ISSN 2448-3281

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 32
Número 1
Julho/2022 a Dezembro/2022

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 32
Número 1
Jul./2022 a Dez./2022

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
Adriano Cordeiro de Macedo

Revisão textual
Lucas de Morais Mesquita

Ficha catalográfica
Nathália Gomes Costa Melo - CRB1 - 2560

Índice de assunto
Nathália Gomes Costa Melo - CRB1 - 2560

Ficha catalográfica

Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. – Vol. 32, n. 1 (jul./dez. 2022). Brasília, DF : Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2023-.
v.

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

1. Direito militar, publicação periódica. 2. Justiça militar. I. Brasil. Superior Tribunal Militar.

CDU 344.1

Catalogação na fonte – Seção de Biblioteca

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Elaboração, distribuição e informações
Superior Tribunal Militar (STM)
Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (Didoc)
Setor de Autarquias Sul – Praça dos Tribunais Superiores – Edifício-Sede – 10º Andar
CEP: 70098-900 Brasília-DF
Telefones: (61) 3313-9183/3313-9316/3313-9311
E-mail: didoc@stm.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2022

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes (*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 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

Ministro Gen Ex Lourival Carvalho Silva

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ata da 1ª Sessão Administrativa, de 16/2/2022

Expediente Administrativo nº 20/2023

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*)

Secretária-Adjunta

Suboficial Aer Vanessa Garcia Silva Costa

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STM

BJM nº 33, de 26/08/2022

Expediente administrativo nº 35/2022

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*)

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 Felippe Sampaio de Lacerda Júnior
Data da Posse: 23/7/1997
Data de Afastamento: 1º/3/2002

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Almirante de Esquadra Marcus Vinicius Oliveira dos Santos
Data da Posse: 9/12/2010
Data de Afastamento: 19/3/2021

General de Exército Luis Carlos Gomes Mattos
Data da Posse: 19/10/2011
Data de Afastamento: 27/7/2022

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR 17

DOUTRINA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....23
Grace Mendonça

A SENTENÇA COMO CRIAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CONCRETA 30
Rodrigo Reis Ribeiro Bastos

JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL E LEIS REATIVAS..... 39
Fernanda de Carvalho Lage
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

A CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – REFLEXÕES (SOBRETUDO) A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS 65
Margarida Santos

BASES PARA UNA DEMOCRACIA PARITARIA EN EL PERÚ - DIEZ CONCLUSIONES..... 80
Cecilia Milagros Díaz Huanca

ACERVO HISTÓRICO

ATUAÇÃO DO ALMIRANTE LUIZ DA CUNHA MOREIRA, VISCONDE DE CABO FRIO, ENQUANTO MINISTRO DA MARINHA, VOGAL E CONSELHEIRO DO ENTÃO CONSELHO SUPREMO MILITAR DE JUSTIÇA, ATUAL SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. 87
Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros
SO André Luis Pullig Viana

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO

7000563-13.2022.7.00.0000 107
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

APELAÇÃO

7000026-51.2021.7.00.0000 121
Relator para o Acórdão – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

7000059-07.2022.7.00.0000 153
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

7000121-47.2022.7.00.0000 209
Relator – Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira

7000134-46.2022.7.00.0000 243
Relator – Alte Esq Leonardo Puntel

7000510-66.2021.7.00.0000 264
Relator para o Acórdão – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

7000621-50.2021.7.00.0000 316
Relator para o Acórdão – Gen Ex Marco Antônio de Farias

7000720-20.2021.7.00.0000 381
Relator – Dr. José Barroso Filho

7000807-73.2021.7.00.0000 445
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

7000922-94.2021.7.00.0000 475
Relator – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

7000838-93.2021.7.00.0000 575
Relator – Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros

HABEAS CORPUS

7000366-58.2022.7.00.0000 643
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

7000394-26.2022.7.00.0000 668
Relator – Alte Esq Celso Luiz Nazareth

7000559-73.2022.7.00.0000 704
Relator – Gen Ex Lourival Carvalho Silva

7000635-97.2022.7.00.0000 713
Relator para o Acórdão – Dr. José Coêlho Ferreira

ÍNDICE DE ASSUNTO..... 731

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 32, número 1, que abrange os acórdãos julgados no período de agosto a dezembro de 2022.

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

a) "Supremo Tribunal Federal e Direitos Fundamentais" (Dra. GRACE MENDONÇA);

b) "A sentença como criação da norma jurídica concreta" (Dr. RODRIGO REIS RIBEIRO BASTOS);

c) "Jurisprudência eleitoral e leis reativas" (Drs. FERNANDA DE CARVALHO LAGE e LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES);

d) "A criança vítima de violência doméstica – Reflexões (sobretudo) a partir do ordenamento jurídico-penal português" (Dra. MARGARIDA SANTOS);

e) "Bases para una democracia paritaria en el Perú – Diez conclusiones" (Dra. CECILIA MILAGROS DÍAZ HUANCA);

f) "Atuação do Almirante Luiz da Cunha Moreira, Visconde de Cabo Frio, enquanto Ministro da Marinha, Vogal e Conselheiro do então Conselho Supremo Militar de Justiça, atual Superior Tribunal Militar" (Alte Esq CLÁUDIO PORTUGAL DE VIVEIROS e SO ANDRÉ LUIS PULLIG VIANA).

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 encaminhar sugestões de novos livros publicados, por meio do correio eletrônico jurisprudencia@stm.jus.br. Ressalta-se, também, a importância da seção denominada "Acervo Histórico", na qual se propõe a difusão de peças judiciárias da JMU notadamente relevantes para a historiografia nacional.

Por derradeiro, a Comissão de Jurisprudência informa e convida o leitor a acessar outros julgados do STM, disponíveis no endereço eletrônico www.stm.jus.br, no *link* "Jurisprudência e Súmulas", e, no ensejo, comunica que os exemplares das publicações de 1992 a 2021 estão disponíveis no sítio do Tribunal, na parte destinada 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 2020-2023, voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)[1]:

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. 3. ed. São Paulo: Mizuno, 2023.

ALMEIDA, Edmar Jorge de; DUARTE, Antônio Pereira; SOARES, Mário Sérgio Marques; TELES, Ana Carolina Scultori da Silva. **O Ministério Público Militar e os Concursos para Ingresso na Carreira**. 1. ed. Brasília: Ministério Público Militar, 2023.

ALVES, Felipe Dalenogare e STÜRMER, Mauro. **Vade Mecum Militar**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

RESENHA: Trata-se de obra de excepcional valia para o operador do Direito Militar, organizando, em único compêndio, o vasto elenco normativo comumente utilizado no âmbito castrense. Faz-se, portanto, de especial interesse para a Administração militar e para a Justiça Militar da União. Coleciona em seu bojo as principais normas legais, bem como as remissões em seus dispositivos, constituindo-se, assim, em fundamental ferramenta de trabalho.

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

CARVALHO, José Carlos Couto; DOURADO, Mainara Teles. **Curso de Direito Penal Militar para concursos**. 1. ed., vol. 1. Curitiba: CRV, 2023.

RESENHA: A obra, elaborada de acordo com o consagrado método do Curso do Professor José Carlos Couto, objetiva preparar os candidatos nas carreiras militares e jurídicas de forma objetiva e didática, para isso usa uma linguagem simples explicando os artigos do CPM por meio de questões, o que facilita o conhecimento do tema pelo estudante, que compreende a motivação e a finalidade dos institutos, consolidando a aprendizagem de forma leve, consciente, eficaz.

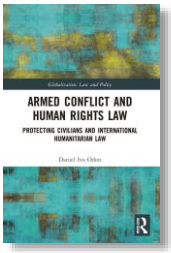
FARIÑA, Maurício. **Direito Previdenciário Militar e o ex-combatente**: Regime Constitucional de Proteção Social dos Militares. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2023.

RESENHA: A presente obra trata da inserção dos ex-combatentes no Regime Constitucional de Proteção Social dos Militares, abordando, de forma didática e objetiva, os principais institutos e a jurisprudência que envolvem a matéria.

FELDENS, Francine. **As representações sociais da punição nos crimes de corrupção militar**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2021.

FILGUEIRA, Hilton Rayol; OLIVEIRA, Márcio Patrício de. **O Direito na Manutenção e na Operação Aérea**. 1. ed. Florianópolis: Aero TD, 2023.

LÔBO, Hendrick. **Teoria do Domínio do Fato** – Uma Análise à luz do concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Tirant do Brasil, 2020.



ODON, Daniel Ivo. **Armed Confict and Human Rights Law**. 1. ed. Abingdon: Routledge, 2023.

RESENHA: O livro explora a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos e analisa a jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos no tratamento de novas emergências em conflitos armados. Argumenta que uma nova interpretação e aplicação da lei é necessária para lidar com as necessidades atuais, mantendo-se fiel aos compromissos morais assumidos na arena internacional. Dessa forma, o livro trata de casos recentes e suas justificativas para construir uma nova compreensão do direito e da política internacional que esteja de acordo com o processo de globalização e avance para o aprimoramento do arcabouço jurídico da comunidade internacional. Combinando as emergências em conflitos armados com a aplicação mútua da lei de direitos humanos e da lei humanitária, este livro desenvolve de forma holística conceitos e teorias para apresentar uma solução pragmática para dilemas morais sobre o direcionamento de civis durante situações de conflito armado.

Prezado(a) leitor(a),

Caso tenha interesse em indicar, para a 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.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

DOUTRINA

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

GRACE MENDONÇA
Advogada

Introdução

Os eixos estruturais da República Federativa do Brasil estão assentados em disposições constitucionais que designam às Instituições de Estado atribuições bem delimitadas, aptas a conferir movimento à engrenagem estatal e a efetivar direitos reputados fundamentais pelo legislador constituinte originário. Entre tais instituições, especial destaque fica a cargo do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão máximo do Poder Judiciário encarregado de zelar pelos comandos constitucionais e de deliberar acerca da adequada interpretação de seu teor.

O enlace entre a Constituição da República e a Suprema Corte é manifesto, eis que a vontade do legislador constituinte originário encontra no Colegiado Supremo sua força garantidora, materializada por suas decisões.

Entretanto, o alcance e o impacto de parcela das decisões emanadas pela Suprema Corte acabam passando de forma despercebida, especialmente no que tange à efetivação de direitos fundamentais. O presente texto pretende apontar o compromisso do Supremo Tribunal Federal com os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito na perspectiva de proteção e garantia de direitos fundamentais para a população.

1. O Elo entre os Direitos Fundamentais e o Supremo Tribunal Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil concebe um robusto catálogo de direitos fundamentais, cuja efetivação depende das atividades desenvolvidas pelo Estado por meio de seus mais variados braços. Os direitos fundamentais convocam toda a máquina estatal para a viabilização de ações que materializem as normas constitucionais que os enunciam, cabendo aos três Poderes da República, nas balizas de seus respectivos espaços de atuação, assegurar aos cidadãos condições para o pleno exercício de tais direitos.

A exigibilidade perante os Tribunais representa uma das principais características do catálogo fundamental de direitos, porquanto é no Poder Judiciário que as hipóteses de inércia estatal ou mesmo violação ao seu conteúdo encontram o equacionamento. Na qualidade de órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, e no exercício de sua função típica de julgar, o Supremo Tribunal Federal exerce papel de destaque na tutela dos direitos fundamentais, tanto no exercício de sua competência originária quanto na seara de sua competência recursal.

A Suprema Corte, assim, integra frente garantidora de direitos fundamentais em formato de atuação absolutamente diverso daquele empreendido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, eis que norteado pelo dever de proceder à entrega da prestação jurisdicional à luz da vontade do legislador constituinte originário, precisamente consignada no texto da Constituição da República.

Quando a omissão ou afronta a direitos fundamentais tem aptidão para ser objeto de ação de controle concentrado de constitucionalidade, a tarefa de desencadear a jurisdição da Corte é confiada a algum dos legitimados previstos na Constituição. Se, porém, constar de demanda concreta, a provocação fica a cargo dos respectivos interessados, de modo a firmar amplo espectro de análise e deliberação da Corte acerca dos direitos fundamentais, inclusive nas hipóteses em que a violação é perpetrada sistemicamente, tal como sucede no denominado estado de coisas inconstitucional[2].

O Supremo Tribunal Federal é detentor, assim, do dever de exarar decisão definitiva a propósito da efetivação de direitos, especialmente em um contexto de afronta por parte do Poder Público às normas que os sustentam. Por meio das decisões judiciais emanadas da Corte Suprema, a adequada entrega da prestação jurisdicional acaba passando pela análise das necessidades e demandas sociais relativas aos bens jurídicos de maior essencialidade à rotina humana presentes no tempo, circunstância que estabelece, em decorrência, uma profunda conexão entre a entrega da prestação jurisdicional e as necessidades sociais.

Por conseguinte, o trabalho desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, em especial quanto ao viés de efetivação das normas relativas aos direitos fundamentais, produz robusto impacto não somente sobre a proteção do conteúdo essencial do catálogo fundamental de direitos, como notadamente no cotidiano dos cidadãos. As decisões emanadas da Corte Constitucional alcançam diretamente os integrantes da sociedade, na medida em que asseguram a proteção de bens jurídicos determinantes a uma vida digna, principalmente daqueles grupos marcados por ampla vulnerabilidade social.

2. Precedentes de Efetivação de Direitos Fundamentais de Grupos Vulneráveis

Nas hipóteses de inércia estatal, violação ou ameaça de violação de direitos marcados por fundamentalidade, o STF vem sendo provocado a atuar na perspectiva de preservação e promoção de direitos. Recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal revelam o compromisso da Corte em salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, despendendo atenção

[2] ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes.

diferenciada às especificidades que permeiam a realidade experimentada por determinados grupos sociais.

A Suprema Corte, por exemplo, se debruçou recentemente sobre os direitos inerentes à mulher gestante e lactante, consolidando entendimentos que simultaneamente aprimoram sua qualidade de vida e garantem o adequado desenvolvimento da criança. O plenário firmou jurisprudência no sentido da proteção das trabalhadoras gestantes e lactantes contra a exposição a atividades insalubres[3], como forma de materialização de condições dignas de trabalho para a mulher durante a gestação e o período de lactação, reforçando a importância das medidas de igualação material no exercício do direito ao trabalho.

Igualmente, o STF direcionou seu olhar para mulheres que experimentam intercorrências de saúde durante ou logo após o parto, ao estabelecer que, em caso de internação hospitalar, considera-se como termo inicial da licença-maternidade e do salário-maternidade a alta hospitalar da mãe e/ou do recém-nascido – o que ocorrer por último –, com a respectiva prorrogação do período dos benefícios[4]. Tal decisão revela a atenção do Supremo para com as necessidades extraordinárias das mães e dos bebês que vivenciaram longo período de internação, bem como para a importância da presença da mãe nos primeiros dias de vida da criança, reconhecendo o recém-nascido como verdadeiro sujeito de direitos fundamentais.

Ambas as decisões refletem a especial dedicação do STF em relação a grupos vulneráveis que se interconectam – mães e recém-nascidos –, cujos direitos também se comunicam entre si, uma vez que medidas de efetivação dos direitos da gestante e das mães repercutem diretamente não apenas na sua dignidade, como também na própria qualidade de vida dos bebês e vice-versa. A leitura empreendida pela Suprema Corte atribui devido valor à vida humana em seu início, inclusive mediante o resguardo de direitos da pessoa responsável pela sua geração, assegurando a ambos uma estrutura amplamente digna.

Em outra recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, à luz da proteção integral da criança e dos princípios da prioridade absoluta e da parentalidade responsável, assegurou que a licença-maternidade também se estende ao pai genitor monoparental[5]. Novamente, a integral proteção da criança é objeto de proteção pelo STF, que ressalta o impacto da convivência parental para o pleno desenvolvimento da criança, especialmente em seus primeiros momentos de vida.

Ainda na vertente inclusiva, a Suprema Corte solidificou a constitucionalidade da Lei que reserva 20% das vagas disponibilizadas em

---

[3] ADI 5938, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe: 29/05/2019.
[4] ADI 6327, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, DJe: 24/10/2022.
[5] RE 1348854, Tema 1182, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe: 19/05/2022.

concursos públicos para a população negra, entendimento que alcança o provimento de cargos efetivos e empregos públicos na Administração Pública direta e indireta[6]. Em harmonia com o princípio da isonomia, a Corte compreendeu a relevância da promoção de políticas afirmativas como medida de igualação material, reconhecendo a constitucionalidade da outorga de oportunidades para um grupo historicamente vulnerabilizado e a importância da promoção de avanços em direção à superação do racismo estrutural e institucional.

Quanto às pessoas com deficiência, o Supremo vem ampliando seu acervo de precedentes que tocam diretamente o cotidiano da comunidade. O Plenário do STF declarou a constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 13.146/2015 que estabelecem a obrigatoriedade de escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência, com o correspondente desenvolvimento de medidas de adaptação para sua necessária integração, sem que, para tanto, recaiam ônus financeiros sobre as mensalidades[7]. O precedente ressoa ativamente sobre as pessoas com deficiência e suas famílias, porquanto assegura adequadas condições no ambiente escolar destituídas de onerosidade financeira sobre as famílias – que já empregam parte considerável de seu orçamento mensal em prol da qualidade de vida de seus familiares com deficiência.

Ainda para ilustrar o impacto das decisões do STF na rotina da população, merece destaque o entendimento no sentido da inconstitucionalidade do pagamento[8] feito exclusivamente ao curador em relação ao benefício de aposentadoria por invalidez de pessoa com doença ou enfermidade mental. Afasta-se, assim, uma vertente de interdição ou curatela automática em caso de doença ou enfermidade mental, devendo ser analisado o grau de discernimento para a prática dos atos da vida civil antes da fixação da curatela, e, consequentemente, do pagamento de benefício de aposentadoria por invalidez. Nessa perspectiva, o STF demonstra a importância de serem assegurados razoáveis níveis de autonomia para a pessoa com enfermidade mental, viabilizando o recebimento direto do montante relativo à aposentadoria, sem a intermediação de curador.

Digno de registro também o julgado da Corte Constitucional que estendeu a aplicação de dispositivo da Lei 8.112/1990 para alcançar os servidores públicos estaduais e municipais, assegurando jornada de trabalho diferenciada ao servidor que tenha filho ou dependente com deficiência[9]. Os precedentes indicam a preocupação do Supremo com grupos vulneráveis como as pessoas com deficiência, de modo a firmar entendimentos que viabilizem

[6] ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe: 08/06/2017.
[7] ADI 5357, Rel. Min. Edson Fachin. Plenário, DJe: 09/06/2016.
[8] RE 918315, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tema 1096, Plenário, DJe: 09/01/2023.
[9] RE 1237867, Tema 1057, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe: 12/01/2023.

melhores condições de vida – seja pela consolidação da inclusão em idade escolar, seja pela reafirmação da importância da presença e do cuidado dos responsáveis para com as pessoas com deficiência.

Sempre oportuno relembrar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal durante a crise sanitária desencadeada pela covid-19, ocasião em que o Tribunal exerceu forte atuação no sentido de promover o direito à saúde dos integrantes da sociedade brasileira, reafirmando a competência constitucional concorrente dos Entes da Federação nas ações voltadas à saúde[10] e especificamente no enfrentamento dos efeitos da pandemia[11], bem como a possibilidade de aquisição de vacinas por parte dos estados da Federação[12].

Igualmente, houve a declaração da constitucionalidade da Lei 14.128/2021, que prevê a compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período da emergência sanitária de covid-19, se tornaram permanentemente incapacitados para o trabalho ou ao seu cônjuge ou companheiro e dependentes ou herdeiros necessários em caso de óbito[13].

A decisão garante medida de assistência social específica aos profissionais que foram afetados em sua saúde e integridade física enquanto zelavam pela saúde e integridade física dos membros da sociedade, revelando-se, ainda, política de valorização do trabalho realizado por profissionais que prestaram assistência de saúde às pessoas em período tão adverso como o experimentado na crise sanitária.

Os casos citados bem ilustram o trabalho da Corte Constitucional no tocante à efetivação de direitos fundamentais, expressando sua conexão com a vontade do legislador constituinte originário e com as necessidades sociais. Os julgados associam-se a outros tantos exarados pelo Supremo Tribunal Federal, muitos deles longa e amplamente integrados à rotina social, como a gratuidade de transporte público para idosos[14], a aplicabilidade de medidas de enfrentamento à violência doméstica previstas na Lei Maria da Penha[15], o sistema de cotas raciais em universidades públicas[16].

A existência de um Poder Judiciário independente, cujo órgão de cúpula se revela verdadeiramente comprometido com a preservação e efetivação do

---

[10] RE 855178, Tema 793, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe: 23/05/2019.

[11] ADI 6341, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, DJe: 15/04/2020.

[12] ACO 3451, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe: 24/02/2021; ADPF 770, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe: 24/02/2021.

[13] ADI 6970, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe: 12/08/2022.

[14] ADI 3768, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe: 26/10/2007.

[15] ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe: 09/12/2012.

[16] ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe: 26/04/2012.

catálogo de direitos fundamentais abraçado pelo legislador constituinte originário, configura núcleo inarredável do Estado Democrático de Direito e da consequente construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Conclusão

A Suprema Corte brasileira exerce papel essencial no necessário e adequado funcionamento das Instituições de Estado e, por conseguinte, nos próprios eixos de sustentação do Estado Democrático de Direito. No entanto, sua firme atuação voltada à proteção de direitos fundamentais, por vezes, é desconhecida ou ignorada por parcela da sociedade – cenário especialmente lamentável considerando o amplo acervo de decisões judiciais proferidas justamente no sentido do estabelecimento de melhores condições de vida à coletividade.

O progressivo engajamento do Supremo Tribunal Federal na proteção de direitos fundamentais – seja por meio da crescente incorporação de demandas judiciais que tocam direitos fundamentais à pauta de julgamento; ou mediante a fixação de entendimentos direcionados ao amparo do conteúdo essencial dos direitos; ou mesmo através da demonstração de especial dedicação aos temas que alcançam direitos de grupos vulneráveis – vem produzindo efeitos positivos sobre a rotina da população.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, desenvolve atividade indispensável de proteção e promoção de direitos de grupos marcados por vulnerabilidade social, especialmente em contextos de afronta às normas constitucionais relativas ao catálogo fundamental de direitos, assumindo a valiosa condição de verdadeiro guardião dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

STF, ACO 3451, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe: 24/02/2021; ADPF 770, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe: 24/02/2021.

STF, ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe: 08/06/2017.

STF, ADI 3768, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe: 26/10/2007.

STF, ADI 5357, Rel. Min. Edson Fachin. Plenário, DJe: 09/06/2016.

STF, ADI 5938, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe: 29/05/2019.

STF, ADI 6327, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, DJe: 24/10/2022.

STF, ADI 6341, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, DJe: 15/04/2020.

STF, ADI 6970, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe: 12/08/2022.

STF, RE 855178, Tema 793, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe: 23/05/2019.

STF, RE 918315, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tema 1096, Plenário, DJe: 09/01/2023.

STF, RE 1237867, Tema 1057, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe: 12/01/2023.

STF, RE 1348854, Tema 1182, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe: 19/05/2022.

Nota sobre a autora

Grace Mendonça

Advogada. Mestre em Direito Constitucional. Pós-Graduada em Direito Processual Civil. Advogada da União (2001-2019). Advogada-Geral da União (2016-2018). Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A SENTENÇA COMO CRIAÇÃO DA NORMA JURÍDICA CONCRETA

RODRIGO REIS RIBEIRO BASTOS
Doutor em Filosofia do Direito

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceitos de norma e ordenamento jurídico. 1.1. A norma jurídica. 1.2. O ordenamento jurídico. 2. A distinção entre texto e norma. 3. Hermenêutica como método de criação de normas jurídicas concretas. 3.1. Definição, histórico e conceito de hermenêutica. 3.2. Hermenêutica como atividade criadora e seus limites. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo aborda os problemas decorrentes da utilização no discurso jurídico dos conceitos de texto, norma e hermenêutica, seus impactos na academia e na construção das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica, norma jurídica, ordenamento jurídico.

ABSTRACT: This article addresses the problems arising from the use in legal discourse of the concepts of text, norm and hermeneutics and their impact on academia and on the construction of judicial decisions.

KEYWORDS: Hermeneutics, legal norm, legal system.

Introdução

O primeiro problema a ser enfrentado na redação de um texto científico é a delimitação de seu objeto. Muitas vezes, o lemos e nos sentimos perdidos, com a impressão de estarmos frente a uma verdadeira miríade de referências, sendo o maior mérito dos autores a compilação de citações, na busca frenética de argumentos de autoridade. Tentaremos evitar este caminho.

O objeto do presente texto é a hermenêutica jurídica como forma de construção de normas desta natureza. Para isso, abordaremos, em especial, suas diferenças com relação à interpretação de textos pura e simples.

No tocante às citações, limitar-nos-emos à indicação das fontes originais das ideias aqui expostas, dando crédito a quem merece, evitando o plágio, mas sem buscar apoio no argumento de autoridade; isso porque Ciência é a aplicação de método, e não, concurso de popularidade. Dado argumento, para ser considerado válido, há de submeter-se à crítica racional, jamais à quantidade de apoiadores.

Feita esta breve introdução, passemos à relevância do problema. Uma das funções principais do Direito, talvez a mais destacada, é a estabilização das expectativas dos atores sociais. Seu cumprimento somente poderá ser atendido se as decisões tomadas pelas autoridades constituídas forem dotadas de certa previsibilidade, previsibilidade que só será alcançada com a aplicação adequada do ordenamento jurídico aos casos concretos. A prognose, por sua vez, depende de um raciocínio lógico a envolver três fatores: 1) a determinação dos fatos que envolvem o caso concreto; 2) a criação e escolha da norma jurídica adequada aos fatos que o abrangem; e 3) a declaração de incidência da norma nos fatos mencionados.

O objeto da presente análise não é a dinâmica pela qual as decisões das autoridades constituídas são tomadas, tampouco, a forma como os fatos relativos ao caso concreto são fixados; menos ainda, a declaração de incidência. O que nos interessa é abordar a hermenêutica jurídica como método de criação das normas jurídicas.

Para tanto, o texto acercará os conceitos de norma jurídica e de ordenamento jurídico, distinguirá entre texto e norma; enfocará a hermenêutica como método de criação de normas jurídicas concretas, para, ao fim e ao cabo, concluir criticamente sobre sua real projeção.

1. Conceitos de norma e ordenamento jurídico – os axiomas do sistema

Dentre os vários modelos de mundo possíveis, o da racionalidade é o adotado pela Academia e pela Ciência em geral, e sua escolha se deve ao fato dele funcionar melhor do que os demais; ou seja, o uso da racionalidade na criação de argumentos permite que, com as ferramentas da razão, outros verifiquem sua validade e pertinência[17].

A despeito desta grande virtude, as afirmações feitas com fulcro na racionalidade sofrem limitações, e por vezes esbarram na impossibilidade de apresentação de provas para comprová-las. Por outras palavras, há situações nas quais é impossível provar, pela via da lógica, os axiomas básicos da não contradição, do terceiro excluído e da identidade dos indiscerníveis. Por isso mesmo, todo argumento lógico racional está condenado a esbarrar no trilema de Agripa, desaguando sempre na circularidade (recursividade), no dogma ou na regressão ao infinito. A única forma de evitá-lo é fixar determinadas afirmações como pressupostas, não suscetíveis de discussão ou prova dentro argumento proposto. Tais afirmações são os axiomas do argumento[18].

---

[17] BOX, E.P. George. **Journal of the American Statistical Association**, Vol. 71, No. 356. (Dec., 1976), pp. 791-799.

[18] HOFSTADTER, Douglas R**. Godel, Escher, Bach**. Brasília: UNB, 2000.

É claro que os leitores podem discordar dos axiomas, porém, em tais casos, a discussão sobre o tema que o sucede torna-se inútil, devendo-se iniciar outra, com base em proposições diversas. Em suma, um dado raciocínio só pode ser discutido por pessoas que, ao menos de forma provisória, admitem como válidas as assertivas fixadas. Trata-se do estabelecimento do fundamento comum do debate[19].

O maior problema do estabelecimento de um fundamento comum para o início de um debate racional reside no fato de que aquele que apresenta o argumento que será sujeito à crítica[20], na maioria esmagadora das vezes, não deixa claro quais são seus axiomas. Não cometeremos este erro. Nossos axiomas neste artigo serão os conceitos de norma e ordenamento jurídicos que, mesmo de forma resumida, darão os limites de extensão da nossa reflexão.

A norma jurídica

Para tal efeito, norma é aqui definida como um ato de vontade dirigida à conduta humana. Aquele que a estabelece intenta que alguém, inclusive ele próprio, conduza-se desta ou daquela maneira[21].

Consabido ser a existência humana em sociedade totalmente normativa. Só há sociedade politicamente organizada se fundada em normas – é o chamado Contrato Social. Temos normas para vestimenta, etiqueta, cerimonial, cultos religiosos, relações afetivas, tudo enfim[22].

Como atos de vontade dirigidos ao proceder, as normas são formadas por enunciados prescritivos e não descritivos; pelo que a norma não descreve a conduta humana, a prescreve. Não a enuncia, determina como deve ser[23].

Desta primeira constatação, exsurgem dois pontos de extrema relevância: o primeiro é que ela não emana logicamente dos fatos. Não se pode derivar um ser de um dever, nem vice-versa e, por não se tratar de enunciados de fato, as normas devem ser estudadas com base em critérios de validade, e não de verdade.

Efetivamente, a impossibilidade da derivação de um ser de um dever e vice-versa é intuitiva: não é porque as coisas são de determinada forma que deveriam ser assim e, não é porque devem ser de outra forma, que assim serão. A propósito disso, mister ter em mente que criar um dever ser daquilo que já é, em última análise, representa um desperdício de energia.

---

19 PERELMAM, Chaim. **Tratado da Argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
20 Vale ressaltar que, neste contexto, o termo crítica é usado no sentido Kantiano.
21 KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.
22 BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Bogotá: Temís, 1994.
23 ELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Um dever ser, como um ato de vontade dirigida à conduta humana, não pode ser nem verdadeiro nem falso, não possui referente ontológico para comparação, e desta forma é um contrassenso submetê-la a qualquer juízo de veracidade. As normas estão sujeitas a outro parâmetro, que é o da validade.

E elas serão válidas se as regras de sua produção forem obedecidas e se o seu conteúdo for compatível com as demais do sistema onde se encontram inseridas, quer dizer, se não violarem sua consistência.

Por certo, as regras de criação das normas são fornecidas pelo próprio ordenamento ou por outro sistema normativo e isto acontece na medida em que não se pode deduzir um ser de um dever, nem vice-versa[24].

A necessidade de manutenção da consistência do sistema é, pois, fundamental. Por decorrência, se a validade é conferida pela adequação da norma a determinado ordenamento, tal validade somente pode ser afirmada quando este não se prestar a legitimar normas contraditórias.

Ainda prosseguindo no conceito de norma, resta-nos avaliar sua estrutura interna. Como ato de vontade endereçado à conduta humana, ela se diferencia das afirmações de fato que, tão só, enunciam determinado acontecimento, bem assim dos conselhos ou recomendações desprovidos de sanção.

Afinal, não faria sentido uma forma impositiva de conduta destituída de efeitos em caso de incumprimento. Tal como colocado, podemos afirmar com razoável grau de certeza que toda e qualquer norma, jurídica ou não, é composta por três elementos: hipótese, na qual se insere a descrição da conduta; preceito, que é o valor atrelado àquela conduta prevista na hipótese, podendo ser positivo ou negativo; e sanção, na qual reside a previsão das consequências para as hipóteses de inobservância do preceito.

Até aqui definimos o conceito e descrevemos as características comuns a todas as normas que permeiam a vida societária tal qual a conhecemos, imersa em inúmeros sistemas normativos, cada qual dotado de características próprias, mas com a mesma estrutura comum[25].

A indagação que resta é, então, o que distingue as normas jurídicas das demais que governam a conduta social? Duas são as condições que as diferenciam. Por um lado, a norma será jurídica se sua sanção puder ser imposta de forma institucionalizada, qual seja, puder ser imposta por um órgão criado especificamente para esse fim. Por outro, ela deverá ser válida em

---

24 HOFSTADTER, Douglas R. **Godel, Escher, Bach**. Brasília: UNB, 2000.

25 BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Bogotá: Temís, 1994.

relação ao ordenamento jurídico no interior do qual é produzida, o que remete ao tópico seguinte[26].

1.2. O ordenamento jurídico

Define-se o ordenamento jurídico como um sistema sistemático, hierárquico e constituído por preceitos legais percebidos como obrigatórios por um dado grupo social[27].

Ele é ordenado devido à alocação das normas que o compõem em categorias próprias; é hierárquico na medida em que as categorias referidas estão dispostas em ordem de precedência e validade, e é consistente, porque inadmite como válidas duas normas contraditórias.

Para além de tais características, o sistema deve ser globalmente percebido como obrigatório para os destinatários das determinações nele contidas. Dita percepção global de obrigatoriedade é o que lhe confere eficácia[28].

Alfim, as normas podem vir expressas em textos orais ou escritos, mas, sem embargo do texto exprimi-las, com elas não se confundem, conforme exporemos a seguir.

2. A distinção entre texto e norma

A despeito de a norma vir estatuída em textos normativos, imprescindível constatar que eles não refletem sua estrutura, quais sejam: hipótese, preceito e sanção, típica das determinações impositivas. Isto ocorre porque as normas, com sua estrutura interna específica, são criadas pelos aplicadores com base neles e, por isso mesmo, por eles são limitadas.

Um texto específico, oral ou escrito, fixado pela autoridade competente, pode conter várias normas, da mesma forma que uma dada norma pode ser produto de vários textos distintos[29].

Neste contexto, a atividade principal do intérprete é obtê-las partindo deles, mas sem olvidar sua validade e coerência com as demais já existentes ou com as passíveis de serem instituídas dentro do ordenamento. Em face deste conceito, as normas se transformam, num primeiro momento, em objeto de interpretação para seu resultado. A atividade interpretativa conferirá, portanto, sentido ao texto que as representam, texto que se constitui num veículo e num limite para criá-las. Por decorrência, o real objeto da interpretação é o texto normativo, sendo a norma o seu resultado. Uma vez obtida, ela submeter-se-á a outra análise, a que lhe conferirá sentido e alcance efetivo.

---

[26] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
[27] Idem, nota 10.
[28] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
[29] GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

A prima facie, pode parecer que toda a dinâmica relacional entre texto e norma é confusa ou mesmo duvidosa, no entanto, tudo quedará clarificado no tópico seguinte. Nesta altura, o importante é frisar que, contrariando o senso comum, texto legal e norma jurídica são entidades totalmente distintas, razão pela qual é possível denotar ser a atividade hermenêutica mais complexa do que a mera interpretação textual.

3. Hermenêutica como método de criação de normas jurídicas concretas

Uma das grandes dificuldades do estudo jurídico é a compreensão do que seja hermenêutica e seu funcionamento.

A primeira e grande desinteligência está em distinguir hermenêutica e interpretação, seguida de outra ainda mais inquietante, compreender como é possível, com o uso da hermenêutica, obter variados possíveis resultados, igualmente válidos. Como recomenda a boa prática, começaremos pelo princípio.

3.1. Definição, histórico e conceito de hermenêutica

O vocábulo "hermenêutica", em sentido próximo ao adotado hodiernamente, surge pela primeira vez no século XVII, mais precisamente em 1654, utilizado pelo teólogo de Estrasburgo Johann Conrad Dannhauer, que o define como o "método de explicação dos textos sagrados"[30].

Sua etimologia, contudo, é mais remota e remete à antiguidade clássica grega. Hermes, dentre outros atributos, era o mensageiro dos deuses Olímpicos e detentor da capacidade de transitar entre os homens e os imortais; por isso, uma de suas habilidades era traduzir as mensagens dos deuses para os seres humanos[31].

Com o passar dos séculos, o conceito evoluiu, atribuindo à hermenêutica o *status* de uma ciência universal da interpretação, capaz de separar as apreciações legítimas das demais.

A despeito das evoluções posteriores, nomeadamente as trazidas por Gadamer e Rorty, as faculdades de Direito insistiram em adotar o conceito clássico, valendo-se da hermenêutica criada por Savigny em meados do século XIX.

A adoção de tal critério causa perplexidade aos estudantes porquanto, a despeito de a hermenêutica prometer ser uma Ciência capaz de separar a intepretação fidedigna da incorreta, a aplicação de seus métodos aponta para uma gama de respostas apropriadas e possíveis. E o dilema se perfaz

---

[30] GRONDIN, Jean. ¿**Qué es la hermenéutica**? Barcelona: Herder Editorial, 2008.
[31] BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega, Volume II**. Petrópolis: Vozes, 1987.

não pela aplicação do método, mas sim pela sua concepção, tanto metodológica quanto conceitual.

Em termos conceituais, a hermenêutica clássica imagina ou sonha possuírem os textos, jurídicos ou não, uma existência ontológica própria, dotada de uma essência quase sagrada que pode ser alcançada e "descoberta" com a utilização de um método rigoroso. Ora, levando-se em conta que inexiste uma essência única nos textos, tal método está fadado ao fracasso. Mas, se o conceito clássico é imprestável, o que seria a hermenêutica?

De forma bem singela, ela pode ser definida como o campo do conhecimento dedicado a criação de correspondências entre um texto e outro, buscando relações isomórficas entre os sentidos[32]. Acorde a definição oferecida, ela é responsável pelo estabelecimento de um conjunto de correspondências possíveis entre dois escritos, ou melhor, entre dois sistemas de linguagem. E tal correspondência considera mais a função e o conteúdo de seus significados, do que propriamente a soma da acepção individualizada de cada termo. Daí, o resultado da atividade hermenêutica não revela nem desvela o significado dos textos, mas sim, cria um novo.

3.2 Hermenêutica como atividade criadora e seus limites

Possivelmente um dos exemplos de hermenêutica mais próximos da vida diária seja a tradução. Na transposição de um conteúdo gramatical para língua diversa, o tradutor acaba por dizer quase o mesmo do escrito original, mas não de forma literal, sabido que a tradução de palavra por palavra produziria um conteúdo completamente destituído de sentido na linguagem de destino. Imagine, por exemplo, um texto inglês que contém a expressão "**general will**". Tal expressão comporta diversas possibilidades de tradução corretas tais como: vontade geral (mais usual), fundamento comum, dentre outras acepções; no entanto, ao lado das possibilidades de tradução válidas, há outras que, definitivamente, são inadmissíveis como a traslação, quer para o português quer para o castelhano de oficial General, de nome Will[33].

Retomando o ponto de partida, a partir do conceito atribuído à norma: um ato de vontade dirigido à conduta humana, construído na forma de hipótese, preceito e sanção, e, considerando-se não adotarem os textos normativos dita estrutura, podemos definir a atividade hermenêutica como o método pelo qual o aplicador do Direito irá buscar correspondência de sentido entre dois sistemas distintos, o dos textos e o das normas, e o faz afirmando que do texto "t", inserido no sistema normativo "s" é possível a criação da norma "n"[34].

---

[32] GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
[33] ECO, Umberto. **Dire quase la stessa cosa**. Milão: RCS Libri, 2010.
[34] GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Vê-se, como na tradução, que também aqui é possível conceber-se uma série de normas válidas; possibilidade que por óbvio não é infinita, uma vez que a criação por este meio, esbarra em dois limites: um dado pelo texto e outro pelo sistema.

O limite imposto pelo texto é o de qualquer interpretação. Da assertiva "*Pedro viu um jaguar*" cabe a inteleção de que possa ter sido no zoológico, que o jaguar fosse de papel ou de brinquedo, dentre outras tantas possibilidades; porém, não é válido o entendimento de que "*Pedro viu um leão*".

Os lindes impostos pelo sistema jurídico, por seu turno, são mais sutis. Nele o aplicador necessita eleger entre as múltiplas escolhas possíveis quais serão compatíveis com o ordenamento. Por outras palavras, quais das interpretações viáveis não provocarão a inconsistência do sistema. Visto isso, a tarefa seguinte será escolher qual dos sentidos normativos é o que mais se adequa ao caso concreto.

Do exposto podemos concluir que a hermenêutica, ao buscar a equivalência de sentido entre o sistema dos textos (veículos normativos) e o das normas em si, não extrai do texto um significado; ao revés, possibilita, a partir dele, dentro de seus limites e respeitando-se a coerência sistémica, a criação da norma jurídica concreta.

Conclusão

À guisa de conclusão, lamentavelmente no Brasil, os equívocos acadêmicos e jurisprudenciais residem no fato de os estudantes, professores e aplicadores do Direito, partindo do conceito clássico de hermenêutica como forma de obtenção de um sentido unívoco e essencial dos textos normativos, criarem e aplicarem normas que extrapolam e, por vezes até, contrariam, o sentido do próprio texto, findando por criar antinomias inadmissíveis no ordenamento jurídico nacional.

Para agravar, muitas vezes emprestam ao texto escrutinado interpretações variadas e mesmo contraditórias! No tocante à Magistratura, o cenário se agrava quando um mesmo julgador adota posicionamentos díspares, sem qualquer explicação minimamente convincente para a mudança de entendimento. E este descompasso tem gerado uma progressiva erosão da crença dos cidadãos no sistema legal pátrio e uma crescente insegurança jurídica que não só desprestigia a legitimidade do regime implementado pelo Constituinte Originário, como conspurca o Direito tal qual o conhecemos.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temís, 1994.

BOX, E.P. George. *Science and statistics*. Journal of the American Statistical Association, Vol. 71, No. 356. (Dec., 1976), pp. 791-799.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega, Volume II*. Petrópolis: Vozes, 1987.

ECO, Umberto. *Dire quase la stessa cosa*. Milão: RCS Libri, 2010.

GRONDIN, Jean. *¿Qué es la hermenêutica?* Barcelona: Herder Editorial, 2008.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HOFSTADTER, Douglas R. *Godel, Escher, Bach*. Brasília: UNB, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

PERELMAM, Chaim. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

PUGLIESEI, Márcio. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Aquariana, 2022.

Nota sobre o autor

Rodrigo Reis Ribeiro Bastos

Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – Brasil. Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – Brasil. Pós-doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade do Minho – Uminho – Portugal. Professor Universitário. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3657871525834516.

JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL E LEIS REATIVAS

FERNANDA DE CARVALHO LAGE
Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES
Procurador Regional da República

RESUMO: O presente artigo visa analisar alguns relevantes e atuais casos de contraposição entre a jurisprudência eleitoral a e atuação do Congresso Nacional, as leis reativas. São eles: i) a verticalização das eleições; ii) a cláusula de desempenho; iii) a perda de mandato por infidelidade partidária; iv) o cálculo de recursos públicos destinados aos novos partidos e, v) a duração dos diretórios provisórios. Ainda, há uma breve abordagem da discussão sobre as federações partidárias. Sabe-se que, entre as competências da Justiça Eleitoral, desde o primeiro Código Eleitoral, de 1932, está a de organizar as eleições, julgar as controvérsias delas decorrentes e expedir instruções para o bom cumprimento da legislação eleitoral. O exercício destas tarefas, como é previsível, suscitou e suscita contrariedades. As reações do Legislativo podem advir do teor de decisões judiciais ou da abrangência de Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, quando entendem que a competência normativa ultrapassou os limites da regulamentação legal. Como resposta, o legislador se vale de sua própria competência na edição de leis ordinárias, complementares e, até, de Emendas à Constituição. Por parte do Judiciário Eleitoral é adequado observar que, ao contrário do que ocorre com a generalidade dos outros tribunais brasileiros, a composição do Tribunal Superior Eleitoral muda a cada dois anos. A magistratura eleitoral é por mandato e cada eleição é presidida por um integrante distinto. É um procedimento para evitar concentração de Poderes, mas contribui para que a própria jurisprudência eleitoral seja particularmente cambiável. Os termos deste diálogo e destes contrastes são de interesse da cidadania, até para surpreender princípios, interesses ou vetores destes atores constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia e Separação de Poderes. Poder Legislativo. Poder Judiciário. Jurisprudência eleitoral. Verticalização das eleições. Partidos Políticos.

ABSTRACT: The present study aims to analyze some relevant and current cases of opposition between electoral jurisprudence and the National Congress' operation. They are: i) the verticalization of elections; ii) the performance clause; iii) loss of office due to party infidelity; iv) the calculation of public resources destined to the new parties and, v) the duration of the provisional directories. Still, there is a brief reference to the issue of party federations. It is known that, among the competences of the Electoral Justice, since the first Electoral Code of 1932, is that of organizing the elections, judging

the controversies resulting from them and issuing instructions for the proper fulfillment of the electoral legislation. The exercise of these tasks, as is predictable, gave rise and still raises setbacks. The reactions of the Legislature may come from the content of judicial decisions or from the scope of Resolutions of the Superior Electoral Court, when they understand that the normative competence exceeded the limits of legal regulation. In response, the legislator makes use of his own competence in the edition of ordinary and complementary laws, and even Amendments to the Constitution. On the part of the Electoral Judiciary, it is appropriate to observe that, contrary to what happens with most other Brazilian courts, the composition of the Superior Electoral Court changes every two years. The electoral magistracy has mandate, and each election is presided over by a different member. It is a procedure to avoid concentration of Powers, but it contributes for the electoral jurisprudence itself to be particularly changeable. The terms of this dialogue and these contrasts are of interest to the citizenry, even to surprise principles, interests, or vectors of these constitutional actors.

KEYWORDS: Democracy and Separation of Powers. Legislative power. Judicial power. Electoral jurisprudence. Verticalization of elections. Political parties.

Introdução

A Justiça Eleitoral foi criada no bojo da Revolução de 1930, como alternativa ao ambiente de fraudes eleitorais que caracterizou a República Velha, em que tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo falharam em prover o país de um sistema eleitoral hígido e confiável. Entre as competências que se deu a esse ramo da Justiça, desde o primeiro Código Eleitoral, de 1932, está a de organizar as eleições, julgar as controvérsias delas decorrentes e expedir instruções para o bom cumprimento da legislação eleitoral. O exercício destas tarefas, como é previsível, suscitou e suscita contrariedades. A reação do Legislador pode vir do teor de decisões judiciais ou da abrangência de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, quando considera terem avançado em sua competência legislativa. Como resposta, aquele se vale da edição de leis ordinárias, complementares e, até, de Emendas à Constituição. Ocorre que a atividade legislativa demanda interpretação e aplicação, realizadas notadamente pelo Tribunal Superior Eleitoral e, em vários casos, pelo Supremo Tribunal Federal, retroalimentando algumas divergências e levando, até, a novas normas igualmente reativas.

O presente estudo examina alguns casos nos quais esta contraposição entre jurisprudência eleitoral e atuação do Congresso Nacional ficou demonstrada. São eles: i) a verticalização das eleições; ii) a cláusula de desempenho; iii) a perda de mandato por infidelidade partidária; iv) o cálculo

de recursos públicos destinados aos novos partidos e, v) a duração dos diretórios provisórios. Há, também, uma breve referência à questão das federações partidárias.

O Código Eleitoral de 1932 foi sucedido por diversos outros diplomas, estando em vigor a versão de 1965, Lei n. 4.737. Desde a Constituição de 1988, porém, ele vem perdendo seu protagonismo. A própria Constituição de 1988 trouxe, de modo inédito, disposições de Direito eleitoral. Ela manteve e ampliou as funções da Justiça Eleitoral, criou inédita ação para cassar o mandato de representantes eleitos se tiverem se beneficiado de fraude, corrupção ou abuso de poder econômico, e deu nova dimensão a direitos políticos como o de criação de partidos.

Por meio de uma das emendas de revisão, de 1993, a Constituição trouxe uma amarra ao Poder Legislativo, no sentido de exigir que a lei de regência do processo eleitoral entre em vigor um ano antes da data do pleito. O objetivo é evitar legislação casuística, que surpreenda o ambiente político e, tendencialmente, favoreça um determinado segmento.

Diante dessa exigência de segurança jurídica e do acentuado descompasso entre o Código Eleitoral e novas realidades sociais e políticas, a primeira opção do Poder Legislativo foi, a cada ano ímpar que antecedia as eleições, editar lei específica, que regeria exclusivamente aquela disputa. Considerando que há eleições a cada dois anos – ora geral, ora municipal –, havia necessidade de constante produção legislativa. Em 1997, com a Lei de n. 9.504, a Lei Geral das Eleições, buscou-se um caminho mais racional e menos trabalhoso, que valeria para todos os pleitos subsequentes. A Lei trouxe inovações necessárias diante de um envelhecido Código Eleitoral. E veio a somar com a Lei n. 9.096, de 1995, Lei Orgânica Nacional dos Partidos Políticos e com a Lei Complementar 64, de 1990, que previa, então de modo tímido, inelegibilidades.

Depois de mais de 25 anos de vigência da Lei 9.504, porém, constata-se que seu sucesso em unificar e prover segurança jurídica para as eleições foi apenas limitado. Sucederam-se, principalmente nos anos ímpares, leis reformadoras, não raro apresentadas como epítetos pomposos, como "Reforma Política", "Reforma Eleitoral" ou uma coisa e outra em versão "mini", "micro" ou até, como jocosamente se estatuiu, "nano". Foram leis como a de n. 9.840, de 1999, n. 10.408, de 2002, n. 10.740, de 2003, n. 11.300, de 2006, n. 12.034, de 2009, n. 12.350, de 2010, n. 12.891, de 2013, n. 13.165, de 2015, n. 13.488, de 2017, n. 14.211, de 2021, e n. 14.356, de 2002, que alcançaram também dispositivos da Lei dos Partidos Políticos e, em menor escala, do Código Penal.

A produção normativa alteradora não se limitou à lei ordinária. A Lei Complementar 135, de 2010, chamada de "Lei da Ficha Limpa", demandada pelo art. 14, § 9º, da Constituição, trouxe profundo impacto em relação ao

registro de candidatura. A própria Constituição recebeu emendas em temas importantes, especialmente ligados aos partidos políticos. Foram as Emendas n. 52, de 2006, n. 97, de 2017, n. 111, de 2021 e n. 117, de 2022.

Parte destas mudanças tem, no todo ou em parte, o que chamamos de caráter reativo, assim entendida a pretensão de infirmar soluções aplicadas ou interpretações aceitas pela Justiça Eleitoral – ou pelo Supremo Tribunal Federal – em temas que se referem aos mais diversos aspectos da realidade político-eleitoral: coligações de partidos, financiamento e prestação de contas, registro de candidatos, acesso ao rádio e televisão, condutas vedadas aos agentes públicos, condições de elegibilidade e inelegibilidades, criação e funcionamento dos partidos políticos, etc.

1 A verticalização das eleições

O Brasil é uma República Federativa, composta por diversos entes políticos internos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Poderiam os partidos, então, ao menos desde 15 de novembro de 1889, organizar-se apenas localmente?

A princípio, sim. A exigência de que os partidos políticos tivessem "abrangência nacional" surgiu somente com o Código Eleitoral de 1945 (Lei Agamenon Magalhães). Em seu artigo 109 ele preconizava que "§ 1º Só podem ser admitidos a registro os partidos políticos de âmbito nacional". Até então podiam existir partidos regionais, que tiveram seu momento de fastígio na última fase do império e na República Velha, como dão exemplo o Partido Republicano Paulista e o Partido Republicano Mineiro. O Código de 1932, conquanto surgido no bojo da Revolução de 1930, precipitada pela crise da "política do café com leite", não vedava as agremiações formadas em bases estaduais ou regionais. A Constituição de 1946 recebeu a vedação codificada, ao sinalizar que "art 134 - O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer", mas não vedava diretamente os partidos regionais. A exigência de abrangência nacional permaneceu no Código Eleitoral de 1950 e, depois, na Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1965 (Lei n. 4.740). Sua constitucionalização se deu apenas na Carta de 1967, num regime de falta de liberdade partidária. Ela determinava que eles deveriam ter âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos diretórios locais (art. 149, VI).

A Constituição de 1988, da redemocratização do país, enuncia, no art. 17, os preceitos fundamentais relacionados aos partidos políticos. É livre sua criação, fusão, incorporação e extinção, mas há também uma série de restrições. Eles devem resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, por exemplo. E precisam possuir "caráter nacional", conforme inciso I do artigo.

A vigente Lei Orgânica Nacional dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096/95, já na redação originária dizia que: "Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoiamento de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles (art. 7º, § 1º)".

Se, para obtenção do registro, a abrangência nacional era exigida, na prática política as agremiações funcionavam em abrangência local – municipal ou estadual –, coordenando-se nacionalmente apenas para a disputa das eleições para o Poder Executivo Federal. Mesmo para os cargos parlamentares que atuariam em Brasília – deputados e senadores – as composições políticas e alianças partidárias eram realizadas nos Estados e, não raro, com forças políticas distintas em cada local. Alguma uniformidade de atuação nacional poderia ser forçada apenas com a anulação de convenções partidárias que se opusessem "às diretrizes legitimamente estabelecidas pela convenção nacional", art. 7º, § 2º, da Lei 9.504/97 (redação original). Daí a observação de Valter Rodrigues de Carvalho e John dos Santos Freitas de que:

> a exigência de caráter nacional dos partidos políticos não contempla conteúdo substantivo, pois ela é jurídica e não de fato. As obrigações legais para cumprir a exigência no ato de organizar um partido dizem respeito tão somente a buscar este apoiamento junto a sociedade, que não se confunde, também, com desempenho nas eleições.[35]

Em 2002, porém, um partido político fez uma Consulta do Tribunal Superior Eleitoral, que recebeu o número 715. A possibilidade de responder as consultas que lhe forem formuladas, por autoridade com jurisdição federal ou por órgão nacional de partido político, prevista no Código Eleitoral, art. 23, XII, é uma das particularidades do funcionamento deste ramo da Justiça. Outros ramos do Poder Judiciário examinam casos concretos, ainda que o direito a que se referem esteja apenas sob ameaça, mas não conhecem de situações hipotéticas. A Justiça Eleitoral, por incluir na sua esfera de competências várias de índole administrativa e organizacional, o faz.

A Consulta n. 715 tinha o seguinte teor:

> Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à

[35] CARVALHO, Valter Rodrigues; FREITAS, John dos Santos. *Cadernos de Pesquisa em Ciência Política* [recurso eletrônico] / Universidade Federal do Piauí, v. 3, n. 1 (fev. 2014), 21 p.

> Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação?[36]

Todo o substrato jurídico do requerimento era baseado no caráter nacional dos partidos, vez que não existia na legislação, qualquer restrição a celebração de coligações distintas. A resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 26 de fevereiro de 2002, porém, foi no sentido negativo, de proibição:

> Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial. Consulta respondida negativamente.[37]

Com este resultado, ao editar a Resolução n. 20.993, que regeria as eleições de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral disciplinou que:

> Art. 4º. [...]
>
> § 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.2002).

Procurado por Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não poderia dela conhecer, pois se tratava de questionamento de ato regulamentar, secundário, infenso ao controle abstrato de constitucionalidade (ADI n. 2.626, de 18.04.2004). Logo, na Eleição Geral de 2002, forçou-se a verticalização das eleições.

---

[36] TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Temas selecionados: verticalização. Disponível em: <https://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/coligacao-e-convencao/coligacao/formacao/verticalizacao-principio-da-coerencia>. Acesso em: 06 fev. 2022.

[37] A decisão foi por maioria e precedida por longo debate. Ao final prevaleceu a opinião do Min. Relator, Garcia Vieira, segundo o qual: "Não podemos nos esquecer de que, como o legislador constitucional exige (art. 17, I), tenham os partidos políticos caráter nacional, e não estaduais ou municipais e isso ocorreria se permitíssemos que um partido (A), após celebrar coligação para a eleição de presidente da República com outros partidos (B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrasse coligação com terceiros partidos (E, F e G) que também possuem candidatos a presidente da República. É claro que os candidatos a presidente podem ser diversos e, então, ocorreria o absurdo de termos uma coligação com diversos candidatos a presidente da República [...]". TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Temas selecionados. Disponível em: <https://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/coligacao-e-convencao>. Acesso em: 06 fev. 2022.

Então veio a norma reativa. No caso, por via de Emenda Constitucional, de n. 52, datada de 8 de março de 2006. O art. 17, § 1º, da Constituição passou a ter nova redação:

> É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Surgiram a questão da aplicabilidade da nova disposição às Eleições de 2006 e uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. A decisão na ADI n. 3685, de 22.03.2006, deu interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52 de 2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência[38].

Digno de menção é que, quando da discussão sobre se o resultado da Consulta n. 715 de 2002 seria aplicável às eleições daquele mesmo ano, o Min. Nelson Jobim, que formou com a maioria, respondeu que isto era possível, pois a decisão tinha sido adotada antes da data das convenções partidárias e que não se tratava de inovação legal, mas de interpretação de norma preexistente. Logo, surge o questionamento se não depõe contra a coerência dos partidos políticos a formação de coligações escalafobéticas, com partidos diferentes em cada Estado e, ainda seguida de uma coligação nacional diversa? Não é peculiar que uma resolução interpretativa seja aplicável a uma eleição ocorrida no mesmo ano, mas uma Emenda Constitucional não?

---

[38] "[...] 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência".

2 A cláusula de barreira da Lei n. 9.096/95

Cientistas políticos apontam que a existência de muitos partidos não é, por si só, um problema, mesmo quando não tragam todos eles perfil ideológico autônomo, nem congreguem a defesa de interesses específicos. Há dificuldades, porém, no fato de que as Casas Legislativas cedam cadeiras a muitos partidos, a chamada "fragmentação partidária" ou "hiperfragmentação partidária"[39]. Em 1995, Leôncio Martins Rodrigues apontava que:

> Depois das eleições de 1990, nenhum partido obteve mais de 150 das 513 cadeiras da CF (29% do total). O número de legendas com menos de dez deputados aumentou de cinco para oito no transcorrer da própria legislatura que votou a Constituição de 1988. Em 1990, oito, e em 1994, sete desses partidos com menos de dez deputados conseguiram, através de eleições, representação na Câmara. Porém, o fenômeno mais importante em termos do perfil do sistema partidário no Legislativo federal foi o aumento do número de partidos de tamanho intermediário ou médio em razão de migrações, cissiparidade ou de resultado eleitoral. Entre os partidos com 25 a 49 deputados, havia apenas um no início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (o PDS). Depois das eleições de 1990, seis partidos chegaram a essa classe. Nestas últimas eleições, o número de legendas de 25 a 49 cadeiras baixou para quatro mas, em compensação, na classe dos partidos de cinquenta a 74 cadeiras (10% a 14% da CF, aproximadamente) surgiram dois partidos, o PSDB e o PPR[40].

A fragmentação cria grande dificuldade para a negociação política, própria da democracia, entre o Poder Executivo e os representantes parlamentares. Ao invés de buscar consensos e operar adaptações com uns poucos partidos, o governo é obrigado a fazê-lo com uma multiplicidade deles. Isso cria dificuldades para, por exemplo, lograr aprovar as medidas de seu interesse, compor bancadas, negociar posições na administração pública e pôr em debate sua agenda política. Pode favorecer mazelas de nosso sistema político, como o fortalecimento de partidos "fisiológicos" e barganhas políticas "não republicanas". Em 2014, foram vinte e oito partidos os que conseguiram eleger deputados federais em nosso país, em 2018, trinta. Em 2022, já com a cláusula de desempenho em versão mais rigorosa, foram vinte e três. Mesmo em países presidencialistas, como o Brasil, a grande quantidade de partidos é disfuncional. Democracias estáveis como a dos Estados Unidos da América e da Inglaterra são baseadas em dois ou três partidos. Países da Europa

---

[39] É como disse, em audiência pública na Câmara dos Deputados, o cientista político Jairo Nicolau, da Fundação Getúlio Vargas, RJ, em 24 mar. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/453628-jairo-nicolau-aponta-fragmentacao-partidaria-como-um-dos- problemas-do-sistema-politico/>. Acesso em: 06 fev. 2023.

[40] RODRIGUES, Leôncio Martins. Revista Novos Estudos, CEBRAP, n. 41, 1995, p. 78-90.

– com a exceção da Itália, campeã da fragmentação política – têm parlamentos com representantes de cinco ou seis partidos[41].

Como conciliar, porém, o interesse público em uma certa concentração da representação partidária com a sua necessária liberdade de criação, consagrada, a propósito, em nossa Constituição? O legislador de 1995 ofereceu uma solução. A Lei dos Partidos Políticos assegurava que:

> Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Era a cláusula de barreira, mais bem definida como cláusula de desempenho. Ela não impedia a criação de novos partidos, mas demandava, para o pleno acesso ao funcionamento parlamentar e aos recursos públicos, a obtenção de certo percentual de votos nas eleições gerais. A exigência seria feita em termos gradativos até que vigorasse, para a legislatura a ser eleita em 2006, os percentuais indicados no art. 13. Vê-se que não era, portanto, uma medida exagerada ou que não desse tempo hábil para que as greis partidárias se abalançassem ou se compusessem. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, julgando à unanimidade as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1.351-3 e 1.354-8, em 7 dezembro de 2006, considerou inconstitucionais tais exigências:

> PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA – FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário [...].

Não se pode desconsiderar que, já por ocasião da decisão do STF, havia a seguinte característica no sistema político brasileiro: alguns dos partidos com maior consistência ideológica e que, portanto, se aproximavam um pouco mais do funcionamento "ideal" destas agremiações, eram pequenos e recebiam poucos votos. A cláusula de desempenho, talvez pensada para dificultar a criação de partidos "cartoriais" ou "familiares", atrapalharia também a sorte dos

---

[41] Nas eleições alemãs de 2021, 6 partidos obtiveram a quase totalidade das cadeiras: "O Partido Social Democrata (SPD) da Alemanha venceu as eleições federais em 26 de setembro de 2021. Obteve 25,7% dos votos, logo à frente da aliança da União Democrata Cristã (CDU) da Alemanha e da União Social Cristã (CSU) da Baviera, para a qual votaram 24,1% dos eleitores. A Bündnis 90/Die Grünen ("Os Verdes") (14,8%), o Partido Democrático Livre (FDP) com 11,5% e a Alternativa para a Alemanha (AfD) com 10,3%, também estão representados no novo Bundestag". Disponível em: <https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/pt-br/politica-alemanha/eleicao-do-parlamento-federal-em-2021-os-resultados>. Acesso em: 06 fev. 2023.

"autênticos". Assim, para proteger o direito mais amplo de criação partidária o Supremo Tribunal Federal inviabilizou um mecanismo que poderia, já em 2006, ter contribuído para a redução da fragmentariedade da representação política parlamentar[42].

O caminho para a redução da fragmentariedade partidária precisou ser reaberto por uma Emenda Constitucional, a de n. 97, de 2017. O artigo 17 da Constituição passou a ter a seguinte redação:

> [...] § 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente
>
> I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
>
> II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação [...]

Da mesma forma como fazia a redação original da Lei n. 9.096/95, a Emenda n. 97 estabeleceu que estas disposições seriam exigidas de forma progressiva: apenas para a legislatura a ser eleita em 2030, os percentuais do § 3º serão plenamente aplicáveis. Vinte e quatro anos de demora, em relação ao que previa a Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

3 A perda do mandato por infidelidade partidária

O Brasil adota o sistema proporcional para a eleição de deputados federais, estaduais e distritais e de vereadores. Ele é voltado para o fortalecimento dos partidos e à entrega de parcelas do poder legislativo às minorias políticas[43]. A versão que adotamos é a das "listas abertas". Não há um rol de candidatos cuja ordem de preferência é dada e publicada pelos partidos, competindo ao eleitor escolher o partido e, dentro dele, o candidato de sua preferência. Ao final, estarão eleitos não os candidatos mais votados da disputa, mas aqueles mais votados dentro dos partidos. A verdadeira disputa, diz-se, se

---

[42] O reconhecimento de que se tratou de um erro foi verbalizado pelo Ministro Gilmar Mendes: "Hoje muitos de nós fazemos um mea culpa, reconhecendo que esta foi uma intervenção indevida, inclusive pela multiplicação dos partidos", disse, ao encerrar o seminário internacional sobre sistemas eleitorais na Câmara dos Deputados. Agência Câmara de Notícias, de 21 de março de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/509833-gilmar-mendes-diz-que-stf-errou-em-decisao-sobre-clausula-de-barreira/>. Acesso em: 06 fev. 2023.

[43] E não sociais. É um método para permitir que o partido que vença as eleições para o Parlamento não "leve tudo", mas seja obrigado a ceder lugares, proporcionais às votações obtidas, a outros partidos. Com isto, fica favorecida a adesão de forças políticas à democracia e, por igual, a tarefa de fiscalização do Poder Executivo, típica das Casas congressuais.

dá entre os candidatos correligionários e não entre eles e os adversários. A cada vez que o partido atinge o quociente eleitoral (divisão do total de votos válidos da eleição pelas cadeiras em disputa), elege um dos seus. Se forem mil os votos válidos e dez as vagas em disputa, a cada vez que um partido obtiver cem votos, elege um representante.

Este sistema conduz a uma distorção conhecida como "a carona". Como basta ao candidato se incluir entre os mais bem votados do partido, sem considerar sua votação nominal, ele se aproveita dos "puxadores de votos", candidatos de grande popularidade ou apelo que obtém votações expressivas. Um candidato pode, por exemplo, ter obtido um milhão e meio de votos nominais, elevando com isto o coeficiente partidário e contribuindo para eleger vários outros membros de seu partido, ainda que esses obtenham votação tímida ou pífia.

A "injustiça" deste sistema tornou-se perceptível *icto oculi*. O partido do "puxador de votos", causa primeira para a eleição daqueles outros representantes, viu sua bancada parlamentar ser superada por agremiações com votação muitas vezes menor. A Lei n. 13.165, de 2015, minorou o problema. Ela alterou o art. 108 do Código Eleitoral, que passou a exigir que a distribuição inicial das vagas fique restrita aos candidatos que tenham obtido votação nominal equivalente ao menos a 10% do quociente eleitoral. Esta condição prossegue para as rodadas subsequentes de distribuição das vagas remanescentes.

Antes que viesse a inovação legislativa, todavia, a Justiça Eleitoral buscou encontrar caminhos para correção da distorção. A Resolução n. 22.610, de 25 de outubro de 2007, oriunda da Consulta n. 1.398[44], trouxe os contornos de uma ação judicial, a ser promovida pelo partido prejudicado e, subsidiariamente, pelo Ministério Público Eleitoral, para a decretação da perda do mandato do parlamentar "trânsfuga"[45].

---

[44] A consulta, cujas perguntas foram todas respondidas positivamente, tinha o seguinte teor: "Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático. Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos. Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações. Indaga-se: Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?". Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/37410/integra-do-voto-do-ministro-cezar-peluso-na-consulta-1398-do-pfl--sobre-a-titularidade-dos-mandatos>. Acesso em: 06 fev. 2023.

[45] Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.
§ 1º Considera-se justa causa:
I – incorporação ou fusão do partido;
II – criação de novo partido;

O propósito elevado desta norma não conseguiu, a nosso juízo, sobrepujar o incômodo com a criação de hipótese de perda de mandato parlamentar que, à época, não estava incluída no texto constitucional. Analisando o artigo 55 da Constituição[46], a infidelidade partidária, conquanto malfazeja para o sistema político e democrático, não se via listada no rol constitucional.

O Supremo Tribunal Federal teve vários ensejos de examinar a inconstitucionalidade formal da Resolução n. 22.610, por exemplo, quando dos Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604. Optou, porém, por validá-la. Ao julgar a ADI n. 3999, promovida por partido político, e a de n. 4.086, da Procuradoria-Geral da República, em 12.11.2008, a Corte considerou que a norma estava adequada à Constituição[47].

III – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
IV – grave discriminação pessoal.
[...].

[46] Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
[...]

[47] A ementa do julgado informa a argumentação dos requerentes e traz as razões pelas quais, ainda que em caráter temporário, a resolução deveria permanecer. "[...] 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato

A permanência da resolução levou o Poder Legislativo a soluções marcadas por notas de extravagância. A Emenda Constitucional n. 91, de 18 de fevereiro de 2016, por exemplo, tinha como único objetivo a criação de uma "janela de infidelidade"[48]. Em 27 de maio de 2015, julgando a ADI 5.081, o STF esclareceu que as hipóteses de perda de mandato por infidelidade limitavam-se aos eleitos pelo sistema proporcional. Apenas em 2015 atentou-se o Congresso Nacional para a necessidade de superar aquele contexto "excepcional e transitório". O fez por meio da Lei n. 13.165, incluindo um novo artigo na Lei dos Partidos Políticos:

> Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito
>
> Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses
>
> I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
>
> II - grave discriminação política pessoal;
>
> III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

O artigo, em boa hora, deixou de considerar que a "criação de um novo partido" concedia justa causa para a desfiliação partidária (um incentivo para aquela possibilidade). Examinando esta tardança legislativa – especialmente no contexto de um estudo sobre legislação reativa –, fica evidenciado que o Congresso Nacional somente se moveu pela necessidade de excluir a criação de partidos novos como justa causa para a desfiliação partidária. Até então, havia conformismo com a Resolução do TSE e a decisão do STF.

---

impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente"

[48] "Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.
Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação".

Mesmo assim, tratava-se de lei prevendo hipóteses de perda de mandato que, a todas as luzes, pareciam ser objeto de reserva constitucional. Certa validação indireta do art. 22-A adveio pela Emenda Constitucional n. 97, de 2017[49]. Mas a contrariedade entre disposições constitucionais e a normativa infraconstitucional só foi resolvida pela Emenda Constitucional de n. 111, de 2021, segundo a qual:

> Art. 17 [...] § 6º Os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais e os Vereadores que se desligarem do partido pelo qual tenham sido eleitos perderão o mandato, salvo nos casos de anuência do partido ou de outras hipóteses de justa causa estabelecidas em lei, não computada, em qualquer caso, a migração de partido para fins de distribuição de recursos do fundo partidário ou de outros fundos públicos e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Finalmente a mesma Constituição que rege a perda de mandato dos parlamentares traz a previsão das consequências da desfiliação.

Resolvida a questão da validade constitucional da hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária, remanesce ainda uma discussão de talhe não normativo. Uma implicância, talvez. Era mesmo necessário atribuir à Justiça Eleitoral a tarefa de guardiã dos partidos políticos que perderam representantes? Não teria sido possível encontrar uma solução dentro do próprio Poder Legislativo?

Tratou-se de uma ampliação das competências da Justiça Eleitoral. O próprio Poder Legislativo que, como se procura indicar neste artigo, queixa-se de certo ativismo ou entusiasmo da jurisdição eleitoral, acha meios de ampliá-la.

É uma tendência que já havia se verificado: a extensão da atuação da Justiça Eleitoral para situações ocorridas fora do período eleitoral, mandatos adentro. Anteriormente se entendia que este papel se encerrava, no principal, com a diplomação dos eleitos e o ajuizamento e posterior processo e julgamento das ações eleitorais. O prazo último para propô-las era de 15 dias da diplomação, caso da AIME – Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, Constituição Federal, e da Representação por captação ou gastos ilícitos de recursos do art. 30-A da Lei 9.504/97[50].

Quando muito, havia competências oriundas de atos praticados nas campanhas eleitorais, como as relativas às doações eleitorais acima do limite –

---

[49] Art. 17 [...] § 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

[50] Sobre o tema, ver: LAGE, Fernanda de Carvalho. *Processo civil eleitoral sob uma perspectiva feminista*. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2019.

cuja ação pode ser promovida até o fim do exercício seguinte ao do ano das eleições – ou a prestação de contas dos partidos políticos, até junho do ano seguinte ao do exercício. Ressalta-se que a ação de desfiliação partidária pode ser proposta em qualquer momento dos mandatos.

A tendência não dá mostras de cessar. Mais recentemente, ao aprovar o crime do art. 326-B no Código Eleitoral, o Legislativo encorpou o prolongamento da competência do Judiciário Eleitoral. Afinal, o assédio, constrangimento, humilhação, perseguição ou ameaça à mulher podem ter como vítimas diretas tanto a candidata a cargo eletivo quanto a detentora de mandato eletivo[51].

Agora a casmurrice: a competência da Justiça Eleitoral para examinar a justa causa de desfiliações partidárias inclui verificar se houve "mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário". Vale dizer: competirá aos juízes, membros do Ministério Público e advogados eleitoralistas debater ideologias partidárias, suas constâncias ou mudanças de rumo. A matéria é política, com leve verniz jurídico. Parece não se coadunar bem com os ritos, modos, falas e expectativas judiciárias.

4 Portabilidade da fração do fundo partidário e do horário de rádio e televisão

O último caso a ser apresentado nesse breve estudo é, talvez, o mais complicado e o que mais voltas e reviravoltas exibe. Trata-se de saber se cada deputado federal traz consigo – e pode levar alhures – a fração a ele correspondente dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de rádio e TV.

São recursos públicos, administrados pelos partidos políticos. O critério de distribuição, para nosso desassossego[52], não é igualitário, mas baseado na

---

[51] Art. 326-B. Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo.
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher:
I - gestante;
II - maior de 60 (sessenta) anos;
III - com deficiência.

[52] Um dos autores deste texto escreveu: "Anotamos a inconstitucionalidade do critério de cálculo do tempo de horário gratuito de rádio e televisão. Correta seria a distribuição igualitária do tempo de propaganda gratuita (isto é, custeada pelo contribuinte) a todos os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. Dar mais tempo a quem já tem maior representação política contribui para perpetuar essa poição, dificultando o debate de ideias e a renovação política. O Supremo Tribunal Federal decidiu diferentemente na ADI n. 5.487, julgada em 25.08.2016 [...]". GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Direito Eleitoral, 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 97. A outra autora, Fernanda de Carvalho Lage pondera que este ponto de vista acaba sendo facilitador da criação de partidos novos e que dificulta ações afirmativas relacionadas às mulheres, indígenas, negros, quilombolas e à comunidade

eleição das bancadas para a Câmara dos Deputados. Quantos mais deputados elege, mais tempo de horário gratuito de rádio e televisão o partido possui; quantos mais deputados, maior a parte do Fundo Partidário que a agremiação recebe. A questão é saber se esta bancada é medida por ocasião do resultado das eleições ou se ela contempla migrações partidárias ulteriores. Se um deputado muda para outro partido, leva com ele o seu quinhão? Por exemplo, um partido elegeu dez deputados e um deles se desfilia e ruma para outra grei: ele vai portar os 10% de dinheiro e tempo de TV?

O legislador reiteradamente privilegia o critério da votação. Ele se mostrou até avaro na distribuição daqueles recursos públicos, chegando a dizer que 99% deles dependeriam da eleição e que apenas 1% seria entregue a todos (redação original do art. 41 da Lei n. 9.096/95). O Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que considerou razoável a desigualação na distribuição dos recursos públicos, considerou que 1% era pouco demais. Ao decidir as ADI n. 1351-3 e 1.354-8, em 27 de maio de 2015 – as mesmas que consideraram inconstitucional a cláusula de desempenho –, observou que: "Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário".

Ao tempo do julgamento, já estava em vigor a nova redação do artigo, objeto da Lei n. 11.459, de 21 de março de 2007:

> Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

A exigência que a proporção fosse calculada de acordo com os votos da eleição geral não foi aceita *in totum* pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI n. 4.430, de 29.06.2012, a Corte entendeu que a restrição à portabilidade não poderia alcançar a migração para partidos novos que surgissem[53]. O Legislativo

---

LGBTQIA+. A estas ponderações o autor mencionado adere, ainda que questionando o que considera ser uma distância desproporcional entre a distribuição geral – que deveria ser restrita aos partidos que superassem a cláusula de barreira – e aquela baseada na bancada parlamentar.

53 Nesse sentido, consta da ementa do julgado: "[...] 6. Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele

reagiu. A Lei n. 12.875, de 30 de outubro de 2013, determinou que a distribuição dos recursos deveria desconsiderar as mudanças de filiação partidária "em quaisquer hipóteses", exceto a incorporação de um partido por outro:

> Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:
>
> I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e
>
> II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.
>
> Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.

Novamente acionado, na ADI 5.105, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o inciso II do art. 41-A, acima transcrito. A decisão é de 01.10.2015. A transcrição de um trecho maior da ementa mostra-se necessária, pois a Corte examinou justamente a questão das leis reativas, que buscam infirmar sua jurisprudência constitucional. Estas leis nasceriam com "presunção de inconstitucionalidade"[54]. No caso, o STF afirmou que a nova lei foi "uma tentativa

---

conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária. Note-se que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro [...]".

[54] Importante a leitura de trecho da ementa: "1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no

aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos. 7. O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. 8. A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora de justa causa para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga. 9. No caso sub examine, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário. 10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 11. In casu, é inobjetável que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos

obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos". E já nasceu com presunção relativa de inconstitucionalidade.

Quando do julgamento, porém, o Legislativo já tinha reagido. A Lei n. 13.107, de 24 de março de 2015, incluiu parágrafo no referido art. 41-A: "Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses". Norma idêntica foi acrescida à Lei n. 9.504/97, que trata do horário gratuito de rádio e televisão e disciplina a divisão entre os partidos: "Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses (art. 47, § 7º)".

Rodrigo López Zílio narra a controvérsia e conclui da seguinte maneira:

> Assim, atualmente, o critério de distribuição dos recursos do Fundo Partidário deve observar a redação dada ao art. 41-A da LE pela lei n. 11.459/2007 (que é anterior à Lei 12.875/2013): 5% do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no TSE (inciso I); 95% do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (inciso II). A lei 13.165/2015, por fim, modificou apenas a redação dada ao inciso I do art. 41-A da LPP, mantendo o critério de 5% em parte iguais, "a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário"[55].

Ao menos em relação à criação de novos partidos, a portabilidade do Fundo Partidário está assegurada pelas decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade. As normas legais que desconsideram as mudanças de filiação partidária "em qualquer hipótese" continuam em vigor, mas apenas podem se referir à migração comum, de um partido para outro preexistente.

5 Desenvolvimentos posteriores

A vedação da portabilidade para a migração para partidos preexistentes é encontrada também no texto das Emendas Constitucionais n. 91 e 97. A primeira dispõe que:

---

políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia. 12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013".

[55] ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 8. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2020, p. 118.

> Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.
>
> Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

A segunda, de 04.10.2017, ao permitir migrações partidárias saindo de partidos que não alcançaram a cláusula de desempenho, promoveu a seguinte alteração na Constituição:

> Art. 17 [...] § 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

Ou seja, não há portabilidade, nem do Fundo Partidário, nem do tempo de rádio e televisão. E se se tratar de criação de novo partido? O Supremo Tribunal Federal terá que ser acionado outra vez?

Note-se que o parágrafo não faz referência ao Fundo Especial de Financiamento das Campanhas Eleitorais, que só foi criado dois dias depois da promulgação da Emenda, pela Lei n. 13.488, de 6 de outubro de 2017[56].

---

[56] A Lei 13.488/2017, ao alterar a Lei 9.504/97, traz o art. 16-D: Art. 16-D. Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecidos os seguintes critérios:
I- 2% (dois por cento), divididos igualitariamente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral
II- 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;
III- 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares.
IV- 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.
§ 1º (VETADO).
§ 2º Para que o candidato tenha acesso aos recursos do Fundo a que se refere este artigo, deverá fazer requerimento por escrito ao órgão partidário respectivo.
§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, a distribuição dos recursos entre os partidos terá por base o número de representantes eleitos para a Câmara dos Deputados na última eleição geral, ressalvados os casos dos detentores de mandato que migraram em razão de o partido pelo qual foram eleitos não ter cumprido os requisitos previstos no § 3º do art. 17 da Constituição Federal
§ 4º Para fins do disposto no inciso IV do caput deste artigo, a distribuição dos recursos entre os partidos terá por base o número de representantes eleitos para o Senado Federal na

A surpresa é que a lei traz a portabilidade dos recursos do Fundo Especial se o partido pelo qual o deputado se elegeu não atingir a cláusula de desempenho. Ao menos em relação aos 48% do inciso III do art. 16-D. Não há razão, porém, para desaplicar o precedente do Supremo Tribunal Federal em caso de criação de partidos novos.

O critério do voto – e não da composição futura das bancadas – foi também empregado pela Emenda n. 111, ao trazer uma espécie de "sanção premial" aos partidos que se esforcem no apoio às candidaturas negras e femininas[57].

6 Os diretórios provisórios que se eternizavam

A organização dos órgãos diretivos partidários segue a escala federativa: diretórios nacionais, estaduais, distrital e municipais. A Lei n. 9.096/95, já em sua redação original, dizia que:

> Art. 8º. § 3º Adquirida a personalidade jurídica na forma deste artigo, o partido promove a obtenção do apoiamento mínimo de eleitores a que se refere o § 1º do art. 7º e realiza os atos necessários para a constituição definitiva de seus órgãos e designação dos dirigentes, na forma do seu estatuto.

A mesma lei afirma que, obtido o registro, os partidos devem comunicar à Justiça Eleitoral a constituição de seus órgãos de direção e os nomes dos respectivos integrantes, bem como as alterações que forem promovidas, para anotação.

Cabe rememorar que o lançamento dos candidatos, em cada circunscrição, é de responsabilidade dos diretórios respectivos, que deverão realizar a convenção partidária e requerer o registro dos escolhidos. Para seu funcionamento, esses diretórios recebem (ou devem receber) os recursos que lhes forem repassados pelas instâncias partidárias, inclusive recursos públicos. São obrigados, portanto, a prestar contas. Foi ao receber, ou não receber, informações relativas aos órgãos de direção partidária e eventuais alterações de seus nomes, bem como a prestação de contas, que a Justiça Eleitoral percebeu que alguns diretórios estaduais e municipais funcionavam em caráter provisório, sem dar os passos finais e necessários para suas constituições definitivas.

última eleição geral, bem como os Senadores filiados ao partido que, na data da última eleição geral, encontravam-se no 1º (primeiro) quadriênio de seus mandatos.

[57] Art. 2º Para fins de distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), os votos dados a candidatas mulheres ou a candidatos negros para a Câmara dos Deputados nas eleições realizadas de 2022 a 2030 serão contados em dobro.

Parágrafo único. A contagem em dobro de votos a que se refere o caput somente se aplica uma única vez.

Supostamente, a existência de diretórios provisórios facilitava a tarefa dos diretórios de nível superior, de dissolvê-los diante de contrariedades políticas. Por estas razões, a Resolução n. 23.571 de 2018, do TSE, considerou que as anotações relativas aos órgãos provisórios valeriam por somente 180 dias. Essa exigência valeria a partir de 1º de janeiro de 2019. Isto significava que os partidos teriam até 29 de junho daquele ano para regularizar a situação. A perda de validade da anotação traria consequências como a proibição de lançar candidatos e de recebimento de recursos.

Antes que aquele prazo vencesse, porém, surgiu a Lei 13.831, de 17 de maio de 2019. Ela alterou a Lei dos Partidos Políticos:

> Art. 3º
>
> [...] § 2º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios.
>
> § 3º O prazo de vigência dos órgãos provisórios dos partidos políticos poderá ser de até 8 (oito) anos.
>
> § 4º Exaurido o prazo de vigência de um órgão partidário, ficam vedados a extinção automática do órgão e o cancelamento de sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

Foi assim que, por disposição legal, se passou a dar ao qualificativo "provisório" uma dimensão temporal alargada: oito anos! Por via das dúvidas, o Legislativo incluiu nova alteração no art. 17 da Constituição, com a Emenda n. 97, de 4 de outubro de 2017:

> Art. 17, § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

A Procuradoria-Geral da República foi ao Supremo, resultando na ADI 6.230/DF, julgada em 08.08.2022:

> [...] III - Vocação dos partidos políticos para a autocracia que não é particularidade da política brasileira contemporânea. Estudos clássicos de Robert Michels e Maurice Duverger que explicam essa paradoxal propensão. IV - Da tensão entre interesses de eleitores, filiados e dirigentes partidários podem resultar abalos na representação política que afetam a qualidade da democracia e a própria sobrevivência do regime, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem o dever

> de tutelar. V - Importância de reforçar as tendências democráticas dos partidos políticos, os quais são peças fundamentais para a construção de uma legítima e robusta democracia representativa, amplificando os movimentos políticos que engajam os cidadãos na política. VI - Ideal democrático que se firma na temporalidade dos mandatos, na renovação. O voto direto, secreto, universal e periódico constitui cláusula pétrea da nossa República (art. 60, § 4º, II, da Constituição). VII - A periodicidade dos mandatos reforça e garante o, no exercício de sua autonomia constitucional, estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes desde que compatível com o princípio republicano da alternância do poder concretizado por meio da realização de eleições periódicas em prazo razoável. VIII - Concessão de interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 3º da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019, para assentar que os partidos políticos podem, no exercício de sua autonomia constitucional, estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes desde que compatível com o princípio republicano da alternância do poder concretizado por meio da realização de eleições periódicas em prazo razoável. IX - Inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019, ao fixar o prazo de duração de até 8 (oito) anos das comissões provisórias. Período durante o qual podem ser realizadas distintas eleições (gerais e municipais), para todos os níveis federativos. O que é provisório não é eterno; o que é temporário, não pode ser permanente; o que é efêmero, não é duradouro. X - Improcedência do pedido quanto ao art. 55-D da Lei 9.096/1995, na redação dada pela Lei 13.831/2019. XI - Modulação para que a decisão, no trecho em que reconhece a inconstitucionalidade da norma, produza efeitos exclusivamente a partir de janeiro de 2023, prazo posterior ao encerramento do presente ciclo eleitoral, após o qual o Tribunal Superior Eleitoral poderá analisar a compatibilidade dos estatutos com o presente acórdão.

Ou seja, nem mesmo uma norma reativa pode mudar o sentido semântico dos termos.

Entretanto, para não dar realce apenas às discordâncias entre a jurisprudência eleitoral e o Poder Legislativo, segue breve relato de questão na qual o Supremo Tribunal Federal chancelou uma criação legal que, de todo modo, tem-se ainda como controversa nos debates eleitorais.

Em boa hora o Poder Legislativo proibiu as coligações proporcionais (Emenda n. 97). Se no sistema proporcional, cada deputado e vereador depende quase sempre do voto dos seus pares para se eleger, como justificar que os votos dados a um partido beneficiem candidatos de outros? Os eleitores se confundiam, ajudando a eleger candidatos que não apreciavam, pois, ao sabor de lideranças partidárias, estavam em partidos coligados.

A vedação das coligações proporcionais, todavia, tornou ainda mais difícil a vida daqueles pequenos – e presumidamente autênticos – partidos políticos. Como atingiriam, isoladamente, os percentuais trazidos pelo art. 17, § 3º? O risco

de ficarem de fora era e é real. Conforme o Tribunal Superior Eleitoral, apenas 12 dos 28 partidos que concorreram nas eleições gerais de 2022 alcançaram a cláusula de desempenho.

Uma maneira de obviar a dificuldade destes partidos pequenos é permitir que eles se reúnam em federações. Esta modalidade de junção de partidos, ao contrário das coligações, não se extingue ao final do pleito eleitoral, prosseguindo ao longo de um período mínimo de quatro anos. Além disso, deve ter programa comum e caráter nacional, o que não se exigia das coligações. O partido que deixar a Federação será sancionado, nos termos da Lei n. 14.128, de 28 de setembro de 2021, deixando de receber o Fundo Partidário pelo resto do período de quatro anos e sendo proibido de novamente se federar ou celebrar coligação nas duas eleições seguintes.

Do ponto de vista material, ótima solução. Todavia, seria possível trazer esta inovação por lei ordinária, diante de uma Emenda à Constituição que vedava coligações? Em outra oportunidade, um dos autores deste texto ponderou que:

> ( ) será que, na prática, ao votar na Federação "X" o eleitor não se sentirá votando na coligação proporcional PX-PY-PW-PK-PZ, como fazia anteriormente? Será que a Federação conjura o risco de o eleitor votar num candidato que reputa honesto e ajudar a eleger outro que reputa um salafrário? O voto num candidato alinhado a teses de esquerda não ajudará a eleger outro, de direita, ou vice-versa? Esse programa comum da federação partidária terá o mínimo de densidade para evitar esses extravios? O Tribunal Superior Eleitoral poderá recusar o registro de uma federação cujo programa seja amorfo ou por demais genérico?[58]

Ou seja, se a mudança era exigível, que se fizesse por meio de Emenda Constitucional. Os males da semelhança com as coligações seriam conjurados. O Supremo Tribunal Federal entendeu de forma diferente e apoiou a atuação legislativa, não reconhecendo inconstitucionalidades materiais ou formais (ADI 7.021-MC-Ref, de 09. 02.2022)[59].

---

[58] GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos: "Reflexões Chuvosas sobre a Lei das Federações Partidárias ou a volta disfarçada das coligações proporcionais", de 11 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.acachacaeleitoral.com/blog/reflex%C3%95es-chuvosas-sobre-a-lei-das-federa%C3%87%C3%95es-partid%C3%81rias-ou-a-volta-disfar%C3%87ada-das-coliga%C3%87%C3%95es-proporcionais>. Acesso em: 06 fev. 2023.

[59] ADI 7.021-MC-Ref, de 09.02.2022: "Direito constitucional e eleitoral. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo de Medida Cautelar. Federação de Partidos Políticos. Lei nº 14.208/2021. Cautelar parcialmente deferida, quanto ao prazo de registro, para preservação da isonomia. 1. A lei questionada – Lei nº 14.208/2021 – alterou a redação da Lei nº 9.096/1995, criando o instituto da federação partidária. Essa nova figura permite a união entre partidos políticos, inclusive para concorrerem em eleições proporcionais (para deputado federal, estadual e vereador). Alegação de vícios de inconstitucionalidade formal e de inconstitucionalidade material. I. Inexistência de inconstitucionalidade formal 2. O projeto de lei foi iniciado e aprovado no Senado Federal, sob a antiga redação do art. 17, § 1º, da Constituição, que admitia coligação

Reflexões finais

Não se pretende indicar que toda a variada legislação eleitoral alteradora feita em anos recentes é reativa. É compreensível que normas tão relevantes como as que regem as eleições e os partidos políticos não passem ilesas por seguidas legislaturas. Antes que se alimentem simpatias apressadas, dando razão a um ou outro dos lados desta disputa, convém registrar que, no caso das regras eleitorais, o legislador tem o peculiar privilégio de legislar em causa própria. Sua produção pode conter, destarte, vieses acentuados no sentido de facilitar o próprio espaço em campanhas futuras, dificultando a renovação política e malferindo postulados essenciais relativos ao caráter competitivo dos pleitos eleitorais.

Por parte do Judiciário Eleitoral é adequado observar que, ao contrário do que ocorre com a generalidade dos outros tribunais brasileiros, a composição do Tribunal Superior Eleitoral muda a cada dois anos. A

---

eleitoral inclusive no sistema proporcional. Na sequência, foi remetido à Câmara dos Deputados e aprovado, sob a vigência da nova redação do referido dispositivo, que passou a vedar coligações em eleições proporcionais (EC 97/2017). Daí a alegação de que deveria ter retornado à Casa em que iniciada a tramitação. O argumento, porém, não procede. 3. Nada na Constituição sugere que a superveniência da emenda constitucional referida exigiria o retorno ao Senado Federal do projeto já aprovado pelas duas Casas. O reexame pela Casa iniciadora somente se dá no caso em que o projeto tenha seu conteúdo alterado na Casa revisora (CF, art. 65, parágrafo único), o que não ocorreu. Na Câmara dos Deputados, houve apenas emendas de redação. Cabe observar ainda que: (i) federação partidária e coligação constituem institutos diversos; e (ii) o Congresso Nacional, em sessão conjunta, reunindo o Senado e a Câmara, por maioria absoluta, rejeitou o veto que havia sido aposto pela Presidente da República ao projeto aprovado. Portanto, há inequívoca manifestação de vontade de ambas as Casas Legislativas em relação à matéria. II. Inexistência de inconstitucionalidade material 4. A federação partidária possui importantes pontos de distinção em relação às coligações, que em boa hora foram proibidas. As coligações consistiam na reunião puramente circunstancial de partidos, para fins eleitorais, sem qualquer compromisso de alinhamento programático. Tal fato permitia, por exemplo, que o voto do eleitor, dado a um partido que defendia a estatização de empresas, ajudasse a eleger o candidato de um partido ultraliberal. Ou vice-versa. A fraude à vontade do eleitor era evidente. 5. Já a federação partidária, embora assegure a identidade e a autonomia dos partidos que a integram (art. 11-A, § 2º), promove entre eles: (i) uma união estável, ainda que transitória, com durabilidade de no mínimo 4 (quatro) anos (art. 11-A, § 3º, II); (ii) requer afinidade programática, que permita a formulação de estatuto e de um programa comuns à federação (art. 11-A, § 6º, II), e (iii) vincula o funcionamento parlamentar posterior às eleições (art. 11-A, § 1º). Em tais condições, as federações não implicam transferência ilegítima de voto entre partidos com visões ideológicas diversas e, portanto, não geram os impactos negativos sobre o sistema representativo que resultavam das antigas coligações proporcionais. 6. É possível questionar a conveniência e oportunidade da inovação, que pode retardar a necessária redução do número de partidos políticos no país. Mas essa avaliação, de natureza política, não cabe ao Poder Judiciário. Em juízo cautelar e em exame abstrato da matéria, não se vislumbra inconstitucionalidade. Naturalmente, se no mundo real se detectarem distorções violadoras da Constituição, tal avaliação preliminar poderá ser revisitada. Para isso, no entanto, é imperativo aguardar o processo eleitoral e seus desdobramentos. Por ora, portanto, não é o caso de impedir a experimentação da fórmula deliberada pelo Congresso Nacional. [...] 9. Tese: "É constitucional a Lei nº 14.208/2021, que institui as federações partidárias, salvo quanto ao prazo para seu registro, que deverá ser o mesmo aplicável aos partidos políticos. Excepcionalmente, nas eleições de 2022, o prazo para constituição de federações partidárias fica estendido até 31 de maio do mesmo ano".

magistratura eleitoral é por mandato e cada eleição é presidida por um integrante distinto. É um procedimento para evitar concentração de poderes, mas contribui para que a própria jurisprudência eleitoral seja particularmente cambiável. Os termos deste diálogo e destes contrastes são de interesse da cidadania, até para surpreender princípios, interesses ou vetores importantes para a democracia constitucional.

Disputas entre poderes, mantido o devido respeito institucional e o primado da voz constitucional, são parte da democracia, pois a separação harmônica dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos também o são. No caso eleitoral, as disputas podem ser influenciadas pelas paixões vindas das campanhas eleitorais ou pela tentativa do Judiciário de buscar soluções para dificuldades do sistema representativo. As leis reativas eleitorais exibem pontos de tensão informados pela defesa, às vezes contundente, de visões de mundo caras a cada uma das Instituições em referência. Como cidadãos críticos e defensores da democracia, emprestamos nosso apoio ora a um, ora a outro destes atores constitucionais.

Referências

CARVALHO, Valter Rodrigues; FREITAS, John dos Santos. *Cadernos de Pesquisa em Ciência Política* [recurso eletrônico] / Universidade Federal do Piauí, v. 3, n. 1 (fev. 2014), 21 p.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Direito Eleitoral*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LAGE, Fernanda de Carvalho. *Processo civil eleitoral sob uma perspectiva feminista*. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2019.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Revista Novos Estudos*, CEBRAP, n. 41, 1995.
ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 8. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2020.

Nota sobre os(as) autores(as)

Fernanda de Carvalho Lage

Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Procurador Regional da República. Professor dos cursos de especialização do IDP Brasília.

A CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – REFLEXÕES (SOBRETUDO) A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS*

MARGARIDA SANTOS
Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Considerações iniciais (ponto de partida – a necessidade de uma intervenção estadual articulada e eficaz)

Quando está em causa a violação dos direitos da criança, nomeadamente no contexto de violência doméstica, tem sido trilhado um caminho de promoção de uma maior articulação entre a intervenção protetora, tutelar cível e penal, tendo em vista a concretização do superior interesse da criança e a sua proteção[60]. Neste sentido, além das alterações legais[61], nomeadamente a Diretiva n.º 5/2019,

---

* O presente texto corresponde, com pequenas adaptações, ao artigo já publicado na *Revista do CEJ*, 2022-I, pp. 101 a 116, com o título "A tutela da criança exposta à violência interparental após a revisão da Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto - foi superada a dúvida?". Aproveitamos esta oportunidade para deixar um profundo agradecimento à Senhora Doutora Elizabeth Rocha, por todos os ensinamentos, pela Grande Jurista, Magistrada, Professora e Amiga que é. Sempre disponível e disposta a honrar a palavra *Justiça*. Tivemos já o privilégio de o testemunhar várias vezes. Bem-haja querida Ministra Elizabeth!

[60] Como aponta de forma clara Helena Bolieiro, "A intervenção protectora, centrada na criança, só será capaz de levar a cabo os seus objectivos de forma plena quando funcionar em estreita articulação com a intervenção penal, sem atropelos recíprocos e respeitando as competências e âmbito de actuação de cada uma", além da "…estreita articulação com as providências tutelares cíveis" – cf. BOLIEIRO, Helena, "A criança vítima: necessidades de protecção e articulação entre intervenções", *Julgar*, N.º 12 (especial), 2010 p. 146.

[61] Desde logo, o legislador português em 2015 promoveu uma maior articulação entre procedimentos que decorrem em simultâneo, com alterações à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, com o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e o Estatuto da Vítima. Além disso, importa sublinhar a Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, que altera o Código Civil (É aditado ao Código Civil o Artigo 1906.º- A – "Regulação das responsabilidades parentais no âmbito de crimes de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto família": "Para efeitos do n.º 2 do artigo anterior, considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças", promovendo a regulação urgente das responsabilidades parentais em situações de violência doméstica, altera a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (foi aditado o n.º 4 ao artigo 31 – "Medidas de coação urgentes": "4 - A medida ou medidas de coação que impliquem a restrição de contacto entre progenitores são imediatamente comunicadas ao representante do Ministério Público que exerce funções no tribunal competente, para efeitos de instauração, com caráter de urgência, do respetivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais". Foi igualmente revogado o artigo

de 15-11-2019[62], e n.º 1/2021, de 14-1-2021[63], da Procuradora-Geral da República, têm vindo a aprofundar esta ligação.

Não obstante, esta articulação eficaz tem sido encarada como um dos maiores desafios na proteção das crianças vítimas[64].

Estas dificuldades são igualmente visíveis através, por exemplo, da "*décalage*"[65] entre as situações que envolvem crianças ou jovens em casos de violência doméstica sinalizadas às Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) e as participações, por exemplo, aos órgãos de polícia criminal. Com efeito, o Relatório Anual da Atividade das CPCJ do ano de 2020[66] dá conta de um aumento, relativamente ao ano anterior, dos diagnósticos da categoria violência doméstica em 7,7%[67], continuando a assumir o segundo lugar. Dá

37.º - B ("Comunicação obrigatória de decisões judiciais"), o Código de Processo Penal (foi aditado ao artigo 200 do Código de Processo Penal ("Proibição e imposição de condutas" o n.º 4: "A aplicação de obrigação ou obrigações que impliquem a restrição de contacto entre progenitores são imediatamente comunicadas ao representante do Ministério Público que exerce funções no tribunal competente, para efeitos de instauração, com caráter de urgência, do respetivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais") e o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e a Lei n.º 75/98, de 19 de novembro.

62 Esta Diretiva visa dotar os magistrados do Ministério Público de orientações de atuação uniforme na área da Violência doméstica e a estratégia de articulação refletida na atuação funcional que se pretende implementar a partir de janeiro de 2020 com a criação das denominadas Secções Especializadas Integradas de Violência Doméstica (SEIVD) - O Conselho Superior do Ministério Público deliberou constituir, no âmbito das secções distritais dos DIAP de Lisboa e do Porto, Secções Especializadas Integradas de Violência Doméstica (SEIVD).

63 Como aí se refere, por exemplo: "iii) No início do inquérito, e de modo a garantir uma atuação planeada, coerente e continuada, deverá ponderar-se e promover-se a comunicação, colaboração e articulação entre todos os serviços e entidades que devam intervir no caso concreto, especialmente o Ministério Público de outras jurisdições, tendo em vista, designadamente, o apoio e a prestação de cuidados à vítima, a reorganização familiar, a proteção de crianças e jovens ou de maiores vulneráveis e o tratamento do agressor".

64 Com efeito, continua a ser necessário, como referia Rui do Carmo a propósito do aprofundamento da articulação promovida pela via legislativa em 2015, que exista um "especial esforço" da praxis "para que sejam ultrapassadas as dificuldades decorrentes da dispersão de normas, da histórica dificuldade do sistema judiciário em ultrapassar a rotina, da sua proverbial lentidão em incorporar na *praxis* as roturas legislativas, da habitual não sintonia entre estas e a colocação no terreno dos meios para as implementar e do método de encerramento da realidade multiproblemática em processos que tratam de forma estanque cada uma das suas parcelas" – cf. CARMO, Rui do, "As crianças como testemunhas: aplicar e clarificar a lei", *Revista do CEJ*, nº II, 2016, p.98.

65 Cf. LEAL, Ana Teresa, *Crianças expostas à violência familiar: vítimas (in)diretas do Crime de Violência Doméstica,* "Revista do CEJ", 2020-I, p. 150.

66 O relatório (publicado em junho de 2021) pode ser consultado em: https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades (p. 48).

67 De acordo com o relatório de 2020, a Violência Doméstica representa a categoria de perigo mais representada nas comunicações recebidas pelas CPCJ (13 363 situações), mantendo a tendência do ano anterior de subida (cerca de 12.639 situações – 28,86% das situações comunicadas, que foram de 43796). Importa salientar que, neste relatório, se sublinha que a tipologia Violência Doméstica engloba as situações de perigo Exposição a Violência

igualmente conta – em linha com o que já sucedeu no ano anterior – do aumento (significativo) das comunicações pela categoria de violência doméstica (é a categoria de perigo mais comunicada), face aos anos anteriores a 2019, e relativamente ao ano de 2019, de resto em linha com o Relatório Anual de Segurança Interna de 2020[68], onde apesar de ter havido uma redução do número de denúncias relativas a comportamentos integrantes do crime de violência doméstica, na tipologia de violência doméstica contra menores regista-se uma ligeira subida (15,6 % - filho/a ou enteado/a).

Neste cenário, o ordenamento jurídico-penal[69] não era (é?) muito claro na tutela que conferia à vítima (criança) de maus tratos, no contexto de violência doméstica, permitindo uma prática judiciária maioritária[70] que desconsiderava reiteradamente as crianças expostas à violência interparental, como já evidenciámos[71].

Neste contexto, o quadro jurídico-penal não era (é?) isento de dúvida. Desde logo, o próprio elemento literal do art.º 152.º, n.º 1 e n.º 2, do CP deixava dúvidas de interpretação quanto à posição da criança no crime de violência doméstica, originado questões em torno da (in)existência de um concurso de crimes. Além disso, o art.º 2.º da Lei 112/2009, de 16 de setembro, definia vítima"

Doméstica e a Ofensa Física em contexto de Violência Doméstica, que representam aproximadamente 97% do total de situações de perigo comunicadas nesta categoria (p. 40 e 41).

[68] O relatório (publicado em março de 2021) pode ser consultado em: https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAAA%3d.

[69] Seguem-se aqui os ensinamentos de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 6 e ss, a propósito dos conceitos de "ordenamento jurídico-penal" ou "direito penal em sentido amplo" enquanto expressão que abarca, para além do direito penal substantivo, o direito processual penal e o direito de execução das penas e medidas de segurança ou direito penal executivo.

[70] A esta jurisprudência maioritária se referia igualmente o 11.º Relatório Final da Equipa de Análise Retrospetiva de Homicídio em Violência Doméstica que recomendou, nomeadamente à Assembleia da República e ao Governo, "... que seja ponderada a necessidade e oportunidade de clarificação do texto do artigo 152.º do CP, para que afirme expressamente que o menor de idade que é constrangido a presenciar maus tratos cometidos contra uma das pessoas referidas nas alíneas do n.º 1 é ele próprio vítima do crime de violência doméstica", atendendo a que frequentemente, na prática judiciária, "quando os maus tratos são praticados na presença de menor de idade, em particular nas situações descritas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 152.º do CP, prevalece o entendimento de que se aplica tão só a agravante prevista no n.º 2 a) do mesmo artigo" – o relatório pode ser consultado em https://earhvd.sg.mai.gov.pt/RelatoriosRecomendacoes/Pages/default.aspx (pp. 26/27).

[71] Ver já os nossos "O lugar da criança exposta à violência interparental: dúvidas e perspetivas em torno do preenchimento do tipo legal de crime de violência doméstica", in *Professor Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, Vol. I, Lisboa AADFL Editora, 2021, pp. 621-640 e "A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspetivas à luz da norma penal e da prática judiciária", in Clara Calheiros et al (org.), 7.º *Congresso de Direito na Lusofonia - Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2021.

como "a pessoa singular que sofreu um dano, *nomeadamente* um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, *diretamente* causada por ação ou omissão, no âmbito do crime de violência doméstica previsto no artigo 152.º do Código Penal" (destacado nosso), levando a que se questionasse a *ratio legis* da terminologia "dano diretamente causado"[72].

Nesta medida, apesar de estarmos com aqueles que entendiam que era possível, em abstrato, colher da norma a leitura que permita a existência de um concurso de crimes de violência doméstica agravados[73], defendemos que se afigurava aconselhável uma alteração legislativa[74] que de forma clara incorporasse este pedaço da vida associado "diretamente" à criança[75].

Apesar de o legislador português ter promovido, como temos vindo a evidenciar, uma "tutela penal especial reforçada"[76] na direção *certa* para enfrentar este fenómeno, o que é visível, desde logo, pelo quadro evolutivo traçado pelas diversas alterações legislativas, a tutela penal conferida à vítima criança que era exposta à violência intrafamiliar era *incerta*.

Importa, por isso, renovar o debate e compreender o sentido e o alcance das alterações promovidas através da Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, apenas no que toca à proteção da criança, sublinhando-se alguns aspetos que poderão ser (ir)relevantes no contexto do preenchimento do tipo. Importa, pois, alcançar se a

---

[72] No mesmo sentido, cfr. art.º 67.º-A, n.º 1, al. a), do CPP.

[73] Assim, por exemplo, MORAIS, Teresa, *Violência Doméstica, o Reconhecimento jurídico da vítima*, 2019, Coimbra, Almedina, pág. 74 e Cf. LEAL, Ana Teresa, *op cit*., p. 171.

[74] Para maiores desenvolvimentos ver o nosso "O lugar da criança exposta à violência interparental: dúvidas e perspetivas em torno do preenchimento do tipo legal de crime de violência doméstica", in *Professor Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, Vol. I, Lisboa AADFL Editora, 2021, pp. 621-640.

[75] Ver, por exemplo, LEAL, Ana Teresa, "Crianças expostas à violência familiar: vítimas (in)diretas do Crime de Violência Doméstica", *Revista do CEJ*, 2020-I, p. 160 e, por exemplo, SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial, Os crimes contra as pessoas, Crimes contra a vida, Crimes contra a vida intra-uterina, Crimes contra a integridade física*, 4.ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2017, pp. 311 e 312. Ver também a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica - COM/2022/105 final, que é clara neste sentido, que vale aqui enunciar, ainda que se trate de um documento provisório. Como aí se refere: "A diretiva proposta reforçará a proteção de uma série de direitos fundamentais, nomeadamente: (...) os direitos das crianças (artigo 24.º da Carta), por exemplo, reconhecendo as crianças testemunhas como vítimas diretas de violência contra as mulheres e de violência doméstica e prevendo medidas específicas para proteger e apoiar as crianças, e que os casos sejam tratados no interesse superior da criança..." Como se refere no Considerando 6 da Proposta de Diretiva "Devido à sua vulnerabilidade, as crianças que testemunham a violência contra as mulheres ou a violência doméstica sofrem danos emocionais diretos, que afetam o seu desenvolvimento. Por conseguinte, essas crianças devem ser consideradas vítimas e beneficiar de medidas de proteção específicas".

[76] Assim BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010.

crise foi superada no ordenamento jurídico-penal, nomeadamente neste aspeto específico da proteção da criança exposta à violência interparental.

2. O bem jurídico tutelado, os comportamentos puníveis e o preenchimento do tipo legal de violência doméstica – breves considerações

O tipo legal de violência doméstica assenta na prática de *maus tratos* (de diversa índole), estando subjacente uma relação de intimidade/proximidade afetiva ou de solidariedade atendendo à especial vulnerabilidade da vítima, contemplando assim diversas formas de relações (a relação íntima, a relação parental sem a proximidade íntima/afetiva; a relação de coabitação com a vítima particularmente indefesa, tendo o legislador "acrescentado" (*rectius* autonomizado) na revisão do Código Penal operada pela Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, o *menor descendente* (ou situação equiparada). Abrange, assim, como sujeitos passivos, os (ex)cônjuges, (ex)namorados ou quem vive em condições análogas ainda que sem coabitação; o progenitor de descendente comum em 1.º grau; o menor descendente (ou das pessoas referidas) e a pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, desde que haja coabitação. O legislador português abarca um rol amplo de sujeitos passivos, protegendo tanto o homem como a mulher, no contexto de relações íntimas, de filiação ou equiparadas ou de coabitação (desde que exista especial vulnerabilidade).

Relativamente ao bem jurídico protegido pelo art.º 152.º, do CP, cumpre acentuar que se encontra definitivamente afastada a ideia de que os bens jurídicos protegidos pelo art.º 152.º se encontram ligados "à tutela da comunidade familiar ou conjugal"[77]. Com efeito, tem sido entendido que o bem jurídico diz respeito diretamente à pessoa do ofendido, muito embora ocorra no contexto de relações de proximidade afetiva/intimidade, de filiação, ou de coabitação.

Como tendo sido largamente sublinhado, na doutrina e na jurisprudência, o bem jurídico protegido pelo art.º 152.º do CP é um bem jurídico complexo, referente à saúde – física, psíquica e mental – do indivíduo[78]. Está aqui em causa "a proteção de um estado de pleno bem-estar

---

[77] Cf. CARVALHO, Américo Taipa de Carvalho, "*Comentário ao Art.º 152.º*", in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 511/512.

[78] Assim, CARVALHO, Américo Taipa de Carvalho, "Comentário ao Art.º 152.º", in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra,, p. 512: "…o bem jurídico directamente protegido por este tipo de crime é a saúde - bem jurídico complexo que abrange a **saúde** física, psíquica e mental; e (...) que pode ser afetado por toda uma multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agravem as deficiências destes, afectem a dignidade pessoal do cônjuge (ex, cônjuge, ou pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga á dos cônjuges), ou prejudiquem o possível bem-estar dos

físico e mental"[79]. Ou seja, não está em causa a proteção isolada, por exemplo, da integridade física ou da liberdade sexual "mas antes uma dimensão complexa e de certa forma antecipatória destas vertentes pessoais: a saúde"[80].

Um apontamento se impõe, ainda, para referir que, certa doutrina e jurisprudência refere-se, ainda, à dignidade humana[81]. Não obstante, como se

idosos ou doentes que, mesmo que não sejam familiares do agente, com este coabitem" (negrito do Autor). Como refere LEITE, André Lamas, "A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o direito penal e a criminologia", *Julgar*, n.º 12: n.º *Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, pp. 48/49: "...difícil será apontar um tipo legal em cuja base se encontre um bem jurídico tão multímodo como o da violência doméstica", entendendo que "uma boa parte do trabalho da doutrina e da jurisprudência deve concentrar-se na busca de um *bem jurídico* suficientemente amplo e operativo". Segundo o Autor, "… o bem jurídico que identificámos é uma concretização do direito fundamental da integridade pessoal (art. 25.º da Constituição), mas também do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, da Constituição) (…), ambos emanações directas do *princípio da dignidade da pessoa humana*" (itálico do Autor). Ver também, entre outros, NEVES, José Francisco Moreira das, "Violência doméstica - um problema sem fronteiras", 2000, disponível em www.verbojuridico.net, p. 7; BRAVO, Jorge dos Reis, "A actuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica", RMP, n.º 102, 2005, p. 66; MATOS, Ricardo Bragança de, "Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?", RMP, n.º 107, 2006, p. 94 e ss.; FERNANDES, Plácido Conde, "Violência doméstica: novo quadro penal e processo penal, *Revista do CEJ*, nº 8 (*especial*), 2008,pp. 304 e ss.; BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: n.º *Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, pp. 13 e ss.; GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, *Código Penal, Parte geral e especial, com notas e comentários,* 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 648; LEITE, Inês Ferreira Leite, *Ne (Idem) Bis in Idem, Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 341 e 341 e SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial: Os Crimes contra as Pessoas, 4.ª ed*., Quid Juris, Lisboa, 2017, pp. 306 e ss. Paulo Pinto de Albuquerque, numa linha divergente, entende que os bens jurídicos protegidos são "a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e até a honra" - Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "Anotação ao art.º 152.º", *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,* 4.ª Edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica, 2010, p. 642. Em sentido diferente, se bem compreendemos, Elisabete Ferreira entende que no tipo legal em análise se tutela "algo mais do que a saúde da vítima", tutelando-se, "a título principal, o bem jurídico saúde, entendido em sentido amplo, e, de forma reflexa, a pacífica convivência familiar e doméstica" - Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral,* vol. I, 4.ª ed., reimp., Lisboa, Verbo, 1997, pp. 179.º e ss., especialmente p. 188. e 475.

[79] BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 16.

[80] LEITE, Inês Ferreira Leite, *Ne (Idem) Bis in Idem, Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 2016, p. 341.

[81] Ver, por exemplo, na doutrina, DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2.ª ed., AAFDL, 2007, p. 110, que destaca a dignidade humana como bem jurídico do crime de violência doméstica; ver também SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial*: *Os Crimes contra as Pessoas, 4.ª ed*., Quid Juris, Lisboa, 2017, p. 306: "[o]s tipos de crime de maus-tratos apresentam, hoje, uma estrutura mais abrangente, envolvendo uma tutela para além da integridade física, considerando-se que valores como a dignidade humana estão também

sabe, são elevadas as controvérsias em torno da admissão da dignidade humana como objeto de proteção penal e cremos que, neste contexto, não é defensável considerá-la específico bem jurídico tutelado pelo tipo legal de violência doméstica[82]. Neste sentido, cremos que a dignidade pessoal deve ser chamada à colação apenas para contextualizar o ambiente de intimidação, humilhação, desprezo da vítima, promovendo-se, nessa medida, a desconsideração pela dignidade pessoal da vítima[83]. E é sobretudo por isso que podemos dizer que se transcende, no plano da antijuridicidade, a mera ofensa à integridade física, por exemplo.

Concordamos, por isso, com aqueles que consideram este um crime de perigo abstrato[84] e não um crime de dano[85], devendo analisar-se os maus tratos

---

tutelados, nomeadamente, por estarem em causa formas especiais de protecção da vítima, perante agressões que lhe são dirigidas, quando se encontra especialmente desprotegida …". Também CARVALHO, Américo Taipa de Carvalho, "Comentário ao Art.º 152.º", in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 512, faz referência á tutela da dignidade humana: "…[a] ratio do tipo não está na proteção da comunidade familiar ou conjugal, mas sim na protecção da pessoa individual e da sua **dignidade humana** …" (destacado do Autor). Cremos, contudo, na linha de BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 14, nota de rodapé 17, que o Autor não vai tão longe e não eleva a dignidade humana a bem jurídico do crime de violência doméstica.

[82] Concordamos com o raciocínio exposto por BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 16 e ss., e para aí remetemos. Com efeito, como sintetiza o Autor (p. 14): «[a] dignidade humana como valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico *não* está em condições de desempenhar a função de específico referente e padrão crítico da criminalização que deve ser própria de um bem jurídico-penal». Cf., por exemplo, DIAS, Jorge de Figueiredo, "«O direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional", in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 41 e COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas "Especiais" da Parte Especial)*, Coimbra Editora, 2004, p. 49 e ss.

[83] Assim, BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 18.

[84] Assim, por exemplo, BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, pp. 17 e ss.;

[85] Considerando que "tanto pode a conduta subsumível ao tipo de violência doméstica traduzir-se num dano (…) como num perigo de dano…", ver CARVALHO, Américo Taipa de Carvalho, "Comentário ao Art.º 152.º", in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 520. De resto, considerando ser o crime de violência doméstica um crime de dano (quanto ao bem jurídico), ver ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "Anotação ao art.º 152.º", *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª Edição atualizada*, Lisboa, Universidade Católica, 2010, p. 642; ver também LEITE, André Lamas, "A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o direito penal e a criminologia", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 43 ("exige-se a produção de um resultado e de uma efectiva lesão do bem jurídico, como se retira do próprio elemento literal «infligir maus tratos» e do modo como o legislador

na perspetiva de "ameaça de prejuízo sério e frequentemente irreversível (…) para a paz e o bem-estar espirituais da vítima"[86]. Ou seja, está em causa o perigo para a saúde da vítima, pretendendo-se tutelar antecipadamente este bem jurídico, não havendo no tipo legal nenhuma exigência de que a lesão efetiva seja elemento do tipo de ilícito[87]. Como salienta Nuno Brandão, se fosse o crime de violência doméstica considerado um crime de dano, "…não passar[ia] de uma forma agravada do de ofensa à integridade física, o que se por um lado não faz justiça à realidade criminológica subjacente e do mesmo passo às necessidades político-criminais que determinaram a sua específica e diferenciada previsão, por outro lado implica exigir para o preenchimento do tipo a verificação de circunstâncias que comprometem seriamente a eficácia preventiva da incriminação"[88]. Assim, "[u]ma exegese do preceito conforme com as intenções político-criminais que lhe subjazem e com o polifórmico substrato criminológico do fenónemo da violência doméstica aponta antes para o entendimento de que a ofensa ao bem jurídico tipicamente relevante não deva pressupor a verificação da sua lesão"[89].

A prova do dano assume-se relevante para diferentes contextos[90]. A lesão do bem jurídico não deve é ser elemento para preenchimento do tipo legal, sendo suficiente o perigo (sério) para a saúde da vítima.

O crime de violência doméstica trata-se, sobretudo, de "um crime de relação"[91], pressupondo, pois, uma especial relação entre o agente e o sujeito passivo dos comportamentos que caem na alçada do tipo legal, seja uma relação conjugal ou análoga, presente ou passada, seja de filiação ou análoga,

---

quis proteger o interesse tutelado". Ver também SANTOS, Cláudia, "A violência doméstica conjugal: os bens jurídicos protegidos, a desnecessidade de reiteração ou de especial intensidade e a «relação» com crimes «próximos», in José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques (coord), *Estudos em Homenagem ao Professo Doutor Germano Marques da Silva , Vol. I*, Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 546.

86 BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 18.

87 BRANDÃO, Nuno, "A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica", *Julgar*, n.º 12: *n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, 2010, p. 17.

88 Idem, pp. 16 e 17.

89 Idem, p. 17.

90 De resto, veja-se que numa amostra de 212 decisões judiciais dos Tribunais de 1.ª Instância, dos Tribunais da Relação e do Supremo Tribunal de Justiça, prolatas em Portugal de 2015 a 2019, em que a acusação proferida pelo Ministério Publico incidiu no crime de violência doméstica sobre vítimas adultas, "[o] tipo de violência praticado nos crimes de violência doméstica que resultam em condenação são quase sempre uma combinação de violência psicológica e de violência física", sendo que "[e]m resultado do modo como a violência doméstica é exercida, tende a ser produzido um dano corporal direto, provado em cerca de dois terços das decisões de cada instância" – Jorge Quintas, Pedro Sousa, Carolina Girão, As respostas Judiciais na Criminalidade de Género, Coimbra, Almedina, 2021, p. 73.

91 GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, *Código Penal, Parte geral e especial, com notas e comentários,* 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 647.

seja de coabitação e de dependência da vítima relativamente ao agente[92]. Está, por isso, em causa, um crime específico, normalmente impróprio[93].

Quanto aos comportamentos suscetíveis de enquadrar o conceito de maus tratos, estamos perante um tipo legal com um conteúdo "amplo", que pode integrar diferentes condutas, podendo abarcar casos de "microviolência continuada", "repetidos actos de violência psíquica que apesar da sua baixa intensidade quando considerados avulsamente são adequados a causar graves transtornos na personalidade da vítima quando se transformam num padrão de comportamento no âmbito da relação"[94], ou, por exemplo, um ou vários atos violentos, sendo ainda necessária a avaliação da "respectiva situação ambiente e da imagem global do facto" para se decidir do preenchimento do tipo[95].

Um apontamento é devido para acentuar que a exposição da criança à violência interparental consubstancia uma forma de mau trato psicológico dirigido à criança[96], afetando-a em termos cognitivos, comportamentais e emocionais, sendo que a psicologia do Desenvolvimento e das Neurociências tem sublinhado o eventual impacto no desenvolvimento da personalidade e de potenciais perturbações da personalidade[97]. De resto, o impacto negativo que

---

[92] CARVALHO, Américo Taipa de Carvalho, "Comentário ao Art.º 152.º", in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 515.

[93] Assim, CARVALHO, Américo Taipa de Carvalho, "Comentário ao Art.º 152.º", in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 513.

[94] *Idem*, p. 21. Para exemplos de agressões que entram na esfera dos maus-tratos físicos e psíquicos, ver o Autor citado, por exemplo.

[95] *Idem*, p. 19.

[96] Com efeito, a literatura tem sublinhado que as crianças que são expostas a cenas crónicas de violência entre os pais revelam perturbações muito semelhantes àquelas que foram vítimas de abuso - cf. ALARCÃO, Madalena, *(des)Equilíbrios Familiares*, Coimbra: Quarteto, 2000, p.301. Como sublinha Mauro Paulino, "[f]alamos em crianças expostas à violência interparental porque existe uma panóplia de situações a que a criança está sujeita, nomeadamente tais como observar diretamente o abuso, estar num canto a ouvir, estar no seu quarto a tentar dormir e ouvir o som dos corpos em conflitos, ver as marcas da violência, no dia seguinte e experienciar um ambiente estranho no relacionamento com os pais. Portanto, a exposição à violência interparental consubstancia uma forma de mau trato psicológico, visto que aterroriza a criança, por exemplo, quando cria um clima de medo, a oprime, força a criança a viver em ambientes hostis e perigosos e expõe a criança a modelos negativos e limitados que enformam comportamentos violentos" - Cf. PAULINO, Mauro, "Violência doméstica: impacto na estabilidade emocional das crianças acolhidas conjuntamente com familiar(es) em casa de abrigo", in Centro de Estudos Judiciários, *Prevenir ou Promover – uma solução para cada criança*, 2019, ebook, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PrevenirPromover2019.pd, p. 81.

[97] Cf. PAULINO, Mauro, "Violência doméstica e exposição à violência interparental", in João Massano (coord.), Jornadas sobre Violência Doméstica, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, ebook, 2019, disponível em https://crlisboa. org/wp/2020/10/e-book-jornadas-sobre-violencia-domestica/, p. 109. Sobre o potencial impacto da exposição da criança à violência interparental atendendo a quatro estádios de desenvolvimento, ver, por

afeta o bem-estar físico, emocional e cognitivo da criança pode manifestar-se através de uma série de indicadores, que podem exteriorizar-se a curto, a médio ou a longo prazo, de forma subtil ou expressiva[98]. A literatura dá conta do elevado risco de dano e de impacto negativo[99]. Numa palavra, "[e]mbora a criança possa não ser o alvo direto da violência perpetrada no seu contexto doméstico, o facto de observar os conflitos entre os pais, duas figuras importantes de vinculação e num contexto essencial para o seu desenvolvimento, faz desta também uma vítima"[100]. Como sublinha de forma certeira Ana Teresa Leal, **"[a] criança é, sim, pelas consequências que tal estado de coisas lhe causa, uma vítima direta dos maus- tratos em causa**"[101].

Importa, ainda, sublinhar que a análise de fenómenos subsumíveis ao crime de violência doméstica convoca dificuldades relacionadas, desde logo, com a delimitação do tipo de violência doméstica e com o concurso de normas

exemplo, SANI, Ana, "Violência sobre as crianças em contexto doméstico: da dimensão do problema à resposta social", in Fausto Amaro, Dália Costa, Criminologia e Reinserção social, Lisboa, Pactor, 2019, nomeadamente pp. 168 e ss. Ver também, sobre a necessidade de fazer da intervenção (terapêutica) para estas crianças uma "demanda prioritária" - SANI, Ana, "Intervenção terapêutica em grupos com crianças expostas à violência doméstica", in Ana Sani e Sónia Caridade (coord.), *Violência, agressão e vitimação: práticas para a intervenção*, 2.ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2018, p. 35 e ss.

98 SANI, Ana, "Violência sobre as crianças em contexto doméstico: da dimensão do problema à resposta social", in Fausto Amaro, Dália Costa, Criminologia e Reinserção social, Lisboa, Pactor, 2019, nomeadamente p. 170. Ver, também, ALARCÃO, Madalena, *(des)Equilíbrios Familiares*, Coimbra: Quarteto, 2000; SANI, Ana Isabel, "Crianças expostas à violência interparental", *in Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças, Coimbra Quarteto, 2002; CARDOSO, Diana, SANI, Ana Isabel, *A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime*, "Revista Julgar online", 2013; PAULINO, Mauro, "Violência doméstica: impacto na estabilidade emocional das crianças acolhidas conjuntamente com familiar(es) em casa de abrigo", in Centro de Estudos Judiciários, *Prevenir ou Promover – uma solução para cada criança*, 2019, ebook, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PrevenirPromover2019.pd, entre outros.

99 Assim SANI, Ana, "Intervenção terapêutica em grupos com crianças expostas à violência doméstica", in Ana Sani e Sónia Caridade (coord.), *Violência, agressão e vitimação: práticas para a intervenção*, 2.ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2018, p. 37 e CARDOSO, Diana, SANI, Ana Isabel, *A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime, Revista Julgar online*, 2013.

100 CARDOSO, Diana, SANI, Ana Isabel, *A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime*, "Revista Julgar online", 2013, p.3.

101 Cf. LEAL, Ana Teresa, "Crianças expostas à violência familiar: vítimas (in)diretas do Crime de Violência Doméstica", *Revista do CEJ*, 2020-I, p. 160 (negrito da Autora). Ver também SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial, Os crimes contra as pessoas, Crimes contra a vida, Crimes contra a vida intra-uterina, Crimes contra a integridade física*, 4.ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2017, pp. 311 e 312.

e de crimes, que não nos cabe aqui tratar e foi já objeto de um nosso estudo anterior[102].

3. As alterações promovidas pela Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto no contexto do crime de violência doméstica – breve enquadramento

A Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto promoveu alterações na Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro (que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas), no CPP e procedeu a relevantes alterações no 152.º, do CP.

Desde logo, acrescentou-se (expressamente) ao elenco exemplificativo dos maus tratos a *violência económica*, agora se incluindo neste rol as condutas de quem "impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comum"[103].

Além disso, como *supra* se referiu, foi aditada a alínea e), ao n.º 1, do art.º 152.º, do CP, aqui se incluindo nos sujeitos passivos de forma autonomizada o menor que seja descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que não exista coabitação. Cumpre já sublinhar que, na versão da lei anterior, a inclusão do "menor" na categoria das vítimas podia decorrer da sua consideração como *pessoa particularmente indefesa*, desde que existisse *coabitação*.

Outra importante alteração diz respeito ao n.º 4 do artigo 152.º, do CP, que vem esclarecer (solucionar parte do problema?) que as penas acessórias de proibição de contato com a vítima, de proibição de uso e porte de armas e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica *podem ser aplicadas mesmo nos casos em que couber ao arguido pena mais grave por força de outra disposição legal*[104].

---

[102] Para maiores desenvolvimentos, ver o nosso, "Subsídios para a compreensão do crime de violência doméstica – em especial alguns afloramentos em torno dos problemas de concurso", in José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (coord:), *Vol. III*, Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 1620.

[103] Na linha do sublinhado no Relatório já referido do GREVIO publicado no dia 21 de janeiro de 2019, disponível em https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/newsroom/-/asset_publisher/anlInZ5mw6yX/content/grevio-publishes-its-reports-on-portugal-and-swed-1?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fistanbul-convention%2Fnewsroom%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_anlInZ5mw6yX%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D2

[104] Para uma análise em torno dos dilemas da cláusula da subsidiariedade, que agora o legislador, em parte (numa primeira leitura que pretenderemos retomar), quis enfrentar, ver o nosso "Subsídios para a compreensão do crime de violência doméstica – em especial alguns afloramentos em torno dos problemas de concurso", in José Lobo Moutinho, Henrique

Por fim, no n.º 6, do art.º 152.º, do CP procedeu-se a uma atualização da terminologia utilizada (há muito desejável), passando agora a utilizar-se a expressão relativa à inibição "do exercício de *responsabilidades parentais*", bem como "do *exercício de medidas relativas a maior acompanhado*", atendendo à mudança de regime operada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto que cria o regime jurídico do maior acompanhado.

Além disso, como *supra* se adiantou, a Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, alterou, entre outros, o artigo 2.º, alínea a), da Lei 112/2009 que considera vítima "a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente, um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, diretamente causada por ação ou omissão, no âmbito do crime de violência doméstica previsto no art.º 152.º do Código Penal, *incluindo as crianças ou os jovens até aos 18 anos que sofreram maus tratos relacionados com exposição a contextos de violência doméstica*" e o art.º 67.º - A do Código de Processo Penal, onde se acrescentou à noção de vítima (ponto iii, da alínea a), do n.º 1): "A criança ou jovem até aos 18 anos que sofreu um dano causado por ação ou omissão no âmbito da prática de um crime, incluindo os que sofreram maus tratos relacionados com a exposição a contextos de violência doméstica".

Importa agora atentar e retomar: terá a problemática da tutela (penal) da criança exposta à violência interparental sido abarcada na sua plenitude, de forma a desfazer dúvidas e a não permitir colher interpretações legislativas que a desconsiderem?

4. A exposição da criança à violência interparental – a superação da *crise* pela Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto (em jeito de considerações finais)

Um apontamento preliminar se impõe para deixar claro que entendermos que o legislador poderia ter "dito mais", incorporando, por exemplo, expressamente no tipo objetivo do crime de violência doméstica as condutas que impliquem as crianças expostas ao contexto de violência. A conduta objetiva seria, pois, inequivocamente, com respeito pelo princípio da tipicidade penal, a exposição do menor à prática dos factos constitutivos do crime de violência doméstica, adequada a prejudicar a sua saúde, nomeadamente o seu desenvolvimento[105]. Consequentemente, à luz do

Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. III, Lisboa, Universidade Católica, 2020.

[105] Concordamos por isso, no essencial, com o disposto na proposta de alteração do art.º 152.º, do CP, o Parecer elaborado pelo gabinete da Senhora Conselheira Procuradora-Geral da República, em articulação com o Conselho Superior do Ministério Público, disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e

princípio da legalidade e da tipicidade, o tipo legal de violência doméstica deve definir condutas concretas, delimitáveis, apesar da dificuldade de delimitação e definição da "«essência» da violência doméstica" numa norma incriminadora[106].

Ora, não foi este o caminho do legislador na nova arquitetura da al. e), do n.º 1, do art. 152.º, do CP.

Duas ideias importam aqui sublinhar.

Por um lado, importa que o aplicador do direito conheça o tipo social para realizar uma interpretação adequada da norma[107].

Por outro lado, uma leitura sistemática da norma penal (art.º 152.º, do CP), em sintonia com a norma processual (art.º 67-A, do CPP e do art.º 2.º da Lei n.º 112/2009) no contexto da *ciência conjunta do direito penal* e da relação de mútua complementaridade entre o direito penal e o processo penal aponta de forma clara para a consideração da criança exposta à violência interparental como vítima autónoma do crime de violência doméstica (art.º 152.º, n.º 1, al. e) e n.º 2, do CP), estando a exposição enquadrada no conceito de maus tratos suscetíveis de ofenderem a saúde, nomeadamente o normal desenvolvimento da criança.

Com efeito, e socorrendo-nos das palavras de Figueiredo Dias, "[o] direito processual e o direito substantivo penal formam uma *unidade*", existindo "sob diversos pontos de vista, uma relação de mútua complementaridade funcional que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade"[108]. Com efeito, não obstante a autonomia "resultante da diversidade de objectos e intencionalidades

686279396c596a526c593251315953316c4e54466b4c5451355a544574595441354e79316d5a6a4e685932526d4f44466d597a59756347526d&fich=eb4ecd5a-e51d-49e1-a097-ff3acdf81fc6.pdf&Inline=true. Já no mesmo sentido, ver também, entre outros, o parecer do Conselho Superior do Ministério Público - Anteprojeto de proposta de lei de alteração à Lei n.º 112/2009, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção de violência doméstica, à proteção e à assistência às suas vítimas, disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c654852766379397763477779 4f4331595356597463474679 5a574e6c636b4e54545641756347526d&fich=ppl28-XIV-parecerCSMP.pdf&Inline=true. Para maiores desenvolvimentos ver o nosso "O lugar da criança exposta à violência interparental: dúvidas e perspetivas em torno do preenchimento do tipo legal de crime de violência doméstica", in *Professor Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam,* Vol. I, Lisboa AADFL Editora, 2021, pp. 636-638.

[106] Ver, LEITE, Inês Ferreira Leite, "Violência doméstica e concurso de crimes: delimitação á luz do conceito de unidade normative-social" in *Professor Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam,* Vol. I, Lisboa AADFL Editora, 2021 pp. 36 e 37.

[107] Sublinhando esta ideia, ver idem, pp. 35-37.

[108] DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 1ª ed. 1974, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 23 e 28 (itálico do Autor), citando quanto à ideia de unidade Cavaleiro de Ferreira.

específicas", "[a] conexão existente entre o direito penal e o processo penal não se manifesta (…) apenas na necessidade do processo para a declaração do direito penal no caso concreto e aplicação das penas e medidas de segurança, tem de haver entre eles uma verdadeira unidade no mesmo pensamento fundamental"[109]. Nesta medida, o Direito Processual Penal "não tem natureza meramente instrumental, formal e técnica, tem alto significado ético e político. É nele que se revela mais nitidamente a coordenação do estado e do indivíduo"[110]. Como analisa Mário Ferreira Monte, "… na verdade, quem atenta na evolução do direito penal como ciência conjunta, compreende que actualmente o direito penal realizando não se encontra todo numa dogmática jurídico-penal sistematizada, cerrada e subordinada a uma aparelhagem conceitual rígida, mas antes numa dogmática aberta às solicitações, quer da política criminal, quer da criminologia, quer da vitimologia, orientadas para a resolução dos concretos problemas da vida"[111].

A alteração legislativa que (i) autonomiza a categoria da vítima menor ("descendente")[112], (ii) acompanhada da revisão da noção de vítima nos termos do art.º 67-A, do CPP e do art.º 2.º da Lei n.º 112/2009 aponta no sentido a que anteriormente já havíamos aderido[113].

Não excluímos eventuais dificuldades associadas à prova do dolo (pelo menos eventual) e da existência deste perigo para a saúde, mas neste contexto os contributos da Psicologia e da Criminologia serão fundamentais para auxiliar os Tribunais na tomada da decisão adequada.

A não realização de práticas concertadas, numa intervenção estadual desarticulada, acaba por legitimar e permitir a continuidade de "um dos

---

[109] SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais, Sujeitos processuais* e *Objecto,* 7.ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2013, p. 17 e 16, na linha de Castanheira Neves.

[110] *Idem*, p. 18.

[111] MONTE, Mário Ferreira, "Da realização integral do direito penal", in DIAS, Figueiredo, CANOTILHO, Gomes, COSTA, Faria (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica, Coimbra Editora, 2008. p. 741. Ora, como destaca o Autor (p. 770), "[t]al realização integral implica também que se dê nas duas vertentes: substantiva e processual. Parte-se, pois, do princípio de que direito penal substantivo e direito processual penal e, se bem que o segundo possa ser funcionalmente instrumental do primeiro, ele não pode continuar a ser visto como meramente instrumental, uma vez que tem autonomia teleológica...".

[112] Eventualmente anteriormente enquadrada na categoria de vítima especialmente vulnerável desde que houvesse coabitação.

[113] Ver o nosso "A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspetivas à luz da norma penal e da prática judiciária", in Clara Calheiros et al (org.), *7.º Congresso de Direito na Lusofonia - Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho/Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2021.

maiores fatores de risco ao desenvolvimento de um ser humano e da sociedade"[114].

---

[114] SANI, Ana, "Violência sobre as crianças em contexto doméstico: da dimensão do problema à resposta social", in Fausto Amaro, Dália Costa, Criminologia e Reinserção social, Lisboa, Pactor, 2019, nomeadamente p. 174.

BASES PARA UNA DEMOCRACIA PARITARIA EN EL PERÚ – DIEZ CONCLUSIONES

Cecilia Milagros Díaz Huanca
Abogada y Magíster con mención en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Resulta impensable la posibilidad de una igualdad absoluta entre todos los seres humanos por ello las sociedades modernas realizan diversos esfuerzos para acortar las brechas que separan a los grupos sociales. En ese sentido, las brechas de mayor magnitud y que en buena parte reproducen sus efectos, son aquellas que separan a países ricos y pobres.

Reproducidas las brechas en un país en particular, éstas se manifiestan a través de las diversas capas sociales, entre las cuales, las de mayores recursos y, generalmente, propietarias de los medios de producción, son las que disfrutan de los mayores privilegios, haciendo sentir con fuerza el peso de la desigualdad a los otros niveles sociales.

Dentro de esa amplia gama de desigualdades ha sido necesario identificar a los llamados grupos vulnerables. Cuando se analiza dicha categoría, el término *grupo* puede inducir a error, puesto que es posible que se piense en un número limitado de personas. Sin embargo, en el caso de la desigualdad entre mujeres y hombres, tal suposición pierde sentido, dado que las mujeres en el Perú superan ligeramente al número de hombres, con lo cual las mujeres dejan de ser un grupo para convertirse en un *grupo* poblacional muy importante, lo que hace notar con mayor violencia el hecho de ser discriminadas.

En efecto, ¿cómo se puede interpretar el hecho de que la mitad de las personas de un país marginen a la otra mitad? Tal conducta resulta no solo contradictoria, sino también aberrante, porque si atendemos tanto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú de 1993 que protege a ambos sexos como a una cuestión biológica donde la mujer y el varón llegan a formar una familia y conforman la célula fundamental de la sociedad, resulta incomprensible tal marginación.

II. DIEZ CONCLUSIONES PRELIMINARES

1

La situación de discriminación de la mujer es un fenómeno histórico y universal que ha caracterizado a todas las sociedades desde tiempo remotos. Ello, ha dado origen a una profunda cultura de marginación hacia las mujeres,

lo que ha traído como consecuencia el desconocimiento de sus derechos, convirtiéndolos en una cuestión de género.

2

La separación de tareas, primero en el hogar y luego en la sociedad, ha marcado una línea divisoria entre varones y mujeres, de tal manera que socialmente se reconocen "actividades masculinas" y "actividades femeninas".

Ello, a pesar que son incontables los casos en que las mujeres han demostrado su capacidad para realizar labores consideradas eminentemente masculinas.

3

El rechazo al reconocimiento pleno de los derechos de las mujeres no es privativo de los varones pues muchas mujeres argumentan también a favor de dicho rechazo, no siendo raro que se culpe a las mujeres por actos que lesionan su integridad, dignidad y hasta su proyecto de vida. Como ejemplo propio de nuestra realidad, en el caso denunciado por la congresista Paloma Noceda, varias congresistas votaron a favor de su acosador.

4

La legislación por sí sola resulta insuficiente para lograr el pleno reconocimiento de derechos a las mujeres, ya que es necesaria la voluntad política para enfrentar el problema de una manera integral. Hasta ahora, tal como ha señalado la Defensoría del Pueblo, las acciones multisectoriales han tenido escaso resultado porque se han dado en forma desorganizada.

5

En ese orden de ideas, estamos de acuerdo en que, tal como lo ha planteado el Ministerio de Educación, la acción educativa es el arma más poderosa para lograr cambios profundos y sostenidos en favor de las mujeres, pero hacemos la salvedad que nuestra postura va más allá de una cuestión de género, para enfocarse en una consideración de calidad de ser humano de las mujeres.

7

Aunque no ha sido expuesto en los estudios consultados, estimamos que la situación de la mujer puede estar vinculada, también, a una idea equivocada acerca de la economía, por considerar que las labores domésticas dejan mayor espacio a los varones para el desarrollo de actividades económicas. Para comprender esta idea en nuestro país, basta con recordar el concepto de "ciudadano" contenido en las primeras constituciones, las que incluían en él solo a los varones mayores de edad y con una economía independiente, abarcando solo al género masculino e incorporando una condición de orden económico que en dicha época no podían acreditar las mujeres.

8

La marginación de las mujeres vulnera derechos fundamentales, entre los cuales cabe citar el derecho al trabajo, a contratar, a la no discriminación, a la igualdad y al proyecto de vida, entre los más relevantes.

9

La situación de la mujer resulta desventajosa en diversas esferas. Desde el acoso callejero hasta el feminicidio, pasando por el hostigamiento sexual, la trata de personas, la discriminación laboral, etc., resulta difícil controlar la comisión de los referidos delitos y/o faltas mediante la emisión normativa, dada la diversidad de conductas y de ámbitos.

10

La consecuencia más perniciosa de la marginación y maltrato de las mujeres lo constituye la afectación emocional por sus consecuencias destructivas sobre su personalidad, especialmente en lo que respecta a la casi desaparición de su capacidad de respuesta frente a la agresión y el desarrollo de sentimiento de culpa, lo que conlleva al total sometimiento a su agresor.

III. ALGUNAS RECOMENDACIONES

Resolver el problema de la marginación hacia las mujeres pasa por un enfoque de gran envergadura. En efecto, si analizamos la legislación a favor de ellas, podemos apreciar que existe un significativo número de normas —además de las políticas y los planes estatales —, pero la marginación continúa y los abusos y la violencia van en incremento.

En ese orden de ideas, las normas por sí solas no pueden resolver un problema tan arraigado, de modo que cabe preguntarse si no se están tomando en cuenta, en las políticas y la legislación, el afronte de la actitud de los varones, comenzando por quienes toman las grandes decisiones políticas.

Asumimos que lo que falla para mantener la marginación de las mujeres es la formación de las personas, idea que nos remite al tema de la educación, que garantice que desde niños los ciudadanos comprendan la necesidad de desarrollar una sociedad igualitaria.

IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El Perú es un país fragmentado económica, social y culturalmente. Esta situación se ha dado desde la época de la Colonia y se ha ido acentuando progresivamente desde los inicios de la República. Situaciones como la migración extranjera y la explotación de determinados grupos étnicos ha acentuado dicha fragmentación.

Tales acontecimientos han ido calando en la sociedad hasta institucionalizarse y plasmarse en las primeras constituciones políticas en las

que la mayoría de personas no eran considerados ciudadanos, lo cual también afectaba a las mujeres.

Otro elemento de gran peso que deteriora aún más la situación de las mujeres es el patriarcado, expresado de manera brutal a través del machismo que ha contaminado todas las actividades, limitando gravemente la participación y los derechos económicos y sociales de las mujeres.

Hasta hoy las mujeres continúan en una dura lucha por lograr que sus derechos sean reconocidos plenamente; sin embargo, son los propios legisladores los que hacen evidente la discriminación hacia las mujeres a pesar de la enorme cantidad de normas que, en todo o en parte, reconocen sus derechos.

Nota sobre a autora

Cecilia Milagros Díaz Huanca

Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y magíster con mención en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios. Es miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional del Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima y Miembro Activo del referido colegio profesional con número de colegiatura 70152. Es autora de diversos artículos sobre su especialidad, entre los que destacan "Bases para una democracia paritaria en el Perú. Diez recomendaciones"; "Bases para una democracia paritaria en el Perú. Diez conclusiones"; "El derecho fundamental al acceso de la información pública. Avances y limitaciones en el Ordenamiento Jurídico Peruano"; "Arbitraje. La imposición del Convenio Arbitral y el errado ejercicio del Kompetenz-Kompetenz". Asesora externa de la Comisión de Justicia de Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú, entre otros. Actualmente se desempeña como asesora legal del Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (SANIPES), entidad pública adscrita al Ministerio de la Producción.

ACERVO HISTÓRICO

ATUAÇÃO DO ALMIRANTE LUIZ DA CUNHA MOREIRA, VISCONDE DE CABO FRIO, ENQUANTO MINISTRO DA MARINHA, VOGAL E CONSELHEIRO DO ENTÃO CONSELHO SUPREMO MILITAR DE JUSTIÇA, ATUAL SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

CLÁUDIO PORTUGAL DE VIVEIROS
Almirante de Esquadra – Ministro do Superior Tribunal Militar

ANDRÉ LUIS PULLIG VIANA
Suboficial da Marinha do Brasil

RESUMO: Decorridos os Duzentos Anos da Independência do Brasil, faz-se mister trazer à memória os feitos dos grandes vultos que labutaram, com destemor, para que esse fato se tornasse realidade. Assim sendo, por força de justiça, abordaremos neste artigo a atuação do Ministro Almirante LUIZ DA CUNHA MOREIRA, o Visconde de Cabo Frio, no contexto da Marinha do Brasil e do então Conselho Supremo Militar de Justiça. A investigação será pautada em pesquisa bibliográfica e documental, com consultas em meios impressos e digitais, com abordagem teórico-qualitativa. Para tanto, o trabalho pautou-se em autores como Alves-Marreiros (2015); Barroso Filho (2020); Fell (2021); Guedes (1977); e Romeiro (1994).

PALAVRAS-CHAVE: Almirante Cunha Moreira. Marinha do Brasil. Conselho Supremo Militar. Superior Tribunal Militar.

INTRODUÇÃO

O Brasil comemorou, em 2022, duzentos anos de sua Independência. Dessa forma, propomo-nos a preparar este artigo acerca do Almirante LUIZ DA CUNHA MOREIRA, pois devotamos nosso labor à mesma Força, também à Justiça Militar da União. Dessa forma, ser-nos-ia de melhor ensejo a aquisição de dados biográficos e documentos históricos, para a composição deste trabalho.

A título de exórdio, segue-se breve biografia.

O Almirante Luiz da Cunha Moreira, Visconde de Cabo Frio, nasceu em 1º de outubro de 1777, na Bahia. Filho de Luís da Cunha Moreira e Joaquina Maria de Santana.

Aos dezoito anos, ingressou na Academia Real de Marinha e graduou-se em matemática. Embarcou, voluntariamente, no Brigue "Gavião" e na Fragata "Vênus". Nesta, foi promovido ao posto de Segundo-Tenente em 28 de abril

de 1799. Comandou a Charrua "São João Magnânimo" e a Fragata "Golfinho", navio que fez parte da Esquadra que escoltou D. João VI para o Brasil.

> Embarques em navios de grande porte e comando de menores, que incluíram ações de guerra contra corsários estrangeiros, movimentaram os primeiros anos da carreira do jovem oficial. As qualidades demonstradas levaram o Conde dos Arcos [Dom Marcos de Noronha e Brito] a chamá-lo para servir sob suas ordens durante seu governo no Pará. Ali exerceu comandos e outros encargos até acompanhar aquele titular ao Rio de janeiro, quando alçado a Vice-Rei do Brasil. Em 1807, já promovido a Primeiro-Tenente velejou para Lisboa, de onde voltou ao Brasil com a Família Real, embarcado na Nau Príncipe Real e servindo de Ajudante de Ordens do Major-General da Esquadra. Aqui chegando, foi promovido a Capitão-Tenente, em razão da satisfação do Príncipe Regente com o êxito da viagem (GUEDES, 1977, p. 2).

Em 1809, participou da missão para tomada de Caiena, capital da Guiana Francesa. Era o Comandante do Bergantim "Infante D. Pedro". Em agosto desse ano, foi promovido ao posto de Capitão de Fragata.

Casou-se, em 1810, com Maria de Santa Rita; filha de José de Santa Rita e Luiza Maria de Santa Rita. Tiveram seis filhos.

Após viagem para Lisboa, retornou ao Brasil a bordo da Nau "Vasco da Gama", que trouxera a expedição Lecor para ocupação da Cisplatina. Depois, embarcou na Fragata "Tetis", empregada no bloqueio pernambucano em 1817. Em outubro desse ano, foi promovido a Capitão de Mar e Guerra. No atual posto, comandou a Corveta "Maria da Glória", a qual levaria para Alagoas as tropas de Labatut, com a missão de arrefecer Madeira de Melo e seguidores que se recusavam a retornar a Portugal, descumprindo ordem de D. Pedro. Os últimos embarques de Luiz da Cunha Moreira foram a bordo da Fragata "União" e "Real Carolina".

Decreto de 28 de outubro de 1822 nomeou-o Ministro e Secretário dos Negócios da Marinha, Pasta que comandou até 15 de novembro de 1823. Foi reformado no posto de Almirante.

Além de exercer o Cargo de Ministro da Marinha, no Brasil independente, de outubro de 1822 a novembro de 1823, atuou, por mais de quarenta anos, no Conselho Supremo Militar de Justiça, atual Superior Tribunal Militar. Foi condecorado com a Comenda Grã-Cruz da Imperial Ordem de São Bento de Aviz; Grande Dignitário da Imperial Ordem da Rosa e Cavaleiro da Ordem da Torre e Espada **(vide figura 1)**.

DESENVOLVIMENTO

Atuação do Almirante Luiz da Cunha Moreira (Visconde de Cabo Frio) enquanto Ministro da Marinha, Vogal e Conselheiro do então Conselho Supremo Militar de Justiça, atual Superior Tribunal Militar

Há que se ressaltar o importante trabalho do Visconde de Cabo Frio no contexto da Marinha do Brasil e do então Conselho Supremo Militar de Justiça. Além do seu engajamento nas questões da Guiana Francesa, em 1808, e da Revolução Pernambucana, em 1817, Guedes (1977) aduz que Luiz da Cunha Moreira participou do nosso movimento de independência desde o primeiro momento.

Enquanto Comandante, coube-lhe organizar a Marinha Imperial e capacitá-la para enfrentar as forças navais portuguesas atracadas na Bahia. A Esquadra que aqui operava era respaldada pelo poderio britânico. Com o retorno de D. João VI para Portugal, os melhores navios seguiram com ele. Os meios que permaneceram no País estavam em condições precárias. Era prioritário aparelhar nossa Esquadra adequadamente e ampliá-la.

José Bonifácio e D. Pedro entenderam como urgente essa necessidade. Dessa forma, Luiz da Cunha Moreira foi escolhido para desempenhar o cargo de Ministro da Marinha.

> Confiado na tua aptidão, e no teu patriotismo eu tenho te nomeado Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Marinha na época mais crítica, e mais gloriosa do teu país, trata-se de se fazer a Independência do Brasil, e precisa-se de uma Esquadra que combata a da Metrópole inimiga de nossa emancipação política, e que faça tremular em longínquos mares o pavilhão do Império que fundei (D. Pedro apud GUEDES, 1977, p. 4).

Cunha Moreira teve árdua missão à frente da Marinha do Brasil, na época em que o País buscava a consolidação da independência, repelindo forças insurgentes na Bahia, em Pernambuco, no Maranhão e no Pará. Caldeira Brant também foi fundamental nessa tarefa, fornecendo pessoal, armamento e sobressalentes.

No decurso de seis meses, estava constituída nossa Armada Nacional sob a gestão do Ministro Luiz da Cunha Moreira.

Para comandar a Armada, foi escolhido o Lorde Thomas Alexander Cochrane, britânico, que recebeu o cargo de "Primeiro Almirante". A frota era composta por uma nau, quatro fragatas, duas corvetas, cinco brigues, seis escunas e vinte pequenas embarcações.

O Ministro da Fazenda, à época, Martim Francisco Ribeiro de Andrada, criou uma subscrição nacional com a finalidade de reunir fundos e reequipar a Esquadra. De todo o País foram recolhidas contribuições, inclusive do Imperador Pedro I, o qual adquiriu um brigue mercante, renomeado "Caboclo", para doação ao Estado.

Assim sendo, a formação da nossa Armada deu-se, majoritariamente, por embarcações, pessoal e doutrinas que vieram de fora do Brasil. Havia nessa Armada poucos brasileiros natos, a exemplo do nosso Ministro da Marinha. Os portugueses e ingleses que aderiram à Armada foram, aqui, naturalizados.

Foram incorporados à nova Pasta o Ministério da Marinha; alguns Órgãos criados, ainda, por Dom João VI e, outros, criados, anteriormente, para apoio logístico no Brasil, pela Marinha Portuguesa sob o comando do Príncipe Regente Dom Pedro de Alcântara: a Secretaria da Marinha de Guerra Naval; o Quartel-General chamado de "Armada Imperial", onde funcionavam o Conselho Supremo Militar de Almirantes e a Inteligência Naval; a Intendência e Contadoria Naval, nos moldes do Almirantado Inglês da época; o Arsenal de Marinha; a Academia de Guardas-Marinha; o Hospital Naval; a Auditoria Naval; a Fábrica de Pólvora do Exército e da Armada; os Cortes de Madeira Naval junto ao Arsenal de Marinha, para construção de navios de transporte; e o Corpo de Fuzileiros Navais da Armada Imperial.

Segue registro histórico sobre o bicentenário de nascimento do Almirante Luiz da Cunha Moreira **(vide figura 2)**.

Em 19 de novembro de 1823, o Visconde de Cabo Frio foi empossado como Vogal e, em 18 de julho de 1841, como Conselheiro de Guerra, no Superior Tribunal Militar, à época denominado Conselho Supremo Militar de Justiça.

Nesse período, o Ministro Cunha Moreira exerceu intensa atividade na Corte Castrense. Sua atuação perpassaria por alguns fatos históricos no Brasil, tais como: outorga da primeira Constituição (1824); participação na Guerra Cisplatina (1825); abdicação de D. Pedro I (1831); Revolta da Cabanagem (1834); Revolução Farroupilha (1835); Revolta da Sabinada (1837); Fundação do Instituto Histórico e Geográfico; Revolta da Balaiada (1838); Golpe da Maioridade de D. Pedro II (1840); Revolução Liberal em São Paulo e Minas Gerais (1842); anistia dos líderes da revolução de 1842, por D. Pedro II (1844); Rebelião Praieira (1848); a Lei Eusébio de Queiroz (1850); a Guerra do Paraguai (1861); e a Guerra contra Aguirre (1864).

Na coleção *Decisões do Governo do Império do Brasil* – Biblioteca da Câmara dos Deputados, datada de 1834, consta a seguinte Provisão **(vide figura 3)**.

Transcrição do texto:

N. 359 – GUERRA – Provisão de 20 de outubro de 1834.

Declara quais são os crimes puramente militares.

A Regência em nome do Imperador o Senhor Dom Pedro II faz saber a vós, Presidente da Província do Rio de Janeiro, que sendo-lhe presente a representação do Presidente da Província da Bahia, sobre a dúvida, em que se tem entrado na Junta da Justiça da mesma Província, à vista de alguns processos que a ela são remetidos dos Conselhos de Guerra, quais os crimes que na frase do art. 8º do Código do Processo Criminal se devem considerar como puramente militares, visto que o dito artigo os não exemplifica, achando-se os Vogais embaraçados e discordes sobre tal objeto, pedindo o mesmo Presidente providências a respeito, que sirvam de regra naquela Junta de Justiça; mandou consultar o Conselho Supremo Militar de Justiça, e conformando-se inteiramente com o Parecer do mesmo Conselho: Há por bem, por sua imediata e imperial resolução de 17 de outubro, tomada sobre consulta de 20 de agosto do presente ano, determinar-vos que, enquanto não houver lei explícita, se extreme os crimes militares dos crimes civis, para o fim de cumprimento das disposições do predito Código do Processo Criminal, reputando-se crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares, e que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos Corpos Militares do Exército, ou Armada, como são: 1º. Os que violam a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2º. Os que ofendem a subordinação e boa disciplina do Exército e Armada; 3º. Os que alteram a ordem, polícia e economia do serviço militar em tempo de guerra ou paz; e 4º. O excesso ou abuso da autoridade em ocasião de serviço, ou influência de emprego militar não excetuados por lei, que positivamente prive o delinquente do foro militar. Cumpri-o assim. A mesma regência o mandou pelos membros do Conselho Supremo Militar de Justiça abaixo assinados. – José Victorino de Vilhena a fez nesta Corte e Cidade do Rio de Janeiro aos 20 dias do mês de outubro do ano do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo de 1834. – José Joaquim de Lima e Silva a fiz escrever e subscrevi. – Luiz da Cunha Moreira – José Manoel de Almeida.

Comentário:

O Supremo Conselho Militar e de Justiça foi criado por Alvará de 1º de abril de 1808.

Conforme Barroso Filho (2020), esse Conselho Supremo apreciava requerimentos a respeito de promoções, cartas patentes, apostilamentos, reformas, pensões e outros. O Conselho de Justiça exercia o conhecimento e a

decisão dos processos criminais nos quais os réus gozavam de foro militar. As decisões eram enviadas ao Conselho Supremo Militar de Justiça para apreciação em segunda instância.

As primeiras alterações na estrutura do Conselho datam de 1891, quando a Constituição modificou a designação dele para Supremo Tribunal Militar. A partir da Constituição de 1934, a Corte Militar passou a Órgão do Poder Judiciário. Finalmente, a Carta Magna de 1946 alterou a designação para Superior Tribunal Militar.

Quanto ao tema da Provisão, Fell (2021) afirma que as normas para condutas relativas aos militares remontam ao surgimento dos primeiros exércitos, visando à possibilidade de aplicação de um regime rígido, com sanções igualmente rígidas e de aplicação imediata, a fim de manter a hierarquia e a disciplina. Assim sendo, o Direito Militar Brasileiro:

> teve sua origem no Direito Português, com a colonização de nosso país pelos portugueses, iniciada em 1500. É possível afirmar, que o direito português tem matrizes romanas marcadas por forte influência do Código Visigótico e, ainda, pequeno influxo oriundo do domínio sarraceno, de modo que toda essa influência chegou ao Brasil sob a forma das Ordenações do Reino, principalmente as Filipinas, decretadas em 1603 (FELL, 2021, p. 2).

A Provisão retromencionada, da qual participou o Vogal Luiz da Cunha Moreira, trata sobre dúvida, encaminhada à Junta de Justiça, acerca de quais crimes poderiam ser considerados como puramente militares, "reputando-se crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares, e que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos Corpos Militares do Exército, ou Armada[115], como são [...]" (N. 359 – GUERRA – Provisão de 20 de outubro de 1834).

Nota-se, com efeito, que, em mais de quarenta anos a serviço da Corte Castrense, o Almirante Luiz da Cunha Moreira deixou sua assinatura nos anais da Justiça Militar da União.

Cabe mencionar que o Código Penal da Armada só entraria em vigor 57 anos depois, pelo Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, trazendo uma definição mais precisa sobre a natureza e a amplitude dos crimes militares. Por sua vez, o primeiro Código Penal Militar (CPM) foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 6.227/1944 e o atual, o Decreto-Lei nº 1.001/1969, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970.

[115] O texto fala de Corpos Militares do Exército e Armada. Não cita a Aeronáutica, pois o Órgão só seria criado em 20 de janeiro de 1941, quando os ramos aéreos do Exército e da Marinha foram agregados a ele.

O assunto, portanto, da referida Provisão é tão complexo que se tornou perene na história da Justiça Militar. Romeiro (1994) expõe-no de forma ampla em seu *Curso de Direito Penal Militar*. Alves-Marreiros, Rocha e Freitas (2015) desenvolveram, inclusive, a teoria do cubo impossível, ao tratarem sobre a essência dos artigos 9º e 10 do Código Penal Militar e as controvertidas definições de crime propriamente militar, militar próprio, essencialmente militar, puramente militar, impropriamente militar, militar impróprio e acidentalmente militar.

Nesse jaez, é possível dimensionarmos o laborioso trabalho exercido pelo Almirante Luiz da Cunha Moreira em prol da mais antiga Corte do Brasil. Mercê de seu caráter exemplar, sua formação invulgar e capacidade intelectiva brilhante, soube vencer com destemor os grandes desafios que a vida pública lhe impôs e nos deixou um legado que merece ser devotado por todos nós.

CONCLUSÃO

Decorridos os Duzentos Anos da nossa Independência, cumpre-nos recordar o legado dos nossos vultos históricos, os quais nos garantiram mais do que a nossa independência, garantiram-nos o direito a nossa liberdade. Dentre esses vultos, encontramos o Ministro Almirante Luiz da Cunha Moreira, o Visconde de Cabo Frio.

Seu patriotismo e trabalho invulgar foram preponderantes em diversos momentos da nossa história, dentre os quais: a tomada de Caiena, capital da Guiana Francesa (1809); a Revolução Pernambucana (1817); a Guerra Cisplatina (1825); e a Guerra da Tríplice Aliança (1864-1870).

Foi Ministro e Secretário dos Negócios da Marinha e atuou, por mais de quarenta anos, no Conselho Supremo Militar de Justiça, atual Superior Tribunal Militar.

Durante nossa pesquisa, um fato nos chamou a atenção: no documento que se segue (figura 4), é possível vermos, em sentença exarada pelo Conselho Supremo Militar de Justiça, os nomes de Tamandaré (Joaquim Marques Lisboa) e Caxias (Luís Alves de Lima e Silva), patronos da Marinha do Brasil e do Exército Brasileiro respectivamente. Foram contemporâneos de Cunha Moreira na Suprema Corte de Justiça Militar do Brasil.

Levantamentos em livros históricos do Superior Tribunal Militar registram que a última Sentença proferida pelo Ministro Almirante Luiz da Cunha Moreira data de 3 de junho de 1865. Faleceu em 28 de agosto de 1865, aos 88 anos, na cidade do Rio de Janeiro.

Assim sendo, continuamos a reconhecer o valor deste notável homem que soube sobrepujar todos os desafios a ele impostos, com capacidade extraordinária e elevada fé na missão **(vide figura 4)**.

Transcrição do texto[116]:

Extrato do Livro 39 de Registro de Processos do Conselho Supremo Militar de Justiça (1862-1864).

Nº 811

THOMÁS ALVES DE MAGALHÃES

Outubro 16

Província de Pernambuco

Auto de Corpo de Delito

Aos 3 dias de setembro de 1862, no Estado-Maior do 2º Batalhão de Infantaria, no quartel do hospício, em Pernambuco, foi presente ao ilmo. sr. coronel comandante o Conselho de Disciplina e mais papéis juntos dos quais consta que o soldado da 5ª Companhia, Thomás Alves de Magalhães, havia desertado no dia 14 de outubro de 1859; pelo que o dito comandante ordenara a convocação deste Conselho, mandando o presidente dele, o capitão Luis Paulo de Figueroa Contreiras Nabuco de Araujo, fazer este auto escrito por mim, capitão servindo de auditor, para por ele se proceder à inquirição de testemunhas e interrogatórios até sentença final; e eu, José Hermenegildo Leal Ferreira, capitão servindo de auditor, o escrevi e assinei. José Hermenegildo Leal Ferreira.

Sentença de 1ª Instância

Vendo-se nesta cidade do Recife, em Pernambuco, o processo verbal do réu soldado Thomás Alves Magalhães, auto de corpo de delito, testemunhas sobre ele perguntadas, interrogatórios feitos ao mesmo réu; decidiu-se uniformemente que a sobredita culpa se acha provada, e o réu dela convencido; o declaram incurso no art. 1º, título 4º, 1ª deserção simples, que diz assim: art. 1º – o réu de 1ª e simples deserção que vier preso ao regimento haverá em castigo o perdimento de todo o tempo que anteriormente tiver servido, 6 meses de prisão no calabouço, de onde irá à esquadra do ensino 3 dias de manhã e de tarde em cada semana, e nos outros fará a limpeza dos quartéis, da praça ou regimento. E mandam que a disposição da mesma lei se execute no dito réu. Sala das Sessões do Conselho de Guerra, 4 de setembro de 1862. José Hermenegildo Leal Ferreira, capitão servindo de auditor. Luis Paulo de Figueroa Contreiras Nabuco de Araujo, capitão presidente. Aurelio

[116] Projeto de Transcrição de Livros Históricos do Acervo do Superior Tribunal Militar – Série 1800.

Joaquim Pinto, tenente interrogante. Manoel Joaquim de Sousa, tenente vogal. Luis José Ferreira Junior, tenente vogal. Francisco da Fonceca Figueredo, alferes vogal. Jeronimo Ignacio dos Santos, alferes vogal.

Sentença do Conselho Supremo Militar de Justiça

Confirmam a decisão do Conselho de Guerra. Rio, 29 de outubro de 1862. Alvim. Barreto. Marechal de Caxias. Visconde de Cabo Frio. Barão de Tamandaré. Cabral. Bellegarde. Fonseca. Braga. Mascarenhas. Camara.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; e FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Método, 2015.

BARROSO FILHO, José. *Superior Tribunal Militar*: dois séculos de história. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento. *Coletânea de informações*: Luiz da Cunha Moreira. Brasília: DIDOC, 2019.

FELL, Renato Rafael de Brito. *Breve histórico do direito penal militar*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2021. Disponível em: https://caonteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56166/ breve-historico-do-direito-penal-militar. Acesso em: 21 mar. 2022.

GUEDES, Max Justo. *Bicentenário do Almirante Luiz da Cunha Moreira*. Revista Navigator, nº 13, 1977. Disponível em: https://portaldeperiodicos.marinha.mil.br/index.php/ navigator/article/view/1450. Acesso em: 10 mar. 2022.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Figura 1
Foto do Almirante Luiz da Cunha Moreira do período em que serviu no Conselho Supremo Militar de Justiça

Fonte: STM-DIDOC-LEGIS. Superior Tribunal Militar. Arquivo do STM.

Figura 2

Excerto biográfico do Almirante Luiz da Cunha Moreira

BICENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO ALMIRANTE LUIZ DA CUNHA MOREIRA (VISCONDE DE CABO FRIO)

1º Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Marinha, e 33º membro do Conselho Supremo Militar.

Nasceu em 1º de outubro de 1777. Comandou a Fragata Golfinho, construída em 1792, que fazia parte da Esquadra/ que acompanhou D.João VI na sua vinda para o Brasil.

" Em 1822, como Capitão de Fragata, ele participou da esquadrilha de Rodrigo De Lamare, que conduziu as tropas de Labatut a Alagôas, na procura de tropas portuguesas que não obedeceram à ordem de D. Pedro para retornar a Portugal. Seus últimos embarques foram nas fragatas União e Real Carolina". (Palestra do Capitão Max Justo Guedes, no Museu da Marinha, no dia 30.09.1977, publicada no Jornal do Brasil de 1.10.1977)

MUSEU DA MARINHA STM-DIDOC

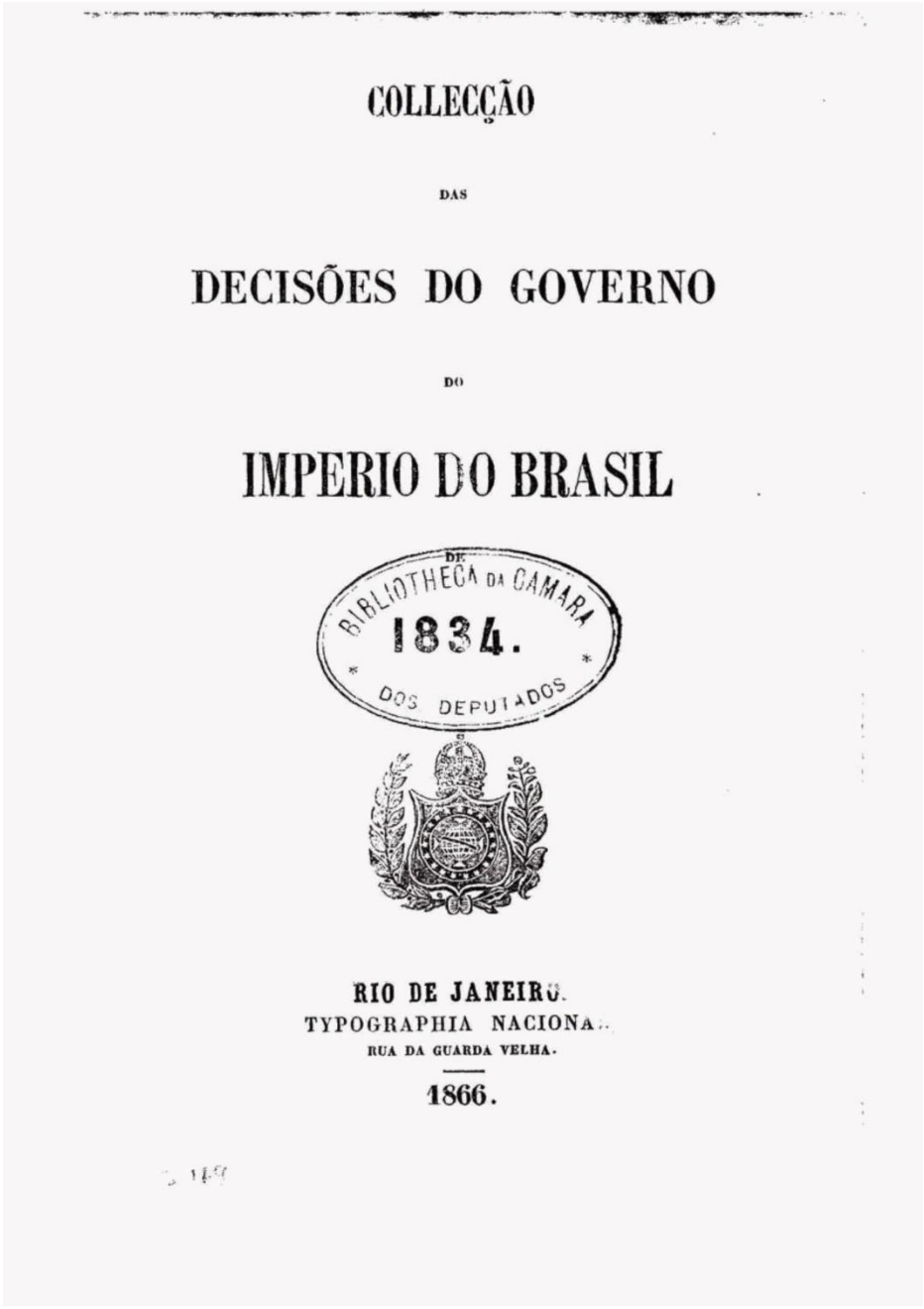
Por decreto de 28 de outubro de 1822, foi nomeado Ministro e Secretário dos Negocios da Marinha, ocupando a referida pasta até 15 de novembro de 1823.(Relação dos ministros e secretários de estado dos negocios da marinha desde a chegada da familia real ao Rio de Janeiro em 1808, Almanak do Ministério da Marinha de 1873, parte terceira p. 3)

Ingressou no Conselho Supremo Militar, como Vogal em 19 de novembro de 1823, tendo sido elevado a Conselheiro de Guerra em 18 de julho de 1841. Faleceu em 28 de agôsto de 1865, no Rio de Janeiro, foi sepultado no cemitério de São João Baptista (LAGO, Laurenio. Conselheiros de Guerra, Vogais e Ministros do Conselho Supremo Militar-Ministros do Supremo Tribunal Militar. Dados biográficos 1808-1943. Rio de Janeiro, Imprensa Militar, 1944. p. 19.)

Fonte: STM-DIDOC-LEGIS. Superior Tribunal Militar. Arquivo do STM.

Figura 3

Provisão de 20 de outubro de 1834



COLLECÇÃO

DAS

DECISÕES DO GOVERNO

DO

IMPERIO DO BRASIL

BIBLIOTHECA DA CAMARA DOS DEPUTADOS
1834.

RIO DE JANEIRO.
TYPOGRAPHIA NACIONAL.
RUA DA GUARDA VELHA.
1866.

STM-DIDOC-LEGIS

N. 359.— GUERRA.— PROVISÃO DE 20 DE OUTUBRO DE 1834.

Declara quaes são os crimes puramente militares.

A Regencia em Nome do Imperador o Senhor Dom Pedro II Faz saber a vós, Presidente da Provincia do Rio de Janeiro, que sendo-lhe presente a representação do Presidente da Provincia da Bahia, sobre

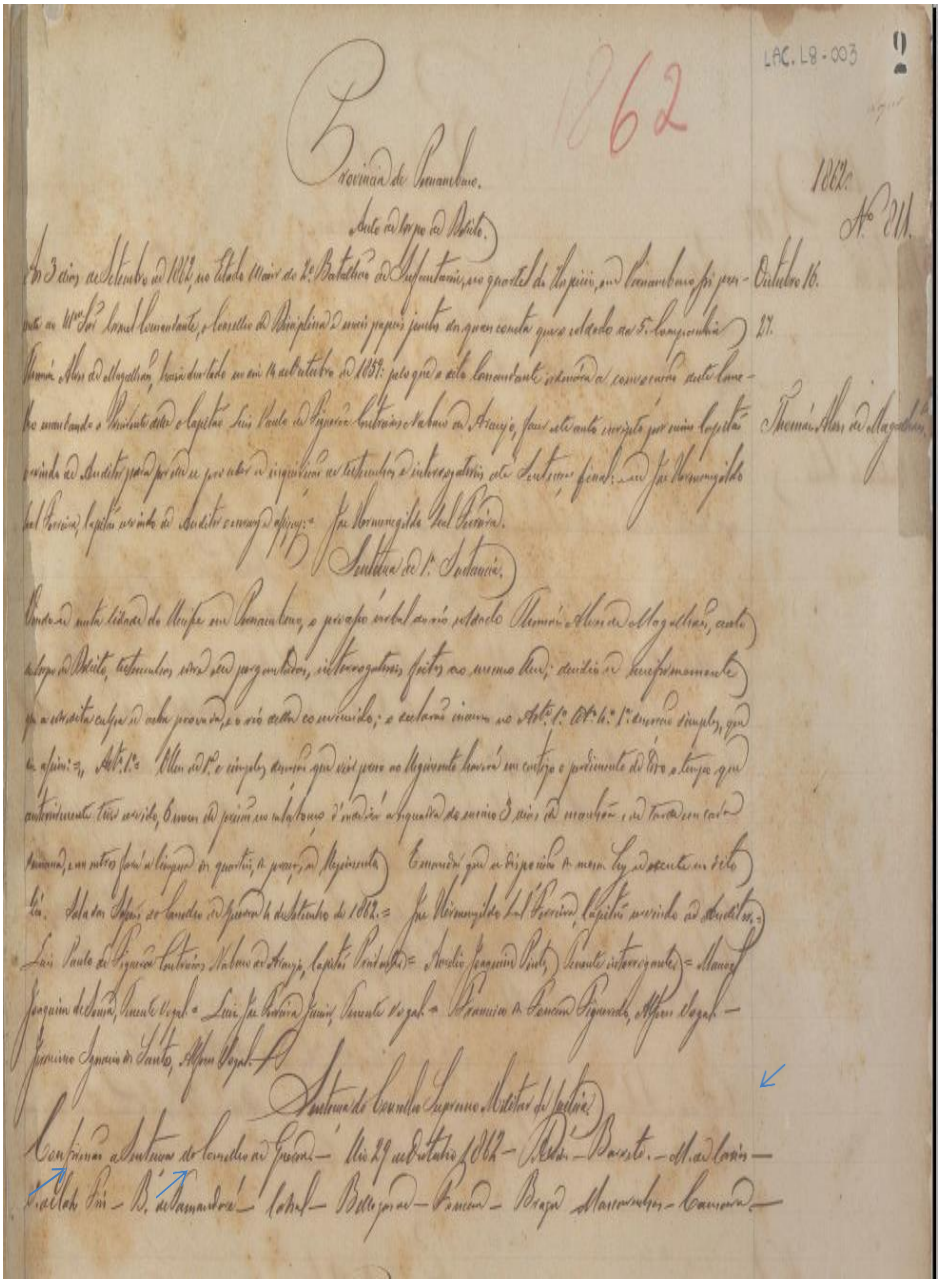
STM-DIDOC-LEGIS

a duvida, em que se tem entrado na Junta da Justiça da mesma Provincia, á vista de alguns processos que a ella são remettidos dos conselhos de guerra, quaes os crimes que na phrase do art. 8.º do Codigo do Processo Criminal se devem considerar como puramente militares, visto que o dito artigo os não exemplifica, achando-se os Vogaes embaraçados e discordes sobre tal objecto, pedindo o mesmo Presidente providencias a respeito, que sirvão de regra naquella Junta de Justiça; Mandou consultar o Conselho Supremo Militar de Justiça, e conformando-se inteiramente com o parecer do mesmo Conselho: Ha por bem, por sua immediata e Imperial Resolução de 17 de Outubro, tomada sobre consulta de 20 de Agosto do presente anno, determinar-vos que, emquanto não houver lei explicita, se extreme os crimes militares dos crimes civis, para o fim do cumprimento das disposições do predito Codigo do Processo Criminal, reputando-se crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares, e que só podem ser commettidos pelos cidadãos alistados nos Corpos Militares do Exercito, ou Armada, como são: 1.º os que violão a santidade e religiosa observancia do juramento prestado pelos que assentão praça; 2.º os que offendem a subordinação e boa disciplina do Exercito e Armada; 3.º os que alterão a ordem, policia e economia do serviço militar em tempo de guerra ou paz; e 4.º o excesso ou abuso da autoridade em occasião do serviço, ou influencia de emprego militar não exceptuados por lei, que positivamente prive o delinquente do fôro militar. Cumpri-o assim. A mesma Regencia o mandou pelos membros do Conselho Supremo Militar abaixo assignados.— José Victorino de Vilhena a fez nesta Côrte e Cidade do Rio de Janeiro aos 20 dias do mez de Outubro do anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de 1834.— José Joaquim de Lima e Silva a fiz escrever e subscrevi.— *Luiz da Cunha Moreira.* — *José Manoel de Almeida.*

Fonte: STM-DIDOC-LEGIS. Superior Tribunal Militar. [Provisão nº 359, de 20 de outubro de 1834]. Declara quais são os crimes puramente militares. Coleção das Decisões do Governo do Império do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, p. 271-272, 1866. Link: https://dspace.stm.jus.br/handle/123456789/90562.

Figura 4

Auto de Corpo de Delito, nº 811, datado de 1862



Fonte: STM-DIDOC-LEGIS. Superior Tribunal Militar. Arquivo do STM.

Nota sobre os autores

Cláudio Portugal de Viveiros

Almirante de Esquadra. Ministro do Superior Tribunal Militar. Doutor em Ciências Navais.

André Luis Pullig Viana

Suboficial da Marinha do Brasil; Doutorando em Educação pela Logos University International. Doutor *Honoris Causa Multiplex* em Educação; Psicanálise; Literatura; Comunicação Social; e Humanidades.

JURISPRUDÊNCIA

Agravo Interno

AGRAVO INTERNO Nº 7000563-13.2022.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Agravante: Wesley França Camilo da Silva.
Advogados: Alessandro Tertuliano da Costa Pinto (DPU).
Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar (DPU).

Agravado: Ministério Público Militar.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. NÃO ADMISSÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTO. ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA "A", DO CPC. COMPETÊNCIA DO STF. USURPAÇÃO. INOCORRÊNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 660/STF. AGRAVO REJEITADO. DECISÃO UNÂNIME.

Ao realizar juízo negativo de admissibilidade aplicando a sistemática da repercussão geral, como no caso em testilha, o Ministro-Presidente, ou mesmo o colegiado desta Corte, não está usurpando competência do STF, mas, sim, exercendo atribuição legal. Consoante dispõe o Código de Processo Civil, pode o Tribunal, no exercício de suas atribuições, obstar o seguimento dos Recursos Extraordinários que versem sobre temas que não se revestem de repercussão geral. Inteligência do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do CPC.

O Pretório Excelso já sedimentou entendimento pela inexistência de repercussão geral quanto à alegação de ofensa ao devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais, consoante estampado no Tema 660 do STF.

Para viabilizar a reforma da Decisão recorrida, caberia ao Agravante demonstrar que o entendimento firmado pelo STF, no referido precedente, não se aplica ao presente feito. Contudo, a Defesa não logrou demonstrar que a hipótese apresentada não se subsome ao Tema especificado na Decisão Monocrática.

Rejeitado o Agravo Interno, e mantida íntegra a Decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu rejeitar o agravo interno, mantendo na íntegra a decisão que não admitiu o recurso extraordinário, negando-lhe seguimento ao Supremo Tribunal Federal.

Relator do Acórdão: Ministro Lúcio Mário de Barros Góes.

Votantes: Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi e Ministro José Coêlho Ferreira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 10/11/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela Defensoria Pública da União, na assistência de WESLEY FRANÇA CAMILO DA SILVA, ex S2/Aer, contra a Decisão da lavra do então Ministro-Presidente, de 9/6/2022, que negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Defesa.

Em 15/6/2021, o Ministério Público Militar ofereceu DENÚNCIA contra o Réu, acima nominado, imputando-lhe a prática delitiva prevista no artigo 290[117] c/c art. 70, II, alínea "*l*", ambos do Código Penal Militar (APF nº 7000020-72.2021.7.12.0012, evento 38).

---

[117] **Art. 290**. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.
Art. 70. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime:
[...]
II - ter o agente cometido o crime:
[...]
l) estando de serviço;

Por Decisão exarada em 30/6/2021, o Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 12ª CJM rejeitou a Exordial Acusatória oferecida pelo Ministério Público Militar em desfavor de WESLEY FRANÇA CAMILO DA SILVA, "pela ausência de provas de materialidade, com fundamento no Art. 78, 'a', do CPPM e Art. 3º, 'a' do CPPM, combinado com o Art. 395, inciso III do CPP"[118] (APF nº 7000020-72.2021.7.12.0012, evento 43).

No julgamento do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, esta Corte castrense, por unanimidade, deu provimento ao Recurso ministerial para receber a Denúncia e determinou a baixa dos autos ao Juízo *a quo*, para o regular processamento do feito (RSE nº 7000647-48.2021.7.00.0000, eventos 22, 24 e 27).

Intimada, a Defensoria Publica da União interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da CF/1988, c/c art. 1.029 do Código de Processo Civil, e com o art. 136 e seguintes do RISTM[119].

Em suas razões, sustentou a Defesa, em suma, que o entendimento exarado pelo Plenário do STM evidencia flagrante ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal, art. 5º, incisos II e LIV, da Constituição Federal[120]. Defendeu que o prequestionamento do caso diz respeito à "REJEIÇÃO DA DENÚNCIA ante a ausência de materialidade delitiva

---

[118] **Art. 78**. A denúncia não será recebida pelo juiz:
a) se não contiver os requisitos expressos no artigo anterior;
Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:
a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
[...]
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

[119] **Art. 102**. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:
Art. 136. O Recurso Extraordinário contra decisões do Tribunal, nos casos previstos na Constituição Federal, será interposto diretamente nos autos principais, no prazo de quinze dias, contados da intimação da decisão recorrida ou da sua publicação, em petição dirigida ao Presidente, que conterá: [...].

[120] **Art. 5º** [...]
[...]
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
[...]
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(pela quebra da cadeia de custódia que tornou o laudo toxocológico inservível) e, portanto, por ausência de justa causa para o exercício da ação penal, (...)". Discorreu, ademais, sobre a repercussão geral da matéria constitucional apresentada, visto que "envolve questões relevantes do ponto de vista social e jurídico que ultrapassam os interesses subjetivos da causa".

Ao final, requereu que o Recurso Extraordinário fosse conhecido e provido para reformar o Acórdão que recebeu a Denúncia, ante a ausência de justa causa para a persecução penal, nos termos do art. 78, "*a*", do CPPM e art. 3º, "*a*", do CPPM, combinado com o art. 395, inciso III, do CPP.

Em 9/6/2022, o então Ministro-Presidente não admitiu o referido Apelo Extremo, nos seguintes termos (Recurso Extraordinário nº 7000276-50.2022.7.00.0000, evento 8):

> Diante do exposto, em relação à pretensa violação aos **princípios constitucionais da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF/1988) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988**), NÃO ADMITO o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento ao Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 1.030, inciso I, alínea 'a', do Código de Processo Civil e do art. 6º, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar.[121]

Contra o referido *Decisum*, a DPU, na defesa de WESLEY FRANÇA CAMILO DA SILVA, interpôs, em 22/8/2022, o presente Agravo Interno (Processo nº 7000563-13.2022.7.00.0000).

Em suas Razões (evento 1), a DPU defende que a matéria constitucional foi efetivamente enfrentada na Justiça Militar, atendendo, a seu viso, o requisito do prequestionamento.

Aduz que a Decisão agravada, ao afirmar que o Recurso Extraordinário não preenche o requisito da repercussão geral, "usurpa competência do Supremo Tribunal Federal para se pronunciar a respeito dessa questão".

Sustenta estar preenchido o referido requisito, eis que a discussão travada no presente feito "tem potencial para repetir-se em inúmeros

---

[121] **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;
Art. 6º São atribuições do Presidente:
[...]
IV - decidir sobre a admissibilidade de Recurso Extraordinário, observado o disposto nos arts. 136 a 139;

processos", sendo, portanto, "questão de suma importância para deliberação dessa Suprema Corte".

Discorre ser "de todo adequado, portanto, que a essa controvérsia seja aplicado o instituto da repercussão geral, de modo a se obter uma resolução definitiva e abrangente acerca dessa matéria constitucional".

Afirma, outrossim, "que o Tribunal *a quo* deve se ater apenas ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário", e que, a seu entender:

> não foi o que ocorreu no recurso extraordinário em questão, considerando o MM. Ministro Presidente do STM analisou a questão de fundo em relação aos princípios constitucionais, entendendo pela inexistência de repercussão geral.

Alega que a seriedade da matéria discutida "reveste-se para além do recorrente, já que tal caso invade a própria dignidade da pessoa humana e do devido processo legal", que a falta de prova no curso do processo pode levar a injustiças que o Estado Democrático de Direito considera inadmissível e, assim, "o caso em tela apenas ilustra essa possibilidade, já que houve uma série de inobservância das normas que tratam da integridade das provas, da cadeia de custódia".

Pontua, ainda, que "a decisão recorrida não se lastreou na aplicação da sistemática da repercussão geral, providência que seria irrecorrível, mas sim de um juízo de admissibilidade recursal implementado exclusivamente pelo MM Ministro Presidente".

Ao fim, requer o conhecimento e o provimento do Agravo a fim de, *in verbis:*

> 01 – reconsiderar a decisão recorrida, para que o agravante WESLEY FRANÇA CAMILO DA SILVA, seja absolvido com fundamento no art. 439, alínea 'e', do CPPM, tendo em vista a ausência de provas, com a quebra da idoneidade da cadeia de custódia.
>
> 02 – ou, assim não entendendo, da análise do mérito, que o Recurso Extraordinário possa ser admitido, sendo determinado o seu processamento para o Superior Tribunal Federal para, ao final, seja provido o Recurso Extraordinário interposto pelo Agravante;.

Em contrarrazões, a PGJM pugna pelo desprovimento do presente Agravo, mantendo-se incólume a decisão vergastada. O *Parquet* arremata suas considerações mencionando que, sob qualquer ótica que se analise a decisão recorrida, "não há qualquer vício na inadmissão do recurso extraordinário", visto que "está evidenciada a ausência dos requisitos específicos necessários para a admissibilidade dessa espécie recursal".

Mantendo a Decisão recorrida, submeto o Agravo Interno ao Plenário desta Corte castrense.

É o Relatório.

VOTO

A Defesa foi intimada da Decisão que inadmitiu o Recurso Extraordinário, em 23/6/2022, e interpôs o presente Agravo Interno no dia 22/8/2022 (Processo 7000276-50.2022.7.00.0000, eventos 12, 15 e 18). Portanto, o Recurso é tempestivo e atende ao previsto nos artigos 1.021, § 2º, e 1.030, § 2º, ambos do CPC[122], e no art. 123, inc. IV e § 1º, do RISTM[123].

Da Decisão recorrida, extraem-se os seguintes trechos, no que interessa ao presente Agravo (Processo 7000276-50.2022.7.00.0000, evento 8):

> A matéria não foi satisfatoriamente ventilada no Acórdão publicado nos autos da Apelação nº 7000647-48.2021.7.00.0000, evento 24. Não há a inserção do tema no respectivo acórdão. **Não atendido, pelo Apelo extremo, o requisito do prequestionamento, como reconhecido pelo MPM, em suas contrarrazões (evento 6)**."
>
> [...]
>
> A Defesa sustenta a presença da repercussão geral na suposta ofensa perpetrada aos princípios constitucionais elencados de maneira genérica em sua peça. Seriam eles: **o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF) e o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).**
>
> O julgamento do ARE 748.371-RG, entendeu pela inexistência de repercussão geral quanto à alegação de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como aos princípios **da legalidade**, do contraditório, da ampla defesa e **do devido processo legal**, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais, como na espécie. 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**

---

[122] **Art. 1.021**. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.
(...)
§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.
Art. 1.030 [...]
§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

[123] **Art. 123**. Cabe Agravo Interno:
(...)
IV - contra decisão do Presidente que aplica a sistemática da repercussão geral na admissibilidade do Recurso Extraordinário.
§ 1º Será de quinze dias, contados da intimação, o prazo de interposição do Agravo Interno. [...].

> **legal.** Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.' (ARE 748371 RG, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 6/6/2013) (Grifos nossos).
>
> O Supremo Tribunal Federal continua na tese: '(...) na hipótese de suposta **ofensa ao princípio do devido processo legal**, do contraditório e da ampla defesa, não há repercussão geral quando, para a análise dos referidos princípios, for necessário o cotejo de matéria infraconstitucional, o que é vedado por meio de Recurso Extraordinário.', [...].

Pretende a ilustre DPU que a Decisão agravada seja reconsiderada pelo Plenário deste STM, no intuito da subida do Recurso Extraordinário à Suprema Corte.

Entretanto, em que pesem os argumentos da Agravante, nada há a reparar nos fundamentos do *Decisum* vergastado.

No tocante às alegações no sentido de que a Decisão agravada não se ateve apenas ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, que o *Decisum* teria analisado a questão de fundo em relação aos princípios constitucionais e que teria usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal para se pronunciar a respeito do requisito da repercussão geral, não assiste razão à combativa Defesa.

Saliento, de início, que a finalidade do instituto da repercussão geral é desafogar o Supremo Tribunal Federal do excesso de processos que demandem solução idêntica a temas já sedimentados por aquele Plenário. Assim, ao realizar juízo negativo de admissibilidade aplicando a sistemática da repercussão geral, como no caso em testilha, o Ministro-Presidente, ou mesmo o colegiado da Corte de origem, ao analisar o Agravo Interno, não está usurpando competência do STF, mas, sim, exercendo atribuição estabelecida legalmente. Nesse sentido, colhem-se os seguintes Arestos:

> Agravo regimental em reclamação. Negativa de seguimento a recurso extraordinário com fundamento no Tema nº 646 da Repercussão Geral. Ausência de usurpação da competência do STF. Inexistência de teratologia na aplicação do tema. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. **Não configura usurpação de competência do STF a decisão do Tribunal de origem, em sede de agravo interno, de manter a negativa de seguimento a recurso extraordinário com base em entendimento firmado em regime de repercussão geral. 2. Não há teratologia na aplicação ao caso do Tema nº 646 da Repercussão Geral** pela autoridade reclamada. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC). (STF – 1ª Turma. Ag.Reg na Reclamação nº 49.980. Rel. Min Dias Toffoli. Julgamento: 27/06/2022). (Grifos nossos.)

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DAS CORTES DE ORIGEM. DESCABIMENTO DA AÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. A aplicação da sistemática da repercussão geral é atribuição das Cortes de origem, nos termos do art. 1.030 do CPC**. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – 2ª Turma. Ag.Reg. na Reclamação nº 39.942. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento: 20/10/2020). (Grifos nossos.)

Tal entendimento está fundamentado no Código de Processo Civil, segundo o qual pode o Tribunal *a quo*, no exercício de suas atribuições, obstar o seguimento dos Apelos Extremos que versem sobre temas que não se revestem de repercussão geral. Vale dizer que essa orientação nada mais é do que o cumprimento da disposição constante no art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil. Nesse sentido, por oportuno, reproduzo o seu teor:

> 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;

Dessa forma, ao contrário do alegado pela Defesa, a Decisão que não admitiu e negou seguimento ao Recurso Extraordinário em questão não usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal, eis que apenas aplicou o entendimento jurisprudencial (proferido em regime de repercussão geral) daquela Corte ao caso concreto enfrentado.

In casu, a Decisão impugnada observou estritamente o entendimento da Suprema Corte em relação ao emprego da sistemática da repercussão geral pelos demais Tribunais, visto que o Pretório Excelso já sedimentou entendimento pela inexistência de repercussão geral quanto à alegação de ofensa ao devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais, consoante estampado no Tema 660 do STF (ARE 748371 RG), *in verbis*:

> TEMA 660
>
> Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação

> das normas infraconstitucionais. Extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.
>
> TESE:
>
> A questão da ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites à coisa julgada, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE nº 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, Dje 13/03/2009.

Já com relação à alegada violação ao princípio da legalidade, observa-se que foi invocada dentro do mesmo contexto, qual seja, a alegada inobservância das normas legais relativas à preservação da cadeia de custódia probatória e a ausência de provas da materialidade delitiva, revelando-se, portanto, intrinsecamente conectada com a tese de afronta ao princípio do devido processo legal, devendo ser observada conjuntamente com ela. Atente-se, ademais, que em sede de contrarrazões ao RSE interposto pelo MPM, no que atine às alegadas violações, a tese defensiva limitou-se a corroborar a decisão do Juízo *a quo*, que rejeitou a Denúncia sob o entendimento de que a cadeia de custódia probatória não foi devidamente preservada.

Assim, mostra-se acertada a Decisão recorrida que, com fundamento no art. 1.030, inciso I, alínea "*a*", do Código de Processo Civil, e no art. 6º, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, não admitiu o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento para o Supremo Tribunal Federal, em relação à pretensa violação aos incisos II e LIV do art. 5º da CF/1988, tendo em vista a incidência do Tema 660/STF ao vertente caso.

Na verdade, para viabilizar a reforma da Decisão recorrida, caberia ao Agravante demonstrar que o entendimento firmado pelo STF, no referido precedente, não se aplica ao presente feito.

Nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Ministro CELSO DE MELLO, Relator do Agravo na Reclamação nº 30.867, julgado pela Segunda Turma do STF, em 6/5/2019, que bem explicita a matéria, *in verbis*:

> (...) **a interposição** do agravo interno **objetiva viabilizar** a formulação de juízo de retratação pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido **ou** a reforma da decisão agravada pelo órgão colegiado previsto em seu regimento interno, ensejando-se ao recorrente, desse modo, **a possibilidade de demonstrar** a eventual existência de distinção **entre** a controvérsia jurídica **versada** no caso concreto e a tese **firmada** no paradigma **invocado** como fundamento para negar trânsito ao apelo extremo. (Grifos no original.)

Porém, ao longo da petição de Agravo, a Defesa não logrou demonstrar que a hipótese apresentada não se subsome ao precedente citado (ARE 748371 RG), de modo a justificar a reforma da Decisão Monocrática proferida por este Presidente. Ao revés, o Agravante insiste nas mesmas teses

apresentadas no Apelo Extremo, nada trazendo de novo a alterar o entendimento que não o admitiu.

Por oportuno, colho, em complemento, o seguinte trecho das Contrarrazões ofertadas pela PGJM:

> Assim, sob qualquer ótica que se analise a decisão recorrida, verifica-se que não há qualquer vício na inadmissão do recurso extraordinário interposto pelo Agravante, haja vista que está evidenciada a ausência dos requisitos específicos necessários para a admissibilidade dessa espécie recursal.
>
> Exsurge dos autos que o Agravante **tenta, ao fim e ao cabo, utilizar a via do recurso extraordinário para reverter o acórdão desse eg. Tribunal Superior prolatado nos autos do RSE 7000647-48.2021.7.00.0000, pelo qual determinou-se a deflagração da "persecutio criminis" em razão da presença de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva.** (Grifo no original).

Ad argumentandum tantum, ao trazer à baila as argumentações no sentido de que não foi observada a integridade da cadeia de custódia do material probatório, em desconformidade com os arts. 158-A a 158-F do CPP; que o auto de prisão deixou de evidenciar a materialidade do delito; que o exame preliminar do material apreendido não cumpriu os requisitos dos arts. 48 e 318 do CPPM; bem como que inexistiria justa causa para o exercício da ação penal militar, com fulcro no art. 78, "*a*", do CPPM e art. 3º, "*a*", do CPPM, combinado com o art. 395, inciso III do CPP, a Defesa, sob o pretexto de malferimento dos incisos II e LIV do artigo 5º da CF/1988, adentra em questões cujo deslinde requer a incursão no conjunto fático-probatório, assim como uma necessária e subjetiva interpretação da aplicação dos referidos dispositivos legais, constituindo, assim, mera ofensa reflexa à Constituição Federal.

Em outras palavras, para se verificar o acerto da inadmissão do Recurso Extraordinário, **ainda que assim não fosse decidido, com base na aplicação do Tema anteriormente mencionado**, a questão dependeria completamente da reanálise de fatos e provas, escopo para o qual não se presta o Apelo Extremo, nos claros e exatos termos do verbete sumular nº 279 da Corte Maior: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

O Recorrente não logrou êxito em demonstrar violação aos preceitos constitucionais trazidos à baila, evidenciando, por outro lado, a intenção de revolver questões já pacificadas pela Suprema Corte, referentes à aplicação de norma infraconstitucional, o que se sabe ser incabível em sede de Recurso Extraordinário.

Logo, acertada a Decisão agravada ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário com base no art. 1.030, inciso I, alínea "*a*", do CPC.

Ante o exposto, **rejeito** o Agravo Interno, mantendo íntegra a Decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento ao Supremo Tribunal Federal.

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 Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em **rejeitar** o Agravo Interno, mantendo na íntegra a Decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento ao Supremo Tribunal Federal.

Brasília-DF, 10 de novembro de 2022 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

_____

Apelação

APELAÇÃO Nº 7000026-51.2021.7.00.0000

Relator: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor e Relator para o Acórdão: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelante: Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto.
Advogados: Thiago Wender Silva Ferreira (OAB DF71696).
João Antônio Sucena Fonseca (OAB DF35302).
Marcio Martagão Gesteira Palma (OAB DF21878).

Apelado: Ministério Público Militar.

Apelado: Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto.
Advogados: Thiago Wender Silva Ferreira (OAB DF71696).
João Antônio Sucena Fonseca (OAB DF35302).
Marcio Martagão Gesteira Palma (OAB DF21878).

EMENTA

APELAÇÃO. MPM. DEFESA. ART. 305 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONCUSSÃO. PRELIMINAR DEFENSIVA DE NULIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 396 DO CPP AO PROCESSO PENAL MILITAR. NÃO CONHECIMENTO. NÃO APLICAÇÃO AOS FEITOS DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO POR UNANIMIDADE. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. DEMONSTRAÇÃO. AMPLO ACERVO PROBATÓRIO. REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CONDENAÇÃO NAS SANÇÕES DO DELITO DE CONCUSSÃO. APELOS CONHECIDOS. APELAÇÃO MINISTERIAL. PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. RECURSO DEFENSIVO. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA.

É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal Militar no sentido da inaplicabilidade do art. 396 do Código de Processo

Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08, aos feitos sujeitos à competência desta Justiça Especializada, em razão do princípio da especialidade.

Preliminar defensiva não conhecida. Decisão por unanimidade.

In casu, trata-se de crime militar contra Administração Castrense, que tutela a retidão, a lisura e a probidade no trato da coisa pública, possui como núcleo do tipo a conduta de EXIGIR, direta ou indiretamente, vantagem indevida, em razão da função pública exercida.

Nesse sentido, ao se analisar o acervo probatório, colhido no transcurso da instrução criminal, vislumbra-se que o acusado, ao exigir vantagem indevida, seja de maneira direta, seja de forma insidiosa, mas sempre a impingir à vítima o temor exigido pelo tipo legal, praticou o delito de concussão, assim, presentes a autoria e a materialidade, o recurso do Ministério Público Militar deve ser acolhido, a fim de condenar o ex-oficial nas sanções do referido crime.

Apelo ministerial provido. Decisão por maioria.

Por conseguinte, em razão da fundamentação utilizada no recurso ministerial, o apelo defensivo deve ser desprovido. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, não conheceu da preliminar de nulidade arguida pela defesa. Em seguida, no mérito, **por maioria**, vencido o relator, decidiu negar provimento ao apelo interposto pela defesa; e **por maioria**, decidiu dar provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando-se a sentença absolutória recorrida, condenar o acusado à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no crime de concussão, previsto no art. 305 do CPM, a ser cumprida, inicialmente, no regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, c/c os arts. 110 e 111 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), assegurando-se, ainda, o direito de recorrer em liberdade. O Ministro José Coêlho Ferreira (Relator) conhecia e negava provimento aos apelos do Ministério Público Militar e da defesa, para manter inalterada a sentença absolutória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Relator para Acórdão Ministro Odilson Sampaio Benzi (Revisor). O Ministro José Coêlho Ferreira (Relator) fará voto vencido. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, José Barroso Filho e Francisco Joseli Parente Camelo não participaram do julgamento. O Ministro Leonardo Puntel não participou da votação da matéria preliminar. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Antônio de Farias. Na forma regimental, usaram da palavra o Vice-Procurador-Geral da

Justiça Militar, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, e o advogado constituído, Dr. Thiago Wender Silva Ferreira.

Relator do Acórdão: Ministro Odilson Sampaio Benzi.

Votantes: Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino e Ministro Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 26/10/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público Militar (MPM) e pela Defesa constituída de AMABLE ALEJANDRO TRAVIESA ZARAGOZA NETO (apelante/apelado), ex-Capitão do Exército Brasileiro, contra a Sentença proferida pelo Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª CJM que, por maioria (3X2), o absolveu da prática do delito previsto no art. 305 do Código Penal Militar (CPM), com fulcro no art. 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar (CPPM) (Evento 222, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

Em síntese, a Denúncia, recebida em 9/12/2015 (Evento 8, doc. 39, fl. 23, APM nº 40-78.2013.7.11.0211), narra que o apelante/apelado, exercendo a função de Chefe da Seção de Licitações do Batalhão da Guarda Presidencial, em Brasília-DF, exigiu, para si, vantagem indevida, consistente em valores fixos ou percentuais, em relação ao valor da contratação do Pregão Eletrônico nº 10/2012, referente à compra de 65 (sessenta e cinco) ônibus para o Exército Brasileiro (Evento 8, doc. 2, do mesmo Processo).

Para melhor compreensão dos fatos, transcrevo os seguintes trechos da r. Denúncia:

> No dia 23 de novembro de 2012, por volta das 10h30min, na sala da SALC - Seção de Licitações do Batalhão da Guarda Presidencial, localizado em Brasília/DF, o denunciado, agindo com vontade livre e consciente, em razão da função que exercia, exigiu para si, de forma indireta, vantagem indevida consistente em valores fixos ou percentuais do valor da contratação do Pregão Eletrônico nº 010/2012, item 363, que referia-se à aquisição de 65 (sessenta e cinco) ônibus para o Exército Brasileiro. [...] Então, o denunciado, por intermédio de pesquisas realizadas no site 'comprasnet', constatou que a empresa MASCARELLO Carrocerias e Ônibus Ltda., havia vencido alguns processos licitatórios e conseguiu localizar o representante daquela empresa em Brasília, Sr. IVAN DE PAIVA, tendo insistido com o mesmo para que se encontrassem. Assim, nos meses que antecederam a realização do Pregão Eletrônico nº 010/2012, o denunciado conseguiu marcar dois encontros com o Sr. IVAN, ambos em estabelecimentos comerciais, totalmente estranhos à OM. O primeiro foi no restaurante Dom Durica, localizado na CLN 202,

> Asa Norte, Brasília/DF; o segundo, no Café Franz, Setor Sudoeste, também em Brasília/DF. Nas duas oportunidades o denunciado apresentou-se fardado e de acordo com o Sr. IVAN, no primeiro encontro, 'foi direto ao ponto', ou seja, perguntou se a MASCARELLO tinha Atas de Registro de Preços 'disponíveis' e 'quanto' a empresa lhe pagaria, para que o Exército adquirisse os ônibus por intermédio de adesão às Atas. [...] Em relação a este segundo encontro, o Sr. IVAN disse que não foi comentado nada sobre possível valor de 'propina' tendo o denunciado apenas informado que possuía experiência na área de licitações e daria todo o suporte para que a empresa MASCARELLO não perdesse as futuras contratações que seriam abertas. O desdobramento dos fatos permite deduzir que, nesse encontro, o denunciado estava 'preparando' a execução do delito por incutir, na mente do representante da MASCARELLO, a ideia de que ele era o elemento dentro da administração militar que podia garantir ou não, eventuais aquisições de itens da nominada empresa. [...] Voltando à sequência dos fatos, encerrada a fase de lances e tendo a MASCARELLO oferecido o menor preço, no dia 23/11/2012, o denunciado disse ao pregoeiro (Ten OLEMAR) que a proposta da empresa apresentava 'insuficiência de dados' e que iria estabelecer contato com o Sr. IVAN, então encaminhou a seguinte mensagem para o celular dele: 'Achei um erro, favor me liga'. Esta situação também restou devidamente comprovada pelas imagens do celular, juntadas às fls. 22/23, pelas declarações do Sr. IVAN e do próprio denunciado. O Sr. IVAN telefonou de Imediato para o denunciado e este lhe disse que o suposto 'erro' inabilitaria a MASCARRELO. Quando o Sr. IVAN foi até a SALC do BG para corrigir a documentação, foi recebido pelo próprio denunciado que neste momento lembrou-lhe do assunto que haviam tratado anteriormente, nos dois encontros, e de forma indireta (implícita), exigiu a vantagem indevida, sinalizando para o Sr. IVAN 'com um gesto de três dedos, encobertos com um livro, fazendo referência ao valor de uma possível propina'. O Sr IVAN compreendeu a exigência e teve dúvida apenas se seria 'de três por cento, três mil, trinta mil ou trezentos mil' (fl. 261), pois em razão da presença de outros militares na Seção, o denunciado apenas sinalizou. - fl. 1/A.

O apelante/apelado foi devidamente citado em 11/1/2016 (Evento 8, doc. 40, fls. 18/19, APM. nº 40-78.2013.7.11.0211).

O apelante/apelado foi qualificado e interrogado em 2/2/2016 (Evento 8, doc. 43, fls. 12/14, APM. nº 40-78.2013.7.11.0211). Na mesma assentada, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar foram ouvidas: Ivan de Paiva (Evento 8, doc. 43, fls. 15/17, do mesmo Processo), Cap Márcio Rafael Fonseca da Cunha (Evento 8, doc. 43, fls. 18/19, do mesmo Processo) e Cap Olemar Alves de Lima (Evento 8, doc. 44, fls. 2/3, do mesmo Processo).

Foram inquiridas por carta precatória as testemunhas Camila Olivotto (mídia juntada aos autos físicos, conforme Evento 8, doc. 50, fls. 3/4, APM. nº 40-78.2013.7.11.0211); Antonio Jacel Duzanowski, (mídia juntada aos autos físicos, conforme Evento 8, doc. 50, fls. 48/50, do mesmo Processo); e Antonio Carlos Capecce, gerente comercial (Evento 8, doc. 49, fls. 8/10).

As alegações escritas, nos termos do art. 428 do CPPM, foram apresentadas pelo Ministério Público Militar (Evento 8, doc. 52, APM nº 40-78.2013.7.11.0211) e pela Defesa do apelante/apelado (Evento 8, doc. 54, do mesmo Processo).

Em 24/1/2017, o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por unanimidade, julgou procedente a pretensão punitiva e condenou o ora apelante/apelado, como incurso nas sanções do art. 305 do CPM, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto (Evento 8, doc. 58, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação e, em 20/2/2018, o Plenário do STM, por unanimidade, não conheceu da preliminar de ausência do interesse recursal do MPM, formulada pela Defesa em Contrarrazões do Recurso Acusatório; e, por unanimidade, rejeitou as preliminares defensivas de aplicabilidade do art. 396 e seguintes do CPP e do art. 400 do CPP. No mérito, também por unanimidade, deu provimento parcial ao Recurso defensivo e negou provimento ao Apelo ministerial, para, reformando em parte a Sentença recorrida, manter a condenação do então recorrente (ora apelante/apelado) pela prática do crime descrito no art. 305 do CPM, reduzindo a pena-base e excluindo a agravante genérica prevista no art. 70, inciso II, alínea "g", do referido Códex, para fixar a pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos da alínea "c" do § 1º do art. 33 do Código Penal comum, nos termos do voto do Relator (Evento 24, Apelação nº 40-78.2013.7.11.0211).

A Defesa do ora apelante/apelado opôs Embargos de Declaração em 13/3/2018 (Evento 32, Apelação nº 40-78.2013.7.11.0211), os quais, em 7/6/2018, por unanimidade, foram conhecidos e acolhidos em parte, tão somente, com o propósito de afastar erro material (Evento 29, Proc. nº 7000244-84.2018.7.00.0000).

Em 2/8/2018, a Defesa interpôs Recurso Extraordinário alegando a inobservância do devido processo legal e das garantias da ampla defesa e do contraditório, insculpidas no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF, oportunidade em que pugnou pela aplicação dos arts. 396 e 400 do CPP aos processos penais militares. Por fim, requereu fosse dado provimento ao referido Recurso, determinando a reforma da Decisão recorrida e a anulação da Sentença e de todos os atos processuais praticados após o encerramento da instrução processual, a qual deveria ser reaberta (Evento 1, Proc. nº 7000658-82.2018.7.00.0000).

O Apelo Extraordinário foi inadmitido, em 18/9/2018, por Decisão deste Relator, então Presidente do STM, à luz do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil (CPC), e do art. 6º, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar – RISTM (Evento 8, Proc. nº 7000658-82.2018.7.00.0000).

Inconformada, a Defesa do ora apelante/apelado interpôs Agravo, com fundamento no art. 1.042 do CPC, para que fosse cassada a Decisão que inadmitiu o Recurso Extraordinário. Mais uma vez, como Presidente deste STM, proferi Decisão deixando de conhecer do recurso por ser manifestamente incabível (Evento 10, Proc. nº 7000809-48.2018.7.00.0000).

Em 23/1/2019, a Defesa interpôs Agravo Interno requerendo a reconsideração da Decisão agravada para que se conhecesse e processasse o Agravo não conhecido (Evento 1, Proc. nº 7000122-37.2019.7.00.0000).

Nesse ínterim, em 21/2/2019, o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, julgou parcialmente procedente a Reclamação nº 30.799, ajuizada pela Defesa do ora apelante/apelado, e declarou a nulidade da Sentença condenatória e do Acórdão proferidos nos autos do Processo nº 40-78.2013.7.11.0211/DF, resguardada a validade de todos os atos instrutórios, determinando fosse concedida, ao então agravante, a oportunidade de novo interrogatório (Proc. nº 7000122-37.2019.7.00.0000, evento 10).

Diante da supramencionada Decisão do STF, em 18/3/2019, julguei prejudicado o Agravo Interno nº 7000122-37.2019.7.00.0000 por manifesta perda de objeto, com fulcro no art. 6º, inciso XXVIII, do RISTM (Evento 13, Proc. nº 7000122-37.2019.7.00.0000).

No dia 20/2/2020, em cumprimento à Decisão da Egrégia Corte, o apelante/apelado foi reinterrogado (Eventos 199/120, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

Em obediência ao art. 428 do CPPM, o Ministério Público Militar e a Defesa apresentaram novas alegações escritas (respectivamente Eventos 161 e 164, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

A nova Sentença, ora recorrida, foi proferida no dia 19/10/2020 e disponibilizada em 23/10/2020 (respectivamente Eventos 216/216 e 222, APM nº 40-78.2013.7.11.0211). No dia 26/10/2020, foram expedidas as intimações eletrônicas para o MPM e para a Defesa (respectivamente, Eventos 226 e 225 da mesma APM), tendo sido confirmadas na mesma data pelo MPM (Evento 227 da mesma APM) e em 5/11/2020, pela Defesa (Evento 230 da mesma APM).

Em 29/10/2020, o Ministério Público Militar interpôs recurso de apelação (Evento 229, APM nº 40-78.2013.7.11.0211). Em suas razões, requer a reforma da r. Sentença para que o ora apelante/apelado seja condenado pelo crime previsto no art. 305 do CPM (concussão). Para tanto, defende que as provas dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório, tais como o depoimento da testemunha Ivan de Paiva, os "encontros ocorridos fora da OM, a mensagem encaminhada e a sinalização para o Sr. IVAN, com um gesto de três dedos, encobertados com um livro, quando ele se dirigiu à SALC exatamente para tentar corrigir um suposto erro e evitar a desclassificação da

empresa", que deixam evidente a exigência da vantagem indevida (Evento 1, doc. 2).

Por sua vez, em 10/11/2020, a Defesa do apelante/apelado interpôs recurso de apelação (Evento 231, APM nº 40-78.2013.7.11.0211). Em seu arrazoado, requer a reforma dos fundamentos do decreto absolutório para que seja reconhecida a absolvição com fulcro nas alíneas "b" ("não constituir o fato infração pena") ou "a" ("estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência") do art. 439 do CPPM, em vez da alínea "e", como consta da r. Sentença (Evento 1, doc. 4).

Defende que a atipicidade da conduta estaria caracterizada diante da inexistência de qualquer evidência que demonstre que o apelante/apelado teria "exigido" vantagem indevida, considerando que "exigir" é o núcleo do tipo do delito de concussão.

Em relação à ausência de provas, assevera que não há provas para a condenação, tendo em vista que a acusação estaria baseada exclusivamente no depoimento da testemunha Ivan de Paiva, que apresentou diferenças entre a primeira e a segunda oitivas. Prossegue afirmando que as mensagens telefônicas arroladas como prova não podem ser consideradas, uma vez que não houve análise do celular, mas tão somente a juntada da foto de uma tela, o que impossibilitaria a verificação da "higidez da cadeia de custódia", além do teor claro do próprio texto, que não permitiria outra interpretação.

Em contrarrazões ao recurso ministerial, a Defesa pretende que seja negado provimento ao recurso, mantendo-se a absolvição do ora apelante/apelado. Naquela oportunidade, argui, em caso de provimento do recurso ministerial, a "nulidade da ação penal desde o despacho que recebeu a exordial sem que o RECORRIDO pudesse contrapor os termos da denúncia", por violação aos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal (CPP), com o consequente desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Requer, ainda, que sejam reconhecidas: i) a ausência de qualquer referência ao verbo nuclear "exigir", afastando a materialidade típica da concussão e impondo a aplicação do art. 439, alínea "b", do CPPM; e ii) a ausência da existência do fato criminoso, nos termos da alínea "a" do art. 439 do CPPM (Evento 1, doc. 6).

Por seu turno, em contrarrazões, o MPM requer seja desprovido o recurso defensivo e seja o apelante/apelado condenado pela prática do crime de concussão (art. 305 do CPM) por estar demonstrada a sua conduta ilícita não somente por meio do depoimento do Sr. Ivan Paiva, mas também dos dois encontros marcados com o representante da empresa em estabelecimentos comerciais estranhos à OM e da mensagem enviada de seu celular pessoal para o representante, em que alegava haver "erro" na proposta (Evento 1, doc. 5).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo Parecer da lavra do Dr. Clauro Roberto de Bortolli, Vice-Procurador-Geral de

Justiça Militar, a qual opinou pelo conhecimento de ambos os Recursos de Apelação, com o desprovimento do apelo defensivo e o provimento do apelo ministerial, a fim de que fosse modificada a r. Sentença absolutória proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 70000040-78.2013.7.11.0211, e condenado o Capitão da Reserva não Remunerada (R/2) do Exército Brasileiro Amáble Alejandro Traviesa Zaragoza Neto, nas sanções do art. 305, *caput*, do CPM (Evento 7).

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DEFENSIVA DE NULIDADE POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO PELA NÃO APLICAÇÃO DO ART. 396 DO CPP AO PROCESSO PENAL MILITAR

A Defesa constituída alega, em preliminar, a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, por ausência de oportunidade de apresentação de resposta à acusação (art. 396 CPP).

Contudo, não assiste razão à Defesa.

É cediço que a Lei nº 11.719/2008 alterou a redação ao art. 396 do CPP, para prever a apresentação da resposta à acusação, nos procedimentos ordinário e sumário, após o recebimento da Denúncia. Nesse sentido, o juiz ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, ocasião em que, nos termos do art. 396-A do mesmo Código, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Contudo, esta Corte Castrense, ao analisar a aplicação do art. 396 do CPP a esta Justiça Especializada, **firmou entendimento pelo seu não cabimento no processo penal militar, em homenagem ao Princípio da Especialidade da Justiça Castrense**. Nesse sentido, vale registrar os seguintes precedentes deste Tribunal:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA DA JMU PARA JULGAR CIVIS. INEXISTÊNCIA. **RESPOSTA À ACUSAÇÃO. ARTS. 396, 396-A E 397 DO CPP COMUM. LEI Nº 11.719/2008. INAPLICABILIDADE NA JMU. ESPECIALIDADE DA JUSTIÇA CASTRENSE**. EXAME DE MATÉRIA DE PROVA PELA VIA DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. SOLICITAÇÃO DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA O JULGAMENTO DO WRIT SOB PENA DE NULIDADE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA Nº 431/STF. ORDEM DENEGADA. UNANIMIDADE.

> Tratando-se de fato que, em tese, se amolda ao disposto no art. 9º, inciso III, alínea "b", do CPM, é absoluta a competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis, em face da sua especialidade, advinda da própria Constituição Federal.
>
> **A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou os arts. 396, 396-A e 397 do CPP comum, criando o instituto da resposta à acusação, não se aplica à JMU, que segue disciplina própria, ditada pelo CPPM.**
>
> (…) Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada. Decisão por unanimidade. **(STM, Habeas Corpus nº 0000028-82.2017.7.00.0000, Relator Ministro Alte Esq ÁLVARO LUIZ PINTO, Julgamento em 9/3/2017)**; (Grifos nossos.)
>
> .....
>
> **(…) Em homenagem ao princípio da especialidade, cristalizado em latim como Lex specialis derrogat legi generali, é carecedora de fundamento a preliminar defensiva de aplicabilidade da Lei nº 11.719/08 aos processos em trâmite nesta justiça especializada, haja vista a previsão na Lei Adjetiva Militar (CPPM) de ritos próprios e especiais que não sofreram derrogação tácita ou expressa. Súmula nº 15 do STM. Preliminar rejeitada por unanimidade.**
>
> **As disposições previstas no Código de Processo Penal Militar não foram modificadas pela Lei nº 11.719/08, que alterou os artigos 394, 395, 396, 396-A e 397, todos do Código de Processo Penal comum, em homenagem ao princípio da especialidade (lex specialis derrogat legi generali). Portanto, no âmbito desta Justiça Castrense, devem prevalecer, em regra, as normas especiais.** Precedentes do STM. Preliminar rejeitada por unanimidade. (…) (**STM, Apelação n.º 0000095-22.2010.7.12.0012, Relator Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, Julgamento em 31/8/2016**). (Grifos nossos.)

Ademais, insta salientar que, durante o longo trâmite processual *in tela*, **a defesa constituída teve diversas oportunidades** para alegar tudo que interessasse à sua versão dos fatos, como oferecer documentos, especificar provas pretendidas e indicar testemunhas a serem ouvidas, e não alegou a contento. Prova disso é que o presente feito chegou, inclusive, a ter o julgamento de primeiro grau anulado, a pedido da própria defesa, para proceder a novo interrogatório do acusado.

Portanto, vir aos autos neste instante processual e alegar que não teve *oportunidade de apresentar resposta à acusação* não retrata a realidade dos autos, com todas as vênias.

Por outro lado, mesmo que fosse verdade tal alegação defensiva, ainda assim, caracterizaria, na pior das hipóteses, uma mera irregularidade, desprovida de potencial para violar os postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, por terem sido

amplamente observados durante todo o moroso transcorrer da Ação Penal Militar nesse contexto.

Até porque, é sabido também que, para a declaração de nulidade do ato ou do processo, é essencial a demonstração de prejuízo, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 499 do CPPM, e como já decidiu o STF em diversas oportunidades (**HC nº 81.510**, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJE de 12.4.2002 e **HC nº 85.155**, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJE de 15/4/2005.).

Assim, diante da ausência de prejuízo à Defesa, e considerando a incidência do princípio da especialidade, presente nesta Justiça Castrense, resta inaplicável aos processos em curso na JMU o disposto nos arts. 396 e 396-A, ambos do CPP comum.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da presente preliminar defensiva por falta de amparo legal.

MÉRITO

Superada a preliminar defensiva, trata-se de Apelações interpostas pelo Ministério Público Militar e pela Defesa constituída do Capitão da Reserva não Remunerada (R/2) do Exército Brasileiro AMABLE ALEJANDRO TRAVIESA ZARAGOZA NETO, contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 11ª CJM, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 70000040-78.2013.7.11.0211/DF, **que, por maioria (3x2), absolveu o acusado da imputação da prática do crime militar de Concussão** (art. 305 do Código Penal Militar), com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM, por não existir prova suficiente para a condenação (evento 222 da APM).

In casu, o acusado AMABLE ALEJANDRO TRAVIESA ZARAGOZA NETO foi denunciado como incurso nas sanções do delito de Concussão, previsto no art. 305 do CPM, **por ter exigido, para si, vantagem indevida, em razão da função que exercia** (Chefe da Seção de Licitações do Batalhão da Guarda Presidencial, em Brasília-DF), consistente em valores fixos ou percentuais, em relação ao montante da contratação do Pregão Eletrônico nº 10/2012, referente à compra de 65 (sessenta e cinco) ônibus para o Exército Brasileiro (evento 08, doc. 2-DENUNCIA, da Ação Penal Militar nº 70000040-78.2013.7.11.0211/DF).

Feitos os devidos esclarecimentos, e com a finalidade de facilitar a análise dos apelos, estes serão apreciados em tópicos distintos, senão vejamos.

I) APELAÇÃO DO MPM

O Órgão ministerial requer, nas razões de seu Recurso, em síntese, a reforma da Sentença absolutória, a fim de que o acusado seja condenado pelo delito de Concussão, previsto no art. 305 do CPM, aduzindo que as provas constantes dos autos são suficientes para fundamentar a condenação do

Oficial, a exemplo do depoimento da testemunha IVAN DE PAIVA, e dos "encontros ocorridos fora da OM, da mensagem encaminhada e da sinalização para o Sr. IVAN, com um gesto de três dedos, encobertados com um livro, quando ele se dirigiu à SALC exatamente para tentar corrigir um suposto erro e evitar a desclassificação da empresa", o que, segundo o *Parquet* Militar, caracteriza de maneira clara a exigência da vantagem indevida por parte do acusado (evento 1, doc. 2).

Em contrarrazões ao Apelo do MPM, a Defesa pugna pelo improvimento do recurso ministerial, para que se mantenha a absolvição do réu. E, em caso de provimento do recurso, a Defesa requer a "nulidade da ação penal desde o despacho que recebeu a Exordial sem que o RECORRIDO pudesse contrapor os termos da denúncia", por violação aos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal (CPP), com o consequente desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Postula, ainda, o reconhecimento: a) da ausência de qualquer referência ao verbo nuclear "exigir", afastando a materialidade típica da concussão e impondo a aplicação do art. 439, alínea "b", do CPPM; e b) da ausência da existência do fato criminoso, nos termos da alínea "a" do art. 439 do CPPM (evento 1, doc. 6).

Inteira razão assiste ao MPM, pelos motivos que se seguem.

Trata-se de crime militar contra a Administração Castrense, previsto no Título VII, Capítulo III, do CPM, que tutela a retidão, a lisura e a probidade no trato da coisa pública. Possui como núcleo do tipo a conduta de EXIGIR, direta ou indiretamente, vantagem indevida, em razão da função pública exercida, nestes termos, *in verbis*:

> Art. 305. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.

A respeito da conduta prevista no núcleo do tipo: "EXIGIR", o saudoso penalista Nélson Hungria esclarece, *in verbis*:

> Exigir é impor como obrigação ou reclamar imperiosamente. A exigência pode ser formulada diretamente, a viso aperto ou facie ad faciem, sob a ameaça explicita e de represálias (imediatas ou futuras), **ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado**; **basta o temor genérico que a autoridade inspira.** [...]. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função de autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade (in *Comentários ao Código Penal*, vol. 9. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 359). (Grifo nosso.)

No caso dos autos, ao contrário do que decidiu o Escabinato, por apertada maioria, **há sim provas suficientes da autoria e da materialidade do**

crime de Concussão praticado pelo citado Oficial, no desempenho de suas funções de Chefe do Setor de Licitações da Unidade Militar em questão.

A conduta dele, consistente na exigência de vantagem indevida ao Sr. IVAN DE PAIVA, representante comercial da empresa MASCARELLO, a fim de influir no resultado do Pregão Eletrônico nº 10/2012, referente à compra de 65 (sessenta e cinco) ônibus para o Exército Brasileiro, restou devidamente comprovada nos autos pelos depoimentos judiciais prestados pelo referido empresário, bem como pelas inquirições das testemunhas, pelos encontros reservados entre o réu e aquele civil realizados fora da OM e pelas comunicações privadas mantidas entre eles.

Nesse sentido, esclareceu o Sr. IVAN DE PAIVA, que, ouvido em Juízo (evento 8, doc. 43, fls. 15- 17, da APM), afirmou:

> (...) que por intermédio de uma Tenente da Região Militar, que disse que o acusado iria falar com o depoente a respeito de uma aquisição de ônibus, **que ofereceu-se ir até o BGP para falar com ele, mas o acusado sugeriu que se encontrassem no restaurante Dom Durica, que quando chegou ao local, o acusado estava sentado com mais dois rapazes em uma mesa nos fundos do restaurante, que esse encontro aconteceu por volta das 17:30, que os rapazes saíram logo em seguida à sua chegada, que conversaram cerca de vinte minutos, que o acusado lhe falou a respeito de uma aquisição de ônibus, que o acusado acreditava que a Mascarello teria interesse, que o acusado disse estar pensando em receber 5% sobre o valor do contrato a ser celebrado**, **que em outra oportunidade foi contatado por telefone pelo acusado** convidando-o a se encontrarem no Fran's Café, que fica no Sudoeste, que se encontraram depois das 19:00, que o acusado estava acompanhado de mais uma ou duas pessoas, que pelo menos uma dessas também seria militar, que o acusado e esse outro militar disseram que teriam feito curso de pregoeiro, promovido pelo Exército, [...]; que teve contato com superiores seus da Mascarello a respeito da proposta feita pelo acusado, que um dos diretores, o Sr. Jacel, disse ao depoente por telefone: '**jamais vamos aceitar isso. Ainda mais se tratando do Exército**.'; que o pregão ocorreu de forma eletrônica e foi feito, por parte da Mascarello, pela Sra. Camila Olivotto, **que após, a empresa Mascarello ter oferecido a melhor proposta, foi até o quartel entregar a documentação completa no original, que fez essa entrega ao acusado, que na sala da SALC o acusado, disfarçando com um livro, fez um sinal consistente encostar três dedos na mesa encobertado pelo livro antes referido, que no entender do depoente aquilo era uma indicação de que o acusado pretendia receber uma propina, que saiu da SALC e foi então que recebeu uma mensagem no seu celular, que a mensagem recebida dizia algo como 'Existe alguma coisa errada na proposta. Por favor me ligue.', que o depoente não fez essa ligação mas entrou em contato com o seu supervisor em São Paulo**; (...); que não houve uma ameaça direta do acusado no sentido de que a Mascarello seria prejudicada, **que houve apenas uma ameaça indireta;**

> **(...); que no Fran's Café passaram a impressão de que sendo pregoeiros dominavam o que ocorriam nas licitações**; (...); que com relação à ameaça indireta esclarece que 'foi esse negócio dele pedir 5%, por se achar merecedor', que, por telefone, não houve nenhum tipo de solicitação de vantagem indevida, que comunicou a empresa a respeito da conduta do acusado em duas ocasiões, uma com relação aos 5% e outra no gesto do acusado pedindo 3% de vantagem. (Grifos nossos.)

Quanto aos encontros privados entre o militar e o Sr. IVAN DE PAIVA, tem-se que, da mesma forma, se mostraram incontroversos, já que foram reconhecidos pela testemunha e confirmados pelo próprio réu, como se observa de seu primeiro interrogatório:

> (...) que em setembro ou outubro de **2012 manteve contato telefônico com o Sr. Ivan**, da empresa Mascarello, que devido a dificuldades de trabalho deste, **acabou aceitando encontrar-se com ele em lugar por ele escolhido, no restaurante Dom Durica, localizado no começo da Asa Norte; (...); que entende que o encontro foi um "ato negocial"**, no qual o interrogando teria a oportunidade de negociar com a empresa a possibilidade de colocar ar condicionado nos ônibus a serem fornecidos, que isso reverteria em vantagem para o Exército; (...); **que posteriormente foi encarregado de "compor o termo de referência dos ônibus;** (...); que o interrogando estava no Fran's Café do Sudoeste na companhia do Capitão Márcio Cunha, que o oficial citado, ao tempo dos fatos, estava no BPE, **que o Sr. Ivan insistiu em encontrar-se com o interrogando**, inclusive para pedir desculpas, tendo o Cap Márcio Cunha testemunhado esse encontro, que também este encontro teve duração de cinco minutos; (...); que **quem conduziu o pregão foi o Tenente Olemar**, que o mesmo estava habilitado para tanto, porém **na opinião do interrogando ele não seria muito experiente na função de pregoeiro**, que no curso do pregão chegou a mandar uma mensagem via telefone para o Sr. Ivan, **que a mensagem tinha o seguinte teor "achei um erro, favor me ligar", que não se recorda de cabeça qual era a inconsistência**, mas faltavam alguns itens; **que houve um registro feito pelo Tenente Olemar no pregão indicando inconsistências, que as quatro empresas que participaram do certame tiveram inconsistências, que especificamente no caso da Mascarello esse registro ficou no sistema por nove minutos e 57 segundos;** [...]; que o ônibus oferecido pela Mascarello era o de menor valor encontrado no Comprasnet, bem assim havia a possibilidade de uma "carona" em outro pregão, que contatos pessoais com empresas de ônibus foi exclusivamente com o Sr. Ivan, da empresa Mascarello; [...]; que todos os encontros ocorreram nos meses de setembro a outubro de 2012, **que todos os encontros ocorreram antes da confecção do termo de referência**; (...). (evento 8, doc. 43, fls. 12-14). (Grifos nossos.)

Como se vê, o acusado não negou os **encontros informais, desnecessários e indevidos que teve** com o representante comercial da empresa de ônibus, Sr. IVAN DE PAIVA, **porém tentou justificar esses**

estranhos encontros fora da OM, sob o argumento de conseguir melhores condições para o Exército na aquisição dos ônibus pretendidos.

Todavia, além de violar claramente os princípios norteadores da probidade na Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal e na Lei 8.429/92, a análise conjunta desse fato com os outros elementos de convicção presentes nos autos autorizam a formação do juízo condenatório, senão vejamos.

Primeiro, porque à época em que ocorreram as referidas reuniões, nos meses de setembro e outubro de 2012, o procedimento licitatório, destinado à compra dos veículos, não havia começado, o que, por si só, demonstra que a conduta do Oficial, de buscar um licitante específico para, como ele mesmo disse, praticar um "ato negocial", viola claramente os princípios basilares das licitações públicas, tais como o da impessoalidade, da moralidade, da isonomia, do interesse público e da legalidade.

Ademais, o argumento defensivo de que **o acusado procurou a citada empresa, buscando uma ajuda para elaborar o termo de referência da licitação**, não encontra amparo nos autos, **pois o próprio réu afirmou que possuía a *expertise* e o conhecimento técnico em licitações desse porte**, conforme informou à testemunha Sr. IVAN PAIVA, o qual declarou, *in verbis:*

> (...) que houve apenas uma ameaça indireta; (...); que no Fran's Café passaram a impressão de que sendo pregoeiros dominavam o que ocorriam nas licitações; (...); que com relação à ameaça indireta esclarece que 'foi esse negócio dele pedir 5%, por se achar merecedor' (...); que o acusado lhe falou a respeito de uma aquisição de ônibus, que o acusado acreditava que a Mascarello teria interesse, **que o acusado disse estar pensando em receber 5% sobre o valor do contrato a ser celebrado,** que em outra oportunidade foi contatado por telefone pelo acusado convidando-o a se encontrarem no Fran's Café, que fica no Sudoeste, que se encontraram depois das 19:00, que o acusado estava acompanhado de mais uma ou duas pessoas, que pelo menos uma dessas também seria militar, **que o acusado e esse outro militar disseram que teriam feito curso de pregoeiro, promovido pelo Exército** [...]. (Grifos nossos.)

Segundo, se a intenção do nominado oficial era mesmo beneficiar o Exército, com a suposta inclusão de aparelhos de ar-condicionado nos ônibus a serem adquiridos, ele não deveria ter procurado somente a empresa MASCARELLO, mas, sim, diligenciado em busca de outros licitantes com capacidade de atender a suposta demanda, a exemplo das outras três empresas que posteriormente participaram do Pregão Eletrônico (**Comil, Mardisa e Marcopolo** – evento 1, Apenso 19, fl. 3.586).

E, **terceiro**, destaca-se que, embora o Cap. ALEJANDRO não fosse o pregoeiro da licitação, ele exercia total influência sobre o militar designado para essa função, o **Ten OLEMAR** Alves de Lima, como se verifica do

depoimento desse Tenente prestado em Juízo (evento 8, doc. 44, fls. 02-03), *in verbis:*

> [...] Que o primeiro pregão que realizou foi justamente o nº 010/2012, cujo um dos itens era exatamente a aquisição de Ônibus, **que seu chefe na sessão de licitações era o acusado, que o acusado o acompanhou em todos os atos do pregão, até por conta de sua inexperiência**; que **na fase preliminar do pregão se apresentaram quatro empresas;** que todas as propostas destas apresentaram inconsistência; [...]; **que apresentada a documentação, não se constatou nenhuma irregularidade com relação à empresa Mascarello**; que chegou haver uma acareação entre ele, o depoente, e o acusado justamente a esse respeito; **que o acusado nunca disse ao depoente ter entrado em contato com a empresa Mascarello relatando algum tipo de problema; que o Sr. Ivan não compareceu à sessão de licitações para qualquer gestão decorrente de algum erro existente na proposta, até porque, como já ditou o depoente não havia qualquer erro na mesma**; [...]; que o depoente foi o pregoeiro efetivo, **mas recebeu muitas orientações do acusado para análise das propostas e da documentação das empresas, e mesmo sobre a condução do certame**, que desconhece qualquer contato entre o acusado e o representante da Mascarello; [...] - fls. 783. (Grifos nossos.)

Como se vê, **a pretexto de auxiliar o pregoeiro**, o acusado influiu diretamente em todas as fases da licitação, desde a confecção do edital até a habilitação do licitante proponente do lance vencedor (Mascarello).

Nesse diapasão, o pregoeiro Ten OLEMAR ainda deixou claro que *não foi constatada nenhuma irregularidade com relação à documentação apresentada pela empresa Mascarello, bem como que* ***o acusado nunca disse a ele que tinha entrado em contato com a empresa Mascarello para relatar algum tipo de problema, até porque o pregoeiro disse que não havia qualquer erro na proposta*** *feita pela empresa*.

É de se estranhar, então, por que o acusado não disse nada a respeito de erros ao pregoeiro; por outro lado, após receber a documentação para a habilitação da empresa Mascarello, o acusado envia uma mensagem ao representante dessa instituição licitante, dizendo que havia encontrado um erro, "favor me ligar" (evento 1, doc. 3, fls. 21-22, da APM).

Por oportuno, vale a pena registrar trecho do depoimento do pregoeiro Ten OLEMAR, ao afirmar categoricamente que não havia qualquer equívoco ou inconsistência na documentação apresentada para a habilitação da empresa MASCARELLO, como lance vencedor, *in litteris:*

> (...) **que apresentada a documentação, não se constatou nenhuma irregularidade com relação à empresa Mascarello**; (...) que o Sr. Ivan não compareceu à sessão de licitações para qualquer gestão decorrente de algum erro existente na proposta, **até porque, como já ditou o depoente não havia qualquer erro na mesma**; (...). (Grifos nossos.)

O fato é que, se havia algum erro no processo licitatório dessa empresa, então era para o acusado ter, no mínimo, comentado tais irregularidades com o próprio pregoeiro Ten OLEMAR, e não comentou. Afinal de contas, estavam juntos, à frente do procedimento licitatório.

Perguntado sobre esses fatos, **o acusado**, ao ser ouvido em Juízo, **não soube apontar qual seria a inconsistência** e, pior ainda, **tentou atribuir o erro nos registros ao próprio pregoeiro**, seu subordinado, Ten OLEMAR, conforme se observa a seguir, *in verbis*:

> (…) **que no curso do pregão chegou a mandar uma mensagem via telefone para o Sr. Ivan, que a mensagem tinha o seguinte teor 'achei um erro, favor me ligar', que não se recorda de cabeça qual era a inconsistência,** mas faltavam alguns itens; **que houve um registro feito pelo Tenente Olemar no pregão indicando inconsistências, que as quatro empresas que participaram do certame tiveram inconsistências, que especificamente no caso da Mascarello esse registro ficou no sistema por nove minutos e 57 segundos;** (...) (evento...). (Grifos nossos.)

Nesse trilhar, claro está que as provas dos autos apontam para o Oficial como sujeito ativo do crime de Concussão, notadamente **as mensagens privadas enviadas para esse representante comercial da empresa MASCARELLO**.

Embora a proposta da empresa Mascarello, realizada às 10h27min do dia 20/11/2012, **tenha conseguido se sair vencedora** da fase de lances sucessivos, **essa proposta permaneceu, estranhamente, com *status* de recusada** no período compreendido entre as 15h33min7seg e as 15h43min04seg da mesma data (fl. 3.586 do Apenso 19).

Como se observa, a versão apresentada pelo Cap. ALEJANDRO, ora acusado, de que a citada mensagem tinha por fim regularizar a documentação apresentada pela empresa vencedora do certame destoa da realidade fática e se mostra totalmente divorciada do acervo probatório constante dos autos.

Ora, era de se esperar que, em um procedimento licitatório destinado a celebrar um contrato tão vultoso, de mais de R$ 17.000.000,00 (dezessete milhões de reais), houvesse algum registro eletrônico de diálogos entre o pregoeiro e o proponente vencedor com vistas a sanar irregularidades. Contudo, não há, no bojo do procedimento administrativo, nenhuma comunicação oficial entre os envolvidos.

Pelo contrário, **o que se viu nos autos foram registros de encontros às escondidas em restaurantes e em cafés da cidade**, entre o acusado e o Sr. IVAN, **sem o conhecimento do próprio pregoeiro, nem do Exército do Brasileiro**, mesmo esse representante da empresa Mascarello tendo sugerido que o encontro ocorresse no interior da Unidade Militar.

Nesse sentido, destaca-se que o sistema em que é realizado o Pregão eletrônico (plataforma virtual "Comprasnet") dispõe de *chat* próprio, destinado para comunicação entre a Administração Pública e os licitantes. Nesse diapasão, a auditoria realizada pela 11ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças da Secretaria de Economia e Finanças do Exército, no Processo do Pregão nº 10/2012, verificou que "[...] não consta no chat (anexo) da ata, **o registro de mensagens**, entre o pregoeiro e as empresas, **que informasse a ocorrência das recusas**" (evento 1, doc. 20, fl. 8, da APM)

Certo é que houve o **contato privado** realizado pelo Oficial, ora apelante/apelado, visando, tão somente, ao comparecimento do Sr. IVAN DE PAIVA, representante comercial da empresa MASCARELLO, à OM, a fim de que aquele acusado reforçasse, pessoalmente, a exigência da vantagem indevida, já realizada anteriormente, como bem afirmou o nominado representante da empresa de ônibus, na condição de testemunha, *in verbis:*

> (...) que por intermédio de uma Tenente da Região Militar, que disse que o acusado iria falar com o depoente a respeito de uma aquisição de ônibus, **que ofereceu-se ir até o BGP para falar com ele**, **mas o acusado sugeriu que se encontrassem no restaurante Dom Durica**, que quando chegou ao local, o acusado estava sentado com mais dois rapazes em uma mesa nos fundos do restaurante, que esse encontro aconteceu por volta das 17:30, que os rapazes saíram logo em seguida à sua chegada, **que conversaram cerca de vinte minutos, que o acusado lhe falou a respeito de uma aquisição de ônibus, que o acusado acreditava que a Mascarello teria interesse, que o acusado disse estar pensando em receber 5% sobre o valor do contrato a ser celebrado;**
>
> (...) que o pregão ocorreu de forma eletrônica e foi feito, por parte da Mascarello, pela Sra. Camila Olivotto, **que após, a empresa Mascarello ter oferecido a melhor proposta, foi até o quartel entregar a documentação completa no original, que fez essa entrega ao acusado, que na sala da SALC o acusado, disfarçando com um livro, fez um sinal consistente encostar três dedos na mesa encobertado pelo livro antes referido, que no entender do depoente (Sr IVAN) aquilo era uma indicação de que o acusado pretendia receber uma propina**, que saiu da SALC e foi então que recebeu uma mensagem no seu celular, que a mensagem recebida dizia algo como 'Existe alguma coisa errada na proposta. Por favor me ligue.', **que o depoente não fez essa ligação,** mas **entrou em contato com o seu supervisor em São Paulo**; (...); (Grifos nossos.)

Dessa forma, resta claro que o intuito do Cap. ALEJANDRO era incutir, na testemunha IVAN DE PAIVA, a ideia de que a empresa MASCARELLO **somente venceria o certame se houvesse o pagamento da vantagem indevida por ele exigida, diretamente**, em razão do cargo que exercia e da função que estava à frente, incorrendo, claramente, desse modo, no crime de concussão, previsto no art. 305 do CPM.

Pelo visto, o acervo probatório coligido aos autos não deixa dúvidas sobre os fatos narrados na Denúncia, a exemplo dos depoimentos das testemunhas ministeriais: **Ivan de Paiva** (evento 8, doc. 43, fls. 15-17), do **Cap Márcio Rafael Fonseca da Cunha** (evento 8, doc. 43, fls. 18-19) e **Ten Olemar Alves de Lima** (fls. evento 8, doc. 44, fls. 2-3), bem como os de **Camila Olivotto** (mídia juntada aos autos físicos, conforme evento 8, doc. 50, fls. 3-4), assistente administrativa da empresa Mascarello; **Antonio Jacel Duzanowski**, diretor da referida empresa (mídia juntada aos autos físicos, conforme evento 8, doc. 50, fls. 48-50); e **Antonio Carlos Capecce**, gerente comercial (evento 8, doc. 49, fls. 8-10), as quais apresentaram informações bastante convergentes, notadamente, a versão apresentada pelo Sr. IVAN DE PAIVA, todas uníssonas em apontar para exigência de vantagem indevida feita pelo Cap ALEJANDRO à empresa Mascarello por intermédio de seu representante comercial.

Não se pode perder de vista, ainda, que crimes como o de concussão, em regra, costumam ser praticados às ocultas, a fim de não deixar rastros, muitas vezes havendo a exigência da vantagem indevida de maneira dissimulada ou disfarçada, como ocorreu no caso dos autos, justamente para dificultar a persecução penal.

Por isso, em situações como essa *in tela*, deve-se dar especial valor à palavra da vítima, ainda mais quando é corroborada pela prova testemunhal produzida em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, esclarece o professor Luiz Regis Prado, *in litteris*:

> [...] A propósito não é outra a lição de quem 'nem sempre o oficial se dirige a face descoberta contra o particular, dizendo-lhe: dá-me com ou te coloco na prisão, ou: dá-me cem ou te condeno. Essas maneiras são muito grosseiras e, por isso mesmo, são mais raras. **O empregado venal não pede, mas faz compreender que receberia: não ameaça, mas faz nascer o temor de seu poder. Então o particular (tenha ou não motivos justos para temer) compreende e teme, e oferta o dinheiro. (in *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 114).** (Grifos nossos.)

Em caso semelhante, esta Egrégia Corte castrense adotou o mesmo entendimento, *in verbis*:

> (…) **Em geral, as tratativas e a prática ilícita ocorrem** sub-repticiamente, ou seja, **na clandestinidade, conquanto proporcionem (sic) a sensação de camuflagem das articulações alusivas à concepção do ato, com o desiderato de dificultar o seu desvelo e de assegurar a impunidade.** (…) Desse aspecto, exsurge a importância da prova indiciária em crimes de corrupção ativa e passiva, mormente diante de vívido mosaico fático, constituído por arcabouço instrutório seguro. Diante de tal contexto, o juízo de culpa dos agentes torna-se impositivo e proporcional, à luz do princípio do livre convencimento motivado, notadamente quando inexistem contra indícios relevantes (...).

> **(STM, Apelação nº 7001188-52.2019.7.00.0000, Relator para o Acórdão Ministro Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Julgamento em 21/5/2020)**. (Grifos nossos.)

Da mesma forma, destacou a PGJM, em anterior parecer apresentado pelo Dr. ROBERTO COUTINHO (arquivo 72-PARECER do evento 1 da Apelação nº 0000040-78.2013.7.11.0211/BR), *in verbis*:

> (…) **Embora somente a vítima tenha presenciado o gesto dissimulado do autor da Concussão, a declaração daquela é harmônica com as demais provas dos autos. Afinal, qual seria o interesse do sujeito passivo secundário em fazer tal imputação se, inclusive, a Empresa a qual pertence ganhou a licitação?**
>
> E mais: por que o Apelante/Apelado forçou encontros fora do Quartel? **A justificativa de que foi pedir orientação de como realizaria o Pregão chega a ser esdrúxula,** uma vez que o próprio condenado afirmou, ao tentar convencer o Sr. IVAN, **que tinha muita experiência naquela modalidade de licitação** (...). (Grifos nossos.)

E, com o fim de afastar quaisquer dúvidas sobre a autoria e a materialidade do crime praticado pelo referido Oficial, vale a pena registrar trecho do voto vencido do Juiz Federal da JMU, que, de forma detalhada, analisou os fatos, *in verbis:*

> (…) No caso em tela, é evidente que a prova direta, testemunhal, encontra respaldo também na prova indiciária, por exemplo, encontros marcados fora da OM e a mensagem de celular, fatos admitidos pelo acusado.
>
> Quanto à prova indiciária, esta merece destaque, diante da riqueza de elementos, consoante aduzido pelo MPM em alegações escritas (evento 161):
>
> > A - **A prova testemunhal, tomada sobre compromisso, o Sr IVAN confirma a ocorrência da exigência**. Apesar de o acusado alegar que a denúncia não é verdadeira a prova testemunhal colhida em Juízo **demonstra que ele exigiu, para si, diretamente, por duas vezes**, **vantagem indevida** consistente no pagamento de valores, **primeiramente** 5% **e depois** 3% do **valor do contrato**. Nas duas vezes o representante da empresa recebeu orientação de seus superiores sobre como administrar a situação; o Ten OLEMAR afirmou que o Acusado esteve **à frente do Pregão todo o tempo**, e **que não havia nenhuma Inconsistência na proposta da MASCARELLO**;
> >
> > B - **A mensagem gravada à fl. 21 é um elemento de prova indiciária** de que, de fato, o Acusado, após a entrega dos documentos de habilitação, estava "buscando um erro" para renovar a exigência da '"propina"; simboliza também, a situação de superioridade do preposto da administração no que concerne o licitante;

> C - **A efetiva desclassificação da MASCARELLO, por dez minutos, após a exigência da propina na SALC, seguida do silêncio do Sr. IVAN**, é um elemento de prova indiciária, pois demonstra que o ACUSADO agiu para cumprir o seu intento de desclassificar a MASCARELLO se não recebesse o que pedira, ainda mais por que a desclassificação não foi objeto de conversa no chat do pregão, o que foge ao padrão de comportamento dos pregoeiros;
>
> D - **O fato de ter procurado o Sr IVAN, representante de uma empresa que poderia se habilitar no certame, ainda não publicado, é prova indiciária**. O Acusado não explica por que motivo procurou somente uma empresa para o ato "negocial" quando outras quatro empresas participaram da licitação. Ao justificar sua conduta dizendo que procurava informações a respeito de requisitos editalícios, termos de referência para o edital, fora do ambiente de trabalho, o Acusado confessa atos de improbidade que ferem os princípios da legalidade (contraria o previsto no art. 9º inciso I, do Decreto n° 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e expressamente estabelece que o Termo de Referência será elaborado pelo "órgão requisitante") da impessoalidade, da moralidade e da publicidade dos contratos da administração pública;
>
> E - **Os encontros no DOM DURICA e no FRANZ CAFÉ, são prova indiciária** do intento do Acusado;
>
> F - **O interrogatório do Acusado também faz prova contra ele**. Ao tentar justificar o encontro, o Acusado o define como "ato negocial", quando não poderia haver qualquer tipo de "negócio" privado entre ele e a MASCARELLO, pretensa participante de uma licitação que tem por norte o interesse público! (Grifos nossos.)

Quanto à mensagem enviada pelo réu, **citada no ponto "B" acima transcrito, essa continha o seguinte teor: "Achei um erro, favor me ligar"** (evento 8, doc. 3, fls. 21/22). Ora, não é segredo para ninguém que, em sede de licitação, **os erros em propostas devem ser tratados pelos mecanismos formais**, com a maior transparência possível, até para evitar futuras nulidades do certame, e não por meio de contato privado com o licitante, o que demonstra a existência de uma ameaça velada.

Por todo o exposto, não restam dúvidas sobre a existência do fato criminoso e de sua autoria, já que o acervo probatório é farto o suficiente para comprovar a responsabilidade penal do citado Oficial, que, no exercício da função pública de Chefe do Setor de Licitações do Batalhão da Guarda Presidencial (BGP), **exigiu**, para si, diretamente, **por duas vezes**, vantagem indevida consistente no pagamento de 5% (cinco por cento) e depois 3% (três por cento) do vultoso valor do contrato. Contrato esse que, aliás, viria a

ser celebrado com essa empresa vencedora do certame, destinado à aquisição de dezenas de ônibus pelo Exército Brasileiro.

Assim, **considerando-se** que o contexto fático-jurídico destes autos permaneceu o mesmo já analisado anteriormente por esta Corte Castrense, visto que o **reinterrogatório** do Capitão R/2 ALEJANDRO em nada alterou esse panorama, **voto no sentido de dar provimento à Apelação ministerial**, a fim de se condenar este Oficial como incurso no crime militar de concussão, previsto no art. 305 do CPM.

II) APELAÇÃO DO CAP R/2 AMABLE ALEJANDRO TRAVIESA ZARAGOZA NETO

A Defesa constituída do Oficial, em seu Apelo, requereu a reforma do fundamento pelo qual a sentença absolveu seu assistido, qual seja, **da alínea "e" ("não existir prova suficiente para a condenação")** para as **alíneas "b" ("não constituir o fato infração penal") ou "a" ("estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência") do art. 439 do CPPM**, a fim de afastar qualquer possibilidade de responsabilidade civil do apelante/apelado (evento 1, doc. 4).

Para tanto, a Defesa alega a ausência de evidências que demonstrem que o Oficial teria "exigido" vantagem indevida, o que caracterizaria a atipicidade da conduta, já que o núcleo do tipo do delito de concussão ("exigir") não estaria presente.

Também argumenta a defesa que não há provas para a condenação de seu assistido, uma vez que a acusação estaria baseada exclusivamente no depoimento da testemunha IVAN DE PAIVA, que apresentou diferenças entre a primeira e a segunda oitivas, e que as mensagens telefônicas arroladas como prova não podem ser consideradas, já que não houve qualquer perícia no celular, mas, tão somente, a juntada da foto de uma tela, o que impossibilitaria a verificação da "higidez da cadeia de custódia".

Por sua vez, o MPM, em contrarrazões, pugna pelo não provimento do recurso defensivo e pela condenação do Oficial por ter incorrido no crime de concussão (art. 305 do CPM), reiterando os argumentos trazidos em seu Apelo (evento 1, doc. 5).

No entanto, não assiste razão à Defesa.

Como bem analisado no Apelo ministerial, ao contrário do que afirmou a Defesa, não restam dúvidas sobre a existência do fato criminoso e de sua autoria, já que o acervo probatório é farto o suficiente para comprovar a responsabilidade penal do acusado, que, no exercício da função pública de Chefe do Setor de Licitações do BGP, exigiu, para si, diretamente, por duas vezes, vantagem indevida da empresa vencedora do certame, destinado à aquisição de 65 (sessenta e cinco) ônibus pelo Exército Brasileiro.

Assim, verificada a existência da infração penal e a comprovação da exigência de vantagem indevida por parte do Oficial acusado, como já exaustivamente enfrentado no Recurso do MPM, razão não assiste à Defesa nesse ponto.

Igualmente, não encontra amparo, nos autos, a tese defensiva de ausência de provas para condenação, já que, segundo a Defesa, a acusação estaria baseada exclusivamente no depoimento da testemunha IVAN DE PAIVA e que as mensagens telefônicas não podem ser consideradas como prova, em virtude da ausência de perícia no celular, o que impossibilitaria a verificação da "higidez da cadeia de custódia".

Data venia novamente. Como já analisado alhures, verificou-se que os demais elementos de prova carreados aos autos corroboraram a versão apresentada pela testemunha, Sr. IVAN DE PAIVA, que, de maneira inconteste, demonstrou a responsabilidade penal do Oficial.

Aliás, o próprio Oficial confirmou que realmente se encontrou, por duas vezes, fora das dependências da Unidade Militar com essa testemunha, embora tenha sustentado – sem sucesso – que tais encontros eram para buscar auxílio no procedimento licitatório vindouro, e não para exigir propina.

Nesse sentido, bem esclareceu a PGJM, em novo parecer ofertado nos autos desta Apelação (evento 7), *in verbis:*

> (…) Efetivamente, ao nosso viso, **o conjunto do suporte probatório é suficiente para embasar uma condenação pela prática do delito do art. 305 do CPM, até mesmo porque os indícios podem - perfeitamente - conduzir a uma condenação, desde que preencham os requisitos legais.** É curial que a prova também pode ser indireta ou indiciária. Logo, desde que digam respeito ao fato *sub examine*, os indícios, também chamados 'quase-prova', transformam-se em verdadeira prova, quando satisfazem aos requisitos de multiplicidade, convergência e verossimilhança. Em tal caso podem lastrear uma condenação. É, ao nosso sentir, exatamente o caso dos autos.
>
> **Até porque é inerente a certos tipos de crime, notadamente os de corrupção e concussão, ser a conduta praticada à sorrelfa, à socapa, longe dos olhares de terceiros que a possam testemunhar. Nestes casos, como bem se sabe, a palavra da vítima (aqui considerada a pessoa que foi extorquida), notadamente quando em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, ou seja, quando congruente com o conjunto probatório, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime, ainda mais quando, como no caso dos autos, se apresenta firme e coerente e não há qualquer indicativo de que a testemunha tivesse qualquer motivo para realizar uma falsa imputação contra o Réu**. (…). (Grifos nossos.)

Igualmente, mostra-se despicienda a realização de perícia no celular da testemunha, **uma vez que a juntada aos autos do "print" da tela do referido**

aparelho telefônico, com o teor da mensagem enviada pelo acusado para o representante comercial da empresa de ônibus, **apenas confirmou a versão apresentada pela testemunha Sr. IVAN DE PAIVA**.

Além disso, os demais elementos de prova confirmam a versão apresentada pelo Sr. IVAN DE PAIVA e, considerando que a prática de crimes, como o de concussão, é realizada sorrateiramente, com a finalidade de não deixar rastros, deve-se dar especial valor à palavra da vítima, ainda mais quando essa palavra encontra-se em harmonia com as outras provas produzidas, como no caso dos autos.

Foi nesse sentido que esclareceram as seguintes testemunhas:

- CAMILA OLIVOTTO (mídia digital juntada aos autos físicos, conforme evento 8, doc. 50, fls. 3-4), a qual afirmou que:

> (...) Participou da parte eletrônica como representante da Mascarello nos lances. Não se lembra de ter trocado mensagens com o pregoeiro. Não se recorda de haver recusa durante o Pregão da proposta da Mascarello. Nega que o Sr. Ivan tenha entrado em contato com o licitante sobre alguma inconsistência da proposta da Mascarello durante a licitação; **afirmou que o Sr. Ivan comentou com a depoente sobre o militar que teria exigido propina como condição de aceite para a proposta da Mascarello e aquisição dos ônibus da empresa; que o Sr. Ivan não comentou com a testemunha que o militar teria identificado uma inconsistência na proposta da Mascarello; que foi aceita a proposta enviada; que o Sr. Ivan comentou que no dia da entrega dos documentos da habilitação e antes de ocorrer o pregão o Alejandro o encontrou fora do horário de expediente para exigir a propina; a exigência da propina foi comunicada ao diretor Antonino Jacel, que a empresa recusou a propina.** (Grifos nossos.)

- ANTONINO JACEL DUZANOWSKI (mídia juntada aos autos físicos, conforme evento 8, doc. 50, fls. 48-50), que informou:

> (...) Que não conhece o capitão Alejandro, que ganhou o Pregão e na ocasião de apresentação dos documentos, **o Sr. Ivan contou à testemunha que havia a necessidade de fazer um acordo; que a exigência ocorreu uma vez à época da licitação; foi informado disso depois da licitação, quando da entrega dos documentos para a habilitação; a exigência foi feita explicitamente; foi informado pelo telefone que chamaram o Sr. Ivan num café para exigir a propina**; não tem conhecimento sobre qualquer insuficiência de dados, pois sabe que tem que cumprir a habilitação, caso contrário é desabilitado; que comentou que tinha um casamento e o Senador Roberto Requião estava presente; que comentou com o senador e ele comentou em Brasília e isso ensejou uma represália muito forte em cima da Mascarello; **que falou que não tem negociação para esse tipo de coisa,** pois não é conduta da empresa; que formalmente a

> empresa não fez nada; que não o fez porque não tem provas, é uma palavra contra a outra, que é complicado; **que o Sr. Ivan é de confiança e que não há nada que desabone sua conduta**. (Grifos nossos.)

Dessa forma, considerando-se o acolhimento das teses do MPM e o provimento desse recurso ministerial, torna-se forçoso negar provimento a**o apelo defensivo, por óbvio,** consistente **no pedido de alteração** do fundamento da sentença absolutória, **da alínea "e"** ("não existir prova suficiente para a condenação") **para as alíneas "b"** ("não constituir o fato infração penal") **ou "a"** ("estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência") do art. 439 do CPPM.

Assim, diante do provimento do Apelo ministerial para reformar o decreto absolutório, passo à dosimetria da pena.

Contudo, antes de adentrar as fases da dosimetria, propriamente dita, é importante esclarecer que a reprimenda a ser fixada *in tela* não poderá ultrapassar o *quantum* de 3 (três) anos de reclusão, **fixado no Acórdão anterior, lavrado na Apelação nº 0000040-78.2013.7.11.0211/BR, que foi anulado** por decisão do Supremo Tribunal Federal, em razão do princípio da *non reformatio in pejus* indireta, como bem assentando pela Jurisprudência, *in verbis*:

> (...) O Superior Tribunal de Justiça, ao prover o recurso especial do Ministério Público para cassar a decisão que absolveu sumariamente a paciente e condená-la desde logo, determinando o retorno dos autos "ao Tribunal *a quo* para a fixação da dosimetria da pena", violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF). 2. A proibição da *reformatio in pejus*, princípio imanente ao processo penal, aplica-se ao habeas corpus, cujo manejo jamais poderá agravar a situação jurídica daquele a quem busca, exatamente, favorecer. (HC nº 121.907/AM, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 28/10/14). **3. Anulada, em habeas corpus, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que condenou a paciente, a pena concretamente fixada não mais poderá ser agravada, razão por que passa a constituir o referencial para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva.** 4. Ordem de habeas corpus concedida para cassar o acórdão que proveu o recurso especial e julgar extinta a punibilidade da paciente, pela prescrição da pretensão punitiva. **(STF, HC nº 126.869, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgamento em 23/6/2015).** (Grifos nossos.)

No mesmo sentido, já decidiu este Superior Tribunal Militar, *in verbis*:

> MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MPM. CONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. **O Impetrante pretendia a reforma da Decisão desta Corte Castrense que, à unanimidade, anulou o processo a que respondeu o Réu, como incurso no art. 187 do CPM, a partir da nomeação do Defensor Dativo, e declarou a prescrição da pretensão punitiva pela pena *in concreto*, em face do**

> **princípio da *non reformatio in pejus* indireta.** (...). 5. No entender desta Corte, o Réu não exerceu devidamente seu direito de defesa, pois, apesar de condenado, sequer teve apelo interposto em seu favor. **Aplicação, na hipótese do princípio da *non reformatio in pejus* indireta, que afasta o agravamento da situação do Réu, em observância aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. 6. O referido princípio estatui a proibição da reforma para pior, quando houver recurso exclusivo da defesa, em sentido amplo, abrangendo qualquer modificação da decisão guerreada que, eventualmente, cause novo gravame ao recorrente ou aumente o que lhe fora anteriormente imposto.** 7. Inexiste ilegalidade na Decisão que, fundamentadamente, reconhece a vedação da *reformatio in pejus* da forma indireta, como no caso dos autos. Precedentes do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal Militar. (...). Decisão Unânime. (**STM**, **Mandado de Segurança nº 0000156-05.2017.7.00.0000. Relator Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, Julgamento em 23/11/2017).** (Grifos nossos.)

Destarte, considerando que o preceito secundário do art. 305 do CPM prevê, pela sua prática, a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação da reprimenda deve partir do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão.

Na primeira fase da dosimetria da pena, ao sopesar as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM, observa-se que não há nos autos elementos desabonadores da personalidade do réu, sendo inerentes à conduta criminosa dele as circunstâncias atinentes à extensão do dano, aos meios empregados, ao modo de execução, aos motivos determinantes e às circunstâncias de tempo e de lugar.

Todavia, observa-se que o grau do dolo do acusado ultrapassou o que normalmente ocorre nos delitos de concussão, primeiro porque não se trata de soldado raso ou de graduado, e sim de um Oficial das Forças Armadas e, segundo, porque esse militar, mesmo após ter sua exigência de vantagem indevida rechaçada pelo representante da empresa MASCARELLO, insistiu no pagamento ilícito de determinado valor, o que demonstra uma maior gravidade e reprovabilidade de sua conduta.

Sobre a análise do dolo na valoração das circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM, cumpre ressaltar que esse Diploma Legal, ainda guiado pela Teoria Causalista, **mantém a intensidade do dolo e o grau de culpa como critérios a serem levados em conta na individualização da pena**. Assim, deverá o magistrado observar o modo como se externou o elemento subjetivo do tipo para se aferir o grau de censurabilidade da conduta desse Oficial transgressor.

Nesse sentido, a respeito da culpabilidade como limite da pena, ensina o ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

> Na verdade, **impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada**, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. **O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal - na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação - pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.** (in *Tratado de Direito Penal* - Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 776). (Grifos nossos.)

Dessa forma, considerando-se a insistência do acusado para o êxito da empreitada criminosa, observa-se um maior desvalor em sua conduta, apto a justificar a majoração da reprimenda acima do mínimo legal em 1 (um) ano. Assim, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Ausentes atenuantes e agravantes, mantenho a pena intermediária em 3 (três) anos.

Por fim, não se mostram presentes causas de aumento ou de diminuição de pena, razão pela qual se torna definitiva a pena de 3 (três) anos de reclusão.

Com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal Brasileiro, estabeleço o regime aberto para o início do cumprimento da pena. Defere-se, ainda, o direito de recorrer em liberdade.

Negado o benefício do *sursis*, haja vista o *quantum* da pena cominada ao acusado ser superior a 2 (dois) anos, conforme dispõe o art. 84 do CPM.

Ante o exposto, **voto no sentido de negar provimento ao recurso defensivo e de dar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar**, para, reformando-se a Sentença absolutória recorrida, condenar o acusado à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no crime de concussão, previsto no art. 305 do CPM, a ser cumprida, inicialmente, no regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, c/c os arts. 110 e 111 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), assegurando-se, ainda, o direito de recorrer em liberdade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em não conhecer da preliminar de nulidade arguida pela Defesa. E, no mérito, **por maioria**, em negar provimento ao apelo defensivo; e, **por maioria**, em dar provimento ao apelo do Ministério Público Militar, para, reformando-se a sentença absolutória

recorrida, condenar o acusado à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no crime de Concussão, previsto no art. 305 do CPM, a ser cumprida, inicialmente, no regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, c/c os arts. 110 e 111 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), assegurando-se, ainda, o direito de recorrer em liberdade.

Brasília, 26 de outubro de 2022 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Apelação Nº 7000026-51.2021.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, por divergir da douta maioria, no mérito, votei conhecendo e negando provimento aos apelos do Ministério Público Militar e da Defesa, para manter inalterada a r. Sentença absolutória, por seus próprios e jurídicos fundamentos, pelas razões que passo a expor.

2. Inicialmente, analiso o recurso interposto pelo Ministério Público Militar.

3. Segundo o órgão acusatório, a r. Sentença deveria ser reformada para que o apelante/apelado fosse condenado pelo crime previsto no art. 305 do CPM (concussão), uma vez que as provas dos autos seriam suficientes para embasar o decreto condenatório.

4. Não assiste razão ao MPM.

5. O tipo penal do art. 305 do CPM situa-se dentre os crimes contra a Administração Militar e pune a conduta do servidor público que exige, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida em razão da função, até mesmo antes de assumi-la.

6. O núcleo do tipo penal é exigir, ou seja, obrigar, intimar, impor ao sujeito passivo a concessão de vantagem indevida. Assim, pressupõe-se um ato de **imposição** por parte do funcionário, que é atendido pelo ofendido por temor de sofrer algum tipo de represália.

7. No caso em tela, a autoria e a materialidade delitivas **não** foram suficientemente comprovadas por meio das provas relacionadas durante a instrução probatória. Conforme se verifica, a r. Denúncia baseia-se essencialmente no depoimento do Sr. Ivan de Paiva, representante da empresa Mascarello, que afirma que o apelante/apelado lhe procurou com o objetivo de receber vantagem indevida para influir no processo licitatório, além dos depoimentos de Camila Olivotto, Antonio Jacel Duzanowski e Antonio Carlos Capecce, que estão fundamentados unicamente nos dizeres do Sr. Ivan.

8. Somam-se a isso as diversas contradições, que não foram comprovadas, entre o depoimento do Sr. Ivan e o do apelante/apelado. Inicialmente, no que se refere aos encontros ocorridos nos restaurantes "Don Durica" e "Fran's Café", a testemunha Sr. Ivan alega que:

> (...); que por intermédio de uma Tenente da Região Militar, que disse que o acusado iria falar com o depoente a respeito de uma aquisição de ônibus, que ofereceu-se ir até o BGP para falar com ele, mas **o acusado sugeriu que se encontrassem no restaurante Dom Durica**, que quando chegou ao local, o acusado estava sentado com mais dois rapazes em uma mesa nos fundos do restaurante, que esse encontro aconteceu por volta das 17:30, que os rapazes saíram logo em seguida à sua chegada, que conversaram cerca de vinte minutos, que o acusado lhe falou a respeito de uma aquisição de ônibus, que o acusado acreditava que a Mascarello teria interesse, **que o acusado disse estar pensando em receber 5% sobre o valor do contrato a ser celebrado, que em outra oportunidade foi contatado por telefone pelo acusado convidando-o a se encontrarem no Fran's Café**, que fica no Sudoeste, que se encontraram depois das 19:00, que o acusado estava acompanhado de mais uma ou duas pessoas, que pelo menos uma dessas também seria militar, que o acusado e esse outro militar disseram que teriam feito curso de pregoeiro, promovido pelo Exército (...) (Evento 8, doc. 43, fls. 15/17, da mesma APM.) (Grifos nossos.)

9. Em sentido oposto, por sua vez, o apelante/apelado sustenta que o primeiro encontro, no restaurante "Dom Durica", **não aconteceu na OM justamente porque o Sr. Ivan se disse impossibilitado e pediu que o apelante/apelado fosse até o restaurante em que estaria**. E, o segundo, deu-se no "Fran's Café" porque o apelante/apelado já tinha um compromisso naquele local e o Sr. Ivan insistiu para falar com ele e se deslocou até lá para lhe encontrar (Evento 119, APM nº 40-78.2013.7.11.0211). Inclusive, o apelante/apelado estava na companhia do Capitão Márcio Cunha, que, em depoimento, confirmou que já teria sido convidado previamente pelo apelante/apelado para ir ao "Fran's Café" e que o Sr. Ivan teria chegado àquele local quando os dois já estavam e permanecido por apenas cinco minutos e que não se recorda de se falar em licitação (Evento 8, doc. 43, fls. 18/189, mesma APM).

10. Ademais, o apelante/apelado esclarece que esse primeiro contato no restaurante "Dom Durica" **não** tem qualquer relação com os eventos da licitação. Afirma que muitos meses após esse primeiro fato, o BGP ainda não tinha recebido o recurso para a compra dos ônibus, mesmo permanecendo a necessidade do Batalhão e, quando o BGP estava preparando licitação para a compra de material permanente de uso comum, nas vésperas de sua publicação, o Coronel Montenegro determinou que se incluíssem itens relacionados à aquisição de viaturas, que seriam veículos de representação para Oficiais-Generais e ônibus especiais adaptados à banda de música. Alega, ainda, que ponderou com o Coronel em relação à complexidade dos itens a

serem inseridos, e aquele ficou de pensar sobre a questão. No dia seguinte, o Fiscal Administrativo, Major Queiroz, disse que o Comandante havia mantido a ordem de incluir os veículos na licitação.

11. Diante da manutenção da ordem pelo Comandante, visando buscar auxílio do COLOG, o apelante/apelado foi recebido, em nome do Cel Montenegro, no QG do Exército, pelo Coronel Duisite Brito e pediu que fosse disponibilizado alguém que pudesse ajudar na discrição daquele item, momento em que ele afirmou que a DMAT (que seria o órgão competente) não tinha pessoa disponível, motivo pelo qual foi solicitado ao BGP que conduzisse o processo (Evento 119, vídeo 4, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

12. Visando cumprir a missão que lhe fora dada, o apelante/apelado resolve realizar uma busca na internet, mas não encontra solução. Em seguida, entra em contato com o Sr. Ivan (segundo contato), momento em que eles marcam uma reunião no BGP para que o Sr. Ivan esclarecesse algumas dúvidas sobre os ônibus, diante da complexidade do item, da falta de pessoa especializada e do tempo exíguo (Evento 119, vídeo 5, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

13. Como o Sr. Ivan não comparece à reunião, ele entra em contato com o apelante/apelado para se desculpar, se coloca à disposição para ajudá-lo e insiste para ir ao local em que ele estaria, que seria o restaurante "Fran's Café" (Evento 119, vídeo 5, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

14. Portanto, a partir da dinâmica dos fatos narrada pelo apelante/apelado, verificam-se muitas divergências com o descrito pelo Sr. Ivan. Somam-se a isso as razões e argumentos apresentados por ele para justificar todos os seus atos, o que impede a elaboração de um juízo de certeza apto a embasar o decreto condenatório.

15. Ademais, é possível encontrar diversas contradições entre os depoimentos prestados pelo Sr. Ivan durante a fase investigativa e em Juízo, como, por exemplo, em sua inquirição ter afirmado que o apelante/apelado teria questionado quanto a empresa lhe pagaria caso o Exército adquirisse seus ônibus (Evento 8, doc. 3, fls. 19/20, APM nº 40-78.2013.7.11.0211), enquanto, em Juízo, alegou que o apelante/apelado teria mencionado a quantia de 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato a ser acertado (Evento 8, doc. 43, fls. 15/17, da mesma APM).

16. Outra situação que merece destaque e que, mais uma vez, não pode ser comprovada, refere-se ao dia em que o Sr. Ivan foi ao BGP entregar a documentação ao apelante/apelado e alega que "na sala da SALC o acusado, disfarçando com um livro, fez um sinal consistente encostar três dedos na mesa, encobertado pelo livro antes referido, que no entender do depoente aquilo era uma indicação de que o acusado pretendia receber uma propina".

17. O apelante/apelado confirma ter recebido o Sr. Ivan juntamente com o Tenente Olemar, oportunidade em que ele apenas entregou o

documento e foi embora. Após, juntos, conferiram a documentação, e o Tenente Olemar, ao constatar uma insuficiência na documentação, entendeu que seria necessário entrar em contato com a empresa. É importante ressaltar que, em relação à licitação dos ônibus, as empresas participaram mesmo havendo "insuficiência" nos documentos, que seriam sanadas posteriormente, conforme determinação do próprio Cel Montenegro (Evento 119, vídeos 3 e 6, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

18. Em razão disso, visando sanar os vícios, o apelante/apelado realizou uma ligação, por meio do telefone funcional, duas vezes para a empresa do Sr. Ivan, sem sucesso, e, considerando que o prazo para entrega dos documentos era de apenas 48 horas, enviou, novamente do **celular funcional**, uma mensagem a ele com os dizeres: "Achei um erro, favor me liga". O Sr. Ivan entra em contato e ele explica quais seriam os documentos a serem entregues (Evento 119, vídeo 6, APM nº 40-78.2013.7.11.0211).

19. Ressalta-se, neste ponto, que o próprio Edital permitia expressamente que o pregoeiro procedesse a diligências complementares, o que, a meu sentir, foi o que foi realizado pelo ora apelante/apelado a fim de sanar eventuais erros e dar continuidade ao processo licitatório.

20. Assim, a partir da análise dos autos, verifico diversas inconsistências nos depoimentos e provas juntadas, não sendo possível, a partir delas, concluir que o delito de concussão se adequa ao presente caso, por não refletir a necessária tipicidade. De fato, verifica-se que as elementares condizentes com a exigência não ficaram devidamente comprovadas, impossibilitando a condenação do apelante/apelado.

21. Passo agora à análise do recurso defensivo.

22. A Defesa, em seu apelo, requereu a reforma da Sentença *a quo* para que seja reconhecida a absolvição do apelante/apelado com fulcro nas alíneas "b" ("não constituir o fato infração penal") ou "a" ("estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência") do art. 439 do CPPM, ao invés da alínea "e", como consta da r. Sentença.

23. Também não assiste razão à Defesa.

24. Embora a Defesa sustente que a atipicidade da conduta estaria caracterizada diante da inexistência de qualquer evidência que demonstrasse que o apelante/apelado teria "exigido" vantagem indevida, não é possível descartar, com juízo de certeza que a alteração da r. Sentença necessita, que não houve qualquer tipo de exigência por parte do apelante/apelado.

25. E, justamente diante da incerteza, também não se mostra possível reconhecer a alínea "a" do art. 439 do CPPM como fundamento para a absolvição do apelante/apelado, como pretende a Defesa. Não se pode reconhecer a inexistência do fato diante dos contatos mantidos entre o apelante/apelado e o Sr. Ivan.

26. Nesse esteio, em razão das provas dos autos, não foi possível comprovar a inexistência do crime ou a atipicidade da conduta, como pleiteia a Defesa.

27. Assim, no caso em tela, percebe-se que não procedem as teses do Ministério Público Militar, tampouco a tese do Apelo defensivo para que seja alterada a fundamentação legal da absolvição da alínea "e" para a alínea "b" do art. 439 do CPM. Isso porque os autos não ministram a existência de indícios veementes para a condenação, o que permitiria a invocação dos arts. 382 e 383 do CPPM. Ou seja, atuou com acerto o Conselho julgador quando absolveu o apelante/apelado por insuficiência de provas, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*.

28. Esse é o entendimento deste STM, conforme se verifica no seguinte precedente:

> EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. FRAUDE EM PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO ELETRÔNICO. FORNECIMENTO DE MATERIAIS MÉDICO-HOSPITALARES DIVERSOS DO LICITADO. **PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA OU DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. REJEIÇÃO POR UNANIMIDADE.** MÉRITO. INCIDÊNCIA DO ART. 96, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93, EM DETRIMENTO DO ART. 339 DO CPM. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS EDITALÍCIAS. ENTREGA DE PRÓTESES ORTOPÉDICAS COM AS QUALIDADES E AS ESPECIFICAÇÕES EXIGIDAS NO TERMO DE REFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO EM FRAUDAR O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CRIMES SOCIETÁRIOS. FALTA DE ELEMENTOS APTOS A CONFIGURAR A ADESÃO VOLUNTÁRIA E CONSCIENTE DO SÓCIO AOS SUPOSTOS FATOS CRIMINOSOS. **APLICAÇÃO DO BROCARDO *IN DUBIO PRO REO*.** DESPROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL. DECISÃO UNÂNIME. **Cediço ser a Norma Processualista Castrense a legislação que rege os atos judiciais praticados neste Foro federal especializado e, somente em caso de omissão de disposições específicas, faculta-se a utilização de sistema diverso. A despeito do rito processual próprio da Justiça Militar não contemplar a figura da defesa prévia, certo é que assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a eles inerentes, consoante preconizado no texto constitucional. Preliminar de ausência de defesa prévia rejeitada por unanimidade**. Embora se admita a existência de um aparente conflito de normas entre a Lei Substantiva castrense e a Lei de Licitações, não há como descurar que o tipo penal descrito no art. 339 do CPM, ao dispor sobre fraude em procedimento administrativo "para aquisição ou venda de coisas ou mercadorias de uso das Forças Armadas", resolve a *quaestio* em favor da norma castrense, diante de sua maior especialidade. Consabido ser o edital a lei interna do certame licitatório, vinculando estritamente tanto a Administração quanto a empresa licitante. Não obstante, verificada a presença de normas claramente restritivas, as quais

> excluem indevidamente a livre concorrência, é plenamente válida a flexibilização do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, respeitando-se, obviamente, a ausência de prejuízos a serem suportados pela Fazenda Pública. Diante do pressuposto de que a fraude em procedimento licitatório tem como elemento subjetivo o dolo, ou seja, a vontade consciente e desembaraçada de, mediante fraude, obter vantagem patrimonial ilícita, não se pode falar em tal crime senão quando, além de comprovadamente caracterizadas as elementares objetivas do tipo, restar igualmente definida, com a mesma segurança, a via do *animus lucri faciendi causae*. **Daí exsurge a necessidade da mantença da sentença absolutória, com a aplicação do *brocardo in dubio pro reo*.** A simples qualidade de sócio administrador da empresa, por si só, não tem o condão de fazer presumir, mesmo que relativamente, a adesão aos supostos fatos delituosos, sob pena de configuração da responsabilidade penal objetiva. **Certo é que o Magistrado poderá valer-se de um Decreto condenatório quando tenha absoluta convicção da configuração de fato típico e antijurídico, bem como de sua autoria. Deixando a instrução probatória receio, desconfiança ou suspeições, impõe-se a absolvição por insuficiência de provas.** Desprovimento do Apelo ministerial. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. **APELAÇÃO N.º 7000011-82.2021.7.00.0000**. Relator(a): Ministro(a) MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA. Data de Julgamento: 26/05/2021, Data de Publicação: 07/06/2021.) (Grifos nossos.)

Por essas razões, no mérito, votei vencido conhecendo e negando provimento aos apelos do Ministério Público Militar e da Defesa, para manter inalterada a Sentença absolutória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 26 de outubro de 2022.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro-Relator

APELAÇÃO Nº 7000059-07.2022.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Apelante: João Vitor de Freitas Silva.
Advogado: Delcio Pauli Balardin Junior (OAB RS82367).

Apelado: Ministério Público Militar.

EMENTA

APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 206 DO CPM. CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS. IMPRUDÊNCIA. AFOGAMENTO. COLETE SALVA-VIDAS. AUSÊNCIA. NORMAS DE SEGURANÇA E DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES. VIOLAÇÃO. DEVER DE CUIDADO OBJETIVO. INOBSERVÂNCIA. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. RESULTADO PREVISÍVEL E EVITÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. MEDIDA JUSTA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL À GRAVIDADE DO DELITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

Incorre nas penas cominadas para o delito militar de homicídio culposo o militar que, na qualidade de instrutor do Curso de Formação de Cabos, comporta-se de modo inteiramente imprudente diante de seu dever objetivo de cuidado com a preservação da vida dos Soldados que participavam de instrução em meio aquático, sem uso de coletes salva-vidas, o que veio a acarretar o óbito, mediante afagomento, de um instruendo, em decorrência de franca violação das normas de segurança e de prevenção de acidentes apregoadas *intra muros*.

Demonstrado, à exaustão, o nexo causal existente entre a conduta do agente, ora recorente, a saber, incentivo e permissão para a vítima entrar, embora fatigado fisicamente e sem o uso de colete salva-vidas, na água do "Lago 1" do 3º BE Cmb, que estava gelada, e em local fundo, e o resultado naturalístico (óbito) vedado pela norma penal incriminadora do art. 206, *caput*, do CPM.

A materialidade é comprovada pelo exame de necrópsia efetuado no corpo da vítima, o qual aponta para a ocorrência de afogamento, o que foi corroborado pelos relatos testemunhais.

Sanção final aquilatada conforme critérios que guardam proporção não só com a gravidade do delito, mas também com as condições pessoais do infrator que, conforme frisado, não quis o resultado danoso, mas agiu com inegável e intolerável imprudência na condução da tropa ao final da instrução militar, vindo a acarretar o falecimento de um jovem companheiro de caserna.

Apelo defensivo desprovido, para manter *in totum* a sentença condenatória recorrida. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu conhecer e negar provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa do ex-3º Sgt Ex João Vitor de Freitas Silva, para manter irretocável a sentença condenatória recorrida.

Relator do Acórdão: Ministro Francisco Joseli Parente Camelo.

Votantes: Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias e Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 13/10/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela Defesa constituída do ex-3º Sargento do Exército Brasileiro **JOÃO VITOR** DE FREITAS SILVA, contra a sentença proferida, nos autos da Ação Penal Militar (APM) nº 7000040-49.2020.7.03.0303, pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 3ª Auditoria da 3ª CJM, em 6 de janeiro de 2022, que o condenou à pena de 1 (um) ano de detenção, como incurso no crime previsto no art. 206, *caput*, do CPM (homicídio culposo), assegurando-lhe o direito de apelar em liberdade, a detração penal e o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, fixando-se o regime inicialmente aberto, em caso de cumprimento de pena (evento 179 do APM).

Com suporte no Inquérito Policial Militar (IPM) nº 7000124-84.2019.7.03.0303, o representante do *Parquet* das Armas ofereceu denúncia nos seguintes termos:

> [...] No dia 23 de julho 2019, por volta das 15 horas e 20 minutos, no interior do 3º Batalhão de Engenharia de Combate (3º BE Cmb), após o término de uma instrução de montagem de portada leve que estava a seu cargo (evento 1, doc. 11, fls. 178-184), o 3º Sgt João Vitor de Freitas Silva permitiu e incentivou de forma imprudente que os militares instruendos do Curso de Formação de Cabo (CFC) adentrassem às águas frias do "Lago 1" daquela unidade, cônscio de que estavam fisicamente fadigados e sem acesso a coletes salva-vidas, o que acarretou a morte do Sd EP Antoni Terres Monteiro por asfixia mecânica/afogamento (evento 1, doc. 1, fl. 6 - parte, fls. 7-8 - B.O. nº 4462/2019/152210; doc. 4, fl. 65 - Certidão de Óbito; doc. 12, fls. 193-194 - Laudo Pericial - Necropsia; evento 25, doc. 44, fl. 22).

Segundo o apurado, no dia e local dos fatos, ocorriam atividades do Curso de Formação de Cabo (CFC) previstas no Quadro de Trabalho Semanal do 3º BE Cmb (evento 1, doc. 5, fls. 91-92), em que o 3º Sgt João Vitor de Freitas Silva figurava como instrutor. Em princípio, as atividades previstas nos planos de exercícios da 3ª Seção do 3º BE Cmb (evento 1, docs. 5-7, fls. 92-113), que envolviam a montagem de uma plataforma (ponto) sobre o "lago 1" (croqui e imagens - evento 1, doc. 17, fls. 313-318), foram executadas com a observância das normas de segurança vigentes, que previam a utilização de coletes salva-vidas por todos os militares envolvidos (evento 1, doc. 5, fls. 86- 87, 89-90; doc. 7, fls. 114-128; docs. 8 -10, fls. 129-138).

Contudo, ao final da instrução, após já terem os militares instruendos retirado, guardado e trancado em um "contêiner" os seus coletes salva-vidas (evento 1, doc. 14, fls. 262-265; evento 25, doc. 45, fls. 53-55), o 3º Sgt João Vitor, denunciado, que estava no comando da tropa (evento 1, doc. 11, fls. 178-184), posicionou-se à frente dos militares e disse-lhes "agora só falta uma coisa". Depois, retirou o seu "malvinão", gritou algo ao 2º Sgt Fabrício Vieira Barbosa, e, logo em seguida, empreendeu corrida até o final da plataforma montada, vindo a se atirar na água.

E sob o pretexto de realizar uma "comemoração" pelo fim da instrução, o 3º Sgt João Vitor, na sequência, já dentro do Lago 1, permitiu e incentivou os militares instruendos a adentrarem no "Lago 1", tendo gritado que quem soubesse nadar poderia entrar na água (evento 1, doc. 3, fls. 50-53, 57-59, 60- 62). Por consequência, cerca de doze militares, atendendo o chamado do denunciado, muitos dos quais tendo entendido que se tratava de uma solicitação imperativa, correram e se atiraram nas águas do "Lago 1", sendo que, além de cansados fisicamente (evento 25, doc. 44, fls. 41-42, 43-44, 45-46 e 47-48), nenhum deles portava colete salva-vidas e a água estava naturalmente gelada em razão do inverno na região (evento 1, doc. 14, fls. 259-261; evento 25, doc. 44, fls. 36-38).

Um desses militares, o Sd EP Antoni Terres Monteiro, que, em princípio, sabia nadar e gozava de boa saúde (ficha médica - evento 1, doc. 4, fls. 71-74), em dado momento disse estar sofrendo de câimbras que o impediam de continuar nadando até a margem do "Lago 1". Imediatamente, diversos militares tentaram ajudá-lo, dentre os quais o Sd Arthur Pacheco Alves (evento 1, doc. 3, fls. 50-53), contudo, em razão da ausência de recursos disponíveis de forma imediata, a ajuda não foi eficaz, tendo o Sd EP Terres, por não estar usando colete salva-vidas, submergido nas águas do "Lago 1" a cerca de quatorze metros (14 m) da margem mais próxima (croqui, evento 1, doc. 17, fl. 318), onde permaneceu de 20 a 25 minutos sob a água e acabou por sofrer afogamento (asfixia mecânica - doc. 4, fl. 65 - Certidão de Óbito; doc. 12, fls. 193-194 - Laudo Pericial - Necropsia; evento 25, doc. 44, fl. 22).

Consta, ainda, que, acionado o plano de emergência do aquartelamento, mergulhadores localizaram o Sd EP Terres no fundo do lago e o trouxeram para a margem já sem consciência e em parada

> cardiorrespiratória (PCR), onde foi imediatamente atendido pelo 2º Ten Med Fábio Zanella Giacomolli (evento 1, doc. 15, fls. 279-281), que tentou reanimá-lo com técnicas de reanimação cardiopulmonar (RCP) e oxigenioterapia. Na sequência, já na presença de bombeiros, o Sd EP Terres foi removido em ambulância para o Hospital de Caridade Beneficência de Cachoeira do Sul/RS, onde deu entrada por volta das 16 h 07 min, não tendo as manobras de ressuscitação surtido efeito (evento 12, doc. 29).
>
> Assim, o denunciado, com tal conduta, praticou o delito previsto no artigo 206, *caput* (homicídio culposo), da Lei Penal Castrense.
>
> Ante o exposto, o Ministério Público Militar denuncia JOÃO VITOR DE FREITAS SILVA como incurso no artigo 206, *caput*, do Código Penal Militar. [...]

A denúncia foi recebida em 23 de março de 2020, conforme revela a decisão lançada no evento 1, arq. 2, da Ação Penal Militar (APM) nº 7000040-49.2020.7.03.0303.

Os autos noticiam que o acusado foi licenciado das fileiras do Exército Brasileiro em 28 de fevereiro de 2020, conforme documento acostado ao evento 13 da APM.

A Sra. ELISETE APARECIDA TERRES, na qualidade de genitora e sucessora da vítima, requereu sua habilitação como assistente de acusação, com fulcro no art. 60 do Código de Processo Penal Militar (evento 18, arq. 1, da APM), o que foi deferido pelo juízo de origem (evento 25 da APM).

Iniciou-se a instrução processual com a oitiva das testemunhas arroladas pelo órgão acusatório, a saber: 1º Ten GUILHERME RODRIGUES DE SOUZA, ex-2º Ten Med FÁBIO ZANELLA GIACOMOLLI, Cb ARTHUR PACHECO ALVES, ex-Sd WUILHIN DE OLIVEIRA LOPES, Sd LEONARDO SOARES DOS SANTOS e Sd PEDRO HENRIQUE BERNARDES CORREA (evento 111 da APM).

Por outro lado, a Defesa absteve-se de indicar testemunhas (evento 116 da APM).

Operou-se a regular citação mediante "Carta Precatória" (evento 70 da APM). Após, em 7 de setembro de 2021, o acusado foi qualificado e interrogado (evento 132 da APM).

Na fase processual do art. 427 do CPPM, o MPM e a Defesa não requereram diligências (eventos 140 e 143 da APM).

Em alegações escritas, o órgão ministerial requereu fosse julgada totalmente procedente a denúncia, para condenar o ex-3º Sgt **JOÃO VITOR** DE FREITAS SILVA pela prática, em detrimento do Sd ANTONI **TERRES** MONTEIRO, do delito de homicídio culposo, previsto no art. 206, *caput*,

combinado com o art. 33, inciso II, ambos do Código Penal Militar (evento 149 da APM).

Por sua vez, em sede de alegações escritas, a Defesa pleiteou a absolvição, com lastro na negativa de autoria do fato delitivo, ao argumentar que não há prova inequívoca de que o acusado tenha ordenado aos instruendos ou às vítimas que saíssem de forma e entrassem no lago onde ocorreram os afogamentos (evento 155 da APM).

Em 7 de dezembro de 2021, reunido em Sessão de Julgamento, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 3ª Auditoria da 3ª CJM, por unanimidade, julgou procedente a denúncia, para condenar o ora apelante, nas sanções do art. 206, *caput*, do Código Penal Militar, à pena de 1 (um) ano de detenção, assegurando-lhe o direito de recorrer em liberdade, a detração penal e o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, fixando-se o regime prisional inicial aberto, em caso de cumprimento de pena (evento 176 da APM). A respectiva sentença condenatória foi disponibilizada no sistema e-Proc apenas em 6 de janeiro de 2022, conforme consta do evento 179 da APM.

Segundo consta do sistema e-Proc, foi dada intimação eletrônica às partes acerca do inteiro teor do decreto condenatório (eventos 181 e 182 da APM), tendo sido ambas confirmadas em 13 de janeiro de 2022 (eventos 183 e 185 da APM, respectivamente).

A peça recursal subscrita pela Defesa, por meio da qual interpôs a presente Apelação, em 10 de janeiro de 2022, foi inserida no evento 180 da APM.

Na exposição das razões de inconformismo, o advogado constituído pelo recorrente pugnou pela cassação do veredito que cristalizou a condenação, ao explorar as seguintes controvérsias: a) que haveria defeito de fundamentação na sentença condenatória recorrida em razão de divergência com os termos/pedido da denúncia; b) que não haveria como imputar uma conduta culposa ao apelante em razão do Curso de Formação de Cabos (CFC) ter sido concluído integralmente antes do acidente fatal com o Sd EP ANTONI **TERRES** MONTEIRO; c) que não existiria culpa no agir do apelante na medida em que os instruendos do CFC conheciam o lago em que ocorrido o acidente, já que haviam montado a portada leve anteriormente; d) que a conduta do apelante objetivou simplesmente uma comemoração; e) que o réu é um bom profissional; f) que nunca houve uma ordem expressa para que os instruendos adentrassem as águas no dia dos fatos, e que os mesmos entraram por conta própria; g) que a vítima sabia nadar, de forma que a conduta do apelante não foi decisiva para o evento morte; e, h) que o apelante não deu causa à câimbra responsável por debilitar a performance do Sd EP TERRES no ambiente aquático.

Por fim, a Defesa constituída requereu a absolvição, sob a tese de que, *in verbis:*

> [...] não há participação do apelante, pois não pode responder por uma ação que não deu casa (entrada da vítima na água), bem como, não pode ser responsabilizado pelo fator patológico, a câimbra infeliz e fatalmente atingiu a vítima.

O apelo defensivo foi recebido com efeito suspensivo segundo consta da Decisão lançada no evento 187 da APM.

Sobreveio o trânsito em julgado da sentença condenatória para o *Parquet Miliciens* em 19 de janeiro de 2022, à vista da Certidão emoldurada no evento 195 da APM.

Aberta vista ao Ministério Público Militar para oferecimento de contrarrazões, pugnou pelo não provimento do Apelo defensivo (evento 191 da APM). Na oportunidade, sustentou o juízo de condenação, pronunciando-se com os seguintes dizeres:

> Logo, se é verdade, por um lado, que não houve ordem expressa do apelante para que os militares instruendos, após o término da montagem da portada leve, entrassem na água, o que caracterizaria, como já dito, uma conduta de homicídio doloso, por outro lado, o incentivo e a permissão gestual e verbal, o mencionado "convite" do 3º Sgt João Vitor para que os alunos entrassem na água para comemorar o feito foi possivelmente entendido pelos militares instruendos, dentro os quais o Sd Terres, como algo bastante imperativo, e tanto assim que os militares que não sabiam nadar tiveram que ao menos se molhar na parte rasa do lago, e lá permanecer até a chegada, pouco a pouco, dos demais que haviam se jogado em local mais profundo.

A SEJUD certificou que nada consta, na Secretaria do STM, em relação ao apelante ex-3º Sgt Ex **JOÃO VITOR** DE FREITAS SILVA (evento 4).

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer da lavra do insigne Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Giovanni Rattacaso, opinou pelo conhecimento e pelo desprovimento da Apelação (evento 6).

O eminente Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Conheço do presente recurso defensivo, uma vez que foram satisfeitos os pressupostos processuais de admissibilidade, destacando-se a tempestividade, a legitimidade e o interesse recursal.

Examina-se apelo revisional interposto pela combativa defesa do ex-3º Sgt Ex **JOÃO VITOR** DE FREITAS SILVA, contra a sentença proferida pelo

Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que julgou procedente a pretensão acusatória aduzida pelo Ministério Público Militar, para condenar o apelante à pena definitiva de um 1 (um) ano de detenção como incurso no tipo penal previsto no art. 206, *caput* (homicídio culposo), do CPM, com o direito de recorrer em liberdade e de fruir da suspensão condicional da pena (*sursis*) pelo período de dois 2 (dois) anos.

Em um breve retrospecto dos fatos, sabe-se que a APM nº 7000040-49.2020.7.03.0303 versou sobre a imputação ao ex-3º Sgt Ex **JOÃO VITOR** DE FREITAS SILVA da prática do delito militar de homicídio culposo, em decorrência de, em 23 de julho de 2019, no interior do 3º Batalhão de Engenharia de Combate (3º BE Cmb), Organização Militar do Exército sediada em Cachoeira do Sul/RS, ter permitido e incentivado de forma imprudente, quando do término de uma instrução de "montagem de portada leve" que estava a seu cargo, enquanto instrutor, que os militares instruendos do Curso de Formação de Cabo (CFC) adentrassem as águas frias do "Lago 1" daquela OM, embora tivesse pleno conhecimento acerca da exaustão física da tropa ao término dos exercícios militares, sabendo inclusive que, naquele momento, já não mais tinham acesso aos coletes salva-vidas, o que acarretou a morte do instruendo Sd EP ANTONI **TERRES** MONTEIRO por asfixia mecânica/afogamento (evento 1, arq. 1, da APM).

A despeito de reconhecer o denodo com a causa e a combatividade defensiva para ilidir a responsabilidade penal do apelante, é forçoso frisar que nada há de inovador nos argumentos expendidos nas razões de Apelação, que não tenham sido objeto de debate por ocasião das sustentações orais na sessão de julgamento, bem como tenham sido examinadas, detalhadamente, pelo órgão julgador no corpo da sentença condenatória recorrida.

A par da peça de interposição recursal, extrai-se que o inconformismo defensivo ampara-se nos seguintes argumentos (evento 180, 1-APELAÇÃO), a saber: a) que haveria defeito de fundamentação na sentença condenatória em razão de divergência com os termos/pedido da denúncia; b) não haveria como imputar uma conduta culposa ao apelante em razão do Curso de Formação de Cabos (CFC) ter sido concluído integralmente antes do acidente com o Sd Terres; c) não existiria culpa no agir do apelante, na medida em que os instruendos do CFC conheciam o lago em que ocorrido o acidente, já que haviam montado a portada leve anteriormente; d) a conduta do apelante tinha como única finalidade uma comemoração de final de curso; e) o réu é um militar exemplar; f) nunca houve uma ordem expressa para que os instruendos adentrassem as águas no dia dos fatos, e que os mesmos entraram por conta própria; g) que a vítima sabia nadar, de forma que a conduta do apelante não foi decisiva para o evento morte; e, h) o apelante não deu causa à câimbra responsável por debilitar a performance do Sd Terres no ambiente aquático.

No tocante à primeira objeção suscitada pela Defesa, notadamente quanto à falta de correlação entre a denúncia e a sentença condenatória

guerreada, tal irresignação sucumbe ao mais perfunctório cotejo das mencionadas peças processuais. Vejamos.

Em verdade, ao efetuar a leitura dos autos, infere-se que a carga acusatória centra-se na imputação de homicídio na forma culposa, na medida em que expõe um comportamento imprudente pela prática de uma ação perigosa, potencialmente causadora de dano, razão pela qual imputou ao réu o delito previsto no art. 206, *caput*, do CPM.

Sem discrepar, na esteira do raciocínio imbricado com a vertente culposa da imprudência, a sentença hostilizada faz diversas menções à prática, por parte do apelante, de uma conduta inquinada de culpa, por imprudência, tendo o Conselho Permanente de Justiça condenado o ora apelante justamente como incurso na capitulação jurídica trazida na denúncia, senão vejamos (evento 179 da APM):

> [...]
>
> Certo é que da análise de todos os depoimentos colhidos, tanto em fase de Inquérito quanto durante a ação penal, não há qualquer dúvida quanto à autoria do delito pelo então Sargento João Vitor. Restou provado realmente que os instruendos do Curso de Formação de Cabos (CFC) foram efetivamente estimulados pelo então Sargento João Vitor a entrar no Lago 1 do 3º BE Cmb e que, embora não tenha se tratado de uma ordem – o que caracterizaria a prática de um crime doloso –, os alunos só entraram na água porque o instrutor João Vitor o fez anteriormente, ficando claro que quem quisesse também adentrar assim deveria fazer.
>
> Deve ser ressaltado que os soldados estavam bastante cansados, calçavam coturnos e não estavam mais de posse dos coletes salva-vidas, tendo em vista que a instrução já havia terminado. Ademais, consta dos depoimentos que a água do lago estava muito gelada e o dia estava muito frio e chuvoso (era inverno na região).
>
> Um desses militares, o Sd EP Antoni Terres Monteiro, que sabia nadar e gozava de boa saúde, em dado momento, já dentro do lago, disse estar sofrendo de câimbras que o impediam de continuar nadando até a margem. Imediatamente, diversos militares tentaram ajudá-lo, conforme consta dos depoimentos das testemunhas, mas, em razão da ausência de recursos disponíveis de forma imediata, não houve êxito, tendo o Sd EP Terres, por não estar usando colete salva-vidas, submergido nas águas do Lago 1, a 14m (catorze metros) de distância da margem mais próxima, onde permaneceu de 20 a 25 minutos sob a água e acabou por sofrer afogamento (asfixia mecânica).
>
> Está realmente claro que a morte do Sd Terres se deu em decorrência da conduta culposa do réu de ter permitido e incentivado de forma imprudente o ingresso dos instruendos na água após o término da instrução de montagem da portada leve, não podendo deixar de ser mencionado que a condição do réu de superior hierárquico e de instrutor certamente serviu para reforçar a ideia de "convite" ou

"permissão" para os alunos entrarem nas águas geladas do lago. Mesmo quem não chegou a nadar na parte mais funda do lago, permaneceu no raso com a água "na altura do peito".

Importante também destacar que as testemunhas deram ênfase ao fato do Sgt Fabrício, o qual se encontrava na posição de auxiliar do réu, ter se preocupado em alertar os instruendos que não sabiam nadar para que não entrassem na água, do que se depreende que não partiu do réu sequer o cuidado de alertar os alunos que não sabiam nadar.

Comprovada a autoria delitiva, passa-se à questão da materialidade, que, no presente caso, se traduz na existência do delito em si, com todos os seus elementos e circunstâncias legalmente previstos. Provas da existência desse crime estão consubstanciadas nos seguintes documentos juntados aos autos: Parte da Chefia da 3ª Seção do 3º BE Cmb, Boletim de Ocorrência nº 4462/2019/152210 da 20ª Delegacia de Polícia Regional do Interior/Cachoeira do Sul/RS, Certidão de Óbito do Registro Civil das Pessoas Naturais de Cachoeira do Sul/RS e exame de necrópsia realizado no corpo do ofendido. Tais documentos demonstram que o Sd EV Terres veio a óbito no dia 23 de julho de 2019 em decorrência de asfixia mecânica por afogamento.

A documentação mencionada acima vai totalmente ao encontro do depoimento das testemunhas transcritos acima, as quais são unânimes em afirmar que viram, no dia e local dos fatos, o Sd Terres sofrer um afogamento não intencional, ou que prestaram, de alguma forma, socorro à vítima.

[...]

No que tange ao crime culposo, seguem alguns esclarecimentos doutrinários:

> O crime culposo consiste em uma conduta voluntária realizada por um ato ilícito não desejado pelo agente, mas que lhe era previsível – culpa inconsciente – ou excepcionalmente previsto – culpa consciente. Nessa situação, o crime poderia ser evitado, caso fosse empregada a cautela necessária.
>
> *In casu*, vê-se caracterizada a culpa inconsciente, ou culpa *ex ignorantia*, que ocorre nas situações em que o agente não prevê o resultado de sua conduta, embora este seja previsível.
>
> A culpa inconsciente, regra no ordenamento jurídico, refere-se ao clássico crime culposo, em que o agente não prevê o resultado que poderia ocorrer devido ao fato de ter sido negligente, imprudente ou imperito. Nessas situações, a violação do dever de cuidado ocasiona a lesão ao bem jurídico protegido.
>
> Para que exista um crime culposo, é necessário a presença de alguns elementos como: conduta humana voluntária; violação ou inobservância de um dever de cuidado objetivo; resultado

naturalístico involuntário; nexo entre conduta e resultado; previsibilidade; e tipicidade.

- Conduta humana voluntária consiste na ação ou omissão dirigida ou orientada pelo desejo que causa um resultado involuntário. Importante entender que a voluntariedade está relacionada à ação, e não ao resultado.

- Violação de um dever de cuidado objetivo consiste no dever de diligência – regra básica para o convívio social. Nessa situação, o comportamento do agente não condiz com o que é esperado pela lei e pela sociedade.

As formas de violação do dever de cuidado são: a negligência, a imprudência e a imperícia. Ocorre a negligência quando alguém deixa de tomar uma atitude ou de apresentar uma conduta que era esperada para a situação. Age com descuido, indiferença ou desatenção, não adotando as devidas precauções. Já a imprudência pressupõe uma ação precipitada, imponderada, sem cautela. O agente não deixa de fazer algo, não é uma conduta omissiva como a negligência. Ele age, mas toma uma atitude diversa da esperada. Por fim, para que seja configurada a imperícia, é necessário constatar inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática ou ausência de conhecimentos elementares e básicos para a ação realizada.

- Resultado naturalístico involuntário consiste na modificação no mundo exterior.

- Nexo causal entre conduta e resultado refere-se ao vínculo fático entre a causa e o efeito, isto é, a comprovação de que o dano efetivo (a lesão à vítima) foi causado pela ação voluntária negligente, imprudente ou imperita do agente.

- Previsibilidade: consiste na possibilidade de conhecer o perigo advindo da conduta.

No crime culposo, o resultado deve ser previsível. Ou seja, nas circunstâncias em que o agente se encontrava, deveria ser capaz de prever o resultado como consequência da sua conduta.

- Tipicidade: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. É essa a previsão do artigo 18, inciso II, do Código Penal Brasileiro.

No caso dos autos, como já fartamente abordado, a conduta do então Sargento João Vitor de adentrar no lago e o incentivo dado por ele para que os alunos também ali ingressassem foram totalmente voluntários.

A violação do dever de cuidado, neste caso concreto, ocorreu na forma de imprudência. Verifica-se nos autos que o

> acusado foi imprudente, foi afoito, quando se dirigiu correndo, entrou no Lago 1, e ainda incentivou os alunos a também ali ingressar sem coletes salva-vidas, de coturno, em águas tão geladas, agindo de maneira totalmente diferente da esperada por um instrutor para com os seus instruendos.
>
> No caso em apreço, a imprudência do réu se verificou por intermédio de diversos fatores, os quais, somados, acarretaram o óbito do Soldado Terres por afogamento.
>
> Como já mencionado, no dia dos fatos, as águas do "Lago 1" do 3º BE Cmb estavam muito frias devido ao período de inverno e também por ser um dia chuvoso, o que pode ser observado nos documentos carreados nos autos do Inquérito, no depoimento das testemunhas e no próprio interrogatório do réu, que afirmou que seus instruendos se encontravam trêmulos e com frio. Além disso, consta dos autos que após o término da instrução, os instruendos se encontravam fadigados fisicamente, situação que era de conhecimento do réu. Consta ainda que os alunos estavam sem acesso aos coletes salva-vidas utilizados durante a instrução, uma vez que o próprio acusado determinou que fossem guardados num contêiner, e ainda entraram no lago de coturnos, o que dificultou a movimentação – por estarem em forma na ocasião do convite para entrarem no lago, não tiveram tempo de tirar o coturno.
>
> [...]. (Grifo nosso)

Portanto, verifica-se a estrita observância ao princípio da correlação, melhor dizendo, à necessária correspondência entre o teor da acusação e a prestação jurisdicional ofertada pelo Colegiado *a quo*, o que torna imperioso afugentar a tese defensiva de eventual nulidade decorrente de alegada discrepância entre o conteúdo da denúncia e a sentença condenatória que se pretende desconstituir.

Outra escusa construída pela valorosa Defesa a fim de exculpar o assistido é a de que o Curso de Formação de Cabos já teria se encerrado, antes do episódio que vitimou o Sd TERRES. Novamente, raso e infundado o álibi da Defesa.

De concreto, a alegação de que a instrução conduzida durante o Curso de Formação de Cabos liderada pelo apelante, em 23 de julho de 2019, havia sido concluída quando da ocorrência do afogamento cai por terra ao primeito exame dos relatos testemunhais. Isso porque diversas foram as testemunhas a assegurarem que o réu gritou, dentre outras coisas, a expressão "Agora só falta uma coisa!" antes de se atirar às águas geladas do "Lago 1" do 3º Batalhão de Engenharia de Combate. Ou seja, para todos os efeitos, se só faltava "uma coisa", a instrução não estava totalmente encerrada. Pelo visto, aos olhos do apelante, sua imprudente "comemoração" integrava o final da instrução do CFC.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, a despeito de constar na sentença condenatória que a instrução já havia terminado, é de bom alvitre alertar que os membros do Conselho Permanente de Justiça fizeram referência ao objetivo principal da instrução militar, qual seja, a montada da portada leve. No contexto fático, de concreto, no momento do óbito do Sd TERRES, a tropa estava materialmente em forma e os instruendos em atividades do Curso de Formação de Cabos, embora os coletes salva-vidas já guardados em contêineres.

Pesa em desfavor do apelante, evidenciado o grau de culpa em seu agir imprudente, o fato de que, embora, formalmente, a instrução do CFC no dia dos fatos estivesse finda, tal constatação não tem o condão de elidir a culpabilidade do ex-3º Sgt João Vitor. Ora, é insofismável que o apelante, na qualidade de superior hierárquico e instrutor, estava à frente da tropa para todos os fins, inclusive zelar pela integridade de todos, de forma que suas condutas omissivas ou comissivas, culposas ou dolosas, seriam sempre de relevância penal, já que não há que se restringir a ocorrência de infrações penais somente quando cometidas ao longo das instruções, mas sempre que envolver um militar da ativa nas hipóteses do art. 9º do CPM.

Em mais uma rasa vertente de exculpação, à luz do consignado nas razões de Apelação, a Defesa argumenta que não existiria imprudência no agir do apelante, visto que os instruendos do CFC conheciam o lago onde se deu a morte do Soldado TERRES, já que haviam montado a portada anteriormente. Novamente, é infrutífera a tese defensiva.

A desconstrução do argumento defensivo lastreia-se na verificação de que a atribuição de culpa ou a consumação de delitos culposos não pode estar atrelada ou condicionada ao fato de o agente ativo do delito conhecer ou não o local ou as circunstâncias em que se desenvolve a ação imprudente. Por ilustrativo, pode-se exemplificar o caso de um motorista que passa todos os dias pela mesma rodovia em direção ao seu trabalho, e, em certo dia, comete um homicídio culposo na direção de veículo automotor em decorrência de momentânea imprudência ao volante. Portanto, em suma, não é porque ele ou a vítima conheciam o caminho, os locais de passagem de pedestres e os arredores, que o homicídio culposo será impossível de se aperfeiçoar. Basta o descuido, a falta de previsibilidade ou de cuidado objetivo, a prática de fato perigoso capaz de colocar em risco bem juridicamente tutelado, como foi o caso da afogamento do jovem Soldado.

A instrução criminal revelou que, tanto a vítima, quanto os demais instruendos detinham pouco conhecimento acerca do "Lago 1" do 3º BE Cmb, tendo realizado apenas a montagem da portada leve. Contudo, apesar de terem tido algum contato com as características do "Lago 1", nunca tinham se atirado no lago em sua profundidade máxima e, mais do que isso, anteriormente tinham entrado na água utilizando coletes salva-vidas, diga-se, um equipamento de segurança essencial para quem adentra a água,

especialmente com coturnos e com outros equipamentos que dificultam o ato de nadar e/ou flutuar, além de outras condições adversas.

Em dado ponto da argumentação expendida nas razões recursais, a Defesa insiste em que a conduta do apelante objetivou simplesmente uma comemoração, e que, por tal motivo, não restaria configurado o delito culposo de homicídio. Novamente, a tese defensiva não resiste ao mais superficial cotejo com a realidade dos fatos.

No caso dos delitos culposos, não é o objetivo do réu que tipifica ou não o delito. É o resultado gravoso ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Militar. No caso, a execução da dita "comemoração" foi desastrosa, visto que ceifou uma vida dentro do quartel, o que poderia e deveria ser facilmente evitado, mediante o exercício do dever objetivo de cuidado.

Na mesma linha de raciocínio, destacou a Defesa que o apelante era bom profissional, como se tal argumento o impedisse de praticar delitos culposos.

Não se nega que o histórico profissional do ex-3º Sgt JOÃO VITOR, ora apelante, seja bom. Diversos foram os depoimentos nesse sentido, inclusive. Contudo, o histórico profissional de nenhuma pessoa é argumento válido em face de crimes culposos, cuja própria tipificação no ordenamento jurídico pátrio é medida de exceção.

No crime culposo, tal como bem asseverado pela sentença guerreada, o agente ativo do delito não almeja atentar contra o bem jurídico protegido pela normal penal, mas acaba o atingindo por conduta tida por negligente, imprudente e/ou imperita.

Logo, os registros abonadores na Folha de Alterações do apelante serviram, tão somente, para respaldar a fixação da pena privativa de liberdade em patamar mínimo, o que se mostra justo e proporcional à luz dos fatos apurados.

E, por derradeiro, quanto à alegação da defesa de que nunca houve uma ordem expressa por parte do apelante para que os instruendos entrassem nas águas no dia dos fatos, e que eles entraram por seu livre alvedrio, tem-se que é verdade, entretanto não importa em afastamento da consumação do delito culposo pelo qual o 3º Sgt JOÃO VITOR restou condenado.

Com efeito, não houve uma ordem expressa, pois, se tal existisse, o delito pelo qual o apelante teria sido denunciado seria o de homicídio doloso (dolo eventual), forte na constatação de que as condições dos instruendos (cansaço, vestes inadequadas para nadar e sem acesso a coletes salva-vidas) e do local dos fatos (clima e temperatura da água) foram determinantes para a ocorrência de câimbras no Sd EP ANTONI **TERRES** MONTEIRO e de seu consequente óbito por afogamento.

Aliás, ao contrário do inferido nas razões de Apelação, não foi a conduta do apelante que, diretamente, gerou o fenômeno fisiológico das câimbras no Sd **TERRES**, e não foram estas por si só que ocasionaram o óbito daquela vítima. As câimbras decorreram, como já bem exposto por ocasião das alegações escritas do órgão ministerial, em decorrência da fadiga física relacionada à instrução do CFC, instrução ministrada pelo próprio apelante, somada à baixa temperatura da água, sendo que o óbito foi proporcionado, tanto pela entrada na água incentivada imprudentemente e não evitada pelo apelante, como pela ocorrência de câimbras sem que a vítima estivesse vestindo coletes salva-vidas, os quais foram guardados por ordem do próprio apelante.

Foi essa soma de condições, a saber, ingresso na água pela vítima permitido e incentivado pelo réu, câimbras decorrentes de conhecidas fadiga física e baixa temperatura, e ausência de coletes salva-vidas, todas imputáveis ao apelante e previsíveis ao homem médio, que efetivamente gerou o desfecho trágico.

E, como já dito em outra oportunidade, a vítima sabia nadar, no entanto, ficou notória a dificulade de flutuar em um lugar profundo, com fortes câimbras, sem coletes salva-vidas, e com vestimenta inadequada (coturnos, etc). Não havia corda ou outro flutuador improvisado que pudesse, em tempo, evitar a tragédia anunciada.

Porém, sem sombra de dúvidas, o óbito do Sd **TERRES** não teria ocorrido se o apelante tivesse tido a cautela de realizar uma comemoração adequada para o ambiente e o estado físico dos instruendos, com a utilização de coletes salva-vidas, e, mais do que tudo, dentro do que previam as diversas diretivas e normativas da Força Terrestre, cujo conhecimento era patente.

No que toca à autoria do delito culposo em tela, não há dúvidas de que recai sobre a pessoa do apelante, o qual, em seu interrogatório (evento 132 da APM), não negou ter sido ele, no dia e no local dos fatos, o instrutor de montagem de portada leve do Curso de Formação de Cabos do qual a vítima (Sd TERRES) era um dos militares instruendos, e de, ao término da instrução, ter permitido e dirigido palavras de incentivo para que os alunos, já sem acesso aos coletes salva-vidas, ingressassem nas águas geladas do "Lago 1" do 3º BE Cmb.

O apelante se manifestou em Juízo da seguinte forma:

> [...]
> MP - Então João Vitor, gente vem já nesse processo há um tempo, já foram ouvidas algumas testemunhas, e eu queria que você explicasse aqui pra gente, assim, como se deu, se foi uma ordem, se foi um incentivo, se foi realmente uma comemoração... O que fez você, naquele momento, pedir com que os militares pulassem, entrassem naquela água fria naquele momento? Eu queria que você explicasse como foi que se deu esse ocorrido, como foi que aconteceram esses fatos.

Réu - No dia que aconteceu o acidente, parte dos alunos possuía a instrução de montagem e desmontagem das pontes portada leve e passadeira, na qual eu era o instrutor, então coube a mim ministrar a instrução. Quanto ao meu planejamento a instrução aconteceu de forma tranquila e segura, tanto na parte da manhã quanto na parte da tarde. Então no final da instrução eu ordenei que os alunos entrassem em forma, nesse momento eu parabenizei eles pelo término da instrução, pelo termino da instrução, também elogiei eles pela montagem e desmontagem das pontes que haviam sido feito com um tempo muito bom, que apesar das condições climáticas não estarem tão favoráveis para nós naquele dia, mas que em momento algum eles impediram que isso nos atrapalhasse. Depois que eu terminei minhas palavras eu ordenei que o curso se dirigisse ao contêiner para aguardar o material miúdo, então o curso foi a frente, nesse momento eu fiquei mais na retaguarda ali com o Sgt Fabricio, foi quando eu comuniquei eles que iria entrar na água, comunicar no caso o Sgt Fabrício, eu conversei com ele, não é, devido a eu estar conversando com os alunos ali eu vi que eles estavam trêmulos, que estavam com frio, tanto eu quanto o Fabrício estávamos parcialmente secos né, devido a nossa situação de instrutor então a gente não participava das montagens na água, a gente ficava na superfície orientando e ajudando no que fosse necessário. Então como eles estavam trêmulos e com frio ali naquela hora eu achei melhor a gente se molhar também, né, de uma forma com a intenção que eles vissem que não havia distinção entre os militares, todos nós estávamos na mesma situação. Então os alunos guardaram o material no container de forma como eu havia ordenado já, eles entraram em forma, como eu já havia determinado também, pra seguir pra próxima atividade, que a próxima atividade seria preparar o estande de tiro para o dia seguinte, eles estavam cientes da próxima missão que seria, então nesse meio tempo eu só retirei meu equipamento, não falei nada, corri sobre a portada e pulei na água. Pulei na água, saí nadando e um determinado momento que eu tava nadando eu percebi que alguns alunos estavam correndo sobre a portada né, daí eu parei, eu disse que não era pra entrar na água, mas como eles estavam eufóricos, estavam correndo também sobre a portada, a portada é um material de alumínio então no caminhar a gente já escuta um barulho, então no momento o barulho era mais alto ainda, não é. Alguns continuaram correndo, próximo dos primeiros entrar na água eu disse que se não tivesse condições de entrar na água, que não soubesse nadar, que não entrasse, alguns não entraram, outros pularam e já subiram pra portada, outros pularam e seguiram nadando. Até então eu tava flutuando, observando se alguém estava passando mal né, mas até então tava tudo tranquilo, tava todo mundo nadando, não né, então eu voltei a nadar pra margem mais próxima, em aproximando da margem o Sd Terres disse que estava sentindo câimbra, nesse momento eu falei pra ele que mantivesse a calma, que mantivesse movimentando os braços de forma a flutuar, ato contínuo a isso eu mandei que buscassem uma corda que tava próxima de nós ali pra gente jogar pra ele. Nisso o Sd Pacheco se aproximou dele pra tentar ajudar, a corda chegou pra nós, nós arremessamos pra eles a corda, nesse momento a gente não conseguia

mais ver o Sd Terres, mas acreditávamos que ele estava, ou o Sd Pacheco tinha agarrado ele, ou vice-versa, então a gente fez um cordão humano, começamos a puxar a corda, retiramos o Pacheco da água e infelizmente naquele momento a gente percebeu que o Terres não estava junto.

[…]

Réu - Eu falei pro Sgt Fabricio que eu iria comentar, né, o curso tava à frente, eles não escutaram nada, eles guardaram o material, entraram em forma, eles estavam direcionados já pra onde eles deveriam sair. Eu retirei meu equipamento e saí correndo, eu pulei na água, não foi ato contínuo que eu pulei na água e eles vieram, teve um tempo, teve um tempo, teve um tempo entre esse eu pular na água e eles correrem também.

[…]

Juíza - Ficou claro também que quem não soubesse nadar ficasse do lado de fora aguardando, isso também ficou claro?

Réu - Sim senhora, eu falei num tom bem alto, inclusive alguns nem pularam, outros pularam e já subiram né, e alguns pularam e seguiram nadando, mas a primeira ordem foi que eles não entrassem.

[…]

Juiz Militar - Certo. A tua instrução, qual era exatamente a tua função nessa instrução? Era o instrutor da matéria que tava ali, a tua função era o coordenador da atividade, era isso?

Réu - Sim senhor. O que acontece? Nós estávamos no período de qualificação do curso, não é, então tinha eu e mais dois sargentos que ministrava as instruções de engenharia, então coube a mim ministrar no dia da instrução, então eu era responsável pela instrução.

Juiz Militar - Sim [Inaudível].

Réu - Inclusive na parte da manhã foi feita uma instrução de banquinho, na qual mostrei *slide*, mostrei uns vídeos, umas fotos pra eles, então depois dali a gente foi pra prática.

[…]

Juiz Militar - E tu pode me descrever as medidas imediatas de socorro que foram adotadas quando se deflagrou a situação, quando vocês notaram que se tratava de um afogamento?

Réu - Enfim, como essa minha ida não foi, essa minha ida pra água não foi planejada desde o início da instrução, o que me fez pular na água,

> e a ideia era que eu e o Sgt Fabricio, apenas nós se molhasse, então não tinha planejado assim, fazer um resgate, obviamente se fosse dentro da minha instrução, a qual eu estava de colete e os meus alunos estavam de colete, eu teria sim capacidade suficiente de realizar o resgate, mas não estava na instrução, a instrução já tinha acabado, foi impulso meu e do Sgt Fabrício, não é, então eu procurei trabalhar com as coisas que eu tinha mais próximo ali, que era a corda né, e nesse meio tempo da corda eu tinha avisado os soldados que não entraram na água pra pegar os coletes no container né, inclusive quando a gente retirou o Sd Pacheco da agua, que a gente viu que o Sd Terres não tinha vindo junto, os coletes não tinha chegado ainda, eu mesmo corri pessoalmente até o container pra ver o que tava acontecendo, porque no calor do momento ali tu quer solucionar o quanto antes, corri até o container, chegando lá foi quando eu verifiquei que tinham batido o cadeado. Então, ato contínuo eu corri até a Companhia mais próxima, o Fabricio já tava orientando eles ali, acionei a equipe de mergulho e retornei pro lago lá pra ajudar nas buscas. […].

Depreende-se das declarações do recorrente que, conquanto não tenha admitido perante o órgão julgador que, com sua conduta e palavras, incentivou e permitiu a seus então instruendos que entrassem, após o término da instrução, sem colete salva-vidas, nas águas do "Lago 1" do 3º BE Cmb, tal controvérsia restou elucidada após a oitiva das testemunhas da acusação, cujos depoimentos, reportados no édito condenatório, merecem transcrição, *in verbis:*

> **Cb Ex Arthur Pacheco Alves (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 5-video, 6-video, da APM)**
>
> […] MP - E você lembra lá se o 3º Sgt João Vitor de Freitas Silva era o instrutor?
>
> Testemunha - Sim, me recordo sim, era o instrutor.
>
> MP - Você lembra quantos instruendos tinham, era o pessoal do curso de cabo, mais ou menos assim, eram 10, 30, 20, quantos mais ou menos?
>
> Testemunha - Era, se eu não me engano, era por volta de 12.
>
> MP - 12. Estavam trabalhando esses 12 e mais o instrutor então?
>
> Testemunha - Isto.
>
> […]
>
> Testemunha - Sim senhor. Ao término da instrução do curso de cabo né, é o que nós estava fazendo a instrução de montagem, a gente entrou em forma né, como a gente diz no quartel né, que é organizar o pessoal

num grupo ali. Aí a gente se organizou na frente da portada que nós tinha montado na parte da manhã, e como já tinha acabado a instrução já pra nós subir de volta pro batalhão né, sair da região de lagos e voltar pro batalhão. O senhor tá conseguindo me ouvir claramente?

MP - Tô ouvindo, tô acompanhando. Pode continuar, vocês se reuniram ali depois de montar a portada, e aí o que aconteceu?

Testemunha - Isso. Aí reunimos ali o curso, aí tiramos o colete, que nós tava de colete pra fazer a instrução, tiramos os coletes, guardamos num container que tava ao lado do lago ali né, que é onde ficava o material ali de ponte e mais alguma coisa, e nós já ia voltar pro batalhão, aí nesse momento o Sgt João Vitor né, o instrutor, ele tava com um malvinão, como se fosse uma japona que a gente usa quando tá frio assim, aí ele retirou essa japona e olhou pra nós ali, não me recordo se foi pra nós ou foi pro Sgt Fabricio que estava ao lado dele, que era o outro instrutor, e na hora ele falou alguma coisa, "Ah, agora só falta uma coisa, falta só uma coisa agora", e aí nisso ele correu pela portada né, que nós tínhamos montado na manhã e se atirou no lago, e ao meu ver era uma forma de nós comemorar o fim ali da instrução, já tava no período de qualificação do curso, um clima um pouco mais descontraído né, dos alunos com o instrutor. Aí nesse mesmo momento o Sgt Fabrício ainda falou que quem não soubesse nadar não era pra pular, era pra ficar ali, tanto que teve, agora não me recordo, mas teve uns 2 ou 3 que não pularam né, que ficaram ali na borda. E nesse ato aí a gente saiu correndo e pulou também pra comemorar no lago. Aí [...]

MP - E quando, quando [...]

Testemunha - Aí [...]

MP - Por favor. Quando o Sgt João Vitor pulou, estava dentro d'água, de lá ele chamou os demais instruendos pra entrar, ou pelo menos incentivou?

Testemunha - Depois que ele pulou na água não, porque já era, é longe, era longe ali, ele pulou e já saiu nadando em direção a parte de fora do lago, ali, como eu posso falar?

MP - Margem do lago.

Testemunha - A margem, isto, isto. Me faltou a palavra, a margem, à margem direta do lago. Nesse momento, a gente ali em clima de comemoração, a gente pulou também. Eu como sempre nadei bem eu já pulei e já saí nadando em direção à margem, aí saí nadando ali, assim que eu cheguei na margem eu vi que o Terres tinha gritado ali pra mim, pro pessoal que tava próximo que tava sentindo câimbras, tava com bastante câimbras ali, nesse mesmo momento, sem eu pensar

em nada eu já tentei pra tentar ajudar ele, voltei pro lago, nadei até... Senhor […]

MP - E quando o Terres pediu ajuda tava mais ou menos a quantos metros assim da margem? Assim, mais ou menos assim?

Testemunha - Não tenho ideia Dr., não tem como eu me recordar, na hora ali eu não tinha meio que noção de espaço, eu só cheguei e já voltei e nadei até ele.

MP - Você voltou nadando? Deu umas quantas braçadas pra chegar até ele?

Testemunha - Sim, sim, sim.

MP - E aí tentou ajudar, o que você fez? Tentou puxar ele?

Testemunha - Isso, aí eu nadei, quando cheguei até ele ele já meio que tava se debatendo na água, eu cheguei "Calma Terres, calma, calma", aí agarrei ele, ele se agarrou em mim, se agarrou forte em mim, e nisso eu tava tentando puxar, nadar de volta pra margem com ele né?

MP - Sim.

Testemunha - Mas como nós tava exausto do dia ali já, nós tava de coturno também, tava meio que muito complicado eu tentar puxar eu e ele ao mesmo tempo né, e ele já tava meio que se debatendo ali, meio que se desesperou na hora, e aí chegou um certo momento que eu já não conseguia mais parar na água. Nisso, nesse momento, eu e ele já tava afundando no lago ali, e nisso eu já tava tentando puxar eu e ele só pra acima d'água, nem nadando mais eu tava, tava só tentando ficar fora d'água, eu me [...] O senhor quer falar alguma coisa?

MP - Não, não. E aí você percebeu que ele afundou e você teve que sair do local? Como é que foi esse fim aí?

Testemunha - Nesse meio tempo, eu não tenho noção de quantos minutos ou segundos foram isso, mais alunos vieram tentar ajudar, mas eu lembro que daí depois saíram pra tentar buscar alguma corda, boia, alguma coisa. Aí nisso passou não sei mais quanto tempo, eu não tinha noção da hora, mas mais algum momento ali, eu já não tava conseguido ficar com a cabeça pra fora d'água, eu já tava me afogando junto, aí nisso teve um momento que eu já não consegui mais puxar ele, ele já tava só embaixo d'água e tava me puxando junto com ele, ele era mais alto que eu, eu sou alto, mas ele era mais alto do que eu ainda, então aí debaixo d'água meio que eu consegui me desprender dele ali, e quando eu cheguei na superfície da água tinha uma corda, aí nisso eu só me agarrei na corda e me puxaram pra fora d'água, aí depois disso eu já não me recordo mais, assim. Eu lembro só […]

[...]

Assist. Acus. - Se ele não ouviu a frase "Quem souber nadar vem comigo", dita pelo João Vítor?

Testemunha - A senhora pode repetir? Acho que cortou e eu não entendi [Inaudível].

Assist. Acus. - Ah tá. Se o senhor ouviu essa frase vinda do Sgt João Vítor, "Quem souber nadar vem comigo".

Testemunha - Eu não me recordo, quem falou que quem não soubesse nadar não era pra entrar foi o Sgt Fabrício.

Assist. Acus. - Tá, mas não lembra do Sgt João Vítor ter dito esta frase?

Testemunha - Não, não me recordo eu lembro do Sgt Fabrício falar que quem não soubesse nadar não era pra pular. […];

Ex-Sd Ex Wuilhin de Oliveira Lopes (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 7-video, 8-video)

[…]

MP - Você também entrou na água depois de montar a ponte?

Testemunha - Entrei. […]

MP - Vocês montaram essa portada e depois vocês entraram em forma lá junto com o Sgt João Vítor pra comentários no final da montagem?

Testemunha - Isso, entramos em forma [Inaudível].

MP - Pra todos saberem, entrar em forma é a reunião do grupo né? Um ao lado do outro.

Testemunha - É, todo mundo enfileirado um do lado do outro.

MP - Enfileirados, né? Tá. Ele fez alguns comentários sobre o sucesso da montagem?

Testemunha - Eu não me recordo bem, mas parece que ele falou o tempo que a gente tinha montado, não me recordo assim, se eu não me engano...

MP - Elogiou vocês?

Testemunha - Isto.

MP - Repete, só não diga sim e não. Você tem que falar porque nós precisamos do seu depoimento.

Testemunha - Sim, eu não me recordo direito, mas parece que ele elogiou a gente por causa do tempo que nós levamos pra montar e tudo, falou algumas coisas assim.

MP - Certo. E uma coisa importante pra ver se você recorda é nesse momento, depois dessa reunião aí, depois dessa montagem, consta nos autos que o Sgt João Vítor teria tirado a japona e teria corrido e entrado no lago, se jogado no lago, e você lembra desse fato?

Testemunha - Lembro.

MP - E ele teria dito algo como "Quem souber nadar venha comigo"? Convidou vocês pra entrar, ou não?

Testemunha - Isso, ele convidou, mas ele não obrigou ninguém, quem soubesse nadar ia, e quem quisesse no caso.

MP - Mas ele chegou a gritar isso antes de sair correndo?

Testemunha - Eu não lembro se ele falou antes de entrar na água ou já tava na água, mas ele falou tipo assim, mas não obrigou ninguém também.

MP - Não, eu sei, mas eu queria saber as palavras que ele disse mais ou menos assim.

Testemunha - Não me recordo.

MP - Não lembra? Mas ele incentivou vocês ou não incentivou vocês a entrar?

Testemunha - Ele convidou, tipo assim "Quem sabe nadar pode vim e pode pular na água", assim, liberou [...]

MP - [Inaudível].

Testemunha - O cara quando é aluno não faz nada que não é liberado né, ele pulou, nós estamos em forma, vamos ficar em forma, não vamos sair dali, aí ele liberou, disse que tava liberado, quem quisesse entrar na água podia. […]

MP - Vocês eram alunos de qual curso?
Testemunha - Curso de formação de cabo.

MP - Formação de cabo. E o Sgt João Vítor era o instrutor?

Testemunha - Era o instrutor.

MP - Tinha algum oficial junto lá ou não?

Testemunha - No momento não tinha.

MP - Tinha outro sargento também de instrutor?

Testemunha - Tinha, o Sgt Fabrício, que não sabia nadar, ficou do lado de fora da água.

MP - Ah, ele falou isso pra vocês? Que não sabia nadar?

Testemunha - Se eu não me engano foi. Ele não nos falou né, mas depois do ocorrido nós ficamos sabendo que ele não entrou na água porque não sabia nadar.

MP - Não sabia nadar, tá.

Testemunha - Foi o que eu ouvi falar.

MP - Mas o responsável pela instrução você percebia que era o Sgt João Vítor ou ele era mais antigo?

Testemunha - Era, era mais antigo e era o responsável, o Sgt Fabrício tava dando um auxílio pra ele, ajudando.

MP - Ele que deu todas as ordens lá pra montar a portada?

Testemunha - Isto mesmo. […]

Testemunha - Quem soubesse nadar que viesse pra água, ele disse.

Defesa - Para o senhor isso foi o convite? Eu pergunto.

Testemunha - Foi um convite.

Defesa - Wuilhin, todos que estavam entraram na água, ou alguns não entraram?

Testemunha - Não, os que não sabiam nadar não foram, ficaram em cima da ponte. […]

Juiz Militar - Wuilhin, eu gostaria de te fazer umas perguntas aqui. Durante a tua fala tu falou aqui que vocês haviam entendido né que era pra entrar na água quem soubesse nadar, tu lembra exatamente quem foi que fez essa frase? Se foi o Sgt Fabricio, ou se vocês ouviram essa frase de outra pessoa, tu consegue lembrar isso?

Testemunha - Foi o Sgt João Vitor.

Juiz Militar - Ele já estava dentro da água?

Testemunha - Isso que eu não me recordo direito, mas acho que tava, ele pulou na água antes de todo mundo. […];

Sd Ex Leonardo Soares dos Santos (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 9-video, 10-video, 11-video)

[…]

MP - Onde estava sendo após a instrução de montagem de uma portada, de uma ponte, em que o réu João Vítor teria entrado na água e os demais instruendos, alguns também, e daí veio a óbito o Antoni Terres né, faleceu afogado. Então é sobre isso aí, você já disse que leu a denúncia. Então você participou da instrução lá desse dia?

Testemunha - Sim.

MP - Era um dos instruendos?

Testemunha - Sim.

MP - E que curso que é?

Testemunha - Curso de formação de cabos.

MP - E o Sgt João Vítor era o instrutor?

Testemunha - Sim, era o instrutor. […]

MP - Tá. E o fato que nos interessa aqui é depois da montagem né. O Sgt João Vítor fez uma reunião assim de todos os instruendos pra falar sobre a montagem que tinha acabado de terminar, tinha acabado?

Testemunha - Sim, já tinha acabado a instrução né, daí no caso ele mandou o pessoal entrar em forma aí, nós já ia sair pra outra instrução, aí no caso, aí foi a hora que ele procedeu, que ele pulou na água, mas ele já tinha falado que tinha acabado a instrução.

MP - Tá. E vocês já tinham guardado o material? Os coletes salva vidas já estavam guardados?

Testemunha - Sim, já tinha guardado todo o material já, já não tinha nenhum material exposto de colete salva vidas, já tava tudo guardado em container.

MP - Certo. E aí então, tenta se lembrar o que aconteceu, o Sgt João Vitor ele falou alguma frase assim tipo "Quem sabe nadar pula na água", "Venham comigo", ou depois que ele tava na água ele chamou, o que aconteceu?

Testemunha - Não, ele, no momento que acabou ali faltava alguma coisa, pelo que a gente viu no caso era uma comemoração que ele ia fazer né, aí ele pegou, tirou o cinto suspensório que ele também tava, o malvinão que ele tinha também, que é uma espécie de um casaco e foi por cima da ponte e se atirou dentro d'água. Daí depois que ele tava dentro d'água aí ele perguntou né "O pessoal que sabe nadar aí pode vim, tá esperando o que", aí o pessoal que sabia nadar todos foram e os que não souberam ficaram na beira.

MP - Tá certo. Você entrou na água ou não Soares?

Testemunha - Não, eu era NN, não sabia nadar.

MP - Não sabia nadar e ficou só observando, mas ficou no mesmo local ali ou foi pra cima da portada?

Testemunha - No mesmo local só que na água pelos peitos no caso, ficou eu, mais um instruendo que tava comigo e o Sgt Fabrício, no caso eram os três que não sabiam nadar né, aí fiquemos na beira ali com água até os peitos, vendo toda a cena no caso. […]

MP - Tá certo. Uma coisa que você falou aí que nós temos que esclarecer. Você disse que os que não sabiam nadar, os NN que vocês chamam...

Testemunha - Isso.

MP - Ficaram com água até os peitos e depois que todos saíssem vocês podiam sair dali daquela agua até os peitos. Quem que disse que só podia sair dali depois de todos que entraram na água saíssem?

Testemunha - O Sgt Fabricio no caso, que é o que tava com a gente ali, no caso na beirada ali que eram NN's, era só eu [...]

Testemunha - [...] mais um soldado que era instruendo também, e o Sgt Fabrício, era nós 3 só, aí o Sgt Fabrício falou pra gente que nós só iria sair dali no momento que todos eles saíssem de lá né, no caso a gente não soubesse nadar né, aí ele mandou a gente ficar ali só pra, só pra acompanhar o pessoal que tava lá, esperar eles sair. […]

Assist. Acus. - Eu só não entendi muito bem quem que eles deveriam aguardar sair pra depois sair.

Testemunha - O pessoal que tinha se atirado na água no caso, os instruendos...

Assist. Acus. - Que sabiam nadar?

Testemunha - Isto. No momento que eles se atiraram na água o sargento falou pra gente "Vamos ficar aqui também na água, esperar todos eles saírem, aí a gente tá autorizado a sair também, daí todos já se molharam, se refrescaram no caso né, aí ficamos esperando ali no caso, aí até o momento em que ele começou a se afogar né, aí já começou a correria, não teve mais nada de ficarem dentro d'água.

Assist. Acus. - Nesse momento o Sgt João Vitor estava dentro d'água também?

Testemunha - Ele se atirou na água, o pessoal todo se atirou lá os que sabiam nadar, eles foram nadando, o Sgt Joao Vitor foi um dos primeiros a sair da água, e aí ficou na beirada do lago lá no caso, ficou assistindo o pessoal vindo e pegando na beira ali, aí foi foi até no momento em que o Sd Terres começou a se afogar né, mas o (Inaudível).

[…]

Defesa - Certo. Mas nesse momento que ele estava perante vocês ele não oficializou nenhuma ordem, nenhum pedido para que entrassem na água? A ação dele em correr para a água que foi que o senhor interpretou, é isso?

Testemunha - Isso, ele não deu ordem nenhuma, não obrigou ninguém no caso de entrar, ele só... Ele no caso se atirou antes, aí falou pro pessoal que sabia nadar, que quisesse tomar banho podia se atirar junto no caso né (Inaudível).

Defesa - Isso quando ele tava lá na água?

Testemunha - Isso, depois que ele tava dentro da água ele gritou pro pessoal "O pessoal que sabe nadar, tá esperando o que? É só vim", aí o pessoal foi.

[…]

Juiz Militar - Eu queria perguntar pro soldado de quem partiu o comentário que ele falou logo no início "Tá esperando o que?", de quem partiu esse comentário?

Testemunha - Essa parte aí foi o Sgt João Vitor no caso, tava dentro da água e ele passou, ele passou e no caso depois que ele já tava dentro da água ele gritou pro pessoal, "O pessoal que sabe nadar, tá esperando o que? Pode vim", aí o pessoal ficou olhando assim pro outro sargento no

caso né, olhando pro Sgt Fabrício no caso, falou pra gente "O pessoal que é NN fica aqui na beira comigo e o pessoal que sabe nadar e quiser entrar na agua pode ir lá no caso com ele", aí o pessoal a maioria, bem dizer quase todos, que sabiam nadar, foram, só ficou 3 na beira ali, dois instruendos e o sargento. […];

Sd Pedro Henrique Bernardes Correa (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 12-video, 13-video)

[…]

MP - Consta, nos depoimentos anteriores, no IPM e aqui, que o Sgt Joao Vitor, ele teria saído correndo na portada e se jogado na água, e lá na agua teria dito que quem soubesse nadar o que que estava esperando, que entrasse. Isso aconteceu?

Testemunha - Sim senhor.

MP - É importante, tá sendo gravado né, que seja com as suas palavras e não com as minhas, então você por favor nos conte como aconteceu esse fato aí, que eu acabei de falar.

Testemunha - A gente terminou de montar a passadeira né, que era a instrução da tarde, aí a gente guardou os coletes salva vidas no container, aí a gente acertou em forma e aí o Sgt Joao Vitor, juntamente com o Sgt Fabricio eram os únicos que estavam secos, porque como a gente montou a ponte tava molhado, e aí o Sgt João Vitor eu não lembro se ele tirou o casaco, se era o cinto suspensório, eu sei que ele tirou alguma coisa do corpo e disse "Fabricio, por que que só a gente tá seco?", e aí saiu correndo em direção ao lago por cima da portada e pulou no lago, e aí ele gritou pra nós, quem sabe nadar podia ir, quem sabia nadar assim eu entendo que foi correndo por cima da ponte e pulou. E aí teve uns que ficaram como Sgt Fabrício na ponte ali, que era os que não sabiam nadar, e uns voltaram pela ponte depois de pular no lago e aí só alguns tentaram nadar até a margem do lago 1.

MP - E você ficou entre os que pularam no lago, ou que ficou lá atrás?

Testemunha - Eu pulei no lago e fui nadando até a margem.

MP - E você teve dificuldade em nadar? Assim, achou a água muito fria, o coturno dificultava ... Conte pra nós.

Testemunha - (Inaudível).

MP - E só um pouquinho pra aproveitar. Conte o que você sentiu lá na água, as dificuldades ou não que teve, e se você viu o Sd Terres se afogando.

Testemunha - Quando a gente pulou na água a gente já tava com o corpo molhado né, da montagem da outra ponte, então ali a agua tava gelada, e o coturno realmente ele com a água né, acredito que puxava a gente pra baixo com o peso, e aí a gente começou a nadar, acredito que quem sabia nadar começou a nadar ate a margem do lago 1, e nesse trajeto eu era um dos primeiros ali que tava nadando, e o Terres com a dificuldade ele foi ficando por último, então a gente começou a escutar que ele tava com câimbra, e a gente dizia pra ele então tentar boiar, e aí que entra acho que o coturno né, que não deixava boiar, puxando ele pra baixo. E eu lembro de ver o Henrique, o aluno Lima Souza voltar juntamente com o aluno Pacheco, voltar pra tentar socorrer o Terres e eu como eu já tava mais na frente eu fui nadando até a margem porque o coturno tava me puxando pra baixo. Quando eu cheguei na margem eu retirei o meu coturno, e não sei dizer pro senhor quem me alcançou uma corda, e eu peguei essa corda e voltei nadando pra tentar salvar o Antoni juntamente com o aluno Pacheco, nesse trajeto eu lembro de passar pelo aluno Lima Souza, então na minha cabeça eu pensei, eu pensei não, eu sabia que só tava o Pacheco e o Terres ali. Quando eu tô chegando perto deles eu não conseguia mais nadar porque eu não tinha mais força, e foi aí então que eu joguei a corda, e quando eu joguei a corda alguém se agarrou e eu me agarrei também na corda assim, aí o pessoal que ficou na margem começou a puxar a corda, aí quando eu só senti a areia nas minhas costas, aí eu disse "Ah, eu tô salvo", e aí eu me levantei e vi que na ponta da corda só veio o Pacheco, e aí que a gente percebeu que o Terres não tinha voltado.

[…]

Assist. Acus. - Eu gostaria de verificar...

Assist. Acus. - ...contigo a seguinte situação. Tu prestou depoimento no inquérito penal militar no dia 30 de agosto, um pouco mais de um mês do ocorrido, e nesse depoimento foi afirmado, o senhor disse que ouviu o Sgt João Vítor falar "Quem souber nadar, entra", essa foi a frase que ele disse?

Testemunha - E que quem quisesse nadar podia entrar.

Assist. Acus. - Certo. É que no momento o senhor disse "Quem souber nadar, entra".

Testemunha - Sim.

> Defesa - Só pela ordem, doutora, só pela ordem. Essa foi a forma que está escrito, não foi ele que escreveu, ele afirmou que ele disse que poderiam entrar. Desculpe invadir seu questionamento.
>
> Juíza - Ok, desculpe, um momento. A testemunha pode então esclarecer o que foi dito nesse momento, por favor Pedro?
>
> Testemunha - Quando a gente tava ali em cima do, a gente não tava bem em cima da portada, a gente tava na beirada, o Sgt João Vitor saiu correndo por cima da ponte e entrou na água, quando ele entrou na água ele disse que quem soubesse nadar era pra entrar na água, mas não foi com uma voz de comando, não foi uma ordem, eu entendo que não foi uma ordem.
>
> […]
>
> Defesa - O senhor sentiu de certa forma que a entrada dele foi um estímulo pra que ocorresse a ida dos demais, foi isso?
>
> Testemunha - Sim senhor, porque acredito que a gente não teria entrado aí se não fosse...
>
> Defesa - Tá certo. Já havia terminado, seu Pedro, a missão? O treino já havia acabado?
>
> Testemunha - Sim senhor. A gente já tinha montado as duas pontes que eram as ordens daquele dia, só que a gente não podia fazer o treinamento físico militar porque tava o tempo feio e pra chuva, então a gente ia arrumar o estande de tiro naquele dia. […]. (grifei)

Resulta como única conclusão admissível, após confrontrar os vastos relatos testemunhais, que, nas circunstâncias de tempo e de espaço narradas na exordial acusatória, os instruendos do Curso de Formação de Cabos (CFC) foram efetivamente estimulados pelo instrutor, ora apelante, a entrarem, no estado em que se encontravam (fatigados da instrução, com coturnos e sem acesso a coletes salva-vidas), nas águas geladas do "Lago 1" do 3º BE Cmb.

Saliente-se que não há que se cogitar de ter havido, por parte do apelante, uma ordem expressa para que os instruendos adentrassem a água, conduta que caracterizaria uma conduta dolosa (dolo eventual) em relação a outro tipo penal (homicídio doloso – art. 205 do CPM), e não uma conduta culposa (imprudência).

O *dominus littis* foi claro e preciso ao imputar ao apelante, na formulação da denúncia, a conduta culposa de ter, em seus dizeres, "permitido e incentivado de forma imprudente" o ingresso dos instruendos na água, após o término da instrução de montagem da portada leve, não devendo ser olvidado, todavia, que a posição do ex-3º Sgt JOÃO VITOR de superior hierárquico e de instrutor ao tempo dos fatos, a toda certeza, serviu para

reforçar de forma imperativa o que as testemunhas traduziram em seus depoimentos por "convite" ou "permissão para adentar à água". E tanto assim, que, ao tempo da dita "comemoração", quem não se atirou na parte profunda do "Lago 1" permaneceu ao menos molhado "na altura do peito" na parte mais rasa do referido local.

Em acréscimo, cabe registrar que os depoimentos acima transcritos esclareceram, em uníssono, que o Sgt FABRÍCIO se encontrava na posição de auxiliar do ora apelante e que partiu daquele alertar aos instruendos do CFC que, caso não soubessem nadar, que não aceitassem o "convite" do ex-3º Sgt JOÃO VITOR para entrar na água, o que acabou sendo acatado por alguns alunos. Em outras palavras, vê-se que não partiu do apelante sequer o cuidado de alertar os militares que não sabiam nadar para não entrarem na água. Aqui jaz a imprudência, de autoria sabida, que gerou o resultado morte em área sujeita à Administração Militar.

A propósito de reforçar a certeza jurídica da autoria delitiva, trago à colação novo trecho da sentença atacada, que faz vigoroso contraponto à tese defensiva de negativa de autoria (evento 179, da APM):

> [...]
>
> No que tange à autoria do delito culposo objeto dos autos, realmente não há dúvidas de que recai sobre a pessoa do réu, o qual, em seu interrogatório, não negou ter sido ele, no dia e local dos fatos, o instrutor de montagem de portada leve do Curso de Formação de Cabos do qual a vítima (Sd Terres) era um dos militares instruendos. Na ocasião, afirmou ainda que, ao término da instrução, permitiu que os alunos, já sem acesso aos coletes salva-vidas, adentrassem às águas geladas do "Lago 1" do 3º BE Cmb.
>
> [...]
>
> Por sua vez, as testemunhas inquiridas deixaram claro que a conduta do réu realmente acabou incentivando os alunos a entrar na água, mesmo sem contar com coletes ou outro material de segurança, como se verá a seguir.
>
> Depoimento muito importante colacionado aos autos é o do Cabo Arthur Pacheco Alves, ouvido no Inquérito Policial Militar e em Juízo, o qual, na condição de instruendo, relatou que, ao final da instrução, após os coletes salva-vidas já terem sido guardados, viu o ex-Sgt João Vitor dizer ao Sargento Fabrício algo como: - Agora só falta uma coisa. Logo após, tirou o malvinão e pulou na água, o que fez com que ele, o Soldado Terres e os demais alunos entendessem que deveriam entrar no lago também. Segundo a testemunha, João Vitor teria corrido sobre a portada e mergulhado no lago, e os alunos fizeram da mesma forma. O Cabo Pacheco contou ainda que o Sgt Fabrício disse para os que não sabiam nadar que não entrarem na água.
>
> O Cabo Pacheco foi claro ao afirmar que não houve ordem para o ingresso dos instruendos no lago, mas que quando o instrutor João Vitor,

que era o responsável pelos alunos, entrou na água, estes entenderam que deveriam entrar também. Disse ainda que se João Vitor não tivesse entrado no lago, eles não teriam entrado também.

[...]

Outro importante depoimento é o do ex-Sd Wuilhin de Oliveira Lopes, também instruendo, o qual, igualmente ouvido na fase inquisitorial e em Juízo, foi enfático ao afirmar que estava entrando em forma, quando o instrutor João Vitor retirou o equipamento, correu sobre a portada e pulou na água como forma de comemoração. De dentro da água, falou que quem soubesse nadar, poderia entrar também, o que, segundo a testemunha, foi interpretado como um convite para que os instruendos entrassem na água.

Em Juízo, disse que um aluno não faz nada que não seja liberado e foi liberado pelo instrutor João Vitor que entrassem na água.

[...]

No mesmo sentido foi o depoimento do Sd Leonardo Soares dos Santos, o qual relatou que estavam todos em forma, quando o instrutor João Vitor teria dito: - Quem souber nadar, venha! Tão esperando o quê? Afirmou ainda que o Sgt Fabrício teria demonstrado maior preocupação com os alunos que não sabiam nadar.

[...]

O Sd Pedro Henrique Bernardes Correa foi outro instruendo a afirmar que o acusado teria dito que quem soubesse nadar poderia entrar no lago.

[...]

Os instruendos Soldado Lima Souza e o Soldado Leonardo Soares dos Santos corroboraram a versão das testemunhas mencionadas anteriormente.

Lima Souza disse ter visto alguns alunos caindo na água após João Vitor entrar no Lago 1 e resolveu pular também. Em seu depoimento, contou que só entrou na água após o Sgt João Vitor entrar e que agiu com euforia porque viu os seus colegas entrando. Por fim, afirmou que se João Vitor não tivesse entrado na água, não teria tomado a iniciativa.

Já o Soldado Soares, contou ter ficado apenas na beira e que, de fato, não houve ordem ara eles entrarem no Lago 1, mas que se sentiu estimulado a entrar na água após o instrutor João Vitor ter entrado para comemorar. Igualmente, asseverou que não teria entrado na água se João Vitor não tivesse entrado.

Certo é que da análise de todos os depoimentos colhidos, tanto em fase de Inquérito quanto durante a ação penal, não há qualquer dúvida quanto à autoria do delito pelo então Sargento João Vitor. Restou provado realmente que os instruendos do Curso de Formação de Cabos (CFC) foram efetivamente estimulados pelo então Sargento João Vitor a

> entrar no Lago 1 do 3º BE Cmb e que, embora não tenha se tratado de uma ordem – o que caracterizaria a prática de um crime doloso –, os alunos só entraram na água porque o instrutor João Vitor o fez anteriormente, ficando claro que quem quisesse também adentrar assim deveria fazer.
>
> [...].

Em relação à materialidade delitiva, que, em síntese, perfaz a própria existência do delito em si, com todos os seus elementos e circunstâncias legalmente previstos, tem-se, primeiramente, que a conduta típica e ilícita imputada ao apelante ex-3º Sgt JOÃO VITOR é a de homicídio culposo, na modalidade de "imprudência", no que a Parte da Chefia da 3ª Seção do 3º BE Cmb, o Boletim de Ocorrência nº 4462/2019/152210 da 20ª Delegacia de Polícia Regional do Interior/Cachoeira do Sul/RS (IPM, evento 1, doc. 1, fls. 7-8) e a certidão de óbito nº 09902801552019400116043003341198 do Registro Civil das Pessoas Naturais de Cachoeira do Sul/RS (APM, evento 18, doc. 21; IPM, evento 1, doc. 4, fl. 65) não deixam dúvidas de que o Sd EV Ex ANTONI **TERRES** MONTEIRO veio a óbito no dia 23 de julho de 2019 em razão de asfixia mecânica por afogamento.

A *causa mortis* do Sd EV TERRES foi de fácil constatação, uma vez que os vestígios periciais são compatíveis com um afogamento, tendo, inclusive, o Instituto Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul esclarecido que a ausência de plâncton nos pulmões da vítima não altera a conclusão pela ocorrência de um afogamento, na medida em que de 20% a 40% dos afogamentos não apresentam líquidos nos pulmões (IPM, evento 25, doc. 44, fl. 22).

Igualmente, o exame de necrópsia efetuado no corpo da vítima aponta para a ocorrência de um afogamento, senão vejamos (IPM, Laudo Pericial - Necropsia, evento 1, doc. 12, fls. 193-194):

> […] CONCLUSÃO: Face ao exposto o(a) perito(a) conclui: os comemorativos da história, achados de necrópsia e ausência de outras alterações concluem que a morte foi causada por asfixia mecânica em afogamento. […].

A prova pericial está em plena harmonia com os depoimentos dos instruendos, ora testemunhas, que presenciaram, no dia e no local dos fatos, o Sd TERRES sofrer um afogamento, ou que prestaram, de alguma sorte, socorro à vítima tão logo seu corpo fora retirado da água já quase sem vida. Assim foram os relatos das testemunhas que chegaram à cena dos fatos após o Sd TERRES ter submergido nas águas do "Lago 1" do 3º BE Cmb:

> **1º Ten Ex Guilherme Rodrigues de Souza (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 1-video, 2-video, 3-video)**
>
> [...]

MP - Então, a acusação que pesa contra o João Vitor é de ter praticado homicídio culposo, que levou ao óbito do Sd Antoni Terres Monteiro, e esse fato que lhe é atribuído aconteceu no dia 23 de julho de 2019, no 3º Batalhão de Engenharia, após uma instrução de lançamento de ponte no lago lá do Batalhão, em que houve uma comemoração em que eles, o acusado e mais alguns soldados se jogaram na água, na época do frio e o fizeram sem os coletes salva vidas, e isso levou ao óbito por afogamento do Sd Terres. O senhor pode nos narrar assim, com as suas palavras? Porque nós precisamos aí de vídeo e áudio, as provas judiciais, o senhor nos contar o que o senhor sabe sobre esse fato, e o seu conhecimento sobre ele, por favor.

Testemunha - O meu primeiro contato com o fato que ocorreu ele foi depois das 3h20min, tava verificando, inspecionando alguns materiais que tinham chegado de mergulho no Batalhão, eu fazia parte de uma comissão de licitação pra aquisição de material de mergulho. Chegou um material e eu tive que ir lá assinar pra receber, enquanto eu assinava os documentos eu ouvi uma sirene que é indicativa do PDA, Plano de Defesa do Aquartelamento, quando eu ouvi a sirene imediatamente eu saí pra fora do depósito onde estava esse material, e eu vi um movimento incomum lá na região dos lagos. Então como eu era o oficial de mergulho do batalhão, automaticamente eu já achei que poderia ter acontecido alguma coisa que ia precisar de mergulhador, então eu saí correndo e fui em direção ao lago. Quando eu cheguei no lago eu encontrei o Capitão Rafael e outros militares na beira do lago, já procurando por um soldado, que no momento eu não sabia quem era, do que se tratava, e imediatamente eu só tirei a minha farda, o que era possível tirar pra diminuir o peso, entrei na água e fiquei procurando o soldado, da água eu fiquei sabendo que era o Sd Terres, e ficamos procurando ele por volta de 25, 30 minutos, procurando até o momento em que um sargento, o Sgt Dias, ele disse que teria sentido alguma coisa, pisou, nisso eu só me desfiz do equipamento que eu tinha que era pesado e fui nadando o mais rápido possível, e nesse momento consegui encontrar o corpo do Sd Terres. Nisso eu peguei ele pela mão e o mais rápido possível tentei tirar ele da água, tirando ele da água, ele já aparentava aqueles sinais de cianose né, lábios bastante roxo, a pele completamente branca, e foi isso. Depois disso ele já foi encaminhado pra ambulância, o médico do Batalhão acompanhou, eu acompanhei e eles começaram a fazer aqueles primeiros movimentos de reanimação cardiopulmonar, e em relação ao fato foi isso. […];

ex-2º Ten Med Ex Fábio Zanella Giacomolli (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 4-video)

[...]

Testemunha - Ok. Então, naquela tarde eu não estava ali no lago onde ocorreu, eu estava no meu posto médico né, assim que eu fui acionado eu desci até lá imediatamente, eles me avisaram que poderia

ser algo mais grave, cheguei lá embaixo e já estava a ambulância lá que sempre fica nessas práticas, já estava lá a ambulância, um (Inaudível), que é o termo que eles chamam né. Quando eu cheguei lá embaixo o pessoal já estava tentando localizar o corpo no lago né, então no momento que eu cheguei a situação era essa, tavam alguns militares de fora do lago e alguns dentro do lago tentando localizar o corpo.

MP - O senhor presenciou a retirada do corpo do lago e o senhor chegou a adotar aquelas primeiras medidas médicas ali de ressuscitação? Pode nos descrever como isso ocorreu e qual era o estado? Se você percebeu que ele já estava em óbito quando foi retirado da água, as medidas médicas que adotou, o transporte pra onde foi feito, por favor.

Testemunha - Sim. Bom, então quando eu cheguei lá embaixo o pessoal estava tentando localizar o corpo no lago, eu ajustei ali com a equipe da saúde né, coloquei a ambulância melhor posicionada, deixai a maca livre no lado de fora para quando sair colocar o corpo na maca rígida e transportar pra dentro da ambulância, eu falei com os meus soldados que estavam ali pra cada um já fazer uma função, pra ficar o mínimo de organização naquela função toda ali, mas estávamos todos organizados com isso, mesmo assim a localização do corpo demorou bastante tempo né, eu não sei precisar ao certo quanto tempo, mas eu lembro assim, no mínimo uns 25 minutos o tempo que eu fiquei lá né. Nesse meio tempo eu avisei o hospital lá de Cachoeira do Sul que nós iríamos provavelmente chegar com uma vítima de afogamento né, porque eu conhecia o pessoal do hospital, então eu avisei eles que nós iríamos chegar pra eles também se prepararem. Como eu vi que estava demorando bastante para localizarem, eu avisei algum companheiro meu que eu não lembro quem era pra entrar em contato com os bombeiros pra eles virem até o local, por quê? Eu comecei a perceber que quem estava tentando resgatar o soldado estava ficando muito cansado, os soldados, os sargentos estavam ali mergulhando, enfim, eles também estavam ficando cansados da procura, tanto que alguns tiveram que ir pro hospital depois, mas enfim, aí no momento que localizaram o corpo, eles trouxeram até a borda ali do lago, onde estava a maca rígida localizada, e imediatamente quando colocaram ali bom, ele estava com as extremidades muito frias, estavam azuis né, que a gente chama de extremidade cianóticas. O primeiro procedimento foi ver se ele tinha algum pulso central pra ver se tinha batimento cardíaco e não tinha, como eu vi que não tinha pulso, não tinha batimento cardíaco, eu iniciei imediatamente as manobras de ressuscitação cardiopulmonar, que a primeira manobra é a massagem cardíaca né, a gente iniciou as manobras, massagem cardíaca, colocamos o oxigênio e colocamos na ambulância e nos direcionamos ao hospital ali o mais rápido possível.

MP - Certo. Então colocou na ambulância e dali conduziram ao hospital, e o senhor, naquele momento lá em que tava conduzindo o senhor já tinha consciência que ele já tava em óbito?

> Testemunha - Sim, naquele momento ali ele não tinha nenhum movimento respiratório, batimentos cardíacos não tinha, não tinha pulso central, não tinha nenhuma resposta, então naquele momento ali ele estava em óbito né, a gente chama, ele estava em parada cardiorrespiratória.
>
> MP - E ao chegar no hospital assim, qual foi o procedimento? O senhor o acompanhou até algum local, até entregar pra um outro médico? Em que momento assim, o senhor se retirou do local?
>
> Testemunha - Bom, durante o transporte a gente foi fazendo as manobras de reanimação né, porque não pode parar em momento nenhum. A gente chegou no hospital, e na emergência eu passei o caso pro médico que estava lá de plantão, o paciente ficou na emergência mesmo ali, eles continuaram as manobras de reanimação cardiopulmonar né, conforme o protocolo deles lá, e durante todo o momento eu fiquei ali até o médico lá da emergência, daí ele tomou as condutas né, naquele momento eu não poderia opinar muito, enfim, foi conforme ele fez lá, eu fiquei até o médico da emergência constatar que não havia mais o que ser feito né.
>
> MP - Constatar o óbito, informar o óbito, isso?
>
> Testemunha - Isso, exato. […]. (grifei)

Como visto acima, tão logo foi localizado e retirado da água, o Sd TERRES teve imediata e eficiente assistência médica por parte do ex-2º Ten Med ZANELLA, o qual não conseguiu reverter o quadro clínico já instalado de parada cardiorrespiratória (PCR) da vítima, sendo que esta já apresentava visíveis sinais de óbito por afogamento, tais como a presença de extremidades cianóticas (azuladas), ausência de movimento respiratório, de pulso central e de batimentos cardíacos, etc.

Por se tratar o delito imputado ao apelante ex-3º Sgt Ex JOÃO VITOR de um crime culposo, a prova quanto à ocorrência de tal delito perpassa também pela análise e demonstração dos elementos relacionados à conduta humana voluntária, à violação de um dever de cuidado objetivo (na modalidade de imprudência), à existência de um resultado naturalístico, ao nexo causal, à previsibilidade do agente e à tipicidade.

Nada havendo que se explorar em relação aos requisitos do resultado naturalístico e da tipicidade, uma vez que não há dúvidas de que a vítima veio a falecer e de que a conduta de homicídio culposo é penalmente típica no âmbito do direito penal militar (art. 206 do CPM), tal como já referido anteriormente, vê-se que a combativa defesa do apelante concentrou seus esforços para desqualificar os demais elementos que compõem o delito culposo, com especial destaque aos elementos da violação do dever objetivo de cuidado, do nexo causal (ligação entre a conduta e o resultado ilícito) e até mesmo da previsibilidade do resultado naturalístico.

Com efeito, a partir das razões de apelação e do interrogatório do ex-3º Sgt JOÃO VITOR, vê-se que, no que toca à alegação de imprudência, o mesmo procurou justificar sua conduta no dia 23 de julho de 2019 sob os argumentos de que não deu ordem expressa para que os militares entrassem na água e de que apenas objetivava comemorar com os alunos do CFC o término da instrução, sendo que a defesa técnica do apelante, na fase anterior à sentença condenatória, procurou lançar dúvidas também sobre a capacidade do Sd TERRES saber nadar.

Conceitualmente, é cediço que a imprudência é uma modalidade de culpa penal que deve ser entendida dentro do contexto da violação de um dever objetivo de cuidado, dever este implícito e explícito à posição do ex-3º Sgt JOÃO VITOR como instrutor do ofendido e dos demais militares instruendos. A imprudência, de forma mais geral, deve ser compreendida como um agir sem precaução, de forma precipitada, imponderada, uma violação de regras de conduta ensinadas pela experiência que se desenrola paralelamente à ação do sujeito ativo do delito.

No caso dos autos, a imprudência juridicamente relevante na conduta do apelante se verificou por intermédio de diversos fatores, os quais, somados, acarretaram o óbito do Sd Terres por afogamento.

De início, diga-se que, no dia dos fatos, as águas do "Lago 1" do 3º BE Cmb estavam geladas, constatação esta que encontra suporte, tanto na experiência do clima de inverno na região Sul do país, época dos fatos, como nos documentos de meteorologia carreados nos autos do IPM nº 7000124-84.2019.7.03.0303 (evento 25, doc. 44, fls. 36-38), nos depoimentos das testemunhas da acusação e no próprio interrogatório do apelante, que assumiu que seus instruendos se encontravam trêmulos e com frio. E tanto assim que, em razão do ocorrido com o Sd Terres, o Cb Pacheco chegou a sair da água com hipotermia e precisou de atendimento médico.

Somou-se à baixa temperatura do dia 23 de julho de 2019 o fato de que os instruendos do CFC, inclusive a vítima Sd TERRES, após o término da instrução, encontravam-se fadigados fisicamente, situação que era de conhecimento do apelante e poderia ser presumida, tanto pela experiência militar, como por ser a montagem de uma portada leve, junto com as demais atividades militares do dia 23 de julho de 2019, um conjunto de atividades fisicamente exigentes.

Ademais, além de estarem exaustos fisicamente e serem desfavoráveis as condições climáticas do dia, após o término da instrução de montagem da portada leve, todos os instruendos do CFC não mais tiveram acesso aos coletes salva-vidas utilizados por todos no curso da instrução, uma vez que o PRÓPRIO APELANTE ordenou trancá-los em um contêiner. Assim, por estarem em forma na ocasião do "convite" (permissão e incentivo) imponderado do

apelante para entrarem na água, não tiveram tempo sequer para retirarem os seus coturnos e ingressaram na água sem coletes salva-vidas.

Com relação a todos esses aspectos, que compõem a imprudência no agir do apelante no dia os fatos, assim se manifestaram as seguintes testemunhas da acusação:

> **Cb Ex Arthur Pacheco Alves (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 5-video, 6-video)**
>
> [...]
>
> MP - Certo. E depois que ele afundou os outros, seus colegas lá, alguém mergulhou tentando puxar ele, ou não?
>
> Testemunha - Na hora ali tinha mais gente na água ali, e logo depois chegou o pessoal que é mergulhador do Batalhão e já tava pra entrar na água. Só que eu me recordo de eu ter sido tirado da água e entrar na ambulância e ser levado pra enfermaria né, eu já saí da água com hipotermia.
>
> MP - Ah, sim.
>
> Testemunha - Então eu não me recordo bem ali.
>
> MP - Era mês de julho, era um dia muito frio né?
>
> Testemunha - Sim senhor, e tava chovendo durante o dia, choveu o dia inteiro.
>
> MP - Você falou que você estava de coturno, qual era o uniforme que você estava usando pra montar essa portada? Você estava com esse uniforme que você está, ou estava de calção e camiseta, e que tipo de calçado?
>
> Testemunha - Era coturno, calção verde e a camiseta camuflada, que daí o nosso décimo... Não vou me recordar agora o número do uniforme, mas era coturno...
>
> MP - Não precisa. Sim, coturno, calção e camiseta, é isso?
>
> Testemunha - Sim senhor.
>
> MP - E vocês se jogaram assim na água de coturno, assim, o lago ele não dá pé né? Ele tem mais de 4 metros de profundidade. Vocês não tiraram o coturno, assim, pra se jogar na água não?
>
> Testemunha - Não, não senhor, do jeito que a gente tava ali a gente pulou.

MP - E o Sgt João Vítor, ele também se jogou na água de coturno?

Testemunha - Sim senhor, eu me recordo que ele só tirou o malvinão que ele tava por cima.

MP - E dá pra nadar assim de coturno? É mais difícil né?

Testemunha - Sim senhor, é muito complicado, o coturno pesa bastante. [...]

ex-Sd Ex Wuilhin de Oliveira Lopes (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 7-video, 8-video);

[...]

MP - Você voltou pra portada mesmo, é isso?

Testemunha - É, eu pulei da portada.

MP - E voltou?

Testemunha - Dei umas três braçadas pra frente assim e senti que tava muito fria, eu tava com as pernas meio que duras assim por causa do frio, aí eu decidi voltar pra portada, aí eu voltei e um menino me puxou pra cima.

[…]

MP - E você quando entrou na água você entrou também de coturno? Todos entraram de coturno?

Testemunha - De coturno.

MP - O coturno não puxa pro fundo, assim? Não afunda?

Testemunha - Dá uma dificultada, dificulta um pouco, mas dá pra nadar.

MP - Dá pra nadar com o coturno?

Testemunha - Dá, mas ele pesa, não é a mesma coisa, enche de água.

MP - (Inaudível).

Testemunha - Não é a mesma coisa.

[…]

Testemunha - Não deu, demorei muito pra achar aquela corda, não achava em lugar nenhum, saí procurando alguma coisa que pudesse ajudar, quando achei aquela corda levei, mas já era tarde demais.

MP - Quando você retornou, o Terres já tinha afundado? Já tavam procurando ele?

Testemunha - Tava afundando, não lembro direito, mas parece que tava afundando. É que eu fiquei um tempinho descansando ali na portada quando eu subi né, por isso eu perdi tempo, quando eu saí da água eu fiquei sentado na portada me recuperando um pouco.

[…]

Juiz Militar - Wuilhin, logo no início do teu depoimento tu falou que pulou na água e ela tava muito fria e logo em seguida tu te segurou na portada. Fria quanto? Que sensação tu teve quando tu pulou nessa água?

Testemunha - Ah, pulei na água... Eu tava cansado né, nós estava montando a ponte o dia todo, desde manhã. Eu pulei na água e dei umas três braçadas pra frente e senti que ela estava muito... Não foi câimbra, foi fria mesmo. É que era inverno né, tava frio, senti que as pernas meio que deu uma travada nas pernas, não tava conseguindo bater as pernas direito e voltei pra portada, daí me puxaram.

Juiz Militar - Então tu julga que sentiu as pernas quase travando por conta do frio?

Testemunha - Não é quase travando, eu não conseguia bater direito por causa do frio.

Juiz Militar - Tá.

Testemunha - Mais o coturno junto...

Juiz Militar - Entendi. E tu sabe nadar, tu pulou na água porque tu sabe nadar?

Testemunha - Eu sei, não digo que eu sei nadar, não sou o bicho na água, mas garanto, dá pra escapar.

Juiz Militar - E apesar disso tu sentiu dificuldade por conta do frio?

Testemunha - Não tive confiança de tentar atravessar, achei melhor voltar. […];

Sd Ex Leonardo Soares dos Santos (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 9-video, 10-video, 11-video)

Testemunha - (Inaudível), aí veio a ambulância depois, tudo certinho, aí veio ambulância depois, prestou socorro ao Sd Pacheco, entrou até em hipotermia porque a água tava bem fria no dia, e aí depois começaram as buscas pelo corpo dele no caso né, que tava submerso na água. […]

Assist. Acus. - Qual foi a atitude dele quando percebeu que o TERRES tava se afogando?

Testemunha - A primeira atitude dele foi pedir pra pegar os coletes no caso de volta né, mas aí a gente já tinha cadeado o contêiner e o cadeado era bem grande e nós não tinha nada que pudesse quebrar ali no caso, era só peça de ponte, tudo peça grande, não tinha como bater. Aí olhamos dentro dos botes, tinha uns botes também lá na volta, a gente tentou achar aqueles negócios de socorrer, uns vermelhos, aí não achamos nada, mas ele só pedia pra gente pegar o colete no caso, pegar corda que a gente tinha pra tentar salvar ele no caso.

Assist. Acus. - E a ordem pra guardar os equipamentos partiu do Sgt João Vitor também?

Testemunha - Isso, acabou a instrução, aí ele mandou a gente por os coletes lá dentro, cadear o container e a gente já ia partir pra outra instrução no caso, aí ele resolveu fazer essa […]

[…]

Juiz Militar - Tá. Você também falou que teve um soldado que teve hipotermia.

Testemunha - Foi o Sd Pacheco no caso. Ele tremia e já tava bem branco assim, sabe, por ter ficado bastante tempo na água tentando tirar o Sd Terres no caso né, aí no momento que a gente conseguiu tirar ele pra rua ele tremia bastante e aí o sargento disse que ele tava entrando em hipotermia e que era pra levar ele urgente pro hospital pra fazer os procedimentos com ele, ele foi um dos primeiros a sair de lá. […].

Necessário observar, nas transcrições acima, que mesmo os soldados que sabiam nadar sentiram dificuldades para tanto, seja pela temperatura da água, seja pelo fato de estarem fisicamente fatigados e vestidos com coturno, ou seja, uma reunião de fatores que não contribui para um bom desempenho no meio aquático por qualquer pessoa.

No caso específico do Sd TERRES, necessário ainda frisar que este, ante provas em contrário, gozava de boa saúde médica (IPM, Ficha Médica, evento

1, doc. 4, fls. 71-74) e sabia efetivamente nadar, e tanto que assim o declarou por ocasião da sua ficha de seleção ao serviço militar obrigatório (IPM, Ficha de Entrevista Individual - evento 1, doc. 16, fls. 299-302), e, no dia e no local dos fatos, foi visto nadando logo antes de sofrer de câimbras.

Todas essas situações foram bem exploradas e analisadas na sentença condenatória, de que me aproveito como razões de decidir, *in verbis*:

> [...]
>
> Deve ser ressaltado que os soldados estavam bastante cansados, calçavam coturnos e não estavam mais de posse dos coletes salva-vidas, tendo em vista que a instrução já havia terminado. Ademais, consta dos depoimentos que a água do lago estava muito gelada e o dia estava muito frio e chuvoso (era inverno na região).
>
> Um desses militares, o Sd EP Antoni Terres Monteiro, que sabia nadar e gozava de boa saúde, em dado momento, já dentro do lago, disse estar sofrendo de câimbras que o impediam de continuar nadando até a margem. Imediatamente, diversos militares Tentaram ajudá-lo, conforme consta dos depoimentos das testemunhas, mas, em razão da ausência de recursos disponíveis de forma imediata, não houve êxito, tendo o Sd EP Terres, por não estar usando colete salva-vidas, submergido nas águas do Lago 1, a 14m catorze metros) de distância da margem mais próxima, onde permaneceu de 20 a 25 minutos sob a água e acabou por sofrer afogamento (asfixia mecânica).
>
> [...].

Contudo, no mero exercício da argumentação, ainda que se assumisse que o Sd TERRES não soubesse nadar ou não tivesse destreza suficiente no meio aquático, tal não isentaria o apelante quanto ao incremento ou à criação de risco proibido relevante ao bem jurídico tutelado pela norma do art. 206 do CPM, uma vez que, caso aquele ofendido tivesse tido acesso aos coletes salva-vidas utilizados no curso da instrução de montagem da portada leve, os quais se encontravam guardados e trancados em um contêiner, o desfecho da situação criada pelo ex-3º Sgt JOÃO VITOR seria obviamente diferente, pois o Sd TERRES poderia, ainda que com câimbras, ter aguardado flutuando o auxílio necessário.

Dessa forma, o caráter imprudente na conduta do réu também pode ser verificado na medida em que incentivou e permitiu o ingresso dos instruendos do CFC na água sem a utilização de coletes salva-vidas ou outro meio de resguardo ao afogamento, sendo que o apelante tinha pleno conhecimento de que, por ordem sua, os coletes salva-vidas estavam guardados e trancados dentro de um contêiner.

Indubitavelmente, a não utilização de colete salva-vidas, tampouco o fato de não tê-los à disposição de forma facilitada, foi decisivo para o desfecho trágico em relação ao Sd TERRES, tendo mais de uma testemunha referido que, após a constatação de que ele se encontrava em processo de afogamento,

somente fora localizada uma corda nas imediações para tentar auxiliar aquela vítima, corda essa que não funciona como um flutuador, especialmente se considerada a característica física da vítima. Vejamos o teor dos depoimentos:

> **1º Ten Ex Guilherme Rodrigues de Souza (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 1-video, 2-video, 3-video)**
>
> [...]
>
> Assist. Acus. - Certo. No local tinha algum equipamento para salvamento, como bote, corda, os próprios coletes, estavam ali no local?
>
> Testemunha - Havia, havia, puxando de cabeça tinha uma corda que eles tavam utilizando pra mover a portada, que eles estavam usando, e ela é uma corda que ela é flutuante, então teoricamente você poderia usar ela pra fazer algum tipo de resgate, além disso os membros da equipe de instrução, aliás os soldados que estavam ao redor eu não consigo lembrar se eles estavam de colete, mas em toda instrução é previsto né, então do mesmo jeito como tá escrito ali na denúncia, havia coletes no local, não é possível a instrução acontecer sem que todos os instruendos que vão ter contato com água eles estejam de coletes, então é um critério, não tem como passar a instrução sem estar com o colete, então meios pra fazer o resgate haveria, os coletes inclusive eles eram da carga do meu pelotão há época, a cada seis meses a gente faz os testes do colete pra verificar se eles continuam em condições desse teste de publicarem boletim interno. Então meios pra fazer o resgate havia? Sim, havia.
>
> Assist. Acus. - Mas a testemunha tem conhecimento de que o afogamento se deu após o término da instrução, e conforme depoimento de outras testemunhas no IPM, os equipamentos estavam guardados num caminhão, em contêineres, chaveados, então por isso a pergunta, quando o senhor chegou ao local visualizou algum equipamento além da corda?
>
> Testemunha - Não. Assim, faz dois anos, puxando na cabeça eu lembro de ter visto, inclusive ter esbarrado, era a corda. […];
>
> **Cb Ex Arthur Pacheco Alves (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 5-video, 6-video)**
>
> [...]
>
> Assist. Acus. - Certo. Neste momento dessa comemoração já não tinha mais nenhum equipamento de proteção de salva vidas, bote, as cordas, enfim, ali no local?
>
> Testemunha - Isso, já tava tudo guardado no contêiner, que já tinha acabado a instrução e nós tinha sair dali da região. […];

ex-Sd Ex Wuilhin de Oliveira Lopes (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 7-video, 8-video)

[...]

MP - Aí você voltou pra portada e você percebeu lá quando o Terres tava se afogando? Você percebeu quando o outro soldado lá, o Arthur foi ajudá-lo?

Testemunha - Percebi, saí correndo pra procurar uma corda pra tocar nele.

MP - (Inaudível).

Testemunha - Aí achei uma corda, peguei uma corda que tava lá longe, tentei atirar nele pra eles se agarrar.

MP - Mas não deu muito certo?

Testemunha - Não deu, demorei muito pra achar aquela corda, não achava em lugar nenhum, saí procurando alguma coisa que pudesse ajudar, quando achei aquela corda levei, mas já era tarde demais. […];

Sd Ex Leonardo Soares dos Santos (Certidão - evento 110, doc. 115; Ata - evento 110, doc. 116; evento 111, 9-video, 10-video, 11-video)

[...] Juiz Militar - Então naquele local onde o Sgt Joao Vitor pulou, vocês não haviam estado nem de colete dentro d'água?

Testemunha - Não. […].

Fácil perceber que a forma com que se comportou o apelante no dia dos fatos mostrou-se inteiramente imprudente diante de seu dever com a preservação da vida dos Soldados que participavam do Curso de Formação de Cabos, e tanto assim que houve franca violação das normas de segurança para a realização de instruções envolvendo o meio aquático.

Diga-se, primeiramente, que a instrução de montagem de portada leve a cargo do 3º Sgt JOÃO VITOR estava agendada no Quadro de Trabalho Semanal do 3º BE Cmb (IPM, evento 1, doc. 5, fls. 91-92) e previa a observância das normas de segurança vigentes, dentre as quais estava a utilização de coletes salva-vidas por todos os militares envolvidos. Tal é o que se extrai do Plano de Segurança nº 75/19 - S3, 3º BE Cmb, de 18 de julho de 19, assinado pelo apelante, que assim dispõe em seu item "9" (IPM, evento 1, doc. 5, fls. 86-87 e 89-90):

[…]

6. Equipe de Segurança:

> [...]
>
> b. Conduta: Todos os militares que estão envolvidos na equipe de segurança estarão atentos às medidas preventivas de acidentes.
>
> […]
>
> 9. Outras medidas de caráter particular julgadas necessárias: Todos os militares devem estar com luvas e coletes salva vidas. […].

E, além do Plano de Segurança específico da instrução da qual participavam o apelante, como instrutor, e a vítima, como instruendo, o 3º BE Cmb contava com um Programa de Prevenção de Acidentes na Instrução (Ordem de Serviço nº 03/19 - S3 - IPM, evento 1, doc. 7, fls. 114-120), de pleno conhecimento do réu, que assim claramente dispunha:

> […]
>
> 4. PRESSUPOSTOS BÁSICOS
>
> a. Considerações Gerais
>
> 1) Todos os acidentes podem e devem ser evitados.
>
> […]
>
> 3) Todo pessoal envolvido direta ou indiretamente com uma instrução miliar deverá estar conscientizado do grau de risco que a envolve e da necessidade de que todos se mobilizem em prol da eficiência, disciplina e rigor funcional.
>
> 4) Normalmente, o acidente é resultado de uma sequência de eventos chamados "Fatores Contribuintes", que se somam até atingirem determinado ponto de irreversibilidade.
>
> […]
>
> 8) A instrução militar é caracterizada pela existência de normas coerentes e adequadas ao seu desenvolvimento, pelo fiel cumprimento dessas normas, e pela disciplina e profissionalismo característicos dos integrantes do 3º BE Cmb. Nesse sentido, são inaceitáveis quaisquer tipos de trotes ou brincadeiras.
>
> […]
>
> 11) Nas atividades de instrução devem ser considerados os seguintes aspectos, dentre outros julgados necessários: a) As condições climáticas, o esforço a ser dispendido pela tropa e o uniforme da atividade, a fim de se evitar possíveis danos à integridade física dos militares; e
>
> […]
>
> 5. SISTEMÁTICA DA PREVENÇÃO DE ACIDENTES DE INSTRUÇÃO
>
> […]

> d. Medidas Preventivas […]
>
> 6) Durante as atividades de instrução, manutenção e outras de caráter militar, atenção especial deve ser dada para o uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI) de uso geral e específicos para cada atividade ou MEM, tais como:
>
> […]
>
> c) Colete salva-vidas;
>
> […].

E para além de outras orientações normativas correlatas e em vigência ao tempo dos fatos (evento 1, docs. 8-10, fls. 129-138), é de se destacar que no Programa de Instrução Individual de Qualificação e Curso de Formação de Cabos (Ordem de Instrução nº 22/19 - S3, do 3º BE Cmb, de 7 de junho de 2019), constava expressamente que:

> […]
>
> 7) Segurança na instrução
>
> […]
>
> c) As atividades desenvolvidas no meio aquático deverão ser sempre realizadas com o uso de coletes salva-vidas;
>
> […].

Como se pode observar acima, a conduta do apelante no dia dos fatos, após o término das atividades principais de montagem da portada leve, mostrou-se absolutamente contrária às normativas do 3º BE Cmb em relação à prevenção de acidentes, seja em razão dos instruendos, dentre os quais a vítima, não estarem utilizando (e nem tinham mais disponíveis) coletes salva-vidas quando adentraram às águas do "Lago 1" da OM, seja em razão de que brincadeiras/comemorações com risco à segurança eram absoluta e expressamente intoleráveis.

Quanto a tal questão, a saber, a violação das regras de segurança pelo apelante, oportuno observar o teor do depoimento da testemunha 1º Ten Ex GUILHERME RODRIGUES DE SOUZA (evento 110 da APM, a seguir transcrito:

> […]
>
> MP - ... da investigação no inquérito que durante o lançamento dessa portada os instruendos e o instrutor estavam usando colete salva vidas, e que depois dela montada recolheram em um container, e aí então houve a título de comemoração pela montagem do obstáculo, então o réu teria se lançado à água, se jogado no lago e incentivado os demais soldados a fazer isso. Usando a sua experiência como oficial da engenharia, isso é normal, esse tipo de comemoração e incentivar os soldados a se jogar num lago profundo sem o equipamento de proteção?

Testemunha - Negligenciar qualquer regra de segurança não é normal, em nenhuma situação, nem mesmo em situação de um civil ou militar, negligenciar uma regra de segurança nunca é normal, mas o que, assim, acontece? No batalhão em Cachoeira do Sul a gente vive a engenharia de uma forma muito intensa, então cada missão a gente se empenha, a gente se orgulha, a gente fica feliz em ver a missão cumprida, então assim, é uma coisa difícil de se descrever o sentimento de missão cumprida que a gente sente quando a gente termina de montar uma ponte, ainda em uma situação complexa, frio, as vezes a gente pega água congelando, e a gente vê a vontade em cada um dos militares, da equipe de instrução até os soldados de fazer, de cumprir aquela missão, de querer desenvolver bem o seu trabalho, de representar bem o seu pelotão, a sua fração. Então é, de certa forma, assim, natural, esse sentimento, essa exacerbação, um sentimento de alegria quando a gente termina uma instrução de montagem de uma portada, de uma passadeira, de uma ponte, seja qual for. É natural negligenciar regra de segurança? Não, de nenhuma forma, militar ou civil, não é natural, nunca é normal negligenciar uma regra de segurança.

MP - É isso? Assim, em relação ao instrutor, aquele que é responsável por ministrar uma instrução, embora esses aspectos subjetivos de contentamento pela instrução concluída, mas em relação ao instrutor, ele tem obrigação de cumprir as regras de segurança, né? Ele é responsável pela segurança daqueles instruendos que estão sob sua responsabilidade naquele momento conforme a previsão no quadro de trabalho semanal. Essa é a minha pergunta, se é responsabilidade do instrutor manter as regras de segurança dos instruendos, em relação aos instruendos, nesse aspecto que eu quero lhe questionar tenente.

Testemunha - É, é responsabilidade do instrutor, cada instrutor ele recebe a sua instrução e ele é responsável por toda a parte de planejamento e instrução, inclusive os aspectos de segurança, então a responsabilidade ela fica na mão do instrutor.

MP - E um último esclarecimento assim, pra utilizar o seu conhecimento aí nessa área. Essa montagem de portada, ou montagem de outro tipo de ponte pelos militares da engenharia, isso aí deve ter um regulamento né? Um regulamento que monte, tipo um manual de instrução pra nós aqui que não somos da área né.

Testemunha - Aham.

MP - Nesses regulamentos referente, pode não ser chamado regulamento, mas algum material de orientação sobre a montagem dessa portada, deve ter lá a previsão, já que é em lago, em rio, de se utilizar os coletes salva vidas, tem isso?

Testemunha - Tem isso, existe o caderno de instrução de prevenção de acidentes de gerenciamento de instrução, nesses

documentos de segurança, ele já prevê que instruções que tenham curso de água, durante a instrução tem que haver o uso do colete, é obrigatório, independente da capacidade técnica da pessoa.

MP - Certo. E os oficiais e sargentos né, oficiais e graduados, eles têm conhecimento dessas regras de segurança nas instruções? Faz parte assim, da profissão deles?

Testemunha - Faz, faz parte, no início de todo período de instrução militar todos os militares que vão fazer parte dos membros da equipe de instrução, eles fazem parte de uma serie de instruções de nivelamento, nessas instruções de nivelamento, todos nós, independente da nossa experiência, nós temos o contato e a revisão dessas normas de segurança, contato com acidentes que já aconteceram, divisão de experiências e o contato com os manuais em que são previstos cada instrução. Então, todo ano isso acontece, isso é publicado em boletim interno, então todos os militares têm que assinar e participar dessa instrução, então se faz parte da equipe de instrução que tem contato com soldado recruta, ou CFC, ou CFST, curso de formação de cabo, ou curso de formação de sargento temporário, vai ter contato com essa instrução inevitavelmente.

[…]. (grifei e negritei)

Por ocasião do interrogatório, o apelante admite que recebeu instrução quanto às normas de segurança e da necessidade de utilização de coletes salva-vidas para atividades em meio aquático e que o óbito do Sd TERRES ocorreu quando todos os coletes salva-vidas já estavam guardados e trancados (evento 132 da APM):

[…]

Juiz Militar - Eu tenho algumas perguntas aqui. Quanto ao salva vidas, João Vitor, o pessoal tinha...

Juiz Militar - ...disponibilidade do salva vidas, pro pessoal na instrução ali? Equipamentos salva vidas né, colete salva vidas?

Réu - Sim Major. No meu planejamento, na verdade na documentação que eu planejei pra minha instrução, plano de instrução e plano de segurança, no plano de segurança estava previsto sim que todos deveriam estar com colete salva vidas, inclusive eu e o Sgt Fabrício que não estávamos na água, estávamos na superfície, nós estávamos de colete no dia né, pra caso a gente precisasse entrar na água, seja pra orientar, seja pra fazer até mesmo um resgate, nós estávamos de colete salva vidas. O acidente, a fatalidade aconteceu depois da instrução, depois de que já havia sido guardado o material pra gente se deslocar pra próxima atividade.

> Juiz Militar - Bom, tu já falaste aqui que tinha um plano de seção né, tinha um plano de segurança com gerenciamento de risco pra atividade?
>
> Réu - Sim senhor, o plano de segurança estava previsto, o gerenciamento de risco não era necessidade, mas tanto o plano de segurança, tanto como o plano de seção foi avaliado pelo instrutor chefe do curso, ele assinou, logo depois foi despachado pra Terceira Seção do Batalhão, que era o Capitão Bruno César, que ele também verificou, também assinou e viu que tava tudo de acordo. […].

É de ampla sabença que "comemorações" são práticas existentes e saudáveis no meio militar, pois fortalecem o espírito de equipe e consagram as conquistas obtidas pelo trabalho conjunto. Contudo, tais "comemorações" não podem, em hipótese nenhuma, olvidar a segurança da vida humana, o bem maior tutelado pelo Direito Penal Comum e Castrense, e que justifica, inclusive, no âmbito da política criminal, a incriminação da conduta culposa do homicídio e de outras condutas cujos bens jurídicos tutelados são relevantes para a sociedade e para o Estado.

O descuido com as regras de segurança e de prevenção de acidentes não pode ser tolerado, tanto no curso das instruções militares, como durante as respectivas "comemorações", o que é uma obviedade que não exige maiores esclarecimentos. Sobre tal questão, assim se manifestou claramente a testemunha 1º Ten Ex GUILHERME RODRIGUES DE SOUZA (evento 110 da APM):

> [...]
>
> Assist. Acus. - Certo. Por fim, quando o senhor refere que no âmbito da engenharia, seria considerado natural a atitude do réu de comemorar após [...]
>
> Testemunha - Não, não, em momento nenhum eu disse que em nenhum âmbito da engenharia é natural a atitude que ele cometeu, não é natural.
>
> Assist. Acus. - Da comemoração.
>
> Testemunha - Eu fui explícito nisso, não é natural ou com civil ou com militar negligenciar regras de segurança.
>
> Assist. Acus. - Natural a comemoração?
>
> Testemunha - O quê?
>
> Assist. Acus. - Isso que foi dito, que é natural a comemoração é natural?

Testemunha - Sim.

Assist. Acus. - Certo. Mas, em se tratando do instrutor, no caso se a testemunha fosse o instrutor...

Assist. Acus - ...naquele momento agiria da mesma forma? A pergunta é essa.

Testemunha - Não, com certeza não.

Assist. Acus. - Ok, obrigada.

Testemunha - Com certeza não, porque é rotineiro, a minha profissão é dar instrução, hoje eu dei instrução, ontem eu dei instrução, e independente da comemoração não há, eu não cometo esse tipo de questão assim, de negligenciar regra de segurança, mesmo tanto numa instrução ou numa comemoração.

[…]

Juíza - Eu tenho uma pergunta para fazer para o senhor, tenente, o senhor falou que é normal essa comemoração, ok? Depois das missões cumpridas, é comum esse mesmo tipo de comemoração? Essa comemoração que foi feita, é comum que aconteça na rotina dessa unidade?

Testemunha - O que seria o comum? Vamo lá.

Juíza - Sempre que acabam uma missão se comemora dessa forma, ou existem outras formas de comemorar?

Testemunha - Não, existem outras formas, existem outras formas.

Juíza - Como por exemplo?

Testemunha - O que seria o normal? Assim, numa área balizada, próximo, que todo mundo desse com a água mais ou menos no joelho, o pessoal de colete, entrar na agua, balançar um pouco a água e pronto, ou, no meio militar tradicionalmente a gente tem o costume de gerações de séculos assim, de comemorar qualquer coisa com uma flexão, então junta, reúne todo mundo, vamos comemorar, no espirito de diversão, de cumprimento de missão, e a gente faz flexões, todo mundo, a tropa, desde oficiais até os soldados, então isso é um tipo de comemoração que é comum.

[…].

Como exaustivamente verificado nos depoimentos antes transcritos, a conduta do 3º Sgt JOÃO VITOR mostrou-se evidentemente imprudente no dia

dos fatos, imprudência essa que, infelizmente, acabou por vitimar o Sd TERRES, mas que, mesmo que tal fato não tivesse ocorrido, ainda assim seria caracterizada como imprudente.

Demonstrado à exaustão, assim, que o ex-3º Sgt JOÃO VITOR violou deveres objetivos de cuidado em relação à vítima, passar-se-á, em sequência, para a análise do requisito do nexo causal, entendido como sendo a ligação existente entre a conduta do agente (incentivo e permissão para a vítima entrar, fatigado fisicamente e sem colete salva-vidas, na água do "Lago 1" do 3º BE Cmb que estava gelada, e em local fundo) e o resultado naturalístico (óbito do Sd EV TERRES), isto é, a análise do vínculo entre o fato e a consequência.

Como já referido anteriormente, a defesa, em período anterior à sentença condenatória, lançou dúvidas sobre a capacidade de nadar do Sd TERRES no dia dos fatos. Tal questão não oferece maiores dúvidas, na medida em que aquele militar declarou saber nadar e diversas foram as testemunhas que o viram nadar logo antes de ser acometido de câimbras.

Grosso modo, a sensação de câimbra é derivada de uma contração muscular intensa, involuntária e dolorosa, capaz de surgir em qualquer parte do corpo, mas que normalmente aparece nos pés, mãos ou pernas, especialmente na panturrilha e na parte de trás da coxa. Muito comuns em pessoas submetidas à intensa atividade física, por conta da fadiga muscular, as câimbras, quando ocorrem em nadadores, podem ocasionar dificuldade para se manter na superfície da água.

Tal conclusão, por sinal, restou consignada na complementação da perícia técnica demandada ao Instituto Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul, senão vejamos (IPM, evento 25, doc. 44, fl. 22):

> […]
>
> b. Não há registros estatísticos da ocorrência de câimbras em afogamento, pois não existem exames específicos para tal em fluídos ou tecidos. Relatos isolados ou fóruns de discussão informam dificuldade em se manter à superfície mesmo em pessoas praticantes de maratonas aquáticas ou triatlon quando em fadiga ou desidratação. […].

Na dinâmica dos fatos, vê-se que, mediante a conduta do apelante, os militares instruendos do CFC, dentre eles o Sd TERRRES, ingressaram em águas profundas após a realização de atividades físicas intensas, sem estarem de colete salva-vidas e vestindo seus coturnos.

Assim, por não ter conseguido se manter à superfície da água em razão de estar sofrendo de câimbras, de não estar utilizando colete salva-vidas e de estar calçando coturnos (tudo porque lhe foi incentivado e permitido pelo instrutor da atividade que adentrasse à água em condições físicas, de segurança e de vestuário desfavoráveis), o Sd TERRES acabou por submergir definitivamente na água a despeito das tentativas de salvamento de seus

colegas com a utilização de uma corda, único instrumento que foi localizado facilmente para tentar salvá-lo.

Por conseguinte, por ter permanecido submerso por cerca de 25 (vinte e cinco) minutos nas águas do "Lago 1" do 3º BE Cmb, o Sd TERRES apresentou asfixia mecânica por afogamento, no que entrou em parada cardiorrespiratória, tendo seu óbito decorrido diretamente do afogamento ocorrido pela forma como entrou na água por volta das 15h20min do dia 23 de julho de 2019, isto é, sem colete salva-vidas, fatigado fisicamente e com coturnos.

Veja-se que, tal como explicitado pelas orientações de segurança do Comando do 3º BE Cmb, todo "acidente é resultado de uma sequência de eventos chamados 'Fatores Contribuintes', que se somam até atingirem determinado ponto de irreversibilidade". Somente a ocorrência de câimbras não teria levado ao óbito do Sd TERRES se este estivesse utilizando, tal como previsto no planejamento da instrução do CFC, um colete salva-vidas; somente a água gelada não teria levado ao óbito do Sd TERRES, ao menos de forma imediata, se ele estivesse utilizando colete salva-vidas e conseguisse nadar, sem coturnos, mais rápido; e assim por diante.

Mas, com certeza, a não utilização de coletes salva-vidas foi primordial para o desfecho trágico, não havendo que se duvidar, por outro lado, que toda a cadeia de "fatores contribuintes" pode ser atribuída única e exclusivamente à conduta do apelante.

Não por outro motivo, nesse contexto, impõe-se constatar que o óbito do Sd TERRES pode ser inteiramente atribuído à conduta imprudente do ex-3º Sgt JOÃO VITOR, não havendo que se cogitar da ocorrência de qualquer conduta concorrente por parte dos demais militares presentes à instrução e que tentaram resgatar aquela vítima do afogamento e/ou dos profissionais de saúde que tentaram, em vão, reanimar o Sd TERRES.

Quanto a todos esses tópicos, a sentença consignou (evento 179 da APM):

> [...]
>
> Ainda no que se refere aos elementos constitutivos do crime culposo, observa-se que há, de fato, nexo causal entre a conduta imprudente do acusado e a morte do Sd Terres (resultado naturalístico). Não há dúvidas de que a conduta voluntária do acusado (adentrar o lago incentivando os instruendos a ali ingressar também) deu causa ao óbito do Soldado Terres.
>
> Outrossim, acredita-se ser plenamente previsível a um instrutor que todas essas condições adversas poderiam levar a um resultado trágico como o que de fato ocorreu.
>
> Aqui deve ser mencionado que o instrutor tinha conhecimento dos documentos ORDEM DE INSTRUÇÃO Nº 010-E3.3 - PROGRAMA DE

PREVENÇÃO DE ACIDENTES NA INSTRUÇÃO - 2019; ORDEM DE INSTRUÇÃO nº 22/19 - S3; e PROGRAMA DE INSTRUÇÃO INDIVIDUAL DE QUALIFICAÇÃO E CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS (CFC), todos prevendo o uso de coletes salva-vidas nas instruções.

Consta dos autos ainda a Ordem de Serviço nº 03/19 - S3 - Programa de Prevenção de Acidentes na Instrução (e em atividades correlatas) que envolvam o emprego de meios orgânicos e/ou sob custódia do 3º Batalhão de Engenharia de Combate, cujo teor era do conhecimento do réu.

[...]

Aqui deve ser mencionado o relato das testemunhas Cap Rafael Nunes Pereira e 2º Tenente Guilherme Rodrigues de Souza.

O Cap Rafael, o qual respondia pela 3ª Seção e pela Coordenação do Curso de Formação de Cabos, contou que os documentos da instrução estavam de acordo com os manuais que regem a matéria, inclusive com o Boletim Interno do Plano de Segurança na Instrução.

Disse que todos os instrutores participaram da instrução de prevenção de acidentes prevista no calendário de instruções e que era obrigatório o uso de coletes salva-vidas pelos militares envolvidos na instrução e que caso eventualmente algum militar caísse na água, seria perto da margem e o colete seria suficiente para que fosse resgatado com segurança.

Veja-se que durante a instrução não havia previsão dos instruendos ficarem na parte mais funda do lago.

O 2º Tenente Guilherme Rodrigues de Souza, Coordenador e instrutor do Curso de Formação de Cabos, asseverou que havia o Plano de Segurança, Plano de Sessão, que a atividade estava prevista em Quadro de Trabalho Semanal e toda a equipe de instrução tinha conhecimento das regras de segurança para a atividade. Contou que o uso de coletes estava previsto no Plano de Segurança e que antes do início do Curso, o depoente reforçou a importância da segurança na instrução com todos os instrutores – Sgts João Vitor, Fabrício e Dionathan – relembrando um incidente ocorrido em 2015, e salientou a importância do planejamento e execução com segurança, fazendo apenas o previsto, reforçando que eventuais excessos não seriam tolerados.

Disse que o próprio então Sargento João Vitor fazia parte da equipe de segurança.

Em Juízo, o 2º Tenente Guilherme Rodrigues afirmou que NEGLIGENCIAR UMA REGRA DE SEGURANÇA NUNCA É NORMAL! E foi explícito em dizer que NÃO É NATURAL NEGLIGENCIAR REGRAS DE SEGURANÇA, INCLUSIVE DURANTE UMA COMEMORAÇÃO. Em resposta a uma pergunta feita por esta magistrada, respondeu que o normal seria entrar na água em um local onde todos dessem pé, balançar a água, todos usando colete.

> [...]
>
> De todo o exposto, não há dúvidas de que os fatos objeto dos autos se deram de acordo com a narrativa da denúncia, tendo o então Sargento João Vitor sido o responsável pela morte do Soldado Terres.
>
> [...].

Já no que tange ao requisito da previsibilidade, entendida aqui como a possibilidade de ser antevisto o resultado nas condições em que o sujeito se encontrava, e tendo em vista as circunstâncias concretas de conhecimento do ex-3º Sgt João Vitor no dia 23 de julho de 2019, pode-se concluir que o mesmo, que possuía experiência na instrução de outros militares, tinha condições de prever a ocorrência de um desfecho trágico (óbito por afogamento) para os militares instruendos que adentraram a água após o seu "convite" imperativo.

Como já dito anteriormente, era de conhecimento do ora apelante que os militares instruendos se encontravam fadigados fisicamente, e, quando da sua conduta imprudente, ainda que a título de uma "comemoração não planejada", encontravam-se sem acesso a coletes salva-vidas e vestidos inadequadamente. Um afogamento, diante de tais elementos, era algo absolutamente previsível, especialmente pela constatação de que as águas do "Lago 2" eram frias, profundas e pouco conhecidas por parte dos militares que lá se atiraram mediante a permissão e o incentivo do ex-3º Sgt JOÃO VITOR.

Mais uma vez aqui, necessário frisar que, em delitos culposos, não há que se falar que o apelante almejou ou assumiu o risco de produzir o óbito do Sd TERRES. Caso a acusação tivesse obtido provas nesse sentido na fase inquisitória, teria a denúncia descrito uma conduta dolosa, o que não é o caso. Ao contrário, nos delitos culposos, tem-se que o agente ativo do delito detém a previsibilidade da ocorrência do resultado, do resultado do seu ato, o que se mostrou patente pelos fundamentos já expostos alhures.

Dessa forma, tem-se que a conduta do réu ex-3º Sgt JOÃO VITOR se amolda perfeitamente aos ditames do art. 206 do CPM (homicídio culposo), tanto no aspecto formal, como no material da tipicidade, estando patente que aquele apelante, com sua reprovável conduta, incrementou um risco proibido relevante inerente às instruções e às atividades realizadas em meio aquático no âmbito do 3º BE Cmb.

Superada tal questão, importa falar da culpabilidade do apelante enquanto requisito igualmente necessário à imputação de uma sanção de caráter penal ao agente do delito.

No que toca à imputabilidade, tem-se, ante prova em contrário, que o ex-3º Sgt JOÃO VITOR era plenamente imputável ao tempo dos fatos, e, por certo, já que se tratava de um militar escalado para a função de instrutor, tinha plena consciência de que seu agir imprudente, por todas as circunstâncias antes já avaliadas, era ilícito e poderia ter atingido outras pessoas além da vítima, não

devendo ser olvidado que atividades e meio aquático colocam naturalmente em risco a vida humana, o bem jurídico-penal mais valioso do ordenamento jurídico pátrio.

Já quanto à capacidade de agir conforme o Direito, igualmente, vê-se que o apelante possuía, quando da malfada comemoração intentada no dia 23 de julho de 2019, condições pessoais e profissionais de ter agido para proteger a vida do Sd TERRES e dos demais instruendos do CFC, seja prevendo e realizando, se fosse o caso, uma comemoração dentro do permitido pelas normas de segurança do 3º BE Cmb, seja não permitindo nem incentivando, com gestos, palavras e atitudes, que militares sem coletes salva-vidas e sem acesso a tais equipamentos de proteção individual entrassem na água.

Afinal, o ex-3º Sgt JOÃO VITOR, além de superior hierárquico em relação aos militares instruendos, encontrava-se na posição sobranceira de instrutor do CFC, e, por tal motivo, tinha a obrigação de portar-se com o mais absoluto cuidado e correção em relação à disciplina militar e à observância das regras vigentes em relação à segurança da instrução.

Em mais de um depoimento, os soldados que participavam do CFC afirmaram expressamente que nada faziam senão após o consentimento do apelante, tendo este, em seu interrogatório (evento 132 da APM), confirmado que efetivamente dirigia, com ordens, seus comandados:

> [...]
>
> Juíza - Ficou claro pra eles que não se tratava de ordem, que ninguém ia ser punido ou perseguido se não pulasse, isso ficou bem claro, pulou quem quis?
>
> Réu - Sim senhora. Inclusive, excelência, se a senhora me permite, durante o tempo que eu tava no curso em momento algum eles cumpriram alguma ordem minha enquanto estavam em forma, até mesmo as vezes pra ajustar a gandola, pra ajustar o uniforme, eles levantavam o braço e perguntavam "Sargento, o senhor autoriza a gente a arrumar o uniforme?", "Posso ir no banheiro?", daí sim que eu dava permissão pra ajustar o uniforme, ir no banheiro…
>
> [...].

O fato de todos os militares instruendos do CFC terem entendido, da mesma forma, os incentivos verbal e gestual e a permissão dada pelo ex-3º Sgt JOÃO VITOR para mergulhar na água e nadar falam por si e retiram a possibilidade de interpretações individuais quanto à conduta daquele. Em suma, não há causa excludente de culpabilidade a ser aplicada ao caso, estando perfeitamente adequada a emissão do juízo de reprovação que constou da sentença condenatória.

Logo, se é verdade, por um lado, que não houve ordem expressa do apelante para que os militares instruendos, após o término da montagem da portada leve, entrassem na água, o que caracterizaria, como já dito, uma conduta de homicídio doloso, por outro lado, o incentivo e a permissão gestual e verbal, o mencionado "convite" do ex-3º Sgt JOÃO VITOR para que os alunos entrassem na água para comemorar o feito foi possivelmente entendido pelos militares instruendos, dentro os quais o Sd TERRES, como algo bastante imperativo, e tanto assim que os militares que não sabiam nadar tiveram que, ao menos, se molhar na parte rasa do lago, e lá permanecer até a chegada, pouco a pouco, dos demais que haviam se jogado em local mais profundo.

Tal conclusão, plenamente consignada na sentença guerreada, já foi abordada anteriormente, mas merece novamente destaque, especialmente ante o depoimento do Cb Ex ARTHUR PACHECO ALVES (evento 111 da APM):

> [...]
>
> Assist. Acus. - No depoimento prestado no inquérito foi dito que quando o João Vítor entrou na água vocês entenderam que deveriam entrar também, confirma isso?
>
> Testemunha - Sim, sim […]
>
> Assist. Acus. - Certo. Se o Sgt Joao Vitor não tivesse entrado, por óbvio vocês não teriam entrado também, correto?
>
> Testemunha - Sim, sim, se ele não tivesse entrado a gente também não teria entrado.
>
> […]
>
> Defesa - Cabo, o senhor prestou um depoimento ainda na fase administrativa, se o senhor me permite eu vou ler um trechinho e o senhor me corrija, ou confirma a parte que eu me exceder. Em determinado momento o senhor dedilhou da seguinte forma "Que ao entrarem em forma, ouviu o Sgt Joao Vitor falar algo com o Sgt Fabricio, que o Sgt Joao Vitor retirou o malvinão e pulou na água, que nesse momento eu, o soldado Terres, e os demais alunos, entendemos que deveríamos entrar na água também". Foi isso que o senhor depôs?
>
> Testemunha - Sim senhor. Ele pulou e a gente entendeu que iria pular também pra comemorar ali o fim da instrução.
>
> Defesa - Certo. Para mim ficou bem entendido, mas para ficar registrado, documentado, eu lhe pergunto uma ou duas situações consequentes disso. Eu preciso que o senhor responda pelo senhor, quando o senhor usou a palavra "Entendemos", eu lhe pergunto, ao

> senhor ver o ato do sargento o senhor entendeu que também poderia ir, é isso?
>
> Testemunha - Sim, sim.
>
> […]
>
> Defesa - Certo. Eu ouvi atentamente quando o excelentíssimo representante do Ministério Público fez a pergunta. Eu até lhe peço vênia, excelentíssimo promotor, citar o seu questionamento, eu não quis interromper a pergunta do excelentíssimo promotor, ele usou a expressão "Convite", acredito que foi o termo que ele encontrou, mas eu lhe pergunto, não foi essa situação que ocorreu, nem o senhor nem ninguém recebeu convite para entrar na água. Como o senhor respondeu antes, a conduta do Sgt de ir, permitiu que o senhor entendesse que deveria ir, é isso?
>
> Testemunha - Isso, sim senhor.
>
> […]
>
> Defesa - Certo. Mas o senhor ao ver ele correr até a portada lá e dar o pulo e nadar, o senhor achou que isso caberia? Entendimento seu, é isso?
>
> Testemunha - Isso. Não, não, meu entendimento sim, que era algo pra nós comemorar o fim da instrução ali. […].

À vista de tudo quanto apurado, é forçoso concluir que os fatos ocorreram exatamente como descritos na inicial acusatória e na sentença guerreada, não merecendo a questão da autoria delitiva maiores ilações, já que inconteste, inexistindo, também, elementos para se cogitar de ter sido outra pessoa, que não o apelante, a ter permitido ou incentivado, no dia e no local dos fatos, após o término da instrução de montagem de portada leve por ele conduzida, que o ofendido e os demais instruendos do CFC adentrassem às águas do "Lago 1" do 3º BE Cmb.

Sem mais a acrescentar, desponta firme a convicção deste julgador de que manter inalterada a resposta penal dispensada ao recorrente reflete a medida necessária e mais justa ao caso, tendo a pena imposta guardado proporção não só com a gravidade do delito, mas também com as condições pessoais do ex-3º Sgt JOÃO VITOR, que, conforme dito, não quis o resultado danoso, mas agiu com inegável e intolerável imprudência na condução da tropa ao final da instrução militar.

Conforme ficou bem demonstrado na sentença ora recorrida (evento 179 da APM), a autoria, a materialidade delitiva e a culpabilidade do apelante são incontestes, não havendo dúvidas de que o óbito do Sd TERRES se deu por ação culposa daquele, tendo os documentos amealhados no prévio inquérito policial militar e os testemunhos colhidos ao longo da instrução processual

corroborado as conclusões que constaram da sentença condenatória, a qual se mostrou justa e proporcional à conduta analisada.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e de negar provimento ao recurso de Apelação interposto pela Defesa do ex-3º Sgt Ex JOÃO VITOR DE FREITAS SILVA, para manter irretocável a sentença condenatória recorrida.

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 Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata, **por unanimidade**, em conhecer e em negar provimento ao recurso de Apelação interposto pela Defesa do ex-3º Sgt Ex JOÃO VITOR DE FREITAS SILVA, para manter irretocável a Sentença condenatória recorrida.

Brasília, 10 de outubro de 2022 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 7000121-47.2022.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira.

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

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: Ricardo Xavier Magalhaes.
Advogado: Andre Del Fiaco (DPU).

Apelado: Gleisom Melo da Silva.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.
Andre Del Fiaco (DPU).

Apelado: Francisco Antonio dos Santos Bitencourt.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.
Andre Del Fiaco (DPU).

Apelado: Anderson Rogerio Porto do Nascimento.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.
Andre Del Fiaco (DPU).

EMENTA

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ABSOLVIÇÃO. INCONFORMISMO. INDÍCIOS. PROVAS CONCRETAS. AUSÊNCIA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA. TESTEMUNHO INDIRETO (*HEARSAY TESTIMONY*). CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

Embora comprovadas as ascensões indevidas dos marítimos, não há como atribuir aos Apelados as condutas de corrupção passiva e ativa, diante da inexistência de prova indene de dúvidas apta a ensejar a condenação tanto do militar como dos três civis pelos crimes em comento.

Os indícios colhidos na fase das investigações foram suficientes para deflagração da ação penal, contudo não se mostram bastante para ensejar a condenação dos envolvidos, principalmente, quanto à materialidade delitiva, pois havia a possibilidade de a acusação buscar provas robustas da contraprestação pecuniária, que comprovassem o vínculo entre os civis e o militar.

Ao Órgão acusatório cabia a produção de todas as provas possíveis para explicitar a dinâmica dos fatos narradas na exordial, o que não ocorreu. Assim, a absolvição deve ocorrer fundamentada na teoria da perda da chance probatória, que, embora tenha sua origem no direito francês no âmbito da responsabilidade civil, pode ser aplicada no âmbito processual penal. (Precedentes STJ).

Os depoimentos das testemunhas indiretas ou de "ouvir dizer" se mostram incapazes de sustentar a condenação por corrupção, pois são frágeis quanto ao recebimento de valores pelo militar, tendo em vista que somente mencionaram boatos de que ele fazia ascensões mediante pagamento pecuniário.

De concreto nos autos, as ascensões indevidas, sem, contudo, a demonstração da contraprestação pecuniária, existindo apenas a possibilidade de ocorrência do delito de corrupção. Nada nos autos aponta para o crime, tratando-se apenas de ilações e presunções sobre a ocorrência dos fatos.

Impossibilidade de condenação dos Apelados, diante da ausência de provas, para a formação de um juízo de certeza, que poderiam ter sido produzidas pela acusação. Perda de uma chance probatória configurada.

Os efeitos gravosos que uma condenação penal imprime ao acusado não comportam erro, motivo pelo qual, diante da insuficiência de provas, há de ser reconhecido o princípio do *in dubio pro reo*.

Absolvição mantida, recurso desprovido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu negar provimento ao apelo do Ministério Público Militar, para manter, na íntegra, a sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) fará declaração de voto.

Relator do Acórdão: Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira.

Votantes: Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 21/11/2022 a 24/11/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação, interposto pelo Ministério Público Militar, contra a Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 10ª CJM, de 14 de dezembro de 2021, a qual julgou improcedente a Denúncia e absolveu o 1º Sgt **ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO** da imputação, por três vezes, do art. 308, *caput*, do CPM e os civis **FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT**, **GLEISOM**

MELO DA SILVA e **RICARDO XAVIER MAGALHÃES** da imputação do art. 309, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM (evento 1, 4-SENT).

O Ministério Público Militar, em 18 de novembro de 2019, ofereceu denúncia em desfavor do 1º Sgt **ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO** e dos civis **FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, GLEISOM MELO DA SILVA** e **RICARDO XAVIER MAGALHÃES**, em virtude dos fatos a seguir expostos:

> [...]
>
> Trata-se de Inquérito Policial Militar instaurado pela Portaria nº 14, de 24 de abril de 2019, do Capitão dos Portos do Piauí, objetivando apurar a ascensão indevida 'de dois ou mais aquaviários por militares da Capitania dos Portos do Piauí', no ano de 2015.
>
> Ao longo dos anos de 2015 e 2016, na Capitania dos Portos do Piauí, foram realizadas, indevidamente, cinco ascensões de aquaviários pelo então primeiro denunciado, 1º SG Anderson Porto. Dessa forma, instaurou-se IPM, que culminou na Ação Penal Militar nº 7000084-50.2018.7.10.0010.
>
> Durante a oitiva em juízo da testemunha SO Roberto de Sousa Silveira naquela APM, restou inconteste que o 1º SG Anderson Porto inseriu informações falsas em Ordens de Serviços, e posteriormente no SISAQUA, de modo a ascender diversos civis, sem que estes tenham realizado os cursos obrigatórios para as respectivas ascensões de categoria de CIR.
>
> Conforme a transcrição do depoimento nas fls. 08/24 (IPM), o 1º SG Anderson Porto procedeu às inserções mediante pagamento de uma quantia de dinheiro pelos aquaviários envolvidos, como sói ocorrer nestes casos, fato corroborado por um dos denunciados. Ademais, a testemunha, SO Silveira, informou 'que mais dois outros civis, pelo menos, teriam ascendido de categoria indevidamente, uma vez que os mesmos não aparentavam ter os requisitos necessários'.
>
> Diante desse novo fato, instaurou-se o presente IPM. Assim, empós realizar-se diligências, viu-se que, de fato, ocorreram outras três ascensões indevidas, além das 5 objeto do APM 84-50.2018.
>
> As duas primeiras ocorreram na Ordem de Serviço nº 80/2015, de 06 de abril de 2015 (fl. 170, IPM), da qual constavam as ascensões irregulares de dois civis: Francisco Antonio dos Santos Bitencourt e Ricardo Xavier Magalhães.
>
> O primeiro civil, Francisco Antonio dos Santos Bitencourt, segundo denunciado, ascendeu da categoria de Marinheiro de Convés (MNC) à de Mestre de Cabotagem (MCB). Um segundo aquaviário, Ricardo Xavier Magalhães, o terceiro denunciado, teria ascendido, outrossim, da categoria de Marinheiro de Convés (MNC) a Mestre de Cabotagem (MCB). Não obstante, uma terceira ascensão irregular foi detectada na

Ordem de Serviço nº 122/2015, de 05 de junho de 2015, na qual há a promoção do aquaviário Gleisom Melo da Silva, quarto denunciado, de Marinheiro de Convés (MNC) para Mestre de Cabotagem (MCB), vide fl. 229.

Tudo isso, conforme Laudo Pericial da Capitania dos Portos do Piauí, de 17/06/2019 (fls. 164-169), onde está claro que todos os aquaviários não preenchiam os requisitos para a ascensão, a saber: possuir quatro anos de embarque no Nível 4; carta de recomendação; e realizado o Curso de Aperfeiçoamento de Aquaviário (APAQ).

Cumpre ressaltar que todas as ascensões foram registradas e inseridas no SISAQUA pelo primeiro denunciado, 1º SG-ET Anderson Rogério Porto do Nascimento.

Pelo cotejo dos depoimentos dos aquaviários, todos afirmaram terem sido orientados pelo denunciado, SG Anderson Porto, a darem entrada em suas documentações a fim de ascenderem de categoria, pois haveria a possibilidade conforme orientação da Diretoria de Portos e Costas (fls. 53/54, 75 e 128). Tal afirmativa colima-se com o depoimento do denunciado (fl. 156), o qual aduziu "que existia uma autorização da Diretoria de Portos e Costas (DPC) permitindo o aquaviário ascender de MNC a MCB com apenas o curso de APCV". Entretanto, após diligência junto à DPC, foi informado que tal autorização não procede, pois o curso de APCV era equivalente ao APAQ-I-C, devendo o marítimo possuir, ainda, pelo menos quatro anos de embarque como MNC e uma recomendação da empresa (fl. 180).

Registre-se que o segundo denunciado, Francisco Bitencourt, exerceu funções de MCB/MNC logo após o registro da sua ascensão irregular no SISAQUA, vide fls. 197/200, retornando a exercer a função apenas de MNC em 27/07/2017, nove dias após ter sido excluído da OS nº 80/2015 (fl. 164). O mesmo ocorreu com o quarto denunciado, Gleisom Melo, como se infere do cotejo das fls. 245/247 com a sua ascensão em 08/06/2015 (fl. 167).

Perceba-se que todas as ascensões ocorreram no mesmo período daquelas investigadas no IPM 35-65.2017, posteriormente no processo nº 84-50.2018, e com o mesmo *modus operandi*, reitere-se, com a inserção de informações falsas em Ordens de Serviços que foram posteriormente inseridas no SISAQUA, em oportunidades diversas. Assim fez-se crer que os civis tinham realizados os cursos obrigatórios para as respectivas ascensões de categoria de CIR, mediante contraprestação pecuniária, pois, muito embora negado veementemente, não é possível crer que um primeiro-sargento pusesse em risco sua carreira militar ao inserir informações falsas sem um retorno financeiro, tudo de modo a que os aquaviários beneficiados pudessem exercer funções de categorias superiores, o que se pretende provar em juízo durante a instrução criminal.

[...] (evento 1, 1-DENUNCIA).

A denúncia foi recebida no dia 27 de novembro de 2019 (evento 1, 2- REC_DENUNCIA).

As citações dos acusados ocorreram nas seguintes datas:

- RICARDO XAVIER MAGALHÃES, 1º de fevereiro de 2020 (evento 32, 2-ANEXO, fl. 2);

- FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, 17 de fevereiro de 2020 (evento 32, 4-ANEXO);

- GLEISOM MELO DA SILVA, 6 de março de 2020 (evento 32, 7- ANEXO); e

- ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO, 20 de julho de 2020 (evento 51, fl. 8).

O Ministério Público Militar arrolou as seguintes testemunhas:

- CMG RM1 Miguel Elmokdisi Sobrinho (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 140, 3-DEPOIM_TESTEMUNHA);

- CMG Paulo Antonio Carlos (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 140, DEPOIM_TESTEMUNHA4/6);

- CF RM1 Luiz Pereira Lima (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 140, 7-DEPOIM_TESTEMUNHA);

- CC (T) Deusmar Santos de Moraes (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 140, DEPOIM_TESTEMUNHA8/9); e

- SO RM1 Carlos Alberto da Costa Sousa (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 140, DEPOIM_TESTEMUNHA10/13).

Em 29 de março de 2021, o MPM requereu a oitiva das seguintes testemunhas referidas:

- CC RM1 Fernando Dias de Araújo (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 177, VIDEO1/5);

- SO Fernando César Costa da Silveira (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 177, VIDEO6/7); e

- 1º SG Celso Lima dos Santos Neto (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 177, VIDEO8/10).

Os réus não indicaram testemunhas (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, eventos 185 e 190).

Os acusados foram qualificados e interrogados na sessão do dia 14 de setembro de 2021. Na oportunidade, negaram todos os fatos. Os interrogatórios constam do evento 211 do processo originário:

- FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT (INTERR1/3);

- RICARDO XAVIER MAGALHÃES (INTERR4/5);

- GLEISOM MELO DA SILVA (INTERR6/7); e

- ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO (INTERR8/11).

Na fase do art. 427 do CPPM, o Ministério Público Militar nada requereu.

A Defesa deixou transcorrer o prazo legal *in albis*, conforme certidão constante do evento 222 do processo originário.

Vieram aos autos os seguintes documentos, considerados relevantes para a análise da causa:

- Caderneta de Inscrição de Registro – CIR – de Ricardo Xavier Magalhães (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento1, - DILIGENCIAS1, fls. 59/63);

- Certificados de Cursos de Ricardo Xavier Magalhães (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento1, -DILIGENCIAS1,fls. 64/76);

- Caderneta de Inscrição de Registro – CIR – de Francisco Antonio dos Santos Bitencourt (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento1, - DILIGENCIAS1, fls. 81/89);

- Certificados de Cursos de Francisco Antonio dos Santos Bitencourt (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento1, -DILIGENCIAS1, fls. 90/100);

- Caderneta de Inscrição de Registro – CIR – de Gleisom Melo da Silva (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, - DILIGENCIAS1, fls. 136/139);

- Certificados de Cursos de Gleisom Melo da Silva (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS1, fls. 140/146);

- Laudo Pericial (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, - DILIGENCIAS2, fls. 4/9);

- Ordem de Serviço nº 80/2015 – Ascenção e Transferência de Categoria (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, - DILIGENCIAS2, fls. 10/11);

- Ordem de Serviço nº 119/2017 – Retificação em OS (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento1, -DILIGENCIAS2, fl. 12);

- Ordem de Serviço nº 109/08 – Matrícula e conclusão da fase modular do Curso de Aperfeiçoamento de Convés à Distância (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS2, fls. 45/46);

- Programa do Ensino Profissional Marítimo para Aquaviários – PREPOM 2013 - (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS2, fls. 47/49);

- Sistema de Controle de Aquaviários (SISAQUA) de Francisco Antonio dos Santos Bitencourt (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS2, fl. 50);

- Ordem de Serviço nº 113/2017 – Retificação em OS (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS2, fl. 51);

- Sistema de Controle de Aquaviários (SISAQUA) de Ricardo Xavier Magalhães (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS2, fls. 69/70);

- Ordem de Serviço nº 122/2015 – Ascenção de categoria (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento1,-DILIGENCIAS2,fls. 71/73);

- Ordem de Serviço nº 75/2018 – Retificação em OS, Cancelamento e Retroação e Atualização de Certificados (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS2, fls. 74);

- Ordem de Serviço nº 128/08 – Matrícula e Conclusão da fase Modular do Curso CAD-APCV (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -DILIGENCIAS2, fl. 91);

- Sistema de Controle de Aquaviários (SISAQUA) de Gleisom Melo da Silva (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, - DILIGENCIAS2, fl. 92);

- Certidão negativa da Justiça Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo de Anderson Rogério Porto do Nascimento (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 6, -CERTANTCRIM1);

- Certidão negativa Criminal e Auditoria Militar do Poder Judiciário do Estado do Piauí de Francisco Antonio dos Santos Bitencourt (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 6, -CERTANTCRIM2);

- Certidão negativa da Justiça Federal da Seção Judiciária do Piauí de Francisco Antonio dos Santos Bitencourt (APM 7000157 85.2019.7.10.0010, evento 6, -CERTANTCRIM3);
- Certidão negativa Criminal e Auditoria Militar do Poder Judiciário do Estado do Piauí de Gleisom Melo da Silva (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 6, -CERTANTCRIM4);

> • Certidão negativa da Justiça Federal da Seção Judiciária do Piauí de Gleisom Melo da Silva (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 6, -CERTANTCRIM5);
>
> • Certidão negativa Criminal e Auditoria Militar do Poder Judiciário do Estado do Piauí de Ricardo Xavier Magalhães (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 6, -CERTANTCRIM6); e
>
> • Certidão negativa da Justiça Federal da Seção Judiciária do Piauí de Ricardo Xavier Magalhães (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 6, -CERTANTCRIM7).

Superada a fase do art. 427 do CPPM, abriu-se vista às partes para fins de alegações escritas, ocasião em que o Ministério Público Militar pugnou pela condenação do 1º SG ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO, como incurso no art. 308, na forma do art. 53 e do art. 79, todos do CPM; e pela condenação dos acusados civis, por corrupção ativa, na modalidade "DAR", art. 309, na forma do art. 53, todos do CPM (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 227).

A Defensoria Pública da União, preliminarmente, arguiu nulidade processual, destacando prejuízo na defesa de GLEISOM MELO DA SILVA.

No mérito, no interesse de todos os corréus, pugnou pela absolvição com fundamento na alínea "b" do art. 439 do CPPM. Também requereu a aplicação do princípio da bagatela imprópria ou, subsidiariamente, em caso de condenação, a fixação da pena no mínimo legal. Em caso de condenação do militar, pleiteou a atenuação especial da pena em virtude da omissão em cadeia de seus superiores hierárquicos, com fulcro no art. 69 do CPM (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 234).

Em 14 de dezembro de 2021, o Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 10ª CJM julgou improcedente a Denúncia e absolveu os acusados, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM, por inexistir prova suficiente para a condenação dos réus (evento 1, 4-SENT).

O inconformismo do Ministério Público Militar se revela por meio de tempestivo recurso de apelação (APM 7000157-85.2019.7.10.0010, evento 249).

Em suas razões, pleiteia a reforma da Sentença com a consequente condenação dos recorridos, nos termos propostos na exordial acusatória, destacando que a investigação da Polícia Judiciária Militar e a prova testemunhal produzida em juízo confirmam a culpabilidade dos acusados.

Assevera que o ponto crucial para a reforma da Sentença é utilizar os indícios como matéria de prova. Sobre o assunto, destaca:

> A teor do art. 383, diga-se *en passant*, do CPPM, para se utilizar dos indícios como matéria de prova é necessário que a circunstância ou

> fato indicante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou fato indicado, e que a circunstância ou fato coincida com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo, o que resta comprovado com clareza solar dos presentes fólios.

O trânsito em julgado para a Defesa ocorreu no dia 18 de janeiro de 2022 (evento 1, 6-CERT_TRANS_JULG).

Em sede de contrarrazões, a Defesa, no interesse dos Apelados, rebate os argumentos ministeriais, destacando que o recurso está baseado em meros indícios, inexistindo provas suficientes para uma condenação, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo* para confirmar a absolvição dos réus (evento 1, 9-CONTRAZ).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por sua Subprocuradora-Geral Dra. Arilma Cunha da Silva, manifesta-se pelo conhecimento e pelo provimento da Apelação do Ministério Público Militar (evento 8).

Os autos foram disponibilizados eletronicamente à eminente Ministra-Revisora.

É o Relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e foi interposto por parte legítima e interessada na reforma da Sentença, por esse motivo, deve ser conhecido.

O Ministério Público Militar vem a esta Corte requerer a reforma da Sentença que absolveu os quatro acusados, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Em síntese, os fatos versados na exordial consistem: nos anos de 2015 e 2016, na Capitania dos Portos do Piauí, o acusado 1º SGT ANDERSON PORTO inseriu informações falsas em Ordens de Serviços e, posteriormente, no Sistema de Controle de Aquaviários (SISAQUA), que possibilitaram a ascensão indevida de categoria de FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, de RICARDO XAVIER MAGALHÃES e de GLEISOM MELO DA SILVA na Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) de Moço do Convés a Mestre de Cabotagem, mediante contraprestação pecuniária.

Assim, o militar foi denunciado pelo crime de corrupção passiva, na modalidade "RECEBER", por três vezes, art. 308, na forma do art. 53 e do art. 79, todos do CPM; e os três civis denunciados pelo delito de corrupção ativa, na modalidade "DAR", art. 309, na forma do art. 53, ambos do CPM.

Sobre a temática colocada, dispõem os mencionados dispositivos, *in verbis*:

> **Corrupção passiva**
>
> 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.
>
> **Aumento de pena**
>
> § 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.
>
> **Corrupção ativa**
>
> Art. 309. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional:
>
> Pena - reclusão, até oito anos.
>
> **Aumento de pena**
>
> Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem, dádiva ou promessa, é retardado ou omitido o ato, ou praticado com infração de dever funcional.

Contudo, o Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 10ª CJM não corroborou o entendimento do *Parquet Miliciens* e absolveu os réus, por ausência de provas. Ele assim se manifestou:

> [...]
>
> Compulsando os autos, surgem cristalinas as indevidas ascensões de categoria concedidas aos aquaviários pelo 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO. Neste aspecto, veja-se o Laudo Pericial confeccionado pela Capitania dos Portos do Piauí (evento 1, doc. 2, fls. 4-9, do IPM nº 7000068-62.2019.7.10.0010), atestando que os civis não detinham os requisitos necessários para ascensão de Marinheiro de Convés a Mestre de Cabotagem.
>
> Apesar disso, não restou minimamente comprovado qualquer fornecimento de vantagem indevida pelos civis ao militar. Isto é, não há elementos nos autos que comprovem as condutas de 'dar' ou de 'receber dinheiro ou vantagem indevida' por parte dos réus. Tampouco se chegou a demonstrar o oferecimento ou a promessa de tais benesses ilegais.
>
> Em verdade, há apenas três depoimentos testemunhais que apontam para um hipotético recebimento de vantagens ilícitas por parte do 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO. Tratam-se, porém de testemunhos frágeis, pois os depoentes apenas 'ouviram falar' sobre a existência do fato, não trazendo informações contundentes que denotem verossimilhança [...]" (evento 1, 4-SENT, fls. 8/9).

Ao combater o disposto na Sentença, o Ministério Público Militar asseverou:

> [...]
>
> Assim, o fato é que, muito embora neguem os réus o cometimento dos crimes que lhes são imputados, como sói acontecer nesses casos, não pode ser essa a conclusão que resulta da análise acurada das provas produzidas nestes fólios. Senão vejamos.
>
> Ora, sobreleva notar, que não há dúvidas de que foi o SGT Anderson o responsável pela inserção dos referidos dados fraudulentos no SISAQUA, haja vista que, no Relatório emitido por esse sistema. Tal afirmativa colima-se com o depoimento do denunciado (ev. 1, doc. 1, fl. 158, IPM), o qual aduziu 'que existia uma autorização da Diretoria dos Portos e Costas (DPC) permitindo o aquaviário ascender de MNC a MCB com apenas o curso de APCV'.
>
> Entretanto, após diligência junto à DPC, foi informado que tal autorização não procedia, pois o curso de APCV era equivalente ao APAQ-I-C, devendo o marítimo possuir, ainda, pelo menos quatro anos de embarque como MNC e uma recomendação da empresa (ev. 1, doc. 2, fl. 20 IPM).
>
> Destaca-se, que diante de todo o exposto, considerando toda a investigação encetada pela Polícia Judiciária Militar e a prova testemunhal produzida em juízo, tem-se que, não obstante neguem os réus o cometimento dos ilícitos que lhes são imputados, a conclusão quanto à sua culpabilidade é inafastável.

Não existem dúvidas sobre as ascensões indevidas, de Marinheiro de Convés (MNC) para Mestre de Cabotagem (MCB), de FRANCISO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, de RICARDO XAVIER MAGALHÃES e de GLEISOM MELO DA SILVA, conforme a conclusão do Laudo Pericial, cito:

> Conforme os requisitos descritos nas Normas da Autoridade Marítima, NORMAM- 13, ANEXO 2-A, observa-se que 'para Marinheiro de Convés (MNC) ter sua ascensão concedida a Mestre de Cabotagem (MCB) são necessários ter quatro (4) anos de embarque, além de recomendação e aprovação no curso de Aperfeiçoamento para Aquaviário (APAQ)'. Os aquaviários **FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, RICARDO XAVIER MAGALHAES e GLEISOM MELO DA SILVA**, por não atenderem aos requisitos da Norma mencionada, do PREPOM-2013 e conforme documentos anexos, tiveram suas ascensões realizadas de forma, aparentemente, indevida da categoria de **Marinheiro de Convés (MNC) para Mestre de Cabotagem (MCB)**, concedida na **Ordem de Serviço nº 80-2015 e 122/2015** desta Capitania, pois não possuíam amparo ao estabelecido no item 0112, das Normas da Autoridade Marítima NORMAM 13 Mod.16. Destaca-se que todos esses aquaviários foram inseridos no Sistema pelo **1º SG-ET 87.1955.77, ANDERSON ROGERIO PORTO DO NASCIMENTO**,

> conforme constante em **Ordem de Serviço**. (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, DILIGENCIAS2, fl. 48).

Em juízo, os três Aquaviários negaram os fatos, mas confirmaram a não realização da fase presencial do Curso de Aperfeiçoamento para Aquaviários Módulo Específico para Marítimos – Seção de Convés (APAQ-IC), conforme Estabelecido no Programa de Ensino Profissional Marítimo para Aquaviários (PREPOM – 2013).

Sobre o propósito do versado curso, retiro do supramencionado Programa:

> **9 - Curso de Aperfeiçoamento para Aquaviários Módulo Específico para Marítimos – Seção de Convés (APAQ-1C)**
>
> **9.1 – Propósito**
>
> Destina-se a aperfeiçoar o aquaviário para as funções inerentes as categorias de Contramestre (CTR).
>
> Este curso é constituído por duas fases distintas: a primeira, por meio da Educação a Distância (EAD) e a segunda presencial em um dos Centros de Instrução - ClAGA ou CIABA) e somente será realizada pelo aluno, após sua aprovação na primeira fase. (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, 2-DILIGENCIAS, fl. 48). (Sem grifos no original.)

Entretanto, destacaram, de forma uníssona, que o Sargento ANDERSON, também Apelado, declarou que recebeu uma mensagem da Diretoria de Portos e Costas (DPC) sobre a possibilidade de que Aquaviários, com mais de quatro anos de embarque na categoria MNC, poderiam ascender a Mestre de Cabotagem, se tivessem o curso de APCV (Curso de Aperfeiçoamento de Convés) até o ano de 2007 e uma carta de recomendação da empresa.

Portanto, a interseção entre os três casos recai sobre o corréu militar, ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO, operador que constava nas Ordens de Serviço de Ascensão, bem como o responsável pela inserção dos dados no SISAQUA.

Em sua Defesa, o militar declarou que a citada mensagem chegou à Capitania e ele deu ampla divulgação, contudo não recebeu nenhum dinheiro para fazer as ascensões.

Conforme se visualiza dos autos, a mensagem inicial foi destinada à Delegacia de Porto Alegre em resposta a um caso específico de um Aquaviário, pertencente ao 2º Grupo (Fluviários), o qual se transferiu para o 1º Grupo (Marítimos), que havia realizado o APCV (Curso de Aperfeiçoamento de Convés) e buscava a ascensão à categoria de Mestre de Cabotagem. O Órgão responsável informou que o curso APCV foi sucedido pelo APAQ-I (Curso de Aperfeiçoamento para Marítimos), portanto foi favorável à pretensão,

informação repassada às outras capitanias nos seguintes termos: "caso possua pelo menos quatro anos de embarque na categoria MNC, nível 4, e recomendação da empresa, poderá ascender à categoria MCB, nível 6, e receber certificado de proficiência, modelo DPC-1034, nas Regras II/5 e VI/1" (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, 2-DILIGENCIAS, fl. 21).

Valendo-se da informação contida na mensagem, o Apelado militar realizou todo o trâmite para as ascensões indevidas dos Aquaviários, tendo em vista que eles não possuíam o tempo e o curso necessários para fazer jus à ascensão, o que ocasionou o cancelamento, com o consequente retorno à categoria anterior, conforme se visualiza no quadro abaixo:

Nome	Data de Ascensão a Mestre de Cabotagem	Motivo do cancelamento	Data do Cancelamento e retorno a Marinheiro de Convés
Francisco Antonio dos Santos Bitencourt	O/S 80, de 6/4/2015	- Tempo de marinheiro embarcado inferior a 4 anos (2 anos e 84 dias); e - Não realização do curso necessário.	O/S 119, de 18/7/2017
Ricardo Xavier Magalhães	O/S 80, de 6/4/2015	- Tempo de marinheiro embarcado inferior a 4 anos (3 anos e 94 dias); e - Não realização do curso necessário.	O/S 113, de 11/7/2017
Gleisom Melo da Silva	O/S 122, de 8/6/2015	- Tempo de marinheiro embarcado inferior a 4 anos (1 ano e 102 dias); e - Não realização do curso necessário.	O/S 75, de 17/7/2018

Em 2019, visando esclarecer dúvidas nos autos do IPM, foram solicitadas informações ao Órgão emissor sobre o contexto da referida mensagem, o qual confirmou a equivalência do APCV ao APAQ-IC, desde que preenchidos os requisitos já destacados, o que não foi observado pelo Sargento ANDERSON (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, 2-DILIGENCIAS, fl. 20).

Assim, embora devidamente atestado que as ascensões dos Marítimos ocorreram de forma indevida, não há como atribuir aos Apelados as condutas de corrupção passiva e ativa.

Não existe nos autos nenhuma prova indene de dúvidas apta a ensejar a condenação tanto do militar como dos três civis pelos crimes em comento.

Sobre o delito de corrupção passiva, destaco o entendimento de Coimbra Neves e Marcello Streinfinger:

> [...]
>
> **Elementos objetivos**: o delito de corrupção passiva tem uma semelhança muito grande com o delito de concussão, diferenciando-se, basicamente, apenas pelos verbos nucleares da conduta, ou seja, enquanto a concussão se 'exige' na corrupção passiva as condutas nucleares são 'receber' vantagem indevida ou 'aceitar' sua promessa.
>
> Nas demais elementares, a identidade é muito grande entre os dois tipos penais, porquanto se fala em 'vantagem indevida' e em exercício ou em razão de uma função pública. O autor, em outros termos, em virtude da função que exerce na Administração Militar, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida.
>
> [...]
>
> A vantagem versada é indevida, ou seja, ilícita, não respaldada pelo Direito, e, em regra geral, é de ordem patrimonial, mas como um tipo não a restringe e também não se trata de delito patrimonial, haverá subsunção qualquer que seja a natureza da vantagem, tal qual sustentamos na concussão.
>
> [...] (NEVES, Cícero Robson Coimbra; e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. págs. 1.709 e 1.711)

A respeito do crime de corrupção ativa, os dois autores assim se manifestam:

> [...]
>
> **Elementos objetivos**: os núcleos do tipo penal da corrupção ativa são 'dar', 'oferecer' ou 'prometer' dinheiro ou vantagem indevida, com o fim específico de que aquele a quem se oferece, promete ou dê, atue com lesão ao seu dever de ofício.
>
> Dar, naturalmente, significa entregar, fornecer, ou seja, transferir a posse da vantagem indevida. Oferecer significa propor com entrega imediata, apresentar algo com o fito de que seja aceito. Prometer, por fim, traduz-se pela proposta de entrega futura, uma obrigação em que o agente propõe a futuramente entregar algo, no caso, a vantagem indevida.
>
> [...]
>
> A vantagem versada é indevida, ou seja, ilícita, não respaldada pelo Direito, e, regra geral, é de ordem patrimonial, mas como o tipo não a restringe, mencionando não só dinheiro mas qualquer vantagem indevida, e também não se trata de delito patrimonial, haverá subsunção qualquer que seja a natureza da vantagem, tal qual sustentamos na

> concussão e na corrupção passiva. [...] (NEVES, Cícero Robson Coimbra; e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. págs. 1.717 e 1.718).

Como se constata no excerto doutrinário, nem sempre a vantagem indevida é financeira. Contudo, o MPM considerou que as ascensões indevidas ocorreram mediante uma contraprestação pecuniária.

Na fase investigativa, não foi possível concluir se houve recebimento de contrapartida financeira. Retiro da conclusão do IPM:

> Nesse caminhar, diante dos depoimentos colhidos, das informações coletadas através da documentação juntada aos autos e dos resultados da perícia, conquanto se aguarde o retorno da **PORTO DO NASCIMENTO**, por ter atentado contra a administração militar, **todavia não sendo possível asseverar no decorrer da investigação, se houve contrapartida financeira com eventuais beneficiários.** (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 1, -RELT3, fls. 16/18). (Sem grifos no original)

Realizadas novas diligências, o encarregado reiterou o entendimento anterior nos seguintes termos:

> Nesse passo, este encarregado ratifica o entendimento constante do último Relatório - folhas 282 a 288, qual seja, que mediante a analise realizada e com base no Laudo Pericial emitido pelos Militares da Divisão de Ensino Profissional Marítimo (EPM) - folhas nº 164 a 261, e nos depoimentos colhidos, conclui-se que os Senhores FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, RICARDO XAVIER MAGALUES e GLEISOM MELO DA SILVA tiveram suas ascensões realizadas de forma indevida, mediante orientação recebida de militar lotado na Divisão de Ensino Profissional Marítimo (EPM). Os mesmos não eram possuidores dos requisitos normativos e necessários para tal ascensão, conforme consta do referido Laudo Pericial, não sendo possível identificar se nos casos relatados resultaram em vantagem financeira a algum militar da ativa ou da reserva.
>
> No que diz respeito a conduta do 1º SG-ET 87.1955.77 ANDERSON ROGERIO PORTO DO NASCIMENTO, persiste o entendimento de que o mesmo foi responsável por orientar e proceder com a ascensão dos aquaviários FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, RICARDO XAVIER MAGALHÃES e GLEISOM MELO DA SILVA, sem que os mesmos possuíssem os requisitos necessários para tal, contrariando os preceitos normativos vigentes acerca da matéria, ou seja, ilegalmente.
>
> Assim sendo, diante dos depoimentos colhidos, das informações coletadas através da documentação juntada aos autos e dos resultados da perícia, o que se verifica é a ocorrência de fato que, em tese, configura crime militar por parte do 1º SG-ET 87.1955.77 ANDERSON ROGERIO PORTO DO NASCIMENTO, por ter atentado contra a administração militar, **todavia não sendo possível asseverar no decorrer da investigação, se houve contrapartida financeira com eventuais**

> **beneficiários**. (IPM 7000068-62.2019.7.10.0010, evento 41, DILIGENCIAS1, fls. 18/19). (Sem grifos no original.)

Contudo, o membro do MPM se conformou com a prova indiciária colhida na fase das investigações para pleitear a condenação dos acusados, atribuindo ao militar, como já destacado, o delito de corrupção passiva, na modalidade "RECEBER"; e aos civis a conduta criminosa de corrupção ativa, na modalidade "DAR", sem descrever como e quando teria ocorrido a contraprestação pecuniária.

O Órgão acusatório limitou-se a apresentar indícios, embora existisse a possibilidade de ter buscado provas robustas da referida contraprestação, bem como que demonstrasse possível vínculo entre os civis e o militar, solicitando, por exemplo, a quebra de sigilo telefônico e/ou bancário dos envolvidos.

Verifica-se, portanto, que o MPM não produziu todas as provas possíveis para explicar a dinâmica dos fatos narradas na exordial. Por esse motivo, a absolvição deve ocorrer fundamentada na teoria da perda de uma chance probatória, que, embora tenha sua origem no direito francês no âmbito da responsabilidade civil, pode ser aplicada no âmbito processual penal, conforme esclarecem Alexandre Morais da Rosa e Fernanda Mambrini Rudolfo, cito:

> [...]
>
> No processo penal constitucionalizado a carga probatória é exclusiva da acusação. Ao acusado não cabe provar qualquer fato – mesmo quando objeta com um álibi: ainda que não comprovado o álibi, tal situação não repercute no seu status inicial de inocente (MORAIS DA ROSA, 2017). Compete ao autor da ação penal a obrigação de produzir todas as provas necessárias à formação da convicção do julgador, no círculo hermenêutico prova/fato (cuja aceitação aqui é meramente circunstancial). Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, para além da dúvida razoável pode-se invocar a teoria da 'perda de uma chance', própria do Direito Civil, justamente para se analisar os modos de absolvição em face da possibilidade e da omissão probatória por parte do Estado.
>
> Isso porque em um processo democrático não pode o acusador se dar por satisfeito na produção da prova **do** e **pelo** Estado, eximindo-se das demais possíveis, que estavam ao seu pleno alcance, mormente diante das tecnologias ora disponíveis. Assim, para além da discussão quanto à 'busca da verdade real' e da 'inversão do ônus da prova', é inadmissível que o Estado deixe de produzir provas acusatórias e presuma a culpa do acusado; torna-se possível, assim, a aplicação de teoria oriunda do Direito Civil, ainda que necessária certa cautela quando de sua importação. Será necessária adaptação contextual.
>
> [...] (ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo

> penal / The theory of loss of chance probative applied to criminal proceedings. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 455-471, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095. Acesso em: 5 maio 2022. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.2095.). (Sem destaques no original).

Igualmente, os depoimentos das testemunhas da acusação se mostram incapazes de sustentar a condenação por corrupção, pois são frágeis quanto ao recebimento de valores pelo militar, tendo em vista que somente mencionaram boatos de que ele fazia ascensões mediante pagamento pecuniário.

O Capitão de Fragata Paulo Antônio Carlos relatou:

> [...] **que soube por uma comunicação interna, possivelmente pelo SO Carlos Alberto, que o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO recebia uma quantia de dinheiro, aprox. 6 (seis) mil reais, para fazer a ascensão profissional dos aquaviários, mas não sabe dizer se esse valor era total ou parcial;** [...] (trecho do depoimento da testemunha Capitão de Fragata Paulo Antônio Carlos retirado da Sentença). (Grifos no original).

Mencionado como informante pelo Capitão de Fragata Paulo Antônio, o SO Carlos Alberto afirmou:

> [...] **que ouviu boatos, vindos do Comandante Pereira Lima, de que as ascensões feitas pelo 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento foram mediante pagamento**; [...]. (trecho do depoimento da testemunha SO Carlos Alberto da Costa Souza retirado da Sentença). (Grifos no original).

Outra testemunha indireta, o 1º Sgt Celso Lima dos Santos Neto, assim se manifestou:

> [...] **que, segundo boatos, as informações acrescentadas no Sistema pelo 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO envolviam pagamento pecuniário**; [...] (trecho do depoimento da testemunha 1º Sgt Celso Lima dos Santos Neto retirado da Sentença). (Grifos no original).

Como visto, as testemunhas do caso são o que a doutrina chama de "testemunhos indiretos" ou "ouvi dizer" (*hearsay testimony*), tendo em vista que não presenciaram o crime, apenas ouviram falar sobre o fato.

Ao discorrer sobre a prova testemunhal produzida, o douto magistrado entendeu:

> [...]
>
> **Afere-se que as testemunhas ouviram dizer que o acusado ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO recebia vantagens indevidas para realizar as inadequadas ascensões. Não há, entretanto, qualquer relato mais detalhado acerca de aspectos cruciais para a**

> **constituição do delito de corrupção passiva: a identificação dos corruptores; a espécie e quantidade da vantagem indevida; o modo, tempo e local em que se forneceu tal vantagem.**
>
> Tais depoimentos constituem o que a **doutrina processualista denomina 'testemunhos indiretos**', os quais se referem às testemunhas que não vivenciaram o suposto fato criminoso, tendo apenas ouvido falar sobre o mesmo. Ainda que não haja vedação a esse tipo de depoimento no processo penal brasileiro, é notório a sua fragilidade probatória [...] (Sentença, fl. 10). (Grifos no original).

Acerca da fragilidade das provas oriundas do depoimento de testemunhas indiretas ou de "ouvir dizer" e sobre a aplicabilidade da teoria da perda da chance probatória, encontra-se decisão do Superior Tribunal de Justiça. Destaco:

> AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL**. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. **AUSÊNCIA DE TESTEMUNHOS PRESENCIAIS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE ATENDERAM A OCORRÊNCIA. *HEARSAY TESTIMONY*. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS JUDICIAIS VÁLIDAS. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. PRODUÇÃO DAS PROVAS. ÔNUS DA ACUSAÇÃO.**
>
> 1. Na hipótese, verifica-se que não foram ouvidas testemunhas presenciais, na medida em que o próprio Ministério Público as dispensaram, dos fatos em juízo e as testemunhas inquiridas judicialmente, policiais que atenderam a ocorrência, por sua vez, narraram apenas fatos que ouviram dizer acerca do crime narrado pela vítima e pela mãe da vítima que estava no local do delito, não havendo outras provas válidas a corroborar tais testemunhos.
>
> **2. Assim sendo, os testemunhos indiretos não autorizam a pronúncia, porque são meros depoimentos de "ouvir dizer" – ou *hearsay*, na expressão de língua inglesa –, que não tem a força necessária para submeter um indivíduo ao julgamento popular.**
>
> **3. Portanto, tem-se que todos os depoimentos colhidos em juízo aconteceram apenas de "ouvir dizer". Nenhum deles, como visto, é aceito pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça como fundamento válido para a pronúncia, de modo que o acórdão impugnado efetivamente afrontou o disposto no art. 155 do CPP.**
>
> 4. Ora, se os policiais não presenciaram os fatos, não podem ser considerados testemunhas oculares, aferindo-se, dessarte, que os seus depoimentos somente poderiam ser prestados de forma indireta. Assim, "o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de 'ouvir dizer' ou *hearsay testimony*) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime [mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP)] e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do

> réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP." (AREsp 1.940.381/AL, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021).
>
> 5. **Ainda que o Ministério Público tivesse envidado esforços para localizar possíveis testemunhas do ocorrido, registra-se que é ônus da acusação, e não do acusado, a produção das provas que expliquem a dinâmica dos fatos. *Mutatis Mutandis*, "se o *Parquet* não conseguir produzi-las, por mais diligente que tenha sido e mesmo que a insuficiência probatória decorra de fatos** fora de seu controle, o acusado deverá ser absolvido." (AREsp 1.940.381/AL, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021).
>
> 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 725.552/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 26/4/2022) (Sem grifos no original).

Ainda sobre as testemunhas indiretas, trago à baila o entendimento desta Corte, cito:

> EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ART. 251 DO CPM. ESTELIONATO. PRELIMINAR ARGUIDA DE OFÍCIO. NULIDADE DO JULGAMENTO POR INVASÃO DE COMPETÊNCIA. AVALIAÇÃO FÁTICA IMBRICADA COM O MÉRITO. DESNECESSIDADE DE NULIFICAÇÃO DA SENTENÇA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. PRELIMINAR ARGUIDA DE OFÍCIO. NULIDADE DO APELO POR FALTA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DEFESA CONSTITUÍDA DEVIDAMENTE INTIMADA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. DÚVIDAS A RESPEITO DA BOA-FÉ DO ACUSADO NÃO CONDUZEM A UM DECRETO CONDENATÓRIO. **TESTEMUNHA INDIRETA. VERSÃO ISOLADA NOS AUTOS. DESCONSIDERAÇÃO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA**. INCLUSÃO FRAUDULENTA DE DEPENDENTE DE FATO EM ASSENTAMENTOS MILITARES. CRIME DE ESTELIONATO. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CRIMINAL ADSTRITA AO ARDIL. DESCLASSIFICAÇÃO PREJUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO ESPECÍFICO DO MPM. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA EQUIVOCADA. REPARAÇÃO DE OFÍCIO. COMUNICAÇÃO EXPEDIDA PELA JMU PARA ALTERAR REGISTROS CIVIS. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. APELO. CONHECIMENTO. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. CONCESSÕES DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ALTERAÇÕES NO REGISTRO CIVIL. DESFAZIMENTO. DECISÕES POR MAIORIA. 1. Confundindo-se a questão trazida em sede de preliminar com o mérito do Feito, deve a matéria ser tratada nesta oportunidade. 2. Se a nulidade indicada não tiver o condão de obstar a análise do mérito, deve ele ser enfrentado e, eventualmente, concedido habeas corpus de ofício com o fim de sanar a nulidade, caso possível. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria. 3. A intimação do advogado constituído supre a do acusado solto. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria. 4. A técnica jurídica de

> distribuição do ônus da prova, inerente ao Direito Penal Militar, exige que a parte acusadora, para subsidiar uma condenação, confira certeza ao julgador a respeito da existência do dolo do agente, sendo despiciendos quaisquer argumentos que busquem incutir dúvidas relativas à "boa-fé" do indivíduo, uma vez que, decerto, a dúvida quanto a este não conduz automaticamente à certeza quanto aquele. Pelo contrário, a persistir a dúvida, a questão deve ser resolvida em favor do Acusado. **5. Não se confere valor probante a relato de testemunha que, em Juízo, limita-se a reproduzir as informações que obteve do próprio Acusado, sobretudo quando essa versão dos fatos restar isolada nos autos**. 6. Não é suficiente ao *Parquet* provar o desarranjo da Sentença absolutória que lhe foi desfavorável. É imprescindível que vá além, que demonstre, indene de dúvidas razoáveis, a responsabilidade criminal do acusado. 7. O acusado que promove a inclusão fraudulenta em seus assentamentos militares de dependente cujo parentesco não foi regularmente formalizado não comete o delito de estelionato, mas sim o crime correspondente ao ardil utilizado, caso se trate de conduta típica. 8. Deve ser mantida a capitulação inicial quando a desclassificação para o crime correto, no caso concreto, mostrar-se mais prejudicial ao acusado e, bem assim, não houver recurso da acusação para tanto. 9. Deparando-se a Corte com dosimetria notadamente equivocada, em prejuízo de acusado que não apelou, deve, de ofício, promover sua reforma. 10. Configura invasão de competência a comunicação expedida pela Justiça Militar da União com o fim de alterar registros civis de indivíduo, sobretudo quando ele sequer figurou como parte no processo crime. 11. Apelo conhecido e não provido. Decisão unânime. Concessão de habeas corpus de ofício para alterar a dosimetria da pena. Decisão por maioria. Concessão de habeas corpus de ofício para tornar sem efeito alterações de registro civil adrede procedidas. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000094-40.2017.7.00.0000. Relator: Ministro CARLOS AUGUSTO DE SOUSA. Data de Julgamento: 22/5/2019, Data de Publicação: 11/6/2019).

Insta consignar que a Procuradoria-Geral da Justiça Militar se manifestou favorável ao provimento do recurso ministerial, nos seguintes termos:

> [...]
>
> Considerando as investigações deflagradas pela Polícia Judiciária Militar e a prova testemunhal produzida em juízo, não obstante neguem os réus o cometimento dos ilícitos que lhes são imputados, a conclusão é pela culpabilidade em face das evidências concatenadas. Nesse cenário fático apurado, seria pueril e desarrazoado acreditar que o Sargento Anderson inseriria informações falsas sobre os civis denunciados no sistema SISAQUA – antes mesmo que sobreviessem as resposta às consultas feitas à DPC acerca da viabilidade de tais ascensões – colocando em risco sua carreira militar, sem que, para isso, recebesse ou aceitasse receber alguma contraprestação pecuniária dos envolvidos, "simplesmente motivado por um espírito altruísta de 'ajudar' os aquaviários a ascenderem de categoria"

> [...] (Evento 8, fl. 4).

Segundo o art. 382 do CPPM, indício "é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova".

A condenação fundamentada em indícios tem respaldo legal, conforme se verifica no art. 383 do CPPM, cito:

> **Requisitos**
>
> Art. 383. Para que o indício constitua prova, é necessário:
>
> a) que a circunstância ou fato indicante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou o fato indicado;
>
> b) que a circunstância ou fato coincida com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo.

Ao discorrer sobre a utilização dos indícios como fundamento para uma condenação, Coimbra Neves assevera:

> [...]
>
> Embora, em verdade, o sistema legal permita a utilização dos indícios como base para a condenação, sempre é importante chamar à reflexão a precariedade da versão iluminada pelos indícios, visto ser ela resultante de um raciocínio lógico, que como tal admite matizes diversos. Nesse sentido, muito bem alerta Tourinho Filho:
>
> > [...] Pode o juiz proferir um decreto condenatório com base em indícios? Possível é, uma vez que o Código incluiu indícios no rol das provas. Se eles constituem prova, nada impede possa o juiz deles valer-se para concluir, p. ex., pela responsabilidade do réu. Parece-nos, contudo, que nenhum juiz proferiria um decreto condenatório respaldando-se apenas em prova indiciária. O grande magistrado Eliezer Rosa observava com certa dose de razão: 'No manejo dos indícios, o juiz criminal tem de ter cuidados extremos, porque de todas as provas, a mais desgraçada, a mais enganosa, a mais satânica é, sem dúvida, a prova indiciária. O indício, na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes. Toda inocência, por isso mesmo que é inocência, é a vítima de eleição da prova indiciária. Com indícios se chega a qualquer conclusão, imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo. Julgar só mediante indícios e, com eles condenar, é o adultério da razão com o acaso, nos Jardins de Júpiter...' (apud Sérgio Demoro Hamilton, Temas de Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 44).
>
> [...]. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Direito Processual Penal Militar*. 5ª ed., Salvador, JusPodivm, 2021, pág. 873).

A corroborar o exposto acima, insta destacar o entendimento de Renato Brasileiro Lima, que leciona:

> [...]
>
> Muito se discute acerca da possibilidade de se condenar alguém com base única e exclusivamente em indícios. A nosso juízo, com a incorporação ao processo penal do sistema da persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*, e CF/88, art. 93, IX), e a consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado. Obviamente, não se pode admitir que um indício isolado e frágil possa fundamentar um decreto condenatório. De modo algum. Para tanto, a prova indiciária está sujeita às seguintes condições:
>
> a) os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular);
>
> b) devem estar estreitamente relacionados entre si;
>
> c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores – não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidade;
>
> d) existência de razões dedutivas – entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.
>
> Nessa linha, como o Código de Processo Penal Militar estabelece em seu art. 383, para que o indício constitua prova, é necessário que a circunstância ou fato indicante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou fato indicado, e que a circunstância ou fato coincida com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas colhidas no processo.
>
> [...] (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 10 ed., São Paulo, JusPodivm, 2021, pág. 577).

Assim, contrariando a pretensão do Órgão acusatório, considero que os indícios foram suficientes para a deflagração da ação penal, contudo não se mostram bastante para ensejar a condenação dos envolvidos, principalmente, quanto à materialidade delitiva.

De concreto nos autos, as ascensões indevidas, sem, contudo, a demonstração da contraprestação pecuniária, existindo apenas a possibilidade de ocorrência dos delitos de corrupção ativa e passiva. Como já destacado, nada nos autos aponta para os crimes, tratando-se apenas de ilações e presunções sobre a ocorrência dos fatos.

Volto a frisar a impossibilidade da condenação dos quatro Apelados, diante da ausência de provas, para a formação de um juízo de certeza, que poderiam ter sido produzidas pela acusação.

Os efeitos gravosos que uma condenação penal imprime ao acusado não comportam erro. Assim, diante da insuficiência de provas e em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição deve ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, para manter, 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 Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, para manter, na íntegra, a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 21 de novembro de 2022 – Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 7000121-47.2022.7.00.0000

Votei, na qualidade de Ministra-Revisora, acompanhando o voto que, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, para manter a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

Insurgiu-se o Ministério Público Militar contra a Sentença, de 14/12/2021, nos autos da APM 7000157-85.2019.7.10.0010, que absolveu o réu 1º Sgt ANDERSON ROGERIO PORTO DO NASCIMENTO da imputação de corrupção passiva, por três vezes, do art. 308, *caput*, do CPM, e os réus FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, GLEISOM MELO DA SILVA e RICARDO XAVIER MAGALHAES da imputação de corrupção ativa do art. 309, *caput*, do CPM, conforme o art. 439, alínea "e", do CPPM.

O MPM alegou, em suas Razões Recursais, que, diferentemente dos fundamentos da Sentença absolutória, há, nos autos, provas cabais acerca da materialidade e da autoria de que o réu militar praticou, por três vezes, o delito de corrupção passiva, enquanto os corréus civis cometeram o crime de corrupção ativa.

Todavia, após análise percuciente dos autos, não foi possível atingir a conclusão pela existência de provas a possibilitar a reforma da Sentença hostilizada, o que enseja a manutenção da absolvição dos acusados.

Não ficaram evidente e cristalinamente comprovados os ilícitos penais imputados aos acusados segundo a descrição das figuras típicas dispostas nos arts. 308 e 309 do CPM (corrupção passiva e ativa):

> Corrupção passiva
>
> 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 2 (dois) a 8 (oito) anos.
>
> Corrupção ativa
>
> Art. 309. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional:
>
> Pena - reclusão, até 8 (oito) anos.

Os delitos pontuados visam resguardar a Administração Federal castrense, na medida em que, de um lado, exige de seus funcionários a probidade no desempenho de suas funções; no outro lado, a corrupção ativa demanda dos civis o respeito à integridade da lisura nos relacionamentos com a coisa pública pertinente à caserna.

Na espécie, no máximo, **apenas restou comprovado que o réu militar promoveu ascensões de categorias de aquaviário, indevidamente**, em favor dos civis FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT, GLEISOM MELO DA SILVA e RICARDO XAVIER MAGALHÃES conforme o Laudo Pericial confeccionado pela Capitania dos Portos do Piauí (evento 1, documento 2, fls. 4/9, do IPM).

Porém, o Órgão Acusatório não alcançou, sem margem de dúvidas, a demonstração de que o acusado militar recebeu alguma vantagem indevida para ascender os aquaviários de categoria; do mesmo jeito, não há prova, indene de todos os questionários, de que os réus civis ofertaram alguma contraprestação ao 1º Sgt ANDERSON.

Em cotejo com as provas produzidas nos autos, de todas as testemunhas, apenas os depoimentos de 3 (três) delas sugerem, de maneira genérica, vaga e imprecisa, o recebimento de vantagens impróprias pelo 1º Sgt ANDERSON, **declarando que ouviram falar por boato que o Sargento realizava as ascensões indevidas** de aquaviários por meio de pagamento em pecúnia:

> Capitão de Fragata Paulo Antônio Carlos (evento 140, vídeos 4-6):
>
> (…) Que assumiu a direção da Capitania dos Portos do Piauí de Julho de 2016 a Julho de 2018; que o 1º SGT ANDERSON

ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO trabalhava no EPM (Ensino Profissional Marítimo); **que soube por uma comunicação interna, possivelmente pelo SO Carlos Alberto, que o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO recebia uma quantia de dinheiro**, aprox. 6 (seis) mil reais, para fazer a ascensão profissional dos aquaviários, mas não sabe dizer se esse valor era total ou parcial; que o SO Carlos Alberto constatou procedimentos errados em algumas ascensões de aquaviários, depois de começar a trabalhar no EPM; que o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO foi desligado do EPM, não exatamente em razão dos episódios da denúncia, mas porque ele não tinha perfil para trabalhar naquela função; que havia indícios que o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO cometeu algum ilícito penal; que as supostas ascensões ocorreram antes de sua chegada à Capitania e que, após tomar conhecimento delas, retroagiu os acusados às suas posições verdadeiras; que, se não falha a memória, o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO despachava diretamente com o Comandante à época; que o Comandante é o responsável por checar todos os documentos, mas os documentos passam por toda uma cadeia de checagem antes de chegarem até ele; que não se lembra dos requisitos para ascender a Mestre de Cabotagem, pois a DPC (órgão responsável por regular os procedimentos) passa por constantes modificações; que o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO tinha acesso direto ao sistema do SISAQUA e, por isso, ele poderia gerar um documento acobertado por uma suposta legalidade; que o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO não tinha o poder para ascender um aquaviário, mas tão somente fazia a inserção dos dados no sistema; que não sabe explicar como o Comandante, à época, deixou passar batido os requisitos sem antes checá-los (…). (Grifo nosso).

SO Carlos Alberto (evento 140, vídeos 10-13):

(…) Que, em outubro de 2016, recebeu uma ordem do Comandante à época, Capitão Fernando, para averiguar as carteiras de aquaviário dos acusados, que não coincidiam com as categorias; que, após isso, levou o caso ao Comandante Paulo por meio de uma comunicação interna, o que deu início ao processo; que o Comandante Paulo mandou-lhe confirmar essa informação no sistema e depois regredir os aquaviários acusados à categoria correta; que não está com receio de narrar os fatos e que em momento algum foi ameaçado; que o Capitão Fernando não lhe informou o porquê de ter pedido a averiguação; que apenas atendeu ao pedido, enquanto subordinado; que o 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento não estava mais lotado no EPM quando começou a trabalhar lá; que o 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento foi o responsável por registrar as informações dos aquaviários no SISAQUA, pois o sistema registra todas as movimentações; que os militares Sgt AM Celso Lima e SO Silveira

> também tinham acesso ao sistema; que logo de cara verificou que as ascensões estavam erradas, pois nenhum dos aquaviários acusados realizou o curso de capacitação da DPC, essencial à ascensão; que não houve qualquer dúvida que as ascensões dos réus foram indevidas; **que ouviu boatos, vindos do Comandante Pereira Lima, de que as ascensões feitas pelo 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento foram mediante pagamento**; que todo militar lotado na EPM deve conhecer dos requisitos para ascensão; que as normas de ascensão variam conforme o tempo, mas sempre foi exigido o curso de capacitação; que não sabe dizer por que o Comandante à época assinou os documentos sem antes verificá-los; que não ouviu boatos de que o Comandante responsável por assinar a ordem de serviço teria recebido dinheiro; que a ordem de serviço só é lançada no sistema após a assinatura do Comandante, mas é possível delegar esse mister a um outro oficial; que pode ter acontecido de o Comandante, de boa-fé, não ter prestado atenção na hora de assinar ou de ter confiado tão somente em sua assessoria; que, mesmo sendo inexperiente, a probabilidade de o 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento ter inserido as informações no sistema por equívoco é muito pequena (…). (Grifo nosso).
>
> 1º Sgt-AM Celso Lima dos Santos Neto (Evento 177, vídeos 8-10):
>
> (…) Que está lotado no EPM desde 2016; que tinha acesso ao Sistema e viu que foram feitas ascensões indevidas de alguns aquaviários em nome do 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO; que os aquaviários não possuíam os requisitos mínimos para ascensão e as documentações comprobatórias não foram encontradas no Sistema; que não se recorda qual foi o militar do EPM que, a princípio, identificou as fraudes; **que, segundo boatos, as informações acrescentadas no Sistema pelo 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO envolviam pagamento pecuniário**; que os aquaviários acusados "pularam" duas categorias de uma vez só, o que somente é possível mediante portaria da DPC (…). (Grifo nosso).

O Ministério Público Militar, com a finalidade de demonstrar a autoria e a materialidade dos delitos, só ilustrou, como instrumento de provas, tais depoimentos, declarações de testemunhas indiretas, que não presenciaram os fatos, limitando-se a termos como: "segundo boatos", que "ouviu boatos" ...de que as ascensões promovidas pelo 1º Sgt ANDERSON envolviam pagamento em dinheiro.

Contudo, os testemunhos indiretos não ilustram, de forma precisa e categórica, a ocorrência da vantagem indevida recebida, no caso da corrupção passiva, e da vantagem concedida, na hipótese da corrupção ativa, pois **faltam nos depoimentos as constatações pormenorizadas de informações referentes ao modo, ao tempo, ao lugar, à quantidade e às circunstâncias das trocas de vantagens.**

Para o juízo de convicção de uma condenação, **é bastante insuficiente a alegação da acusação de que os depoimentos indiretos são indícios** que corroboram a ocorrência da corrupção passiva e ativa, **considerando-se o fato, que não passa de suposição, de que o militar não colocaria sua carreira em risco se não fosse para obter alguma recompensa de ordem patrimonial**.

Nem sempre quando um servidor comete algum ato irregular significa que o fez porque recebeu alguma contraprestação de natureza econômica, motivo pelo qual o legislador tipificou a prevaricação como aquela conduta indevida praticada pelo agente público para satisfazer objetivo ou sentimento que não seja revestido pelo caráter patrimonial.

Por isso, é imprescindível provas que demonstrem as condutas compatíveis com os verbos dos arts. 308 e 309 do CPM (receber, dar, oferecer e promover). Porém, no feito todo, somente a prova testemunhal visa a elucidar os fatos e, nesse contexto, há o acréscimo, ainda, de mais dúvidas acerca das vantagens econômicas trocadas, já que as demais testemunhas de acusação desconhecem que houve recebimento e concessão de alguma vantagem nas ascensões dos aquaviários:

> Capitão de Corveta Deusmar Santos de Moraes (evento 140, vídeos 8-9):
>
> > (…) Que foi o encarregado do inquérito; que inquiriu o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA e percebeu que ele e os demais acusados, Marinheiros de Convés, não tinham os requisitos para serem promovidos a Mestres de Cabotagem; que Mestre de Cabotagem é a categoria acima de Marinheiro de Convés; que são os requisitos para promoção: 1. Embarque de no mínimo 4 (quatro) anos; 2. Carta de recomendação da empresa para o qual trabalham; e 3. Curso do APAC; que, após o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA ir à Capitania em busca da renovação da etiqueta de Mestre de Cabotagem, verificou-se que ele não preenchia os requisitos; que acredita que o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA cometeu algum ilícito; que o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA afirmou que, durante o atendimento na Capitania, foi interrogado pelo 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO se já tinha sido promovido a Mestre de Cabotagem e, após responder que não, o 1º SGT ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO disse que existia um documento que dava a ele esse direito; que o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA aceitou fazer o requerimento para receber a ascensão; que o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA afirmou não se lembrar de quando recebeu a etiqueta de Mestre de Cabotagem; **que o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA disse que não ofereceu dinheiro algum ao militar e que o único dinheiro que gastou foi para a taxa de emissão de documento da GRU**; que o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA confessou que não preenchia os requisitos, porém mesmo assim achou que teria direito; que, na época, o Sr. GLEISOM MELO DA SILVA teria apenas 1 (um) dos 4 (quatro) anos exigidos de embarque e não

chegou a fazer nenhuma das etapas do curso da APAC; que, a partir da assinatura e oratória do Sr. GLEISOM MELO DA SILVA, percebeu que ele era capaz [de] ter discernimento acerca dos fatos; que a justificativa de todos os demais aquaviários acusados de terem ascendido indevidamente foi a mesma; que alguns reportaram sequer lembrar de quem lhes teria atendido na Capitania (…). (Grifo nosso).

Capitão de Mar e Guerra RM1 Miguel Elmokdisi Sobrinho (evento 140, vídeo 3):

(…) Que tomou conhecimento dos fatos apenas no segundo semestre de 2019; que conhece o réu 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO; que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO era o encarregado do cadastro da divisão do EPM; que desconhece o restante da denúncia; que não tomou conhecimento dos fatos narrados na denúncia durante o período que trabalhou na Capitania dos Portos do Piauí; que trabalhou de julho de 2014 a julho de 2016 na Capitania; que nunca chegou ao seu conhecimento qualquer fato envolvendo ascensão falsa de aquaviário; que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO não era um militar "padrão" no quesito desempenho e estava abaixo da média de seus pares; **que não havia nada na conduta do 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO que o fizesse duvidar de sua honestidade**; que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO não exercia uma função em que era exigida extrema responsabilidade; que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO era um ajudante do setor e estava no EPM há apenas um ano; que, quando trabalhou na Capitania, ficava responsável por conferir os nomes, assinar e despachar os documentos emitidos na EPM; que é possível que o sistema possa ser fraudado, mas não imagina como isso seja feito; que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO pode ou ter alterado alguma ordem de serviço ou ter apresentado certidões ilegíveis; que, apesar de ser muito difícil, talvez os documentos adulterados tenham passado despercebidos por todos os setores da Capitania (…). (Grifo nosso).

CC (T) RM1 Fernando Dias de Araújo (evento 177, vídeos 1-5):

(…) Que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO cometeu um erro de natureza grave ao realizar ascensões indevidas de aquaviários; que somente o Capitão dos Portos pode fazer a inserção final dos dados no Sistema; que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO, muitas vezes, não respeitava a hierarquia de despacho dos documentos e, de forma errônea, despachava diretamente com o Capitão dos Portos; que não sabe informar se os documentos apresentados ao Capitão dos Portos pelo 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO

> NASCIMENTO seguiram o trâmite correto; **que nunca presenciou o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO praticando qualquer ato irregular**; que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO, ao baipassar pessoas com conhecimento mais apurado, provavelmente não queria que tomassem ciência de seus procedimentos; que não tem dúvidas de que ocorreu alguma fraude em certo momento; **que o 1º Sgt ANDERSON ROGÉRIO PORTO DO NASCIMENTO pode ter cometido uma interpretação equivocada das normas da DPC ao apresentar os documentos achando que os aquaviários preenchiam os requisitos, por mais que ache absurdo saltar dois níveis de uma vez só e isso passar batido**; que não é possível, de forma regularizada, ascender de Marinheiro de Convés a Mestre de Cabotagem; que o Capitão dos Portos deveria ser responsável por verificar o erro; que as regras para ascensão de categoria da DPC constantemente e, caso o responsável não preste atenção, pode acabar "se perdendo"; que, se o Capitão dos Portos não estiver atento às normas, pode ser induzido ao erro por um militar mais experiente (…). (Grifo nosso).
>
> SO-OS Fernando César Costa da Silveira (evento 177, vídeos 6-7):
>
> (…) Que os fatos narrados na denúncia aconteceram antes de ser lotado na Capitania; que não possui acesso ao sistema que registra as ascensões; que não conhece os acusados; que somente tomou conhecimento dos fatos após ler a denúncia; que o Capitão Fernando não estava mais servindo na Capitania quando foi lotado (…).

Dessa forma, essas declarações de desconhecimento de que o 1º Sgt ANDERSON tenha auferido recompensas pelas ascensões indevidas de aquaviários imputam dúvidas consideráveis à elucidação dos fatos da versão acusatória.

E a dúvida se fortalece com os depoimentos dos acusados, em que todos negaram a existência de trocas de vantagens:

> 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento (evento 211, vídeos 8-11):
>
> (...) **Que jamais recebeu dinheiro para fazer as ascensões**; que, por trabalhar diretamente com o público na EPM, orientou e divulgou aos aquaviários o teor de uma mensagem, vinda da DPC, a qual dizia que todos os aquaviários que tivessem 4 (quatro) anos de embarque mais o curso de APCV (aperfeiçoamento de convés) antes de 2007 poderiam dar entrada com a documentação pertinente para ascensão de categoria; que o antigo curso de APCV foi substituído pelo APAC, mais moderno e, segundo a mensagem da DPC vinda de Porto Alegre, seria permitido o aproveitamento dos aquaviários que fizeram o antigo APCV; que, às vezes, também era necessário obter uma carta de recomendação, mas que isso

variava de empresa para empresa; que não possui mais acesso à mensagem porque está afastado do cargo; que ao emitir uma resposta à determinada Capitania, o DPC encaminhava a mensagem a todas as Capitanias restantes, a fim de que fossem dirimidas todas as dúvidas referentes ao mesmo tema; que deu prosseguimento às requisições dos aquaviários com base na documentação que foi entregue por eles; **que tinha plena consciência de que todos os aquaviários teriam direito à ascensão e seguiu apenas os procedimentos que diziam respeito à sua competência**; que, para o aquaviário, a carteira de Mestre de Cabotagem serve como um "a mais" para a empresa que ele trabalha e, com essa etiqueta, é possível a realização de cursos e estágios antes não permitidos, facilitando uma futura promoção; que, embora os aquaviários pudessem embarcar enquanto Mestres de Cabotagem, ainda não poderiam de fato exercer a função; que, após promovido, o aquaviário poderia complementar depois com o curso de qualificação; que, ao ligar para a DPC, foi informado que, ao ser permitida a realização do procedimento para um aquaviário, abre-se precedente para todos os que se enquadram na mesma situação; que é portador de esclerose múltipla e, à época, estava na EPM há 3 (três) meses, apenas para "tapar buraco", porque não tinha conhecimento suficiente para o exercício da função; que pediu aos seus superiores várias vezes para sair da EPM, inclusive porque tinha desavenças pessoas com o Sargento Silveira, à época seu colega de trabalho; que, antes de ser lotado na EPM, foi disponibilizada somente uma semana para estudar e conhecer as normas da DPC; que tentou colocar todas as demandas em dia no menor tempo disponível, porque a Capitania tinha sido notificada pela DPC, em virtude das sucessivas demoras; que sempre deixava a documentação antes na mesa do secretário e jamais chegou a despachar diretamente com o Capitão dos Portos; que seria impossível aplicar um golpe nessa situação, porque os documentos nunca passavam somente por ele, além de ser preciso a assinatura física e eletrônica do Capitão dos Portos, que dá a autorização final; que buscava ajudar os aquaviários com a divulgação porque muitos deles são leigos (...). (Grifo nosso).

FRANCISCO ANTONIO DOS SANTOS BITENCOURT (evento 211, docs. 1 a 3):

PERGUNTADO se é verdade ou mentira que deu dinheiro ao sargento Anderson para ele fazer a promoção da categoria de marinheiro de convés para mestre de cabotagem no sistema do SISAQUA, RESPONDEU que não é verdade, que inclusive, poderia contar o que aconteceu de fato, que os aquaviários são civis, que possuem carreira civil, que o primeiro passo é o auxiliar de convés, depois o moço de convés, depois o marinheiro, contramestre e MCB (mestre de cabotagem), que de mestre de cabotagem, ainda é possível subir para oficial com curso superior, que em 2007, fez o

curso que deu direito a cambar para mestre de cabotagem; PERGUNTADO qual sua função em 2007, RESPONDEU que era já era moço de convés, que para poder cambar de moço para marinheiro, era necessário ter o curso, que as coisas mudaram e não era mais necessário ter o curso, apenas o tempo de embarque, que isso facilitou a cambagem, que preferiu não parar o curso, continuou, fez a prova, terminou e esperou o tempo de embarque, que completou os 4 anos de embarque para ser mestre de cabotagem, que foi à capitania, que não se recorda quem era o responsável à época, que falaram que o curso não valia mais; PERGUNTADO em que ano foi informado que o curso tinha caducado, RESPONDEU que em 2010, 2011 ou 2013, que não se recorda bem, que avisaram que teria que fazer novamente o curso, que resolveu não o fazer e ficar como marinheiro porque tinha mais oportunidade; (...); PERGUNTADO se alguma vez chegou a trabalhar como mestre de cabotagem, RESPONDEU que não, porque os aquaviários sempre repassam a notícia um para o outro quando acontece um fato, que ficou sabendo que esse curso estava valendo, que houve uma mensagem, que foi à capitania, que encontrou o sargento Anderson e ele disse para trazer o curso para olhar, que mostrou para ele e ele disse que chegou uma mensagem da DPC dizendo que poderia pegar a etiqueta de mestre de cabotagem, porém, que não poderia exercer a função de MCB porque era necessário o certificado, que a mensagem só daria direito à etiqueta, que a única coisa que a etiqueta garante é a possibilidade de ser mestre de convés em navios e fazer o presencial, que aceitou a etiqueta porque ajudaria a fazer o presencial, que com o presencial de 15 dias em Belém, pegaria o certificado e poderia exercer a função, que quando pegou a etiqueta e foi inscrito pelo sargento Anderson; (...) PERGUNTADO se o problema da história era que não deveria ter recebido a etiqueta, RESPONDEU que era isso, que o entendimento da Capitania era isso, mas que o sargento Anderson deu outro entendimento; PERGUNTADO qual entendimento do Anderson que o convenceu, pois era estranho receber uma etiqueta só para pegar o certificado de um curso, RESPONDEU que foi mais o direito que achou que tinha porque tinha o curso de 2007, que ele falou que poderia com o curso; **PERGUNTADO se afirma que não pagou nada para o Anderson, RESPONDEU que não deu nada; PERGUNTADO se acreditou que com base no curso de 2007, teria direito à etiqueta de mestre de cabotagem para fazer um curso e receber o certificado, RESPONDEU que era isso que facilitava porque se se inscrevesse como mestre de cabotagem, teria prioridade na inscrição em Belém;** PERGUNTADO se já sabia em algum momento que para ser mestre de cabotagem, mesmo tendo só a etiqueta, necessitaria fazer cursos a mais, RESPONDEU que antes sabia, mas que a regra muda muito; PERGUNTADO se acreditou que, embora tivesse outros cursos, pelo que o Sgt Anderson explicou, poderia colocar a etiqueta porque possuía o curso de 2007, RESPONDEU que isso;

PERGUNTADO se já RESPONDEU a algum outro processo criminal na vida, RESPONDEU que não, que é o primeiro; RESPONDEU que a etiqueta nunca ajudou, só atrapalhou, que em momento algum exerceu a função de mestre de cabotagem (MCB), que desde 2018, deixou de embarcar mas que nunca embarcou como MCB, apenas como marinheiro (...) PERGUNTADO onde conheceu o sargento Anderson, RESPONDEU que foi na Capitania; PERGUNTADO se o único contato com o sargento Anderson foi através da Capitania, RESPONDEU que através da Capitania e do Porto perto de onde mora, que o Sgt Anderson sempre estava nas inspeções com demais militares, mas que esse assunto foi conversado na Capitania. (...). (Grifos nosso).

RICARDO XAVIER MAGALHÃES (evento 211, docs. 4 e 5):

PERGUNTADO se já RESPONDEU a algum processo criminal na vida, RESPONDEU que nunca; **PERGUNTADO se seria verdade a acusação de ter dado vantagem ao Anderson para efetuar a ascensão de categoria, RESPONDEU que é um absurdo**; PERGUNTADO o que aconteceu, RESPONDEU que fez sete provas: navegação, meteorologia, manobra de embarcação, estabilidade, técnico de estivagem, comando e liderança, gestão ambiental, que fez as sete provas que dão direito à cambagem, que teve 4 anos de embarque e a carta de recomendação, que fez normal e não sabe por que está havendo isso; PERGUNTADO se juntou ao processo todos os cursos citado, RESPONDEU que não, que quem tem essa pasta é a Capitania dos Portos de Piauí, que ela tem as pastas de todo mundo, das provas feitas e do tempo de embarque, que não sabe por que aconteceu isso; PERGUNTADO se tinha requisitos para ser mestre de cabotagem, RESPONDEU que claro, que fez o curso em 2019, que estão em 2021, que com certeza tem 4 anos de embarque; PERGUNTADO se sabe que além dos 4 anos, é necessário fazer cursos específicos, RESPONDEU que sim, que é o APAC, que fez as setes provas; PERGUNTADO se para ser promovido de marinheiro para mestre de cabotagem, é necessário fazer um curso chamado APAC, RESPONDEU que é isso, que se chama hoje de APCV, que mudou de sigla; PERGUNTADO em que ano fez o APAC, RESPONDEU que fez em 2014; PERGUNTADO a partir de que ano é marinheiro de convés, RESPONDEU que começa como moço de convés, que com 2 anos de embarque passa para marinheiro de convés; PERGUNTADO se sabe que para ser promovido para mestre de convés porque o mestre é mais especializado que o marinheiro, RESPONDEU que é isso, que fez os sete cursos, que quando foi à Capitania dos Portos do Piauí, foi ao balcão, mostrou a AOS, a Ordem de Serviço, pediu abertura do requerimento e o Sgt Anderson fez, que o Sgt Anderson solicitou que teria 4 anos de embarque, feito o APAC, que são as sete provas, e que teria que ter o presencial... nesse caso, ele falou que tinha uma norma ativa que tinha como a gente ir sem fazer o ERO e o EPO, só que não teria como comandar nem imediatar. PERGUNTADO qual a vantagem de receber a etiqueta sem

fazer a função de mestre de cabotagem, RESPONDEU que a empresa pode pagar um a mais pra você porque subiu de patente; PERGUNTADO onde ficam os cursos ERRO e EPO, RESPONDEU que é no Pará; PERGUNTADO se quem faz esses dois cursos pode comandar e imediatar, RESPONDEU que pode comandar embarcação de até 25 pés; PERGUNTADO se o Sgt Anderson disse que teria direito a ter e etiqueta de mestre de cabotagem mas não poderia exercer função nem de imediato nem de comandante, RESPONDEU que positivo; **PERGUNTADO se não dominava a legislação e deve ter acreditado na versão que o Anderson falou pois ele era o cara que trabalhava na Capitania, RESPONDEU que isso; PERGUNTADO se chegou a pagar algum dinheiro para o Anderson realizar a ascensão da categoria, RESPONDEU que não, pois não conhecia ele, que fez o curso, as provas, que não tinha motivo para fazer isso, que deu entrada na ordem de serviço e o capitão assinou**; PERGUNTADO se acredita firmemente que com base nos cursos que possuía, tinha direito a pegar, pela legislação, a etiqueta de mestre de cabotagem, RESPONDEU que é isso, porque uma pessoa que trabalha na Marinha diz que tem condições, faz uma OS, entrega uma etiqueta para assinatura etc.; afirmou que quando fez a inscrição do EPO e ERRO, a Capitania dos Portos botou um "de marinha" em seu lugar, que mandou a denúncia para... que botaram um sargento de marinha em seu lugar e foi prejudicado, em 2014. (Grifos nosso).

GLEISOM MELO DA SILVA (evento 211, vídeos 6-7):

(...) Que o que mudou, de fato, foi apenas a sua etiqueta, de Marinheiro de Convés à Mestre de Cabotagem; **que não ofereceu dinheiro ao 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento para que ele fizesse a ascensão**; que a empresa para a qual trabalhava passou a exigir um certificado de habilitação profissional e, como já tinha ascendido a Mestre de Cabotagem à época, dirigiu-se à Capitania para cumprir essa exigência, se não sofreria punições; que, após entregar a documentação ao setor do EPM, os responsáveis afirmaram que iriam estudá-la e, após uma semana, foi informado que haviam erros nos documentos, o que deu início à ação penal; que, ao contrário do que as testemunhas afirmaram, é permitido pela DPC ascender dois níveis e ir de Marinheiro de Convés a Mestre de Cabotagem; que preenchia tanto os 4 (quatro) anos de embarque necessários quanto tinha concluído parte do curso de aprimoramento da DPC; que, em relação ao curso de aprimoramento, faltava apenas concluir a parte presencial, que estava suspensa devido à Operação Lava Jato; que, apesar de figurar na denúncia junto com os demais réus, tem como provar que jamais assumiu ou exerceu a função de Mestre de Cabotagem; **que aceitou a etiqueta do 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento porque, como responsável pela EPM, ele afirmou que não teria problema e que existia uma portaria que permitia tal procedimento, desde que não fosse assumido o comando das embarcações**, mas somente a chefia dos conveses; que

> acreditou nessa versão porque não conhecia bem as normas da DPC, pois elas mudam constantemente e de acordo com as demandas das empresas; que os militares responsáveis pelo setor devem ter conhecimento dessas mudanças; que o 1º Sgt Anderson Rogério Porto do Nascimento era conhecido por "facilitar a vida" e ser gentil com os aquaviários, pois, muitas vezes, eram esnobados pelas outras autoridades e, mesmo possuindo direito, precisavam submeter-se à dificuldades e burocracias desnecessárias para ascenderem de categoria (...). (Grifo nosso).

Isso tudo **explicita a falta de êxito da acusação na comprovação da materialidade delitiva** referente às atividades de corrupção dos réus**, já que as testemunhas indiretas do "ouvir boatos" e a mera hipótese de que o acusado militar não colocaria a carreira em risco caso não recebesse alguma vantagem econômica não passam de meros indícios e suposição** sem, no entanto, apontar clara e diretamente quais foram as vantagens recebidas e ofertadas pelos apelados.

Somente foi gerada prova testemunhal a fim de esclarecer os fatos, do total de 7 (sete) testemunhas, 3 (três) delas apenas ouviram boatos de práticas de corrupção, já as outras 4 (quatro) desconhecem alguma troca de vantagens, e os acusados negaram a versão acusatória.

Fora disso tudo, não existiu outro meio de prova para delinear as vantagens indevidas permutadas pelos acusados. E o Laudo Pericial confeccionado pela Capitania dos Portos do Piauí (evento 1, documento 2, fls. 4/9, do IPM) somente atesta, no máximo, que as ascensões dos aquaviários foram irregulares.

Assim, por não ser viável, pelas provas insertas aos autos, elucidar as indagações que pairam sobre a materialidade, para se concluir que entre os apelados aconteceram intercâmbios de vantagens indevidas nas concepções das elementares dos crimes de corrupção passiva e ativa, a solução adequada é a manutenção da absolvição dos recorridos nos próprios fundamentos da Sentença hostilizada.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e de negar provimento ao Apelo ministerial, para manter a Sentença absolutória impugnada, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, com fulcro no art. 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar.

Superior Tribunal Militar, 24 de novembro de 2022.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

APELAÇÃO Nº 7000134-46.2022.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Leonardo Puntel.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: Paulo David da Silva Marcelino.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.
Alessandro Tertuliano da Costa Pinto (DPU).

Apelado: Matheus Philip de Souza Custódio.
Advogado: Francis Cartier Domingos (OAB SP362842).

Apelado: Gabriel dos Santos Francelino.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.
Alessandro Tertuliano da Costa Pinto (DPU).

Apelado: Douglas Augusto do Prado.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.
Alessandro Tertuliano da Costa Pinto (DPU).

Apelado: Christian Riam Valim Felizardo.
Advogada: Teila Maria de Souza (OAB SP259917).

Apelado: Adrian Luís Gervasio Reis Silva Carvalho.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.
Alessandro Tertuliano da Costa Pinto (DPU).

EMENTA

APELAÇÃO. MPM. ART. 209, § 1º, DO CPM. LESÃO GRAVE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRELIMINAR DEFENSIVA. AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIDA. UNANIMIDADE. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ADEQUAÇÃO FORMAL E MATERIAL. *ANIMUS LAEDENDI* CARACTERIZADO. PROVIMENTO. UNANIMIDADE.

O efeito devolutivo é inerente à apelação e deve ser balanceado com os princípios do contraditório e do devido processo legal. Destarte, a matéria devolvida à apreciação deste Tribunal deve circunscrever-se ao impugnado pelo Apelante, em obediência ao princípio do *tantum devolutum quantum apelattum*, o qual também limita o conhecimento e análise àquelas questões que não foram alcançadas pela preclusão. Preliminar não conhecida. Unanimidade.

In casu, a autoria do crime de lesão corporal grave restou comprovada nos autos por meio dos depoimentos do Ofendido, dos corréus e das diversas testemunhas, que, sob o compromisso de dizer a verdade, em observância ao do art. 352 do CPPM, demonstraram a participação de cada Apelado no crime. No

tocante à materialidade, essa restou inconteste a partir do laudo de exame de corpo de delito juntado aos autos.

Demonstra-se incontroverso nos autos o *animus laedendi*, que resultou no delito de lesão corporal grave, em local sujeito à Administração Militar, quando os Apelados, conjuntamente com os militares já condenados, impuseram ao Ofendido, que servia na mesma Organização Militar, de forma deliberada e não consentida, "trote" consistente em chutes, tapas e socos, o que acarretou lesões de natureza grave no Ofendido na face e no tórax, e fratura do externo sem desvio, que o incapacitaram para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Apesar do tratamento, após esse prazo, o ofendido ainda alegava sentir dores e incômodos.

Esse tipo de conduta é típica, antijurídica e culpável. Ademais, adequa-se formal e materialmente ao tipo penal previsto no art. 209, § 1º, do CPM. Mais ainda, são evidentes os seus reflexos, diretos e significativos, sobre os pilares das Forças Armadas, incluindo o nível da mácula às regras da caserna, paradigma indissociável dos delitos militares.

Constatada a pertinência do pleito ministerial, bem como verificado nos autos provas da autoria e da materialidade delitivas, deve a sentença absolutória ser reformada por esta Corte.

Apelo provido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu não conhecer da preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de amplitude do efeito devolutivo do recurso de apelação. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, decidiu conhecer e dar provimento ao recurso ministerial, a fim de condenar os apelados Sd Ex Adrian Luís Gervasio Reis Silva Carvalho, Sd Ex Christian Riam Valim Felizardo, ex-Sd Ex Douglas Augusto do Prado, Sd Ex Gabriel dos Santos Francelino, ex-Sd Ex Matheus Philip de Souza Custódio e o Sd Ex Paulo David da Silva Marcelino à pena de 1 (um) ano de reclusão como incursos no art. 209, § 1º, do CPM, a ser eventual e inicialmente cumprida em regime aberto, na conformidade do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, concedendo-se a eles o direito de recorrer em liberdade e o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, excluindo das condições para a concessão do benefício a alínea "a" do art. 626 do CPPM. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Relator do Acórdão: Ministro Leonardo Puntel.

Votantes: Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José

Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho e Ministro Celso Luiz Nazareth. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 14/11/2022 a 17/11/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar contra os Sd Ex ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, Sd Ex CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO, ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO e o Sd Ex PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO (Evento 1; docs. 3 e 4), tendo como alvo a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 7/12/2021, que os absolveu da prática do crime previsto no artigo 209, § 1º, do Código Penal Militar[124], com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM[125] (Evento 1; doc. 1).

Narra a Denúncia que, no dia 11/2/2021, por volta das 16h50, os Apelados e outros militares já condenados com trânsito em julgado, agindo de maneira dolosa, causaram lesão corporal grave no Ofendido, o Sd Ex LUIS GUILHERME KRAMER DE SOUZA, (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 1; doc. 1), *in verbis*:

> (...) Consta do inquérito policial militar em referência que, no dia 11 de fevereiro de 2021, por volta das 16:50 hs, no alojamento de soldados do 5º Batalhão de Infantaria Leve, em Lorena/SP, os denunciados efetuaram um "trote" no soldado Luis Guilherme Kramer de Souza, que resultou na prática do delito de lesão corporal grave, tipificado pelo artigo 209, § 1º, do Código Penal Militar.
>
> Segundo restou apurado, na data dos fatos, após participarem da formatura de término do expediente, os soldados do efetivo variável se dirigiram para o alojamento, para troca de roupa e liberação do expediente.
>
> Alguns soldados, notadamente os denunciados Saturno (conforme depoimentos constantes de fls. 52, 84 e 93), Eleutério (conforme depoimentos constantes de fls. 52, 57, 64, 68, 72, 84 e 93) e Gervásio conforme depoimento de fls. 103), incitaram os demais a participar de um "pacote" a ser aplicado no soldado Kramer.
>
> Logo em seguida, o denunciado Saturno aproximou-se do soldado Kramer e anunciou que era a sua vez de receber um "pacote". Ato

[124] Lesão leve. Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Lesão grave. § 1° Se se produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias: Pena - reclusão, até cinco anos.

[125] Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça: (...) e) não existir prova suficiente para a condenação;

contínuo, os denunciados, em conjunto, passaram a agredi-lo, com empurrões, socos e chutes. O soldado Kramer tentou se defender, mas foi jogado ao chão, e persistiram os socos e chutes impingidos pelos denunciados, de forma ainda mais intensa, por cerca de um minuto, até que, em razão da algazarra produzida e dos sons de pancadaria, o soldado Maicon Vitoriano Serafini, que desempenhava as funções de cabo de dia, adentrou ao alojamento, determinou que cessassem as agressões, e prestou socorro ao soldado Kramer, que queixava-se de fortes dores no peito e dificuldade para respirar.

Imediatamente, o soldado Serafini comunicou os fatos ao Tenente Guilherme Figueiredo Consulo, que orientou para que o soldado Kramer fosse submetido a cuidados médicos, e que os envolvidos fossem ouvidos.

O soldado Kramer foi inicialmente atendido pela equipe médica da organização militar, e em seguida conduzido para o Hospital da Unimed, de ambulância.

No âmbito do IPM, o ofendido Kramer relatou que pelo menos cinco militares o agrediram, citando nominalmente os soldados Saturno, Leal, Monteiro, Gervásio e Felizardo. Afirmou que, como procurou proteger o rosto, não conseguiu identificar vários dos agressores. Revelou também que, após os fatos, recebeu mensagens por mídias sociais dos soldados Saturno, Leal, Felizardo e Monteiro, perguntando sobre seu estado de saúde, sendo que os Soldados Felizardo e Gervásio alegaram que tinham intenção de participar da agressão, mas não o fizeram (fls. 18/19).

A testemunha soldado Serafini relatou ter visto o que parecia ser uma briga, com vários militares por cima de um militar caído no chão, e que deu ordem para cessarem o tumulto, afastando os militares e prestando socorro à vítima, a quem foi prestada assistência médica. Os oficiais passaram a identificar quais militares teriam participado da agressão. Ele, pessoalmente, identificou o soldado Saturno, em razão de uma camiseta diferente que usava, indagou a este, que admitiu sua participação, e indicou outros militares que também teriam participado das agressões, lembrando-se de menção aos soldados Philip, Leal, Gervásio e Monteiro, tendo dúvidas a respeito do soldado Felizardo (fls. 23/25).

A testemunha Tenente Consulo relatou que, assim que soube dos fatos, cuidou para que fosse prestada assistência médica à vítima, e foi iniciada uma apuração preliminar, sendo que quatro soldados se acusaram: Saturno, Eleutério, Prado e Davi Silva, e vários outros foram mencionados e ouvidos pelo Oficial de Inteligência (fls. 27/29).

O denunciado soldado Saturno admitiu sua participação nos fatos, e referiu também a participação de Eleutério, Philip, Monteiro, Leal, Prado, Davi Silva Marcelino e Gervásio (fls. 99 e 170). Sua participação foi referida pelo ofendido Kramer (fls. 19), pelas testemunhas soldado Serafini (fls. 23), Tenente Consulo (fls. 27), soldados Natanael (fls. 49), Ricardo (fls. 52), Nathanael Galvão (fls. 60), Ângelo (fls. 64), Portugal

(fls. 76), Gleyson (fls. 180), Davi Felipe (flos.185), Gustavo (fls. 189), e por todos os demais denunciados.

O denunciado soldado Eleutério inicialmente admitiu sua participação nos fatos (fls. 103), mas posteriormente negou (fls. 168). Referiu a participação de Saturno e de Gervásio. Sua participação foi referida pela testemunha Tenente Consulo, soldados Natanael (fls. 49), Ricardo (fls. 52), Joaquim (fls. 56), Ângelo (fls. 64), Portugal (fls. 76), Gleyson (fls. 180), Gustavo Gomes (fls. 189), e por todos os demais denunciados.

O denunciado soldado Prado, ouvido informalmente em investigação preliminar, confessou seu envolvimento nos fatos, porém, ao ser ouvido no âmbito do IPM, negou sua participação, referindo a participação de Saturno, Eleutério, Philip, Leal, Felizardo e Davi Silva (fls. 111 e 166). Sua participação foi referida pelas testemunhas tenente Consulo e soldados Ricardo (fls. 52), Joaquim (fls. 56) e pelos denunciados Felizardo, Philip, Monteiro, Leal e Saturno.

O denunciado David Silva inicialmente admitiu sua participação (fls. 111), negando-a posteriormente (fls. 145). Referiu a participação de Saturno, Leal, Francelino e outros que não identificou. Sua participação foi referida pelas testemunhas tenente Consulo (fls. 27), soldado Ricardo (fls. 52), Portugal (fls. 76) e pelos denunciados Felizardo, Philip, Monteiro, Leal, Saturno, Prado e Francelino.

O denunciado Leal inicialmente negou sua participação (fls. 92), posteriormente admitindo-a (fls. 162). Referiu a participação de Saturno, Eleutério, Davi Silva, Prado, Felizardo, e outros que não identificou. Sua participação foi referida pelo ofendido Kramer (fls. 19), testemunhas soldado Serafini (fls. 23), Tenente Consulo (fls. 27), soldados Natanael (fls. 52), Ricardo (fls. 52), Nathanael Galvão (fls. 60), Portugal (fls. 76), Gleyson (fls. 180), Davi Felipe (fls. 185), Gustavo (fls. 189) e pelos denunciados Felizardo, Philip, Monteiro, Saturno, Davi Silva e Prado.

O denunciado Monteiro negou sua participação (fls. 88 e 159), e referiu a participação de Saturno, Eleutério, Leal, Prado e Davi Silva. Sua participação foi referida pelo ofendido Kramer (fls. 19), pelas testemunhas soldado Serafini (fls. 23), tenente Consulo (fls. 27), soldados Natanael (fls. 49), Ricardo (fls. 52), Joaquim (fls. 56), Nathanael Galvão (fls. 60), Portugal (fls. 76) e pelos denunciados Felizardo, Philip e Saturno.

O denunciado Philip negou sua participação (fls. 84 e 164), e referiu a participação de Saturno, Eleutério, Leal, Monteiro, Gervásio, Prado e Davi Silva. Sua participação foi referida pelas testemunhas soldado Serafini (fls. 23), tenente Consulo (fls. 27), soldados Natanael (fls. 49), Ricardo (fls. 52), Portugal (fls. 76), Gleyson (fls. 180), Davi Felipe (fls.185) e pelos denunciados Felizardo, Saturno, Prado e Francelino.

O denunciado Gervásio negou sua participação (fls. 96 e 138), e referiu a participação de Saturno e Eleutério e outros que não identificou. Sua participação foi referida pelo ofendido Kramer (fls. 19), testemunha

soldado Serafini (fls. 23), tenente Cosulo (fls. 27), soldado Ricardo (fls. 52) e pelos denunciados Felizardo, Philip e Saturno.

O denunciado Felizardo negou sua participação (fls. 84 e 164), e referiu a participação de Saturno, Eleutério, Leal, Monteiro, Philip, Prado e Davi Silva. Sua participação foi referida pelo ofendido Kramer (fls. 19), pelas testemunhas soldado Serafini (fls. 23), tenente Consulo (fls. 27), soldado Ricardo (fls. 52) e pelos acusados Leal e Prado.

O denunciado Francelino negou sua participação (fls. 141), e referiu a participação de Saturno, Eleutério, Philip e Davi Silva. Sua participação foi referida pelas testemunhas Tenente Consulo (fls. 27), soldados Ricardo (fls. 52), Davi Felipe (fls. 185) e pelo denunciado Davi Silva.

De acordo com o laudo de exame de corpo de delito juntado às fls. 119/123, as agressões supra narradas produziram no ofendido soldado Kramer lesões corporais na face e tórax, e fratura do externo sem desvio, que incapacitaram-no para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

As razões de convicção quanto à autoria do delito imputado aos denunciados repousam no exame de corpo de delito de fls. 119/123, nos documentos médicos de fls. 195/209, e nos depoimentos constantes dos autos, notadamente os supra referidos.

Com as condutas supradescritas, os denunciados, agindo livre e conscientemente, incorreram na prática do crime de lesão corporal grave (...).

Em 14/4/2021, a Denúncia foi recebida (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 1; doc. 2).

Os Acusados foram regularmente citados (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 32 a 41).

Em 21/7/2021, o Ofendido Sd Ex LUÍS GUILHERME KRAMER DE SOUZA foi ouvido (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 225). Na mesma oportunidade, foram inquiridas as Testemunhas do *Parquet* ex-Sd Ex MAICON VITORIANO SERAFINI, 2º Ten Ex GUILHERME FIGUEIREDO CONSULO, Sd Ex PAULO RICARDO DE SIQUEIRA PINTO e Sd Ex RIAN FELIX PORTUGAL (esta última também arrolada pela Defesa do Apelado DOUGLAS). Também, nesse mesmo dia, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas Defesas do Sd Ex ADRIAN GONÇALVES FERREIRA: Sd Ex LUCAS VINICIUS DA CRUZ DOMINGUES, Sd Ex CARLOS EDUARDO SOARES DA SILVA e Sd Ex DAVID FELIPE DE MOURA VASCONCELOS (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 225).

Na sessão realizada no dia seguinte, em 22/7/2021, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo Acusado ex-Sd Ex FABRÍCIO: Sd Ex RAFAEL DAMASCENO MARIANO; e pelo Apelado MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO: Sd Ex MIGUEL ÂNGELO ROSA AGUIAR PINTO. Ato seguinte, os Acusados foram qualificados e interrogados, à exceção do Acusado LUCAS

GONÇALVES LEAL VIEIRA, ocasião em que a Defesa requereu que sua ausência fosse recebida como seu direito ao silêncio (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002. evento 247).

Na fase do art. 427 do CPPM[126], o MPM e a Defesa dos Acusados ex-Sd Ex CARLOS EDUARDO SATURNO PAIXÃO, ex-Sd Ex FABRÍCIO ELEUTÉRIO MORAIS e LUCAS GONÇALVES LEAL VIEIRA e dos ora Apelados ex-Sd Ex **DOUGLAS** AUGUSTO DO PRADO, Sd Ex **PAULO** DAVID DA SILVA MARCELINO, ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO, Sd Ex **ADRIAN** LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO e Sd Ex **GABRIEL** DOS SANTOS FRANCELINO nada requereram (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 315, 325, 326, 327, 329). A Defesa do Apelado **CHRISTIAN** RIAN VALIM FELIZARDO e do Acusado ex-Sd Ex PEDRO HENRIQUE RIBEIRO MONTEIRO deixou transcorrer *in albis* o prazo, apesar de regularmente intimada (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 330).

O MPM apresentou as suas Alegações Escritas, conforme dispõe o art. 428 do CPPM[127], pugnando pela condenação de todos os Acusados, conforme os termos narrados na Denúncia (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 276).

As Defesas dos Apelados ofertaram as suas Alegações Escritas, ocasião em que pugnaram pelas suas absolvições (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 359, 361/364 e 377/378).

Em sessão de julgamento realizada em 3/12/2021, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o pedido da denúncia, para condenar os Acusados ex-Sd Ex CARLOS EDUARDO SATURNO PAIXÃO, ex-Sd Ex FABRÍCIO ELEUTÉRIO MORAIS e ex-Sd Ex LUCAS GONÇALVES LEAL VIEIRA. E, por maioria de votos, os condenou por lesão corporal grave, como incursos nas sanções do artigo 209, § 1º, do Código Penal Militar, à pena de 1 (um) ano de reclusão, com o direito de apelar em liberdade, com a fixação do regime aberto como inicial, para o caso de cumprimento da pena. Concedeu-se, ainda, a suspensão condicional da pena (*sursis*) pelo prazo de 2 (dois) anos.

---

[126] Conclusão dos autos ao auditor. Art. 427. Após a inquirição da última testemunha de defesa, os autos irão conclusos ao auditor, que deles determinará vista em cartório às partes, por cinco dias, para requererem, se não o tiverem feito, o que for de direito, nos termos deste Código.

[127] Vista para as alegações escritas. Art. 428. Findo o prazo aludido no artigo 427 e se não tiver havido requerimento ou despacho para os fins nele previstos, o auditor determinará ao escrivão abertura de vista dos autos para alegações escritas, sucessivamente, por oito dias, ao representante do Ministério Público e ao advogado do acusado. Se houver assistente, constituído até o encerramento da instrução criminal, ser-lhe-á dada vista dos autos, se o requerer, por cinco dias, imediatamente após as alegações apresentadas pelo representante do Ministério Público.

Nessa mesma sessão, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, por unanimidade de votos, julgou improcedente a denúncia, para absolver os ora Apelados DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO, MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO, ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO e GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, com fundamento no artigo 439, "e", do Código de Processo Penal Militar.

Em 7/12/2021, a Sentença foi disponibilizada (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 442).

Conforme consta em Ata, diante da perda de conexão com sua Defensora, o Conselho Permanente de Justiça decidiu pela separação do processo em relação ao Acusado ex-Sd Ex PEDRO HENRIQUE RIBEIRO MONTEIRO, com designação de outra data para seu julgamento (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 439).

No tocante a este último Acusado ex-Sd Ex PEDRO HENRIQUE RIBEIRO MONTEIRO, realizou-se audiência de julgamento em 7/2/2022, oportunidade em que o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade de votos, julgou procedente a acusação contida na denúncia, para condená-lo como incurso nas sanções do artigo 209, § 1º, do Código Penal Militar, à pena final de 1 (um) ano de reclusão, com o direito de apelar em liberdade, o regime inicial aberto e com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 529).

Regularmente intimados, nenhum dos Acusados apresentou recurso, tendo a Sentença transitado em julgado para todos eles (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 478/490 e 546).

Inconformado, o Ministério Público Militar, após regular intimação eletrônica, interpôs, tempestivamente, esta Apelação, visando à reforma da sentença no que se refere à absolvição dos Apelados Sd Ex CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO, ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO e o Sd Ex PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 473).

Em suas razões recursais, o MPM atuante na 1ª instância requer a reforma da Sentença proferida pelo CPJ, em relação aos Apelados absolvidos, para que sejam condenados como incursos nas sanções do artigo 209, § 1º, c/c o artigo 53, *caput*, ambos do Código Penal Militar. Defende, em síntese, restar devidamente comprovado, nos autos, que os Apelados impuseram ao Ofendido trote consistente em chutes, tapas e socos, o que lhe acarretou lesões de natureza grave (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 495).

Nas suas Contrarrazões, as Defesas dos Apelados abordam minunciosamente as Razões apresentadas pelo *Parquet*. Ao fim, requerem que o apelo ministerial seja conhecido e desprovido, de modo que reste mantida

íntegra a Sentença absolutória, diante da insuficiência de provas que indiquem, com juízo de certeza, que os Apelados praticaram lesão corporal contra o Ofendido (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 510/512).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por intermédio do Parecer da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES, manifesta-se pelo conhecimento e pelo provimento do apelo ministerial, de modo que seja reformada a Sentença absolutória, a fim de condenar todos os Apelados como incursos no delito de lesão corporal grave, previsto no art. 209, § 1º, do CPM (Evento 6).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

Em 8/11/2022, a DPU formulou pedido, nos interesses dos Apelados Sd Ex ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO e Sd Ex PAULO DAVID DA SILVA, de conversão do julgamento da sessão virtual, designada para início no próximo dia 14 de novembro de 2022, para sessão na modalidade por videoconferência, em data a ser designada pelo eminente Ministro-Presidente (Evento 26).

Em 10/11/2022, por intermédio da Decisão alicerçada nos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, indeferi o pleito da DPU de conversão do julgamento designado em ambiente eletrônico para a modalidade por videoconferência, por ausência de razão plausível que o autorize, e mantive o feito na pauta da sessão virtual designada para início no dia 14 de novembro de 2022, com início às 13h30min, e término às 18h do dia 17 de novembro de 2022 (Evento 29).

Nessa mesma Decisão, determinou-se o encaminhamento do feito ao eminente Ministro-Presidente, para análise do pedido de sustentação oral, nos termos do art. 6º, inciso XXX, do RISTM (Evento 29).

Em 11/11/2022, o Ministro-Presidente, Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, deferiu o pedido de sustentação oral da DPU, **na modalidade de Sessão Virtual**, nos termos do art. 6º, inciso XXX, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, observando o disposto nos artigos 8º, 9º e 10 da Resolução nº 275, de 2 de abril de 2020, c/c os incisos I e II do § 1º do art. 2º do Ato Normativo nº 414, que regulamenta as sessões de julgamento virtuais nesta Corte Castrense (Evento 37).

É o Relatório.

VOTO

O Apelo é tempestivo e encontram-se satisfeitos todos os requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

Antes de adentrar no mérito, faz-se imperioso analisar a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União nos interesses do ex-Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO.

DA AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO

Pugna a DPU, nos interesses do ex-Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, pelo reconhecimento, nesta Corte, do efeito devolutivo pleno de toda a matéria discutida em primeiro grau de jurisdição (Evento 8).

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 apelattum*, o qual também limita o conhecimento e análise àquelas questões que não foram alcançadas pela preclusão. Eventuais nulidades que não sejam 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, confiram-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: 06/10/2017; **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 a matéria a ser impugnada em preliminar ou que, na sua análise, poderia ser excluída do exame desta Corte pela possibilidade de preclusão, esta não deve ser conhecida, e todos os demais argumentos devem ser tratados no mérito.

Ante o exposto, **não conheço** da preliminar.

MÉRITO

No mérito, o MPM requer a reforma da Sentença absolutória a fim de que sejam condenados os Sd Ex ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, Sd Ex CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO, ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO e o Sd Ex

PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO (Evento 1; docs. 3 e 4), pela prática do crime previsto no artigo 209, § 1º, do Código Penal Militar (Evento 1; doc. 1).

Em suas razões recursais, o MPM atuante na 1ª instância requer a reforma da Sentença proferida pelo CPJ, em relação aos Apelados, para que sejam condenados como incursos nas sanções do artigo 209, § 1º, c/c o artigo 53, *f*, ambos do Código Penal Militar. Defende, em síntese, restar devidamente comprovado, nos autos, que os Apelados, conjuntamente com os militares já condenados, impuseram ao Ofendido trote consistente em chutes, tapas e socos, o que acarretou lesões de natureza grave (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 495).

Merece acolhimento o pleito ministerial, devendo a Sentença ser integralmente reformada na parte em que absolveu os Apelados, pelas razões a seguir expostas.

Apenas para recordar, em sessão de julgamento realizada em 3/12/2021, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o pedido da denúncia, para condenar os Acusados ex-Sd Ex CARLOS EDUARDO SATURNO PAIXÃO, ex-Sd Ex FABRÍCIO ELEUTÉRIO MORAIS e ex-Sd Ex LUCAS GONÇALVES LEAL VIEIRA. E, por maioria de votos, condenou-os por lesão corporal grave, como incursos nas sanções do artigo 209, § 1º, do Código Penal Militar, à pena de 1 (um) ano de reclusão, com o direito de apelar em liberdade, com a fixação do regime aberto como inicial, para o caso de cumprimento da pena. Concedeu-se, ainda, a suspensão condicional da pena (*sursis*) pelo prazo de 2 (dois) dois anos.

Regularmente intimados, nenhum dos condenados apresentou recurso, tendo a Sentença transitado em julgado para todos eles (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 478/490 e 546).

Nessa mesma sessão de julgamento, realizada em 3/12/2021, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, por unanimidade de votos, julgou improcedente a denúncia, para absolver os ora Apelados DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO, MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO, ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO e GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, com fundamento no artigo 439, "e", do Código de Processo Penal Militar.

Assiste razão ao órgão ministerial em seu apelo, pois restou devidamente comprovado, nos autos, que os Apelados, conjuntamente com os militares já condenados, impuseram ao Ofendido trote consistente em chutes, tapas e socos, o que acarretou lesões de natureza grave no Ofendido (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 495).

A conduta perpetrada pelos Apelados é típica, antijurídica, sendo eles culpáveis. A autoria e a materialidade do crime restaram comprovadas nos

autos por meio dos depoimentos do Ofendido e das testemunhas, além do laudo de exame de corpo de delito juntado às fls. 119/123 (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2). Nesse laudo, consta que as agressões produziram no ofendido, soldado Kramer, lesões corporais na face, no tórax e fratura do externo sem desvio, que o incapacitaram para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

Restou incontroverso o fato de que os Apelados, juntamente com os militares já condenados, praticaram o delito de lesão corporal grave contra militar que servia na mesma Organização Militar (*alojamento de soldados do 5º Batalhão de Infantaria Leve, em Lorena/SP)*, quando, no dia 11/2/2021, efetuaram um "trote" no Ofendido LUIS GUILHERME KRAMER DE SOUZA, que resultou na prática do delito de lesão corporal grave, tipificado pelo artigo 209, § 1º, do Código Penal Militar.

De acordo com o que restou apurado, na data dos fatos, após participarem da formatura de término do expediente, os soldados do efetivo variável se dirigiram para o alojamento, para troca de roupa e liberação do expediente.

Alguns soldados, notadamente os condenados Saturno (conforme depoimentos constantes do Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 52, 84 e 93) e Eleutério (conforme depoimentos constantes do Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 52, 57, 64, 68, 72, 84 e 93), além do Apelado Gervásio (conforme depoimento constante do Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 103), incitaram os demais a participarem de um "pacote" a ser aplicado no soldado Kramer.

Logo em seguida, o condenado Saturno aproximou-se do soldado Kramer e anunciou que era a sua vez de receber um "pacote". Em seguida, os Acusados, em conjunto, passaram a agredi-lo, com empurrões, socos e chutes. O soldado Kramer tentou se defender, mas foi jogado ao chão, e persistiram os socos e chutes impingidos pelos Acusados, de forma ainda mais intensa, por cerca de um minuto, até que, em razão da algazarra produzida e dos sons de pancadaria, o soldado Maicon Vitoriano Serafini, que desempenhava as funções de cabo de dia, adentrou no alojamento, determinou que cessassem as agressões e prestou socorro ao soldado Kramer, que se queixava de fortes dores no peito e dificuldade para respirar.

Imediatamente, o soldado Serafini comunicou os fatos ao Tenente Guilherme Figueiredo Consulo, que orientou para que o soldado Kramer fosse submetido a cuidados médicos e que os envolvidos fossem ouvidos.

O soldado Kramer foi inicialmente atendido pela equipe médica da Organização Militar e, em seguida, conduzido para o Hospital da Unimed, de ambulância.

Esta dinâmica foi confirmada, em Juízo, pelo militar agredido e pelas testemunhas ministeriais. No âmbito do IPM, o ofendido Kramer relatou que

pelo menos cinco militares o agrediram, citando nominalmente os soldados Saturno, Leal, Monteiro, Gervásio e Felizardo. Afirmou que, como procurou proteger o rosto, não conseguiu identificar vários dos agressores. Revelou também que, após os fatos, recebeu mensagens por mídias sociais dos soldados Saturno, Leal, Felizardo e Monteiro, perguntando sobre seu estado de saúde, sendo que os Soldados Felizardo e Gervásio alegaram que tinham intenção de participar da agressão, mas não o fizeram (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 18/20).

Nesse conspecto, o agir dos Apelados adequou-se formal e materialmente ao tipo penal previsto no art. 209, § 1º, do CPM. Mais ainda, são evidentes os seus reflexos, diretos e significativos, sobre os pilares das Forças Armadas, incluindo o nível da mácula às regras da caserna, paradigma indissociável dos delitos militares.

Demonstra-se inequívoco o *animus laedendi* dos Apelados, os quais, de maneira livre e deliberada, desferiram socos, pontapés e chutes no Ofendido, vindo a lhe causar lesão corporal grave.

No tocante à materialidade delitiva, as lesões podem ser constatadas no laudo de exame de corpo de delito juntado no IPM (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 119/123). Nesse laudo, consta que as agressões produziram no ofendido, soldado Kramer, lesões corporais na face, tórax e fratura do externo sem desvio, que o incapacitaram para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Apesar do tratamento, após esse prazo, o ofendido ainda alegava sentir dores e incômodos.

Vale salientar que a Administração Militar também indicou o afastamento das atividades do ofendido, por cerca de trinta dias, como consta no relatório do IPM (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 3; fl. 309):

> Cabe ainda ressaltar que, o afastamento do Soldado KRAMER de suas atividades laborais por cerca de 30 dias, aliado as custas médico hospitalares, causaram prejuízo à Administração Pública, uma vez que o militar deixou de desempenhar suas atividades neste período e ônus à União para custeio das despesas médico hospitalares, visto que o militar que presta o Serviço Militar Inicial (soldado do efetivo variável) não contribui para o Fundo de Saúde do Exército, tendo todas suas despesas por fator custo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 3; fl. 309).

Nas suas Contrarrazões, as Defesas dos Apelados abordam minunciosamente as Razões apresentadas pelo *Parquet*. Ao fim, requerem que o apelo ministerial seja conhecido e desprovido, de modo que reste mantida íntegra a Sentença absolutória, diante da insuficiência de provas que indiquem, com juízo de certeza, que os Apelados praticaram lesão corporal contra o Ofendido (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; eventos 510/512).

No entanto, não merecem guarida as alegações defensivas. As razões de certeza quanto à autoria do delito imputado aos Acusados repousam no exame de corpo de delito de fls. 119/123 (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2), nos documentos médicos de fls. 195/209 (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 3) e, principalmente, nos depoimentos constantes dos autos, notadamente os que serão abaixo delineados.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, na dicção do art. 352 do CPPM[128], os depoimentos testemunhais foram prestados sob o compromisso de dizer a verdade.

O Acusado ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, ouvido informalmente em investigação preliminar, confessou seu envolvimento nos fatos. No entanto, ao ser ouvido no âmbito do IPM, negou sua participação, referindo a participação de SATURNO, ELEUTÉRIO, PHILIP, LEAL, FELIZARDO E DAVI SILVA (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 111 e 166). Sua participação foi referida pelas testemunhas Tenente Consulo e soldados Ricardo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 52), Joaquim (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 56) e pelos Acusados Felizardo, Philip, Monteiro (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 88 e 159), Leal e Saturno (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 99 e 170).

A testemunha Tenente Consulo relatou que, assim que soube dos fatos, cuidou para que fosse prestada assistência médica à vítima e iniciada uma apuração preliminar, sendo que quatro soldados se acusaram: SATURNO, ELEUTÉRIO, PRADO E DAVI SILVA, e vários outros foram mencionados e ouvidos pelo Oficial de Inteligência (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 27/29).

Em juízo, a testemunha Tenente Consulo confirmou que (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229, vídeo 2): "Saturno, **Augusto Prado**, Moraes e David Silva inicialmente saíram da formação, admitindo a participação nos fatos. Eles indicaram a participação de outros soldados".

Confirmando a autoria delitiva, a testemunha Sd Ex Paulo Ricardo afirmou, em seu depoimento em juízo, que (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229; vídeos 1 e 3):

> (...) Confirmou o depoimento prestado na fase investigativa. Estava no alojamento, na data dos fatos, ao fundo. Viu os Soldados Saturno e

[128] Declaração da testemunha. Art. 352. A testemunha deve declarar seu nome, idade, estado civil, residência, profissão e lugar onde exerce atividade, se é parente, e em que grau, do acusado e do ofendido, quais as suas relações com qualquer deles, e relatar o que sabe ou tem razão de saber, a respeito do fato delituoso narrado na denúncia e circunstâncias que com o mesmo tenham pertinência, não podendo limitar o seu depoimento à simples declaração de que confirma o que prestou no inquérito. Sendo numerária ou referida, prestará o compromisso de dizer a verdade sôbre o que souber e lhe fôr perguntado.

> Monteiro incitar todos os demais a dar um "pacote" em Kramer, que era o único que ainda não havia recebido trote. O "pacote" era uma brincadeira. Não participou do fato, porque não gosta deste tipo de coisa. Saturno, Monteiro, Eleutério Morais, Leal, Augusto Prado e Philip participaram das agressões. Kramer tentou revidar, Saturno o derrubou no chão, e as agressões continuaram, Eleutério chutou a cabeça de Kramer, logo o Cabo Serafini chegou e fez cessarem as agressões e socorreu Kramer. Não se recorda de Adrian Gervásio ter participado das agressões. Viu Francelino tentar dar uma cintada em Kramer. (...) Não recebeu o trote porque já integrava a 2ª Companhia e não concordou, sempre expressou que não gostava daquele tipo de brincadeira. Imagina que se a pessoa não quer participar de trote, pode recusar. Havia orientação no sentido de que trote era proibido, recebida diretamente dos colegas. Não se recorda de orientações nesse sentido por escrito. Estava ao fundo do alojamento, quando da agressão, próximo ao seu armário. **Viu Augusto Prado próximo a Kramer, no momento da agressão. Viu Augusto Prado agredir o ofendido. O armário de Augusto Prado não fica próximo ao local da agressão. Ele foi um dos únicos a assumir a participação, quando indagado pelo Tenente Zurawski. Apenas Augusto Prado e Eleutério admitiram a participação**. (Grifei).

A testemunha Sd Ex LUCAS VINICIUS DA CRUZ DOMINGUES relatou que (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 232; vídeos 1 e 3):

> (...) Estava no alojamento no momento da agressão, seu armário era próximo do armário do ofendido. Viu Saturno segurando o ofendido, jogando-o ao chão, e batendo nele. Saturno convidou todos a baterem no ofendido. Também viu que participaram das agressões os soldados Eleutério, Leal, **Do Prado** e Philip. (...) Logo que o Tenente Zuraviski indagou os presentes sobre o ocorrido, os soldados Augusto Prado, Saturno e Eleutério se acusaram, admitindo que haviam agredido Kramer. **Viu Augusto Prado participando das agressões**. (Grifei).

Verifica-se, portanto, que o Acusado ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO participou das agressões, devendo, portanto, ser condenado.

O Acusado Sd Ex PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO inicialmente admitiu sua participação (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 111), negando-a posteriormente (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 145). Referiu a participação de Saturno, Leal, Francelino e outros que não identificou. Sua participação foi referida pelas testemunhas Tenente Consulo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 27), Soldado Ricardo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 52), Portugal (fls. 76) e pelos Acusados Felizardo, Philip, Monteiro (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2 ,fls. 88 e 159), Leal, Saturno (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 99 e 170), Prado e Francelino.

A testemunha Tenente Consulo relatou que, assim que soube dos fatos, cuidou para que fosse prestada assistência médica à vítima e iniciada uma apuração preliminar, sendo que quatro soldados se acusaram: SATURNO,

ELEUTÉRIO, PRADO E DAVI SILVA, e vários outros foram mencionados e ouvidos pelo Oficial de Inteligência (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 27/29).

Em juízo, a testemunha Tenente Consulo confirmou que (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229): "(...) Saturno, Augusto Prado, Moraes e **David Silva** inicialmente saíram da formação, admitindo a participação nos fatos. Eles indicaram a participação de outros soldados".

Confirmando a autoria delitiva, a testemunha Soldado RIAN FELIX PORTUGAL afirmou, em juízo, que (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 230; vídeo 2):

> (...) Confirmou depoimentos prestado na fase investigativa, no sentido de que viu agressões por parte de Saturno, Eleutério, **David Silva**, Monteiro e Philip. **Quanto a David Silva, ele estava bem próximo do local da agressão**, mas posteriormente alegou que havia se aproximado para tentar evitar a agressão. Confirmou também que estavam próximos ao local da agressão Augusto Prado, Cruz, Adrian e Leal. Esclareceu que não viu se Augusto Prado agrediu, mas estava bem próximo do local da agressão. Estava há uma semana naquela Companhia, e não conhecia todos os militares. O Tenente Zuravsky indagou quem cometeu o ato de agressão e quem estava próximo, e o soldado Augusto Prado se apresentou. Nunca tinha visto aquele tipo de trote. Todo o batalhão sabe da proibição dos trotes. Viu Philip agredindo. (Grifei).

Em seu depoimento em juízo, a testemunha soldado Paulo Ricardo: "(...) Confirmou também que, em seguida, Saturno, Monteiro, Eleutério, **David Silva** e Leal iniciaram as agressões no soldado Kramer, com socos e chutes" (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229).

Por tudo que foi exposto, não há dúvidas de que o Sd Ex PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO participou das agressões, devendo a Sentença ser reformada na parte em que o absolveu.

O Acusado ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO, em sede de IPM, negou sua participação (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 84 e 164) e referiu a participação de Saturno, Eleutério, Leal, Monteiro, Gervásio , Prado e Davi Silva. Sua participação foi referida pelas testemunhas Soldado Serafini (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 23), Tenente Consulo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 27), Soldados Natanael (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 49), Ricardo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 52), Portugal (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 76), Gleyson (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 180), Davi Felipe (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 185) e pelos Acusados Felizardo, Saturno (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 99 e 170), Prado e Francelino.

Com efeito, a testemunha Soldado RIAN FELIX PORTUGAL afirmou, em juízo, que o Acusado Philip participou das agressões (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 230; vídeo 2):

> (...) Confirmou depoimentos prestado na fase investigativa, no sentido de que viu agressões por parte de Saturno, Eleutério, David Silva, Monteiro e Philip. Quanto a David Silva, ele estava bem próximo do local da agressão, mas posteriormente alegou que havia se aproximado para tentar evitar a agressão. Confirmou também que estavam próximos ao local da agressão Augusto Prado, Cruz, Adrian e Leal. Esclareceu que não viu se Augusto Prado agrediu, mas estava bem próximo do local da agressão. Estava há uma semana naquela Companhia, e não conhecia todos os militares. O Tenente Zuravsky indagou quem cometeu o ato de agressão e quem estava próximo, e o soldado Augusto Prado se apresentou. Nunca tinha visto aquele tipo de trote. Todo o batalhão sabe da proibição dos trotes. **Viu Philip agredindo**. (Grifei).

Em seu depoimento, o então Sd Ex MAICON VITORIANO SERAFINI pessoalmente identificou o condenado Saturno, em razão de uma camiseta diferente que usava. Após indagá-lo, ele admitiu sua participação e indicou outros militares que também teriam participado das agressões, lembrando-se de menção a diversos soldados, inclusive ao ex-Sd Ex PHILIP (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 23/25).

Em juízo, o então Sd Ex MAICON VITORIANO SERAFINI, que atuava como Cabo de dia na época dos fatos, reafirmou (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 227):

> (...) Lembrou que o Ten Zurawski conduziu militares, dentre os quais, Saturno, Philip, Leal, Gervasio e Monteiro, e que tem dúvidas se o Sd Felizardo também fora conduzido. Isso ocorreu após o Sd Saturno assumir sua participação na agressão e identificar outros militares, como Felizardo, **Philip** e Gervasio, que por sua vez, identificavam mais soldados. (Grifei).

A testemunha Sd Ex Paulo Ricardo, em juízo, confirmou também a participação do ex-Sd Ex PHILIP (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229; vídeos 1 e 2):

> (...) Confirmou o depoimento prestado na fase investigativa. Estava no alojamento, na data dos fatos, ao fundo. Viu os soldados Saturno e Monteiro incitar todos os demais a dar um "pacote" em Kramer, que era o único que ainda não havia recebido trote. O "pacote" era uma brincadeira. Não participou do fato, porque não gosta deste tipo de coisa. Saturno, Monteiro, Eleutério Morais, Leal, Augusto Prado e **Philip** participaram das agressões. Kramer tentou revidar, Saturno o derrubou no chão, e as agressões continuaram, Eleutério chutou a cabeça de Kramer, logo o Cabo Serafini chegou e fez cessarem as agressões e socorreu Kramer. Não se recorda de Adrian Gervásio ter participado das agressões. Viu Francelino tentar dar uma cintada em Kramer. (...) Francelino tentou dar uma cintada em Kramer, não viu se acertou a cintada. (Grifei).

A testemunha Sd Ex DAVI PHILIP (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 234) relatou, em juízo, que estava no alojamento durante a agressão, não verificou de quem partiu a iniciativa das agressões ao acusado, apenas verificou vários miliares agredindo o acusado, identificando PHILIP, SATURNO, LEAL, dando socos e chutes.

Também ouvida em juízo, a testemunha Sd Ex LUCAS VINICIUS DA CRUZ DOMINGUES reforçou o conjunto probatório, relatando que (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 232; vídeo 1):

> (...) Estava no alojamento no momento da agressão, seu armário era próximo do armário do ofendido. Viu Saturno segurando o ofendido, jogando-o ao chão, e batendo nele. Saturno convidou todos a baterem no ofendido. Também viu que participaram das agressões os soldados Eleutério, Leal, Do Prado e **Philip**. (Grifei).

Após a leitura dos depoimentos, é inconteste que o ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO participou das agressões, devendo ser condenado.

O Acusado Sd Ex ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, durante o IPM, negou sua participação (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 96 e 138) e referiu a participação de Saturno e Eleutério e outros que não identificou. Sua participação foi referida pelo ofendido Kramer (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 19), testemunha Soldado Serafini (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 23), Tenente Consulo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 27), Soldado Ricardo (fls. 52) e pelos Acusados Felizardo, Philip, Eleutério (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 168) e Saturno.

No âmbito do IPM, o ofendido Kramer relatou que, pelo menos, cinco militares o agrediram, citando nominalmente, entre eles, o Sd Ex GERVASIO (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 18/19).

Em juízo, o depoente conseguiu reconhecer cinco agressores: Carlos Eduardo Saturno Paixão, Lucas Gonçalves Leal Vieira, **Adrian Luís Gervasio Reis Silva Carvalho**, Christian Riam Valim Felizardo e Pedro Henrique Ribeiro Monteiro (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 226).

Em seu depoimento durante o IPM, o então Cb SERAFINI pessoalmente identificou o condenado Saturno, em razão de uma camiseta diferente que usava. Após indagá-lo, ele admitiu sua participação e indicou outros militares que também teriam participado das agressões, lembrando-se de menção aos soldados PHILIP, Leal, **GERVÁSIO** e Monteiro (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 23/25).

Em juízo, o Sd Ex MAICON VITORIANO SERAFINI reafirmou a participação do militar no crime (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 227):

> (...) Lembrou que o Ten Zurawski conduziu militares, dentre os quais, Saturno, Philip, Leal, Gervasio e Monteiro, e que tem dúvidas se o Sd Felizardo também fora conduzido. Isso ocorreu após o Sd Saturno assumir sua participação na agressão e identificar outros militares, como Felizardo, Philip e **Gervasio**, que por sua vez, identificavam mais soldados. (Grifei).

Pela coerência dos depoimentos, verifica-se que o Sd Ex ADRIAN LUÍS GERVÁSIO REIS SILVA CARVALHO participou ativamente do delito, razão pela qual a Sentença merece ser reformada, devendo o Acusado ser condenado.

O Acusado Sd Ex CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO negou sua participação (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 84 e 164) e referiu a participação de Saturno, Eleutério, Leal, Monteiro, Philip, Prado e Davi Silva. Sua participação foi referida pelo ofendido Kramer (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 19), pelas testemunhas Soldado Serafini (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 23), Tenente Consulo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 27), Soldado Ricardo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 52) e pelos acusados Leal e Prado.

No âmbito do IPM, o ofendido Kramer relatou que, pelo menos, cinco militares o agrediram, citando nominalmente, entre eles, o Sd Ex FELIZARDO. Revelou também que, após os fatos, recebeu mensagens por mídias sociais de vários soldados, entre eles o Sd Ex FELIZARDO, perguntando sobre seu estado de saúde, sendo que os Soldados FELIZARDO e GERVÁSIO alegaram que tinham intenção de participar da agressão, mas não o fizeram (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 18/19).

Em juízo, o depoente conseguiu reconhecer cinco agressores: Carlos Eduardo Saturno Paixão, Lucas Gonçalves Leal Vieira, Adrian Luís Gervasio Reis Silva Carvalho, **Christian Riam Valim Felizardo** e Pedro Henrique Ribeiro Monteiro (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 226).

Também na fase judicial, a testemunha Tenente Consulo confirmou os fatos (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229; vídeo 3): "O ofendido não identificou inicialmente o soldado Felizardo como responsável pelas agressões, cujo envolvimento de Felizardo foi mencionado por outros militares que admitiram a responsabilidade".

Após a leitura atenta dos depoimentos, restou comprovada a participação do Sd Ex CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO, razão pela qual deve ser condenado pela prática do delito de lesão corporal grave.

O Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO negou sua participação (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 141) e referiu a participação de Saturno (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 99 e 170), Eleutério, Philip e Davi Silva. Sua participação foi referida pelas testemunhas Tenente Consulo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002;

doc. 2; fls. 27), Soldado Ricardo (Processo nº 7000104-82.2021.7.02.0002; doc. 2; fls. 52) e pelo Acusado Davi Silva.

Em juízo, a testemunha Tenente Consulo confirmou que o Sd Ex FRANCELINO participou do delito (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229; vídeo 1):

> (...) Reuniu os soldados, com o apoio do Tenente Zurawski, para esclarecer os fatos. Solicitou que indicassem quem havia participado ativamente das agressões, e foram indicados Saturno, Eleutério, Douglas Augusto Prado, Paulo David da Sila Marcelino, Leal, Monteiro, Philip, Gervásio, Felizardo e **Francelino**. O Tenente Zurawski solicitou que quem havia participado se identificasse. Os primeiros que se identificaram foram separados da companhia, e forneceram maiores detalhes, indicando a participação de outros, que em seguida também foram separados da companhia, assim é que se chegou à identificação dos envolvidos. (Grifei).

Ademais, a testemunha Soldado Paulo Ricardo afirmou peremptoriamente que (Processo nº 7000116-96.2021.7.02.0002; evento 229):

> (...) Confirmou o depoimento prestado na fase investigativa. Estava no alojamento, na data dos fatos, ao fundo. Viu os soldados Saturno e Monteiro incitar todos os demais a dar um "pacote" em Kramer, que era o único que ainda não havia recebido trote. O "pacote" era uma brincadeira. Não participou do fato, porque não gosta deste tipo de coisa. Saturno, Monteiro, Eleutério Morais, Leal, Augusto Prado e Philip participaram das agressões. Kramer tentou revidar, Saturno o derrubou no chão, e as agressões continuaram, Eleutério chutou a cabeça de Kramer, logo o Cabo Serafini chegou e fez cessarem as agressões e socorreu Kramer. Não se recorda de Adrian Gervásio ter participado das agressões. **Viu Francelino tentar dar uma cintada em Kramer**. (Grifei).

Por fim, é inconteste a participação do Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO no delito de lesão corporal grave, devendo a sentença ser reformada, com a consequente condenação deste Acusado.

Portanto, a Sentença recorrida merece ser reformada *in totum* no tocante à absolvição dos Apelados.

Assim, na primeira fase da aplicação da pena, tem-se, ao analisar as circunstâncias judiciais do artigo 69 do Código Penal Militar, a primariedade e os bons antecedentes dos Apelados. Ademais, não há circunstâncias judiciais, previstas no art. 69 do CPM, desfavoráveis aos Apelados. Desse modo, aplica-se a pena mínima do § 1º do artigo 209 do CPM, que, combinado com o estabelecido no artigo 58 do Código Penal Militar, indica a pena de 1 (um) ano de reclusão.

Na segunda fase, inexistem atenuantes ou agravantes, permanecendo, assim, a pena, até aqui, em 1 (um) ano de reclusão para todos os Apelados.

Na terceira fase, verifica-se que não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem contempladas, torna-se fixa a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão.

Resulta, assim, a pena final de 1 (um) ano de reclusão aos Apelados, a ser eventual e inicialmente cumprida em regime aberto, na conformidade do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro. Concede-se a eles o direito de recorrer em liberdade, por serem primários e possuidores de bons antecedentes, com o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, excluindo das condições para a concessão do benefício a alínea "a" do art. 626 do CPPM.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso ministerial, a fim de condenar os Apelados Sd Ex ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, Sd Ex CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO, ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO e o Sd Ex PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO **à pena de 1 (um) ano de reclusão** como incursos no art. 209, § 1º, do CPM, a ser eventual e inicialmente cumprida em regime aberto, na conformidade do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, concedendo-se a eles o direito de recorrer em liberdade e o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, excluindo das condições para a concessão do benefício a alínea "a" do art. 626 do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em não conhecer da preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de amplitude do efeito devolutivo do recurso de apelação. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, em conhecer e dar provimento ao recurso ministerial, a fim de condenar os Apelados Sd Ex ADRIAN LUÍS GERVASIO REIS SILVA CARVALHO, Sd Ex CHRISTIAN RIAM VALIM FELIZARDO, ex-Sd Ex DOUGLAS AUGUSTO DO PRADO, Sd Ex GABRIEL DOS SANTOS FRANCELINO, ex-Sd Ex MATHEUS PHILIP DE SOUZA CUSTÓDIO e o Sd Ex PAULO DAVID DA SILVA MARCELINO à pena de 1 (um) ano de reclusão como incursos no art. 209, § 1º, do CPM, a ser eventual e inicialmente cumprida em regime aberto, na conformidade do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, concedendo-se a eles o direito de recorrer em liberdade e o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, excluindo das condições para a concessão do benefício a alínea "a" do art. 626 do CPPM.

Brasília, 14 de novembro de 2022 – Alte Esq Leonardo Puntel, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 7000510-66.2021.7.00.0000

Relatora: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Relator para o Arcordão: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: José Mendes Visqueira.
Advogados: Jose Antonio Rosa da Silva (OAB RS76389).
Daniel Figueira Tonetto (OAB RS58691).
Humberto Ramos Zweibrücker (OAB RS110842).

EMENTA

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR (MPM). ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). ESTELIONATO. AUXÍLIO-INVALIDEZ. VANTAGEM ILÍCITA EM PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. § 3º DO ART. 251 DO ESTATUTO REPRESSIVO CASTRENSE. AUTOR MILITAR DA RESERVA. INAPLICABILIDADE. *BIS IN IDEM*. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO POR MAIORIA.

I - Militar da reserva acusado da prática de estelionato em razão do recebimento indevido de auxílio-invalidez, destinado ao pagamento de cuidados permanentes de enfermagem e hospitalização.

II - Autoria e materialidade delitivas devidamente comprovadas diante da prova de que o Acusado desempenhava atividades cotidianas incompatíveis com a percepção do auxílio-invalidez. Acusado que realizava cursos relacionados à área jurídica e prestava assessoria no ramo de Direito Militar, atividades totalmente antagônicas ao quadro de saúde de beneficiário do referido auxílio.

III - O Incidente de Insanidade Mental, corroborado pela prova testemunhal, concluiu pela desnecessidade de cuidados permanentes de enfermagem ou de hospitalização.

IV - O retorno da capacidade laborativa e, em sequência, da aptidão de se prover é inconciliável com a manutenção do auxílio-invalidez por ausência de requisito legal básico para seu deferimento.

V - Silêncio malicioso com o intuito de continuar a receber vantagem indevida, ou seja, o benefício de auxílio-invalidez, em face da recuperação da condição de saúde, com a manutenção da Administração Militar em erro. Dolo ratificado pelo requerimento de devolução dos valores a título de auxílio, descontados em virtude da suspensão do pagamento.

VI - Não se aplica a causa de aumento de pena estampada no § 3º do art. 251 do Código Castrense quando o sujeito ativo do

crime for civil ou militar inativo, eis que, nestas situações, a circunstância de o estelionato ter sido cometido em detrimento da Administração Militar é elementar do tipo, nos termos do inciso III do art. 9º do CPM, sob pena de incidência do odioso *bis in idem*.

VII - Recurso provido parcialmente. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, prosseguindo no julgamento interrompido na sessão presencial/videoconferência, realizada no dia 2 de junho de 2022, após o retorno de vista do Ministro José Coêlho Ferreira, **por maioria**, vencida a Relatora, decidiu conhecer e dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público Militar, para reformar a sentença absolutória e condenar o 2º Sgt Ref Ex José Mendes Visqueira à pena de 2 anos de reclusão, como incurso no art. 251, "caput", do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 2 anos, com delegação para a realização de audiência admonitória ao nobre Juiz Federal da Justiça Militar da União da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, nos termos do art. 611 do CPPM. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), Francisco Joseli Parente Camelo (Revisor), José Coêlho Ferreira, em seu voto de vista, Artur Vidigal de Oliveira e Carlos Vuyk de Aquino negavam provimento ao recurso do Ministério Público Militar e mantinham a sentença que absolveu José Mendes Visqueira do crime previsto no art. 251 do CPM, com relação ao segundo fato narrado na exordial, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM. Relator para acórdão Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha fará voto vencido. O Ministro José Coêlho Ferreira fará declaração de voto.

Relator do Acórdão: Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Votantes: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro José Barroso Filho, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo e Ministro Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento de 31/8/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do MM. Juiz Federal da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que absolveu José Mendes Visqueira do crime previsto no art. 251 do CPM, com relação ao primeiro e ao segundo fatos narrados na exordial, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Narra a Denúncia (evento 1, documento 1, da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303), *in verbis*:

> **1º FATO:**
>
> No período compreendido entre o mês de outubro de 2003 até a presente data, o denunciado, agindo com vontade livre e consciente, vem mantendo a Administração Militar em erro e obtendo, para si, vantagem pecuniária ilícita e indevida, consistente no recebimento de remuneração mensal do posto de Segundo Sargento do Exército, cujos proventos são calculados com base no soldo de Segundo Tenente, vantagens estas que estão sendo obtidas, mês a mês, mediante a fraude de se passar por inválido, portador de doença mental esquizofrenia paranoide em estágio pré-terminal grave (alienação mental), quando, na verdade, é saudável física e mentalmente, tanto que mantém atividade profissional, realiza cursos e atividades acadêmicas, atividades estas que, evidentemente, não poderia exercê-las se porventura fosse efetivamente alienado mental.
>
> Segundo o apurado, a reforma do ora denunciado ocorreu por ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço do Exército, inválido, com fundamento no inciso II do art. 104, inciso II do art. 106, inciso V do art. 108, art. 109, § 1º e alínea *b* do § 2º do art. 110 da Lei nº 6880/80, consoante Portaria de Reforma por Incapacidade Física nº 989-DCIP.21, de 19 de agosto de 2004, com efeitos financeiros retroativos ao mês de outubro de 2003 (evento 1, 3-Diligências, fl. 33).
>
> A reforma do denunciado teve como base o Parecer Técnico nº 347/2004, emitido no dia 29 de julho de 2004, pelo psiquiatra Capitão Ricardo Silva Autran de Morais (evento 1, fl. 31), segundo o qual, o periciando é portador de Esquizofrenia Paranóide (CID/10 F20.0) em estágio pré-terminal grave (alienação mental). Inclusive, o mencionado médico, em suas observações, refere que o inspecionado ao exame psiquiátrico apresentava-se incoerente, com alucinações visuais e auditivas, com delírios paranoides, ideias persecutórias e juízo crítico gravemente prejudicado, apresentando um quadro psicótico crônico grave e persistente, refratário ao tratamento, com prognóstico pobre, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição de autodeterminação e do pragmatismo, com sinais

contínuos de perturbações persistentes e sem responder aos meios habituais de tratamento, sendo indicado formalmente tratamento hospitalar especializado, uma vez que esgotados os recursos terapêuticos de medicina especializada e os prazos necessários à recuperação (evento 1, 12- DILIGÊNCIAS, fls. 367-410 e 418, 428- 430).

Contudo, ao contrário do diagnóstico médico, o denunciado apresenta uma vida independente e com plena saúde mental, tanto que realizou os seguintes cursos e atividades acadêmicas, conforme comprovam os seguintes documentos:

a) Certificado de Conclusão do Curso a Distância "Direitos Humanos", promovido pela Rede Nacional de Educação a Distância para a Segurança Pública, no período de 21/5/2007 a 24/06/2207 (evento 1, 6-DILIGÊNCIAS, fl. 90);

b) Curso on-line de Direitos Humanos, Teoria e Prática, em 31/05/2005, realizado pela Fundação Getúlio Vargas, o qual obteve aprovação, sendo seu certificado emitido em 04/05/2005 (evento 1, 6-DILIGÊNCIAS, fl. 93);

c) Certificado de Conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu - Especialização em Segurança Cidadã: Violência, Criminalidade e Política, emitido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, promovido pelo Departamento de Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, realizado no período de 12 de abril de 2004 a 31 de março de 2005, em Porto Alegre (evento 1, 6-DILIGÊNCIAS, fls. 96-98);

d) Foi aluno do Curso de Formação de Conselheiros em Direitos Humanos, promovido pela Ágere Cooperação em Advocacy, nos anos de 2005 e 2006 (evento 1, 11-DILIGÊNCIAS, fls. 235/236).

Inclusive, em seu cartão profissional apresenta-se como Ex-Militar do Exército, Graduado em História-Unifra/RS; Pós-Graduado em Segurança Cidadã, Violência, Criminalidade e Polícia pela UFRGS/RS; Direitos Humanos pela FGV/RJ; Direitos Humanos pela SENASP/DF; Direitos Humanos e Alimentação Adequada; Conselheiro em Direitos Humanos e Mediador de Conflitos pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, Especialista em Direito Militar, prestando Consultoria: Investigativa e Pericial a Tribunais, Órgãos do Governo, Meios de Comunicação, Escritório de Advocacia e Organização Não Governamental em temas que envolvam a violação dos Direitos Humanos praticado por Militar Federal ou Estadual e prestando Assessoria: Escritório de Advocacia em todo o Brasil, que trabalha no ramo do Direito Militar, Militares Federal (Marinha, Exército e Aeronáutica) e Estadual (PM e Bombeiros) que sofrem ou sofreram abuso de poder, tortura física e psicológica, assédio moral ou sexual, perseguição no ambiente de trabalho praticado por superior hierárquico, dentre outras atividades (evento 1, 3-DILIGÊNCIAS, fls. 10-11).

Frise-se, por oportuno que, a perícia realizada nos materiais apreendidos pela Polícia Federal, bem como nos arquivos trazidos pelos servidores de e-mail "Bol" e "Hotmail", a fim de identificar, relacionar e detalhar arquivos (de texto ou qualquer outro tipo eventualmente encontrado) que evidenciem atividades intelectuais ou profissionais desenvolvidas pelo denunciado, assim concluiu:

> De todo o material analisado se pode identificar e relacionar, como também detalhar arquivos que evidenciam atividades intelectuais e profissionais desenvolvidas pelo investigado José Mendes Visqueira, tudo consubstanciado no conteúdo dos e'mails identificados, documentos de texto e conversas de whatsapp que versavam sobre procurações, contratos, requerimentos e orientações jurídicas (evento 82, 1-Anexo,Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº 0000037-87.2018.7.03.0303).

Como se pode ver, as atividades acadêmicas, de consultoria e de assessoria jurídica prestadas pelo ora denunciado demonstram que o mesmo não apresenta sintomas de esquizofrenia paranoide em grau grave e muito menos é inválido!

Além do mais, ao menos a partir do ano de 2013, o denunciado exibiu na rede social digital "Facebook" uma vida normal, sem quaisquer restrições, tendo aparecido em fotos pessoais ("selfies") tiradas com amigos, companheiros e familiares e, especialmente, publicações de caráter político, contendo críticas sócias, elaboradas mediante raciocínio coerente e concatenado, o que demonstra, por si só, que se encontra em pleno juízo de suas condições mentais, consoante consta em seu perfil aberto "Mendes Visqueira" (evento 1, 4-REQ, PQS).

Do mesmo modo, o Exame de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303 (evento 43, doc. 1-QUESITOS), realizado pela médica psiquiatra Cp Adriana Jacobsen, a qual, após, submetê-lo a exame psiquiátrico, constatou que o militar reformado José Mendes Visqueira não sofre de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nessa oportunidade, a perita, inclusive, informou que "o portador de esquizofrenia, com quadro psicótico crônico, grave e persistente, refratário ao tratamento não conseguiria recuperar o pleno uso e gozo das suas faculdades mentais", o que comprova, evidentemente, que o denunciado não é e certamente nunca foi portador da moléstia que gerou sua reforma (esquizofrenia paranóide), uma vez que tal doença mental não tem cura e é incompatível com os cursos e atividades acadêmicas realizadas pelo mesmo.

Em adição a prova técnica, também as declarações de seus familiares perante a autoridade policial comprovam que o denunciado não é alienado mental e muito menos inválido, porquanto Angela Maria de Amorim Mendes Visqueira, sua esposa, afirmou em seu depoimento que José Mendes Visqueira sempre foi apto, inclusive, cuidando dos

contratos; enquanto que Mario Sérgio de Amorim Mendes Visqueira, seu filho, também declarou que considera o seu pai uma pessoa normal.

Dessa forma, a prática do crime de estelionato pelo denunciado, desde a sua reforma é manifesta, pois mantém a Administração Militar em erro, mediante a fraude de simular ser portador de doença mental esquizofrenia paranóide em estágio pré-terminal grave (alienação mental), obtendo, com isso, indevidamente, o recebimento de remuneração mensal do posto de Segundo Sargento do Exército, cujos proventos são calculados com base no soldo de Segundo Tenente.

2º FATO :

No período compreendido entre o mês de outubro de 2003 até o mês de agosto de 2015, o denunciado, agindo com vontade livre e consciente, vem mantendo a Administração Militar em erro e obtendo, para si, vantagem pecuniária ilícita e indevida, consistente no recebimento de auxílio invalidez, vantagens estas que estão sendo obtidas, mês a mês, mediante a fraude de simular que é portador de doença mental esquizofrenia paranóide em estágio pré-terminal grave (alienação mental) e em razão dessa moléstia necessitar de internação especializada e/ou assistência direta e permanente e/ou cuidados permanentes de enfermagem, quando, na verdade, é saudável física e mentalmente.

Segundo o apurado, a reforma do ora denunciado ocorreu por ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço do Exército, inválido, com fundamento no inciso II do art. 104, inciso II do art. 106, inciso V do art. 108, art. 109, § 1º e alínea b do § 2º do art. 110 da Lei nº 6880/80, consoante Portaria de Reforma por Incapacidade Física nº 989- DCIP.21, de 19 de agosto de 2004, com efeitos financeiros retroativos ao mês de outubro de 2003 (evento 1, 3- Diligências, fl. 33).

Assim, em decorrência de ter sido julgado "incapaz definitivamente para o serviço do Exército", "inválido" e "necessitar de cuidados permanentes de enfermagem e/ou hospitalização", o denunciado obteve a concessão do benefício de auxílio invalidez em 19 de agosto de 2004 com efeitos retroativos ao mês de outubro de 2003 (evento 1, 3-Diligências, fl. 33).

Todavia, no início do ano de 2015, visando à revisão do benefício de auxílio invalidez, a Administração Militar notificou o denunciado a fim de ser submetido à inspeção de saúde em grau revisional. Entretanto, o ora denunciado, apesar de regularmente intimado, através dos respectivos AR's (encaminhados para o seu endereço cadastrado na Seção de Inativos e Pensionistas da 3ª Região Militar), para realizar, nas datas de 11 de março, 6 de abril e 30 de abril de 2015, exames de inspeção de saúde em Grau Revisional no Hospital Militar da Área de Porto Alegre, não compareceu às inspeções, motivo pelo qual o pagamento do referido benefício foi suspenso a partir do mês de agosto

de 2015 (evento 1, 3-DILIGÊNCIAS, fls. 41-43 e evento 1, 11-DILIGÊNCIAS, fls. 240-248).

Inconformado com a suspensão do pagamento do auxílio invalidez, na data de 22 de dezembro de 2015, encaminhou uma petição ao General Comandante da 3ª Região Militar, a qual foi por ele próprio assinada, requerendo a devolução dos descontos a título de auxílio invalidez efetuados em seu contracheque (evento 1, 3-DILIGÊNCIAS, fls. 38-41).

Como se pode ver, a prática do crime de estelionato consistente no recebimento do benefício de auxílio invalidez pelo ora denunciado é manifesta, pois mantém a Administração Militar em erro, mediante a fraude de simular que é inválido e que necessita de cuidados permanentes de enfermagem e/ou hospitalização, mesmo sabendo que não é inválido e não precisa de internação especializada e/ou assistência direta e permanente e/ou cuidados permanentes de enfermagem.

Em razão da fraude perpetrada, José Mendes Visqueira, desde outubro de 2003 (data em que os efeitos financeiros da concessão de reforma retroagiram), induziu e manteve em erro a Administração Militar, causando-lhe um prejuízo financeiro até março de 2018 de R$ 1.785.040,65 (um milhão setecentos e oitenta e cinco mil e quarenta reais e sessenta e cinco centavos - evento 1, 14 - DILIGÊNCIAS, 15 - DILIGÊNCIAS, 16-DILIGÊNCIAS e 17 - DILIGÊNCIAS), decorrente do recebimento indevido de remuneração mensal no posto de Segundo Sargento do Exército, com proventos calculados com base no soldo de Segundo Tenente, abrangido nesse montante, o pagamento do benefício de auxílio invalidez, no valor de R$ 237.071,34 (duzentos e trinta e sete mil e setenta e um reais e trinta e quatro centavos (evento 1, 17- DILIGÊNCIAS, fls. 935).

A conduta do ora denunciado se amolda ao tipo penal de ESTELIONATO, previsto no artigo 251, *caput*, pois, embora saudável e capaz para todos os atos da vida civil, se faz passar por inválido perante a Administração Militar, mantendo-a em erro, para obter vantagens indevidas.

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR denuncia JOSÉ MENDES VISQUEIRA como incurso no artigo 251, *caput* e § 3º, por duas vezes (1º FATO e 2º FATO), na forma continuada (crime continuado), todos do Código Penal Militar.

Integram o presente feito, dentre outros, os seguintes documentos:

● Portaria determinando a instauração de IPM em razão das informações encaminhadas pela 3ª Região Militar (evento 1, documento 2, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); Cópias dos documentos relativos à reforma do indiciado (evento 1, documento 3, fls. 4/6, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

● Portaria determinando a instauração de IPM em razão das informações encaminhadas pela 3ª Região Militar (evento 1,

documento 2, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); Cópias dos documentos relativos à reforma do indiciado (evento 1, documento 3, fls. 4/6, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Cartão de apresentação do indiciado, apontando seu currículo e sua capacitação como advogado (evento 1, documento 3, fls. 7, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Cópias de documentos relativos à pasta de militar reformado (evento 1, documento 3, fls. 17/47, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Relatório e Solução (evento 1, documentos 4 e 5, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Informações sobre cursos frequentados e concluídos pelo acusado (evento 1, documento 6, fls. 21/22, 24/25 e 30/32, documento 11, fls. 35 e 51, documento 12, fls. 66/71, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Prontuário médico relativo ao acusado (evento 1, documentos 9 e 10, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Relatório de Dados Individuais do SICPEX relativo ao acusado (evento 1, documento 11, fls. 14/30, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Cópia do processo de revisão do auxílio-invalidez (evento 1, documento 11, fls. 56/82, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Folha de Alterações do acusado (evento 1, documento 11, fls. 89/100, documento 12, fls. 1/65, documento 17, fls. 43/46, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Cópia do processo de reforma do acusado (evento 1, documento 13, fls. 4/121, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Ficha financeira (evento 1, documento 14, fls. 3/18, documento 15, fls. 4/19, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Folha de cálculos (evento 1, documento 14, fls. 19/28, documento 15, fls. 20/24, documento 17, fls. 91/92, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Demonstrativo de débito (evento 1, documento 14, fls. 29/158, documento 15, fls. 25/100, documento 16, fls. 1/98, documento 17, fls. 93/100, documento 18, fls. 1/40, 42/52, 55/105, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Relatório (evento 1, documento 17, fls. 8/13, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Cópia de Auto de Busca e Apreensão realizado na residência do acusado (evento 1, documento 17, fls. 20/23, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Relatório (evento 1, documento 18, fls. 115/116, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Fotos e imagens de tela *print screen* do perfil aberto do acusado extraídas de rede social (evento 54 do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303);

- Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico (PQS) nº 0000037-87.2018.7.03.0303, relacionado à presente Apelação;

- Incidente de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303, relacionado à presente Apelação; e

- Inquérito Policial Militar nº 7000113-10.2018.7.03.0103, relacionado à presente Apelação, instaurado na 3ª Região Militar, tendo apurado os mesmos fatos investigados no procedimento que deu origem à Ação Penal Militar.

A Denúncia foi recebida em 10/4/2019 (evento 1, documento 2, da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303) e o réu foi devidamente citado (evento 32 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

Pela acusação, foram ouvidas as testemunhas Cap Méd Adriana Bán Jacobsen e os civis Ângela Maria Musskopf Gomes, Teressa Baldissera, Ângela Maria de Amorim Mendes Visqueira e Mário Sérgio de Amorim Mendes Visqueira (eventos 83, 84 e 85 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

Ato seguinte, o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade, indeferiu o pedido ministerial de suspensão de pagamentos ao acusado realizados pela Administração Militar (eventos 86 e 90 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

A Defesa constituída, de seu turno, indicou e foram inquiridas as seguintes testemunhas: civis Renato Alves Bragança, Rosangela Amorim de Assis, José Luiz Saldanha dos Santos, Vilnei Adriani Araújo Neubauer, Amilton Santos de Lima e Roberto Nochang Carneiro (eventos 149 e 150 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

O acusado foi qualificado e interrogado (eventos 166 e 168 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

Na fase do artigo 427 do CPPM, as partes nada requereram (eventos 172 e 175 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

Em Alegações Escritas, o Ministério Público Militar pugnou pela parcial procedência da exordial, absolvendo-se o agente no tocante ao primeiro fato

imputado e condenando-o relativamente ao segundo fato, como incurso no art. 251, § 3º, do CPM, na forma do art. 80 do mesmo *Codex* (evento 180 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

O causídico constituído requereu a absolvição de ambos os fatos, com base no art. 439, alíneas "b" ou "e", do CPPM (evento 183 da APM nº 7000050- 30.2019.7.03.0303).

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 3ª Auditoria da 3ª CJM, por unanimidade, julgou improcedente o pedido contido na Denúncia, para absolver o 2.º Sgt Ref Ex JOSÉ MENDES VISQUEIRA do crime previsto no art. 251 do CPM, relativamente ao primeiro e ao segundo fatos, ambos com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM (evento 290 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

A Sentença foi publicada em 15/5/2021 (evento 292 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303), intimando-se a Defesa em 21/5/2021 e o *Parquet* em 27/5/2021 (eventos 295 e 296 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

Em 1º/6/2021 (evento 298 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303), o Ministério Público Militar interpôs tempestiva Apelação. Em suas Razões (evento 305 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303), sustentou, no tocante ao segundo fato constante da exordial, ter o acusado obtido, para si, vantagem pecuniária ilícita e indevida, no período compreendido entre outubro de 2003 até agosto de 2015, consistente no recebimento de auxílio-invalidez, em decorrência de suposta doença mental e necessidade de internação especializada e/ou assistência direta e cuidados permanentes de enfermagem.

Destacou que o réu não necessitava da ajuda de terceiros para suas atividades, e, por isso, não poderia ser considerado inválido, tendo a sentença absolutória, em verdade, confundido a situação da concessão da reforma com a concessão do auxílio-invalidez. Concernente à caracterização da fraude, argumentou ter o réu mantido a Administração Militar em erro por ação omissiva, consistente no silêncio malicioso, enquanto o dolo restou demonstrado na "conduta de se passar por inválido com o fim de auferir valores remuneratórios a título de adicional de invalidez, que não tinha direito, de forma alguma". Destarte, pugnou pela condenação do agente pela prática do delito previsto no art. 251, § 3.º, do CPM.

Em Contrarrazões, JOSÉ MENDES VISQUEIRA pleiteou o desprovimento do Recurso ministerial, pedindo a manutenção do decreto absolutório uma vez que o recorrido somente logrou o auxílio-invalidez em razão do laudo médico que o reformou, o que configura ato jurídico perfeito. Ressaltou que o direito ao auxílio foi concedido pela própria Administração Militar, tendo em vista o atrelamento do benefício com a questão da incapacidade definitiva e invalidez atestada pela Junta Médica Militar.

Salientou a inexistência de manutenção em erro da Administração Castrense, porquanto o agente fora submetido a diversas inspeções de saúde e julgado inválido, sendo que, em verdade, o apelado nunca quisera se afastar das atividades militares, o que ocorreu contra sua própria vontade (evento 313 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

Nesta instância, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Vice-Procurador-Geral Dr. Clauro Roberto de Bortolli, manifestou-se pelo parcial provimento da insurgência, para que o recorrido seja condenado pela prática do delito de estelionato na forma simples (evento 6).

É o Relatório da eminente Ministra-Relatora.

VOTO

Segundo manifestou a eminente Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha em seu Voto condutor, não há hesitação quanto à materialidade e à autoria delitivas, entretanto se colocou em dúvida a caracterização da fraude e o elemento subjetivo do 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira.

Nesse ponto, a Ministra-Relatora demonstrou que:

> [...] as investigações levadas a cabo, somadas à prova oral colhida em Juízo, comprovaram a incompatibilidade de determinadas atividades educacionais e profissionais exercidas por JOSÉ MENDES VISQUEIRA com o diagnóstico médico de esquizofrenia paranoide em estágio pré-terminal grave (alienação mental).

Há nos autos diversos elementos que revelam a desconformidade do auxílio-invalidez e algumas circunstâncias observadas durante a investigação, dentre os quais, podemos citar: documentos relativos à reforma; cartão de apresentação; informações sobre cursos frequentados e concluídos pelo Acusado; cópia do processo de revisão do auxílio-invalidez; fotos e imagens de tela *print screen* do perfil aberto dele extraídas de rede social; e Incidente de Insanidade Mental 7000039-35.2018.7.03.0303, relacionado a esta Apelação.

Cabe salientar que, anteriormente ao recebimento do benefício, o Apelado foi submetido a diversas inspeções de saúde: na primeira, em novembro de 2002, foi considerado incapaz temporariamente para o serviço do Exército; na segunda (fevereiro de 2003) e na terceira (maio de 2003), temporariamente inapto; na quarta (junho de 2003), definitivamente incapaz para o serviço do Exército, devido ao diagnóstico de F20.0, CID 10 (esquizofrenia paranoide, estágio préterminal grave – alienação mental), com necessidade de cuidados permanentes de enfermagem ou de hospitalização.

Em uma quinta inspeção de saúde, realizada em outubro de 2003, alcançou-se diagnóstico idêntico ao anterior, e o Parecer foi no sentido da incapacidade definitiva para o serviço do Exército, com a seguinte observação:

"inválido e necessita de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização.". Novamente, na sexta, ocorrida em junho de 2004, José Mendes Visqueira foi submetido à Junta de Inspeção de Saúde de Recurso do Comando Militar do Sul, que endossou o anterior diagnóstico e Parecer homologado com as seguintes observações:

> 1) Inspecionado ao exame psiquiátrico apresenta-se incoerente, refere alucinações visuais e auditivas, com delírios paranoides, ideias persecutórias e juízo crítico gravemente prejudicado; 2) Inspecionado alienado mental, com um quadro psicótico crônico grave e persistente, refratário ao tratamento, com prognóstico pobre, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição da autodeterminação e do pragmatismo, com sinais contínuos de perturbações persistentes por mais de 6 meses, sem responder aos meios habituais de tratamento. **Há indicação formal para tratamento hospitalar especializado.** 3) Esgotaram-se os recursos terapêuticos da medicina especializada e os prazos necessários para sua recuperação. (Grifo nosso.)

Por fim, em 19.8.2004, o Apelado foi reformado, nos seguintes termos:

> REFORMAR o 2º Sargento (041954034-9) JOSÉ MENDES VISQUEIRA, com a remuneração a que faz jus, a contar de 03 de outubro de 2003, observados os Art 9º, 10 e inciso II do Art 11 da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, por ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo do Exército**. É inválido. Necessita de cuidados permanentes de enfermagem e hospitalização.** (Grifo nosso.)

Entretanto, de acordo com a Resposta à Inquirição de Peritos constante do Incidente de Insanidade Mental 7000039-35.2018.7.03.0303, datado de 6.12.2018, o Recorrido não sofre de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e não necessita de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização. Segundo resposta aos quesitos facultativos:

> [1. Se o investigado 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira sofre, na atualidade, de esquizofrenia paranóide (CID10/F20.0) ou de alguma outra doença mental (e qual), de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, em caso positivo, qual e quais as suas características;]
>
> 1 - Não, o investigado não sofre, na atualidade, de Esquizofrenia Paranóide (Cid10 F20.0) ou de nenhuma doença mental de desenvolvimento incompleto ou retardado.
>
> [2. Caso constatado o diagnóstico de esquizofrenia paranoide, se pode-se enquadrar José Mendes Visqueira em estágio pré-terminal grave (alienação mental) e o que essa condição implica para os atos cotidianos do paciente (quais os sintomas correspondentes);]
>
> 2 - Não se pode constatar o diagnóstico de Esquizofrenia Paranóide no periciado.

[3. Se ao tempo da reforma, no ano de 2004, o investigado 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira apresentava alguma moléstia mental;]

3 - Através do relato do periciado e da análise de documentações apresentadas (e prontuário médico), ao tempo da reforma, o paciente apresentava sintomas/queixas de origem psiquiátrica; no entanto, não se pode afirmar, ao certo, se o mesmo apresentava, nesta ocasião, critérios fechados para diagnóstico de moléstia psiquiátrica e, se sim, qual.

[4. Se a esquizofrenia paranoide é uma moléstia invalidante, incapacitante e que gera alienação mental e, em caso positivo, quais as limitações sociais decorrentes daquelas características;]

4 - A Esquizofrenia é uma doença psiquiátrica grave, crônica e invalidante, que gera incapacidade e alienação mental, conforme sua evolução, com limitações sociais e limitações para, praticamente, todas as atividades diárias do acometido.

[5. Se o portador de esquizofrenia paranoide consegue se portar em sociedade de forma convencional, se tem condições de frequentar eventos sociais e espaços públicos (praias, etc.) e privados (bares, restaurantes, clubes, etc.) de forma autônoma, conduzir veículos automotores e desenvolver relações afetivas;]

5 - Não, o portador de Esquizofrenia, conforme a evolução do quadro, passa a não se portar em sociedade de forma convencional, tem dificuldade para frequentar eventos sociais/públicos e privados de forma autônoma, incapacidade para conduzir veículos automotores e desenvolver relações afetivas mais complexas.

[6. Se o portador de esquizofrenia paranoide consegue desenvolver trabalhos intelectuais, frequentar cursos e realizar atividades acadêmicas e concatenar raciocínios lógicos com conteúdo crítico;]

6 - Com a evolução da doença, o indivíduo com Esquizofrenia passa a ter dificuldades de frequentar cursos, realizar atividades acadêmicas e concatenar raciocínios lógicos com conteúdo crítico.

[7. Se a utilização de medicação psiquiátrica permite ao portador de esquizofrenia paranoide gozar de uma vida social e laboral convencional e, neste caso, se ainda assim deve ser considerado um alienado mental;]

7 - Em geral, devido a patologia e também ao uso das medicações, o portador de Esquizofrenia não goza de uma vida social e laboral convencional e, por isso, com a progressão da doença, torna-se alienado mental.

[8. Se um portador de esquizofrenia paranoide com quadro psicótico crônico, grave e persistente, refratário ao tratamento, conseguiria com algum tipo de terapêutica recuperar o pleno uso e gozo das faculdades mentais;]

8 - Não, o portador de Esquizofrenia, com quadro psicótico crônico, grave e persistente, refratário ao tratamento não conseguiria recuperar o pleno uso e gozo das suas faculdades mentais.

[9. Se há alguma razão médica para um paciente portador de esquizofrenia paranoide não responder aos meios habituais de tratamento da esquizofrenia paranoide;]

9 - O portador de Esquizofrenia Paranóide não responde com remissão total de sintomas, mesmo com todos os tratamentos até o momento disponíveis, apresentando, muitas vezes, momentos de exarcebação dos sintomas psicóticos (positivos) e evolução de sintomas negativos.

[10. Se pode relacionar quais são os meios habituais de tratamento da esquizofrenia paranoide;]

10 - Sim: uso de medicações antipsicóticas, em tratamento ambulatorial ou internação, psicoterapias (em geral, de apoio), Eletroconvulsoterapia (ECT), além de manejos em equipes multidisciplinares e cuidados próximos de familiares são as terapias mais utilizadas.

[11. Se atualmente o 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira necessita de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização;]

11 - Não.

[12. Se o 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira possui traços de personalidade manipuladora e dissimulada.]

12 - Não se pode afirmar com exatidão; tal possibilidade existe, devendo ser melhor avaliada.

Sobre a questão dos cuidados necessários ao Segundo-Sargento Reformado, a esposa afirmou que ele ficou internado para tratamento, na época que antecedeu a reforma, por um curto período. Declarou que o Réu possuía rotina normal e não necessitava de cuidados de enfermagem ou de hospitalização, apenas tomava remédio para pressão arterial.

Testemunhas relataram que o Acusado manifestou uma carga de estresse emocional, mas não houve relato de qualquer sintoma delirante ou psicótico. O filho do Réu contou que seu pai possui carteira nacional de habilitação e costuma dirigir.

Destaca-se que a Capitão Médica Adriana Ban Jacobsen, subscritora do Laudo Pericial, cogitou o equívoco de diagnóstico por parte dos profissionais médicos que atenderam o Apelado. A perturbação constatada à época da reforma não foi observada posteriormente. Considerou, inclusive, a possibilidade de simulação da doença.

Na esteira da manutenção do decreto absolutório, a Relatora enfatiza a alegação do Agente no sentido de que nunca teria assinado qualquer documento

relativo à reforma, tampouco sabia do que se tratava a doença que lhe atribuíram. Afirma que, durante o processo de reforma, não teria sido possível colher a assinatura do Recorrido nos documentos. Nessa senda, assevera que a reforma de José Mendes Visqueira foi realmente conduzida à sua revelia e ao seu contragosto.

E, prossegue a ilustre Magistrada:

> [...] No particular, a concessão do auxílio invalidez deveu-se à gravidade do diagnóstico atribuído ao acusado, que exigiria cuidados de enfermagem ou hospitalização num prognóstico progressivo de alienação mental. Não há como cindir o diagnóstico de esquizofrenia paranóide, estágio pré-terminal grave – alienação mental com a necessidade de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização. O segundo é consequência do primeiro, em nítida e basilar relação de causa e efeito.
>
> Destarte, conquanto o agente não seja mais portador de tal patologia incapacitante (conforme o Incidente de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303), não há como desvincular a percepção do auxílio-invalidez do diagnóstico que determinou a reforma (conforme seis inspeções de saúde e um Laudo Psiquiátrico).

Em que pese a reforma e o auxílio-invalidez encontrarem-se intrinsecamente ligados, uma vez que concedidos no mesmo Ato, os pagamentos são realizados distintamente. Assim, o fato de inexistir qualquer recurso em face da parcela da Sentença que absolveu o Acusado em relação ao processo de reforma não enfraquece o recurso em face do processo do auxílio.

Este último é concedido para pagamento de "cuidados permanentes de enfermagem e de hospitalização". Uma vez comprovado que, concomitantemente ao período em que percebeu o auxílio, o Apelado desempenhava atividades cotidianas sem qualquer ajuda e que requereu (documento assinado de próprio punho) a devolução dos valores descontados a título de auxílio (em virtude da suspensão do pagamento), também referente a esse período, considera-se não haver dúvida quanto ao elemento subjetivo do crime de estelionato.

Sobre a questão, colaciono a afirmação da Procuradoria-Geral de Justiça Militar, no Parecer da lavra do insigne Dr. Clauro Roberto de Bortolli:

> [...] a pretensão vertida no presente apelo não se dirige à demonstração de que o Sargento Visqueira não possui nenhuma doença psiquiátrica, mas, ao contrário, que o mesmo tem uma vida absolutamente incompatível com a percepção do auxílio invalidez, isto é, não necessita de internação especializada, militar ou não, ou assistência ou cuidados permanentes de enfermagem, situação que se encontra corroborada pelo denso universo probatório carreado aos autos, inclusive pela prova testemunhal defensiva, em cenário que afasta qualquer dúvida da responsabilidade penal do acusado.

Consta do Inquérito Policial Militar a Portaria 989-CIP.21, de 19.8.2004, que reformou o Acusado por ter sido julgado "incapaz definitivamente" para o

serviço ativo do Exército. No citado documento encontra-se a informação que ele é inválido e necessita de cuidados permanentes de enfermagem e de hospitalização. Apesar disso, não se fala em "auxílio-invalidez".

Por outro lado, a Portaria 1078-DCIP.22, de 29.7.2010, concede, de forma expressa, o auxílio-invalidez ao Recorrido, porém o faz por prazo determinado, entre 29.7.2010 e 28.7.2015. No mesmo ato, "revoga", a contar de 28.7.2010, o "auxílio-invalidez" concedido pela Portaria 989-CIP.21 acima referida. Dessa feita, verifica-se, a partir dessa última Portaria, que a Administração Militar pagou o auxílio-invalidez desde a Reforma do Réu e quis deixar clara tal informação, que não constava textualmente da Portaria que o reformou.

Em passo seguinte, após a cessação do benefício, já em 22.12.2015, o Apelado solicitou, por meio de requerimento datado e assinado de próprio punho, a devolução de valores relativos ao ano de 2015. Explicitou que:

> [...] no mês 07/2015 aparece a última concessão do Auxílio-Invalidez conforme previsto nos contracheques anteriores (anexo). No mês subsequente, ou seja, sem ao menos ser avisado pela Seção de Serviço de Inativos e Pensionistas, aparece um valor a ser descontado de R$ 608,00 (seiscentos e oito reais) referente a DA AUX INVALIDEZ com data final de desconto fixada para 12/2015, totalizando 05 (cinco) meses de desconto, perfazendo um total de desconto de R$ 3.040,00 (três mil e quarenta reais).

Adiante, prossegue:

> Excelência, diante dos fatos demonstrados no presente requerimento, não há do que falar em recebimento dos valores além do previsto, pois ao analisarmos os contracheques do mês 01/2015 e 07/2015 (anexo), veremos que o primeiro foi implantado informando o mês para o fim da concessão do Auxílio-Invalidez, e o segundo contracheque trazia em seu bojo o último mês da concessão do referido auxilio.

Assim, compreendo não haver dúvida de que o Réu não fazia jus ao benefício, pois não necessitava de cuidados especiais, tampouco permaneceu internado por período superior a seis meses. Mesmo assim, requereu os valores suspensos após não comparecer, por diversas vezes (11.3.2015; 6 e 30.4.2015), à Inspeção de Saúde, embora regularmente intimado, o que demonstra dolo em sua conduta.

Nesse contexto, o Decreto 4.307/2002, que regulamenta a Medida Provisória 2.215-10 e dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, estabelece acerca do auxílio-invalidez:

> Art. 78. O militar que faz jus ao auxílio-invalidez apresentará, anualmente, declaração de que não exerce nenhuma atividade remunerada, pública ou privada.

> Parágrafo único. O pagamento do auxílio-invalidez será suspenso caso seja constatado que o militar exerce qualquer atividade remunerada ou não apresente a declaração referida no caput.
>
> Art. 79. A critério da administração, o militar será periodicamente submetido à inspeção de saúde e, se constatado que não se encontra nas condições de saúde previstas na Tabela V do Anexo IV da Medida Provisória no 2.215-10, de 2001, o auxílio-invalidez será suspenso.

A Lei 11.421/2006 revogou a aludida Tabela e estabeleceu acerca do auxílio-invalidez:

> Art. 1º **O auxílio-invalidez** de que trata a Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, **é devido**, nos termos do regulamento, **ao militar que necessitar de internação especializada**, militar ou não, ou assistência, **ou cuidados permanentes de enfermagem**, devidamente constatados por Junta Militar de Saúde, e ao militar que, por prescrição médica, também homologada por Junta Militar de Saúde, receber tratamento na própria residência, necessitando assistência ou cuidados permanentes de enfermagem.
>
> Art. 2º O auxílio-invalidez será pago no valor de 7,5 (sete e meia) cotas de soldo ou, o que for maior, no valor de R$ 1.089,00 (mil e oitenta e nove reais).
>
> Art. 2º-A. A partir de 1º de julho de 2012, o auxílio-invalidez de que trata esta Lei será pago no valor de 7,5 (sete e meia) cotas de soldo ou de R$ 1.520,00 (mil quinhentos e vinte reais), o que for maior. (Incluído pela Lei nº 12.702, de 2012)
>
> Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos financeiros a partir de 1º de janeiro de 2006.
>
> Art. 4º Fica revogada a Tabela V do Anexo IV da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001. (Grifos nossos.)

Assim, o inicial silêncio malicioso e o posterior pedido de restituição do pagamento de auxílio-invalidez, ciente de que não se encontrava na condição de inválido, por si só já são provas suficientes de autoria do delito castrense de estelionato.

Ademais, o Ministério Público Militar anexou ao feito fotos e imagens de tela do perfil aberto do então Investigado, extraídas da rede social Facebook, que comprovam a plena capacidade do Agente.

Cabe observar os conceitos de ética e de moral, que são afetos aos cidadãos em geral. A ética refere-se à reflexão filosófica sobre a conduta humana sob o enfoque dos atos morais. Ela examina a natureza dos valores morais e a justificação de seu uso na apreciação e na orientação de nossos atos. Já a moral denota bons costumes, boa conduta, segundo preceitos socialmente estabelecidos pela sociedade ou por determinado grupo social (Disponível em

https://www.researchgate.net/publication/290114842_Etica_Moral. Acesso em 20.8.2022).

Tais valores são universais e regem a vida humana, porém apresentam extrema relevância na conduta dos militares das Forças Armadas. A vida castrense impõe uma rigorosa observância das normas estabelecidas nos regulamentos disciplinares que pairam sobre os militares, os quais atuam como a base de sustentação das Forças Armadas representadas na hierarquia e na disciplina – consagradas na atual Carta Magna como verdadeiros princípios constitucionais. O militar – ativo ou inativo – deve pautar o seu comportamento pessoal e profissional nesses alicerces.

O Estatuto dos Militares estabelece que a disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados. Os preceitos da ética militar estão previstos no art. 28 do referido Estatuto, nos seguintes termos:

> Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:
>
> I - **amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;**
>
> II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;
>
> III - respeitar a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - **cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;**
>
> V - ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados;
>
> VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;
>
> VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço;
>
> VIII - praticar a camaradagem e desenvolver, permanentemente, o espírito de cooperação;
>
> IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;
>
> X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa de qualquer natureza;
>
> XI - acatar as autoridades civis;
>
> XII - cumprir seus deveres de cidadão;

> XIII - **proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;**
>
> XIV - observar as normas da boa educação;
>
> XV - garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar;
>
> XVI - **conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar;**
>
> XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;
>
> XVIII - abster-se, na inatividade, do uso das designações hierárquicas:
>
> a) em atividades político-partidárias;
>
> b) em atividades comerciais;
>
> c) em atividades industriais;
>
> d) para discutir ou provocar discussões pela imprensa a respeito de assuntos políticos ou militares, excetuando-se os de natureza exclusivamente técnica, se devidamente autorizado; e
>
> e) no exercício de cargo ou função de natureza civil, mesmo que seja da Administração Pública; e
>
> XIX- zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar. (Grifos nossos.)

No caso em análise, ainda que não tenha sido possível comprovar a fraude no processo de reforma, a posterior alteração das condições físicas iniciais, com a consequente retomada da capacidade cognitiva e a ausência de qualquer limitação física a demandar internação ou cuidados especiais de enfermagem, inviabilizam a manutenção da reforma por invalidez por ausência de requisito legal básico para seu deferimento.

Cabe frisar que o engodo em situações como essa é o próprio silêncio malicioso, com o intuito de continuar a receber vantagem indevida, ou seja, o benefício, em face da recuperação da condição de saúde, com a manutenção da Administração Militar em erro, decorrente da omissão dolosa de informação relevante para a revisão da condição de reformado como inválido.

Assim verifica-se, no caso concreto, a convicção de que a versão defensiva – de suposta ausência de dolo – não se coaduna com as evidências constituídas nos autos.

Colaciono julgados que remontam ao posicionamento deste Voto:

> EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR (MPM). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). ESTELIONATO. REFORMA POR INVALIDEZ. SILÊNCIO MALICIOSO. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. I - A reforma de ex-Soldado do Exército Brasileiro obtida judicialmente, diante de lesão sofrida no joelho durante treinamento físico militar, com proventos calculados com base em soldo de Terceiro-Sargento, nos termos do previsto no § 1º do art. 110 do Estatuto dos Militares, caracteriza-se pela impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho. II - Ainda que não tenha havido intenção de fraude quando da interposição da Ação Judicial, a posterior alteração das condições físicas iniciais, **a retomada da capacidade de trabalhar e se prover inviabiliza a manutenção da reforma por invalidez, por ausência de requisito legal básico para seu deferimento.** III - O comprovado exercício regular de atividade advocatícia é incompatível com a natureza do ato de reforma. Não se pode aceitar o auferimento de vantagem econômica indevida, mediante manutenção da percepção de valores a que não teria direito. IV - **O engodo em situações como essa é o próprio silêncio malicioso, com o intuito de continuar a receber vantagem indevida em face da recuperação da condição de saúde, com a manutenção da Administração Militar em erro, decorrente da omissão dolosa de informação relevante para afastamento do reformado da condição de inválido**. V - A omissão dolosa, associada à vantagem indevida, foi obtida em detrimento do patrimônio que estava sob a Administração Militar, que é, por sua vez, responsável pelo pagamento dos proventos de reforma dos militares, com caracterização dos elementos objetivos do tipo previsto no art. 251 do CPM. *In casu*, a autoria e a materialidade delitivas estão plenamente comprovadas, conforme o farto lastro probatório. A conduta perpetrada é típica, antijurídica e culpável, portanto, a condenação é medida que se impõe. VI - A agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM não deve ser aplicada quando o sujeito ativo do crime for civil ou militar inativo pois, nestas condições, a circunstância de o estelionato ter sido cometido em detrimento da Administração Militar é elementar do tipo, nos termos do inciso III do art. 9º do CPM, e a incidência da referida agravante representaria *bis in idem*. VII - O denominado "estelionato de rendas mensais" é considerado pela jurisprudência pátria como crime permanente, cuja consumação ocorre com a primeira obtenção de vantagem indevida, se prolonga no tempo e somente cessa com a última obtenção, portanto, não cabe aumento de pena por continuidade delitiva. VIII - Recurso Ministerial conhecido e parcialmente provido. Decisão por maioria. (STM. Apelação 7001457-91.2019.7.00.0000. Rel. para o Acórdão: Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 10.6.2021. Publicado em 2.7.2021; grifos nossos).

> EMENTA: APELAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. **AUXÍLIO-INVALIDEZ. SIMULAÇÃO. VIDA INCOMPATÍVEL COM**

> **DOENÇA MENTAL.** FARTO ACERVO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO. AGRAVAÇÃO DA PENA. ART. 251, § 3º, CPM. RÉU CIVIL. INAPLICABILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PERMANENTE. REFORMA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DECISÃO MAJORITÁRIA. **Incide no crime de estelionato previdenciário agente que simula doença mental para receber auxílio-invalidez incompatível com a sua vida pessoal.** Não se aplica a agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM para réu civil e militar da reserva ou reformado. A prática delitiva do estelionato em detrimento da Administração Militar já constituiu elementar do tipo e o seu acréscimo representaria violação do princípio do *ne bis in idem*. É impossível a aplicação da causa exasperadora de pena, consistente na continuidade delitiva, tendo em vista que o estelionato previdenciário em detrimento da Administração Militar, perpetrado pelo próprio beneficiário, é um crime permanente, que se protrai no tempo. A ofensa ao bem jurídico é reiterada mês a mês, enquanto não descoberta a fraude ou o agente a faça cessar a qualquer tempo. Autoria e materialidade demonstradas. Decisão por maioria. (STM. 7000779-42.2020.7.00.0000. Rel. Min. Carlos Augusto Amaral Oliveira. Julgado em 13.5.2021. Publicado em 28.5.2021; grifos nossos).

Conforme demonstrado nos autos, o Acusado, após a conclusão do procedimento de reforma, realizou diversos cursos relacionados à área Jurídica e prestou assessoria e consultoria na área de Direito Militar, atividades totalmente incompatíveis com qualquer doença mental, especialmente a Esquizofrenia Paranoide. Ainda que não tenha sido possível precisar se o Agente, à época dos fatos, apresentava critérios fechados para diagnóstico da moléstia psiquiátrica, o fato é que, há muito tempo, não precisa de cuidados a demandar o referido auxílio.

Portanto, é farto o lastro probante da materialidade e da autoria delitivas, a conduta é *típica, antijurídica* e *culpável*, razão pela qual a condenação se impõe. Assim, ausente qualquer fundamento apto à absolvição, deve ser reformada a Sentença absolutória para condenar o 2º Sgt Ref Ex José Mendes Visqueira pela prática do crime previsto no art. 251, *caput*, do CPM.

Encerrada a análise do Apelo, antes de proceder à dosimetria da pena relativa ao delito previsto no art. 251 do CPM, cumpre tecer algumas considerações acerca da aplicação do § 3º do citado dispositivo ao caso em análise, tal como requer o *Parquet*.

Com efeito, a imputação trata de conduta perpetrada por militar reformado que recebeu indevidamente auxílio-invalidez, embora não fizesse jus ao benefício. O § 3º do art. 251 do Código Castrense, por sua vez, apresenta causa de aumento de pena para o crime de estelionato praticado em detrimento da Administração Militar, com agravação no *quantum* da pena de um quinto a um terço, nos termos do disposto no art. 73 do referido *Códex*.

Contudo, não deve ser aplicada quando o sujeito ativo do crime for *civil* ou *militar inativo*, como é o caso destes autos, pois, nessas situações, a circunstância de o estelionato ter sido cometido em detrimento da Administração Militar é elementar do tipo, nos termos do inciso III do art. 9º do CPM, e a incidência da referida agravante representaria *bis in idem*.

Nesse sentido é o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO MILITAR. AGRAVAÇÃO DA PENA. ART. 251, § 3º, CÓDIGO PENAL MILITAR. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. A vítima "administração militar" não é elemento do crime de estelionato militar, quando o acusado é militar da ativa. A conduta perfaria o tipo do art. 251, ainda que não praticada contra a instituição (v. art. 9º, II, CPM). Assim, a agravante prevista no § 3º do art. 251 do Código Penal Militar se aplica ao militar da ativa, embora não se aplique ao civil nem ao militar inativo (reformado/reserva), já que, quanto a estes, só há crime de estelionato militar se a vítima for a administração militar (art. 9º, I, CPM) – é elemento do tipo. Ilegalidade não configurada. Ordem denegada. (STF. HC 85167. Segunda Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 21.11.2006. Publicado em 2.2.2007).

Da mesma maneira tem se posicionado este Tribunal Castrense:

> EMENTA: APELAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO INVALIDEZ. SIMULAÇÃO. VIDA INCOMPATÍVEL COM DOENÇA MENTAL. FARTO ACERVO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO. AGRAVAÇÃO DA PENA. ART. 251, § 3º, CPM. RÉU CIVIL. INAPLICABILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PERMANENTE. REFORMA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DECISÃO MAJORITÁRIA. Incide no crime de estelionato previdenciário agente que simula doença mental para receber auxílio-invalidez incompatível com a sua vida pessoal. Não se aplica a agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM para réu civil e militar da reserva ou reformado. A prática delitiva do estelionato em detrimento da Administração Militar já constituiu elementar do tipo e o seu acréscimo representaria violação do princípio do *ne bis in idem*. É impossível a aplicação da causa exasperadora de pena, consistente na continuidade delitiva, tendo em vista que o estelionato previdenciário em detrimento da Administração Militar, perpetrado pelo próprio beneficiário, é um crime permanente, que se protrai no tempo. A ofensa ao bem jurídico é reiterada mês a mês, enquanto não descoberta a fraude ou o agente a faça cessar a qualquer tempo. Autoria e materialidade demonstradas. Decisão por maioria. (STM. Apelação 7000779-42.2020.7.00.0000. Rel. Min. Carlos Augusto Amaral Oliveira. Julgado em 13.5.2021. Publicado em 28.5.2021).

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEFESAS CONSTITUÍDAS. ALEGAÇÕES DE OBSCURIDADES, DE OMISSÕES E DE CONTRADIÇÕES. NÃO COMPROVAÇÃO. MATÉRIAS APRECIADAS E DECIDIDAS NO ACÓRDÃO EMBARGADO. ARTIGO 251, § 3º, DO

> CPM. MILITAR DA ATIVA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO DOS INCISOS XXXIX E LIV DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO VERIFICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS, REJEITADOS E DECLARADOS PROTELATÓRIOS. UNANIMIDADE. [...] A agravante do § 3º do artigo 251 do Código Penal Militar é aplicável somente ao réu que ostente a condição de militar da ativa. Em relação ao civil e ao militar inativo, não incide a referida causa de aumento da pena, uma vez que o delito tipificado no art. 251 do Estatuto Repressivo Castrense pressupõe a obtenção de vantagem indevida em detrimento da Administração Militar, tornando-se elementar do tipo. [...] (STM. Embargos de Declaração 0000013-02.2002.7.11.0011. Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva. Julgado em 3.8.2017. Publicado em 24.8.2017).
>
> RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. ESTELIONATO. PRELIMINARES REJEITADAS. DESPROVIDOS OS APELOS. [...] Inaplicável a agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM, quando o crime de estelionato for praticado por militar da reserva, militar reformado ou por civil, sob pena de ocorrer *bis in idem*. [...] (STM. Apelação 0000064-70.2008.7.12.0012. Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Julgado em 11.10.2017. Publicado em 9.11.2017).

Por conseguinte, ao delito em análise não deve ser aplicada a causa especial de aumento de pena talhada no § 3º do art. 251 do CPM.

Feitas tais considerações, passo a dosar a pena. Na primeira fase de dosimetria, considerada a primariedade, os bons antecedentes, a culpabilidade e as demais circunstâncias judiciais elencadas do art. 69 do CPM, fixo a pena-base no seu mínimo legal: dois anos de reclusão. Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar. Na terceira fase, inexistem causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, o que resulta no *quantum* definitivo de 2 anos de reclusão.

Concedo ao Apelado o benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 84 do CPM, o qual deverá cumprir, com exceção da alínea "a", as condições do art. 626 do CPPM, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, bem como designo o insigne Juiz Federal da Justiça Militar prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do mesmo Diploma Legal.

Fixo o regime prisional inicialmente aberto, para fins de eventual cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, exclusivamente em caso de revogação do *sursis*; e o direito de recorrer em liberdade, nos termos do art. 527 do CPPM.

Pelo exposto, voto pelo **conhecimento** do Recurso e pelo seu **parcial provimento** para reformar a Sentença absolutória e condenar o 2º Sgt Refm Ex José Mendes Visqueira como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, à pena de 2 anos de reclusão, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, com

delegação para a realização de audiência admonitória ao nobre Juiz Federal da Justiça Militar da União da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, nos termos do art. 611 do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em conhecer e dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público Militar, para reformar a sentença absolutória e condenar o 2º Sgt Refm Ex José Mendes Visqueira à pena de 2 anos de reclusão, como incurso no art. 251, "caput", do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 2 anos, com delegação para a realização de audiência admonitória ao nobre Juiz Federal da Justiça Militar da União da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, nos termos do art. 611 do CPPM.

Brasília, 31 de agosto de 2022 – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 7000510-66.2021.7.00.0000

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

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

Cuida-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que absolveu JOSÉ MENDES VISQUEIRA do crime previsto no art. 251 do CPM, com relação ao segundo fato narrado na Denúncia, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Razão não lhe assiste.

Sustentou o *Parquet* ter o recorrido recebido indevidamente auxílio-invalidez, uma vez que, sabedor de não ser portador de qualquer doença incapacitante, manteve a Administração Castrense em erro, por meio de conduta omissiva, visando continuar a auferir o mencionado benefício de forma continuada.

Conquanto o recorrente tenha logrado êxito na comprovação da materialidade e da autoria delitivas, não obteve, por outro lado, sucesso tanto na caracterização da fraude como na do elemento subjetivo do agente.

A princípio, a materialidade e a autoria delitivas restariam comprovadas nos autos em face dos seguintes documentos: Portaria determinando a

instauração de IPM em razão das informações encaminhadas pela 3ª Região Militar (evento 1, documento 2, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); cópias dos documentos relativos à reforma do indiciado (evento 1, documento 3, fls. 4/6, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); cartão de apresentação do indiciado, apontando seu currículo e sua capacitação como advogado (evento 1, documento 3, fls. 7, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); cópias de documentos relativos à pasta de militar reformado (evento 1, documento 3, fls. 17/47, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); informações sobre cursos frequentados e concluídos pelo acusado (evento 1, documento 6, fls. 21/22, 24/25 e 30/32, documento 11, fls. 35 e 51, documento 12, fls. 66/71, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); prontuário médico relativo ao acusado (evento 1, documentos 9 e 10, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); Relatório de Dados Individuais do SICPEX relativo ao acusado (evento 1, documento 11, fls. 14/30, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); cópia do processo de revisão do auxílio-invalidez (evento 1, documento 11, fls. 56/82, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); cópia do processo de reforma do acusado (evento 1, documento 13, fls. 4/121, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); ficha financeira (evento 1, documento 14, fls. 3/18, documento 15, fls. 4/19, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); folha de cálculos (evento 1, documento 14, fls. 19/28, documento 15, fls. 20/24, documento 17, fls. 91/92, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); demonstrativo de débito (evento 1, documento 14, fls. 29/158, documento 15, fls. 25/100, documento 16, fls. 1/98, documento 17, fls. 93/100, documento 18, fls. 1/40, 42/52, 55/105, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); cópia de Auto de Busca e Apreensão realizado na residência do acusado (evento 1, documento 17, fls. 20/23, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); fotos e imagens de tela *print screen* do perfil aberto do acusado extraídas de rede social (evento 54 do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303); Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico (PQS) nº 0000037-87.2018.7.03.0303, relacionado à presente Apelação; Incidente de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303, relacionado à presente Apelação; e Inquérito Policial Militar nº 7000113-10.2018.7.03.0103, relacionado à presente Apelação, instaurado na 3ª Região Militar, tendo apurado os mesmos fatos investigados no procedimento que deu origem à Ação Penal Militar.

De fato, as investigações levadas a cabo, somadas à prova oral colhida em Juízo, comprovaram a incompatibilidade de determinadas atividades educacionais e profissionais exercidas por JOSÉ MENDES VISQUEIRA com o diagnóstico médico de esquizofrenia paranoide em estágio pré-terminal grave (alienação mental).

O acusado, após a conclusão do procedimento de reforma, realizou diversos cursos relacionados à área Jurídica e prestou assessoria e consultoria na área de Direito Militar, inclusive com possível distribuição de cartão de apresentação com sua qualificação técnica. Embora se extraia dos autos a

profissão de advogado do agente, a informação não se revela verdadeira, eis que ele ostenta a graduação superior de História, e não de Direito. Advogado, portanto, nunca se tratou.

Outrossim, o Incidente de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303 concluiu não sofrer o acusado, na atualidade, de qualquer doença mental, especialmente a esquizofrenia paranoide, mas também não soube precisar se o agente, à época dos fatos, apresentava critérios fechados para diagnóstico da moléstia psiquiátrica.

Confira-se o Laudo confeccionado por duas médicas militares:

> [1. Se o investigado 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira sofre, na atualidade, de esquizofrenia paranóide (CID10/F20.0) ou de alguma outra doença mental (e qual), de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, em caso positivo, qual e quais as suas características;]
>
> 1 - **Não, o investigado não sofre, na atualidade, de Esquizofrenia Paranóide (Cid-10 F20.0) ou de nenhuma doença mental de desenvolvimento incompleto ou retardado.**
>
> [2 . Caso constatado o diagnóstico de esquizofrenia paranoide, se pode-se enquadrar José Mendes Visqueira em estágio pré-terminal grave (alienação mental) e o que essa condição implica para os atos cotidianos do paciente (quais os sintomas correspondentes);]
>
> 2 - Não se pode constatar o diagnóstico de Esquizofrenia Paranóide no periciado.
>
> **[3. Se ao tempo da reforma, no ano de 2004, o investigado 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira apresentava alguma moléstia mental;]**
>
> **3 - Através do relato do periciado e da análise de documentações apresentadas (e prontuário médico), ao tempo da reforma, o paciente apresenta sintomas/queixas de origem psiquiátrica; no entanto, não se pode afirmar, ao certo, se o mesmo apresentava, nesta ocasião, critérios fechados para diagnóstico de moléstia psiquiátrica e, se sim, qual.**
>
> [4. Se a esquizofrenia paranoide é uma moléstia invalidante, incapacitante e que gera alienação mental e, em caso positivo, quais as limitações sociais decorrentes daquelas características;]
>
> 4 - A Esquizofrenia é uma doença psiquiátrica grave, crônica e invalidante, que gera incapacidade e alienação mental, conforme sua evolução, com limitações sociais e limitações para, praticamente, todas as atividades diárias do acometido.
>
> [5. Se o portador de esquizofrenia paranoide consegue se portar em sociedade de forma convencional, se tem condições de frequentar eventos sociais e espaços públicos (praias, etc.) e privados (bares,

restaurantes, clubes, etc.) de forma autônoma, conduzir veículos automotores e desenvolver relações afetivas;]

5 - Não, o portador de Esquizofrenia, conforme a evolução do quadro, passa a não se portar em sociedade de forma convencional, tem dificuldade para frequentar eventos sociais/públicos e privados de forma autônoma, incapacidade para conduzir veículos automotores e desenvolver relações afetivas mais complexas.

[6. Se o portador de esquizofrenia paranoide consegue desenvolver trabalhos intelectuais, frequentar cursos e realizar atividades acadêmicas e concatenar raciocínios lógicos com conteúdo crítico;]

6 - Com a evolução da doença, o indivíduo com Esquizofrenia passa a ter dificuldades de frequentar cursos, realizar atividades acadêmicas e concatenar raciocínios lógicos com conteúdo crítico.

[7. Se a utilização de medicação psiquiátrica permite ao portador de esquizofrenia paranoide gozar de uma vida social e laboral convencional e, neste caso, se ainda assim deve ser considerado um alienado mental;]

7 - Em geral, devido a patologia e também ao uso das medicações, o portador de Esquizofreia não goza de uma vida social e laboral convencional e, por isso, com a progressão da doença, torna-se alienado mental.

[8. Se um portador de esquizofrenia paranoide com quadro psicótico crônico, grave e persistente, refratário ao tratamento, conseguiria com algum tipo de terapêutica recuperar o pleno uso e gozo das faculdades mentais;]

8 - Não, o portador de Esquizofrenia, com quadro psicótico crônico, grave e persistente, refratário ao tratamento não conseguiria recuperar o pleno uso e gozo das suas faculdades mentais.

[9. Se há alguma razão médica para um paciente portador de esquizofrenia paranoide não responder aos meios habituais de tratamento da esquizofrenia paranoide;]

9 - O portador de Esquizofrenia Paranóide não responde com remissão total de sintomas, mesmo com todos os tratamentos até o momento disponíveis, apresentando, muitas vezes, momentos de exacerbação dos sintomas psicóticos (positivos) e evolução de sintomas negativos;

[10. Se pode relacionar quais são os meios habituais de tratamento da esquizofrenia paranoide;]

10 - Sim: uso de medicações antipsicóticas, em tratamento ambulatorial ou internação, psicoterapias (em geral, de apoio), Eletroconvulsoterapia (ECT), além de manejos em equipes multidisciplinares e cuidados próximos por familiares são as terapias mais utilizadas.

[11. **Se atualmente o 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira necessita de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização;]**

11 - Não.

[12. Se o 2º Sgt Refm José Mendes Visqueira possui traços de personalidade manipuladora e dissimulada.]

12 - Não se pode afirmar com exatidão; tal possibilidade existe, devendo ser melhor avaliada. (Grifos nossos.)

A prova testemunhal colhida em Juízo também se desenvolveu em idêntico sentido ao do Laudo Pericial.

A Cap Méd Adriana Bán Jacobsen (perita atuante no Incidente de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303), confirmou o teor do exame pericial por ela firmado, salientando, contudo, que o contato com o réu se deu por apenas uma vez, ou no máximo duas, ao qual ele se mostrou colaborativo, respondeu as perguntas e não apresentou queixa de cunho psiquiátrico. Asseverou não apresentar o réu alienação mental, ressaltando que a esquizofrenia não possibilitaria reversão total ou cura, somente comportando tratamento paliativo para retardar a evolução. No tocante ao diagnóstico anterior, assinalou que poderia ter ocorrido num momento de crise aguda do acusado, não tendo havido um acompanhamento longitudinal, mas apenas transversal, sendo que os sintomas poderiam confundir o profissional, mas que o tempo de observação tornaria a moléstia diagnosticável. Enfatizou que uma simulação de doença seria difícil, mas possível, mesmo a longo prazo.

As testemunhas Ângela Maria Musskopf Gomes, Teressa Baldissera, Vilnei Adriani Araújo Neubauer, Rosangela Amorim de Assis, Renato Alves Bragança e José Luiz Saldanha dos Santos foram uníssonas em considerar o agente uma pessoa normal, sem transtornos psiquiátricos.

Tudo leva a crer, portanto, que, ao tempo da reforma, JOSÉ MENDES VISQUEIRA não era portador daquela doença incapacitante que o afastou do Exército, tendo em vista seu caráter de irreversibilidade e de futura evolução para alienação mental completa, incompatíveis com as atividades desenvolvidas pelo sujeito.

Sem embargo, isso, por si só, não conduz à caracterização do fato típico do estelionato, que reclama tanto a comprovação da fraude, como também do elemento subjetivo doloso, o que não ocorreu na hipótese em razão das provas oral e documental acostadas aos autos.

De plano, tenho por inexistente (ou, para os que assim quiserem, de extrema remotíssima possibilidade) a simulação da doença incapacitante por parte do acusado. Isso porque o agente nunca se exteriorizou como uma pessoa esquizofrênica perante os colegas de caserna e a vizinhança. Ora, se

realmente fosse dotado de tamanha esperteza e inteligência capaz de simular uma doença psiquiátrica de elevada complexidade perante a Administração Militar, o réu não teria se precavido e simulado a moléstia também a seus colegas, amigos e vizinhos?

Pelo contrário, a prova oral acima mencionada foi enfática ao atestar o estado de normalidade do sujeito.

Seria também parte da simulação a divulgação de fotos em redes sociais e a confecção e distribuição de cartão de apresentação profissional?

Em verdade, JOSÉ MENDES VISQUEIRA não se apresentava publicamente como pessoa inválida, tampouco aquiesceu quando a Organização Militar assim o reconheceu. Se simulação houvesse, pois, seria ela completa e muito bem estudada, e não desastrosa e escandalosa como na hipótese.

Em texto intitulado "A impossibilidade de forjar um transtorno mental"[129], o Hospital Santa Mônica realizou as seguintes considerações:

> Diferentemente de um câncer ou de um osso quebrado, um transtorno mental é diagnosticado a partir do comportamento e dos relatos do paciente, e não por um exame físico. **Não existe raio-X de esquizofrenia. Mas, na prática, para enganar um psiquiatra é preciso mais do que bons talentos dramáticos. É necessária maestria como diretor, roteirista e ator**.
>
> Para desmascarar mentirosos, psiquiatras têm uma ferramenta principal: a boa e velha conversa. Eles partem para perguntas abertas. Assim, o paciente precisa relatar os sintomas com suas próprias palavras e experiências – de nada adianta ler os sintomas no Google. Na hora de detalhar a entrevista, o psiquiatra pode misturar perguntas relacionadas a transtornos opostos ou sintomas completamente improváveis. Com uma entrevista longa, é apenas uma questão de tempo para que ele se contradiga ou mostre um comportamento incoerente com as descrições.
>
> "Você pode estudar as cores e técnicas de Van Gogh", diz Daniel Barros, professor de psiquiatria forense do Hospital das Clínicas da USP. "Mas quando você faz um quadro, não sai um Van Gogh." **Casos em que a pessoa tenha forjado um quadro de esquizofrenia, a partir do que viu em filmes, acaba sendo detectado devido ao transtorno ser bem diferente do que mostram os filmes. Tem sintomas positivos – alterações das funções normais, como alucinações e delírios – e sintomas negativos – diminuição das funções normais, como falta de motivação, de emoções e isolamento social. Falsários tendem a ignorar os sintomas negativos, que são menos conhecidos.**

[129] Publicado em 24/7/2015 por Hospital Santa Mônica. Disponível em: https://hospitalsantamonica.com.br/a-impossibilidade-de-forjar-um-transtorno-mental/.

> **E, segundo o psiquiatra Dartiu Xavier da Silveira, da Unifesp, o que confirma mesmo o diagnóstico de esquizofrenia não são vozes imaginárias ou pensamentos estranhos, mas a forma como a pessoa se vincula afetivamente com os outros.**
>
> **"Para conseguir imitar isso, o sujeito teria de ser digno de um Oscar"**. Na hora de simular sintomas como alucinações, surgem os problemas de atuação. Tal como o mau ator num dramalhão barato, ele acha que quanto mais bizarro o comportamento, mais convincente será. Esforça-se para parecer louco e tomar o controle da entrevista, enquanto pacientes genuínos geralmente relutam em discutir seus sintomas, afirma Phillip Resnik, professor de psiquiatria da Universidade de Cleveland.
>
> Digamos que um falsário relate ter ouvido vozes. Como eram essas vozes? Em casos psicóticos legítimos, elas são bem claras – dá até para saber se são masculinas ou femininas. Ou seja, não existe essa de "não sei" quando o psiquiatra fizer perguntas. De onde vieram? Em 88% dos casos, parecem vir de fora da cabeça, como de objetos, da parede ou do ar.
>
> O que elas dizem? Embora seja comum que a voz dê instruções, raramente elas se limitam a comandos – e normalmente o paciente evita obedecê-las, principalmente se isso trouxer perigo. Então, se vozes de dentro da cabeça tiverem mandado um acusado ir até um banco e roubar dinheiro, dificilmente um psiquiatra acreditará nelas. Junto às alucinações auditivas podem surgir as visuais. Mas nada de *flashes*, sombras, objetos voadores ou distorções de cores e tamanhos, comuns em alucinações causadas por LSD. Elas são em geral imagens de pessoas em escala normal e em cores. E aí está mais um erro comum de falsários.
>
> "Um réu acusado de roubo de banco disse calmamente ter visto um gigante de vermelho de dez metros derrubando uma parede durante a entrevista. Quando se perguntava a ele perguntas detalhadas, frequentemente dizia 'Eu não sei'. No final das contas, admitiu que mentia", escreve Resnik. **Para fechar o prêmio de mau ator para o falsário, a psicose não se limita ao que a pessoa pensa. Ela influi em como ele pensa**. Uma pessoa em estado psicótico muda abruptamente de assunto, inventa termos, faz uma salada de palavras. Ninguém vai enganar um psiquiatra dizendo de forma clara que está confuso. **E para saber as características de confusão mental na esquizofrenia e reproduzi-las é necessário mais um Oscar. Ou então passar três décadas fingindo loucura de manhã à noite**. (Grifos nossos.)

Outrossim, em ensaio sobre a "Simulação de Esquizofrenia no Teste de Rorschach (R-PAS)"[130], Armante Campos, Anna Elisa e Philipe Gomes constataram que "os achados evidenciaram que, mesmo diante das tentativas

[130] Armante Campos Guimarães Neto, Anna Elisa de Villemor Amaral e Philipe Gomes Vieira. Simulação de Esquizofrenia no Teste de Rorschach (R-PAS). Aval. psicol. vol. 20 nº. 2 Campinas abr./jun. 2021. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712021000200006.

de distorção das respostas ao teste, simuladores não conseguem distanciar da própria precisão perceptiva".

Leia-se, respectivamente, o resumo e a conclusão do artigo, *in verbis*:

> RESUMO
>
> **Este trabalho teve como objetivo comparar o desempenho no Teste de Rorschach (R-PAS), de pessoas instruídas sobre os sintomas da esquizofrenia e solicitadas a responder ao Rorschach, tentando se passar por um paciente com esse diagnóstico (n = 40), com o de pacientes diagnosticados com esquizofrenia (n = 35)**. Os participantes responderam ao Teste de Rorschach (R-PAS), a Magical Ideation Scale (MIS) e ao Inventory of Problems-29 (IOP-29) tentando simular esquizofrenia. Os resultados das comparações entre os grupos evidenciaram diferenças estatisticamente significativas para as variáveis (Hd), An, FQo, FQu, FQ-, P, M, PEC, WSumCog, MAH, GHR e Complexity. Encontrou-se também associação positiva e de forte magnitude entre os escores obtidos no IOP-29 e os escores brutos da MIS ($r = 0,73$, $p = 0,0001$). Os achados evidenciaram que, mesmo diante das tentativas de distorção das respostas ao teste, simuladores não conseguem distanciar da própria precisão perceptiva.
>
> Palavras-chave: simulação; esquizofrenia; malingering; método de rorschach (R-PAS).
>
> (...)
>
> Considerações Finais
>
> A proposta deste estudo consistiu em verificar como, diante da possibilidade de simular sintomas de esquizofrenia no Método de Rorschach, ocorreria a distorção das respostas deles. Cabe destacar que foram selecionadas somente as variáveis no R-PAS apontadas como importantes no diagnóstico de quadros esquizofrênicos. Embora muitas variáveis não evidenciaram diferenças estatisticamente significativas entre os grupos (paciente e simuladores), **um achado curioso chamou a atenção. Os resultados obtidos demonstraram que, mesmo diante da busca por manipular a testagem psicológica, os simuladores não conseguiram distanciar-se da própria precisão perceptiva, mantendo alguns aspectos formais e estruturais saudáveis**.
>
> Cabe destacar que alguns vieses merecem atenção nas considerações dos resultados deste estudo. Os dados utilizados foram coletados por examinadores diferentes, assim como os participantes foram convidados a simular, não possuindo um incentivo externo voltado à obtenção de algum benefício, aspecto este caraterizante da simulação. Ademais, é preciso considerar o tamanho da amostra, com apenas 40 participantes simuladores.
>
> As limitações deste estudo reiteram a necessidade de mais pesquisas com essa temática com diferentes grupos controle. Ressalta-se que o diagnóstico de esquizofrenia não é o único simulado, outros

> quadros também merecem ser investigados, tanto no sistema R-PAS, quanto em outros sistemas de avaliação e interpretação do Teste de Rorschach. Salienta-se, ainda, que a busca por indicadores de simulação mostra-se relevante e de fundamental importância para os rorchachistas. Contudo, é preciso considerá-lo como mais um fator disponível para os avaliadores desse método, e não como um indicador absoluto.

Nesse contexto, tenho por afastada eventual simulação da doença incapacitante por parte de JOSÉ MENDES VISQUEIRA, restando, assim, a possibilidade de erro médico no diagnóstico, causa mais provável de acontecimento de acordo com a prova documental e oral.

A propósito, ao ser interrogado em Juízo, o acusado **demonstrou-se incisivo na afirmativa de que nunca quisera ser reformado, bem assim na de que não solicitou o auxílio-invalidez.** Discorreu sobre a trajetória no Exército, aventando para um problema pessoal que envolveu um Oficial e sua esposa em uma relação extraconjugal. Na ocasião, disse que "chegou a puxar a arma" para o Oficial, fato que lhe causou diversos percalços profissionais, pois passou a ser perseguido a partir de então. **Informou que, em 2003, foi levado ao Hospital Militar, onde lhe aplicaram medicação a contragosto, mesmo não tendo qualquer problema. Enfatizou que tanto em Santa Maria, como em Fortaleza, passou por inspeções de saúde, que ratificaram o diagnóstico da reforma, embora o próprio depoente tenha sempre rechaçado sofrer de qualquer moléstia**. Por outro lado, reconheceu ter realizado diversos cursos, haja vista que estava em casa ocioso; também auxiliou um colega de farda, agora advogado, sem receber qualquer contraprestação por isso. Afirmou que o auxílio-doença lhe foi concedido de ofício pela Administração Castrense, sendo que, relativamente ao requerimento noticiado pelo *Parquet*, o fizera após descontos de R$ 680,00 (seiscentos e oitenta reais) em sua remuneração, sem que lhe fosse conferido direito de defesa. De toda forma, sustentou não ter requerido o retorno do pagamento da verba obstada. **Lembrou que nunca assinou qualquer documento relativo à reforma, nem sabendo do que se tratava a doença que lhe atribuíram.**

Ângela Maria de Amorim Mendes Visqueira, esposa do réu, **asseverou ter ele ficado internado, na época em que antecedeu a reforma, e sob tratamento por seis meses em razão de sintomas de alienação mental.** Afirmou que o cônjuge se dizia perseguido por seus superiores, queixando-se das punições que sofrera e que macularam sua carreira militar, reclamações que ainda hoje faz. **Salientou que ele falava coisas incoerentes, gritava à noite, tendo o comportamento realmente alterado, inclusive com bastante estresse. Disse que o esposo nunca aceitou a reforma, a qual se deu por perseguição, sempre dizendo que amava o Exército**. A depoente reconheceu ter tido um problema com um Oficial no quartel.

O filho do agente, Mário Sérgio de Amorim Mendes Visqueira, **acredita que o pai deveria ter acompanhamento médico, uma vez que, com o passar dos anos, está piorando, exemplificando com o atual estado da residência onde mora, na qual existe acúmulo de coisas, sujeira e cerca de vinte cachorros**. Declarou que, com as investigações, o genitor parece ter piorado mentalmente, sendo muito difícil o convívio entre eles, inclusive com a apresentação de episódios de extremo nervosismo que o deixam bastante acuado. Relembrou episódio em que, na seleção para o serviço militar, foi identificado como sendo filho de JOSÉ MENDES VISQUEIRA, fato que o tornou motivo de chacota no quartel por questões passadas do seu pai, o que o deixou constrangido em servir. Salientou que o pai não tem vícios, não bebe e nem fuma, sendo evangélico.

A testemunha Renato Alves Bragança relatou ter sido colega de quartel do acusado, conhecendo-o em 1991. Por também ser evangélico, disse que tinham contato nos cultos realizados dentro da OM. **Afirmou que o réu sempre foi apaixonado pelo Exército, não tendo sido desejo dele deixar o serviço ativo, do que tinha sentimento de tristeza e de angústia.** Sabe que houve algum problema envolvendo a esposa do acusado e um Oficial à época, o que gerou uma reação do réu que teria puxado uma pistola contra o referido Oficial. Salientou que ficou sabendo que o acusado foi afastado do quartel em razão daquele problema envolvendo o Oficial.

Roberto Nochang Carneiro também serviu com o acusado no 29º BIB, afirmando se tratar o agente de militar competente, interessado, dedicado e bom instrutor. Lembrou ter havido um envolvimento entre a esposa do acusado e um Oficial, o que abalou psicologicamente o réu. Acredita que ele sofreu perseguição da Administração Militar, que não tratava adequadamente seus integrantes que apresentavam problemas psicológicos. **Aventou ter tido o réu problemas de saúde, mas ressaltou a sua capacidade intelectual, sendo que sua reforma se deu à revelia de seu desejo**.

De seu turno, José Luiz Saldanha dos Santos, vizinho do réu, **disse que existiam pessoas da vizinhança que o chamavam de "louco!"**, embora o depoente o considerasse normal.

A testemunha Amilton Santos de Lima era o advogado do réu à época da reforma, lembrando que **este se sentiu contrariado com as conclusões médicas, julgando não ter os problemas a ele atribuídos**, tendo de ser convencido a comparecer perante a Junta de Inspeção de Saúde. Afirmou que os peritos sabiam previamente a história do acusado, existindo um conceito antes mesmo dos exames, embora os médicos estivessem convictos do seu quadro clínico. Também soube que um Oficial teve um envolvimento com a esposa do réu, que chegara a puxar uma arma, fato que sepultou sua carreira militar. **Salientou manifestar o agente uma carga de estresse emocional a ponto de resultar em problemas psicológicos, talvez psiquiátricos**.

Relembre-se, ainda, que a Cap Méd ADRIANA BAN JACOBSEN, subscritora do Laudo Pericial, afirmou que, a despeito do réu não ser portador de doença incapacitante, poderia ele ter sofrido algum tipo de perturbação àquela época que prejudicou o diagnóstico por parte dos profissionais médicos que o atenderam.

Concernente à prova documental, consta dos autos que JOSÉ MENDES VISQUEIRA estava no serviço ativo quando, em novembro de 2002, sofreu um surto psicótico. Naquela oportunidade, em **inspeção de saúde (primeira)**, foi considerado "incapaz temporariamente para o serviço do Exército", razão pela qual foi afastado de suas funções pelo lapso de 90 (noventa dias) (evento 1, documento 12, fl. 38, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

Em fevereiro de 2003, foi novamente considerado temporariamente inapto em **inspeção de saúde (segunda)**, tendo sido afastado de suas atividades pelo período de 60 (sessenta dias) (evento 1, documento 12, fl. 40, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

Em maio de 2003, também restou considerado temporariamente inapto para o serviço, em decorrência de outra **inspeção de saúde (terceira),** fato que ocasionou, mais uma vez, o afastamento pelo prazo de 60 (sessentas dias) (evento 1, documento 12, fl. 41, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

Finalmente, em junho de 2003, o réu foi submetido a outra **inspeção de saúde (quarta),** que desta vez o considerou definitivamente incapaz para o serviço do Exército, devido ao diagnóstico de F20.0, CID 10 (esquizofrenia paranóide, estágio pré-terminal grave - alienação mental), **com necessidade de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização** (evento 1, documento 12, fl. 41, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

O **Parecer Psiquiátrico** do Hospital de Guarnição de Santa Maria confirmou o diagnóstico de esquizofrenia paranóide, estágio pré-terminal grave - alienação mental e de invalidez absoluta (evento 1, documento 13, fls. 31/33, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

A respeito dos fatos constantes da última inspeção de saúde, a autoridade militar determinou a instalação de sindicância para fins de averiguação de reforma do então militar. No bojo do procedimento administrativo, procedeu-se à oitiva do 2º Sgt Refm JOSÉ MENDES VISQUEIRA, na qual **destaco a alegação do agente de sentir-se em condições de retornar para o Exército**, *in verbis:* "Perguntado se se encontrava em condições de retornar ao Exército, respondeu que sim, que sempre gostou da farda e estava acostumado com ela" (evento 1, documento 13, fl. 38, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

O sindicante concluiu pela reforma do acusado, e o Comandante da OM acolheu a solução aventada (evento 1, documento 13, fls. 41 e 44, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

Em outubro de 2003, submeteu-se o réu a nova **inspeção de saúde (quinta)**, com idêntico diagnóstico do anterior e parecer pela incapacidade definitiva para o serviço do Exército; **inválido e necessita de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização** (evento 1, documento 13, fl. 53, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303).

Não bastasse tudo, em junho de 2004, JOSÉ MENDES VISQUEIRA foi submetido à **Junta de Inspeção de Saúde de Recurso do Comando Militar do Sul (sexta)**, que endossou o anterior diagnóstico e parecer, homologando-o com as seguintes observações (evento 1, documento 13, fl. 68, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303):

> 1) Inspecionado ao exame psiquiátrico apresenta-se incoerente, refere alucinações visuais e auditivas, com delírios paranoides, ideias persecutórias e juízo crítico gravemente prejudicado;
>
> 2) Inspecionado alienado mental, com um quadro psicótico crônico grave e persistente, refratário ao tratamento, com prognóstico pobre, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição da autodeterminação e do pragmatismo, com sinais contínuos de perturbações persistentes por mais de 6 meses, sem responder aos meios habituais de tratamento. Há indicação formal para tratamento hospitalar especializado.
>
> 3) Esgotaram-se os recursos terapêuticos da medicina especializada e os prazos necessários para sua recuperação.

Por derradeiro, em 19/8/2004, o Diretor de Civis, Inativos e Pensionistas do Exército resolveu reformar o sujeito ativo, nos seguintes termos (evento 1, documento 13, fl. 73, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303):

> REFORMAR o 2º Sargento (041954034-9) JOSÉ MENDES VISQUEIRA, com a remuneração a que faz jus, a contar de 03 de outubro de 2003, observados os Art 9º, 10 e inciso II do Art 11 da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, por ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo do Exército. É inválido. **Necessita de cuidados permanentes de enfermagem e hospitalização**. (Grifo nosso.)

Relevante também trazer à baila, novamente, a alegação do agente no sentido de que nunca teria assinado qualquer documento relativo à reforma, tampouco sabia do que se tratava a doença que lhe atribuíram. Nesse sentido, consta dos autos declaração de que não teria sido possível colher a assinatura do recorrido nos documentos integrantes do processo de reforma por supostas razões de preservação de integridade física dos familiares do então militar.

Leia-se a justificativa (evento 1, documento 13, fl. 6, do IPM nº 0000022-21.2018.7.03.0303):

> Declaro, para fins de comprovação junto à Diretoria de Inativos e Pensionistas, que tendo em vista o precário estado de saúde mental do 2º Sgt Inf (041954034-9) JOSÉ MENDES VISQUEIRA, adido a esta OM,

> conforme exposto em laudo médico e confirmado por meio de sindicância instaurada por este Comando, ambos anexos, e visando preservar a integridade física dos familiares do referido militar, evitando expô-los a riscos previsíveis, não foi possível obter sua assinatura nos documentos integrantes deste Processo de Reforma.
>
> Testemunham estas circunstâncias o Cap Inf (105158943-8) AUGUSTO CESAR MAGALHÃES FREIRE, Chefe da 1ª Seção do 29º BIB, e o 2º Ten QAO Adm G (031352762-4) DIOGÊNIS GONÇALVES PINHEIRO, Chefe do Grupo de Pessoal do Pelotão de Administração do 29º BIB.

Nesse diapasão, verifica-se que a reforma de JOSÉ MENDES VISQUEIRA foi realmente conduzida à sua revelia e a seu contragosto. No particular, a concessão do auxílio-invalidez deveu-se à gravidade do diagnóstico atribuído ao acusado, que exigiria cuidados de enfermagem ou hospitalização num prognóstico progressivo de alienação mental. Não há como cindir o diagnóstico de esquizofrenia paranóide, estágio pré-terminal grave – alienação mental com a necessidade de cuidados permanentes de enfermagem ou hospitalização. O segundo é consequência do primeiro, em nítida e basilar relação de causa e efeito.

Destarte, conquanto o agente não seja mais portador de tal patologia incapacitante (conforme o Incidente de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303), não há como desvincular a percepção do auxílio-invalidez do diagnóstico que determinou a reforma (conforme seis inspeções de saúde e um Laudo Psiquiátrico).

Daí que, sem embargo de os precedentes deste Tribunal Superior entenderem que a omissão maliciosa da morte de beneficiário com o fim de induzir a Administração a continuar depositando benefício previdenciário constitui o delito de estelionato (entendimento com o qual concordo, frise-se), restou comprovado, *in casu*, a inexistência da aventada omissão maliciosa perante a Administração Castrense por parte do agente, que tão somente se viu obrigado, a contragosto, a desligar-se do serviço da ativa do Exército Brasileiro, pelo que também ausente a configuração do agir omissivo doloso.

Por derradeiro, adota-se, como razão de decidir, o seguinte trecho extraído da Sentença vergastada no tocante ao suposto pedido de ressuscitação do auxílio-invalidez pelo apelado, *in verbis*:

> Aliás, um dos elementos que levaram ao pedido condenatório refere-se à pretensa petição formulada pelo acusado em que, após a suspensão do pagamento do benefício, ele solicitaria a devolução do valor descontado (evento 1, doc. 3, fls. 38/41, IPM).
>
> Contudo, não se vislumbra qualquer irregularidade em tal documento.

> Na realidade, MENDES VISQUEIRA apenas questionou a Administração Militar sobre o motivo da cessação do pagamento do benefício que, ao longo dos anos, foi depositado na sua conta.
>
> Nada de anormal, haja vista que qualquer pessoa que é privada de valores de caráter alimentar teria preocupação em saber dos motivos da suspensão do pagamento.
>
> Registre-se que o réu em momento algum fez requerimento para que o auxílio-invalidez retornasse a ser pago. Apenas requereu a devolução de valores descontados.

Ora, o pedido de restituição de valores – que não se confunde com o pleito de ressuscitação do auxílio-invalidez – sequer ocorreu no momento em que o suposto delito era cometido, mas sim após a cessação de eficácia dos pagamentos, de modo que não se pode atribuir a fato futuro a causa do agir doloso de conduta passada, como requer o *Parquet*.

Posto isso, votei vencida pelo não provimento do Recurso do Ministério Público Militar, para manter a Sentença que absolveu JOSÉ MENDES VISQUEIRA do crime previsto no art. 251 do CPM, com relação ao segundo fato narrado na exordial, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 31 de agosto de 2022.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Apelação Nº 7000510-66.2021.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, apresentei voto acompanhando a corrente minoritária pelas razões que passo a expor.

2. O Ministério Público Militar interpôs o recurso de Apelação contra a Sentença exarada pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da Ação Penal Militar nº 7000050-30.2019.7.03.0303, que absolveu JOSÉ MENDES VISQUEIRA da imputação do crime de estelionato por duas vezes, sob a forma continuada (artigo 251, *caput* e § 3º, c/c artigo 80, todos do CPM), com relação ao primeiro e ao segundo fatos narrados na exordial, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

3. Para melhor contextualização da matéria, remete-se à exordial acusatória que imputou a JOSÉ MENDES VISQUEIRA a prática dos 2 (dois) fatos reportados como crimes de estelionato em continuidade delitiva, tudo conforme abaixo transcrito:

> [...].

1º FATO:

No período compreendido entre o mês de outubro de 2003 até a presente data, o denunciado, agindo com vontade livre e consciente, vem mantendo a Administração Militar em erro e obtendo, para si, vantagem pecuniária ilícita e indevida, consistente no recebimento de remuneração mensal do posto de Segundo Sargento do Exército, cujos proventos são calculados com base no soldo de Segundo Tenente, vantagens estas que estão sendo obtidas, mês a mês, mediante a fraude de se passar por inválido, portador de doença mental esquizofrenia paranoide em estágio pré-terminal grave (alienação mental), quando, na verdade, é saudável física e mentalmente, tanto que mantém atividade profissional, realiza cursos e atividades acadêmicas, atividades estas que, evidentemente, não poderia exercê-las se porventura fosse efetivamente alienado mental.

Segundo o apurado, a reforma do ora denunciado ocorreu por ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço do Exército, inválido, com fundamento no inciso II do art. 104, inciso II do art. 106, inciso V do art. 108, art. 109, § 1º e alínea b do § 2º do art. 110 da Lei nº 6880/80, consoante Portaria de Reforma por Incapacidade Física nº 989-DCIP.21, de 19 de agosto de 2004, com efeitos financeiros retroativos ao mês de outubro de 2003 (evento 1, 3- Diligências, fl.33).

A reforma do denunciado teve como base o Parecer Técnico nº 347/2004, emitido no dia 29 de julho de 2004, pelo psiquiatra Capitão Ricardo Silva Autran de Morais (evento 1, fl. 31), segundo o qual, o periciando é portador de Esquizofrenia Paranóide (CID/10 F20.0) em estágio pré-terminal grave (alienação mental). Inclusive, o mencionado médico, em suas observações, refere que o inspecionado ao exame psiquiátrico apresentava-se incoerente, com alucinações visuais e auditivas, com delírios paranoides, ideias persecutórias e juízo crítico gravemente prejudicado, apresentando um quadro psicótico crônico grave e persistente, refratário ao tratamento, com prognóstico pobre, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição de autodeterminação e do pragmatismo, com sinais contínuos de perturbações persistentes e sem responder aos meios habituais de tratamento, sendo indicado formalmente tratamento hospitalar especializado, uma vez que esgotados os recursos terapêuticos de medicina especializada e os prazos necessários à recuperação (evento 1, 12- DILIGÊNCIAS, fls. 367- 410 e 418, 428-430).

Contudo, ao contrário do diagnóstico médico, o denunciado apresenta uma vida independente e com plena saúde mental, tanto que realizou os seguintes cursos e atividades acadêmicas, conforme comprovam os seguintes documentos:

a) Certificado de Conclusão do Curso a Distância "Direitos Humanos", promovido pela Rede Nacional de Educação a Distância para a Segurança Pública, no período de 21/5/2007 a 24/06/2007 (evento 1, 6-DILIGÊNCIAS, fl. 90);

b) Curso on-line de Direitos Humanos, Teoria e Prática, em 31/05/2005, realizado pela Fundação Getúlio Vargas, o qual obteve aprovação, sendo seu certificado emitido em 04/05/2005 (evento 1, 6-DILIGÊNCIAS, fl. 93);

c) Certificado de Conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Especialização em Segurança Cidadã: Violência, Criminalidade e Política, emitido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, promovido pelo Departamento de Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, realizado no período de 12 de abril de 2004 a 31 de março de 2005, em Porto Alegre (evento 1, 6-DILIGÊNCIAS, fls. 96-98);

d) Foi aluno do Curso de Formação de Conselheiros em Direitos Humanos, promovido pela Ágere Cooperação em Advocacy, nos anos de 2005 e 2006 (evento 1, 11-DILIGÊNCIAS, fls. 235/236).

Inclusive, em seu cartão profissional apresenta-se como Ex-Militar do Exército, Graduado em História - Unifra/RS; Pós-Graduado em Segurança Cidadã, Violência, Criminalidade e Polícia pela UFRGS/RS; Direitos Humanos pela FGV/RJ; Direitos Humanos pela SENASP/DF; Direitos Humanos e Alimentação Adequada; Conselheiro em Direitos Humanos e Mediador de Conflitos pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, Especialista em Direito Militar, prestando Consultoria: Investigativa e Pericial a Tribunais, Órgãos do Governo, Meios de Comunicação, Escritório de Advocacia e Organização Não- Governamental em temas que envolvam a violação dos Direitos Humanos praticado por Militar Federal ou Estadual e prestando Assessoria: Escritório de Advocacia em todo o Brasil, que trabalha no ramo do Direito Militar, Militares Federal (Marinha, Exército e Aeronáutica) e Estadual (PM e Bombeiros) que sofrem ou sofreram abuso de poder, tortura física e psicológica, assédio moral ou sexual, perseguição no ambiente de trabalho praticado por superior hierárquico, dentre outras atividades (evento 1, 3-DILIGÊNCIAS, fls. 10-11).

Frise-se, por oportuno que, a perícia realizada nos materiais apreendidos pela Polícia Federal, bem como nos arquivos trazidos pelos servidores de e-mail “Bol” e “Hotmail”, a fim de identificar, relacionar e detalhar arquivos (de texto ou qualquer outro tipo eventualmente encontrado) que evidenciem atividades intelectuais ou profissionais desenvolvidas pelo denunciado, assim concluiu:

> De todo o material analisado se pode identificar e relacionar, como também detalhar arquivos que evidenciam atividades intelectuais e profissionais desenvolvidas pelo investigado José Mendes Visqueira, tudo consubstanciado no conteúdo dos e'mails identificados, documentos de texto e conversas de whatsapp que versavam sobre procurações, contratos, requerimentos e orientações jurídicas (evento 82, 1- Anexo, Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº0000037-87.2018.7.03.0303) Centenário das Circunscrições da Justiça Militar da União (1920 - 2020).

Como se pode ver, as atividades acadêmicas, de consultoria e de assessoria jurídica prestadas pelo ora denunciado demonstram que o mesmo não apresenta sintomas de esquizofrenia paranoide em grau grave e muito menos é inválido! Além do mais, ao menos a partir do ano de 2013, o denunciado exibiu na rede social digital "Facebook" uma vida normal, sem quaisquer restrições, tendo aparecido em fotos pessoais ("selfies") tiradas com amigos, companheiros e familiares e, especialmente, publicações de caráter político, contendo críticas sócias, elaboradas mediante raciocínio coerente e concatenado, o que demonstra, por si só, que se encontra em pleno juízo de suas condições mentais, consoante consta em seu perfil aberto "Mendes Visqueira" (evento 1,4-REQ, PQS).

Do mesmo modo, o Exame de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303 (evento 43, doc. 1-QUESITOS), realizado pela médica psiquiatra Cp Adriana Jacobsen, a qual, após, submetê-lo a exame psiquiátrico, constatou que o militar reformado José Mendes Visqueira não sofre de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Nessa oportunidade, a perita, inclusive, informou que "o portador de esquizofrenia, com quadro psicótico crônico, grave e persistente, refratário ao tratamento não conseguiria recuperar o pleno uso e gozo das suas faculdades mentais", o que comprova, evidentemente, que o denunciado não é e certamente nunca foi portador da moléstia que gerou sua reforma (esquizofrenia paranóide), uma vez que tal doença mental não tem cura e é incompatível com os cursos e atividades acadêmicas realizadas pelo mesmo.

Em adição a prova técnica, também as declarações de seus familiares perante a autoridade policial comprovam que o denunciado Centenário das Circunscrições da Justiça Militar da União (1920 - 2020) não é alienado mental e muito menos inválido, porquanto Angela Maria de Amorim Mendes Visqueira, sua esposa, afirmou em seu depoimento que José Mendes Visqueira sempre foi apto, inclusive, cuidando dos contratos; enquanto que Mario Sérgio de Amorim Mendes Visqueira, seu filho, também declarou que considera o seu pai uma pessoa normal.

Dessa forma, a prática do crime de estelionato pelo denunciado, desde a sua reforma é manifesta, pois mantém a Administração Militar em erro, mediante a fraude de simular ser portador de doença mental esquizofrenia paranóide em estágio pré-terminal grave (alienação mental), obtendo, com isso, indevidamente, o recebimento de remuneração mensal do posto de Segundo Sargento do Exército, cujos proventos são calculados com base no soldo de Segundo Tenente.

2º FATO:

No período compreendido entre o mês de outubro de 2003 até o mês de agosto de 2015, o denunciado, agindo com vontade livre e consciente, vem mantendo a Administração Militar em erro e obtendo, para si, vantagem pecuniária ilícita e indevida, consistente no recebimento de auxílio invalidez, vantagens estas que estão sendo

obtidas, mês a mês, mediante a fraude de simular que é portador de doença mental esquizofrenia paranóide em estágio pré-terminal grave (alienação mental) e em razão dessa moléstia necessitar de internação especializada e/ou assistência direta e permanente e/ou cuidados permanentes de enfermagem, quando, na verdade, é saudável física e mentalmente.

Segundo o apurado, a reforma do ora denunciado ocorreu por ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço do Exército, inválido, com fundamento no inciso II do art. 104, inciso II do art. 106, inciso V do art. 108, art. 109, § 1º e alínea b do § 2º do art. 110 da Lei nº 6880/80, consoante Portaria de Reforma por Incapacidade Física nº 989-DCIP.21, de 19 de agosto de 2004, com efeitos financeiros retroativos ao mês de outubro de 2003 (evento 1, 3- Diligências, fl.33).

Assim, em decorrência de ter sido julgado "incapaz definitivamente para o serviço do Exército", "inválido" e "necessitar de cuidados permanentes de enfermagem e/ou hospitalização", o denunciado obteve a concessão do benefício de auxílio invalidez em 19 de agosto de 2004 com efeitos retroativos ao mês de outubro de 2003 (evento 1, 3- Diligências, fl. 33).

Todavia, no início do ano de 2015, visando à revisão do benefício de auxílio invalidez, a Administração Militar notificou o denunciado a fim de ser submetido à inspeção de saúde em grau revisional. Entretanto, o ora denunciado, apesar de regularmente intimado, através dos respectivos AR's (encaminhados para o seu endereço cadastrado na Seção de Inativos e Pensionistas da 3ª Região Militar), para realizar, nas datas de 11 de março, 6 de abril e 30 de abril de 2015, exames de inspeção de saúde em Grau Revisional no Hospital Militar da Área de Porto Alegre, não compareceu às inspeções, motivo pelo qual o pagamento do referido benefício foi suspenso a partir do mês de agosto de 2015 (evento 1, 3-DILIGÊNCIAS, fls. 41-43 e evento 1, 11-DILIGÊNCIAS, fls. 240-248).

Inconformado com a suspensão do pagamento do auxílio invalidez, na data de 22 de dezembro de 2015, encaminhou uma petição ao General Comandante da 3ª Região Militar, a qual foi por ele próprio assinada, requerendo a devolução dos descontos a título de auxílio invalidez efetuados em seu contracheque (evento 1, 3- DILIGÊNCIAS, fls. 38- 41).

Como se pode ver, a prática do crime de estelionato consistente no recebimento do benefício de auxílio invalidez pelo ora denunciado é manifesta, pois mantém a Administração Militar em erro, mediante a fraude de simular que é inválido e que necessita de cuidados permanentes de enfermagem e/ou hospitalização, mesmo sabendo que não é inválido e não precisa de internação especializada e/ou assistência direta e permanente e/ou cuidados permanentes de enfermagem. Em razão da fraude perpetrada, José Mendes Visqueira, desde outubro de 2003 (data em que os efeitos financeiros da concessão de reforma retroagiram), induziu e manteve em erro a Administração Militar,

causando-lhe um prejuízo financeiro até março de 2018 de R$ 1.785.040,65 (um milhão setecentos e oitenta e cinco mil e quarenta reais e sessenta e cinco centavos - evento 1, 14- DILIGÊNCIAS, 15-DILIGÊNCIAS, 16-DILIGÊNCIAS e 17-DILIGÊNCIAS), decorrente do recebimento indevido de remuneração mensal no posto de Segundo Sargento do Exército, com proventos calculados com base no soldo de Segundo Tenente, abrangido nesse montante, o pagamento do benefício de auxílio invalidez, no valor de R$ 237.071,34 (duzentos e trinta e sete mil e setenta e um reais e trinta e quatro centavos (evento 1, 17-DILIGÊNCIAS, fls. 935).

A conduta do ora denunciado se amolda ao tipo penal de ESTELIONATO, previsto no artigo 251, caput, pois, embora saudável e capaz para todos os atos da vida civil, se faz passar por inválido perante a Administração Militar, mantendo-a em erro, para obter vantagens indevidas.

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR denuncia JOSÉ MENDES VISQUEIRA como incurso no artigo 251, *caput* e § 3º, por duas vezes (1º FATO e 2º FATO), na forma continuada (crime continuado), todos do Código Penal Militar.

[…]

4. Avaliando o contexto deduzido nos autos, depreende-se que os fatos se apresentam inseridos sistematicamente em um quadro por demais complexo, em que sinaliza para a possibilidade do delito de estelionato, ou mesmo para sua descaracterização em face da ausência de elementar do tipo (ausência do elemento subjetivo doloso), estando esses aspectos bem especificados no termo de Sentença, no qual, não superando o estado de dúvida, decidiu-se por absolver o Acusado do crime de estelionato, pelos dois fatos, com fundamento no artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar, senão vejamos:

Sentença

[...]

Confrontando os elementos produzidos ao longo da instrução processual, pode se chegar a algumas conclusões.

Não resta dúvida de que o acusado, durante a inatividade decorrente da reforma, participou de atividades que, em tese, não seriam compatíveis com a condição de saúde que o levou a ser afastado do serviço ativo do Exército. Além da documentação anexada aos autos, constituída de comprovantes, diplomas, certificados de cursos realizados, ao menos duas testemunhas – senhoras ÂNGELA MARIA MUSSKOPF GOMES e TERESA BALDISSERA – confirmaram que MENDES VISQUEIRA lhes prestou algum tipo de assessoria em questões jurídicas, embora não tenha havido evolução.

Neste sentido, esposa e filho do réu, também confirmaram a realização de tais atividades por parte do acusado.

Por fim, durante o interrogatório MENDES VISQUEIRA foi bastante assertivo ao afirmar que de fato auxiliava um ex-colega de farda, hoje advogado. Contudo, salientou que não recebia qualquer contraprestação financeira em razão de tais atividades. Salientou, ainda, que chegou a procurar trabalho na área de segurança, sem no entanto obter êxito, no seu entendimento, após pesquisa sobre seu histórico militar.

Com relação à pretensa incapacidade, as duas testemunhas que receberam sua consultoria nada verificaram de anormal.

Por outro lado, a senhora ÂNGELA MARIA DE AMORIM MENDES VISQUEIRA confirmou que seu marido teve um surto, tendo ficado internado em época anterior à reforma e, depois, sob tratamento em razão de alienação mental por cerca de seis meses. Ainda manifestou seu entendimento de que ele ainda precisaria de tratamento, o que foi endossado por seu filho, MÁRIO SÉRGIO DE AMORIM MENDES VISQUEIRA.

Neste ponto, o réu também foi incisivo em seu interrogatório, afirmando que nunca teve problema mental e ressaltando que somente foi reformado por intervenção de Oficiais superiores que assim determinaram.

Tais alegações vão ao encontro das declarações de sua esposa. Na realidade, a inicial acusatória baseou-se nos documentos que comprovavam a realização de atividades incompatíveis com a doença incapacitante que o réu seria portador e, posteriormente, pelo laudo pericial realizado na fase investigativa, que atestou que MENDES VISQUEIRA não sofreria de esquizofrenia paranoide, em contraposição ao diagnóstico que levou à reforma do militar.

A Cap Méd ADRIANA BAN JACOBSEN, uma das Oficiais que realizou a perícia no acusado, prestou depoimento como testemunha. De suas declarações percebe-se que, a despeito do réu não ser portador da doença incapacitante anteriormente apontada, poderia ele ter sofrido algum tipo de perturbação àquela época que prejudicou o diagnóstico por parte dos profissionais médicos que o atenderam.

No entanto, a perita também deixou aberta a possibilidade de ter havido uma simulação por parte do acusado, a qual poderia ter levado ao diangóstico equivocado. Neste contexto não há como os julgadores aferirem a responsabilidade do acusado.

Diferentemente, o conjunto probatório é indicativo de que MENDES VISQUEIRA nunca tenha sofrido da doença incapacitante que o levou à reforma.

O próprio acusado nega que seja incapacitado, acusando Oficiais superiores que, à época, o que queriam longe do Exército.

Realmente, percebe-se que existem situações não esclarecidas no histórico militar de MENDES VISQUEIRA, desde questões pessoais que adentraram no ambiente da caserna até as questões próprias de suas condições mentais.

Contudo, ainda que os elementos de prova indiquem que o réu não agiu deliberadamente, não há como se ter certeza se MENDES VISQUEIRA foi vitimado por um erro de diagnóstico por parte dos médicos que o atenderam ou mesmo que ele tenha simulado a pretensa doença que o levou à reforma.

Existe, também, a possibilidade de a Administração Militar ter decidido pelo afastamento do acusado em razão de seu comportamento dentro do quartel, que quase teria levado a uma tragédia. Também quanto a tais fatos não há provas cabais.

Como salientado no início, para a caracterização do estelionato três elementos devem estar presentes – a fraude, a vantagem ilícita e o prejuízo alheio.

No entanto, o conjunto probatório é insuficiente para demonstrar a fraude que teria animado a conduta do réu, o que, por si só, afasta a certeza sobre a existência de vantagem ilícita e de prejuízo da Administração Militar.

Ante a insuficiência de provas, JOSÉ MENDES VISQUEIRA deverá ser absolvido do crime de estelionato relativamente ao primeiro fato.

Mesmo entendimento deve ser aplicado ao segundo fato atribuído ao acusado.

O auxílio-invalidez recebido por MENDES VISQUEIRA nada mais era do que uma decorrência do processo de reforma do militar.

Como já salientado, o conjunto probatório é indicativo de que o militar foi reformado, mesmo não sendo desejo de MENDES VISQUEIRA.

Ficou demonstrado que o acusado não sofria da doença incapacitante que teria levado ao seu afastamento do serviço militar.

Contudo, não há como se definir se houve erro de diagnóstico, simulação por parte do acusado ou, mesmo, determinação da Administração Militar.

A concessão do auxílio-invalidez se deve à gravidade do diagnóstico atribuído à condição de saúde de MENDES VISQUEIRA que, se correspondesse à realidade, exigiria cuidados de enfermagem num prognóstico progressivo de alienação mental.

Embora agora reste a certeza de que o acusado não é portador de tal patologia, não há como se desvincular o auxílio-invalidez do diagnóstico que determinou à reforma.

> Aliás, um dos elementos que levaram ao pedido condenatório refere-se à pretensa petição formulada pelo acusado em que, após a suspensão do pagamento do benefício, ele solicitaria a devolução do valor descontado (evento 1, doc. 3, fls. 38/41, IPM).
>
> **Contudo, não se vislumbra qualquer irregularidade em tal documento**. Na realidade, MENDES VISQUEIRA apenas questionou a Administração Militar sobre o motivo da cessação do pagamento do benefício que, ao longo dos anos, foi depositado na sua conta.
>
> Nada de anormal, haja vista que qualquer pessoa que é privada de valores de caráter alimentar teria preocupação em saber dos motivos da suspensão do pagamento.
>
> Registre-se que o réu em momento algum fez requerimento para que o auxílio-invalidez retornasse a ser pago. Apenas requereu a devolução de valores descontados.
>
> Vale ressaltar, no entanto, que o laudo pericial, embora tenha afastado a doença incapacitante, foi claro em reconhecer a hipótese de que o réu tenha apresentado, à época, sintomas de alguma patologia mental ou, mesmo, de que tenha havido simulação.
>
> Assim, novamente não há como se imputar responsabilidade a JOSÉ MENDES VISQUEIRA, que deverá ser absolvido em face da insuficiência de provas quanto aos fatos.
>
> [...]
>
> RESOLVE o Conselho Permanente de Justiça para o Exército desta 3.ª Auditoria da 3.ª Circunscrição Judiciária Militar, por unanimidade de votos, JULGAR IMPROCEDENTE a acusação para, em consequência, também por unanimidade, ABSOLVER o acusado JOSÉ MENDES VISQUEIRA da imputação de incurso no artigo 251 do Código Penal Militar, com relação ao primeiro e ao segundo fatos narrados na Denúncia, com fundamento no artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar.
>
> [...].

5. Em face da Sentença, sustenta-se nas razões do Apelo ministerial (evento 305 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303) persistir controvérsia somente no tocante ao segundo fato, consistente na hipótese de induzimento da Administração Militar a erro, para percepção do pagamento do auxílio invalidez, o que foi realizado pelo período compreendido entre outubro de 2003 a agosto de 2015, com mensuração de prejuízo na ordem de R$ 237.071,34 (duzentos e trinta e sete mil e setenta e um reais e trinta e quatro centavos) (evento 1, 17- DILIGÊNCIAS, fls. 935), delimitando, portanto, a prestação jurisdicional na presente via, tendo em vista o princípio *tantum devolutum quantum apellatum*.

6. Nesse sentido, em estreita síntese, destaca que o réu não necessitava da ajuda de terceiros para suas atividades e, por isso, não poderia ser considerado inválido, tendo a Sentença absolutória confundido a situação da concessão da reforma com a concessão do auxílio-invalidez, atribuindo a essa conduta voluntariedade e consciência de sua ilicitude pelo Acusado, no que reflete incidência ao art. 251 do CPM.

7. Concernente à caracterização da fraude, argumentou ter o réu mantido a Administração Militar em erro por ação omissiva, consistente no silêncio malicioso, enquanto o dolo restou demonstrado na "conduta de se passar por inválido com o fim de auferir valores remuneratórios a título de adicional de invalidez, que não tinha direito, de forma alguma". Destarte, pugnou pela condenação do agente pela prática do delito previsto no art. 251, § 3º, do CPM.

8. Em Contrarrazões, JOSÉ MENDES VISQUEIRA pleiteou o desprovimento do Recurso ministerial, requerendo a manutenção do decreto absolutório uma vez que o recorrido somente logrou o auxílio-invalidez em razão do laudo médico que o reformou, o que configura ato jurídico perfeito.

9. Ainda ressaltou que o direito ao auxílio foi concedido pela própria Administração Militar, tendo em vista a vinculação do benefício de auxílio-invalidez com a questão da incapacidade definitiva e atestada pela Junta Médica Militar.

10. Salientou a inexistência de induzimento a erro da Administração Castrense, porquanto o agente fora submetido a diversas inspeções de saúde e julgado inválido, sendo que o apelado nunca quisera se afastar das atividades militares, o que ocorreu contra sua própria vontade (evento 313 da APM nº 7000050-30.2019.7.03.0303).

11. A eminente Ministra-Relatora MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA apresentou voto no sentido de negar provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, para manter a Sentença que absolveu JOSÉ MENDES VISQUEIRA do crime previsto no art. 251 do CPM, com relação ao segundo fato narrado na exordial, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

12. Sustenta que, embora haja comprovação de atividades curriculares do Apelado, contemplando atividades e cursos realizados após sua reforma do Exército por invalidez, que contrariam o diagnóstico de esquizofrenia paranoide em estágio pré-terminal grave (alienação mental), constante do laudo da junta médica que deu ensejo a sua reforma e, por consequência, à percepção do auxílio-invalidez, considerando os autos de insanidade mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303, o laudo posterior da médica psiquiátrica Cp Adriana Jacobsen, constatando que o militar reformado JOSÉ MENDES VISQUEIRA não apresenta sintomas da doença que ensejou sua reforma.

13. Nesse sentido, aduz que:

> [...] tudo leva a crer que, ao tempo da reforma, JOSÉ MENDES VISQUEIRA não era portador daquela doença incapacitante que o afastou do Exército, tendo em vista seu caráter de irreversibilidade e de futura evolução para alienação mental completa, incompatíveis com as atividades desenvolvidas pelo sujeito.

14. Todavia, observa-se que a perícia realizada pela Cp Adriana Jacobsen não precisou se o Apelante, à época dos fatos, apresentava critérios fechados para diagnóstico da moléstia psiquiátrica, sopesando que o contato com o militar reformado se deu por apenas uma vez, dando vazão aos fundamentos da perícia, ao contrário do extenso tratamento em que fora submetido até concluir pela invalidez.

15. Assim, em que pese todas as evidências quanto à ausência da moléstia, é plausível firmar o entendimento pela inexistência do estelionato, considerando que esse delito reclama a comprovação da fraude, bem como do elemento subjetivo doloso, concluindo pela inexistência do estelionato quanto ao segundo fato, uma vez que o Apelado resistia à ideia de reforma do Exército, a qual veio a ser formalizada contra sua vontade, no que se remete ao fragmento do voto abaixo transcrito:

> [...]
>
> Relevante também trazer à baila, novamente, a alegação do agente no sentido de que nunca teria assinado qualquer documento relativo à reforma, tampouco sabia que se tratava a doença que lhe atribuíram. Nesse sentido, consta dos autos declaração de que não teria sido possível colher a assinatura do recorrido nos documentos integrantes do processo reforma por supostas razões de preservação de integridade física dos familiares do então militar.
>
> Declaro, para fins de comprovação junto à Diretoria de Inativos e Pensionistas, que tendo em vista o precário estado de saúde mental do 2º Sgt Inf JOSÉ MENDES VISQUEIRA, adido a esta OM, conforme exposto em laudo médico e confirmado por meio de sindicância instaurada por este Comando, ambos anexos, e visando preservar a integridade física dos familiares do referido militar, evitando expô-los a riscos previsíveis, não foi possível obter sua assinatura nos documento deste Processo de Reforma.
>
> Nesse diapasão, verifica-se que a reforma de JOSÉ MENDES VISQUEIRA foi realmente à sua revelia e a seu contragosto. No particular, a concessão de auxílio invalidez deveu-se à gravidade do diagnóstico atribuído ao acusado, que exigiria cuidados de enfermagem ou hospitalização num prognóstico progressivo de alienação mental. Não há como cindir o diagnóstico de esquizofrenia paranóide, estágio pré-terminal grave – alienação mental com a necessidade de cuidados

permanentes de enfermagem ou hospitalização. O segundo é consequência do primeiro, em nítida e basilar relação de causa e efeito.

Destarte, conquanto o agente não seja mais portador de tal patologia incapacitante (conforme o Incidente de Insanidade Mental nº 7000039-35.2018.7.03.0303), não há como desvincular a percepção do auxílio-invalidez do diagnóstico que determinou a reforma (conforme seis inspeções de saúde e um Laudo Psiquiátrico).

Daí que, sem embargo de os precedentes deste Tribunal Superior entenderem que a omissão maliciosa da morte de beneficiário com o fim de induzir à administração continuar depositando benefício previdenciário constitui o delito de estelionato (entendimento ao qual concordo, frise-se), restou comprovado, *in casu*, a inexistência da aventada omissão maliciosa perante a Administração Castrense por parte do agente, que tão somente se viu obrigado, a contragosto, a desligar-se do serviço da ativa do Exército Brasileiro, pelo que também ausente a configuração do agir omissivo doloso.

Por derradeiro, adota-se, como razão de decidir, o seguinte trecho extraído da Sentença vergastada no tocante ao suposto pedido de ressuscitação do auxílio invalidez pelo Apelado, in verbis:

Aliás, um dos elementos que levaram ao pedido condenatório refere-se à pretensa petição formulada pelo acusado em que, após a suspensão do pagamento do benefício, ele solicitaria a devolução do valor descontado (evento 1, doc. 3, fls. 38/41, IPM).

Contudo, não se vislumbra qualquer irregularidade em documento.

Na realidade, MENDES VISQUEIRA apenas questionou a Administração Militar sobre o motivo da cessação do pagamento do benefício que, ao longo dos anos foi depositado na sua conta.

Nada de anormal, haja vista que qualquer pessoa que é privada de valores de caráter alimentar teria preocupação em saber dos motivos da suspensão do pagamento.

Registre-se que o réu em momento algum fez requerimento para que o auxílio invalidez retornasse a ser pago. Apenas requereu a devolução de valores descontados.

Ora, o pedido de restituição de valores – que não se confunde com o pleito de ressuscitação do auxílio-invalidez – sequer ocorreu no momento em que o suposto delito era cometido, mas sim após a cessação de eficácia dos pagamentos, de modo que não se pode atribuir a fato futuro a causa do agir doloso de conduta passada, como requer o Parquet.

Posto isso, voto pelo não provimento do recurso do Ministério para manter a Sentença que absolveu JOSÉ MENDES VISQUEIRA do crime previsto no art. 251 do COM, com relação ao segundo fato

> **narrado na exordial, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM**. (Grifo nosso).

16. Note-se que, em Sessão de julgamento, o Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ pediu vista dos autos, oportunidade em que deduziu a *performance* criminosa, no que formulou posicionamento pela condenação, considerando que o Apelado, sabedor de sua condição de não portador da moléstia, manteve-se em silêncio, constituindo em omissão ardilosa quanto à percepção do auxílio-invalidez, concluído pela existência de dolo por parte do agente, senão vejamos:

> [...]
>
> Consta do Inquérito Policial Militar a Portaria 989-CIP.21, de 19.8.2004, que reformou o Acusado por ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo do Exército. No citado documento encontra-se a informação que ele é inválido e necessita de cuidados permanentes de enfermagem e hospitalização. Apesar disso, não se fala em "auxilio-invalidez".
>
> Por outro lado, a Portaria 1078-DCIP.22, de 29.7.2010, concede, de forma expressa, o auxílio-invalidez ao Recorrido, porém, o faz por prazo determinado, entre 29.7.2010 e 28.7.2015. No mesmo ato, "revoga" a contar de 28.7.2010, o "auxílio-invalidez" concedido pela Portaria 989-CIP.21 acima referida. Dessa feita, verifica-se a partir desta última Portaria, que a Administração Militar pagou o auxílio-invalidez desde a Reforma do Réu e quis deixar clara tal informação, que não constava textualmente da Portaria que o reformou.
>
> Em passo seguinte, após a cessação do benefício, já no ano de 2015 (22.12.2015), o Apelado solicitou, por meio de requerimento datado e assinado de próprio punho, a devolução de valores relativos ao ano de 2015. Explicitou que:
>
> > [...] no mês 07/2015 aparece a última concessão do Auxílio-Invalidez conforme previsto nos contracheques anteriores (anexo). No mês subsequente, ou seja, sem ao menos ser avisado pela Seção de Serviço de Inativos e Pensionistas, aparece um valor a ser descontado de R$ 608,00 (seiscentos e oito reais) referente a DA AUX INVALIDEZ com data final de desconto fixada para 12/2015, totalizando 05 (cinco) meses de desconto, perfazendo um total de desconto de R$ 3.040,00 (três mil e quarenta reais).
>
> Adiante, prossegue:
>
> > Excelência, diante dos fatos demonstrados no presente requerimento, não há do que falar em recebimento dos valores além do previsto, pois ao analisarmos os contracheques do mês 01/2015 e 07/2015 (anexo), veremos que o primeiro foi implantado informando o mês para o fim da concessão do Auxílio-Invalidez, e o segundo contracheque trazia em seu bojo o último mês da concessão do referido auxilio.

> Assim, compreendo não haver dúvida de que o Réu não fazia jus ao benefício, pois não necessitava de cuidados especiais, tampouco permaneceu internado por período superior a seis meses. Mesmo assim requereu os valores suspensos após não comparecer, por diversas vezes (11.3.2015; 6 e 30.4.2015), à Inspeção de Saúde, embora regularmente intimado, o que demonstra dolo em sua conduta.
>
> [...]
>
> No caso em análise, ainda que não tenha sido possível comprovar a fraude no processo de reforma, a posterior alteração das condições físicas iniciais, com a consequente retomada da capacidade cognitiva e a ausência de qualquer limitação física a demandar internação ou cuidados especiais de enfermagem, inviabilizam a manutenção da reforma por invalidez, por ausência de requisito legal básico para seu deferimento.
>
> Cabe frisar que o engodo em situações como essa é o próprio silêncio malicioso, com o intuito de continuar a receber vantagem indevida, ou seja, o benefício, em face da recuperação da condição de saúde, com a manutenção da Administração Militar em erro, decorrente da omissão dolosa de informação relevante para a revisão da condição de reformado como inválido.
>
> Assim verifica-se no caso concreto a convicção de que a versão defensiva – de suposta ausência de dolo – não se coaduna com as evidências constituídas nos autos.
>
> [...]
>
> Conforme demonstrado nos autos, o Acusado, após a conclusão do procedimento de reforma, realizou diversos cursos relacionados à área Jurídica e prestou assessoria e consultoria na área de Direito Militar, atividades totalmente incompatíveis com qualquer doença mental, especialmente a Esquizofrenia Paranoide. Ainda que não tenha sido possível precisar se o Agente, à época dos fatos, apresentava critérios fechados para diagnóstico da moléstia psiquiátrica, o fato é que há muito tempo não precisa de cuidados a demandar o referido auxílio.
>
> Portanto, é farto o lastro probante da materialidade e autoria delitivas, a conduta é típica, antijurídica e culpável, razão pela qual a condenação se impõe. Assim, ausente qualquer fundamento apto à absolvição, deve ser reformada a Sentença absolutória para condenar o 2º Sgt Ref Ex José Mendes Visqueira pela prática do crime previsto no art. 251, *caput*, do CPM.

17. Assim, considerando que os argumentos compendiados no voto da Ministra-Relatora e, em contraposição, no voto do eminente Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, exauriram a análise, cada qual com os respectivos fundamentos, dispenso-me de alongar no exame da

matéria, apenas reportando concordância com o esmerado voto da Ministra-Relatora.

18. **De fato, não vejo como extrair o elemento subjetivo do tipo (dolo), por omissão, de quem foi obrigado a se submeter à condição de reformado, em decorrência de imposição por laudo médico que concluiu pela incapacidade de se manter na ativa da Força terrestre.**

19. O benefício de auxílio-invalidez apenas se apresenta como consectário da incapacidade aferida por junta médica, após duradouro procedimento terapêutico sem sucesso, cabendo assinalar que o Apelado nunca concordou com esse diagnóstico, não havendo, portanto, meio eficaz a ser instrumentalizado para opor-se à reforma, bem como para que o Decreto de concessão de auxílio-invalidez operasse seus efeitos regulares, já que não teve participação nessa concessão.

20. Embora esteja bastante clara nos autos a inexistência de incapacidade, em razão das atividades desenvolvidas pelo Apelado após a sua reforma, bem como pela prospecção de perícia médica posterior que atestou a inexistência da incapacidade, entendo que os autos não conseguiram demonstrar o concurso do agente para que operasse a reforma, bem como na elaboração do ato administrativo que viabilizou a percepção do auxílio-invalidez, o qual decorreu exclusivamente de ato da Administração Militar, independentemente de o Apelado não ter aceitado o diagnóstico, conforme restou demonstrado no trâmite da sua reforma, o que, a meu sentir, retira a responsabilidade dele por omissão.

21. Nesse campo, cabe salientar que a omissão somente tem relevância para a configuração de eventual crime quando o agente esteja investido do dever e do poder para agir. No caso, tanto a reforma como a percepção do auxílio-invalidez transcenderam a voluntariedade do Apelado, bem como a sua possibilidade de se opor, conforme o farto acervo probatório carreado aos autos a demonstrar que, durante todo o tempo, o Apelado resistiu à hipótese da reforma, o que inviabilizaria a concessão do auxílio, sem que seu posicionamento surtisse qualquer efeito jurídico, cabendo salientar que este último ato adveio da Portaria 1078-DCIP.22, de 29.7.2010, concedendo-lhe, de forma expressa, o auxílio-invalidez, não sendo plausível a aferição do elemento subjetivo do tipo por omissão, sob o argumento de silêncio malicioso.

22. Com essas considerações, firmo posicionamento em compor a corrente minoritária para acompanhar o bem fundamentado voto da Ministra-Relatora.

Por essas razões, votei no sentido de acompanhar o voto da eminente Ministra-Relatora, negando provimento ao recurso do Ministério Público Militar e mantendo a sentença que absolveu JOSÉ MENDES

VISQUEIRA do crime previsto no art. 251 do CPM, com relação ao segundo fato narrado na exordial, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 31 de agosto de 2022.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

_____

APELAÇÃO Nº 7000621-50.2021.7.00.0000

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Revisor e Relator para o Acórdão: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Apelante: Weslei Jacomeli Bolonha.
Advogado: Cesar Ricardo Marques Caldeira (OAB SP189203).

Apelante: Rafael Douglas Villar de Oliveira.
Advogados: Felipe Schneider (OAB PR96694).
Luiz Pereira Nakaharada (OAB SP398844).

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: Rafael Douglas Villar de Oliveira.
Advogados: Felipe Schneider (OAB PR96694).
Luiz Pereira Nakaharada (OAB SP398844).

Apelado: Ministério Público Militar.

EMENTA

APELAÇÕES. MPM E DEFESAS CONSTITUÍDAS. PECULATO. FIEL DE MATERIAL. RECEPTAÇÃO. CIVIL. ARGUMENTAÇÃO DEFENSIVA. EFEITO DEVOLUTIVO. AMPLITUDE MÁXIMA. MATÉRIA DE MÉRITO. RECURSOS DAS DEFESAS. CONJUNTO PROBATÓRIO. SUFICIÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE. DOLO. CARACTERIZAÇÃO. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ALTERAÇÃO. TIPO PENAL. LIMITES DO PRECEITO SECUNDÁRIO. SANÇÃO MÍNIMA. PRINCÍPIOS. LEGALIDADE. PROPORCIONALIDADE. PENA ACESSÓRIA. EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA.

1. O pleito defensivo de devolução ampla da questão litigiosa é analisado com o mérito recursal – art. 81, § 3º, do RISTM. Preponderância do brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.

2. No Peculato, o bem tutelado é a Administração Militar e, na Receptação, o patrimônio (público ou privado). Assim, a apropriação do bem por militar e a consequente receptação por civil perfazem ataque direto aos cofres do Estado e ao tesouro nacional.

3. No Peculato, o agente integra a Instituição. O criminoso está na mesma trincheira, ombreando com os companheiros de farda, parecendo digno da confiança mútua – própria da vida castrense – sem que os outros militares notem a subtração suportada pela Administração Militar. Nesse giro, para evitar tais condutas, os meios de fiscalização devem ser eficazes.

4. O crime de receptação dolosa de material militar exige, por sua gravidade acentuada, a imposição de sanção penal. A consciência do receptador de que o bem ofertado possui origem ilícita caracteriza o dolo, tornando descabida a desclassificação para o tipo penal de receptação culposa.

5. Os preceitos secundários previstos no CPM seguem parâmetros bem diversos quando comparados àqueles encampados no Código Penal comum (CP). Por isso, há dessemelhanças, por exemplo, nas penas mínimas impostas nos arts. 312 do CP e 303 do CPM.

6. A JMU tutela os serviços que as Forças Armadas, *ultima ratio* do Estado, prestam à sociedade. Na esfera militar, o bem apropriado ou desviado da Força Armada impacta as missões de resguardo do País, aspecto que supera a quantificação dos prejuízos financeiros. A propriedade do equipamento militar merece especial proteção da lei, porquanto o seu emprego está associado à garantia e à integridade da soberania nacional.

7. Nesse cenário de relevante interesse público, as penas abstratamente previstas no CPM para o Peculato são mais rigorosas se comparadas ao tipo correspondente no CP. Essa diferença revela a precisa aplicação do Princípio da Proporcionalidade, em face da ofensa perpetrada contra a maior ferramenta de Defesa da sociedade – as Forças Armadas.

8. Nessa base, a exclusão das Forças Armadas, decorrente da aplicação do art. 102 do CPM, mostra-se proporcional. Os atos praticados, que destoam completamente da verdadeira vocação exigida no Estatuto dos profissionais das Armas, ao qual o militar adere por sua livre vontade, desaguam na indesejada medida.

9. Condenações mantidas. Provimento do Recurso Ministerial. Imposição de pena acessória de exclusão das Forças Armadas. Decisão por maioria. Não provimento aos Recursos da Defesa. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por maioria**, vencido o Relator, decidiu dar provimento ao recurso do MPM para, mantendo a sentença condenatória de ambos os réus, tão somente alterar a pena do Segundo-Sargento da Marinha Rafael Douglas Villar de Oliveira para 3 (três) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 303, "*caput*", do CPM, com o direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, sem o "*sursis*", pela ausência do requisito objetivo previsto no art. 84 do CPM; e, em decorrência, aplicar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista

no art. 102 do CPM. Em seguida, o Tribunal Pleno, **por maioria**, decidiu negar provimento aos apelos das defesas de ambos os réus. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Relator), acompanhado pelo Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, conhecia e negava provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Militar e conhecia e dava provimento aos apelos defensivos para, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM, reformar a sentença proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7000070-44.2020.7.02.0002 e absolver o 2º Sgt Mar Rafael Douglas Villar de Oliveira do crime previsto no art. 303 do CPM e o civil Weslei Jacomeli Bolonha do crime previsto no art. 254 do CPM. Relator para o Acórdão Ministro Marco Antônio de Farias (Revisor). O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Relator) fará voto vencido. O Ministro Odilson Sampaio Benzi não participou do julgamento. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho. Na forma regimental, usaram da palavra o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, e o advogado constituído, Dr. Felipe Schneider.

Relator do Acórdão: Ministro Marco Antônio de Farias.

Votantes: Ministro Artur Vidigal de Oliveira Ministro, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro Celso Luiz Nazareth e Ministro Leonardo Puntel. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 14/12/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público Militar (MPM) e pelas Defesas constituídas, contra a Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 2ª CJM (1ª Aud/2ª CJM), de 22.7.2021, que condenou o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA (1º réu) à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 303, *caput*, do CPM, e o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA (2º réu) à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 254, *caput*, do CPM, concedendo, para ambos, o direito de apelar em liberdade, o regime inicialmente aberto e o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 190).

A Denúncia, oferecida em 17.3.2020 (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 1, doc. DENÚNCIA1) e recebida no dia 23 seguinte (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 1, doc. REC_DENÚNCIA2), narra a seguinte conduta delituosa:

[...]

No dia 21.4.2019 militares da Marinha do Brasil realizavam inspeção naval de rotina no balneário de Pauliceia/SP quando se depararam com lancha conduzida pelo ora denunciado Wesley Jacomeli Bolonha, que, instado a apresentar documento de propriedade da embarcação, afirmou não possuir qualquer documento comprobatório da titularidade e regularidade do bem.

Diante disso, apreenderam a embarcação e perceberam que ela poderia pertencer ao patrimônio da Marinha do Brasil, pois apresentava características muito semelhantes às encontradas em embarcações oficiais; realizaram então pesquisas no sistema e descobriram tratar-se da embarcação denominada "Coral", pertencente ao patrimônio da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio/SP, local em que prestou serviços o ora primeiro denunciado, **SGT Villar**.

Indagado acerca da origem da lancha que conduzia no dia da apreensão, o denunciado Wesley disse aos militares tê-la adquirido do primeiro denunciado **SGT Villar** cinco anos antes, sem qualquer documento, acrescentando nunca havê-la registrado em órgãos da Marinha do Brasil, declaração ratificada no depoimento prestado no IPM.

Apurou-se que o primeiro denunciado, **2º SGT Villar**, desempenhou a função denominada 'Fiel de Material' no período compreendido entre janeiro de 2013 a janeiro de 2017, na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, e, no exercício dessa função, mantinha a posse de viaturas e de embarcações e costumeiramente adquiria bens e serviços para a unidade militar.

Consta dos autos que em novembro de 2015 o **SGT Villar**, exercendo posse regular sobre a lancha 'Coral', contratou formalmente a empresa denominada Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações LTDA, de titularidade do civil Marcos Luciano Maes, para reparar o casco de uma lancha e construir outra.

Os serviços foram pagos pela Marinha do Brasil através das notas de empenho nº 2015NE000239 e 2015NE00253, datadas de 4.11.2015, no valor de R$ 7.996,80, conforme certificado no IPM.

O Sr. Luciano, ouvido no IPM, disse que o ora primeiro denunciado **Sgt Villar** foi o militar responsável por toda a contratação dos serviços executados por sua empresa, sendo que ao final lhe entregou duas lanchas, conforme contratado, uma nova, construída pela Fortaleza Náutica, e outra velha, ou seja, o casco velho de lancha 'Coral', a mesma encontrada na posse do segundo denunciado Wesley e apreendida em 21.4.2019, conforme acima narrado.

Os documentos inseridos nos autos após requisições do MPM comprovam que a lancha 'Coral' pertence formalmente ao patrimônio da Marinha do Brasil, sendo avaliada em R$ 12.537,62 (doze mil quinhentos e trinta e sete reais e sessenta e dois centavos), conforme atesta o laudo pericial constante do e-proc [...].

> Portanto, assim agindo, livre e conscientemente, o primeiro denunciado **SGT Villar** apropriou-se de bem móvel pertencente à Marinha o Brasil, qual seja, a lancha 'Coral', sendo que sobre ele mantinha posse em razão da função exercida na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, incidindo no delito de **peculato previsto no art. 303, caput, do CPM.**
>
> Outrossim, é certo o civil Wesley Jacomeli Bolonha adquiriu a lacha 'Coral', proveniente do crime de peculato perpetrado pelo **SGT Villar**, tendo ciência da origem ilícita do bem, incidindo no delito de **receptação previsto no art. 254, caput, do CPM**. [...] (Grifos originais.)

Os autos do IPM, instaurado na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), situada na cidade de Presidente Epitácio/SP, contêm os seguintes documentos principais:

> — Portaria nº 16/DelPEpitácio, de 24.4.2019, do Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, que determinou a abertura do Inquérito Policial Militar (IPM) para apurar os fatos referentes à apreensão da embarcação conduzida pelo 2º réu, em razão da falta de documentação (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl.5);
>
> — Auto de Apreensão nº 4, de 21.4.2019, referente à embarcação conduzida pelo 2º réu, com motor e rádio (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl. 7);
>
> — Termo de Fiel Depositário, de 21.4.2019, designando o Sr. José Roberto Sampaio como responsável pelos bens descritos no Auto de Apreensão nº 4 (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl. 9);
>
> — Notificação para Comparecimento do 2º réu, datada de 21.4.2019, com Defesa Prévia (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl. 11);
>
> — Declaração de Propriedade da Embarcação apreendida, apresentada pelo 2º réu (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl. 14);
>
> — Declaração de Propriedade do Motor apreendido, apresentada pelo 2º réu (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl. 16);
>
> — Procuração do 2º réu, datada de 22.4.2019, outorgando amplos poderes ao Sr. José Roberto Sampaio e à Sra. Maira Puerta Sampaio para representá-lo junto à Marinha (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl. 17);
>
> — Termo de Depoimento do 2º réu, no IPM (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fls. 26/33);

— Termo de Depoimento do Civil José Roberto Sampaio (Robertinho), proprietário da Empresa Náutica e/ou de Serviços Náuticos (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fls. 39/46);

— Termo de Depoimento do 1º réu no IPM (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fls. 53/58);

— Laudo de Exame Pericial, datado de 9.5.2019, assinado pelos Peritos 1º Sgt Mar Rodrigo Augusto Alvarez de Campos e 2º SG Mar Adriano de Araújo Viana, com a seguinte conclusão sobre a origem da embarcação apreendida (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fls. 63/75):

IV) CONCLUSÃO DA PERÍCIA

Conclui-se, portanto, com base na análise dos dados obtidos e da perícia realizada no material, que o casco da embarcação objeto desta, trata-se do casco da embarcação CORAL, pertencente à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio. E por nada mais ter a examinar e a declarar, deu-se por findo o exame, que vai assinado pelos peritos acima mencionados.;

— Relatório do IPM (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fls. 76/85); e

— Solução do IPM (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 3, doc. IPM1, fl. 87).

Em 11.10.2019, foi acostada aos autos a Nota da DelPEpitácio, informando a apreensão dos seguintes bens relativos ao presente processo: "Lancha com casco de alumínio (não inscrita), motor nº 000561 do 50 HP (Mercury) e rádio, conforme consta discriminado nas fls 4 e 58 do IPM 04 de 2019 de DelPEpitácio-MB." (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 6, doc. APREENSÃO1).

Em resposta às diligências requisitadas pelo MPM (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 8, doc. COTA1), o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, por meio do Oficio nº 284 DelPEpitácio-MB, de 7.11.2019, prestou as seguintes informações (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 14, doc. IP-PROCE1, fls. 2/3):

[...]

1. Em atenção à diligência, solicitada pelo MPM no evento n 8 do Processo no 7000327-06.2019.7.02.0002, atinente ao IPM nº 237-06.2019, dessa Auditoria, participo a Vossa Excelência que consta que o bem, sim pertence formalmente ao acervo da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, conforme Número Patrimonial 135601037,

constante na página um (1) do Inventário de Bens Móveis por Incumbência, Anexo Alfa deste Ofício.

2. Desta feita, ao investigar o acervo desta Organização Militar, foram encontradas as cópias das Notas de Empenho (documento que aloca recurso financeiro para aquisição de bens ou serviços) nº 2015NE000239, nº 2015NE000253 e anexos, Anexo Bravo deste Ofício; a DANFE (documento auxiliar da nota fiscal eletrônica) nº 000.000.141, Anexo Charlie deste Ofício; e a NFS-e (nota fiscal de serviço eletrônico) nº 00000003, Anexo Delta deste Ofício, ambas (DANFE e NFS-e) datadas de 21.1.2016, emitidas pela empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações LTDA, situada à época na rua Reta Paulo Weller, nº 21-35, nesta cidade, hoje estabelecida na avenida Presidente Vargas, nº 32-79, mesmo município. Diante destes documentos, foi realizada a oitiva do Sr. Marcos Luciano Maes, proprietário da empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações LTDA, com o intuito de esclarecer e responder as questões do MPM, sendo o Anexo Echo deste Ofício os documentos oriundos desta oitiva composto dos seguintes documentos, Ofício n 4, Termo de Depoimento, Cópia da CNH do inquirido e Cópia da Consulta Pública ao Cadastro ICMS.

3. Como registrado no final da página quatro (4) e início da página cinco (5) do Termo de Depoimento (Anexo Echo), como também registrado na DANFE nº 000.000.141(Anexo Charlie) e na NFS-e nº 00000003 (Anexo Delta), assim concluímos que a nota fiscal deu origem ao serviço de reparo do casco antigo e construção do casco novo, especificando de forma geral (*lato sensu*) tais serviços, e a DANFE deu origem ao material necessário para construção do casco novo e reparo do casco antigo (Pg. 2 do Termo).

4. Desta forma, depois destas ações realizadas pela empresa, obtivemos dois cascos:

a) Um casco novo que após pintura feita pelo Sargento Villar (p. 4 do Termo) herdou motorização e todos os demais equipamentos da Lancha Coral tornando-se a própria e, até então a única lancha Coral.

b) Um casco antigo de onde foram retirados a motorização e os equipamentos, que não foram substituídos por novos, ficando este casco antigo sem motor e equipamentos, mas com a pintura antiga e demais características da lancha Coral e que foi entregue ao Sargento responsável pelo trato com as embarcações desta Delegacia Fluvial, à época (Pg. 5 do Termo).

5. Outrossim, como consta nas questões do Egrégio *Parquet* manifestas no ofício IPM no 237-06.201 [...], 'a lancha denominada Coral, encontrada na posse do civil investigado, ainda pertence formalmente ao acervo da unidade; caso negativo, informar a que título fora desligada', para a resposta desta questão faz-se necessário esclarecer,

> como explicado no parágrafo anterior, que a lancha denominada Coral com seu casco construído no ano de 2016 consta na pg. 1 do Inventário de Bens Móveis por Incumbência (anexo Alfa) Número Patrimonial 135601037, portanto o casco encontrado de posse do civil, inicialmente denominada lancha Coral, não temos registro formal (exceto os apresentados nos anexos) especificando seu pertencimento ao acervo da unidade, como também não foi encontrado documento referente ao desligamento ou qualquer espécie de alienação deste casco. [...] (Grifos originais.)

Em atendimento às diligências requisitadas pelo *Parquet* (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 18, docs. DILIGÊNCIAS1 e DILIGÊNCIAS2), o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, por meio do Of. nº 8 DelPEpitácio-MB, de 8.1.2020, encaminhou outro Termo de Inquirição do 1º réu (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 25, doc. OFIC1), bem como o Of. nº 46 DelPEpitácio-MB, de 18.1.2020, com um novo Laudo de Exame Pericial, datado de 10.1.2021, subscrito pelos Peritos 2º Sgt Mar Adriano Araujo Viana e 3º Sgt Mar Diogo dos Santos Batista, com as seguintes conclusões complementares sobre a embarcação apreendida na posse do 2º réu (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 33. doc. OFIC1, fls. 4/5):

> **IV) CONCLUSÃO DA PERÍCIA**
>
> Conclui-se, portanto, com base na análise dos dados obtidos e da perícia realizada no material, que a embarcação apreendida em posse do Sr. Weslei Jacomeli Bolonha, é um bem de propriedade da União, que sofrera alterações com intuito de retirar as identificações originárias, no entanto, estas não foram suficientes para comprometer a sua identificação por Inspetor Naval. Após a sua apreensão foi possível superar a suspeita, pois mesmo com uma camada de tinta sobreposta a embarcação manteve as identificações de uma lancha não padronizada que é utilizada pela Marinha do Brasil em atividades de segurança do tráfego aquaviário, quais sejam: faixas paralelas na bochecha de bombordo nas cores verde e amarela (anexos A e F), bem como o local onde o nome da instituição é fixado em seu costado foi alvo de produtos químicos de ação intensa (anexo-A), além disso, há outros sinais característicos que foram acessórios para que estes peritos concluíssem ser o objeto desta a embarcação CORAL, pertencente à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, como por exemplo reparos efetuados por profissionais desta organização e que foram preservados pelo adquirente (anexo D) e um mapa de controle de combustível (anexo G), que é um controle interno da Organização Militar e que estava acondicionado em um dos armários da embarcação.
>
> De acordo com nosso Sistema de Controle de Material (CADBEM), que sofre depreciação periodicamente, nossa lancha CORAL está valorada por R$ 5.075,25 reais (anexo J), por analogia podemos inferir que o casco apreendido com o Sr Weslei Jacomeli Bolonha, tenha valor

> aproximado disto. Assim para conseguirmos aferir uma média de valor de mercado para o referido casco, estes peritos acharam por bem orçar na Fábrica (FORTALEZA NAUTICA) um casco com as mesmas características e cujo valor orçado foi de R$ 20.000,00 (anexo K) reais. **Finalizamos nossa conclusão, somando os valores e dividindo o resultado pelo número de fatores, para obtermos uma média aritmética, chegamos então ao que acreditamos ser o valor de mercado (aproximado), que seria de R$ 12.537,62 reais (doze mil e quinhentos e trinta e sete reais e sessenta e dois centavos de real.** (Grifos originais.)

Nas Folhas de Antecedentes Criminais, nada consta em relação aos réus (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 2).

Em 7.8.2020, a Defesa do 2º réu, em sede de Defesa Prévia, requereu a desclassificação do crime de receptação dolosa para a modalidade culposa, prevista no art. 255 do CPM, e, por consequência, a absolvição por entender que seria impossível identificar a procedência ilícita de um casco adquirido como sucata. Subsidiariamente, a aplicação do Princípio do *in dubio pro reo* pela suposta ausência de prova quanto à autoria (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 19, doc. DEFESAP1).

Em Decisão de 11.8.2020, o Magistrado indeferiu os pleitos apresentados na Resposta à Acusação, devido à ausência de previsão legal dessa fase no CPPM (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 20, doc. DEC1).

Os réus foram citados em 25.9.2020 (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 25, doc. CERT.1).

Em 4.2.2021, foram ouvidas as testemunhas do MPM e do 1º réu (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 87, doc. ATA1).

Em 25.3.2021, foram ouvidas as testemunhas do 2º réu (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 114, doc. ATA1). Em seguida, ocorreu o interrogatório dos réus (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 114, doc. ATA1).

O 1º réu declarou que nem ele nem a Marinha teriam tomado conhecimento da existência de 2 (dois) cascos da Lancha Coral, muito menos do surgimento de uma embarcação nova, sabendo apenas da emissão da Nota de Empenho para a reforma da referida embarcação, a qual retornou à DelPEpitácio (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 115).

O 2º réu afirmou que o 1º réu, durante a negociação, apresentou o casco como uma sucata não mais usada e já baixada, não tendo mencionado nada sobre pertencer à Marinha (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 115).

Em Decisão de 12.4.2021, o Magistrado deferiu a diligência requerida pelo MPM, expedindo-se ofício à DelPEpitácio, para que encaminhasse cópia do procedimento administrativo instaurado a partir do Auto de Apreensão, tendo em vista a suspeita de fraude processual (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 133, doc. DEC1).

Em atendimento, o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, por meio do Oficio nº 103 DelPEpitácio-MB, de 4.5.2021, prestou as seguintes informações (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 145, doc. OFIC1):

> 1. Participo a Vossa Excelência que não foi instaurado procedimento administrativo a partir do auto de apreensão da lancha, em virtude de se estar aguardando o julgamento do processo na Justiça Militar; e a embarcação já estar sendo aproveitada por esta Organização Militar [...].
>
> 2. [...] consta no depoimento do Sr. Weslei Jacomeli Bolonha, declaração que não possuía nenhuma documentação que comprovasse propriedade da embarcação e material apreendido. Consta ainda um termo de declaração juntado aos autos do IPM, cópia anexa, em que o mesmo afirma não possuir nenhum documento referente ao motor de popa instalado na embarcação apreendida. Esta Delegacia Fluvial nada tem a opor quanto a devolução do motor [...] instalado na embarcação, uma vez que [...] não pertencia ao patrimônio da Marinha [...], mas desde que o alegado proprietário apresente um documento válido como prova da propriedade do referido motor. Até o presente momento, [...] não apresentou nesta Delegacia Fluvial nenhum documento, nem solicitação nesse sentido. [...]

Em 10.5.2021, foi exibido às Partes o vídeo da Sessão de 25.3.2021, referente ao interrogatório do 1º réu, o qual apresentou problemas técnicos. Ato contínuo, esse réu foi reinterrogado (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 153, docs. VÍDEO1/VÍDEO2).

Na fase do art. 427 do CPPM, a Defesa do 1º réu pediu a realização de acareação entre as Testemunhas Marcos Luciano Maes e Reginaldo Alves Moreira, com fulcro no art. 365 e seguintes do CPPM (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 163, doc. PET1).

A Defesa do 2º réu reiterou o pleito de devolução do motor e dos equipamentos instalados na embarcação apreendida, com base no recibo juntado aos autos (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 167, doc. PET1).

O MPM nada requereu (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 170, doc. COTA1).

Em Decisão de 2.6.2021, o Magistrado indeferiu o pleito da Defesa do 2º réu de devolução do motor, bem como o pedido formulado pela Defesa do

1º réu de acareação (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 171, doc. DEC1).

O MPM, em Alegações Escritas, afirmou ser dispensável a realização da Sessão de julgamento. Ao final, requereu a condenação do 1º réu nas sanções do art. 303, *caput*, e do 2º réu, nas sanções do art. 254, *caput*, ambos do CPM (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 179, doc. ALEGAÇÕES1).

Na mesma fase, a Defesa do 2º réu afirmou não existir a necessidade de realização da Sessão de Julgamento. Requereu a absolvição, com fundamento no Princípio do *in dubio pro reo*, pela ausência de prova suficiente. Subsidiariamente, solicitou a desclassificação do crime de receptação dolosa para a modalidade culposa, prevista no art. 255 do CPM. Por consequência, pediu a absolvição, afirmando ser impossível identificar a ilicitude de um casco adquirido como sucata. Subsidiariamente, pleiteou a aplicação da atenuante de confissão espontânea (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 183, doc. ALEGAÇÕES1).

A Defesa do 1º réu, em sede de Alegações Escritas, requereu a absolvição pela suposta ausência de prova. No caso de condenação, solicitou a aplicação da pena no mínimo legal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, na forma do art. 44 do CP comum (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 185, doc. ALEGAÇÕES1). Juntou aos autos 3 (três) Termos de Transferência de Responsabilidade de Incumbência, todos datados de 27.1.2017 (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 186, doc. ANEXO2). Em 28.6.2021, a mesma Defesa peticionou pela dispensa da realização de Sessão de Julgamento (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 187, doc. PET1).

Em 22.7.2021, o 1º réu foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 303, *caput*, do CPM, e o 2º réu, à reprimenda de 1 (um) ano de reclusão, pelo art. 254, *caput*, do CPM. A ambos, foi concedido o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime inicialmente aberto. A Sentença foi publicada na mesma data. (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 190, doc. SENT1).

Para o MPM, o trânsito em julgado, em relação à condenação do 2º réu, ocorreu em 26.8.2021 (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 214, doc. TRÂNSITO_JULGADO1). Em relação ao *quantum* da pena do 1º réu, o *Parquet* interpôs Apelação (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 201, doc. REC1).

A Defesa do 2º réu interpôs Apelação em 26.7.2021 (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 202, doc.

APELAÇÃO1). A Defesa do 1º réu protocolou o seu Recurso em 30.7.2021 (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 204, doc. APELAÇÃO1).

O MPM, em suas Razões, requereu a reforma parcial da Sentença, para aumentar a pena do 1º réu para 3 (três) anos de reclusão, conforme o limite mínimo previsto no preceito secundário do art. 303, com fundamento no § 2º do art. 69, ambos do CPM. Alegou a inexistência de causa de diminuição de pena. Assim, o Magistrado não poderia ter invocado o Princípio da Proporcionalidade de forma genérica, na terceira fase da dosimetria da pena, para aplicar a redução de 1/3 (um terço), diminuindo a pena mínima de 3 (três) anos para 2 (anos) anos de reclusão. Asseverou que não caberia ao Juízo concluir que a pena mínima fixada para o crime de peculato seria excessiva ou desproporcional à gravidade da conduta praticada pelo Réu sem antes declarar a inconstitucionalidade do art. 303 do CPM (Evento 8, doc. RAZAPELA1).

A Defesa do 2º réu, em suas Razões, solicitou a desclassificação do crime de receptação dolosa para a modalidade culposa, prevista no art. 255 do CPM e, na sequência, a absolvição do Apelante por entender que seria impossível identificar a procedência ilícita de um casco adquirido como sucata.

Alegou que se o 2º réu tivesse conhecimento da origem ilícita da embarcação, não teria, por ocasião da apreensão, confessado ter comprado do 1º réu, tampouco teria tentado regularizá-la após o ocorrido. Informou que nem o próprio Despachante "Robertinho" teria desconfiado que a embarcação era da Marinha. Afirmou que a própria perícia confirmou a semelhança com embarcações de uso civil, à exceção do local de abastecimento. Alegou ter adquirido de boa-fé por valor compatível ao de mercado (Evento 8, doc. RAZAPELA2).

A Defesa do 1º réu, em suas Razões Recursais, suscitou, preliminarmente, a ampla devolução da matéria de direito ao Tribunal *ad quem*.

No mérito, requereu a absolvição com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM, pela inexistência de prova suficiente para a condenação pelo crime previsto no art. 303 do CPM. Argumentou que, a despeito de o 1º réu ser o Fiel do Material no período compreendido entre janeiro de 2013 a janeiro de 2017, não era o único militar a trabalhar no local.

Afirmou que o 2º réu não apresentou nenhum documento comprovatório das declarações prestadas em juízo. Asseverou que os depoimentos prestados pelas testemunhas do MPM e pela Defesa não corroboraram os fatos narrados na Denúncia. Enfatizou que a autoria do crime de peculato não poderia ser atribuída ao 1º réu com base apenas nas alegações do 2º réu. Destacou que o 2º réu não provou a origem da embarcação e do

motor apreendidos na sua posse, muito menos demonstrou boa-fé ao adquirir esses bens.

Mantida a condenação, pediu a permanência da pena no patamar fixado na Sentença (Evento 8, doc. RAZAPELA3).

O MPM, em Contrarrazões, à exceção da matéria objeto do seu Apelo, requereu a manutenção dos demais termos da Sentença. Sustentou que as provas produzidas demonstraram a ocorrência dos crimes, não sendo o caso de aplicar excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Aduziu que, exceto pela aplicação da minorante inominada para reduzir a pena do 1º réu em 1/3 (um terço), a Sentença bem analisou os delitos. Destacou que as teses Defensivas deveriam ser afastadas de plano, pois restaram isoladas em relação às demais provas dos autos (Evento 8, doc. CONTRAZ4).

A Defesa do 1º réu, em Contrarrazões, requereu a manutenção da Sentença em todos os seus termos. Afirmou que o Magistrado, ao aplicar a minorante inominada para reduzir a pena em 1/3 (um terço), observou corretamente as condições pessoais do réu, combinando-as com o Princípio da Proporcionalidade. Destacou que o militar tem mais de 20 (vinte) anos de bons serviços prestados à Marinha, não tendo em seu desfavor nenhuma punição disciplinar ou condenação criminal.

Aduziu que o STM possui o entendimento de que, por razões de política criminal, a minorante inominada pode ser aplicada na 3ª fase da dosimetria da pena, em caráter excepcional. Enfatizou que não seria proporcional nem razoável um militar com mais de 20 (vinte) anos de bons serviços ser condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, podendo, inclusive, sofrer a pena acessória de exclusão das Forças Armadas. Ponderou que a conduta do 1º réu não teria causado nenhum prejuízo ou dano à Marinha, pois a lancha "Coral" nunca saiu do patrimônio e o casco velho retornou ao inventário (Evento 8, doc. CONTRAZ5).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em Parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral Dra. Herminia Celia Raymundo, manifestou-se pelo não provimento dos Apelos Defensivos e pelo provimento do Apelo Ministerial (Evento 13, doc. PAREC_MP).

É o Relatório.

VOTO

A presente Apelação preenche os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecida, processada e julgada.

Inicialmente, observa-se que a Defesa do réu militar pleiteou o reconhecimento da amplitude do efeito devolutivo da Apelação, requerendo a cognição integral de toda a matéria discutida nos autos.

Todavia, a atuação do Juízo *ad quem* está circunscrita às matérias delimitadas no Recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*). Nesse viés, o recorrente define, segundo as suas razões recursais, a amplitude do efeito devolutivo da impugnação.

Nesse rumo, as questões devolvidas serão apreciadas por ocasião **do mérito** da Apelação. No ponto, incide o § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), *in verbis*:

> Art. 81. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com as decisões daquelas.
>
> [...]
>
> § 3º Quando a preliminar confundir-se com o mérito, não deverá ser conhecida e será apreciada quando do exame do mérito.

A solução reflete a jurisprudência consolidada neste Tribunal, conforme os seguintes Arestos trazidos à colação:

> EMENTA: APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. [...] PRELIMINAR DE AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. MATÉRIA IMBRICADA COM O MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO. UNÂNIME. [...] **O debate sobre a amplitude do efeito devolutivo do recurso de Apelação confunde-se com o mérito recursal de maneira que não deve ser conhecido como preliminar,** consoante o disposto no art. 81, § 3º, do RISTM. Preliminar não conhecida. Unânime. [...] Apelo defensivo desprovido. Decisão por maioria. (STM. Ap nº 7000649-52.2020.7.00.0000. Relator: Ministro FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 23.2.2021. Data de Publicação: 18.3.2021); (Grifo nosso.)
>
> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. IMBRICAÇÃO COM O MÉRITO. ESTADO DE NECESSIDADE. [...] 2. **A interposição de Recurso de Apelação, em relação ao efeito devolutivo, não impede a ocorrência da preclusão dos fatos havidos durante a ação penal e que, no momento em que foram praticados, poderiam ter sido impugnados, na forma prescrita em lei.** [...]. 5. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. [...]. (STM. Ap nº 7000888-27.2018.7.00.0000. Relator: Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 24.4.2019. Data de Publicação: 14.5.2019). (Grifo nosso.)

Assim, passo ao exame do mérito propriamente dito dos Recursos apresentados.

Analisada a ocorrência e avaliadas as condutas dos réus narradas nos autos, considero que somente a Apelação do MPM merece provimento.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Trata-se de Recursos de Apelação, mediante os quais o MPM e as Defesas constituídas do 2º Sargento da Marinha Rafael Douglas Villar de Oliveira (2º Sgt Villar) e do Civil Weslei Jacomeli Bolonha (Weslei) insurgem-se em relação à Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 1ª Aud/2ª CJM que assim os condenou:

> — o réu militar à pena de **2 (dois) anos de reclusão**, como incurso **no art. 303 (Peculato),** ***caput***, do CPM; e
>
> — o civil à pena de **1 (um) ano de reclusão pela prática do art. 254 (Receptação),** ***caput*****,** do mesmo Códex (Processo Relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 190, doc. SENT1).

Os autos evidenciam o caso de Peculato praticado por militar, seguido de Receptação efetuada por civil.

O objeto material dos ilícitos em questão envolve a lancha reformada Coral e pertencente à Marinha do Brasil (MB).

Durante inspeção naval de rotina no balneário de Paulicéia/SP, em 21.4.2019, o réu civil foi abordado quando navegava no Rio Paraná. Ato contínuo, a documentação da embarcação foi solicitada, a qual possuía características semelhantes às lanchas da MB.

Em virtude da não apresentação dos documentos da embarcação e da habilitação para conduzi-la, houve a apreensão da referida lancha, que foi relatada no respectivo Termo, posteriormente juntado ao Inquérito Policial Militar (IPM) - (Processo Relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 1, doc. IPM1, fl. 7).

Na instrução processual, frisa-se, verificou-se que os réus se conheceram fora do quartel, em uma Marina. Na ocasião, o civil manifestou o interesse em comprar um "barquinho" (Processo Relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 115, vídeos 3 e 4).

Posteriormente, o réu militar, sabendo do interesse do civil, ofereceu-lhe um casco de lancha reformado – sucata, segundo ele –, ao custo de R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

O réu civil aquiesceu, efetuando o negócio.

Nos autos da APM, consta, ainda, que o réu militar foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão por Peculato e o réu civil foi sancionado com 1 (um) ano de reclusão por Receptação.

O MPM e as Defesas dos corréus recorreram. As Razões Recursais das Partes serão analisadas doravante.

2. PREMISSAS DOS CRIMES: ARTS. 303 E 254, AMBOS DO CPM

Inicialmente, expõem-se algumas premissas atinentes aos ilícitos de Peculato e de Receptação.

No Peculato, o bem tutelado é a Administração Militar, ao passo que, na Receptação, a proteção legal direciona-se ao patrimônio, conforme se constata na localização topográfica dos tipos penais supracitados no Código Penal Militar (CPM).

Assim, a apropriação do patrimônio da OM por militar e a consequente receptação por civil perfazem ataque direto aos cofres públicos, à Instituição e ao tesouro nacional.

No Peculato, o inimigo é interno. O traidor está na mesma trincheira, ombreando com os companheiros de farda para parecer digno da confiança mútua – própria da vida castrense – sem que os outros militares possam imaginar a subtração suportada pela Administração Militar.

Nesse giro, num esforço conjunto para evitar tais condutas, devem estar engajados todos aqueles que, com a peculiar austeridade, têm o compromisso de zelar pelo interesse público.

A inadmissível tolerância para com este tipo de ilícito seria comparável a atribuir ao peculatário uma "licença para se apropriar ou desviar" o patrimônio sob a égide da Administração Militar, bem como ao receptador para dele usufruir livremente.

Obviamente, esse não é o melhor caminho a ser adotado pela Justiça Militar da União.

3. DOS ARGUMENTOS DA DEFESA DO 1º RÉU, 2º SGT VILLAR

A Defesa do réu militar, no mérito das suas Razões Recursais, pleiteia a absolvição pela insuficiência de provas.

Subsidiariamente, caso mantida a condenação, requer a aplicação dos Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade e da Individualização da Pena, de modo a manter-se a redução no patamar de 1/3 (um terço), aplicada na 3ª fase da dosimetria da sua pena, preservando-a em 2 (dois) anos de reclusão, com direito ao *sursis* (Evento 8, doc. RAZAPELA3).

Assim, passo à análise dos argumentos defensivos.

3.1 Absolvição por suposta insuficiência de provas

Inicialmente, a Defesa ratifica as teses apresentadas nas Alegações Escritas, durante o trâmite da APM na Primeira Instância. Afirma, ainda, que inexistem provas robustas a ensejar a condenação do réu por Peculato.

Definitivamente, razão não lhe assiste, pois a prova dos autos demonstra o contrário, conforme será exposto adiante.

Quanto à conduta absolutamente criminosa do 2º Sgt Villar, a Sentença foi precisa, em todos os seus termos.

Nessa linha de raciocínio, adotam-se, como razão adicional de decidir, os seguintes trechos da Sentença (Processo Relacionado: APM nº 7000070-40.2020.7.02.0002, Evento 190, doc. SENT1, fls. 5/7):

> [...] 31. Em sua narrativa, quando do seu interrogatório judicial, Weslei, por sua vez, acabou por trazer todos os detalhes acerca da aquisição da embarcação (evento 115/vídeos 3 e 4). Disse [...] que juntamente com seu pai, queriam comprar um 'barquinho'. Saíram de Adamantina e foram até Panorama, quando então tiveram como destino uma Marina. **Foi lá, segundo Weslei, que teria então conhecido o corréu Rafael Douglas Villar de Oliveira (Sgt Villar).** Após manifestar o seu interesse em adquirir uma embarcação, Weslei passou o seu telefone para o corréu **Sgt Villar** que, depois de uns vinte dias, teria telefonado para o primeiro perguntando ao mesmo se não queria dar uma olhada em um barco sucateado que possuía. Assim, um novo encontro foi marcado, no mesmo lugar, isto é, em frente à Marina do senhor Roberto (vulgo 'Robertinho' que foi inclusive ouvido em Juízo) [...].
>
> 32. [...] Disse, pois, Weslei, que 'ele me ligou e eu fui até lá ver. Daí ele falou que esse aqui é uma sucata que tem, não usa mais, é dado baixa. Não me lembro o nome que ele falou lá [...]' (evento 115/vídeo 3/8:02). [...] Logo, quando foi chamado pelo corréu, um Sgt da Marinha, para verificar se tinha interesse em adquirir uma embarcação 'que não se usava mais' [...].
>
> 34. Ocorreu, na hipótese, a conhecida chamada de corréu, onde Weslei, sem esconder o seu envolvimento nos fatos, ou em outro dizer, sem querer isentar-se da responsabilidade penal, tratou de indicar aquele que justamente teria acabado por vender-lhe a embarcação adquirida, qual seja, **o Sgt Villar**. [...]
>
> 36. De igual forma, as provas dos autos também revelam a prática delitiva descrita na Denúncia por parte do corréu **Sgt Villar**. Não se desconhece, porém, que este **negou a autoria** delitiva. **Entretanto, tal negativa não merece a menor credibilidade.** Primeiro que o Sgt Villar não deu a menor explicação acerca da afirmação do corréu Weslei, de que este último teria adquirido a embarcação do primeiro. Ou seja, Villar apenas teria dito que não sabia de onde Weslei teria mencionado isso [...].
>
> 37. **Há que se ressaltar, aqui, que a testemunha José Roberto Sampaio, quando ouvido em Juízo, teria afirmado que quando Weslei compareceu à sua Marina, o fez acompanhado do Sgt Villar. Este, juntamente com José Roberto Sampaio, inclusive, chegaram a tirar as medidas da embarcação a fim de ser regularizada a sua**

documentação (evento 115/vídeo 1). O próprio corréu Weslei confirma tal versão quando interrogado judicialmente (evento 115/vídeo 3). Apesar disso, o Sgt Villar negou ter comparecido à Marina de José Roberto Sampaio, juntamente com o corréu Weslei. Porém, não soube declinar em Juízo, qualquer motivo que pudesse ter José Roberto Sampaio para querer prejudicá-lo (evento 115/vídeo 5).

38. Ora, a embarcação Coral, de propriedade da Marinha do Brasil, dotada na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, foi apropriada pelo Sgt Villar, em razão da função de 'Fiel de Material' por ele exercida à época, na referida Organização Militar [...]. É isso que dizem as provas dos autos.

39. A douta defesa técnica do Sgt Villar sustenta a falta de provas e procurou tirar a credibilidade de alguns pontos produzidos no contexto oral coligido. Porém, [...] o fato é que, as questões apresentadas como controvertidas são absolutamente irrelevantes para o deslinde da causa em questão, diante de todo o contexto probatório produzido em desfavor dos réus e já apontado acima. Neste raciocínio, como é sabido, temos que o crime de receptação consuma-se com o ato de aquisição. E disso ninguém tem dúvida, **uma vez que Weslei foi muito claro no sentido de que teria adquirido a embarcação Coral do corréu Sgt Villar.**

40. [...] o que basta e é fundamental, é que a aquisição da lancha Coral pelo corréu Weslei foi cabalmente demonstrada, **sendo certo que também restou evidenciado que quem a teria vendido, teria sido o acusado Sargento Villar, apesar da referida embarcação ser patrimônio da Marinha do Brasil.**

41. [...] Ora, como já dito, foi Weslei quem afirmou categoricamente quem teria lhe vendido a lancha Coral. [...].

42. Nesta mesma linha de raciocínio, não afasta a autoria delitiva por parte do Sgt Villar, o documento juntado pela Defesa Técnica, qual seja, o 'Termo de Transferência de Responsabilidade de Incumbência', datado de janeiro de 2017 (evento 186/documento 2). Seria muita ingenuidade [...] dar uma credibilidade absoluta a tal documentação, no sentido de afastar as práticas delitivas constantes na Denúncia. E isso porque, como é sabido, na prática, muitas vezes não se tem tempo hábil suficiente para a conferência de todos os materiais, tornando tais 'Termos de Transferência' apenas um documento para dar um efeito formal de passagem de carga. [...] **De toda forma, como pode tal documento apresentado pela defesa do acusado Sgt Villar, afastar a sua responsabilidade descrita na Denúncia, diante da detalhada confissão do corréu Weslei, atribuindo-lhe a responsabilidade pela venda da embarcação?** Como já dito, vai-se discutir datas que em nenhum momento, no caso dos autos, afastam a incidência das práticas delitivas descritas na peça acusatória [...]. (Grifos originais.)

Como visto, a tese de insuficiência de prova restou completamente afastada na Sentença, com farta motivação.

Ressalte-se: no momento da abordagem pela patrulha da Marinha, a qual levou à apreensão da embarcação, **o réu civil afirmou, categoricamente, que a comprara do Sgt Villar**. Se não fosse verdade, por que o corréu civil teria indicado esse nome?

Para fins de melhor elucidação do caso, denomina-se **lancha Coral 1** a que foi para reparos (a sucateada). Por sua vez, a **lancha Coral 2** é a nova, a qual foi construída na Empresa Fortaleza Náutica, de propriedade do Sr. Luciano. Isso facilitará a compreensão dos fatos.

Para além da fundamentação adotada na Sentença, cabem as seguintes indagações, as quais confirmam a inconsistência da tese de insuficiência de prova contra o 2º Sgt Villar:

a. Se o réu militar realmente esteve na Marina acompanhado do corréu civil e chegaram a medir a embarcação, objeto do crime, para fins de regularizar a documentação (fato confirmado pelo corréu civil e pela testemunha José Roberto Sampaio), como haveria insuficiência de prova em relação à autoria da venda da lancha Coral 1 pertencente à Marinha do Brasil?

b. Por qual motivação o corréu civil imputaria, falsamente, a autoria do crime de Peculato ao militar?

c. Se o réu militar não tivesse vendido a lancha Coral 1 para o réu civil, qual personagem teria feito essa alienação criminosa?

d. Se ninguém fez a venda ilícita da embarcação, como ela estaria na posse do corréu civil? Teria havido furto?

e. Se houve o furto do bem, por que não foi comunicado? Aliás, sobre o eventual furto da lancha Coral 1, inexiste, nos autos, qualquer declaração dos militares substitutos do réu na função de Fiel de Material.

f. Fruto das mais básicas atribuições do "Fiel de Material" da OM, importante função ocupada pelo réu, não lhe caberia apresentar todas essas respostas sobre a lancha Coral 1?

Ademais, os documentos de transferências de carga do réu militar para outros, os quais estão datados de janeiro de 2017, **não comprovam que a lancha Coral 1 estava em posse da Marinha** naquela data. **A redação dos documentos é absolutamente genérica, sem apontar detalhadamente quais os bens que estavam sendo transmitidos (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 186, doc. ANEXO2)!**

A prova documental a ser apresentada deveria constituir-se na relação carga do material sob a gestão do Fiel de Material, conferida pelo seu substituto na função, item por item.

Essa falha administrativa está longe de inocentar, porquanto não prova que o militar substituto do réu na função tenha recebido a lancha "Coral" 1!

Infelizmente, não consta nos autos que os substitutos do réu militar na função (SR MN Róbson Cristiano Silva Costa e SR GM Luiz Augusto Gonçalves Cavalcante) tenham sido ouvidos em Juízo. Estranhamente, a Defesa não os arrolou para comprovar a sua tese de "passagem de carga normal" da lancha Coral 1.

Se o militar substituto tivesse recebido a referida lancha, por que não teria declarado o seu desaparecimento?

Se a lancha Coral 1 tivesse voltado às dependências da Marinha, após a sua reforma por ação do réu militar, em 2015, por que teria ficado ociosa por aproximadamente 5 (cinco) anos, em desuso operacional e, sem serventia, sobre cavaletes?

Outro ponto chama a atenção. O réu militar exerceu a função de Fiel de Material de 2013 a 2017.

A embarcação saiu da Marinha para reforma em 2015, repita-se, período em que o réu militar era o Fiel de Material. Inexiste a comprovação de que tenha retornado, após a reforma, pois a Delegacia Fluvial jamais contou com a presença da embarcação para fins operacionais.

Ao contrário, o fato concreto é que, a partir dali, o barco, lancha Coral 1, desapareceu do controle da Marinha.

Por óbvio, a responsabilidade penal aponta para o réu militar, pois o mesmo possuía a posse do bem em razão da sua função.

Aliás, foi o réu Civil Weslei que, quando foi interpelado pela patrulha da Marinha, indicou imediatamente o Sgt Villar como sendo o vendedor da lancha.

O corréu civil não soube apontar com precisão quando adquiriu os equipamentos para a lancha. Apresentou documentos contraditórios com datas díspares (2013 e 2018), os quais chamaram a atenção do Juízo e foram encaminhados para novas apurações.

De toda forma, a aquisição de equipamentos acessórios pelo réu civil, seja qual for a data, não comprova a inocência do réu militar. Esses equipamentos poderiam ter sido adquiridos pelo corréu civil independentemente da sua efetiva posse ilícita da lancha Coral 1.

Outros aspectos são importantes para constatar, **de forma inequívoca**, o crime cometido pelo réu militar.

É bom frisar que o réu militar desempenhou a função de Fiel de Material no período compreendido entre janeiro de 2013 e janeiro de 2017. No seu exercício, mantinha a posse das viaturas e das embarcações, costumeiramente adquirindo bens e serviços para a OM.

Em decorrência, o réu militar contratou, formalmente, em janeiro de 2015, a empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações LTDA, de titularidade do civil Marcos Luciano Maes, **para reparar o casco de uma lancha (Coral 1) e construir outra (Coral 2).**

Os serviços foram pagos pela Marinha do Brasil por meio das Notas de Empenho nº 2015NE00253 e 2015NE000239, ambas de 4.11.2015, no valor de R$ 7.996,70 (sete mil, novecentos e noventa e seis reais e setenta centavos), conforme certificado em sede do IPM nº 327-06.2019 (Processo Relacionado: IPM nº 7000327-06.2109.7.02.0002, Evento 14, doc. IP-PROCE1, fls. 7/8 e 13).

O Sr. Marcos Luciano Maes (dono da empresa Fortaleza Náutica), ouvido em Juízo, declarou que o Sgt Villar foi o militar responsável por toda a contratação dos serviços executados.

Ao final, o empresário afirmou que entregou **duas lanchas ao réu militar**, conforme contratado: uma nova – construída pela sua empresa (Coral 2), a qual ficaria no lugar da antiga – **e outra velha, ou seja, o casco velho recuperado da lancha Coral 1**. Esta foi a mesma encontrada na posse do corréu civil e apreendida em 21.4.2019 (Processo relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 90, doc. VÍDEO1, tempo 2m8s).

Tal afirmação, por si só, afasta a tese da DPU de que há somente o depoimento do corréu civil contra o réu militar.

Ou seja, segundo o empresário que efetuou o serviço, o réu militar retirou duas embarcações objetos do contrato: **a lancha nova (que se tornaria a nova Coral 2) e o casco da lancha antiga (a velha Coral 1).**

Dessa forma, é lícito constatar o engodo do **crime premeditado pelo réu militar**, que consistiu exatamente nisso: substituir o casco antigo da lancha Coral 1 por outro novo, transferindo-lhe todas as características físicas e documentais, de modo a apossar-se do casco antigo.

Assim, "**nascia uma nova lancha Coral" 2, sucessora da anterior, sem que a Marinha constatasse a falta da embarcação antiga.**

A **prova material que indica** ter sido exatamente esse o caminho criminoso adotado pelo réu militar está no **Ofício nº 284, DelPEpitácio-MB**, de 7.11.2019, assinado pelo Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, o Capitão de Corveta PAULO FARINA. O seu teor desmonta toda a tese de negativa de autoria apresentada pela DPU, *in verbis* (Processo relacionado: IPM nº 7000327-06, Evento 14, doc. IP-PROCE1, fls. 3/4):

> [...] 1. Em atenção à diligência, solicitada pelo MPM [...] participo a Vossa Excelência que consta que o bem, sim pertence formalmente ao acervo da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, conforme Número Patrimonial 135601037 [...]

> 2. Desta feita, ao investigar o acervo desta OM, foram encontradas as cópias das Notas de Empenho [...] nº 2015NE000239 e 2015NE00253 [...], a DANFE (documento auxiliar da nota fiscal eletrônica) nº 000.000.141 [...] e a NFS-e (nota fiscal de serviço eletrônico) nº 00000003 [...] ambas (DANFE e NFS-e) datadas de 21.1.2016, emitidas pela empresa Fortaleza Náutica [...]. Diante destes documentos, foi realizada a oitiva do Sr. Marcos Luciano Maes, proprietário [...], com o intuito de esclarecer e responder as questões do MPM, sendo o anexo Echo deste ofício os documentos oriundos desta oitiva [...].
>
> 3. Como registrado no final da página 4 e início da página 5 do Termo de Depoimento [...] como também registrado na DANFE nº 000.000.141 [...] e na NFS nº 00000003 [...], assim concluímos que a nota fiscal deu origem ao serviço de reparo do casco antigo e construção do casco novo, especificando de forma geral (*lato sensu*) tais serviços, e a DANFE deu origem ao **material** necessário **para construção do casco novo e reparo do casco antigo.**
>
> 4. Desta forma, depois destas ações realizadas pela empresa, obtivemos **dois cascos**:
>
> **a) Um casco novo** que após a pintura feita pelo Sargento Villar (pg. 4 do Termo) herdou motorização e todos os demais equipamentos da lancha Coral, **tornando-se a própria** e, até então a única lancha Coral.
>
> **b) Um casco antigo** de onde foram retirados a motorização e os equipamentos, que não foram substituídos por novos, ficando este casco antigo sem motor e equipamentos, mas com a pintura antiga e demais características da lancha Coral e **que foi entregue ao Sargento responsável pelo trato com a embarcação desta Delegacia Fluvial, à época** [...].
>
> 5. Outrossim, como consta nas questões do Egrégio *Parquet* manifestas no ofício IPM nº 237-06.2019 [...], *ipsis litteris*, 'a lancha denominada Coral, encontrada na posse do civil investigado, ainda pertence formalmente ao acervo da unidade; caso negativo, informar a que título fora desligada', para a resposta desta questão faz-se necessário esclarecer, como explicado no parágrafo anterior, que a lancha denominada Coral com seu casco construído no ano de dois mil e dezesseis (2016) consta na página 1 do Inventário [...], **portanto o casco encontrado de posse do civil, inicialmente denominada lancha Coral, não temos registro formal (exceto os apresentados nos anexos) especificando o seu pertencimento ao acervo da unidade, <u>como também não foi encontrado documento referente ao desligamento ou qualquer espécie de alienação deste casco.</u>** (Grifos nossos.)

A resposta da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio tornou fácil o entendimento de como agiu o réu militar.

Premeditadamente, o Sgt Villar, valendo-se da sua função de Fiel de Material da OM, contratou dois serviços que foram efetivamente pagos pela

Marinha do Brasil: a construção de um casco novo (Coral 2) e a reforma de um casco antigo (Coral 1 – a original).

Após os serviços executados, recebeu, pessoalmente, as duas embarcações (a nova lancha Coral e o casco da velha lancha Coral), segundo o testemunho do dono da empresa.

Em seguida, adotadas as providências administrativas do recebimento das lanchas Coral 1 e 2, **desapareceu com o casco** antigo. Isso sem deixar maiores vestígios, pois, em tese, a lancha Coral nunca deixou de existir nos registros da OM, pois se manteve o número patrimonial.

A embarcação nova, que foi construída, recebeu todos os equipamentos e registros da antiga embarcação, repita-se, inclusive o mesmo número patrimonial 135.601.037. Tal detalhe jamais teria emergido, se não fosse o patrulhamento da Marinha do Brasil no balneário de Paulicéia-SP, em 21.4.2019.

Note-se, mais uma vez, que não foi encontrado na OM qualquer documento de desligamento ou de alienação do casco antigo. Lógico, pois o mesmo "deixou de existir" nos controles administrativos, após ser retirado da reforma pelo Sgt Villar. Passou a existir a nova lancha Coral. Essa, com o mesmo número patrimonial da anterior, quando deveria ter recebido novo número designatório.

A afirmação do réu militar em Juízo de que nem ele, tampouco a Marinha, tomaram conhecimento da existência de 2 (dois) cascos da lancha Coral, muito menos do surgimento de embarcação nova, sabendo apenas da Nota de Empenho para a reforma da lancha Coral, **ficou absolutamente desconstruída pela prova dos autos.**

Afinal, como já visto, o réu militar contratou o serviço, retirou as embarcações após a execução e encontrou-se com o corréu civil para negociar um "casco velho", como se sucata fosse, apesar de ser lancha reformada e se tratar de patrimônio da Armada Brasileira. Tudo premeditadamente.

Assim, a tese de insuficiência de provas, apresentada pela Defesa, mostra-se deveras frágil para atingir o seu elástico objetivo de absolver o réu militar.

Certamente, o estratagema pernicioso possibilitou que o réu usufruísse, ilicitamente, do lucro com venda criminosa do casco da embarcação, cuja propriedade era da Marinha do Brasil.

No mesmo sentido, o Parecer da PGJM, da lavra da Subprocuradora-Geral de Justiça Militar Dra. Herminia Celia Raymundo, registrou que (Evento 13, doc. 1-PAREC_MP1, fl. 6):

> [...] Exsurge de forma cristalina que o Sgt [...] desempenhou a relevante função denominada de "fiel de material", no período

> compreendido entre janeiro de 2013 a janeiro de 2017, na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, e por isso detinha a posse de viaturas e de embarcações. Além disso, há prova testemunhal no sentido de que o Sgt [...] **foi responsável pela contratação de serviço, em novembro de 2015, para reparar o casco de uma lancha e construir outra, portanto, encontrava-se na posse da lancha negociada com o civil WESLEY. Ademais, o próprio civil WESLEY confessou que foi o Sgt [...] que fez a venda da lancha, desde o momento da apreensão [...], ratificando tal afirmação em Juízo. Portanto, não basta a simples alegação defensiva de insuficiência de provas, dissociada do conjunto probatório coligido aos autos, sendo certo que a Defesa não se desincumbiu do seu papel de comprovar o ora alegado.** [...]. (Grifo nosso.)

Está estampado, mediante as provas testemunhais e documentais colhidas em Juízo, que o agente utilizou da sua condição de "Fiel de Material" da OM para se apropriar de bem móvel (casco da lancha Coral 1), o qual pertencia à Marinha do Brasil e, depois, vendeu-o como sendo de sua propriedade.

3.2 Manutenção da pena, em caso de condenação

A Defesa requer, em caso de confirmação da condenação imposta na Primeira Instância, que a pena seja mantida no patamar de 2 (dois) anos de reclusão, considerando, na sua óptica, a base principiológica mencionada na Sentença.

O pleito carece de razão.

Todavia, como a dosimetria da pena do réu 2º Sgt Villar também foi objeto das Razões Recursais do MPM, ela será analisada detalhadamente, no momento próprio.

3.3 Conclusão parcial do Recurso do 2º Sgt Villar

A conclusão instransponível, mediante a análise da prova dos autos, estampa que o réu militar cometeu o crime de Peculato, pois contratou o serviço em nome da Marinha, recebeu duas embarcações (uma nova e outra velha) e desapareceu com o casco da "antiga lancha Coral", vendendo-o para o corréu civil, quando obteve lucro em proveito próprio.

A autoria do ilícito ficou caracterizada pelos depoimentos em Juízo, os quais atestam a conduta ilegal do réu militar, bem como pela prova documental já mencionada no presente voto.

A materialidade restou delineada pelo Termo de Apreensão juntado aos autos, comprovando que o bem móvel da Marinha do Brasil estava na posse do corréu civil, como decorrência da conduta criminosa do réu militar (Processo Relacionado: IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002, Evento 1, doc. IPM1, fl. 7).

A ação foi típica, ilícita e culpável. Inexistem excludentes.

Como arremate, a tese de insuficiência de provas, para amparar a aplicação do *in dubio pro reo*, carece de qualquer respaldo, pois o acervo dos autos justifica a imposição de reprimenda penal ao 2º Sgt Villar, cuja individualização será tratada por ocasião da análise do Recurso Ministerial. Isso posto, nego provimento ao Apelo do 1º réu.

4. **DOS ARGUMENTOS DA DEFESA DO 2º RÉU, SR. WESLEI**

Em suas Razões Recursais, a Defesa do corréu civil afirma que ele não negou o fato de ter adquirido a lancha do corréu militar (Evento 8, doc. RAZAPELA2).

Contudo, supostamente, desconhecia a origem ilícita desse material.

Nesse aspecto, a Defesa afirma que, para a Perícia, as características da embarcação, objeto do crime, seriam idênticas às do meio civil. O Laudo teria excepcionado apenas o bocal de abastecimento, dificultando que eventual leigo reconhecesse a lancha militar.

Quanto ao dolo, a Defesa de Weslei sustenta que inexistem respostas para os seguintes questionamentos:

1 – Se Weslei sabia da origem ilícita da lancha "Coral", então por que afirmou para a fiscalização, no momento da apreensão, tê-la adquirido do corréu Sgt Villar?

2 – Se Weslei sabia da origem ilícita da embarcação, por que então tentou, administrativamente, regularizá-la após a apreensão?

3 – Se Weslei sabia da origem ilícita da embarcação, por que somente comprou-a após o Sr. Robertinho (empresário e despachante marítimo) afirmar que a embarcação era passível de regularização da documentação?

Em decorrência, a Defesa afirma que a confissão de Weslei, no dia da apreensão da lancha, configurou crime culposo e não doloso.

Alega que o casco da lancha foi adquirido como sucata, de boa-fé, levando à desclassificação para o crime de Receptação Culposa – art. 255 do CPM. Na verdade, não era sucata, mas sim um casco recém-recuperado de lancha.

Por fim, exalta a primariedade e os bons antecedentes do seu representado, requerendo a aludida desclassificação para delito culposo, uma vez que a condenação em crime doloso violaria o "Princípio da Inocência".

4.1 Do dolo na conduta do réu Weslei – a compra do casco da lancha Coral 1

A Sentença assim destacou a conduta do réu Weslei, *in verbis* (Processo Relacionado: APM nº 7000070-40.2020.7.02.0002, Evento 190, doc. SENT1, fl. 5):

> [...] 28. Na verdade, tudo começou a ser descoberto, no dia 21.4.2019, quando uma Equipe de Inspeção Naval comandada pelo 2º Sgt Sandro Clementino dos Santos, tendo também como integrante o 3º Sgt Nelson Dyego Alves Ferreira Galvão, realizou uma abordagem de rotina em uma embarcação que navegava no Rio Paraná, na cidade de Paulicéia/SP.
>
> 29. Chegou-se, então, à pessoa de um dos acusados, qual seja, Weslei Jacomeli Bolonha, que era justamente quem conduzia a embarcação, apesar de não possuir qualquer habilitação formal para tanto, inclusive, sequer possuía qualquer documentação relativa à referida embarcação. Tal situação, inclusive, gerou o auto de apreensão nº 4, de 21.4.2019 (processo nº 7000327-06.2019.7.02.0002/evento 1/página 7).
>
> 30. Na oportunidade da abordagem, segundo afirmação da testemunha acima mencionada, Sandro Clementino dos Santos, teria o acusado Weslei deixado claro, desde à época, **que havia adquirido a embarcação da própria Marinha** [...] (evento 88/vídeo 2). [...]. (Grifo nosso.)

O testemunho do 2º Sgt Sandro Clementino de Jesus, o qual integrava a Equipe de Inspeção Naval em 21.4.2019, data em que o réu Weslei foi abordado conduzindo a lancha de propriedade da Marinha do Brasil, é absolutamente essencial para compreender o dolo na conduta do civil.

Ao ser questionado sobre a conduta, a testemunha ocular dos fatos relatou que o réu deixou claro que "***havia adquirido a embarcação da própria Marinha***".

Questionado sobre quem da Marinha teria negociado a lancha, o réu civil afirmou categoricamente que foi o corréu militar, Sgt Villar, mas estava tudo certo, "sem problemas".

Ademais, o réu civil não conseguiu explicar o motivo de a Marinha não lhe entregar a documentação da venda realizada, passando-lhe a propriedade do bem.

Por óbvio, a Marinha não venderia o seu patrimônio diretamente a qualquer cidadão sem o competente processo licitatório.

Ou seja, Weslei tentou evitar o flagrante, buscando ludibriar a equipe de Inspeção com calma, no intuito de livrar-se da abordagem, fazendo parecer que a Marinha estava ciente do negócio, na pessoa do Sgt Villar. Assim, passaria a ser vítima de engodo do militar.

Em verdade, a prova dos autos indica que esse réu adquiriu, **dolosamente**, o casco da lancha "Coral", pertencente à Marinha do Brasil, de forma sub-reptícia. Sabia que estava comprando um bem móvel pertencente a uma das Forças Armadas do Brasil, de forma ilícita e por um preço abaixo do mercado.

Assim, houve dolo sim na conduta do réu civil e, consequentemente, podem-se responder as 3 (três) perguntas formuladas pela Defesa em suas Razões Recursais.

A primeira: se Weslei sabia da origem ilícita da lancha "Coral", então por que afirmou para a fiscalização, no momento da apreensão, tê-la adquirido do corréu Sgt Villar? A resposta é simples. Porque realmente comprou-a do corréu militar. O civil tentou evitar o flagrante, buscando ludibriar a fiscalização, ao mencionar o nome do militar da Marinha, o qual servia naquela região e lhe vendeu o barco, fazendo parecer que o negócio era legal e conhecido pela Força Armada. Teria sido engando pelo Sgt Villar.

A segunda: se Weslei sabia da origem ilícita da embarcação, por que então tentou regularizá-la, administrativamente, após a apreensão? Igualmente, constata-se que a tentativa de regularização era esconder a origem ilícita do bem móvel. Uma tentativa de "esquentar" o objeto obtido ilicitamente, bem como de demonstrar que desconhecia a sua ilicitude.

A terceira: se sabia da origem ilícita da embarcação, por que somente comprou-a após o Sr. Robertinho (despachante marítimo) afirmar que a embarcação era passível de regularização da documentação? Assim agiu porque, com a suposta afirmação do despachante, sentiu-se mais seguro para tentar ocultar a origem ilícita do bem. Encontrara um "jeitinho", que poderia ser dado para regularizar a documentação do bem, "esquentando-o".

Por fim, pode-se constatar o dolo de Weslei pelo fato de o réu ter adquirido a lancha por preço abaixo do mercado, sabendo que o vendedor não possuía a documentação comprobatória da regularidade da embarcação.

Ele tinha consciência de que o bem adquirido estava irregular: sem documentos. Comparando-se com a aquisição de um veículo terrestre, pergunta-se: quem, de sã consciência, compraria uma viatura de um vendedor desconhecido que não apresentasse a documentação comprobatória da regularidade do veículo? Ou seja, sem o IPVA, a certidão negativa de propriedade, o certificado de registro, os manuais, a nota fiscal, etc.

Na verdade, Weslei comprou um objeto de origem suspeita para o seu proveito próprio, sabendo das suas irregularidades, pois a Marinha jamais colocaria à venda quaisquer dos seus bens sem o devido processo administrativo.

Em suma, a Defesa não trouxe argumentos capazes de comprovar a ausência de dolo na conduta do réu civil.

4.2 Da alegada desclassificação para Receptação Culposa

A análise do tópico anterior demonstrou que houve dolo na conduta de Weslei.

Logo, por exclusão, é totalmente errônea a pleiteada desclassificação para o crime previsto no art. 255 do CPM – Receptação Culposa.

Doutrinariamente, as modalidades da culpa são a imprudência, a imperícia e a negligência.

Nelas, o agente pratica o crime sem desejar a produção do resultado com dolo (direto ou eventual), mas sim por falta da cautela necessária, omitindo-se nos cuidados e nas medidas dele esperados.

A definição legal do crime culposo está no art. 33, II, do CPM, *in verbis:*

> Art. 33. Diz-se o crime:
>
> [...]
>
> II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

Por qualquer ângulo de análise, legal ou doutrinário, a conduta do réu civil não se amolda ao crime culposo. Tinha plena ciência da compra de um bem móvel da Marinha, sem documentação legal alguma.

4.3 Conclusão parcial do Recurso do réu Weslei

Há provas suficientes nos autos para se concluir pela responsabilidade criminal do réu Weslei, ao cometer Receptação do casco da lancha "Coral" da Marinha do Brasil, adquirindo-a do 2º Sgt Villar e não da Armada Brasileira, proprietária da embarcação.

Dessa forma, as teses apresentadas pela Defesa são improcedentes. Isso posto, nego provimento ao Apelo do 2º réu.

5. DOS ARGUMENTOS DO MPM

O *Parquet* requer a reforma da Sentença, tão somente no tocante à pena do réu 2º Sgt Villar.

5.1 Da análise da Sentença

Para tanto, o MPM afirma que a Sentença condenatória feriu o Princípio da Legalidade porque, na terceira fase da dosimetria, diminuiu a pena, a qual estava no patamar mínimo previsto para o tipo penal do art. 303

do CPM (três anos de reclusão), em 1/3 (um terço), resultando na sanção definitiva de 2 (dois) anos de reclusão para o réu militar.

A justificativa do Magistrado, como *ratio decidendi*, apontou o Princípio da Proporcionalidade, aplicado, na sua óptica, para dirimir hipotético excesso punitivo (Processo Relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 190, doc. SENT1, fl. 8), *in verbis* :

> [...] 50. Na última fase de aplicação da pena, não encontramos causa de aumento.
>
> Ao contrário, **invocando o princípio da proporcionalidade**, penso que o apenamento até então fixado, deve ser diminuído em 1/3. E isso porque, apenar-se o acusado com 3 (três) anos de reclusão, **ao meu sentir, representaria um excesso punitivo**, uma vez que traria **como decorrência legal**, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, nos termos do artigo 102 do CPM. Ora, excluir o acusado da Instituição a qual pertence, depois de tantos e tantos anos de serviços prestados, ao nosso ver, estaria a representar uma medida excessiva e desproporcional e, como é sabido, o excesso de punição representa uma verdadeira injustiça. Somando-se a isso, há que se mencionar, que a lancha Coral foi devidamente restituída à Marinha do Brasil, sendo que, conforme informação constante no evento 145, da própria Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, a mesma encontra-se sendo aproveitada pela referida Organização Militar, nas ações de fiscalização do tráfego aquaviário, dando-se sequência, pois, à sua destinação funcional. Ou em outro dizer, a Administração Pública Militar não experimentou qualquer prejuízo financeiro. Não bastassem tais argumentos, há que se dizer, ainda, aqui, que o mesmo delito imputado ao réu no presente feito, diante do Código Penal Comum (art. 312), tem uma pena mínima de 2 (dois) anos de reclusão, diferentemente do CPM, cujo apenamento mínimo se inicia com uma sanção de 3 (três) anos de reclusão, não havendo, ao nosso sentir, razão alguma para tal disparidade. Neste raciocínio, face às circunstâncias acima apontadas, **com base no princípio da proporcionalidade acima referido**, diminuo a pena até então fixada em 1/3, tornando-a, pois, definitiva, em 2 (dois) anos de reclusão. [...]. (Grifos nossos.)

O exame do texto da Sentença indica que o MPM tem total razão em seus argumentos.

Constata-se que o Magistrado utilizou, em sua óptica, peculiar fundamentação principiológica para descumprir regra estabelecida em lei.

No art. 69, § 2º, do CPM, há regra clara sobre os limites legais da pena:

> Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os

> antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.
>
> [...]
>
> **Limites legais da pena**
>
> § 2º Salvo o disposto no art. 76, **é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável**. (Grifo nosso.)

O art. 76 do CPM define a hipótese de exceção para estabelecer a pena dentro dos limites legais:

> **Majorantes e minorantes**
>
> Art. 76. **Quando a lei prevê** causas especiais de aumento ou diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58). (Grifo nosso).

Contudo, observa-se que a fundamentação apresentada para diminuir a pena do réu militar **não** está prevista em lei! Portanto, não poderia incidir.

O texto da Sentença revela que a medida foi adotada para evitar a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM, bem como, nas palavras do Juiz, afastar a diferença entre as penas previstas no CPM e no CP para o mesmo crime, "não havendo, ao nosso sentir, razão alguma para tal disparidade" (Processo Relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 190, doc. SENT1, fl. 8).

É surpreendente que os operadores de Direito perante a Justiça Militar da União (JMU) não tenham, ainda, a necessária percepção dos princípios diferenciadores da seara Especializada e da Comum.

Os preceitos secundários previstos no CPM seguem parâmetros bem diversos quando comparados àqueles encampados no Código Penal comum (CP). A JMU tutela bem de enorme interesse público – as Forças Armadas. Por isso, há dessemelhanças, por exemplo, nas penas mínimas impostas nos arts. 312 do CP e 303 do CPM.

A JMU é especializada, a qual assegura a maior e mais eficaz ferramenta de defesa da sociedade.

A regularidade e a permanência, sendo elementos constitucionais definidores das Forças Armadas do País, norteiam a atuação da JMU.

A JMU, por consequência, tutela a Disciplina e a Hierarquia no seio das Forças Armadas, bem como a preservação dos seus patrimônios humano, imaterial e material, tudo para possibilitar o cumprimento da sua missão constitucional precípua: a Defesa da Pátria.

Os militares, de forma prioritária os de carreira, assumem, de forma voluntária, em ato solene e perante a Bandeira do Brasil, o compromisso de cumprir, rigorosamente, as ordens das autoridades e de dedicar-se inteiramente ao serviço da Pátria, cuja honra, integridade e instituições defenderão com o sacrifício da própria vida.

Essa condição profissional deve reger os militares em tudo o que fizerem, principalmente durante o cumprimento de suas funções nos quartéis.

Os militares são indivíduos instruídos para conduzir os seus atos com retidão e de forma ilibada, responsável, leal, proba e patriótica. Fardados, eles têm o compromisso de honrar os seus companheiros, a sua OM, a sua Força e o seu País.

Devem dedicar-se ao fortalecimento e à grandeza das Forças Armadas, jamais contribuindo para a degradação dos seus valores materiais e imateriais, descredibilizando-as.

O cometimento de delitos contra as Forças Armadas, em especial quando o agente pertence aos seus quadros, fere, diretamente, os princípios jurídicos regentes que as conduzem. Diante da clara ofensa ao interesse coletivo, o autor do delito será processado, julgado e, se for o caso, penalizado à luz da jurisprudência reinante na JMU.

Fugir disso é transformar militares em milicianos, indivíduos armados, isentos da consciência dos comprometimentos moral e ético que os vinculam à sua profissão.

Assim, a solução adotada no julgamento *a quo* não encontra amparo legal, pois estaria, em amplo aspecto, valendo-se de minorante supralegal, e, por consequência, ferindo o art. 76 do CPM.

Ademais, a sanção mínima de 3 (três) anos de reclusão para o crime de Peculato no CPM está longe de ser "desproporcional".

A Sentença aponta disparidade entre o CPM e o CP. Supostamente, nas palavras do Magistrado, sem razão alguma. A experiência da vivência militar permite discordar dessa colocação.

Na esfera militar, **o bem apropriado ou desviado da Força Armada impacta as missões de resguardo do País e não somente os prejuízos financeiros.**

Especialmente no caso concreto, pois a lancha não foi utilizada pela Marinha do Brasil para o **patrulhamento das águas nacionais. Durante o longo período sob a posse do receptador, em decorrência do peculato empreendido pelo réu militar, a sociedade não dispôs de tão importante bem, o qual deveria ter integrado, sem qualquer interrupção, as importantes missões da Marinha do Brasil.**

O fato de a embarcação ter voltado à posse da Marinha não apaga o crime, tampouco minimiza o prejuízo gerado para as atividades castrenses. Assim, afirmar que "a Administração Pública Militar não experimentou qualquer prejuízo financeiro" absolutamente carece de base processual. Além dos materiais, há sistemáticos danos operacionais e morais, pois os demais componentes da OM e da sociedade passam a desacreditar nos controles exercidos pelas Forças Armadas.

A propriedade do equipamento militar merece especial proteção da lei, porquanto o seu emprego está associado à garantia e à integridade da soberania nacional.

Não se pode inaugurar a temerosa jurisprudência no sentido de que, se o objeto for recuperado, a diminuição da pena no patamar de 1/3 (um terço) incidiria, mesmo **sem qualquer previsão legal para tanto.**

Se a lancha tivesse ficado somente por um dia fora da posse da Marinha, sem autorização, ainda assim o severo prejuízo estaria configurado, **em face da indisponibilidade do meio destinado, com recursos públicos, ao cumprimento da missão constitucional daquela Força Armada.**

Outrossim, faz-se necessário lembrar: foi a própria Marinha do Brasil quem devolveu a lancha ao seu serviço, quando, em operações de fiscalização, resgatou a embarcação sumida. O réu em nada contribuiu para essa recuperação.

Aliás, segundo prolatado na Sentença, o réu teria recebido R$ 4.000,00 (quatro mil reais) pela negociação com o corréu, o que traria benefício próprio ao infrator (Processo Relacionado: APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002, Evento 190, doc. SENT1, fl. 6, item 34).

Nesse fio, a exclusão do militar da Marinha do Brasil, como pena acessória, não é desproporcional e tampouco injusta.

Ao contrário, perfaz necessária medida de repressão especial e geral.

5.2 Da nova dosimetria da pena

Pelas razões mencionadas no tópico anterior, há a necessidade de reparo na reprimenda penal do réu militar.

Quanto às primeira e segunda fases da dosimetria, a fundamentação da Sentença permanece intacta:

> [...] Assim, em uma primeira fase, atentando-se para as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM, temos que Rafael Douglas Villar de Oliveira é primário. Tal situação está a ensejar, portanto, a fixação da pena base no mínimo legal previsto para o art. 303, *caput*, do CPM, qual seja, em 3 (três) anos de reclusão.

> [...] Na segunda fase de aplicação da pena, não encontramos agravantes e nem atenuantes. Assim, a pena inicialmente fixada permanece igual, isto é, em 3 (três) anos de reclusão. [...].

Em relação à terceira fase, retira-se a diminuição da pena em 1/3 (um terço) aplicada na Sentença. A tese de que haveria ofensa, nesse contexto, ao Princípio da Proporcionalidade carece de amparo legal, conforme os motivos amplamente fundamentados na jurisprudência deste Superior Tribunal Militar, que preserva a probidade, a lealdade e a responsabilidade na conduta dos seus jurisdicionados.

Logo, o *quantum* da sanção retorna ao patamar mínimo previsto no art. 303 do CPM – **3 (três) anos de reclusão**, tornando-a definitiva. Assim, descabe a concessão do *sursis*, pela ausência do requisito objetivo previsto no art. 84, *caput*, do CPM – pena não superior a 2 (dois) anos.

Em decorrência da fixação da pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão, incide a pena acessória prevista no art. 102 do CPM, excluindo-se o 2º Sgt Rafael Douglas Villar de Oliveira das Forças Armadas.

Destaca-se, portanto, que o Princípio da Proporcionalidade está muito bem aplicado neste caso concreto, o qual requer, em função da responsabilidade do agente militar, a repressão prevista no art. 303, *caput*, do CPM.

Desproporcional seria tratá-lo como cidadão comum, ou seja, não integrante das Forças Armadas, as quais foram prejudicadas pela sua conduta criminosa.

5.3 Conclusão parcial do Recurso do MPM

Os argumentos delineados pelo Órgão Ministerial demonstram a necessidade de reajuste na pena do réu militar, porquanto a Sentença estabeleceu a aplicação de minorante sem nenhum amparo legal.

6. DO PARECER DA PGJM

No mesmo sentido, colaciona-se o pertinente Parecer da PGJM, harmônico com o presente Voto, adotando-o com razão acessória de decidir (Evento 13, doc. PAREC_MP1, fls. 3/5):

> [...] Observa-se que o Juízo *a quo* invocou o princípio da proporcionalidade para, na terceira fase de fixação da pena, incidir a chamada minorante inominada, no patamar de 1/3, sobre a pena de 3 anos, o que possibilitou a fixação da pena no *quantum* definitivo de 2 anos, cuja fundamentação foi no sentido de que a pena fixada no patamar mínimo de 3 anos, previsto à espécie 'representaria um excesso punitivo', com a consequente aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas do aludido militar, o que, sob a ótica do Magistrado, culminaria na aplicação de 'uma medida excessiva e desproporcional' a

um graduado possuidor de tantos anos de serviços prestados à Marinha do Brasil.

Segue o Magistrado afirmando que "o excesso de punição representa uma verdadeira injustiça", bem como a lancha Coral foi restituída à Marinha do Brasil, e encontra-se em pleno aproveitamento na fiscalização do tráfego aquaviário, e que não houve *in casu* 'qualquer prejuízo financeiro', bem como o mesmo delito tem pena mínima de 2 anos no Código Penal Brasileiro. Ora, [...] a minorante inominada deve ser afastada, pois, ao contrário do afirmado na Sentença, a pena aplicada no patamar mínimo de 3 (três) anos não representa qualquer excessivo punitivo e/ou desproporcional, tendo em vista que essa foi a vontade do legislador na edição do CPM, o qual, invariavelmente pode conter apenamento mais severo do que o contido na legislação penal comum, em face do princípio da especialidade que rege essa Justiça Militar, bem como na proteção dos valores e princípios basilares que sustentam as Forças Armadas. Além disso, a pena acessória de exclusão [...] foi estabelecida [...] como consequência lógica, de forma objetiva, em relação àqueles que sofrem apenamento superior ao patamar de 2 (dois) anos, não havendo, portanto, qualquer ressalva nesse dispositivo que faça menção à diminuição de pena que exceda tal limite em relação a praças possuidores de 'tantos e tantos anos de serviços prestados.'

Ao revés, ao nosso sentir, era esperada outra atitude diametralmente oposta à conduta delituosa praticada pelo experiente graduado, porquanto, diante da larga vivência na vida militar, não poderia jamais aproveitar-se da relevante função de Fiel de Material da unidade em que servia para praticar a grave conduta de vender uma lancha pertencente ao patrimônio da Marinha do Brasil como se o bem pertencesse ao seu patrimônio pessoal.

Sem razão também o Juízo *a quo* ao afirmar que a pena no patamar de 3 anos representaria 'verdadeira injustiça', pelo contrário, estabelecida nesse patamar mínimo mostra-se equânime à conduta delituosa [...]. Também não deve prevalecer o entendimento de que não houve prejuízo à Marinha porque a lancha Coral foi restituída e encontra-se em aproveitamento na fiscalização do tráfego aquaviário, pois, ao contrário dessa afirmação, deve-se perguntar qual o real valor do prejuízo suportado pela Marinha durante o período de 5 (cinco) anos em que tal embarcação permaneceu na posse do civil [...] e indisponível para uso na Força Naval, por certo, trata-se de valor incalculável, em razão do prejuízo material direto pela ausência da lancha, somado ao enorme prejuízo de ordem moral para a Marinha e seus integrantes. Portanto, forçoso concluir que inteira razão assiste ao MPM [...], com nova dosimetria da pena, afastando-se a minorante inominada aplicada na terceira fase, devendo, assim, a pena definitiva aplicada ao Sgt RAFEL ser fixada no patamar de 3 anos, porquanto se mostra justa e proporcional ao fato cometido, conforme observância aos institutos e princípios norteadores do Direito Penal Militar. [...].

Assim, a necessidade de correção da pena do réu militar está clara, dando-se provimento ao Recurso Ministerial.

7. CONCLUSÃO

Após o exame das Razões Recursais das Defesas, inexistem motivos e fundamentos para o acolhimento dos seus pleitos.

A autoria e a materialidade são incontestes em ambos os delitos.

As condutas foram típicas, formal e material, pois se adequam aos tipos penais analisados dos arts. 303 e 254, ambos do CPM.

Foram antijurídicas, pois frontalmente contrárias ao previsto em lei, sem qualquer amparo das excludentes previstas no art. 42 do CPM. E também culpáveis, pois os agentes eram imputáveis, tinham potencial consciência das ilicitudes e poderiam ter agido de modo diverso. Entretanto, optaram pelo caminho do crime.

Portanto, as reprimendas penais de ambos se mostram pertinentes, sendo impositiva resposta Estatal à altura do ataque aos bens jurídicos tutelados.

Nesse fio, assiste total razão ao MPM ao pleitear que o réu militar seja apenado conforme os parâmetros legais definidos pelo Poder Legislativo, em atenção ao Princípio da Legalidade.

O réu militar contratou o serviço em nome da Marinha, recebeu duas embarcações (uma nova e outra velha) e desapareceu com o casco da "antiga lancha Coral", vendendo-o para o corréu civil, para obter lucro em proveito próprio.

As especificidades da legislação militar especial não podem ser olvidadas.

Descabe estabelecer, neste caso, qualquer causa especial de diminuição da pena supralegal, mormente quando não se verifica desproporcionalidade no tocante às penas previstas em lei.

Destaca-se que a conduta do réu militar foi grave, pela qual foi sancionado penalmente.

Conforme se pode constatar nos fatos ilícitos relatados nos autos, o desvio de conduta do 2º Sgt Villar atacou mortalmente o cerne da confiança depositada em qualquer militar.

A sociedade brasileira investiu pesadamente durante toda a sua carreira e o paga, até hoje.

O réu militar descuidou-se dos princípios éticos e morais que balizam a conduta imposta e esperada desses profissionais. Como reflexo, as consequências desses fatos impossibilitam que o militar mantenha a condição de componente da Marinha do Brasil.

Os honrados militares, além de formarem os homens que defenderão a sociedade, preocupam-se, diariamente, com a correção e a retidão das atividades nas OM, ante os escassos recursos de que dispõem para cumprir as suas obrigações institucionais, **sempre conforme a lei**.

Nesse prisma, por qualquer vértice de análise, o réu está totalmente obstado de permanecer na Marinha por ter ferido, frontalmente, os princípios e os valores que norteiam a carreira militar.

A prática ilícita perpetrada atingiu frontalmente os aspectos éticos/morais e a exigência insuperável de conduta ilibada relativos aos profissionais da carreira das Armas.

Perde solidez o compromisso outrora firmado de fidelidade institucional, diante do desvirtuamento comportamental. Há evidente fragilização das estruturas institucionais, as quais estavam firmadas na confiabilidade. Por isso, é inviável a permanência do vínculo, então existente do nominado militar com a Marinha do Brasil.

Isso porque a natureza dos atos praticados é completamente paradoxal à verdadeira vocação exigida aos profissionais das Armas, à qual o militar adere, oferecendo a sua vontade e o seu tempo ao cumprimento do dever, em todos os momentos da sua vida.

Em 29.11.2016, no nobre exercício do múnus de Relator em sede do julgamento do Conselho de Justificação nº 53-32.2016.7.00.0000/DF, o qual também envolveu grave questão ético/moral, semelhante à apresentada no presente Processo, destaquei que:

> [...] Significa julgar para "cortar na própria carne". Porém, de outra forma, traduz-se na depuração dos recursos humanos da Força; no incentivo às boas condutas que se adequam à moral e à ética; e na valorização da qualidade e dos atributos que sustentam a credibilidade das nossas Instituições armadas.
>
> Ao expurgarmos os desajustados, a Instituição purifica-se, fortalece-se e premia aqueles que, honestamente, dedicam a vida ao engrandecimento da Pátria brasileira.
>
> Srs. Ministros, "nem sempre perder é perder. Por vezes, perder é, também, ganhar!" [...]

Nesse fio, a imposição da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM, é medida justa e proporcional à conduta praticada, não caracterizando qualquer ofensa aos Princípios Constitucionais.

Nessa base, voto no sentido de dar provimento ao Recurso do MPM, para, mantendo a Sentença condenatória de ambos os réus, tão somente alterar a pena do 2º Sargento da Marinha Rafael Douglas Villar de Oliveira para

3 (três) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 303, *caput*, do CPM, com o direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, sem o benefício do *sursis*, em razão da ausência do requisito objetivo previsto no art. 84 do CPM. Em decorrência, aplico a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM. Por fim, nego provimento aos Apelos das Defesas de ambos os réus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento extraordinária, sob a Presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em dar provimento ao Apelo Ministerial, para, mantendo a Sentença condenatória de ambos os réus, tão somente alterar a pena do Segundo-Sargento da Marinha Rafael Douglas Villar de Oliveira para 3 (três) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 303, *caput*, do CPM, com o direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal brasileiro, sem o benefício do *sursis*, em razão da ausência do requisito objetivo previsto no art. 84 do CPM; e, em decorrência, aplicar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM e, **por maioria**, em negar provimento aos Apelos das Defesas de ambos os réus.

Brasília, 14 de dezembro de 2022 – Gen Ex Marco Antônio de Farias, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Nº 7000621-50.2021.7.00.0000

Votei, divergindo da maioria dos Ministros desta Corte, para conhecer e negar provimento ao Recurso interposto pelo Ministério Público Militar e para conhecer e dar provimento aos Apelos Defensivos para, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM, reformar a Sentença proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7000070-44.2020.7.02.0002 e absolver o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA do crime previsto no art. 303 do CPM, bem como o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA do crime previsto no art. 254 do CPM, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público Militar e pelos Advogados Constituídos contra a Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 22 de julho de 2021, que condenou o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 303, *caput*, do CPM, e o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 254, *caput*, do CPM, concedendo, para ambos, o direito de apelar em liberdade, o regime inicialmente aberto e o

benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos (evento 190 do e-Proc 1ª instância – APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002).

O MPM, em suas Razões (doc. 1 do evento 8 do e-Proc STM), requereu a reforma parcial da Sentença condenatória para elevar a pena do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA ao patamar de 3 (três) anos de reclusão, mínima prevista pelo art. 303 do CPM, com fundamento no § 2º do art. 69 do CPM. Alegou, para esse fim, que, como não houve a incidência de nenhuma causa de diminuição de pena, em obediência ao Princípio da Legalidade, o Magistrado *a quo* não poderia ter invocado o Princípio da Proporcionalidade, na terceira fase da dosimetria da pena, para aplicar a redução de 1/3 (um terço), diminuindo, por consequência, *o quantum* da pena mínima de 3 (três) anos para 2 (anos) anos de reclusão. Asseverou que não caberia ao juízo concluir que a pena mínima fixada para o crime de peculato seria excessiva ou desproporcional à gravidade da conduta praticada pelo Réu sem antes declarar a inconstitucionalidade do art. 303 do CPM.

A Defesa do Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA, em suas Razões (doc. 2 do evento 8 do e-Proc STM), solicitou a desclassificação do crime de receptação dolosa para o de receptação culposa, previsto no art. 255 do CPM e, na sequência, a absolvição do Apelante, por entender que seria impossível o Réu identificar a procedência ilícita de um casco adquirido como sucata.

Alegou, para tanto, que, se o Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA tivesse conhecimento da origem ilícita da embarcação, não teria, por ocasião da apreensão, confessado que adquiriu o casco em estado de sucata do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, nem teria tentado regularizá-lo após o ocorrido. Informou que nem o próprio Despachante Marítimo JOSÉ ROBERTO SAMPAIO (ROBERTINHO) teria desconfiado que a embarcação era da Marinha do Brasil quando fez as medidas do casco velho, tendo dito que seria passível de regularização. Afirmou que a própria perícia confirmou que, se não fosse pelo local de abastecimento, a referida embarcação seria idêntica à de uso civil.

Disse que teria adquirido de boa-fé o casco da embarcação em estado de sucata por valor compatível com o de mercado para a época dos fatos, acreditando ser passível de regularização, tanto é que fez reformas na embarcação, o que, também, foi confirmado pela perícia. Falou que não existiriam subsídios para sustentar a prática de receptação dolosa porque o Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA não teria conhecimentos técnicos para diferenciar se a embarcação era de uso civil ou de uso militar e, mesmo que tivesse, não seria possível imaginar que um casco depositado na via pública em estado de sucata pertenceria ao patrimônio da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio).

O Advogado constituído pelo 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, em suas Razões recursais (doc. 3 do evento 8 do e-Proc STM), suscitou, preliminarmente, a ampla devolução da matéria de direito ao Tribunal *ad quem*, circunstância que abriria a possibilidade de análise das questões que não foram enfrentas pelo Juízo *a quo*.

No mérito, requereu a reforma da Sentença para absolver o Réu, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM, por entender que não existiria prova suficiente para a condenação do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA pela prática do crime previsto no art. 303 do CPM. Argumentou, nesse ponto, que, a despeito de o Réu estar exercendo a função de Fiel do Material no período compreendido entre janeiro de 2013 a janeiro de 2017, não era o único militar que trabalhava no local. Afirmou que o Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA não apresentou nenhum documento comprovatório das declarações prestadas em juízo. Asseverou que os depoimentos prestados pelas testemunhas do MPM e da Defesa não corroboram com os fatos narrados na Denúncia.

Enfatizou que a autoria do crime de peculato não poderia ser atribuída ao 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA com base apenas nas alegações infundadas do Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA. Destacou que o Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA não logrou êxito em comprovar a origem da embarcação e do motor apreendidos na sua posse, muito menos em demonstrar a boa-fé ao adquirir esses bens.

E, no caso de confirmação da condenação, pediu a manutenção da pena e dos regimes fixados na Sentença, inclusive da minorante inominada aplicada para reduzir a pena do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA em 1/3 (um terço), por estar em consonância com a jurisprudência do STM.

Consta nos autos que, em 21 de abril de 2019, no balneário de Pauliceia/SP, a equipe de Inspeção Naval da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), que tinha como mais antigo o 2º Sgt Mar SANDRO CLEMENTINO DOS SANTOS, depois de fazer uma abordagem de rotina, apreendeu a lancha conduzida pelo Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA por falta de documentação comprobatória da titularidade e de regularidade da embarcação.

Na ocasião, ao ser indagado acerca da origem da lancha, o Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA disse que adquiriu a embarcação em estado de sucata do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA há aproximadamente 5 (cinco) anos, sem nenhuma documentação, e que estava terminando a reforma para solicitar a vistoria de legalização.

Pelo que se apurou nos autos, no período compreendido entre janeiro de 2013 a janeiro de 2017, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE

OLIVEIRA, além de Encarregado da Garagem da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), desempenhava a função denominada Fiel de Material, sendo o responsável por controlar as viaturas e embarcações da Unidade Miliar.

No decorrer das investigações, em atendimento às diligências requisitadas pelo MPM (evento 8 do e-Proc 1ª instância – IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002), o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, por meio do Oficio nº 284 DelPEpitácio-MB, de 7 de novembro de 2019, prestou as seguintes informações (evento 14 do e-Proc 1ª instância – IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002):

> 1. Em atenção à diligência, solicitada pelo Ministério Público Militar (MPM) no evento n 8 do Processo nº 7000327-06.2019.7.02.0002, atinente ao IPM nº 237-06.2019, dessa Auditoria, participo a Vossa Excelência que consta que o bem, sim pertence formalmente ao acervo da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, conforme Número Patrimonial 135601037, constante na página um (1) do Inventário de Bens Móveis por Incumbência, Anexo Alfa deste Ofício.
>
> 2. Desta feita, ao investigar o acervo desta Organização Militar, foram encontradas as cópias das Notas de Empenho (documento que aloca recurso financeiro para aquisição de bens ou serviços) nº 2015NE000239, nº 2015NE000253 e anexos, Anexo Bravo deste Ofício; a DANFE (documento auxiliar da nota fiscal eletrônica) nº 000.000.141, Anexo Charlie deste Ofício; e a NFS-e (nota fiscal de serviço eletrônico) nº 00000003, Anexo Delta deste Ofício, ambas (DANFE e NFS-e) datadas de vinte e um (21) de janeiro (01) de dois mil e dezesseis (2016), emitidas pela empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações LTDA, situada à época na rua Reta Paulo Weller, nº 21-35, nesta cidade, hoje estabelecida na avenida Presidente Vargas, nº 32-79, mesmo município. Diante destes documentos, foi realizada a oitiva do Sr. MARCOS LUCIANO MAES, proprietário da empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações LTDA, com o intuito de esclarecer e responder as questões do MPM, sendo o Anexo Echo deste Ofício os documentos oriundos desta oitiva composto dos seguintes documentos, Ofício n 4, Termo de Depoimento, Cópia da CNH do inquirido e Cópia da Consulta Pública ao-Cadastro ICMS.
>
> 3. Como registrado no final da página quatro (4) e início da página cinco (5) do Termo de Depoimento (Anexo Echo), como também registrado na DANFE nº 000.000.141 (Anexo Charlie) e na NFS-e nº 00000003 (Anexo Delta), assim concluímos que a nota fiscal deu origem ao serviço de reparo do casco antigo e construção do casco novo, especificando de forma geral (*lato sensu*) tais serviços, e a DANFE deu origem ao material necessário para construção do casco novo e reparo do casco antigo (Pg. 2 do Termo).
>
> 4. Desta forma, depois destas ações realizadas pela empresa, obtivemos dois cascos:

> a) Um casco novo que após pintura feita pelo Sargento Villar (Pg. 4 do Termo) herdou motorização e todos os demais equipamentos da Lancha Coral tornando-se a própria e, até então a única lancha Coral.
>
> b) Um casco antigo de onde foram retirados a motorização e os equipamentos, que não foram substituídos por novos, ficando este casco antigo sem motor e equipamentos, mas com a pintura antiga e demais características da lancha Coral e que foi entregue ao Sargento responsável pelo trato com as embarcações desta Delegacia Fluvial, à época (Pg. 5 do Termo).
>
> 5. Outrossim, como consta nas questões do Egrégio *Parquet* manifestas no ofício IPM nº 237-06.2019 (evento nº 8 do Processo no 7000327-06.2019.7.02.0002), *Ipsis litteris*, 'a lancha denominada Coral, encontrada na posse do civil investigado, ainda pertence formalmente ao acervo da unidade; caso negativo, informar a que título fora desligada', para a resposta desta questão faz-se necessário esclarecer, como explicado no parágrafo anterior, que a lancha denominada Coral com seu casco construído no ano de dois mil e dezesseis (2016) consta na página um (1) do Inventário de Bens Móveis por Incumbência (anexo Alfa) Número Patrimonial 135601037, portanto o casco encontrado de posse do civil, inicialmente denominada lancha Coral, não temos registro formal (exceto os apresentados nos anexos) especificando seu pertencimento ao acervo da unidade, como também não foi encontrado documento referente ao desligamento ou qualquer espécie de alienação deste casco. (Original com grifos.)

Pelo que extraí dessas informações, o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, para chegar à conclusão de que houve a fabricação de um casco novo, o qual recebeu o motor e os equipamentos da antiga Lancha Coral, respaldou-se, única e exclusivamente, nas declarações prestadas pelo Sr. MARCOS LUCIANO MAES, proprietário da empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME, porquanto as documentações anexadas ao Ofício para responder às indagações do MPM retratam outra realidade completamente diferente.

Primeiro porque tanto as Notas de Empenho nº 2015NE000239 e nº 2015NE000253, emitidas pela Marinha do Brasil em favor da empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME, como o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) nº 000.000.141 e a NFS-e (Nota Fiscal de Serviço Eletrônico) nº 00000003, fornecidos pela empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME após a conclusão dos serviços, não foram destinadas para a construção de um casco novo para embarcação Coral, mas sim para a manutenção das estruturas das Embarcações PACU, CORAL e PIARA da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio).

Segundo, porque o valor orçado em cada uma das aludidas Notas de Empenho, a saber, R$ 7.996,80 (sete mil, novecentos e noventa e seis reais e oitenta centavos), que somadas chegam ao montante de R$ 15.993,60 (quinze mil, novecentos e noventa e três reais e sessenta centavos), não é compatível com a construção de apenas um casco novo para a Lancha Coral, o qual, inclusive, de acordo com o Inventário de Bens Móveis por Incumbência da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), depois de receber a instalação dos acessórios e de ter sido pintado pelo 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, está avaliado em R$ 5.075,25 (cinco mil e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos).

Ou seja, causa estranheza a Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) avaliar o suposto casco novo da embarcação Coral em R$ 5.075,25 (cinco mil e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos) depois de ter gastado R$ 15.993,60 (quinze mil, novecentos e noventa e três reais e sessenta centavos) para a sua fabricação, sendo importante ressaltar que tanto as Notas de Empenho emitidas pela Marinha do Brasil quanto as Notas Fiscais fornecidas pela empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME após a conclusão dos serviços foram destinadas para a manutenção das estruturas de três (3) Embarcações, quais sejam, PACU, CORAL e PIARA.

Para completar as diligências anteriormente requisitadas pelo MPM (evento 18 do e-Proc 1ª instância – IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002), o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, por meio do Oficio nº 46 DelPEpitácio-MB, de 18 de janeiro de 2020, encaminhou o Laudo de Exame Pericial, datado de 10 de janeiro de 2021, o qual foi emitido pelos Peritos 2º Sgt Mar ADRIANO ARAUJO VIANA e 3º Sgt Mar DIOGO DOS SANTOS BATISTA, com as seguintes conclusões sobre a embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI VACOMELI BOLONHA (evento 33 do e-Proc 1ª instância – IPM nº 7000327-06.2019.7.02.0002):

> **IV) CONCLUSÃO DA PERÍCIA**
>
> Conclui-se, portanto, com base na análise dos dados obtidos e da perícia realizada no material, que a embarcação apreendida em posse do Sr. WESLEI VACOMELI BOLONHA, é um bem de propriedade da União, que sofrera alterações com intuito de retirar as identificações originárias, no entanto, estas não foram suficientes para comprometer a sua identificação por Inspetor Naval. Após a sua apreensão foi possível superar a suspeita, pois mesmo com uma camada de tinta sobreposta a embarcação manteve as identificações de uma lancha não padronizada que é utilizada pela Marinha do Brasil em atividades de segurança do tráfego aquaviário, quais sejam: faixas paralelas na bochecha de bombordo nas cores verde e amarela (anexos A e F), bem como o local onde o nome da instituição é fixado em seu costado foi alvo de produtos químicos de ação intensa (anexo-A), além disso, há outros sinais característicos que foram acessórios para que estes peritos concluíssem ser

> o objeto desta a embarcação CORAL, pertencente à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio, como por exemplo reparos efetuados por profissionais desta organização e que foram preservados pelo adquirente (anexo D) e um mapa de controle de combustível (anexo G), que é um controle interno da Organização Militar e que estava acondicionado em um dos armários da embarcação.
>
> De acordo com nosso Sistema de Controle de Material (CADBEM), que sofre depreciação periodicamente, nossa lancha CORAL esta valorada por R$ 5.075,25 reais (anexo J), por analogia podemos inferir que o casco apreendido com o Senhor WESLEI VACOMELI BOLONHA, tenha valor aproximado disto. Assim para conseguirmos aferir uma média de valor de mercado para o referido casco, estes peritos acharam por bem orçar na Fábrica (FORTALEZA NAUTICA) um casco com as mesmas características e cujo valor orçado foi de R$ 20.000,00 (anexo K) reais. **Finalizamos nossa conclusão, somando os valores e dividindo o resultado pelo número de fatores, para obtermos uma média aritmética, chegamos então ao que acreditamos ser o valor de mercado (aproximado), que seria de R$ 12.537,62 reais (doze mil e quinhentos e trinta e sete reais e sessenta e dois centavos de reais.** (Original com grifos.)

Em verdade, de acordo com a própria Perícia, não existe nenhuma dúvida de que a embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI VACOMELI BOLONHA era parecida com "uma lancha não padronizada que é utilizada pela Marinha do Brasil em atividades de segurança do tráfego aquaviário", mas daí afirmar que ela pertencia à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) e, pior, que era justamente o casco antigo da Lancha Coral, é algo inaceitável com base nas justificativas apresentadas pelos Peritos, porque, além de as faixas paralelas nas cores verde e amarela e de o nome da instituição serem identificações padrão das embarcações da Marinha do Brasil, as demais característica acessórias mencionadas pelos Peritos, quais sejam, "reparos efetuados por profissionais desta organização" e "mapa de controle de combustível", salvo melhor juízo, não servem de parâmetro para identificar se esse tipo de embarcação pertence ou não a determinado órgão.

Nesse ponto, muito esclarecedor foi o depoimento do CF Mar RM1 HÉLIO SANCLER SANTOS DE MENEZES, que, à época da ocorrência dos fatos envolvendo o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, era o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio. Declarou que já foi perito algumas vezes nos mais de 14 (quatorze) anos que atuou na área da segurança aquaviária e, por isso, pode dizer que nenhum perito conseguiria afirmar com certeza que uma embarcação não identificada pertence a alguém ou a determinado órgão, uma vez que as perícias da Marinha do Brasil são 50% (cinquenta por cento) material e 50% (cinquenta por cento) documentação, ou seja, é algo muito complexo para se ter 100% (cem por cento) de certeza.

Por oportuno, com base na documentação ora analisada, vale ressaltar que o casco da embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI VACOMELI BOLONHA não possuía nenhum registro formal na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), foi repintado, estava sem nenhuma identificação visível, e, detalhe, não é padronizado, isto quer dizer que podem existir outros semelhantes no meio civil ou até mesmo em outra Capitania/Delegacia da Marinha do Brasil, o que, inclusive, não foi alvo da presente investigação.

Outra parte dessa Perícia que merece ser rechaçada é o valor de mercado conferido ao casco da embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI VACOMELI BOLONHA de *"R$ 12.537,62 reais (doze mil e quinhentos e trinta e sete reais e sessenta e dois centavos de reais"*, bem mais alto do que a avalição posta no Inventário de Bens Móveis por Incumbência da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) para o dito casco novo da embarcação Coral registrado com o Número Patrimonial 135601037, qual seja, R$ 5.075,25 (cinco mil e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos).

Ou seja, de acordo com a avaliação feita pelos Peritos, o casco velho da embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI VACOMELI BOLONHA estaria muito mais conservado do que o casco novo da embarcação Coral, que está em uso na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Sobre isso, há de se levar em conta que a assertiva lançada na Perícia vai de encontro com as declarações da Testemunha Civil JEFERSON CICOTTI PEREIRA, que montou os acessórios da referida embarcação, a saber, "a lancha era muito simples e antiga, e estava em péssimo estava de conservação, sendo apenas um casco seco".

Logo, entendo que a investigação realizada na fase inquisitorial não foi capaz de comprovar a dinâmica dos fatos narrados na Denúncia pelo Órgão Acusatório. O que ficou demonstrado foi o grande descontrole da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) sobre o material que saía e entrava daquela OM, pois, ainda que a embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI VACOMELI BOLONHA seja parecida com "uma lancha *não padronizada* que é utilizada pela Marinha do Brasil em atividades de segurança do tráfego aquaviário", não existe prova cabal de que o suposto casco negociado como sucata pelo 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA era o dito casco antigo da Lancha Coral.

Prova maior disso são os Termos de Transferência de Responsabilidade Incumbência juntados aos autos, todos datados de 27 de janeiro de 2017, isto é, de quando o Réu desembarcou da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), informando que os bens patrimoniais classificados como material permanente e de consumo duradouro que estavam sob a responsabilidade do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA foram conferidos pelo militar que recebeu a incumbência, não tendo sido

encontrada nenhuma discrepância (evento 186 do e-Proc 1ª instância – APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002).

Em Juízo, os Réus foram qualificados e interrogados (eventos 25, 115 e 153 do e-Proc 1ª instância – APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002), tendo, ambos, apresentado versões contraditórias sobre os fatos narrados na Denúncia. Merece destaque o fato de o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA ter dito que ninguém presenciou a negociação feita entre eles e que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA não mencionou nada acerca de o casco sucateado pertencer à Marinha do Brasil.

No seu primeiro interrogatório (vídeos 1 e 2 do evento 115 do e-Proc 1ª instância – APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002), o Réu 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA declarou ter levado a embarcação Coral para reparo até a empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME com uma viatura da Marinha e, da mesma forma, buscou e entregou a mesma embarcação na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), dizendo que as informações aqui levantas não procedem. Asseverou que estava fardado e devidamente autorizado para sair da Unidade Militar com a embarcação para fazer esse procedimento. Informou que, quando desembarcou da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), a Lancha Coral estava em pleno uso. Reforçou não saber informar o motivo pelo qual o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA falou que comprou a embarcação apreendida do Depoente. Enfatizou que não esteve na marina do Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO com o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA no momento da compra e da venda do casco da embarcação. Disse que não sabe se a Testemunha JOSÉ ROBERTO SAMPAIO tem algum motivo para querer prejudicar o Depoente.

Relatou que, depois da conclusão da reforma da Lancha Coral, como de costume, chegou cedo na Unidade Militar, pegou uma viatura compatível para buscar a embarcação e foi até empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME. Acrescentou que, chegando lá, com a ajuda dos funcionários da empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME, colocou apenas a Lancha Coral dentro da viatura e a levou de volta para a Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), deixando-a estacionada junto com a viatura, pois, pelo que se recorda, já existia uma missão previamente agendada para a embarcação naquele dia. Falou que a Marinha não tem gerência de como a empresa vai fazer a reforma da embarcação. Esclareceu que é a empresa que define o que precisa ser trocado no momento da pré-avaliação, a Marinha apenas entrega a embarcação e a pega pronta da forma como foi contratado, fazendo a conferência de tudo que feito.

Ressaltou que nem o Depoente nem a Marinha tomaram conhecimento da existência de 2 (dois) cascos da Lancha Coral. Destacou,

também, que não tomou conhecimento do surgimento de uma embarcação nova, sabendo apenas da emissão da Nota de Empenho para a reforma da Lancha Coral, a qual retornou à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Finalizou dizendo que, se a Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) tivesse comprado uma embarcação nova, a empresa teria que a entregar na Unidade Militar, não haveria necessidade do deslocamento para buscá-la.

No seu reinterrogatório (evento 115 do e-Proc 1ª instância – APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002), o Réu 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA declarou que está na Marinha do Brasil há 20 (vinte) anos e 5 (cinco) meses e que serviu na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) do início de 2013 até janeiro de 2017. Afirmou que hoje está servindo na Capitania Fluvial do Paraná, localizada na cidade de Foz do Iguaçu/PR. Informou que, quando estava na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), realizava várias funções, mas a principal era fazer as manutenções das embarcações, pois era o Encarregado do Setor. Disse que exerceu a função de Fiel de Material, sendo o responsável por verificar as condições de todo o material dos Setores da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), inclusive da casa do Comandante Delegado Fluvial de Presidente Epitácio.

Enfatizou que não conhece o Corréu WESLEI JACOMELI BOLONHA. Mencionou que não sabe a razão de o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA ter dito que comprou a embarcação apreendida do Deponente. Enfatizou que, em nenhum momento da sua carreira, mexeu com documentação de embarcação, já que sempre trabalhou na área de manutenção. Revelou que conhece o Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO, vulgo "ROBERTINHO", porque a Marinha, também, fazia serviço de manutenção de motores com a empresa dele. Comentou que não sabe o nome da empresa do Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO, apenas que é uma autorizada da Mercury. Divulgou que a Marinha também realizava serviços com a empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME, pois era especializada no conserto de estrutura de embarcações. Explicou que foi o Depoente que levou a embarcação Coral para fazer vários reparos de estrutura na empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME e que, depois da conclusão dos serviços, buscou a mesma embarcação para levá-la à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Reforçou que foram feitos sim reparos no casco da embarcação Coral porque estava entrando água.

Ressaltou que não só a Lancha Coral, mas todas a embarcações da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) estavam em condições precárias. Comunicou que foi o Sr. REGINALDO ALVES MOREIRA que lhe entregou a embarcação Coral na empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME. Esclareceu que não seria possível retirar de uma única

vez duas embarcações da empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME com a estrutura logística que a Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) dispunha naquela época. Falou que não se lembra de nenhuma Nota de Empenho no valor de R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), pois é considerado muito baixo para fazer reforma em embarcação. Aclarou que o Depoente não tinha gerência sobre o processo de pagamento das Notas de Empenho, nem a sobre a cotação de valores, isso era responsabilidade do outro setor da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio).

Por sua vez, o Réu WESLEI JACOMELI BOLONHA (vídeos 3, 4 e 5 do evento 115 do e-Proc 1ª instância – APM nº 7000070-44.2020.7.02.0002) declarou que trabalha há 10 (dez) anos no ramo da construção civil e que reside em Adamantina/SP. Afirmou que nunca foi processado criminalmente. Relatou que foi até Panorama/SP à procura de um barco para pescar. Complementou que, quando chegou a Panorama/SP, foi até a marina do Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO, onde existiam alguns cascos de barco anunciados, momento em que encontrou um antigo amigo, que era Oficial da Marinha. Disse que explicou para o amigo da Marinha que estava procurando um barco, ocasião em que ele lhe apresentou o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, o qual estava naquele local, junto com outros militares da Marinha, fazendo uma Inspeção Naval no Balneário de Panorama/SP. Acrescentou que, naquela oportunidade, como não tinha nenhum barco barato para vender na marina do Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO, passou o telefone para o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA porque ele disse que, quando aparecesse alguma coisa boa, ligaria para o Depoente. Divulgou que, nesse dia, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA estava fardado.

Asseverou que aproximadamente 20 (dias) depois, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA ligou para o Depoente dizendo que tinha um casco de barco sucateado, momento em que combinaram de encontrar no mesmo lugar, perto da marina do Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO, na cidade de Panorama/SP. Falou que, quando chegou ao local combinado, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA já estava lá com o casco. Revelou que perguntou para o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA se seria possível fazer o documento do casco, momento em que chamaram o Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO para tirar as medidas da embarcação, o qual disse que teria sim como fazer a documentação e que ficaria em torno de R$ 300,00 (trezentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) para regularizar. Enfatizou que demorou 4 (quatro) anos para fazer a reforma do casco e para montar os acessórios, e que, quando colocou o barco na água pela primeira vez para testar, a embarcação foi apreendida pelos militares da Marinha do Brasil. Destacou que, no momento da negociação, a qual aconteceu no segundo encontro, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA falou que o casco era uma sucata e que, por isso, não estava mais sendo usado, e que já teria dado "baixa".

Asseverou que o Réu não mencionou nada sobre o casco ser da Marinha, falou que era de um barco velho que ele tinha. Participou que foi o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA que indicou o Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO para fazer a documentação, o qual disse que somente poderia fazer a regularização quando a embarcação estivesse com todos os acessórios montados. Falou que demorou 1 (um) ano para colocar o motor que comprou do Sr. JEFERSON CICOTTI PEREIRA.

Noticiou que, se não estiver enganado, pagou a quantia de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) pela embarcação, sendo que ainda teve que pegar emprestado com o seu pai o montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para completar o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) que já tinha guardado. Comunicou que pagou todo o valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) em dinheiro e que o seu pai foi até o local onde estava sendo feita a negociação para lhe entregar a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais). Elucidou que não desconfiou da falta de documentação porque o Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO disse que poderia regularizar. Mencionou que estava no Balneário de Pauliceia/SP quando a embarcação foi apreendida. Esclareceu que, no dia da apreensão, o Depoente estava junto com o rapaz que estava regulando o motor da embarcação. Comentou que a apreensão aconteceu quando o Depoente estava testando a embarcação pela primeira vez para ser vistoriada e que, por isso, estava sem a documentação. Informou que, quando foi abordado pelos militares da Marinha, como ainda estava sem a documentação da embarcação, explicou tudo que aconteceu, onde adquiriu a embarcação e o que estava fazendo naquela hora, tendo dito, inclusive, que comprou o casco da embarcação do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA. Disse que levou, mais ou menos, 2 (dois) anos para comprar as peças pela internet e que, depois, levou para o Sr. JEFERSON CICOTTI PEREIRA montar a embarcação. Ressaltou que não se recorda bem quando ocorreu a negociação com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, mas acredita que tenha acontecido em 2016. Revelou que não chegou a conversar com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA sobre a apreensão da embarcação porque, segundo informação do próprio militar da equipe de Inspeção Naval, o Réu já não estava mais na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Acrescentou que, também, não procurou o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA depois disso porque os militares que apreenderam a embarcação falaram que iriam chamar todos os envolvidos na Marinha para saber o que realmente estava acontecendo. Reforçou que não chegou a conversar com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA sobre o ocorrido e que tentou ligar no celular do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, mas a chamada não chegou a se completar.

Enfatizou que foi a primeira embarcação que o Depoente adquiriu e que, se soubesse que era da Marinha do Brasil, não teria comprado, pois sabe que é ilegal. Disse que se lembra de ter assinado o Termo de Apreensão da

embarcação e que emprestou o seu reboque para o pessoal da Marinha levar o barco até o barracão onde ficou depositado. Afirmou que, quando se encontrou com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA pela primeira vez, estava acompanhado do seu amigo ALEXANDRE, mas, na segunda vez, estava sozinho. Aclarou que, no segundo encontro com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, o seu pai foi até o local, entregou o dinheiro para o Depoente e, depois, voltou para trabalhar, não tendo presenciado a negociação, nem a medição da embarcação. Destacou que, apesar de não ter o comprovante bancário de que o seu pai sacou o dinheiro naquele dia, acredita que seja possível pegá-lo no banco. Falou que não conhece o Sr. MARCOS LUCIANO MAES. Explicou que, quando chegou à cidade de Panorama/SP, o casco da embarcação estava na rua, em frente à marina do Sr. JOSÉ ROBERTO SAMPAIO. Finalizou dizendo que não pegou recibo do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA porque, além dele ter passado total confiança, a embarcação era praticamente uma sucata.

As testemunhas arroladas pelo MPM, ao serem ouvidas em Juízo, a despeito de terem confirmado as declarações prestadas pelo Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA de que negociou um casco velho sucateado com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, não trouxeram nenhuma informação nova capaz de demonstrar que o casco da embarcação apreendida pela equipe de Inspeção Naval da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) era o mesmo da antiga Lancha Coral, conforme narrado pelo Órgão Acusador na Denúncia.

A Testemunha 1º Sgt Mar SANDRO CLEMENTINO DOS SANTOS declarou que ainda está na ativa, servindo no Batalhão Naval (BtlNav), localizado na Ilha das Cobras/RJ. Afirmou que serviu junto com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), mas não se lembra da data exata. Falou que não sabe se o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA exerceu a função de Fiel de Material na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), só tem conhecimento de que ele trabalhava na garagem. Informou que já fez Inspeções Navais com a Lancha Coral. Participou que conhece a empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME, mas não sabe informar se a Marinha contratou algum tipo de serviço com ela. Mencionou que chegou a perceber que a Lancha Coral não estava mais na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) e que apareceram outras embarcações, mas não sabe por qual motivo isso aconteceu, nem se a Marinha fez alguma coisa.

Revelou que a lancha foi apreendida porque, no momento da abordagem, o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA estava sem a Carteira de Habilitação de Arrais Amador (CHA) e a documentação da embarcação. Comentou que, nesse dia, estavam fazendo uma Inspeção Naval nos municípios de Panorama e de Pauliceia/SP. Divulgou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA estava navegando no balneário de Pauliceia/SP

quando foi abordado pela equipe de Inspeção Naval da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), tendo dito que era o proprietário da embarcação. Relatou que, como o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA estava sem a Carteira de Habilitação de Arrais Amador (CHA) e a documentação da embarcação no momento da abordagem, chamaram o Réu para conversar, momento em que ele disse que adquiriu a lancha da própria Marinha por meio de um "escambo". Ressaltou que não se recorda se o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA falou que trocou a lancha apreendida por outro material ou por serviços com a Marinha do Brasil.

Comentou que, quando colocaram a embarcação na areia, por já ter trabalhado na garagem da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), o 3º Sgt Mar NELSON DYEGO ALVES FERREIRA GALVÃO, o qual fazia parte da equipe de terra da Inspeção Naval, falou para o Depoente que a lancha apreendida possuía características semelhantes às das lanchas oficiais da Marinha. Destacou que não existia dúvida de que a embarcação apreendia era da Marinha do Brasil porque, além de 3º Sgt Mar NELSON DYEGO ALVES FERREIRA GALVÃO ter percebido o ressalto das faixas verde e amarelo nos bordos da lancha, o que é uma característica das lanchas oficiais, o próprio Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA confirmou que adquiriu a lancha da Marinha por meio de um "escambo". Esclareceu que, como a embarcação apreendida com o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA estava pintada, não tinha a logomarca da Marinha, nem era possível ver se possuía número patrimonial. Revelou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA disse ter negociado a compra da embarcação com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA e que o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio estava ciente de tudo. Mencionou que achou estranho o fato de o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não ter apresentado a documentação para regularizar a embarcação depois da suposta troca feita com a Marinha. Explicou que levou a lancha apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA para que fossem feitas as averiguações necessárias para identificação do proprietário.

Acrescentou que deixou a lancha na marina do "Robertinho", o qual ficou como fiel depositário da embarcação, e que, depois, o caminhão da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) veio buscá-la. Noticiou que, pelo que consta da perícia, a embarcação pertencia à Marinha do Brasil. Enfatizou que não se lembra de o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA ter dito que pagou algum valor pela embarcação, apenas que fez uma troca com a Marinha. Aclarou que a lancha conduzida pelo Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA foi abordada pela equipe de Inspeção Naval da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) porque as pessoas embarcadas estavam sem coletes e porque a embarcação não tinha número de inscrição gravado no casco. Comunicou que, pelo que se lembra, tinha 2 (duas) ou 3 (três) pessoas dentro da embarcação. Asseverou que, talvez pelo motivo de ter adquirido a embarcação da própria Marinha, que é considerada uma instituição séria, o

Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA aparentava estar bem calmo no momento da abordagem. Disse que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA deve ter mencionado apenas o nome do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA no momento da abordagem porque não se lembrou do nome Delegado Fluvial de Presidente Epitácio. Aduziu que não conversou com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA sobre o ocorrido porque, à época dos fatos, ele já tinha desembarcado da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Destacou que existe um procedimento formal para dar baixa no material da Marinha, tendo, inclusive, que pedir autorização aos órgãos de controle e apresentar justificativa do pedido. Afirmou que, quando da abordagem, o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA deveria ter apresentado o Título de Embarcação Miúda (TIEM), Carteira de Habilitação de Arrais Amador (CHA) e o Termo de Responsabilidade.

Informou que a Inspeção Naval só termina com o Relatório na mesa do Encarregado. Participou que não sabe nada sobre o Mapa de Combustíveis mencionado na perícia como material volante dentro da embarcação apreendida com o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA e que não tem conhecimento da necessidade de lançar o consumo da embarcação no Auto de Apreensão. Complementou que não tem certeza, mas acha que o material volante encontrado dentro da lancha apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA foi o motor e o rádio. Falou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA, também, não apresentou a documentação do motor. Enfatizou que as lanchas adquiridas pela Marinha no comércio precisam ter Nota Fiscal para serem lançadas no sistema, só não tem quando a embarcação é recebida, por exemplo, da Receita Federal. Ressaltou que não sabe a se Lancha Coral tinha Nota Fiscal ou se foi adquirida de outra Unidade Militar porque nunca trabalhou no setor que controlava as embarcações da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Esclareceu que a lancha apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não é exclusiva da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), nem de outras Delegacias/Capitanias da Marinha, uma pessoa física pode adquirir esse tipo de embarcação no comércio. Divulgou que, à época dos fatos, o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio era o CC Mar HÉLIO SANCLER SANTOS DE MENEZES.

Destacou que, como a Marinha é o Órgão Fiscalizador, não precisa ter o número de inscrição nas embarcações, sendo obrigatório apenas o nome para identificação. Aclarou que não se recorda quando a Lancha Coral foi substituída pela lancha nova, nem sabe informar em que estado ela se encontrava no momento da substituição, porquanto a maioria das embarcações da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) estavam sucateadas, só podendo afirmar que não estava em bom estava de conservação por conta do tempo de uso. Finalizou dizendo que não se recorda a partir de que momento não viu mais a Lancha Coral na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio).

A Testemunha 3º Sgt Mar NELSON DYEGO ALVES FERREIRA GALVÃO declarou que serviu com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) de 2013 até 2016. Informou que o Réu desempenhava a função de Fiel de Material na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Destacou que, quando ocorreu a possível venda do casco da Lancha Coral, estava exercendo as suas funções na Faxina do Mestre. Afirmou que já ouviu sim falar da Lancha Coral, pois pertencia à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Falou que não conhece o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA. Revelou que a lancha foi abordada porque estava sem o número de inscrição gravado no casco e foi apreendia porque o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não estava com os documentos da embarcação nem com os documentos pessoais. Divulgou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA falou que comprou a embarcação na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) como sucata. Relatou que, quando a pessoa está com pelo menos os documentos pessoais, é de praxe deixar o condutor da embarcação como fiel depositário até que ele comprove a propriedade do bem, mas, como o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não estava com nenhum documento, nem mesmo os pessoais, apreenderam a lancha e levaram para Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio).

Explicou que, como serviu na Divisão de Transporte da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) do ano de 2013 até o ano de 2016, quando da abordagem, apesar de a lancha encontrada na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA ter sido repintada, percebeu que ela tinha traços das embarcações oficiais da Marinha. Esclareceu que as lanchas da Marinha são diferentes das embarcações civis, porquanto, normalmente, são feitas para levar um número maior de pessoas e possuem tanques de combustíveis maiores do que as embarcações civis. Disse que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não mencionou o nome de nenhum militar da Marinha para o Depoente porque estava na equipe de terra, trabalhando no caminhão que levou a embarcação apreendida à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Mencionou que, quando a lancha apreendida estava sendo colocada na carreta, falou para o 1º Sgt Mar SANDRO CLEMENTINO DOS SANTOS que a embarcação era parecida com a Lancha Coral antiga da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Ressaltou que não comentou nada do que aconteceu nessa abordagem com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA porque não teve mais contato com o Réu depois de 2016, momento em que o Depoente desembarcou da Seção de Manutenção da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Contou que trabalhou como auxiliar do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA até o início do ano de 2016, ocasião em que foi designado para trabalhar na Faxina do Mestre da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Falou que foi feito o Relatório de

Inspeção Naval no dia da ocorrência dos fatos, o qual foi assinado pelo 1º Sgt Mar SANDRO CLEMENTINO DOS SANTOS, pois era o mais antigo da equipe.

Participou que, como já passou muito tempo, não se recorda quem foi o militar que confeccionou o Auto de Apreensão da embarcação encontrada na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA, só podendo afirmar que o 1º Sgt Mar SANDRO CLEMENTINO DOS SANTOS assinou o documento e que os demais militares da equipe de Inspeção Naval foram testemunhas do que aconteceu naquele dia. Enfatizou que todo o material volante encontrado na embarcação é descrito no Auto de Apreensão e que não se recorda qual era o material volante da lancha apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA. Divulgou que ficou sabendo pelo 1º Sgt Mar SANDRO CLEMENTINO DOS SANTOS que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não apresentou nenhum documento da embarcação na hora da abordagem, nem mesmo os pessoais, tanto é que foi em casa para buscar. Acrescentou que, posteriormente, ficou sabendo que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA, também, não tinha a documentação do motor da embarcação apreendida. Aclarou que as lanchas oficiais da Marinha possuem certas particularidades que as diferenciam das embarcações civis, como, por exemplo, o tanque de combustível, que é mais volumoso, e a quantidade de bancos, que, normalmente, são 4 (quatro), a mesma quantidade dos membros da equipe de Inspeção Naval. Complementou que existem algumas particularidades que diferenciam, inclusive, as embarcações de uma Delegacia/Capitania para outra, pois as lanchas oficiais da Marinha, normalmente, são adequadas para o tipo de atividade executada em cada Delegacia/Capitania. Explicou que que a Lancha Coral não é um modelo, mas sim um nome dado à embarcação pela Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio).

Comentou que a Marinha não compra uma embarcação de um modelo específico, mas de acordo com a necessidade de utilização. Asseverou que somente o laudo pericial pode confirmar, com certeza, se uma embarcação sem identificação pertence ou não à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), sendo, por isso, que, naquele dia, afirmou que a Lancha apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA era parecida com as lanchas oficiais da Marinha. Disse que não são apenas as faixas verdes e amarelas que identificam as lanchas oficiais da Marinha, é, também, a cor cinza do fundo e as inscrições “Marinha do Brasil” e “Capitania dos Portos” no casco, o que é padrão para todas as embarcações, não existindo uma identificação específica para as lanchas da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Finalizou dizendo que, pelo que se lembra, não foram feitas grande reformas na embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA, tendo sido apenas repintada.

A Testemunha Civil MARCOS LUCIANO MAES declarou que conhece o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA porque a empresa do Depoente prestou serviço para a Marinha do Brasil. Informou que tomou

conhecimento dos fatos porque foi chamado para prestar depoimento no inquérito instaurado na Marinha. Esclareceu que a Marinha, por intermédio do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, pediu para o Depoente fabricar uma lancha nova, o que foi feito e pago pela Marinha. Destacou que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA retirou da empresa do Depoente uma lancha nova e um casco reformado da lancha velha. Divulgou que o nome da empresa do Depoente é a Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME. Falou que a Marinha contratou a empresa do Depoente para fabricar uma lancha nova, a qual iria ficar no lugar da velha.

Confirmou que prestou o serviço corretamente e que, por isso, recebeu tudo certinho. Contou que foi o seu filho que construiu a lancha nova para a Marinha. Afirmou que foi feito um reparo na lancha velha porque estava com o casco furado, a qual foi retirada junto com a lancha nova pelo 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA. Explicou que a lancha velha era da Marinha do Brasil e que foi entregue na empresa do Depoente pelo Réu. Acrescentou que, no casco da lancha velha reparada pela empresa do Depoente, estava pintada a inscrição "Marinha do Brasil". Falou que foi a Marinha do Brasil que pagou pelo reparo da lancha velha entregue pelo 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA na empresa do Depoente. Enfatizou que a lancha velha foi transportada até a empresa do Depoente por um veículo da Marinha, dentro de uma carreta. Mencionou que, apesar de outros militares terem ido junto com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA quando levaram e buscaram as embarcações na empresa do Depoente, foi o Réu que tomou a frente na negociação. Disse que não sabe o destino que foi dado à Lancha Coral depois da conclusão do reparo feito pela empresa do Depoente. Informou que não se recorda do valor exato que foi pago pelo reparo da Lancha Coral, mas o Depoente acha que foi de R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais).

Ressaltou que o valor da Nota de Empenho de R$ 7.996,80 (sete mil, novecentos e noventa e seis reais e oitenta centavos) foi para construir a lancha nova. Falou que não lembra se o reparo do casco da Lancha Coral foi pago pela Marinha por Nota de Empenho. Comunicou que, tirando o "cockpit", o qual foi substituído por um novo, os demais equipamentos da Lancha Coral foram passados para a lancha nova. Confirmou que o casco velho da Lancha Coral saiu para descarte ou, como falam na Marinha, para ser dada baixa. Esclareceu que, embora não tenha sócios, tem alguns empregados na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME. Disse que o Sr. REGINALDO ALVES MOREIRA era funcionário do Depoente. Comentou que acompanhou o serviço feito na Lancha Coral, mas quem fez o reparo foram os seus funcionários. Destacou que a lancha velha não foi pintada, tendo sido realizado apenas o reparo de um furo. Revelou que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, junto com outros militares, ficou até 2h da madrugada pintando a lancha nova na empresa do Depoente.

Afirmou que foi o próprio Depoente que entregou a lancha nova para o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, o qual foi buscar a embarcação com uma viatura da Marinha. Divulgou que, apesar de ter fabricado uma lancha nova, a pedido do próprio 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, emitiu a Nota Fiscal no valor de R$ 7.996,80 (sete mil, novecentos e noventa e seis reais e oitenta centavos) para prestação de serviços de manutenção em estrutura de embarcações. Contou que a Lancha Coral chegou na empresa do Depoente completa, sendo que os equipamentos, inclusive o motor, foram passados para a lancha nova. Finalizou dizendo que fez o reparo no casco da Lancha Coral para que a Marinha pudesse utilizá-la até que a nova ficasse pronta.

As testemunhas arroladas pela Defesa do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, à exceção do CF Mar RM1 HÉLIO SANCLER SANTOS DE MENEZES, que, à época da ocorrência dos fatos envolvendo o Réu, era o Delegado Fluvial de Presidente Epitácio, confirmaram a tese da Acusação de que houve a fabricação de um casco novo pela empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME, sem, no entanto, precisar qual foi o destino dado ao dito casco antigo da embarcação Coral.

A Testemunha CF Mar RM1 HÉLIO SANCLER SANTOS DE MENEZES declarou que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA serviu sob o comando do Depoente de janeiro de 2015 a janeiro de 2017 na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Afirmou não se lembrar de o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA ter trabalhado na função de Fiel de Material, recordando apenas de ele ter sido o Encarregado da Garagem da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), o qual era o responsável pelas embarcações e pelas viaturas. Informou que a dita Lancha Coral, na verdade, não era uma lancha, mas sim um bote de alumínio. Apontou que, se não estiver enganado, assinou duas Notas de Empenho referentes a essa embarcação, uma para comprar de material e outra para reforma da embarcação Coral.

Mencionou que essa embarcação foi para reparo porque, segundo relatos dos próprios militares, como entrava água pelo casco, não apresentava condições mínimas de segurança para a equipe de Inspeção Naval operar e, por esse motivo, não estava sendo utilizada. Divulgou que, pelo que se recorda, após a conclusão dos reparos feitos no Bote Coral, a embarcação voltou para a Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) e, pelo menos até o seu desembarque, que aconteceu em janeiro de 2017, estava operando normalmente. Ressaltou que não sabe informar a origem do Bote Coral porque, quando chegou na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), a embarcação já estava lá há muito tempo. Falou que, se for necessário, é possível verificar a origem do Bote Coral porque cada embarcação possui uma pasta com o histórico da documentação na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Enfatizou que todo o material da

Marinha encontra-se cadastrado no Sistema de Gestão de Bens da Fazenda Nacional (SISBENF), tanto é que, de tempos em tempos, é feita a verificação para saber se os bens estão, de fato, nas respectivas incumbências da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio).

Confirmou que a embarcação de nome Coral, também, estava cadastrada no Sistema de Gestão de Bens da Fazenda Nacional (SISBENF). Revelou que, provavelmente, a embarcação Coral estava na carga do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, pois, quando o Depoente estava servindo na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), o Réu era o Encarregado da Garagem. Esclareceu que não tem uma característica específica que diferencie as embarcações da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) das demais Capitanias/Delegacias e que, inclusive, relativamente ao Bote Coral, existem muitas embarcações semelhantes no meio civil. Asseverou que não foi até a empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME para fiscalizar o serviço que estava sendo feito no Bote Coral, mas sim por outro motivo que não se recorda, sendo que, quando chegou ao local, viu que a embarcação já estava parcialmente desmontada.

Disse que foi apenas essa vez à empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME e que não chegou a acompanhar o que estava sendo feito na embarcação Coral. Confirmou que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA era o responsável por acompanhar o que estava sendo feito no Bote Coral, pois foi o Setor do Réu que solicitou a realização do serviço. Destacou que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA era muito responsável e dedicado, enfatizando, inclusive, que, quando eram realizadas a Visitas Técnicas do Comando Superior à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), o Setor do Réu sempre era o mais bem organizado. Comentou que nunca chegou ao seu conhecimento que estava faltando sequer um parafuso no Setor do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA. Falou que passou o comando da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) com todos os itens de material conferidos, não tendo sido detectada nenhuma falta.

Explicou que não sabe dizer se o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA fez o Termo de Transferência de Incumbência porque não estava mais na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) quando o Réu desembarcou da Unidade Militar, mas pode afirmar, com certeza, que todos militares têm que fazer esse termo quando passa a incumbência. Contou que já foi perito algumas vezes nos mais de 14 (quatorze) anos que atuou na área da segurança aquaviária e, por isso, pode dizer que nenhum perito conseguiria afirmar com certeza que uma embarcação não identificada pertence a alguém ou a determinado órgão, uma vez que as perícias da Marinha são 50% (cinquenta por cento) material e 50% (cinquenta por cento) documentação, ou seja, é algo muito complexo para se ter

100% (cem por cento) de certeza. Reforçou que, na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), existia pasta para cada uma das viaturas e das embarcações no Setor responsável, com todo o histórico da documentação do respectivo bem adquirido pela Marinha e que, apesar de não ter pegado nessas pastas para verificar, sabe que estavam corretas porque a Inspeção Administrativa Militar (IAM), realizada todos os anos pelos Distritos Navais, nunca detectou nenhuma discrepância nelas. Finalizou dizendo que a embarcação Coral foi para reforma na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME e, depois que voltou, continuou sendo utilizada até o Depoente desembarcar da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), não sabendo informar o que aconteceu depois.

A Testemunha ex-Mn Mar RM2 JOÃO HENRIQUE DA SILVA DOS SANTOS declarou que serviu por 7 (sete) anos na Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Afirmou que deu baixa da Marinha em 1º de agosto de 2019. Informou que chegou a trabalhar 3 (três) meses com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA na Garagem da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio). Disse que não se lembra do período exato que trabalhou com o Réu, mas acha que foi no ano de 2015. Comunicou que ficou sabendo da reforma feita na Lancha Coral e que foi até a empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME para fazer uma faxina na lancha nova, tendo em vista que a lancha velha não tinha mais conserto.

Asseverou que, nesse dia, eles lavaram e pintaram a lancha nova de cinza. Acrescentou que, no outro dia, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA foi novamente à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) pedir a ajuda do Depoente para buscar a lancha nova na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME, só que, como o contramestre não autorizou a sua saída, o Réu foi sozinho buscar a embarcação. Mencionou que, antes de 07h30, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA já tinha retornado à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) com a lancha nova que eles pintaram no dia anterior. Revelou que não tinha mais ninguém da Marinha além do Depoente e do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA no dia em que pintaram a lancha nova. Esclareceu que o pessoal da empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME estava trabalhando normalmente no local, tanto é que utilizaram o compressor deles para pintar a lancha nova. Ressaltou que não sabe informar se retiraram o motor e os equipamentos da Lancha Coral para passar para a lancha nova, nem o que foi feito da lancha velha. Finalizou dizendo que, quando foi pintar a lancha nova com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME, a Lancha Coral estava no local.

A Testemunha Civil REGINALDO ALVES MOREIRA declarou que trabalhava na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME e que conhece o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA porque ele frequentava o local. Afirmou que a empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME prestou, sim, serviços para a Marinha do Brasil. Disse que não se recorda do nome da embarcação para a qual a empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME prestou os serviços. Mencionou que, pelo que se lembra, foi feita uma lancha nova para a Marinha e que a lancha velha ficou na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME.

Revelou que, a princípio, a lancha velha teria ido para a empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME para reformar a popa da embarcação e que, depois, ela ficou lá, não sabendo qual a negociação feita para isso acontecer. Asseverou que, enquanto o Depoente estava na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME, não foi feito nenhum reparo na lancha velha. Falou que entregou apenas a lancha nova para o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA e que a lancha velha ficou na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME. Destacou que a lancha velha permaneceu na empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME até o Depoente ir trabalhar em outro local, o que aconteceu depois de 3 (três) ou 4 (quatro) meses. Confirmou que passaram o motor da lancha velha para a lancha nova. Contou que era o Depoente e o filho do proprietário da empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME que fazia a reforma e a construção das embarcações novas.

Enfatizou que o Depoente não participava da negociação de valores para a prestação de serviços. Explicou que recebia ordens do filho do proprietário da empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME para execução do trabalho e não do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA. Divulgou que, como era o Depoente que abria e fechava a empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME todos os dias, estava sozinho quando fez a entrega da lancha nova para o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA no dia seguinte à pintura da embarcação. Aclarou que, mesmo que quisesse, não teria como o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA transportar as duas embarcações na mesma viatura. Finalizou dizendo que a lancha velha ficou sob a responsabilidade do Sr. MARCOS LUCIANO MAES, filho do proprietário da empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME.

As testemunhas arroladas pela Defesa do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não souberam informar nada sobre a origem do casco adquirido como sucata pelo Réu, nem sobre o valor pago pela embarcação.

A Testemunha Civil JOSÉ ROBERTO SAMAPAIO declarou que conheceu o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA através da

Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) e o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA quando ele procurou o Depoente para fazer a regularização de uma embarcação. Informou que é despachante de embarcação desde 1989 e mecânico de motores náuticos desde 14 (quatorze) anos de idade. Contou que presta esses serviços na cidade Panorama/SP e que a Delegacia Fluvial mais próxima é a de Presente Epitácio. Relatou que, quando chegou à sua empresa, o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA estava lhe aguardando com a embarcação, a qual não tinha Nota Fiscal, momento em que explicou para ele que tinha uma forma de fazer a regularização. Mencionou que, nesse dia, chegou a fazer as medidas da embarcação, mas o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não voltou mais para dar andamento no processo de regularização.

Asseverou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA foi apenas essa vez à empresa do Depoente e que, como já se passou muito tempo, não se recorda quando isso aconteceu. Afirmou que foi o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA que levou o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA até a sua empresa. Falou que não perguntou sobre a procedência da embarcação e que os Réus, também, não mencionaram nada sobre isso. Comentou que a embarcação estava na rua e que tirou as medidas do casco para que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não a tivesse que trazer novamente quando voltasse para dar entrada no processo de regularização. Enfatizou que eles não falaram sobre quem era o dono da embarcação, nem conversaram sobre a regularização. Explicou que praticamente não fizeram quase nada naquele dia, pois sequer pegou os dados pessoais do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA para o engenheiro naval fazer o laudo da embarcação. Aduziu que não se recorda do estado de conservação da embarcação, podendo afirmar apenas que era uma embarcação usada e que estava sem registro. Revelou que a embarcação estava sem nada, era apenas o casco. Asseverou que não acompanhou as tratativas de valores entre o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA e o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA. Finalizou dizendo que não conversou com o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA sobre negociação da embarcação.

A Testemunha Civil JEFERSON CICOTTI PEREIRA declarou que não tinha relação de amizade com o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA e que conheceu o Réu quando ele procurou o Depoente para fazer um serviço na embarcação. Informou que, à época dos fatos, trabalhava com manutenção de motores de popa e de estrutura de embarcação, e, também, vendia barcos e motores usados. Afirmou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA lhe procurou porque adquiriu uma embarcação bem velha e defasada, e queria que o Depoente fizesse a montagem dos acessórios. Destacou que, quando começou a mexer na embarcação, o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA disse que estava precisando de um motor de popa, momento em que o Depoente indiciou um amigo para ele comprar. Falou que o Réu comprou o

motor do seu amigo e levou para o Depoente fazer a montagem na embarcação. Mencionou que, quando a empresa do Depoente ainda estava em atividade, prestava serviços náuticos na cidade de Adamantina/SP, a qual era localizada na sua própria casa.

Disse que não se recorda quando foi procurado pelo Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA para fazer o serviço na embarcação. Contou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA estava sozinho quando procurou o Depoente para montar a embarcação. Ressaltou que o barco do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA era muito simples e antigo, e estava em péssimo estado de conservação, sendo apenas um casco seco sem nenhum acessório. Divulgou que o Réu comentou com o Depoente que adquiriu a embarcação de alguém da Marinha, mas não falou o nome nem o cargo da pessoa. Comentou que era uma embarcação bem defasada e que, em sua opinião, nem valeria a pena investir. Asseverou que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA não falou nada sobre a origem e o valor que pagou pela embarcação, nem sobre a documentação de regularização. Participou não se lembrar do valor que cobrou pela instalação dos acessórios na embarcação do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA, mas acredita que, naquela época, seria algo em torno de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) para fazer esse tipo de serviço. Falou que o motor instalado na embarcação do Réu foi um de 50HP, da marca Mercury.

Enfatizou não ter ficado sabendo da apreensão da embarcação do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA. Comunicou que gastou, mais ou menos, de 2 (dois) a 3 (três) dias para terminar a instalação dos acessórios na embarcação do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA. Finalizou dizendo que a pintura da embarcação, também, não estava em bom estado de conservação, era um cinza meio escuro com algumas partes bege, não dava para definir com exatidão.

Conforme se verifica, os depoimentos testemunhais, da mesma forma que as provas documental e pericial juntadas aos autos, além de terem apresentado inúmeras contradições, não foram suficientes para comprovar que a embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA pertencia à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), muito menos que era o antigo casco da Lancha Coral.

A própria Testemunha 3º Sgt Mar NELSON DYEGO ALVES FERREIRA, mesmo depois de ter afirmado, em juízo, que avisou para o 1º Sgt Mar SANDRO CLEMENTINO DOS SANTOS que a Lancha apreendida na posse do Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA era parecida com as lanchas oficiais da Marinha, asseverou, na sequência, que somente o laudo pericial poderia confirmar se uma embarcação sem identificação pertence ou não à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), o que, conforme já amplamente explorado nos autos, não aconteceu na lide *sub examine*.

Como já foi dito antes, o que ficou demonstrado nos autos foi o grande descontrole da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) sobre o material que saía e entrava daquela OM, pois não é aceitável a posição defendida pelo MPM de que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA era o único responsável por adquirir/controlar bens e serviços na Unidade Militar.

Chega-se a essa conclusão pela simples análise das Notas de Empenho nº 2015NE000239 e nº 2015NE000253, emitidas pela Marinha do Brasil em favor da empresa Fortaleza Náutica Comércio de Embarcações Ltda./ME para a manutenção das estruturas das Embarcações PACU, CORAL e PIARA da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), as quais possuem as assinaturas do Operador do SIAFI, do Agente Financeiro e do Ordenador de Despesas (Titular da OM).

É importante lembrar que a emissão do Empenho é apenas uma das fases da execução das despesas; existe ainda a liquidação, que é momento em que será cobrada a prestação dos serviços ou a entrega dos bens, e, por fim, o pagamento. Todas essas fases internas da Execução Orçamentária devem ser acompanhadas de forma criteriosa tanto pelo Fiel de Material (agente subordinado), como pelos demais agentes responsáveis pela gestão de material na Unidade Militar, a saber, Encarregado de Incumbência, Relator da Gestão de Material, Gestor de Material, Agente Fiscal e Ordenador de Despesas.

Em outras palavras, o que se pretende comprovar aqui é que, mesmo sendo o Fiel de Material da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) à época da suposta construção de um casco novo para Embarcação Coral, o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA não teria gerência para, sozinho, modificar a destinação das Notas de Empenho aprovadas pelo Agente Financeiro e pelo Ordenador de Despesas, muito menos para esconder o casco antigo da Lancha Coral com o intuito de vendê-lo futuramente para o Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA sem que ninguém soubesse disso.

Frisa-se, por oportuno, que, de acordo com os depoimentos prestados pelo Civil MARCOS LUCIANO MAES, proprietário da empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME, e pelo seu funcionário, o Civil REGINALDO ALVES MOREIRA, tidos como confirmatórios da construção de um casco novo para a embarcação Coral, além de estarem dissociados das demais provas documentais juntadas aos autos, não convergiram sequer quanto à retirada do casco antigo da embarcação pelo 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA da empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME.

E, de fato, não existe nenhuma imagem ou vídeo do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA comprovando a retirada dos 2 (dois) cascos

da empresa Fortaleza Náutica Comércio Embarcações Ltda./ME ou a negociação do casco pelos Réus. Nem ao menos foi requerido pelo MPM o afastamento dos sigilos telefônico e bancários dos Réus para verificar as declarações do Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA de que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA ligou para combinar o encontro no qual ocorreu a negociação do casco velho tido como sucateado e de que pagou a importância de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) em espécie pela embarcação.

Ademais, cumpre destacar que, considerando a avalição colocada no Inventário de Bens Móveis por Incumbência da Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio) para o dito casco novo da embarcação Coral, qual seja, R$ 5.075,25 (cinco mil e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), pelo simples fato de o Civil WESLEY JACOMELI BOLONHA ter pago a quantia de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) por um casco velho sucateado, ou seja, compatível com o de mercado para a época dos fatos, não estaria caracterizada a má-fé do Réu, muito menos a vantagem ou o benefício em adquirir coisa proveniente de crime.

Dessa forma, entendo que o conjunto probatório dos autos não é capaz de confirmar a prática do delito de peculato por parte do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, pois, de acordo com a instrução criminal, não se pode afirmar, com certeza, que a embarcação apreendida na posse do Civil WESLEI VACOMELI BOLONHA pertencia à Delegacia Fluvial de Presidente Epitácio (DelPEpitácio), nem que o casco velho vendido como sucata pelo 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA era o antigo casco da Lancha Coral. Afinal, que bem da União foi vendido pelo Réu 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA, se a embarcação Coral ainda se encontra devidamente cadastrada no patrimônio da Marinha do Brasil?

O crime de peculato, previsto no art. 303 do CPM, possui a seguinte redação:

> 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.

Analisando-se o dispositivo acima, infere-se que o MPM visa enquadrar a conduta imputada ao 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA na primeira parte do artigo, ou seja, no peculato-apropriação, que possui como elemento subjetivo o dolo do agente de se apossar do bem que tem sob sua posse legítima.

Portanto, como não restou demonstrado nos autos o dolo do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA de se apossar do bem ou mesmo desviá-lo em proveito próprio ou alheio, tampouco qualquer tipo de

benefício ou vantagem auferida pelos Réus, entendo que não se configurou o delito previsto no art. 303 do CPM.

Assim, não sendo possível a formação de qualquer juízo de certeza quanto à autoria e à materialidade dos supostos delitos, a Sentença merece ser reformada para absolver os Réus dos crimes previstos nos arts. 303 e 254, todos do CPM.

Como é cediço, vige no direito pátrio o postulado máximo do *in dubio pro reo*, consubstanciado no entendimento de que a condenação exige a certeza absoluta, indene de dúvidas, fundada em dados objetivos que evidenciem a existência do delito.

Somente a prova robusta é capaz de alicerçar uma condenação penal. O fato de estimar, supor ou fazer juízo de probabilidade, sem que haja a plena certeza, não gera elementos concretos de convicção hábeis a sustentar uma sentença condenatória.

Esse, também, tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da 'não-auto-incriminação' (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria

> da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do 'Eu sou eu e minhas circunstâncias', como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o **usufruto máximo** à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente. (Habeas Corpus no 101909/MG, Relator Min. Dr. CARLOS BRITTO, Julgado em 22/2/2012, Segunda Turma. Publicado em 19/6/2012.) (Original com grifos.)

Dessa forma, para haver uma condenação, deve existir prova incontestável a ampará-la, pois a impossibilidade de se extraírem elementos convincentes e seguros dos autos redunda, obrigatoriamente, na absolvição por insuficiência de provas, já que não se pode presumir a culpa, quanto mais condenar por mero juízo de probabilidade.

Com fundamento nos argumentos expendidos acima, entendo que o conjunto probatório dos autos não foi capaz de demonstrar que o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA cometeu o delito de peculato. Mais que isso, entendo que as provas carreadas não configuram o delito previsto no art. 303 do CPM, por ausência de demonstração dos elementos objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, até porque não consta, como já afirmado, a falta

de qualquer bem patrimonial daquela Organização Militar da Marinha do Brasil.

Em consequência, entendo que o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA também deve ser absolvido, pois não ficou comprovada sua participação no esquema denunciado, sendo que a própria existência desse esquema, repita-se, sequer ficou comprovada.

E, por conseguinte, torna-se despicienda a análise dos fundamentos apresentados no Apelo Ministerial para elevar a pena do 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA ao patamar de 3 (três) anos de reclusão, mínima prevista pelo art. 303 do CPM, com fundamento no § 2º do art. 69 do CPM.

Voto pelo conhecimento e não provimento do Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar e pelo conhecimento e provimento dos Apelos Defensivos para, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM, reformar Sentença proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7000070-44.2020.7.02.0002 e absolver o 2º Sgt Mar RAFAEL DOUGLAS VILLAR DE OLIVEIRA do crime previsto no art. 303 do CPM e o Civil WESLEI JACOMELI BOLONHA do crime previsto no art. 254 do CPM.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste nos autos, nos termos do § 8º do art. 52 do RISTM.

Superior Tribunal Militar, 14 de dezembro de 2022.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 7000720-20.2021.7.00.0000

Relator: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: José Ribamar Rodrigues Júnior.
Advogado: Andre Del Fiaco (DPU).

Apelado: Fernando Arouca de Nadai.
Advogados: Davi Lafer Szuvarcfuter (OAB SP337079).
Vinicius Scatigno Lapetina (OAB SP257188).

Apelado: Antonio Carlos Mendes.
Advogado: José Miguel da Silva Junior (OAB SP237340).

EMENTA

APELAÇÃO. RECURSO MPM. PRELIMINAR DEFENSIVA DE AMPLA DEVOLUÇÃO RECURSAL. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. IMBRICADO AO MÉRITO RECURSAL. PRINCÍPIO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. ART. 81, § 3º, DO RISTM. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. ART. 89, *CAPUT*, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. CONDUTA IMPUTADA AOS OFICIAIS DA RESERVA E A UM DOS SÓCIOS DA EMPRESA CONTRATADA. NÃO COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO – ESPECIAL FIM DE AGIR, COM A INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO, OU DE OBTER VANTAGEM INDEVIDA – A SIMPLES LEITURA DA NORMA CITADA, SEM A ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO, CONDUZ À RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE, À LUZ DA TEORIA CAUSALISTA OU DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E NÃO DA FINALISTA. A LEI BUSCA DIFERENCIAR O ADMINISTRADOR INAPTO, DESIDIOSO, DO ÍMPROBO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO "DESDE QUE ATENTE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR". EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES AO CTMSP, COMO COMPENSAÇÃO AO VALOR DA COMPRA DIRETA DE UTENSÍLIOS REALIZADA PELA EMPRESA, QUE DEVERIAM SER FORNECIDOS PELO CTMSP. CONDUTA ATÍPICA EMBORA ADMINISTRATIVAMENTE IRREGULAR. ABSOLVIÇÃO. APELO MPM. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

I. A Defensoria Pública da União suscitou preliminar de ampla devolução recursal, diante do princípio do duplo grau de jurisdição. A Defesa não interpôs tempestivo recurso de apelação, apesar de intimada. Recurso exclusivo da Acusação. Tema imbricado com o mérito recursal, não devendo ser conhecido o pleito defensivo de devolução ampla da questão litigiosa, em

atenção ao brocado *tantum devolutum quantum appellatum*. Preliminar não conhecida. Decisão unânime.

II. Condutas criminais imputadas aos dois Oficiais da Reserva e ao Civil, um dos sócios da empresa contratada, previstas no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/1993 para os 2 (dois) primeiros, e no art. 89, parágrafo único, da mesma Lei, para o Civil, não se configuram, pois ausente o elemento subjetivo "especial fim de agir, com a intenção específica de lesar o erário, ou de obter vantagem indevida.".

III. A leitura simples do art. 89 da Lei de Licitação, sem a adequada análise do elemento subjetivo, acarretaria a responsabilização dos seus agentes à luz da Teoria Causalista ou da Responsabilidade Objetiva, e não da Finalista. A finalidade buscada pelo legislador é justamente diferenciar o administrador inapto, desidioso, do ímprobo.

IV. A jurisprudência da Suprema Corte e do STM são uníssonas quanto à necessária presença da vontade livre e consciente do agente em violar os artigos referentes às normas de licitação e de produzir resultado lesivo ao patrimônio.

V. Os autos demonstram que, nas contratações emergenciais realizadas entre o CTMSP e a empresa CONVIDA REFEIÇÃO LTDA., foram atendidas todas especificações técnicas e legais exigidas pelas normas internas da Marinha, bem como pelas disposições previstas na Lei nº 8.666/1993, alterada pela Lei nº 14.133/2021, e pelo art. 37, inciso XXI, da CF/1988. Assim, não se verificou qualquer prejuízo à Administração Militar.

VI. Nos processos de dispensa de licitação foram apresentadas justificativas da situação emergencial, mediante pareceres técnicos e do órgão consultivo; demonstrando vantajosidade para a Administração; a contratação do melhor preço ofertado, após pesquisa de cotação de preços, a prestação do fornecimento de refeições pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., nos moldes dos contratos celebrados e das normas legais, conforme os respectivos termos de encerramento.

VII. Os oficiais da reserva, no desempenho de suas funções de chefe do departamento de recursos humanos e de superintendente administrativo, atuaram de acordo com a necessidade que a situação exigia, sendo justificado o caráter emergencial, com o fito de melhor atender o fornecimento de refeições para o efetivo existente no CTMSP, na Sede e no Centro Experimental Aramar (CEA), atual Centro Industrial Nuclear de Aramar (CINA), em Iperó/SP, e, em decorrência, dar sequência aos projetos desenvolvidos naquelas Unidades.

VIII. Inexiste qualquer comprovação de que a Empresa contratada tenha se beneficiado das contratações emergenciais e

com elas contribuído, lesando o interesse público e a Administração Militar por ter acesso antecipadamente às propostas.

IX. Acrescente-se que havia mais de um sócio na empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA. Assim, seria temerário imputar a acusação de autoria da conduta a somente a um deles, excluindo o segundo, considerando que, supostamente, a empresa como um todo teria sido beneficiada.

X. Os termos de encerramento dos contratos emergenciais atestaram que foram devidamente cumpridos, na conformidade da lei e do ajustado pelas Partes, não restando, portanto, qualquer comprovação de que o Civil tenha concorrido para a consumação de uma suposta ilegalidade ou dela extraído benefícios, não restando comprovado o critério da lei.

XI. A emissão de nota fiscal pela empresa contratada, contendo declaração de fornecimento de refeições ao CTMSP que nunca existiu, em compensação ao valor da compra direta realizada pela citada empresa, configuraria, em princípio, o delito previsto no art. 312 do CPM. No entanto, consoante tal hipótese, o crime, além de exigir documento com declaração falsa, pressupõe que seja delineada a vontade inequívoca de gerar o falso e alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, em detrimento da Administração Militar.

XII. Negado provimento ao apelo ministerial. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu não conhecer da preliminar de aplicação da amplitude do efeito devolutivo amplo, arguida pela Defensoria Pública da União, em sede de contrarrazões recursais, por se tratar de tema relacionado ao mérito, com fundamento no art. 81, § 3º, do RISTM. No mérito, **por unanimidade**, decidiu conhecer do apelo do Ministério Público Militar e negar-lhe provimento para manter "*in totum*" a sentença que absolveu os ora apelados, Capitão de Mar e Guerra José Ribamar Rodrigues Júnior, Capitão de Mar e Guerra Antônio Carlos Mendes e civil Fernando Arouca de Nadai, todos com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM, por absoluta atipicidade das condutas que lhes foram imputadas. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Giovanni Rattacaso, o Defensor Público Federal de categoria especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, e os advogados da defesa, Drs. José Miguel da Silva Junior e Vinicius Scatigno Lapetina.

Relator do Acórdão: Ministro José Barroso Filho.

Votantes: Ministro José Barroso Filho, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro

Marco Antônio de Farias, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira e Ministro Celso Luiz Nazareth. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 22/09/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Órgão Ministerial contra a Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM, que julgou improcedente o pedido e absolveu José Ribamar Rodrigues Júnior, Capitão de Mar e Guerra Reserva Remunerada, do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, (por três vezes), e do crime do art. 312 do CPM, ambos com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM; absolveu Antônio Carlos Mendes, Capitão de Mar e Guerra Reserva Remunerada, do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 (três vezes), com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM; e absolveu Fernando Arouca de Nadai, Civil, da conduta prevista no art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 (três vezes) e do delito do art. 312 do CPM, ambos com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM.

Inicialmente, foi instaurado Inquérito Policial Militar, por meio da Portaria nº 84, de 17 de maio de 2018, do Diretor-Geral de Desenvolvimento Nuclear e Tecnológico da Marinha, mediante a requisição da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, autuado sob o nº 7000667-44.2018.7.00.0000, para apurar suspeita de prática de irregularidades na contratação de empresas para a prestação de serviço emergencial de fornecimento, no tocante às refeições à sede do Centro-Tecnológico da Marinha (CTMSP), em São Paulo/SP, à época, dirigido pelo Contra-Almirante André Luís Ferreira Marques, e ao Centro Experimental Aramar (CEA).

O Encarregado do IPM concluiu pela existência de indícios de prática de contravenção penal pelo Oficial-General pelo fato de assinar o contrato sem a respetiva subdelegação de competência da autoridade superior, bem como sem a observância da norma emitida pelo órgão consultivo da Advocacia-Geral da União, que prevê a apuração de responsabilidade nos casos de dispensa de licitação, incidindo nos itens 28 e 47 do art. 7º do Decreto 88.545/1983, que foi homologado pela autoridade militar competente, em sede de solução de IPM (IPM nº 7000667-44.2018.7.00.0000, evento 1, docs. 36, 37, 38 e 39).

Os autos vieram a este Tribunal e foram distribuídos ao e. Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Relator) em 10 de agosto de 2018, o qual determinou a abertura de vista ao Procurador-Geral da Justiça Militar (IPM nº 7000667-44.2018.7.00.0000, eventos 8 e 9).

Após pedidos de diligências, o chefe do *Parquet* Castrense requereu o arquivamento do procedimento administrativo em relação ao Oficial-General.

Por outro lado, vislumbrou a prática de crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 e nos arts. 312 e 332, ambos do Código Penal Militar, em relação a outros militares e, dessa forma, manifestou-se pela remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau competente, com o fito de apurar as condutas praticadas pelos demais militares e civis investigados (IPM nº 7000667-44.2018.7.00.0000, evento 32).

Mediante Decisão proferida em 28 de fevereiro de 2019, publicada no DJe de 1º de março de 2019, o Relator acolheu integralmente a promoção de arquivamento requerida pelo Chefe da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em relação ao Contra-Almirante André Luís Ferreira Marques, à luz do art. 25, *caput*, do CPPM, do Enunciado nº 524 da Súmula do STF.

Ainda, determinou a remessa dos autos ao respeitável Juízo da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, para as providências que o Representante do Ministério Público Militar entendesse pertinentes (IPM nº 7000667-44.2018.7.00.0000, eventos 34 e 36).

O trânsito em julgado da aludida Decisão se deu em 27 de março de 2019 (IPM nº 7000667-44.2018.7.00.0000, evento 45).

Em cumprimento ao item II da Decisão proferida acima, os autos foram encaminhados à 2ª Circunscrição Judiciária Militar e distribuídos, por meio de sorteio eletrônico, sob o nº 7000107-08.2019.7.02.0002, ao Juiz Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM em 29 de março de 2019 (IPM nº 7000667-44.2018.7.00.0000, evento 1).

Após inúmeras diligências, o Representante do Ministério Público Militar, em cota de 21 de março de 2020, ofereceu a Denúncia em relação aos ora Apelados e requereu o arquivamento da inquisa em relação a outros Indiciados (IPM nº 7000107-08.2019.7.02.0002, evento 86, docs. 1 e 2).

Nessa senda, o Promotor de Justiça Militar ofereceu a Denúncia em 21 de janeiro de 2020 e imputou aos Denunciados a seguinte prática delituosa (IPM nº 7000107-08.2019.7.02.0002, evento 86, DENÚNCIA1), *in verbis*:

> 1. O primeiro denunciado exercia a função de chefe do departamento de recursos humanos do Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo e na execução de seu trabalho era portador de informações privilegiadas sobre o gasto da unidade militar com pessoal, o que incluía o custo com empresa terceirizada fornecedora de refeições, que, até o início de 2016, era realizada pela empresa denominada IT Alimentos Ltda EPP.
>
> 2. Ocorre que já no segundo semestre de 2015 o Centro Tecnológico da Marinha entabulou trativas com a referida empresa para renovação do contrato de fornecimento de refeições, o que se verificou no mês de agosto de 2015, conforme comprovam as informações relativas à cronologia dos fatos fornecidas pelo CTMSP (evento nº 5,

volume, 1 do e-proc), tarefa levada a efeito pelo primeiro denunciado em conjunto com o segundo denunciado, que até então desempenhava a função de superintendente administrativo, conforme informação constante do documento denominado Solicitação de Afastamento de Licitação (SOLAFAST), inserido no evento nº 4, volume 1 do e-proc.

3. Esse dois agentes tiveram ciência na data de 11 de agosto de 2015 de que a denominada comissão de repactuação teria emitido parecer a fim de que fosse efetuado reajuste da ordem de 8,3% no valor pago à empresa IT Alimentos para recomposição do equilíbrio econômico financeiro da avença, mas decidiram informar esse fato à referida empresa somente em 14 de dezembro de 2015, com a expedição da carta nº 30-005/2015/CTMSP, tudo no claro intuito de criar entraves à renovação do contrato e forjar uma situação de emergência em relação ao fornecimento de gêneros alimentícios para o CTMSP.

4. Apurou-se que a mencionada renovação não ocorreu, aparentemente, por não atendimento às exigências da empresa para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença e, passados vários meses após a tentativa de renovação, conforme narrado, os ora denunciados, em plena comunhão de desígnios, resolveram contratar, sem licitação, a empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., sob o argumento de que um novo processo licitatório demandaria largo espaço de tempo para ser concluído, o que, em seu entender, acarretaria prejuízos para a alimentação de militares e civis vinculados ao Centro Tecnológico da Marinha.

5. Outrossim, é certo que o denunciado CMG Antônio Carlos Mendes alongou propositadamente a abertura do pregão eletrônico para contratação de nova empresa fornecedora de alimentos para a unidade, que teve início apenas em março de 2016, época em que já havia sido contratada, de forma emergencial, a empresa Convida, ou seja, foi notória a intenção do denunciado em criar a referida situação de emergência para favorecer a empresa de sua preferência na celebração do contrato com o CTMSP.

6. Consta dos autos que o aludido termo de afastamento da licitação foi firmado em 04 de fevereiro de 2016 (evento nº 4 - v.1), passados, portanto, seis meses do início das tratativas de renovação do contrato de fornecimento de refeições com a empresa IT Alimentos Ltda, conforme acima narrado.

7. Registro que todos esses fatos foram praticados em conjunto com o então Ordenador de Despesas do Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo, que tudo coordenava, o Contra-Almirante André Luís Ferreira Marques, havendo inclusive determinado o afastamento do processo licitatório para a contratação da empresa Convida, assinando em conjunto com os dois primeiros denunciados a aludida Solicitação de Afastamento de Licitação (evento nº 4 - volume 1 do e-Proc), sendo que, apesar de investigado através de regular instauração de IPM, beneficiou-

se do arquivamento dos referidos autos, conforme decisão do E. STM, atendendo à promoção realizada pelo Procurador Geral de Justiça Militar.

8. Ocorre que os ora primeiro e segundo denunciados se habituaram a desobedecer o preceito constitucional e legal da obrigatoriedade de contratação por meio de processo licitatório, tanto que outros dois contratos foram firmados com a empresa CONVIDA, tudo sem licitação, no período que variou entre 18/02/2016 a 16/08/2017, despendendo-se a vultosa quantia de R$ 15.073.369,40 (quinze milhões, setenta e três mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta centavos), sendo firmados no período três contratos para o fornecimento de refeições, respectivamente de nº 42000/2016-009/00, 42000/2016-45/00 e 42000/2017-014/00, todos sob justificativa emergencial, conforme comprova o laudo pericial inserido no evento nº 03 - v.1 do e-proc.

9. Nesse particular, evidente a má-fé no atuar dos denunciados, na medida em que, não obstante o conhecimento generalizado acerca da obrigatoriedade de contratação mediante prévio procedimento licitatório, celebraram nada mais nada menos que três contratos de forma emergencial por um largo período de tempo envolvendo expressiva quantia em dinheiro; merece destaque o fato de a Advocacia Geral da União haver desaprovado a segunda contratação efetuada, tudo a descaracterizar a pretensa emergência dessas celebrações e estampar a má-fé dos ora denunciados.

10. Do mesmo modo, o titular da empresa CONVIDA, ora terceiro denunciado Fernando Arouca Nadai, se beneficiou dessas contratações irregulares, lesando tanto o interesse público quanto a Administração Militar em ter acesso a propostas que de fato representassem reais vantagens econômicas e qualitativas no fornecimento de gêneros alimentícios para a unidade militar.

11. De outro lado, apurou-se que o ora primeiro denunciado Capitão de Mar e Guerra (RM1-T) José Ribamar Rodrigues Júnior determinou que a aquisição de alguns equipamentos para a cozinha do CTMSP fosse realizada diretamente pela empresa Convida, sem licitação; assim, a referida empresa comprou uma batedeira industrial, uma máquina de frios semi-automática e doze garrafas térmicas de nove litros e por tudo isso recebeu, nas datas de 28 e 29 de abril de 2016, o valor de R$ 16.926,00 (dezesseis mil novecentos e vinte e seis reais) como se tivesse fornecido 1019 (mil e dezenove) refeições, informação falsa constante de faturamento a maior emitido pela empresa Convida naquele mês e pago pelo CTMSP, ou seja, exatamente o valor dos referidos equipamentos de cozinha, conforme atestado em laudo pericial inserido no evento nº 2, item 33, do e-proc; ressalto que o próprio denunciado confessou a referida prática criminosa em seu interrogatório no IPM.

12. Desse modo, verifica-se que tanto o primeiro quanto o terceiro denunciados, CMG (RM1-T) José Ribamar Rodrigues Júnior e o civil Fernando Arouca de Nadai, titular da empresa Convida, praticaram o

> delito de falsidade ideológica, previsto no artigo 312 do Código Penal Militar, eis que, em plena comunhão de desígnios, declararam falsamente o consumo de 1019 (mil e dezenove) refeições que nunca foram fornecidas, tudo no intuito de custear aquisição de equipamentos de cozinha, sem licitação, pela empresa Convida para utilizar em seu próprio beneficio, haja vista que a ela competia o fornecimento de refeições ao CTMSP, o que incluía, obviamente, a infraestrutura necessária à consecução da avença.
>
> 13. Dessa forma, verifica-se terem os agentes militares, ora denunciados, incidido no crime de dispensa ilegal de licitação, por três vezes, uma para cada contrato assinado, definido no artigo 89, da Lei nº 8666/93, na forma do artigo 53 do Código Penal Militar, uma vez que, em comunhão de desígnios, dispensaram a necessária licitação para contratação de empresa fornecedora de alimentos para o Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo, na forma acima narrada; de outro lado, o denunciado Fernando Arouca de Nadai, titular da empresa Convida Ltda, também incidiu no aludido delito, haja vista que obteve proveito econômico nessas contratações irregulares, praticando o delito previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8666/93, na forma do artigo 53 do Código Penal Militar; incorreu ainda, em co-autoria com o CMG (RM1-T) José Ribamar Rodrigues Júnior no crime de falsidade ideológica previsto no artigo 312, na forma do artigo 53, do Código Penal Militar, conforme acima narrado.

A Denúncia foi recebida em 28 de janeiro de 2020. Na mesma ocasião, o magistrado federal determinou que os Denunciados indicassem seu defensor; e, após o ato citatório, que as Defesas fossem intimadas para a apresentação do rol de testemunhas. E, ao final, que os autos retornassem conclusos para a designação de audiência de instrução, nos termos do art. 400 do CPP (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 1, REC_DENÚNCIA2).

Os Acusados, à época dos delitos, ocorridos em 2016 a 2017, eram todos maiores de 21 (vinte e um) anos de idade, considerando as respectivas datas de nascimento em 30 de dezembro de 1954, 15 de janeiro de 1961 e 12 de abril de 1979 (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 11, docs. 1 e 4; e vento 19).

Os Apelados foram citados em 19 de fevereiro de 2020 (Fernando), em 18 de fevereiro de 2020 (José Ribamar), e no dia 28 de fevereiro de 2020 (Antônio Carlos), todos declarando que iriam constituir advogado (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 22, docs. 1 e 2; evento 24, docs. 1, 2 e 3).

O Acusado Fernando Arouca de Nadai, no ato citatório, declarou-se inocente e que a sua Defesa ficaria a cargo do Dr. Vinícius Scatinho Lapetina, cujo mandato foi juntado em 2 de março de 2020. E, mediante petição datada de 2 de março de 2020, apresentou o rol de testemunhas, indicando Marina Ayumi Masuzawa, Rejane de Abreu Portanova, Eduardo Camilo de Aguiar,

Contra-Almirante André Luís Ferreira Marques e Adriana Camacho Falcioni (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 22, doc. 2; evento 23, docs. 2 e 1).

A defesa técnica de Antônio Carlos Mendes, em defesa prévia, em 9 de março de 2020, sustentou a ausência de justa causa para o recebimento da Exordial, à luz do art. 396 do CPP, por se encontrar inepta, não trazendo em seu corpo os requisitos previstos no art. 77 do CPPM. Assim, pleiteou a sua rejeição, nos termos do art. 395 do CPP, ou, caso não fosse esse o entendimento, arguiu nulidade da Decisão por ausência de fundamentação. No mérito, sustentou a Defesa a absolvição sumária do Réu, reconhecendo as excludentes de ilicitude, quais sejam, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 27).

A Defensoria Pública da União, atuando em favor de José Ribamar Rodrigues Júnior, em petição de 25 de março de 2020, requereu nova abertura de prazo para a apresentação do rol de testemunhas, à luz do art. 417, § 2º, do CPPM (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 29).

O magistrado federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM, em Decisão proferida no dia 7 de maio de 2020, indeferiu os pleitos formulados pela Defesa de Antônio por ausência de previsão legal no âmbito desta Justiça Especializada (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 34).

Em Despacho prolatado no dia 20 de julho de 2020, o aludido magistrado designou a data de 24 de agosto de 2020 para a audiência das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar por meio do sistema de videoconferência (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 47).

As testemunhas da acusação, André Luís Ferreira Marques (comum ao MPM e à Defesa), Carlos Alberto Soares Teles e Rita de Cássia Gilli foram ouvidas mediante videoconferência em sessão do dia 24 de agosto de 2020. Em razão do adiantado do horário, o magistrado indagou às Partes quanto à continuidade da sessão, na forma do art. 424 do CPPM. Nessa senda, concordaram em adiar a inquirição das testemunhas Lucimara Aparecida Domingues de Andrade e Érika Eloy Teixeira (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 64).

Foi designado o dia 26 de outubro de 2020, às 14 horas, para a oitiva das testemunhas restantes da acusação, conforme o despacho exarado em 27 de agosto de 2020 (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 68).

No dia aprazado, foram inquiridas Lucimara Aparecida Domingues de Andrade e Érika Eloy Teixeira. O Ministério Público Militar se deu por satisfeito com a prova oral. Na mesma assentada, foram ouvidas as testemunhas de defesa, arroladas por Antônio Carlos Mendes, quais sejam, Roberto Cesar

Saraiva Leontsinis e Henrique Cândido da Silva, tendo desistido da testemunha Arnaldo Barros Xavier Junior, dando-se por satisfeito com a prova oral (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 98).

Mediante o Despacho proferido em 27 de outubro de 2020, o Juiz Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM designou o dia 10 de dezembro de 2020, às 14 horas, para a oitiva das testemunhas arroladas pela Defesa de Fernando Arouca de Nadai e para o interrogatório dos Acusados (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 100).

Adiante, por medida de segurança, o magistrado redesignou a data de 25 de fevereiro de 2021 para a oitivas das aludidas testemunhas, conforme o Despacho exarado em 3 de dezembro de 2020 (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 118).

Em sessão realizada na data marcada, foram ouvidas as testemunhas da Defesa de Fernando Arouca de Nadai, sendo elas, Marina Ayumi Masuzawa, Rejane de Abreu Portanova, Eduardo Camilo de Aguiar e Adriana Camacho Falcioni, mediante o sistema de teleconferência. Adiante, a Defesa se deu por satisfeita com a prova testemunhal e deu-se início ao interrogatório dos Acusados. Logo após, o magistrado abriu vista às Partes para os fins do art. 427 do CPPM (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 139).

O Representante do Ministério Público Militar, na fase do art. 427 do CPPM, requereu a adoção das providências a seguir (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 151):

> [...] 1) tendo sido aventado em depoimento a existência de procedimento instaurado no âmbito de competência do Tribunal de Contas da União, requer seja notificada a Direção do Centro Tecnológico para informar se há procedimento no TCU referente aos três contratos emergenciais com a empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., remetendo cópia de informações prestadas, sem prejuízo de posterior formulação de requerimento junto ao órgão de controle externo de contas para outros esclarecimentos; 2) requisição à Direção do CTMSP de cópia de todos os pareceres jurídicos produzidos pela assessoria jurídica da própria organização militar, referentes às três contratações emergenciais da empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA.; 3) informações do CTMSP acerca da finalização do pregão para contratação de serviço de fornecimento de refeições para as duas unidades militares feito após as três contratações emergenciais; 4) requisição ao CTMSP de demonstração das consultas de preços de fornecimento de refeições que antecederam as três contratações emergenciais; 5) compartilhamento integral do presente feito, inclusive o IPM, com o Ministério Público Federal, para análise e apuração de eventual improbidade administrativa resultante das três contratações emergenciais que são objeto da denúncia, tudo sem prejuízo de eventual posterior complementação após o retorno das informações.

Tal diligência foi deferida pelo magistrado federal, em Despacho proferido no dia 15 de março de 2021, e foi cumprida em 26 de março de 2021 pelo Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, eventos 152 e 161, docs. 1 a 14).

Após tomar ciência da vasta documentação, o Representante do *Parquet* Castrense nada mais requereu na fase processual de diligências, exceto quanto à juntada de prova pericial produzida na fase inquisitiva (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 169, doc. 1).

A Defesa de Fernando Arouca de Nadai, na fase do art. 427 do CPPM, requereu a juntada da documentação apontada na sua petição, datada de 14 de abril de 2021 (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 170, docs. 1 a 17).

A Defensoria Pública da União, atuando em favor de José Ribamar Rodrigues Júnior, em fase de diligências, nada requereu, a não ser nova vista dos autos após o retorno dos autos com as diligências requeridas pela Acusação, o que foi atendido (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, eventos 159 e 171).

O magistrado federal da Justiça Militar da União, em Decisão proferida em 16 de abril de 2021, após explanar os seus fundamentos jurídicos, determinou a abertura de vista às Partes, para os fins do art. 428 do CPPM, cabendo ainda informar expressamente se desejariam a realização de sessão de julgamento (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 172).

Em Alegações Escritas, o Representante do Ministério Público Militar postulou a condenação dos Acusados, nos termos descritos na Inicial, ressaltando o desinteresse em realização de sessão de julgamento (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 175).

A Defesa constituída de Fernando Arouca de Nadai requereu, preliminarmente, em relação ao crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, a atipicidade da conduta, diante da ocorrência da *abolitio criminis*, em razão da edição da nova Lei de Licitações. Alternativamente, requereu a sua absolvição por não haver quaisquer provas que indicassem a sua participação na prática delitiva prevista no art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 (revogado pela nova Lei de Licitações). De igual forma, pleiteia a absolvição de seu cliente em relação ao delito do art. 312 do CPM por inexistir qualquer elemento comprobatório nos autos de que tenha praticado a referida conduta (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 181).

A Defensoria Pública da União, em Alegações Derradeiras, atuando em favor de José Ribamar Rodrigues Júnior, requer a sua absolvição da conduta prevista no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, diante da não comprovação de que tenha agido com dolo. Quanto ao crime de falsidade ideológica,

também requer a sua absolvição por não restar comprovado qualquer prejuízo à Administração Militar (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 183).

A Defesa constituída, atuando em favor de Antônio Carlos Mendes, postula a sua absolvição do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 por inexistir qualquer comprovação de que o Acusado tenha tido o *animus* de causar dano ao erário (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 189).

Mediante o Despacho proferido em 9 de junho de 2021, estando o processo em ordem, e, após o interesse de ao menos uma das Partes em participar da sessão de julgamento, foi designada a data de 23 de agosto de 2021 para a realização da aludida sessão (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 191).

Em sessão realizada na data especificada, após os debates orais, o Juiz Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM julgou improcedente o pedido formulado na Inicial (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 205):

- absolveu José Ribamar Rodrigues Júnior, Capitão de Mar e Guerra da reserva remunerada, do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, por 3 (três) vezes, na forma do art. 53 do CPM, com fulcro no que dispõe o art. 439, alínea *b*, do CPPM; e ainda o absolveu da imputação prevista no art. 312, na forma do art. 53, ambos do CPM, com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM;

- absolveu Antônio Carlos Mendes, Capitão de Mar e Guerra da reserva remunerada, da conduta prevista no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, por 3 (três) vezes, na forma do art. 53 do CPM, com fulcro no que dispõe o art. 439, alínea *b*, do CPPM;

- absolveu Fernando Arouca de Nadai, Civil, da conduta ínsita no art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, por 3 (três) vezes, na forma do art. 53 do CPM, com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM; e ainda o absolveu do crime previsto no art. 312, na forma do art. 53, ambos do CPM, com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM.

A Sentença foi disponibilizada no e-Proc em igual data; a expedição da intimação eletrônica do Ministério Público Militar se deu em 26 de agosto de 2021; a confirmação se deu em 2 de setembro de 2021 e o recurso foi interposto na mesma data, portanto tempestivo (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, eventos 205, 210, 215 e 216).

O Ministério Público Militar, em Razões Recursais, pugna pela reforma total da Sentença, porque restaram comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade delitivas pela prova testemunhal e documental. Postula, assim, a condenação dos Apelados nos termos descritos na Denúncia (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 226).

O trânsito em julgado para a Defesa de Fernando Arouca de Nadai ocorreu em 7 de setembro de 2021; para a Defesa de José Ribamar Rodrigues Júnior em 9 de setembro de 2021; e para a Defesa de Antônio Carlos Mendes em 14 de setembro de 2021 (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 225).

A Defensoria Pública da União, em favor de José Ribamar Rodrigues Júnior, preliminarmente, postula a ampla devolução da matéria recursal ao STM. No mérito, requer a manutenção da Sentença recorrida, diante da ausência do elemento subjetivo específico do tipo, previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, bem com a atipicidade da conduta do crime de falsidade ideológica por ausência de prejuízo à Administração Militar (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 233).

A Defesa de Antônio Carlos Mendes, em Contrarrazões Recursais, requer a manutenção da Sentença, ressaltando que não há provas de que o Apelado tenha agido com dolo, elemento subjetivo do tipo do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 234).

A Defesa de Fernando Arouca de Nadai, ao contra-arrazoar o recurso, postula a manutenção da Sentença por inexistir, quanto ao crime do art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, qualquer prova da materialidade delitiva, das elementares do tipo penal, do elemento subjetivo do tipo, em suma, de que o Acusado tenha participado da conduta delitiva. No tocante ao crime do art. 312 do CPM, de igual forma, deve ser mantida a sua absolvição por não restar demonstrado qualquer prejuízo para a Administração Militar (APM nº 7000022-85.2020.7.02.0002, evento 236).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar opina pelo desprovimento do apelo ministerial, para manter inalterada a Sentença recorrida (Apelação nº 7000720-20.2021.7.00.0000, evento 6, 1-PAREC MP).

Foi determinada vista ao e. Ministro-Revisor.

É o Relatório.

VOTO

1. PRELIMINAR ARGUIDA PELA DEFESA, DE APLICAÇÃO DA AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO

1.1 Preliminar de ampla devolução da matéria recursal arguida pela defesa de José Ribamar Rodrigues Júnior

A Defensoria Pública da União, na defesa de José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1), em sede de contrarrazões recursais, suscitou preliminar de ampla devolução recursal, diante do princípio do duplo grau de jurisdição, de

modo a afastar qualquer alegação de preclusão das teses defensivas, tendo em conta o princípio da ampla defesa.

Tem-se que a preliminar não deve ser conhecida, por 2 (duas) razões, a saber.

Por primeiro, a Defesa não interpôs recurso de apelação, dentro do prazo legal, apesar de intimada. O recurso é exclusivamente da Acusação, portanto, esta seria a parte interessada para requerer o debate da matéria, em toda a sua totalidade.

Por segundo, mesmo que fosse parte interessada, o tema estaria imbricado com o mérito recursal, não devendo ser conhecido o pleito defensivo de devolução ampla da questão litigiosa, em reverência ao brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, que delimita os contornos do recurso em suas razões de apelação.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da preliminar defensiva de ampla devolução recursal, por estar imbricada com o mérito recursal, à luz do art. 81, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM).

2. MÉRITO

O recurso interposto pela Acusação é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, devendo ser conhecido. **No mérito, o apelo deve ser desprovido, pelas razões abaixo aduzidas.**

O presente apelo tem como objetivo a reforma da Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM, que, em 23 de agosto de 2021, absolveu José Ribamar Rodrigues Júnior, CMG R1, Antônio Carlos Mendes, CMG R1, e Fernando Arouca de Nadai, civil, do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 para os militares, e do crime ínsito no parágrafo único do art. 89 da aludida Lei, para o Civil, por 3 (três) vezes, cada um, em coautoria, por atipicidade da conduta, na forma do art. 439, alínea *b*, do CPPM.

E, ainda, absolveu José Ribamar Rodrigues Júnior, CMG R1, e Fernando Arouca de Nadai, Civil, ambos do crime previsto no art. 312 do Código Penal Militar, à luz da alínea *b* do art. 439 do CPPM.

Inicialmente, para que se tenha o perfeito descortino dos fatos, faz-se necessário descrever o cenário no qual se encontrava o Centro Tecnológico da Marinha de São Paulo, no ano de 2015, no tocante ao fornecimento de refeições aos militares, funcionários e terceirizados alocados na Sede, com restaurante localizado na Cidade Universitária, em São Paulo; bem como àqueles alocados no antigo Centro Experimental Aramar (CEA), atual Centro Industrial Nuclear de Aramar (CINA), no município de Iperó.

I. CENTRO TECNOLÓGICO DA MARINHA DE SÃO PAULO – TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES

A Diretoria de Finanças da Marinha autorizou a implementação da operação de terceirização do rancho do CTMSP, a partir do ano de 2000, diante da necessidade de prover a alimentação aos seus empregados, que se iniciou mediante regular procedimento licitatório.

A licitação se deu no Centro Tecnológico da Marinha de São Paulo (CTMSP), na sua sede em São Paulo/SP, localizada no Campus da USP, no ano de 2000, e no Centro Experimental Aramar (CEA), no município de Iperó/SP, região rural próxima à Sorocaba/SP, distante 150 Km (cento e cinquenta quilômetros) da sede. Para fins de gerência administrativa e de padronização dos serviços a serem executados, o CTMSP foi considerado como uma única organização militar.

Segundo o Regimento Interno do CTMSP, é prevista uma única Ordenação de Despesa (CTMSP-09), conforme se vê no § 1º do art. 2º do RICTMSP. No entanto, na prática, existem 2 (dois) Ordenadores de Despesas, um denominado O.D. da Gestoria de Caixa de Economias e Municiamento Sede, e outro de O.D. de Gestoria de Execução Financeira.

Os gestores de municiamento da Sede e do CEA, no período de 2000 a 2007, administraram contratos distintos, porém com o mesmo objeto e prestadores de serviços diferentes. O processo licitatório preconizava o parcelamento do objeto entre o CTMSP e o CEA, que resultou em reclamações e em questionamentos dos comensais, diante da desigualdade entre os serviços prestados.

Nessa senda, em 2007, a Direção Administrativa do CTMSP reputou como conveniente a unificação do objeto, as licitações passaram a ser realizadas em item único e os contratos decorrentes foram firmados por uma única empresa para atender as 2 (duas) unidades de serviço nos Ranchos da OM.

Diversas empresas foram contratadas e prestaram serviços de fornecimento de refeições com qualidade técnica e honraram com os pagamentos dos salários de sua mão de obra, de forma tempestiva, no decorrer dos anos seguintes, todas sediadas e com centros de distribuição no estado de São Paulo.

No entanto, a Administração do Centro decidiu reformular o modelo contratual para fins de melhoria qualitativa e quantitativa do serviço e, no ano de 2013, procedeu a novo processo licitatório, mediante o pregão eletrônico, tendo como vencedora e contratada a empresa IT ALIMENTOS EPP, empresa de pequeno porte, sediada em Brasília/DF.

A contratação entre o CTMSP e a referida empresa foi celebrada, com vigência de 17 de fevereiro de 2013 a 17 de fevereiro de 2014, e mais 2 (duas) prorrogações, por meio de termos aditivos, nos períodos de 17 de fevereiro de 2014 a 17 de fevereiro de 2015; e de 17 de fevereiro de 2015 a 17 de fevereiro de 2016.

Na ocasião de uma terceira prorrogação, o gerente administrativo da aludida empresa, Sr. Márcio Carvalho de Oliveira, em **13 de fevereiro de 2015**, submeteu à apreciação do CTMSP proposta de repactuação de preços, com um reequilíbrio de 80% (oitenta por cento), que, após análise pela Comissão designada, **em 11 de agosto de 2015**, foi encaminhada à Assessoria Jurídica em Repactuação (Superintendência Financeira).

No seu parecer, datado de **25 de setembro de 2015**, a Assessoria recomendou que fossem solicitados os devidos esclarecimentos pela empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP, em relação a alguns itens do pleito de repactuação.

No dia **3 de novembro de 2015**, portanto, foi encaminhado *e-mail* à empresa, estipulando um prazo de 5 (cinco) dias e devidamente recebido. Em igual data, foi solicitada uma dilação de prazo até o dia **13 do mesmo mês** pela empresa, que foi prontamente deferido, conforme o *e-mail* datado de 4 de novembro de 2015.

Consta que o prazo transcorreu *in albis*, sem qualquer manifestação por parte da contratada. Em **27 de novembro de 2015**, a Comissão emitiu outro Parecer, diante da não manifestação da citada empresa, e apresentou planilhas de formação de preço, adequando-as conforme as recomendações jurídicas.

O Sr. Márcio Carvalho de Oliveira então se manifestou e solicitou uma reunião, que foi realizada em **14 de dezembro de 2015**, para tratar de assuntos contratuais. Nessa mesma ocasião, foi entregue, em mão, a Carta nº 30-0005/2015 do CTMSP à empresa, versando sobre o resultado do pleito de repactuação e aditamento do contrato.

A resposta da empresa se deu em **16 de dezembro de 2015**, mediante a cópia, via *e-mail*, da Carta nº 576/2015-PRESI, da empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP, esclarecendo que, a título de prorrogação contratual, haveria a necessidade de refazimento das planilhas de formação de preços, para melhor viabilizar a continuidade dos serviços prestados. E ressaltou que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias conflitaria com a data-base da categoria dos seus colaboradores, o que acarretaria muita rescisão trabalhista.

Diante do silêncio da empresa, foi encaminhado *e-mail* em **4 de janeiro de 2016** para o Sr. Márcio Carvalho de Oliveira, Gerente Administrativo da referida empresa, ressaltando a manifestação, com urgência, acerca da prorrogação de prazo, tendo em vista a proximidade do vencimento do contrato, em 17 de fevereiro de 2016.

No mesmo dia **4 de janeiro de 2016**, foi enviada a resposta da empresa, mediante a Carta nº 1/2016-GERAD, via e-*mail*, por parte do Sr. Elias Ferreira dos Santos, Presidente. Este solicitou a memória dos cálculos que resultaram no reajuste global de 8,3% (oito inteiros e três décimos por cento), sobre o valor mensal estimado, para fins de conclusão da análise de repactuação referente ao período de 2015 a 2016, que foi atendido no **dia 6 de janeiro de 2016**, por intermédio do e-*mail*, encaminhado ao gerente da empresa.

Em **11 de janeiro de 2016**, foi encaminhado e-*mail* ao Gerente Administrativo da empresa, para informar previsão quanto à prorrogação contratual. No dia seguinte, foi enviado outro e-*mail*, reforçando a necessidade de se receber o aceite por parte da empresa, para fins de viabilizar o trâmite do processo. **Em resposta, na mesma data**, veio a informação de que a carta resposta se encontrava com o diretor da empresa, para análise.

Aos **22 dias do mesmo mês**, foi encaminhado e-*mail*, reiterando a necessidade da resposta por parte da aludida empresa, cuja resposta se deu em igual data, via e-*mail*, contendo a Carta nº 7/2016-GERAD.

No documento acima, o Presidente da empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP apresentou a sua contraproposta e, com o intuito da não suspensão da continuidade na execução do contrato, apresentou alguns ajustes no cardápio, com substituições ou reduções nas refeições, e requereu a prorrogação do contrato por 90 (noventa dias).

E, **no dia 26 de janeiro seguinte**, foi comunicada à empresa, via e-*mail*, a impossibilidade de ser renovado o contrato entre o CTMSP e o estabelecimento, após análise do pleiteado na contraproposta apresentada.

Segundo informam os autos do primeiro processo de dispensa de licitação – DL 483/2016, houve um contato telefônico, entre os dias **1º e 11 de dezembro de 2015**, por parte da Sra. Edna Ferreira dos Santos, sócia-proprietária da empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP, ao gestor do contrato, Antônio Carlos Mendes (CMG – RM1-T), comunicando o interesse em efetuar a terceira prorrogação contratual por mais 6 (seis) meses.

II. Pregão eletrônico (Processo nº 63230.000998/2016-24) – tramitação até homologação

Devido à necessidade de realização de licitação para contratação de prestação de serviços de fornecimento de refeição, a fim de atender às necessidades do Rancho do CTMSP – Sede e CEA –, foi iniciado o procedimento licitatório pela Divisão de Municiamento da Sede em **julho de 2015 e finalizado 25 de setembro de 2015**, sendo encaminhado ao setor de pregão, para fins de realização de significativas alterações nas minutas, com o intuito de atender às novas regras licitatórias estabelecidas no ano de 2014.

Assim, entre os meses de **outubro de 2015 e março de 2016**, o processo foi reelaborado seguindo todas as determinações para que fosse adequado aos novos modelos, a fim de viabilizar o preenchimento da planilha de formação de preços, reelaboração do TR, REDITAL e solicitação de licitação (SOLIC), entre outras providências.

Em 22 de março de 2016, após reformulação, foi solicitada pela encarregada da divisão de municiamento da Sede à Superintendência Administrativa a abertura de licitação para pregão eletrônico, nos termos do Redital, homologado pelo Superintendente Administrativo, à época, Antônio Carlos Mendes, em 29 de março de 2016, e pelos Ordenadores de Despesas, Fábio Fornazier Volpini e Arnaldo Barros Xavier Júnior, autorizado e ratificado pelo Diretor Representante da Marinha, André Luís Ferreira Marques, em 8 de abril de 2016.

O processo de licitação foi encaminhado **no dia 12 de abril de 2016** para a CJU-SP/CGU/AGU, para fins de análise, e recebido no **dia 13 seguinte**, que emitiu o Parecer nº 00451/2016/CJU-SP/CGU/AGU em **18 de maio de 2016**, recomendando, entre outros, a Administração demonstrar a inviabilidade técnica ou econômica do parcelamento do objeto do edital, tendo em vista que é divisível; definir a natureza do objeto a ser contratado; e reanálise da inclusão do item 9.1 no TR (que estabelece as condições relativas à previsão de fornecimento de refeições para funcionários de outras empresas terceirizadas e que prestam serviços nas dependências do CTMSP – Sede e CEA).

Os autos foram remetidos à Assessoria Jurídica do CTMSP em **25 de maio seguinte**, que diligenciou ao setor competente (pregão) em **7 de julho (*sic* junho) de 2016**, para que fossem atendidas as considerações pormenorizadas pela CJU, as quais foram cumpridas pela Requisitante (Rita de Cássia Gili, encarregada da divisão de municiamento e rancho da sede) na data de **15 de junho de 2016**, ressaltando que foi incluída a Taxa de Administração para fornecimento de refeições a empresas terceirizadas (item 9.1) e a justificativa para o não parcelamento do objeto.

Os autos retornaram à Assessoria Jurídica **em 16 de junho de 2016**. Tal setor ressaltou que, além dos apontamentos da CJU/SP, os quais foram cumpridos, foi acrescentada, na redação do edital e do contrato, matéria acerca de cessão de direitos/pagamento por sub-rogação, solicitou a ratificação do Ordenador de Despesas para a continuidade do processo e a análise da CJU **em 21 de junho de 2016**.

No dia 27 de junho de 2016, o processo foi recebido no NAJ/SP. Foi emitido o Parecer nº 00660/2016/CJU-SP/CGU/AGU, datado de **1º de julho de 2016**, com as seguintes considerações, entre outras, a inserção do subitem 9.1 e seguintes ao corpo do termo de referência; a inclusão de um

percentual ao uso das dependências da União e dos bens de segurança jurídica.

Mediante o Despacho proferido em **4 de julho de 2016**, o processo foi restituído ao órgão assessorado, que foi recebido pelo respectivo setor e enviado *e-mail* aos setores envolvidos, datado de **6 de julho de 2016**, para fins de atendimento das recomendações oriundas da CJU/SP, ressaltando a urgência no cumprimento.

A Sra. Rita Gili, Requisitante e Encarregada da Divisão de Municiamento e Rancho da Sede, em **12 de julho de 2016**, restituiu os autos à Assessoria Jurídica, com o cumprimento das exigências.

O Processo nº 63230000998/2016-24 – Pregão Eletrônico nº 500/2016 foi encaminhado em **13 de julho de 2016**, para fins de publicação, no D.O.U. e nas mídias, que ocorreu no dia **14 de julho de 2016**. O aviso de licitação ocorreu no dia seguinte, informando que as entregas de propostas dar-se-iam a partir da data de publicação, às 8h30, no site: **www.comprasnet.gov.br**, com a abertura das propostas em **27 de julho de 2016**, às 9 horas, no mesmo sítio eletrônico.

Foram apresentados vários questionamentos pelas empresas interessadas durante o período de 14 a 22 de julho de 2016, que foram respondidos no sítio eletrônico acima citado. No dia 22 de julho de 2016, foram apresentadas 3 (três) impugnações pelas empresas Italian Alimentos Ltda. EPP, Horto Central de Marataízes Ltda., L.M. Neffa Comercial Exp. e Importadora EIRELLI. E nos dias seguintes de outras empresas.

No dia **26 de julho de 2016**, houve questionamento do Ordenador de Despesas acerca do parcelamento do objeto. Em igual data, a mesma autoridade administrativa determinou a suspensão do pregão eletrônico, para fins de respostas às impugnações. O aviso de suspensão do referido pregão foi publicado no D.O.U. **no dia 27 de julho de 2016**, não havendo, em consequência, a abertura do certame, prevista para esta data, às 9 horas.

No **dia 28 de julho de 2016**, foi elaborado relatório de resposta às impugnações das empresas ao pregão eletrônico pela Assessoria Jurídica. E, mediante Despacho assinado em 29 de julho de 2016, o O.D. Fábio Fornazier Volpini (CMG – RM1 – IM) solicitou proceder ao pregão eletrônico, com celeridade legal, para fins de evitar nova contratação emergencial. Dessa forma, a reabertura do prazo da licitação foi retomada e publicada no D.O.U. de **2 de agosto de 2016**.

O Superintendente Administrativo encaminhou, no dia 1º de agosto de 2016, ao Ordenador de Despesas, cópia da justificativa elaborada pelo setor Requisitante, em 10 de junho de 2016, acerca do não parcelamento do objeto

constante do processo. No mesmo dia, o O.D. questiona o documento e requer ao setor competente outra justificativa, com maiores argumentos.

Em resposta, foi confeccionada a justificativa de não parcelamento e protocolada no Setor de Pregão no dia 5 de agosto de 2016, assinada por Rita de Cassia Gili (Encarregada da Divisão de Municiamento e Rancho da Sede), José Ribamar Rodrigues Júnior (Chefe do Departamento de Recursos Humanos), Cláudio Viola (Superintendente Administrativo) e Arnaldo Barros Xavier Júnior (O.D. de Municiamento).

Diante das impugnações ao edital pelas empresas Nunes & Souza – Criação e Arte Final Ltda. – ME; Higienix Higienização e Serviços Ltda.; Convida Refeições Ltda.; e Hemac Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. ME; houve a determinação de nova suspensão dos prazos do pregão eletrônico, com publicação no D.O.U. **de 12 de agosto de 2016**.

A manifestação jurídica quanto às citadas impugnações foi elaborada pela Assessoria Jurídica e encaminhada ao O.D. para decisão final.

Acrescente-se que, **no dia 17 de agosto de 2016**, tem início o prazo de vigência da segunda contratação emergencial para fornecimento de refeição.

No **dia 14 de setembro de 2016**, houve novo questionamento pelo O.D. acerca do não parcelamento do objeto e sobre a inclusão da periculosidade na planilha na formação de custo e conta vinculada.

No dia seguinte, foi realizada reunião com o Diretor do CTMSP para se discutir o não parcelamento do objeto. Nessa assentada, a aludida autoridade determinou a realização de novas pesquisas de preço de mercado, com a proposta de 2 (duas) cotações: objeto único ou parcelado, para comprovar a economicidade em cada situação, para fins de subsídio da decisão final.

A Minuta do processo foi entregue no Setor de Pregão no dia 23 de setembro de 2016.

Ocorre que, **no dia 18 de outubro de 2016**, diante das orientações legais, de eventual evolução do mercado, da possibilidade de se ter o mesmo vencedor (CEA/SEDE), de nova orientação de se buscar a melhor proposta à União, o Diretor Representante da Marinha, André Luís Ferreira Marques (Contra-Almirante), decidiu pelo parcelamento do objeto do presente processo de pregão eletrônico.

No dia **19 de outubro de 2016**, a Requisitante (Rita) finaliza as considerações, reformula o processo no que tange ao parcelamento do objeto em 2 (dois) lotes, assinado também por José Ribamar Rodrigues Júnior (chefe do departamento de recursos humanos e gestor), e homologado pelo O.D. de Municiamento em 24 de outubro de 2016.

O processo remodelado foi entregue pelo CMG Ribamar e Dra. Adriana Camacho Falconi no CJU, em reunião realizada no dia **1º de novembro de 2016**. Foi emitido Parecer nº 01402/2016/CJU-SP/CGU/AGU em **28 de novembro de 2016**, com ressalvas, dentre elas a de adaptar o processo aos termos do Parecer nº 1289/2016/VRD-CJU/AGU, de 14 de novembro de 2016, emitido no segundo contrato emergencial. O feito foi restituído ao órgão assessorado, com recomendações, por intermédio de despacho assinado em **1º de dezembro de 2016**.

Os autos foram encaminhados à Assessoria Jurídica em **5 de dezembro de 2016**. E, em **7 de dezembro de 2016**, foi encaminhado *e-mail* ao setor competente com as considerações do Parecer da CJU, para fins de atendimento.

No dia posterior, foram apresentadas as considerações e as providências pela Requisitante. E, no **dia 20 de dezembro de 2016**, conforme o Relatório de Atendimento nº 237/2016 – AC, foi solicitada a sua devolução ao CJU, para análise.

O Coordenador-Geral da CJU Luiz Palombo Neto emitiu despacho **em 5 de janeiro de 2017**, no sentido de não cumprimento de algumas recomendações existentes no Parecer nº 1289/2016, bem como de novas regras publicadas na Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que trata da contratação de serviço com fornecimento de mão de obra em regime de dedicação exclusiva, e que pode ensejar mudanças no edital.

Nesse sentido, assim se posicionou:

> **6. Por fim, nos parece mais recomendável, caso a autoridade responsável entenda indispensável para a continuidade do serviço e para obter o melhor atendimento ao interesse público, no caso concreto, que eventual contratação emergencial seja feita tão somente pelo tempo estritamente necessário à finalização da licitação em curso, com o atendimento de todas as recomendações expostas.**

Diante das pendências existentes no edital e de ajuste conforme a Portaria acima descrita, da iminência de uma terceira contratação emergencial, foi realizada reunião no dia **24 de janeiro de 2017** entre o setor Requisitante, a Assessoria Jurídica do CTMSP, e Consultores Jurídicos do CJU, e Advogado da União.

Ficou registrado em Ata de Reunião que o edital de licitação sofreria alterações, o que acarretaria a realização da terceira contratação emergencial, com a ressalva de análise pelo setor competente.

Em 30 de maio de 2017, a Assessoria Jurídica, em relatório de atendimento nº 74/2017 – AC, diante do atendimento às determinações do

CJU, não vê óbices quanto ao prosseguimento do feito, que foi autorizado pelo O.D. de Municiamento e pelo O.D. do CTMSP **em 31 de maio de 2017**.

O aviso de reabertura das propostas de preços do referido pregão foi publicado no D.O.U. **de 6 de junho de 2017**, informando que, diante das impugnações, o CTMSP reformulou o objeto da contratação, alterando as minutas pertinentes, com a abertura das propostas de preço **no dia 19 de junho de 2017**, às 9 horas, o qual foi suspenso.

Mediante o *e-mail* datado de **13 de junho de 2017**, proveniente do TCU, foi informado ao CTMSP acerca de Representação, com pedido de cautelar, protocolado em 9 de junho de 2017, autuada como TC 016.085/2017-5, tendo como objeto pregão eletrônico 500/2016, com sessão prevista para o dia 19 de junho de 2017. Solicita ainda as informações pertinentes à matéria.

No dia 7 de julho de 2017, foi publicado no D.O.U. aviso de reabertura de prazo no aludido pregão, novo edital, com entrega das propostas a partir desta data, às 8h30, com a abertura das propostas em 19 de julho de 2017.

E, finalmente, no dia **9 de agosto de 2017**, após analisados e decididos os recursos do Pregão nº 500/2016 (Processo nº 63230000998/2016-24), a autoridade competente, Fabio Fornazier Volpini, homologou a adjudicação referente ao aludido feito, tendo como licitantes vencedores GUSTAVO GUAZZELLI NANINI, para o rancho CTMSP – Sede, e CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., para a unidade de Iperó/SP.

Consta mencionar que foi oferecida Representação contra o referido edital, com pedido de liminar, em 4 de junho de 2016, autuado sob TC nº 016.085/2017-5, a qual foi julgada em 20 de junho do mesmo ano, e indeferido o requerimento de medida cautelar, em face da inexistência dos pressupostos necessários.

No mérito, foi julgada parcialmente procedente, com recomendação ao CTMSP que, nos futuros editais de licitação, defina a forma como os serviços serão prestados: se pela natureza da atividade ou pelo modo como é usualmente executada no mercado em geral; se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e de habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas.

III. PRIMEIRA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL E TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, NA MODALIDADE DE PREGÃO ELETRÔNICO

A não renovação do contrato celebrado entre o CTMSP e a empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP acarretaria, portanto, a cessação do fornecimento das

refeições para o Rancho do Centro, a partir de 17 de fevereiro de 2016, termo final do referido contrato.

Os efeitos de tal término contratual redundariam no atraso do cumprimento de metas do Programa Nuclear, e seriam os servidores militares e civis, e funcionários terceirizados liberados diariamente até o horário das 12 horas, em face da inexistência de alimentação do efetivo daquela OM.

Haveria ainda a impossibilidade de aquartelar 68 (sessenta e oito) militares (praças) na OM, tendo em vista a impossibilidade de lhes disponibilizar e servir-lhes as 4 (quatro) refeições diárias. E a compra diária dessas refeições resultaria num custo elevado para o CTMSP.

Dessa forma, mediante a Portaria nº 32/CTMSP, de 3 de fevereiro de 2016, foi designada a Comissão para análise do respectivo Processo de Dispensa de Licitação, tendo como Presidente José Ribamar Rodrigues Junior (CMG – RM1-T) e como suplente Roque Cerqueira Pires Júnior (CF – T); membros: empregados AMAZUL Rita de Cássia Gili, Ana Flávia C. Ramos dos Santos e Juliana Jesus de Oliveira Marques, e Andréa Tônia M. Pinto do Amaral.

A referida Comissão, considerando as tentativas infrutíferas de prorrogar o contrato com a antiga empresa fornecedora, até o último instante, obtendo a sua contraproposta somente em 20 de janeiro de 2016; considerando que houve manifestação de uma das sócias-proprietárias da última empresa na primeira dezena de dezembro de 2015; considerando um eventual atraso no programa nuclear da OM, com a dispensa de um número elevado do efetivo na OM; considerando o problema social de aquartelamento de 68 (sessenta e oito) militares e o custo da aquisição de 4 (quatro) refeições diárias; considerando a proposta mais vantajosa apresentada dentre 5 (cinco) propostas apresentadas por empresas diversas; considerando que os preços ofertados se encontram de acordo com os preços praticados pelo mercado; e, por final, na forma do entendimento do Tribunal de Contas da União, em caráter excepcional, de contratação emergencial de prestação de serviços que não possam sofrer solução de continuidade, devidamente justificado com os problemas que poderão ser acarretados à União, em caso de paralisação dos serviços, solicitou a autorização para abertura do processo de afastamento de licitação.

Depois de observados os critérios básicos para uma contratação emergencial, foi celebrado o Contrato Emergencial nº 42.000/2016-009/00, entre o CTMSP e a empresa CONVIDA REFEIÇÃO LTDA., em 18 de fevereiro de 2016, e assinado pelo Diretor Representante da Marinha, André Luís Ferreira Marques, e o representante da contratada, Eduardo Camilo de Aguiar, com a devida procuração para tal finalidade, e visto por Eduardo S. Siqueira, Encarregado da Divisão de Contratos, com valor estimado de R$ 6.977.280,00

(seis milhões, novecentos e setenta e sete mil e duzentos e oitenta reais), pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, com vigência no período de 18 de fevereiro a 15 de agosto de 2016.

O processo em referência foi aprovado pelo Ordenador de Despesas, Arnaldo Barros Xavier Júnior (CMG – RM-1-IM) e pelo Diretor de Marinha, André Luís Ferreira Marques (Contra-Almirante), ambos em 26 de fevereiro de 2016; e publicado no D.O.U. em 29 de fevereiro do mesmo ano.

Mediante a Nota Técnica nº 27/2016, após a verificação de todo o procedimento emergencial licitatório, pela Assessoria Jurídica, foi encaminhado à CJU-SP/AGU, em 17 de março de 2016, **com a ressalva de urgência, em prazo inferior a 15 (quinze) dias**, a qual emitiu o Parecer 0306/2016/CJU-SP/CGU/AGU, em 14 de abril de 2016, aprovando a contratação emergencial, com a única ressalva no sentido de recomendar a juntada dos atos de nomeação das autoridades competentes que atuaram no feito, a qual foi providenciada.

No dia 23 de janeiro de 2017, foi elaborado termo de encerramento referente ao Contrato nº 42000/2016-009/00, dando como encerrado em 16 de agosto de 2016, com o atendimento a todas as especificações técnicas, disposições legais e normas administrativas da Marinha, assinado pela fiscal do contrato, Rita Gilli, José Ribamar Rodrigues Júnior, Claudio Viola, Superintendente Administrativo (não mais Antônio Carlos Mendes) e pelo Diretor Representante da Marinha, André Luís Ferreira Marques (Contra-Almirante).

Convém acrescentar que, durante tal contratação emergencial, foi emitida nota fiscal pela empresa, contendo declaração de fornecimento de 1.019 (mil e dezenove) refeições ao CTMSP, que nunca existiu, em compensação ao valor da compra direta realizada pela empresa de uma batedeira industrial, uma máquina de frios semiautomática e 12 (doze) garrafas térmicas de 9 (nove) litros, tendo recebido pelo Centro, nos dias 28 e 29 de abril de 2016, o valor de R$ 16.926,00 (dezesseis mil, novecentos e vinte e seis reais).

Tal fato será abordado adiante sob a esfera criminal, conforme apontado na Exordial.

IV. SEGUNDA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL E TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, NA MODALIDADE DE PREGÃO ELETRÔNICO

O primeiro contrato emergencial (nº 42000/2016-0009/00), Processo Administrativo nº 63230.000344/2016-09, teve a sua vigência no período de 17 de fevereiro a 16 de agosto de 2016.

Nesse cenário, paralelamente à contratação direta, estava em tramitação o Pregão Eletrônico nº 500/2016, o qual foi suspenso, conforme a determinação do O.D., com publicação no D.O.U. de 12 de agosto de 2016, em face das impugnações ao edital pelas empresas Nunes & Souza – Criação e Arte Final Ltda. – ME; Higienix Higienização e Serviços Ltda.; Convida Refeições Ltda.; e Hemac Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. ME.

Dessa forma, o chefe do departamento de recursos humanos, José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1), solicitou o processo de dispensa de licitação, autuado sob DL nº 702/2016, Processo Administrativo nº 63.230002709/2016-21, ao setor competente, no dia **10 de agosto de 2016**, assinado pelo Requisitante, pelo superintendente administrativo, Cláudio Viola (CMG R1), autorizado pelo O.D. de municiamento, Arnaldo Barros Xavier Júnior (CMG), e ratificado pelo Diretor Representante da Marinha, André Luís Ferreira Marques (Contra-Almirante).

A título de justificativa para a segunda contratação emergencial, trouxe os seguintes apontamentos: o processo de licitação se encontrava suspenso, diante das impugnações das empresas participantes.

Apresentou ainda o argumento de que o pregão eletrônico teve entraves no seu trâmite em razão da nova necessidade de incorporar ao referido processo a metodologia relativa à previsão do fornecimento de refeições às empresas terceirizadas que prestam serviços nas dependências do CTMSP – Sede e CEA, que resultou na criação da taxa de administração.

Tais ajustes acarretaram um atraso de 30 (trinta) dias até que fosse aprovado no dia 6 de julho de 2016.

No tocante à razão da escolha do fornecedor, essa recaiu sobre a empresa que cotou o menor valor para os itens constantes no Termo de Referência, após pesquisa de preços, realizada mediante o envio de *e-mails* a 6 (seis) empresas do ramo de fornecimentos de alimentos, com a obtenção de 6 (seis) propostas.

Esclareceu ainda que os preços ofertados estão de acordo com os preços praticados pelo mercado.

O segundo Contrato Emergencial nº 42000/2016-045/00, Processo Administrativo nº 63230.002709/2016-21, foi assinado em 17 de agosto de 2016, com vigência a partir desta data até 13 de fevereiro de 2017, com valor estimado em R$ 7.255.358,50 (sete milhões, duzentos e cinquenta e cinco mil, trezentos e cinquenta e oito reais e cinquenta centavos).

A aprovação pelo O.D. e pelo Diretor Representante da Marinha ocorreu no dia 2 de setembro de 2016.

O Relatório de Atendimento nº 159/2016 apresentado pela Assessoria Jurídica atesta a conformidade do contrato às regras exigidas por lei, com a

ressalva quanto à garantia de execução do contrato, solicitou ratificação do O.D. para o prosseguimento do feito e, após, a remessa à CJU/SP em 30 de agosto de 2016.

Mediante a Nota de Encaminhamento nº 160/2016, datada de 27 de setembro de 2016, os autos foram remetidos ao CJU/SP, e protocolados nesse órgão em 4 de outubro de 2016.

No dia 14 de novembro de 2016, o Advogado da União Valério Rodrigues Dias emitiu parecer pela não aprovação jurídica da contratação direta emergencial, realizada pelo CTMSP, em razão de inúmeras irregularidades e, na forma como se encontram os autos, não restou comprovada a contratação direta preconizada no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

Sugere ainda que, caso a contratação direta tenha decorrido da desídia do administrador, que seja apurada, concomitantemente, se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão.

E, em decorrência, foi instaurada Sindicância, conforme a Portaria nº 1/CTMSP, de 3 de janeiro de 2017, por determinação do Diretor, para fins de examinar se houve possível inobservância de normas de legislação vigente e possível desídia de agentes públicos desse Centro, conforme aponta o Parecer nº 01289/2016 /VRD/CJU-SP/CGU/AGU.

A respectiva conclusão, datada de 25 de abril de 2017, concluiu pela ausência de indícios de descumprimento de normas em vigor e pela inexistência de falta de planejamento ou de desídia de agentes públicos do CTMSP, nas atividades de elaboração e de condução do processo de licitação de fornecimento de refeições na Sede e no CEA, e na fiscalização do primeiro e do segundo contratos emergenciais.

Retomando os autos da segunda contratação emergencial, segundo informa o Relatório de Atendimento nº 235/2016 – AC, **a equipe da Assessoria Jurídica concluiu pelo atendimento a todas as recomendações do Parecer nº 1289/2016-VRD. Ressaltou que a contratação em análise deve ser mantida, considerando que a licitação para a contratação do mesmo objeto se encontra em curso e está sendo novamente remetida para análise jurídica conclusiva, tendo sido totalmente revisada em atendimento às disposições do Parecer nº 1289/2016-VRD**.

Assim, em 19 de dezembro de 2016, solicitou a remessa dos autos para nova análise da CJU/SP, juntamente com os autos da licitação nº 63.230.000998/2016-24 (Pregão eletrônico), que foi autorizado pelo O.D.

Ocorre que, em 6 de janeiro de 2017, o Advogado da União se pronunciou pela devolução dos autos ao órgão assessorado, para as providências que entender necessárias**, não cabendo uma reanálise por**

parte da CJU/SP, relativa ao cumprimento das recomendações contidas no Parecer nº 1289/2016/VRD, em razão de não ser atribuição do órgão consultivo fiscalizar, após a sua manifestação conclusiva.

O Termo de Encerramento – TE, datado de 2 de maio de 2017, atestou que os serviços continuados de refeição (Sede e CEA), prestados pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., mediante o Contrato nº 42000/2016-045/00, foi encerrado em 13 de fevereiro de 2017, tendo sido cumpridas todas as especificações técnicas, disposições legais e normas administrativas da Marinha.

V. TERCEIRA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL E TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, NA MODALIDADE DE PREGÃO ELETRÔNICO

O segundo contrato emergencial teve vigência até o dia 13 de fevereiro de 2017, conforme o Termo de Encerramento. E, nesse período, o processo de licitação eletrônico encontrava-se em fase de ajustes às recomendações existentes no Parecer nº 1.289/2016, conforme conclusão pelo Coordenador-Geral da CJU Luiz Palombo Neto, em despacho de 5 de janeiro de 2017:

> [...] no sentido de não cumprimento de algumas recomendações existentes no Parecer nº 1289/2016 bem como de novas regras publicadas na Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que trata da contratação de serviço com fornecimento de mão de obra em regime de dedicação exclusiva, e que pode ensejar mudanças no edital.

Foi realizada reunião no dia 24 de janeiro de 2017 entre o setor Requisitante, a Assessoria Jurídica do CTMSP, e Consultores Jurídicos do CJU, e Advogado da União, de forma urgente, em razão das pendências existentes no edital e ajuste conforme a Portaria acima descrita, da iminência de uma terceira contratação emergencial, que ficou consignado em Ata de Reunião, com a ressalva de análise pelo setor competente.

Houve, por parte do chefe do departamento de recursos humanos, José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1), a solicitação de dispensa de licitação, autuado sob DL nº 769/2017, Processo Administrativo nº 63.230000562/2017-16, ao setor competente, no dia **17 de fevereiro de 2017**, assinado pelo Requisitante, pelo superintendente administrativo, Cláudio Viola (CMG R1), autorizado pelo O.D. de municiamento, Arnaldo Barros Xavier Júnior (CMG) e ratificado pelo Diretor Representante da Marinha, André Luís Ferreira Marques (Contra-Almirante).

A título de justificativa para a terceira contratação emergencial, trouxe os seguintes apontamentos: as novas recomendações da CJU, as observações de alguns ajustes no edital do pregão eletrônico, acrescido da necessidade emergencial da continuidade do fornecimento de refeições, todos esses fatores levaram à terceira contratação emergencial.

Inclusive essa foi a recomendação sugerida pelo parecerista da CJU, em 5 de janeiro de 2017, conforme se segue:

> **6. Por fim, nos parece mais recomendável, caso a autoridade responsável entenda indispensável para a continuidade do serviço e para obter o melhor atendimento ao interesse público, no caso concreto, que eventual contratação emergencial seja feita tão somente pelo tempo estritamente necessário à finalização da licitação em curso, com o atendimento de todas as recomendações expostas.**

Houve o envio de *e-mails* para 8 (oito) empresas do ramo de fornecimento de refeições no dia 20 de janeiro de 2017, com a obtenção de 3 (três) propostas.

E, no dia 7 de fevereiro de 2017, foi enviado *e-mail* para o CMG (RMI) Carlos Alberto Soares Teles por solicitação deste, apresentando-se como representante da empresa Soluções, a fim de encaminhar proposta.

Reenviado outro *e-mail* para a empresa Soluções no dia 9 de fevereiro de 2017, e recebida resposta no dia 13 de fevereiro de 2017, com a proposta em desacordo com a planilha que a mesma recebeu. A Dra. Natália, advogada representante comercial da empresa Soluções, compareceu no Centro no dia 13 de fevereiro de 2017, com uma proposta de igual teor à já recebida pelo CTMSP, por *e-mail*, em desacordo com a planilha enviada anteriormente.

Foi reenviada, no dia 13 de fevereiro de 2017, pela terceira vez, por *e-mail*, a mesma planilha; e a funcionária da Competitividade Elisangela Galhardo de Souza recebeu, em mãos, a proposta de preço da empresa F.P. Gomes de Oliveira Empório no dia 10 de fevereiro de 2017, por volta das 16h20.

Várias tentativas de contato foram efetuadas e frustradas, por *e-mail* e por telefonemas, nos dias 11 e 13 de fevereiro de 2017, a fim de manter contato com o Senhor Felipe Pereira Gomes de Oliveira, para que o mesmo comparecesse nesse Centro. Somente no dia 13 de fevereiro de 2017, por volta das 16h30, ele manteve contato por telefone com a funcionária da Competitividade Daniela Aro Silva e foi orientado, para quaisquer dúvidas, que entrasse em contato por *e-mail* com a EA Rita Gili. O mesmo afirmou ter entregado, no dia 10 de fevereiro de 2017, pessoalmente, a proposta, no Centro.

A escolha do prestador de serviços recaiu sobre a empresa que cotou o menor valor para os itens constantes no Termo de Referência. Os preços ofertados estão de acordo com os preços praticados no mercado, conforme pode ser comprovado pela cotação de preços realizada entre as empresas.

O terceiro contrato emergencial, após processo de inexigibilidade de licitação DL nº 769/2017, Processo Administrativo nº 63.230.000562/2017-16, foi assinado em 14 de fevereiro de 2017 pelo Requisitante, pelo

superintendente administrativo, Cláudio Viola (CMG R1), autorizado pelo O.D. de municiamento, Arnaldo Barros Xavier Júnior (CMG), e ratificado pelo Diretor Representante da Marinha, André Luís Ferreira Marques (Contra-Almirante), com o valor estimado de R$ 7.300.579,20 (sete milhões, trezentos mil, quinhentos e setenta e nove reais e vinte centavos), com vigência em 14 de fevereiro de 2017 a 13 de agosto de 2018.

O afastamento de Licitação nº 769/2017 (Processo nº 63230.000562/2017-16) foi aprovado pelo O.D. e ratificado pelo Diretor no dia 13 de fevereiro de 2017.

Mediante a Nota Técnica nº 28/CTMSP/2017, de 31 de março de 2017, a Assessoria Jurídica concluiu que a instrução do processo atendeu às recomendações da CJU/SP, decorrentes do Parecer nº 1289/2016, e requer o seu encaminhamento ao órgão consultivo e recebido em igual data.

Em data de 26 de abril de 2017, foi emitido o Parecer nº 00312/2017/CJU-SP/CGU/AGU, o qual concluiu pela plausibilidade jurídica da contratação emergencial realizada, em vista da excepcionalidade da situação, já sindicada, e pela regularidade jurídica do Termo de Referência, Contrato e minuta de aditivo, com pequenas ressalvas, com a sua restituição em 28 de abril de 2017.

VI. APRECIAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS EFETUADAS PELO CTMSP E A EMPRESA CONVIDA REFEIÇÃO LTDA., SOB A ÓPTICA CRIMINAL, À LUZ DO ART. 89 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/1993, ALTERADA PELA LEI Nº 14.133/2021

ART. 89 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/1993 (ALTERADO PELA LEI Nº 14.133/2021)

A antiga Lei de Licitação assim preceituava em seu art. 89:

> **Art. 89**. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
>
> Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> **Parágrafo único**. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

De acordo com o artigo acima, o Representante do Ministério Público Militar ofereceu a Denúncia em desfavor de José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1), Antônio Carlos Mendes (CMG – R1), como incursos no seu *caput*, e em coautoria; e o Civil Fernando Arouca de Nadai, também em coautoria, incursionado no seu parágrafo único por ter se beneficiado economicamente das dispensas irregulares de licitação.

José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1), à época das contratações diretas efetuadas, exercia a função de Chefe do Departamento de Recursos Humanos do CTMSP e designado pelo Diretor da OM para exercer a função de gestor do contrato.

Diante da impossibilidade de se renovar o contrato com a empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP, mesmo após tentativas por parte do Centro com a referida empresa, com tratativas finais desde dezembro de 2015 até final de janeiro de 2016, para fins de ajustes de valores, o gestor se viu impelido a solucionar a situação conforme melhor aprouvesse para a Administração Militar e para fins de atender o interesse público.

Solicitou a dispensa de licitação, à luz do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, por se tratar de situação emergencial e porque a interrupção da prestação de serviços de fornecimento de alimentação diária poderia acarretar um prejuízo enorme para o serviço prestado no CTMSP – Sede e CEA, ensejando a dispensa de um efetivo muito grande de servidores militares, civis e terceirizados, no horário de meio-dia, o que prejudicaria o andamento do Projeto Nuclear.

O art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 assim define:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> [...]
>
> IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

A referida situação emergencial, a nosso sentir, encontrou-se configurada nos autos, para fins de realização de contratação direta, conforme o processo de dispensa de licitação (DL 483/2016)

O serviço de fornecimento estava sendo prestado de forma normal, pela empresa IT ALIMENTOS EPP, vencedora do certame em 2013, com uma contratação e duas prorrogações, nos anos de 2013 até 2017.

A referida empresa, em 13 de fevereiro de 2015, apresentou pleito de repactuação de preços, referente ao contrato até então vigente.

A Comissão de Repactuação, em 11 de agosto de 2015, submeteu à apreciação da Assessoria Jurídica. Não obstante o pleito tenha chegado à Assessoria Jurídica somente em 4 de setembro de 2015, **existem**

apontamentos para tal demora, como se pode ver na manifestação do departamento jurídico, o qual esclarece que o procedimento de repactuação de preços não é simples, ao contrário, exige a juntada de diversos memorais de cálculo e de planilhas pela contratada, minucioso parecer técnico do órgão, aprovação pela Comissão designada para a avaliação do pedido, formalidades junto à Seção de Contratos.

No seu parecer, datado de **25 de setembro de 2015**, a Assessoria recomendou que fossem solicitados os devidos esclarecimentos pela empresa IT ALIMENTOS LTDA., em relação a alguns itens do pleito de repactuação. E a empresa foi comunicada acerca do Parecer, mediante *e-mail* do dia **3 de novembro de 2015**, no qual foi solicitada uma dilação de prazo até o dia 13 do mesmo mês pela empresa, que foi prontamente deferido, conforme *e-mail* datado de 4 de novembro de 2015.

Ocorre que a empresa não apresentou qualquer manifestação no prazo por ela pleiteado. Nesse sentido, a Comissão emitiu outro Parecer, datado de **27 de novembro de 2015**, e apresentou planilhas de formação de preço, adequando-as conforme as recomendações jurídicas.

Registre-se, portanto, que a Comissão de Repactuação, desde agosto de 2015, empenhou-se quanto ao pleito de formação de preços apresentado pela empresa IT ALIMENTOS LTDA., dilatou prazo a pedido desta e não houve qualquer manifestação.

Somente em 14 de dezembro de 2015, o Sr. Márcio Carvalho de Oliveira se manifestou e solicitou uma reunião, que foi realizada em **14 de dezembro de 2015**, para tratar de assuntos contratuais. Nessa mesma ocasião, foi entregue, em mão, a Carta nº 30-0005/2015 do CTMSP à empresa, versando sobre o resultado do pleito de repactuação e de aditamento do contrato.

Como bem acentuado pelo departamento jurídico do CTMSP, além de se tratar de um procedimento complexo, **acrescente-se ainda a defasagem no quadro de pessoal da Assessoria Jurídica do CTMSP, em que os advogados alocados do setor se encontram sobrecarregados, com prazos peremptórios, exigindo, assim, atribuição de prioridade em detrimento dos demais.**

A expectativa era que se efetuasse mais uma terceira prorrogação do contrato com a referida empresa (IT ALIMENTOS), inclusive houve uma manifestação, por parte de uma sócia gerente, Sra. Edna Ferreira dos Santos, mediante o contato telefônico com Antônio Carlos Mendes (CMG – R1), superintendente administrativo, à época, em dezembro de 2015, em prorrogar por mais um período.

No entanto, as tentativas por parte do CTMSP e da empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP em se prorrogar pela terceira vez a contratação foram infrutíferas por não satisfazerem os interesses da União.

A testemunha de acusação – Alte Esq André Luis Ferreira Marques –, ouvido em juízo, afirmou que a Empresa acima citada vinha apresentando muitos problemas em relação a pagamento de pessoal, em razão de dificuldades econômicas.

Foram feitos vários contatos entre a equipe do CTMSP com a empresa, a fim de fazer valer o contrato, mas, ao final, esta última não conseguiu suportar os problemas financeiros que vinha atravessando.

A título de precaução, o Setor de Municiamento iniciou os trabalhos para a elaboração de um novo procedimento licitatório, a partir de julho de 2015 e finalizado em setembro de 2015. Ocorre que o processo sofreu várias alterações nas minutas, com o intuito de atender às novas regras licitatórias estabelecidas no ano de 2014, no período de outubro de 2015 a março de 2016.

A iniciativa por parte do Setor de Municiamento, em tempo bem anterior ao termo final do contrato com a empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP, demonstra a preocupação com o serviço de fornecimento de alimentos ao efetivo do CTMSP – Rancho Sede e CEA.

A exigência de elaboração de novas planilhas de formação de preços, de termos de referência, tudo isso demandou certo espaço de tempo a maior para o seu atendimento.

Deve ser ressaltado que um processo licitatório, ao ser solicitado, possui tramitação em vários setores da administração, tais como, financeiro, administrativo e jurídico, cada um com a sua equipe técnica, não ficando assim concentrado nas mãos de uma só pessoa.

A necessidade de comprovação da situação emergencial assim se mostrou caracterizada nos autos, inclusive com aprovação pelo O.D. e pelo Diretor Representante da Marinha e, assim, foi efetuado o primeiro contrato emergencial, mediante o DL nº 483/2016 (Processo Administrativo nº 63.230000344/2016-09, contrato nº 42.000/2016-009/00).

De igual forma, tal circunstância foi aprovada pelo órgão consultivo – CJU/CGU/AGU, conforme o Parecer nº 00306/2016/CJU-SP/CGU/AGU, em 14 de abril de 2016. E ainda a contratação emergencial em tela foi homologada, com o cumprimento de todas as especificações técnicas, disposições legais e normas administrativas da Marinha, à luz do Termo de Encerramento referente ao primeiro contrato emergencial.

No tocante à segunda contratação emergencial (DL 702/2016), a situação, conforme já mencionado anteriormente, encontrava-se com o edital

do pregão eletrônico nº 500/2016 já publicado no D.O.U. de 14 de julho de 2016, mas, diante de inúmeras impugnações apresentadas por várias empresas, foi suspenso por 2 (duas) vezes, uma em 27 de julho de 2016 e a outra em 12 de agosto de 2016.

Diante desse impasse, o Setor Competente (de Municiamento) solicitou o segundo processo de afastamento de licitação, atendendo a tramitação de um processo dessa natureza, com aprovação do O.D. e do Diretor.

No entanto, o órgão consultivo CJU/CGU/AGU, em Parecer nº 1.289/2016, emitido em 14 de novembro de 2016, não aprovou a segunda contratação emergencial, apontando inúmeras irregularidades, concluindo pela inexistência da comprovação da situação emergencial.

A Assessoria Jurídica do CTMSP, em Relatório de Atendimento nº 235/AC, concluiu pelo atendimento a todas as recomendações do Parecer anterior. Em sua defesa, **ressaltou que a contratação deve ser mantida, considerando que o processo licitatório se encontra em curso e sob recomendações do mesmo Parecer nº 1289/VRD/2016.**

Nesse aspecto, a situação emergencial se encontra caracterizada. O óbice do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, no tocante ao prazo de prorrogação, deve ser flexibilizado sob a óptica dos pressupostos para a contratação direta.

A doutrina, nas palavras de Marçal Justen Filho[131], assim elucida:

> [...] Por outro lado, não se pode destacar de modo absoluto a possibilidade de situações concretas em que a eliminação do risco do dano envolva uma situação que ultrapassará necessariamente o prazo de 180 dias. [...]
>
> Pelas mesmas razões, a prorrogação dos prazos contratuais, ainda que indesejável, não pode ser proibida em termos absolutos.

Nesse sentido, a situação emergencial real existente no CTMSP e, **não fabricada** pelo setor de Municiamento, manteve-se por período superior a 180 (cento e oitenta) dias, em face das inúmeras diligências relativas ao processo de licitação (pregão eletrônico), restou caracterizada.

A terceira contratação emergencial, de igual forma, revelou-se necessária e imprescindível, nos mesmos moldes das duas contratações anteriores, acrescentando que o próprio Órgão Consultivo emitiu parecer nesse sentido no dia 5 de janeiro de 2017, como se segue:

---

[131] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993 – 18ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 499.

> **6. Por fim, nos parece mais recomendável, caso a autoridade responsável entenda indispensável para a continuidade do serviço e para obter o melhor atendimento ao interesse público, no caso concreto, que eventual contratação emergencial seja feita tão somente pelo tempo estritamente necessário à finalização da licitação em curso, com o atendimento de todas as recomendações expostas.** (Grifo nosso).

E, finalmente, ao ser encaminhado o processo da terceira dispensa de licitação para a área consultiva, o Advogado da União aduziu os seguintes fundamentos:

> [...] Inclusive, vale mencionar, que os servidores do órgão presentes nas reuniões da CJU comentaram que o órgão está fazendo uma sindicância para investigar se a situação emergencial não decorreria de incúria administrativa, como preconizado na Orientação Normativa nº 11, do Advogado-Geral da União, também mencionada no parecer. 17. Além disso, é importante registrar que mesmo após a emissão do referido parecer o assessoramento jurídico por parte da CJU/SP teve seguimento, como se vê da ata de reunião mencionada, bem como por meio dos Despachos 004/2017/CJU-SP/CGU/AGU e 007/2017/CJU-SP/CGU/AGU, além de trocas de mensagens eletrônicas e telefonemas. Houve, ainda, é importantíssimo registrar (e agradecer), o apoio técnico da Superintendência de Administração em São Paulo (SAD/SP), da Secretaria-Geral da AGU, no que pertine à análise das planilhas, que ensejaram maior detalhamento e mesmo redução de custo, salvo engano, em relação ao contrato anterior. 18. Assim, é importante registrar que o assessoramento quanto a esse processo está sendo prestado, e que isso está servindo também ao processo licitatório, pois os aprimoramentos realizados aqui serão incorporados naquele, para o fim de, finalmente, chegar-se a um formato mais detalhado e robusto, contribuindo para o êxito da licitação, à finalização da contratação emergencial e para a boa execução contratual.
>
> **De qualquer forma, os requisitos de situação emergencial ou calamidade que não possa ser imputada à desídia do administrador; da urgência no atendimento e do risco de ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens parecem bem caracterizados nesse processo, seja pelas vicissitudes que a licitação enfrentou, seja pelo fato de o processo envolver a alimentação das pessoas que prestam serviços no CTMSP, incluindo sua sede em Iperó, sendo verdadeiramente imprescindível para o funcionamento da unidade, tal qual o combustível o é para o automóvel.** (Grifos nossos).
>
> Esse parecer referente à terceira contratação vem convalidar toda a situação enfrentada pela Administração desde o início de processo licitatório e a situação emergencial se fazendo presente a todo o momento, a complexidade dos contratos em razão da natureza do objeto.

Nas 3 (três) contratações emergenciais e no processo de licitação, Pregão Eletrônico nº 500/2016, foram observadas as formalidades e as exigências da Lei, em conformidade com o art. 37, inciso XXI, da CF/1988.

Retornando ao art. 89, *caput*, da Lei 8.666/1993, conclui-se que as contratações diretas, destacando a situação emergencial, e o processo licitatório obedeceram aos trâmites legais exigidos.

No tocante ao processo de pregão eletrônico, apesar da reduzida mão de obra no CTMSP para elaboração de todo o trabalho referente às licitações, houve duração razoável em cada setor, apesar de várias intercorrências e determinações da área consultiva e pelas impugnações, acarretando a suspensão dos seus prazos.

Importa mencionar que o órgão de acusação, entre todos os servidores militares e civis, funcionários terceirizados que participaram das 3 (três) contratações diretas e do respectivo processo de licitação do Pregão Eletrônico nº 500/2016, ofereceu denúncia em desfavor a José Ribamar Rodrigues Júnior, chefe do departamento de recursos humanos (CMG – R1); Antônio Carlos Mendes, superintendente administrativo (CMG – R1); e Fernando Arouca Nadai (sócio da empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA.).

Destaque-se que o CMG Ribamar, apesar de exercer a função de chefe do departamento de recursos humanos, ser integrante da Comissão de Afastamento de Licitação, não detinha poder e ingerência sobre os prazos, pareceres, requisições, recomendações advindas de outros setores e tampouco sobre as possíveis impugnações ao edital do Pregão Eletrônico nº 500/2016.

Na hipótese de admitirmos os fatos apontados na peça inicial, o Chefe do Departamento de Recursos Humanos não poderia ser o único responsável porque, apesar de desempenhar tal função, era integrante de uma Comissão, que avaliou e concluiu pela existência das 3 (três) situações emergenciais.

Sem contar que havia respaldo de parecer técnico oriundo do setor jurídico e do órgão consultivo, com algumas ressalvas quanto ao segundo processo, mas que foram atendidas as recomendações por parte do setor requisitante.

Tampouco cabe imputar ao CMG Mendes os fatos descritos na Exordial, primeiramente, porque não poderia agir sozinho ou em conluio; segundo, porque a função que lhe poderia dar alguma vantagem acerca da situação apontada pelo MPM – superintendente administrativo – foi por ele exercida entre 1º de novembro de 2013 e 18 de abril de 2016.

Como se mencionou, anteriormente, foram envidados esforços entre a Comissão de Repactuação de preços e a Assessoria Jurídica do CTMSP em se discutirem os valores apresentados pela empresa, no início de novembro de

2015, ficando a empresa silente por quarenta e cinco dias, quando, somente em 14 de dezembro de 2015, apresentou alguma justificativa.

Mesmo com escassa mão de obra no CTMSP, na área administrativa, a Administração não ficou inerte. O corréu, CMG Mendes, atuou e participou das tratativas, inclusive recebendo uma ligação telefônica por parte de uma das sócias da empresa, declarando a manifestação em prorrogar por uma terceira vez o contrato.

Considerando que a primeira contratação emergencial se deu de 17 de fevereiro de 2016 a 16 de agosto de 2016; e a solicitação de abertura do processo de licitação se deu em 22 de março de 2016, temos que o CMG Mendes agiu em conformidade com as suas atividades, que culminaram até abril de 2016.

Dessa forma, participou somente da primeira contratação emergencial, não possuindo qualquer ingerência sobre as demais.

A imputação atribuída ao civil Fernando Arouca Nadai, de ter concorrido para a consumação da ilegalidade e dela ter se beneficiado economicamente, também não procede.

A começar, havia uma procuração outorgada a Eduardo Camilo de Aguiar, Departamento de Licitação, o qual representava a empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA (e mais sócios), e detinha poderes para representar a outorgante perante órgãos públicos, empresas privadas, sociedades de economia mista, fundações de direto público, fundações de direito privado, e quaisquer outras empresas e órgãos, sejam nacionais ou internacionais, na esfera federal, estadual ou municipal, para, entre outros, "praticar os atos necessários durante a realização de certame licitatório, de qualquer modalidade, para manifestar-se verbalmente, renunciar ou interpor recursos, formular propostas, memoriais, oferecer lances de preços por qualquer meio admitido, e praticar todos os demais atos pertinentes ao certame em nome da outorgante.".

Não havia assim qualquer contato pessoal, ou por outros meios nos autos, entre o sócio da empresa e os outros 2 (dois) denunciados.

Segundo os 3 (três) processos de afastamento de licitação, os preços apresentados pela empresa vencedora estavam de acordo com os do mercado, sem qualquer onerosidade ou sobrepreço; e, ainda, constam 3 (três) declarações de vantajosidade para a Administração Militar.

Dessa forma, não restou comprovada qualquer atuação ou participação do Civil como forma de ser beneficiado nas contratações diretas e no certame.

Por outro viés, mesmo que houvesse uma má administração por parte do administrador, o crime previsto art. 89 da Lei nº 8.666/1993 traz, como requisito para configuração da sua tipicidade subjetiva, o especial fim de agir

do agente, qual seja, possuir a intenção específica de lesar o erário, ou de obter vantagem indevida.

A finalidade da lei é justamente diferenciar o administrador inapto daquele ímprobo. Como se depreende, a análise puramente formal do tipo descrito no art. 89 da Lei de Licitação, sem o exame da presença do elemento subjetivo, acarretaria uma responsabilização à luz da Teoria Causal e não Finalista da Ação.

Para que configure o delito nominado, o agente deve estar voltado e empenhado em frustrar o processo licitatório e causar prejuízo ao erário, bem como de auferir qualquer vantagem indevida.

Embora haja algumas divergências entre as Cortes Superiores, evoca-se o entendimento predominante da Suprema Corte, como se cita a seguir:

> EMENTA: Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (Art. 89, da Lei nº 8.666/93). Ausência do elemento subjetivo do tipo. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal. 1. Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, a competência penal originária do STF por prerrogativa de função advinda da investidura de sujeito ativo de um delito, no curso do processo, em uma das funções descritas no art. 102, I, alíneas "b" e "c", da CF/88 não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Precedentes. 2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. **Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.** 3. O simples fato de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, não conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado, hipótese em que se estaria adentrando no campo da responsabilidade objetiva. 4. Ação penal julgada improcedente. (AP 527, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-063 DIVULG 01-04-2011 PUBLIC 04-04-2011 EMENT VOL-02495-01 PP-00087 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 331-347) (Grifo nosso).

> Ementa: AÇÃO PENAL. DIREITO PENAL. DISPENSA ILÍCITA DE LICITAÇÃO E PECULATO (ART. 89 DA LEI 8.666/3 E ART. 312 DO CÓDIGO PENAL). AQUISIÇÃO DE LIVROS DIDÁTICOS. SUFICIÊNCIA, PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO, DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO NO SENTIDO DA IDONEIDADE DAS CARTAS DE

EXCLUSIVIDADE CONCEDIDAS PELAS EDITORAS ÀS DISTRIBUIDORAS CONTRATADAS. AUSENTE INDÍCIO DE INTERFERÊNCIA DA ACUSADA PARA FAVORECER TERCEIROS. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS QUE, EM CASO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA NO MERCADO, CONFIGURA MERA IRREGULARIDADE. AUSENTE, ADEMAIS, DEMONSTRAÇÃO DE SOBREPREÇO, CONFORME TOMADA DE CONTAS DO TCU. LAUDOS PERICIAIS FUNDADOS EM PREÇOS DISTINTOS DOS PRATICADOS À ÉPOCA DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO (ART. 386, II E III, DO CPP). 1. A dispensa ou inexigibilidade de licitação, com fundamento em parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de autorizar a compra direta de livros didáticos junto a distribuidoras detentoras de cartas de exclusividade para a venda na respectiva Unidade Federativa, não tipifica a conduta do artigo 89 da Lei 8.666/93. Precedente: AP 946-EI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/08/2018. 2. (a) **A inobservância dos critérios legais de inexigibilidade deve somar-se, para a tipificação do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, à vontade de frustrar, indevidamente, a concorrência pública, revelando-se incabível enfoque puramente causal, desatento aos elementos subjetivos integrantes do tipo (Teoria Final da Ação). (b) Consectariamente, revela-se imperioso, para a caracterização do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, que o agente atue voltado à frustração da concorrência e à produção de dano ao erário.** 3. (a) As cartas de exclusividade para a distribuição de livros didáticos, ainda que de âmbito regional, uma vez admitidas como idôneas em parecer da Procuradoria-Geral do Estado, afastam a incidência do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93; (b) A escolha de livros didáticos por corpo técnico especializado, guiada por critérios intelectuais insindicáveis pelo Poder Judiciário, porquanto atinentes ao mérito do ato administrativo, afasta o dolo de violação criminosa do dever de licitar. 3. *In casu*, (a) segundo o Ministério Público Federal, três circunstâncias indicariam o caráter delitivo da contratação direta derivaria narrada na denúncia: (i) as cartas de exclusividade apresentadas pelas distribuidoras abrangiam apenas as regiões Norte e Nordeste, e não todo o território nacional, o que indicaria que a concorrência seria viável; (ii) inidoneidade da justificativa administrativa para escolha dos livros adquiridos; (iii) ausência de pesquisa de preços. (b) Nada obstante, verifica-se que, tal como na AP 946-EI (na qual a ré foi absolvida da imputação da fatos idênticos), a seleção dos livros didáticos foi realizada por equipe técnico-pedagógica voltada ao atendimento do programa "Educação de Jovens e Adultos", a qual destacou que a "As coleções de livros enumerados no documento (Anexo 02) tiveram sua escolha condicionada por sua inequívoca importância didático-pedagógica no que concerne à Educação Continuada e, em especial, à Capacitação dos Alunos do Ensino Médio da Rede Estadual, atentando-se para as especificidades pedagógicas que são peculiares a esta modalidade de ensino"; (c) As distribuidoras detinham cartas de exclusividade das editoras, consideradas idôneas pela Procuradoria-Geral do Estado para a dispensa de licitação; (d) Em todos

os procedimentos narrados na denúncia, a Procuradoria-Geral do Estado opinou favoravelmente à inexigibilidade de licitação; (e) Coube à Secretaria de Fazenda, e não à Secretaria de Educação, assinar a dispensa de licitação, através de Portarias assinadas pelo Secretário da Fazenda, antecedidas do parecer favorável da Procuradoria do Estado; apenas um procedimento de dispensa foi autorizado pela Secretaria de Educação, através da acusada, que assinou a Portaria de inexigência de licitação, nos termos do Decreto de 02 de abril de 2004, com apoio em parecer favorável do Procurador-Geral do Estado para a compra via inexigibilidade de licitação; (f) Conduta eventualmente culposa ou errônea não caracteriza o crime; **para a configuração típica da conduta, é imprescindível a demonstração de elementos que indiquem o dolo de frustrar a concorrência, beneficiando particulares de sua preferência. 4. Conclui-se no sentido da inexistência de prova da prática de fato caracterizado como crime do art. 89 da Lei 8.666/93**. 5. O crime de peculato constitui crime material, a exigir resultado naturalístico para sua consumação, representado pela diminuição dolosa do patrimônio do poder público, em proveito próprio ou de terceiro. 6. *In casu*, o Ministério Público Federal pede a condenação da Ré pela prática do crime de peculato, acusando-a de ter adquirido livros didáticos por preços superiores aos de mercado, bem como de ter simulado a entrega de livros, tudo em um dos procedimentos. 7. (a) A alegação de que teria havido sobrepreço não se confirmou em juízo. O Tribunal de Contas da União concluiu, na esteira de parecer da Secretaria de Controle Externo, unidade técnica da Corte, que não havia base fático-probatória para afirmar ter havido de sobrepreço nos procedimentos de inexigibilidade de licitação; (b) Os fundamentos do acórdão do Tribunal de Contas da União, embora não vinculem o juízo criminal, refutam, no caso, as conclusões da Polícia Federal e da CGU, que a toda evidência não merecem subsistir, à luz dos elementos constantes dos autos e do benefício da dúvida em prol do réu no julgamento de mérito; (c) Deveras, a configuração de sobrepreço não se confirmou, em especial se considerados os seguintes fundamentos, acolhidos pelo Plenário no julgamento dos Embargos Infringentes na AP 946: (c.1) os laudos elaborados pela Polícia Federal e pela CGU não levaram em consideração os preços praticados à época dos fatos, mas sim os praticados alguns anos depois, mediante consulta na internet; (c.2) edições antigas de livros didáticos não mantêm o mesmo preço do ano de seu lançamento, podendo, ainda, haver alterações na política de preços, por objetivos mercadológicos – v. g., liquidar o estoque -, tudo a gerar dúvida fundada quanto à idoneidade do cálculo realizado no Laudo da Polícia Federal – que considerou preços praticados em 2011, inadequados à demonstração cabal de que, em 2003 e 2004, quando as obras foram adquiridas, teria havido sobrepreço. (c.3) Consectariamente, inexiste prova segura, acima de dúvida razoável, de que os preços pagos pela Secretaria de Educação, nos processos licitatórios alvo deste processo, superavam os praticados à época dos fatos. (c.4) Ao mesmo tempo, inexiste evidência nos autos quanto ao dolo da Acusada de desviar recursos públicos, em proveito

próprio ou alheio. Deveras, (i) os testemunhos colhidos afastam vínculo pessoal entre a então Secretária de Educação e os sócios das empresas fornecedoras; (ii) não há indício de acerto prévio entre a Acusada e os terceiros que supostamente teriam sido beneficiados; (iii) nenhuma prova existe que corrobore a suspeita de que a Acusada pretendia, efetivamente, beneficiar terceiros com recursos públicos desviados; (iv) inexiste prova da suposta "entrega simulada" do material adquirido. 8. Consequentemente, na linha do entendimento firmado pelo Plenário na AP 946-EI, inexiste prova segura, acima de dúvida razoável, do prejuízo patrimonial causado à Administração Pública, não se configurando a materialidade do crime definido no art. 312 do Código Penal. 9. *Ex positis*, julgo improcedente a denúncia para absolver a Ré quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93, por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal); e quanto ao art. 312 do Código Penal, por não haver prova da existência do fato delitivo (art. 386, II, do Código de Processo Penal). (AP 962, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/06/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 22-10-2019 PUBLIC 23-10-2019) (Grifos nossos).

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. PRELIMINARES DE NULIDADE E NÃO CABIMENTO REJEITADAS. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/1993. SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO E CULTURA DO ESTADO DE TOCANTINS. COMPRA DE LIVROS DIDÁTICOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO NÃO EVIDENCIADO NA ESPÉCIE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS PARA CASSAR O ACÓRDÃO EMBARGADO E ABSOLVER A EMBARGANTE. I – **Para a consumação do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, faz-se imprescindível a demonstração do elemento subjetivo do tipo. II – Tal hipótese compreende o ato de vontade livre e consciente do agente de frustrar a concorrência, beneficiando terceiro e produzindo resultado danoso ao erário. III – Para a responsabilização penal do administrador, com base no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos, cumpre aferir se foram violados os pressupostos de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 do mesmo diploma, bem como se houve vontade livre e consciente de violar a competição e produzir resultado lesivo ao patrimônio público.** IV – No caso concreto, não ficou comprovado o dolo específico da conduta imputada à ré. V – Embargos infringentes acolhidos para absolver a embargante. (AP 946 ED-EI, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 10-12-2019 PUBLIC 11-12-2019) (Grifo nosso).

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O

ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSERÇÃO DE TEXTO NÃO APROVADO PELO PODER LEGISLATIVO LOCAL EM LEI MUNICIPAL. DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. *BIS IN IDEM*. 1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, não é absoluto, comportando as exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil (hoje revogado), aplicável ao processo penal pela via do art. 3º do CPP. 2. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 3. Ocorrendo modificação da competência em razão da aquisição ou perda superveniente de foro por prerrogativa de função por parte do acusado, o juízo declinado recebe o processo no estado em que se encontrar. Os atos processuais praticados no juízo declinante, se competente quando o foram, prescindem de ratificação ou renovação no juízo declinado, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*. 4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. 5. **Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo**. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção. 6. Embora seja importante elemento de convicção, o fato de a ilegal dispensa de licitação ter sido embasada em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a descaracterizar o dolo, mormente quando os elementos probatórios indicam, com segurança, que o apelado tinha plena ciência da ilicitude da dispensa. 7. A posterior inserção de conteúdo não aprovado pela Câmara de Vereadores em texto de Lei Municipal, pelo prefeito municipal, com a finalidade de autorizar a

> utilização de créditos excepcionais não contemplados no texto originalmente aprovado, configura o crime do art. 297, § 1º, do Código Penal. Dolo configurado. 8. Provadas a materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 9. O fato de a falsificação recair sobre ato legislativo é revelador de alto grau de censurabilidade, a se refletir na dosimetria da pena. 10. Configura *bis in idem* valorar negativamente o fato de ser o apelante Prefeito Municipal, quando da fixação da pena-base, bem como para enquadramento da conduta prevista no § 1º, do art. 297, do Código Penal. 11. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena. (AP 971, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016) (Grifo nosso).

Conclui-se, portanto, a partir desses julgados recentes da Suprema Corte, ser perfeitamente possível afastar a tipicidade material naquela conduta em que o gestor/administrador deixou de observar as formalidades legais, respaldado em pareceres técnicos e jurídicos, os quais amparam a sua atuação.

Nos presentes autos, nos 3 (três) processos de dispensa de licitação, foram apresentadas as justificativas da situação emergencial, mediante os pareceres técnicos e do órgão consultivo.

Houve a demonstração de vantajosidade para a Administração; a contratação do melhor preço ofertado, após pesquisa de cotação de preços; os preços apresentados estavam em conformidade com os de mercado; e, finalmente, a prestação do fornecimento de refeições pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., nos moldes dos contratos celebrados e das normas legais.

Traz-se à colação jurisprudência desta Corte, a qual vem adotando o posicionamento do STF, como se vê abaixo:

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. EFEITO MODIFICATIVO. CONTRADIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO. PREJUÍZO. IDENTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. *EMENDATIO LIBELLI*. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE JURISDIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CRIME MILITAR POR EXTENSÃO. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. Como cediço, o manejo dos aclaratórios restringe-se aos casos de obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão das decisões recorridas, cabendo ao embargante, tão somente, a indicação desses pontos, conforme preceituam os artigos 542 do CPPM e 130 do RISTM. Embora, a toda evidência, os autos demonstrem tanto a ocorrência da fraude no processo licitatório quanto o prejuízo suportado, circunstâncias reconhecidas pelo Plenário desta Corte, bem como pelo Juízo de primeiro grau, a Jurisprudência dos Pretórios firmou-se no sentido de que, a despeito dessas constatações, **o tipo penal do art. 89 da Lei de**

Licitações exige o dolo específico na conduta do agente, fato que restou absolutamente afastado no vertente caso, razão pela qual o Embargado teve reconhecida a absolvição sumária pela unanimidade dos Ministros presentes na Sessão de Julgamento Virtual do Recurso. Acerca da possibilidade de aplicação da *emendatio libelli*, é de se ressaltar que os fatos narrados na Exordial Acusatória encontram perfeita adequação típica ao delito descrito no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), não pairando nenhuma dúvida e sequer irresignação acerca dessa constatação. Consoante a recente alteração introduzida pela Lei nº 13.491/2017, a conduta perpetrada pelos Acusados, embora tipificada na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), enquadra-se naquilo que a doutrina e a jurisprudência passou a denominar "crime militar por extensão", na forma do inciso II do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense, se praticado, tal como no caso dos autos, no contexto das alíneas de "a" a "e" do citado dispositivo. Embargos de Declaração rejeitados. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 7000854-81.2020.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 10/12/2020, Data de Publicação: 28/12/2020) (Grifo nosso).

EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ARTIGO 89, *CAPUT*, E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. APLICAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM AO RITO ESPECIAL DA LEI DE LICITAÇÕES. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. O delito de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, previsto no art. 89 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), embora categorizado como "crime militar por extensão" quando cometido na forma e nas circunstâncias delineadas pelo inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, em sua essência, é um crime comum, de sorte que, pelo menos em tese, e em caráter excepcional, poder-se-ia considerar eventual aplicação subsidiária dos ritos procedimentais próprios da legislação comum, sem que com isso se pudesse cogitar de eventual violação ao primado da especialidade. Conforme prevê o art. 108 da Lei de Licitações, "(...) No processamento e julgamento das infrações penais definidas nesta Lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal". Portanto, aos crimes militares por extensão deverá ser observado o rito procedimental comum e, em se tratando de delitos encartados na Lei de Licitações, a despeito da especialidade do rito determinado pela Lei nº 8.666/93, poderá ser aplicado subsidiariamente o Código de

> Processo Penal comum e, em consequência, a absolvição sumária prevista no art. 397 do referido Diploma Adjetivo. Preliminar de nulidade rejeitada. Decisão por unanimidade. **A figura típica descrita no art. 89 da Lei nº 8.666/93 formaliza-se quando o agente dispensa ou deixa de exigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou quando o agente deixa de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, ocorrendo a conduta ilícita, segundo a doutrina e a jurisprudência dos Pretórios, quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário, sendo necessário, portanto, um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por intermédio do afastamento indevido do processo licitatório.** Os depoimentos prestados nos autos, longe de identificarem eventual intenção dos Réus de causar lesão ao patrimônio sob Administração Militar, evidenciam, isso sim, a tentativa de dar efetivo cumprimento à ordem dada pelo Comandante do 5º Regimento de Cavalaria Mecanizado, circunstância que afasta o dolo na conduta dos Apelados. Negado provimento ao Apelo ministerial. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7001490-81.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 15/10/2020, Data de Publicação: 26/10/2020) (Grifo nosso).

De igual forma, a doutrina assim se posiciona[132]:

> [...] Mantém-se a orientação no sentido da necessidade do dolo específico para a tipificação da conduta criminosa. Assim se passa porque a definição dos pressupostos de contratação direta envolve controvérsias jurídicas extremamente complexas.
>
> Considerando o tema sob o enfoque do Direito Administrativo, é muito difícil (senão impossível) defender a tese da configuração de um crime de mera conduta. Tal ocorreria se o agente administrativo produzisse pura e simplesmente uma contratação, sem atentar para a exigência de licitação. Muito diversa é a situação concreta em que se produz uma contratação sem licitação. A decisão de produzir uma contratação direta, sem a licitação necessária, envolve a qualificação jurídica dos fatos pertinentes. Usualmente, o agente promove a subsunção dos fatos a uma norma própria de direito administrativo, que prevê os requisitos para a dispensa ou para a inexigibilidade. [...].

Em face dos argumentos expendidos, a Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM deve ser mantida integralmente, no tocante aos delitos imputados aos Apelados e com a sua absolvição por atipicidade da conduta.

---

[132] Op. já citada. p. 1.546.

VII. APRECIAÇÃO QUANTO À IMPUTAÇÃO DE CONDUTA PREVISTA NO ART. 312 DO CPM

Durante a primeira contratação emergencial, foi emitida nota fiscal pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., contendo declaração de fornecimento de 1.019 (mil e dezenove) refeições ao CTMSP, que nunca existiu, em compensação ao valor da compra direta realizada pela empresa de uma batedeira industrial (30 litros) no valor de R$ 9.480,00 (nove mil, quatrocentos e oitenta reais); uma máquina de frios semiautomática, no valor de R$ 3.360,00 (três mil, trezentos e sessenta reais); e doze garrafas térmicas (9 litros cada), tendo recebido pelo Centro, nos dias 28 e 29 de abril de 2016, o valor de R$ 16.926,00 (dezesseis mil, novecentos e vinte e seis reais).

Os fatos acima descritos ocorreram, como se verifica pela documentação acostada aos autos, e diante da prova testemunhal.

A começar, a Sra. Rita de Cássia Gili prestou esclarecimentos sobre o referido faturamento, em comunicação interna do dia 25 de abril de 2017, ao encarregado de Sindicância (nº 1/2017), justificando que a referida aquisição dos equipamentos acima citados, no valor total de R$ 16.926,00 (dezesseis mil e novecentos e vinte e seis reais) representam 1.019 (mil e dezenove) refeições, cada uma no valor de R$ 16,00 (dezesseis reais).

Acrescentou que a motivação se deu pela premente necessidade de possibilitar a normalidade do cumprimento do cardápio.

Em Juízo, o Apelado José Ribamar Rodrigues Júnior reconheceu o documento e admitiu que a ordem partiu da sua pessoa, porque já havia tentado adquirir verba no setor de Caixa de Economias, mas não obteve sucesso.

Dessa forma, com a chegada dos utensílios, determinou que fossem incorporados ao patrimônio da Marinha, mediante o Sistema de Bens da Fazenda Nacional (SISBEN).

A testemunha Rejane de Abreu Portanova, gerente operacional dos contratos, em juízo, confirmou que o material foi incorporado ao patrimônio da Marinha e que o valor repassado foi exatamente o valor da compra do equipamento.

As testemunhas, além do Apelado, ressaltaram que a aquisição dos utensílios era de extrema importância para o melhor atendimento e satisfação do serviço prestado ao efetivo.

Como se verifica, a emissão do documento pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., de conhecimento do CTMSP, configura, em princípio, o delito previsto no art. 312 do CPM, o qual preceitua:

> **Art. 312**. 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, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:
>
> Pena - reclusão, até cinco anos, se o documento é público; reclusão, até três anos, se o documento é particular.

No entanto, o crime, além de exigir um documento com declaração falsa, pressupõe seja delineada a vontade inequívoca de gerar o falso e alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, em detrimento da Administração Militar.

Salvo melhor juízo, não é o que se afigura na presente situação.

A intenção entre o CTMSP e a empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA. foi a de atender melhor o serviço de fornecimento de refeições e melhorar a sua qualidade, na prestação do primeiro contrato emergencial.

Analisando o termo de referência referente à primeira contratação emergencial, no seu item 8 (materiais a serem disponibilizados), dispõe que a CONTRATADA receberá da CONTRATANTE os equipamentos, materiais, ferramentas e utensílios necessários, entre eles: 8.1.1. equipamentos e instalações na Sede: 58. Cafeteira elétrica industrial capacidade 15 (quinze) litros; 65. Cortador de frios automático; e 73. Batedeira para massas capacidade 20 (vinte) litros.

Assim, os equipamentos comprados diretamente pela Empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA. faziam parte do material que deveria ser fornecido pelo CTMSP. E, diante da falta dos equipamentos e de dinheiro no caixa, foi realizada tal "transação", de uso conhecido pelos O.D., em geral, mas para fins de atendimento ao serviço contratado, sem causar qualquer prejuízo à Administração, com a obtenção de um resultado positivo e satisfatório.

Não se configura assim o elemento constitutivo do tipo "**desde que atente contra a Administração Militar**".

Por essas razões, a Sentença deve ser mantida no tocante à absolvição de José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1) e de Fernando Arouca de Nadai.

Nesse sentido, evoca-se jurisprudência deste Colegiado, acerca do tema:

> EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 312 DO CPM. DECLARAÇÃO PESSOAL DE DEPENDENTE. EX-ESPOSA. UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO DE FATO. AUSÊNCIA DE DOLO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MANUTENÇÃO. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. A subsunção da conduta ao tipo penal previsto no art. 312 do CPM (falsidade ideológica) exige a mutação da realidade com o propósito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sob fato juridicamente relevante, **desde**

> **que o episódio atente contra a administração militar ou o serviço militar**. A separação judicial com posterior restabelecimento da relação e o convívio como se casados fossem, configurando união estável de fato, afasta o dolo de alterar a verdade na inserção da companheira como esposa e dependente nas declarações pessoais visando recebimento de indenização de ajuda de custo e indenização de transporte de militar movimentado, por ocasião de transferência, por necessidade do serviço. Apelo ministerial desprovido. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000031-73.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 10/3/2022, Data de Publicação: 5/4/2022) (Grifo nosso).

VIII. APRECIAÇÃO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

O Ministério Público Militar, em Razões Recursais, pugna pela reforma total da Sentença, porque, segundo afirma, restaram comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade delitivas pela prova testemunhal e documental. Postula, assim, a condenação dos Apelados nos termos descritos na Denúncia.

O nobre representante da Acusação aponta que José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1), na função de chefe do departamento de recursos humanos do CTMSP, e Antônio Carlos Mendes (CMG – R1), na função de superintendente administrativo, ambos tendo conhecimento, em 11 de agosto de 2015, acerca do Parecer da Comissão de Repactuação de preços, contrário ao pleito da empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA., protocolado em fevereiro do mesmo ano, decidiram informar esse fato à empresa somente em 14 de dezembro de 2015, com a apresentação da Carta nº 30-005/2015/CTMSP, tudo com o intuito de criar entraves à renovação do contrato e forjar uma situação de emergência.

Imputou ao CMG Antônio Carlos Mendes a responsabilidade de atrasar a propositura da abertura do processo de pregão eletrônico, para fins de contratação de nova empresa fornecedora de alimentos para a Unidade, que ocorreu somente em 22 de março de 2016.

Embora os Apelados – Oficiais –, mesmo sabedores da obrigatoriedade de contratação, mediante prévio procedimento licitatório, celebraram, em conluio, nada mais que 3 (três) contratos de forma emergencial, por um longo período, envolvendo expressiva quantia em dinheiro.

E, da mesma forma, o titular da empresa CONVIDA, Fernando Arouca de Nadai, "[...] beneficiou-se dessas contratações emergenciais, lesando o interesse público e a Administração Militar, ao ter acesso a propostas que, de fato, representavam reais vantagens econômicas e qualitativas no fornecimento de gêneros alimentícios para a unidade militar".

O promotor reforça que a "[...] a sentença agarra-se com unhas e dentes à tese da não demonstração de dano ao erário, e que caberia ao Ministério Público Militar descrever, desde a denúncia, o dolo específico de causar prejuízo. Trata-se, contudo, de elementar normativa assacada da imaginação do juízo, uma vez que não integra o tipo penal, além de ser tese superada pelo C. Superior Tribunal de Justiça. [...]".

Não merecem prosperar as teses da Acusação.

A matéria já foi examinada anteriormente, mas a título de embasamento e à luz do inciso IV do art. 96 da CF/1988, traz-se novamente ao debate, como se segue:

> A Comissão de Repactuação em **11 de agosto de 2015** submeteu à apreciação da Assessoria Jurídica. Não obstante o pleito tenha chegado à Assessoria Jurídica somente em **4 de setembro de 2015**, existem apontamentos para tal demora, como se pode ver na manifestação do departamento jurídico, o qual esclarece que o procedimento de repactuação de preços não é simples, ao contrário, exige a juntada de diversos memorais de cálculo e planilhas pela contratada, minucioso parecer técnico do órgão, aprovação pela Comissão designada para a avaliação do pedido, formalidades junto à Seção de Contratos.
>
> No seu parecer, datado de **25 de setembro de 2015**, a Assessoria recomendou que fossem solicitados os devidos esclarecimentos pela empresa IT ALIMENTOS LTDA, em relação a alguns itens do pleito de repactuação. E a empresa foi comunicada acerca do Parecer, mediante *e-mail* do dia **3 de novembro de 2015**, **no qual foi solicitada uma dilação de prazo até o dia 13 do mesmo mês pela empresa, que foi prontamente deferido**, conforme *e-mail* datado de 4 de novembro de 2015.
>
> Ocorre que a empresa não apresentou qualquer manifestação no prazo por ela pleiteado. Nesse sentido a Comissão emitiu outro Parecer, datado de **27 de novembro de 2015**, e apresentou planilhas de formação de preço, adequando-as conforme recomendações jurídicas.
>
> Registre-se portanto que a Comissão de Repactuação desde agosto de 2015 se empenhou quanto ao pleito de formação de preços apresentados pela empresa IT ALIMENTOS LTDA, dilatou prazo a pedido desta e não houve qualquer manifestação.
>
> Somente em 14 de dezembro de 2015 o Sr. Márcio Carvalho de Oliveira se manifestou e solicitou uma reunião que foi realizada em **14 de dezembro de 2015**, para tratar de assuntos contratuais. Nessa mesma ocasião, foi entregue, em mão, a Carta nº 30-0005/2015 do CTMSP à empresa, versando sobre o resultado do pleito de repactuação e aditamento do contrato.

Verifica-se que não existiu a situação apontada pelo Promotor, porque houve Parecer emitido pela Assessoria Jurídica em 25 de setembro de 2015,

sendo a empresa cientificada no início do mês de novembro do mesmo ano. Inclusive esta solicitou prorrogação do prazo de dez dias.

Após decorridos quase 45 (quarenta e cinco) dias que a empresa voltou a se manifestar, no dia 14 de dezembro de 2015, ocasião em que lhe foi entregue novo parecer da Assessoria Jurídica, diante da sua omissão.

Não se verifica, assim, a tentativa por parte dos Oficiais – Apelados – em criar entraves com a empresa IT ALIMENTOS LTDA. EPP, com o intuito de gerar dificuldades para a composição das planilhas de preços.

Em relação ao CMG Antônio Carlos Mendes, de igual forma, não ficou demonstrado, seja pela prova documental, seja pela prova testemunhal, que, de forma proposital e em conluio com o CMG Ribamar, teria atrasado a tramitação do processo de licitação, na modalidade de pregão eletrônico.

O Setor de Municiamento, em tempo anterior ao término do contrato com a empresa IT ALIMENTOS LTDA. EPP, em 16 de fevereiro de 2016, tratou de iniciar os procedimentos internos para a elaboração de um novo pregão eletrônico, a partir de julho de 2015.

A matéria, de igual forma, também já foi abordada em fase anterior e será citada em reverência ao art. 96, inciso IX, da CF/1988, como se vê abaixo:

> A título de precaução, o Setor de Municiamento iniciou os trabalhos para a elaboração de um novo procedimento licitatório, a partir de julho de 2015 e finalizado em setembro de 2015. Ocorre que o processo sofreu várias alterações nas minutas, com o intuito de atender às novas regras licitatórias estabelecidas no ano de 2014, no período de outubro de 2015 a março de 2016.
>
> A iniciativa por parte do Setor de Municiamento em tempo bem anterior ao termo final do contrato com a empresa IT ALIMENTOS LTDA EPP, demonstra a preocupação com o serviço de fornecimento de alimentos ao efetivo do CTMSP – Rancho Sede e CEA.
>
> A exigência de elaboração de novas planilhas de formação de preços, de termos de referência, tudo isso demandou certo espaço de tempo a maior para o seu atendimento.
>
> Deve ser ressaltado que um processo licitatório, ao ser solicitado, possui tramitação em vários setores da administração, financeiro, administrativo e jurídico, cada um com a sua equipe técnica, não ficando assim concentrado nas mãos de uma só pessoa.
>
> A necessidade de comprovação da situação emergencial assim se mostrou caracterizada nos autos, inclusive com aprovação pelo O.D. e pelo Diretor Representante da marinha e, assim, foi efetuado o primeiro contrato emergencial, mediante do DL nº 483/2016 (processo administrativo nº 63.230000344/2016-09, contrato nº 42.000/2016-009/00).

> De igual forma foi aprovado pelo órgão consultivo – CJU/CGU/AGU, conforme Parecer nº 00306/2016/CJU-SP/CGU/AGU, em 14 de abril de 2016. E ainda dado conforme a todas as especificações técnicas, disposições legais e normas administrativas da Marinha, à luz do Termo de Encerramento referente ao primeiro contrato emergencial.

O Representante do MPM reforça que os Oficiais, mesmo conhecedores da obrigatoriedade de contratação, na forma do art. 37, inciso XXI, da CF/1988, celebraram, em conluio, nada mais que 3 (três) contratos de forma emergencial, por um longo período, envolvendo expressiva quantia em dinheiro.

Tal argumentação, da mesma forma, é improcedente em razão de toda a explanação aqui formulada e ainda pelo fato de o CMG Antônio Carlos Mendes ter participado somente do primeiro contrato emergencial, tendo em vista que exerceu a função de superintendente administrativo até 18 de abril de 2016.

Em relação ao Acusado Fernando Arouca de Nadai, não há qualquer comprovação de que tenha se beneficiado das contratações emergências e com elas contribuído, lesando o interesse público e a Administração Militar, por ter acesso antecipadamente das propostas.

A prova testemunhal e a documental atestam que o primeiro contrato emergencial sequer foi assinado pelo sócio Fernando Arouca de Nadai, mas pelo preposto da empresa, Sr. Eduardo Camilo de Aguiar, conforme a procuração acostada aos autos.

A referida procuração foi outorgada pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA. ao preposto pelos seus diretores, Sr. Fabrício Arouca de Nadai e Sr. Fernando Arouca de Nadai.

Dessa forma, havia mais de um sócio na referida empresa, restando temerário imputar uma acusação, se fosse o caso, a um deles, excluindo o segundo.

Todas as negociações eram realizadas pelo Sr. Eduardo e as propostas por ele também apresentadas, não havendo a presença de qualquer um dos sócios.

Os termos de encerramento dos contratos emergenciais atestaram que foram devidamente cumpridos, na conformidade da lei e do ajustado pelas Partes.

Nessa senda, não há qualquer comprovação de que o civil Fernando tenha concorrido para a consumação de uma suposta ilegalidade ou dela extrair benefícios, não restando comprovando o critério da lei.

Ao final, o promotor reforça que, para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, não há a exigência do elemento subjetivo **de causar prejuízo ao erário, porquanto não integra o tipo**.

Em que pese a argumentação da Acusação, ousa-se discordar e trazer os fundamentos já expendidos por este subscritor na fase anterior, como se vê:

> Por outro viés, mesmo que houvesse uma má administração por parte do administrador, o crime previsto art. 89 da Lei nº 8.666/1993 traz como requisito para configuração da sua tipicidade subjetiva o especial fim de agir do agente, qual seja, possuir a intenção específica de lesar o erário, ou de obter vantagem indevida.
>
> A finalidade da lei é justamente diferenciar o administrador inapto daquele improbo. Como se depreende, a análise puramente formal do tipo descrito no art. 89 da Lei de Licitação, sem o exame da presença do elemento subjetivo, acarretaria uma responsabilização à luz da Teoria Causal e não Finalista da Ação.
>
> Para que configure o delito nominado, o agente deve estar voltado e imiscuído no objetivo de frustrar o processo licitatório e causar prejuízo ao erário, bem como de auferir qualquer vantagem indevida.
>
> Embora haja algumas divergências entre as Cortes Superiores, evoca-se o entendimento predominante da Suprema Corte como se cita a seguir:
>
> > EMENTA: Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (Art. 89, da Lei nº 8.666/93). Ausência do elemento subjetivo do tipo. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal. 1. Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, a competência penal originária do STF por prerrogativa de função advinda da investidura de sujeito ativo de um delito, no curso do processo, em uma das funções descritas no art. 102, I, alíneas "b" e "c", da CF/88 não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Precedentes. 2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. **Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.** 3. O simples fato de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, não conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é

imputado, hipótese em que se estaria adentrando no campo da responsabilidade objetiva. 4. Ação penal julgada improcedente. (AP 527, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-063 DIVULG 01-04-2011 PUBLIC 04-04-2011 EMENT VOL-02495-01 PP-00087 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 331-347) (Grifo nosso).

Ementa: AÇÃO PENAL. DIREITO PENAL. DISPENSA ILÍCITA DE LICITAÇÃO E PECULATO (ART. 89 DA LEI 8.666/3 E ART. 312 DO CÓDIGO PENAL). AQUISIÇÃO DE LIVROS DIDÁTICOS. SUFICIÊNCIA, PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO, DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO NO SENTIDO DA IDONEIDADE DAS CARTAS DE EXCLUSIVIDADE CONCEDIDAS PELAS EDITORAS ÀS DISTRIBUIDORAS CONTRATADAS. AUSENTE INDÍCIO DE INTERFERÊNCIA DA ACUSADA PARA FAVORECER TERCEIROS. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS QUE, EM CASO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA NO MERCADO, CONFIGURA MERA IRREGULARIDADE. AUSENTE, ADEMAIS, DEMONSTRAÇÃO DE SOBREPREÇO, CONFORME TOMADA DE CONTAS DO TCU. LAUDOS PERICIAIS FUNDADOS EM PREÇOS DISTINTOS DOS PRATICADOS À ÉPOCA DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO (ART. 386, II E III, DO CPP). 1. A dispensa ou inexigibilidade de licitação, com fundamento em parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de autorizar a compra direta de livros didáticos junto a distribuidoras detentoras de cartas de exclusividade para a venda na respectiva Unidade Federativa, não tipifica a conduta do artigo 89 da Lei 8.666/93. Precedente: AP 946-EI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/08/2018. 2. (a) **A inobservância dos critérios legais de inexigibilidade deve somar-se, para a tipificação do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, à vontade de frustrar, indevidamente, a concorrência pública, revelando-se incabível enfoque puramente causal, desatento aos elementos subjetivos integrantes do tipo (Teoria Final da Ação). (b) Consectariamente, revela-se imperioso, para a caracterização do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, que o agente atue voltado à frustração da concorrência e à produção de dano ao erário.** 3. (a) As cartas de exclusividade para a distribuição de livros didáticos, ainda que de âmbito regional, uma vez admitidas como idôneas em parecer da Procuradoria-Geral do Estado, afastam a incidência do tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93; (b) A escolha de livros didáticos por corpo técnico especializado, guiada por critérios intelectuais insindicáveis pelo Poder Judiciário, porquanto atinentes ao mérito do ato administrativo, afasta o dolo de violação criminosa do dever de licitar. 3. *In casu*, (a) segundo o Ministério Público Federal, três circunstâncias indicariam o caráter delitivo da contratação direta derivaria narrada na denúncia: (i) as cartas de exclusividade apresentadas pelas distribuidoras abrangiam apenas as regiões Norte e Nordeste, e não todo o território nacional, o que

indicaria que a concorrência seria viável; (ii) inidoneidade da justificativa administrativa para escolha dos livros adquiridos; (iii) ausência de pesquisa de preços. (b) Nada obstante, verifica-se que, tal como na AP 946-EI (na qual a ré foi absolvida da imputação da fatos idênticos), a seleção dos livros didáticos foi realizada por equipe técnico-pedagógica voltada ao atendimento do programa "Educação de Jovens e Adultos", a qual destacou que a "As coleções de livros enumerados no documento (Anexo 02) tiveram sua escolha condicionada por sua inequívoca importância didático-pedagógica no que concerne à Educação Continuada e, em especial, à Capacitação dos Alunos do Ensino Médio da Rede Estadual, atentando-se para as especificidades pedagógicas que são peculiares a esta modalidade de ensino"; (c) As distribuidoras detinham cartas de exclusividade das editoras, consideradas idôneas pela Procuradoria-Geral do Estado para a dispensa de licitação; (d) Em todos os procedimentos narrados na denúncia, a Procuradoria-Geral do Estado opinou favoravelmente à inexigibilidade de licitação; (e) Coube à Secretaria de Fazenda, e não à Secretaria de Educação, assinar a dispensa de licitação, através de Portarias assinadas pelo Secretário da Fazenda, antecedidas do parecer favorável da Procuradoria do Estado; apenas um procedimento de dispensa foi autorizado pela Secretaria de Educação, através da acusada, que assinou a Portaria de inexigência de licitação, nos termos do Decreto de 02 de abril de 2004, com apoio em parecer favorável do Procurador-Geral do Estado para a compra via inexigibilidade de licitação; (f) Conduta eventualmente culposa ou errônea não caracteriza o crime; **para a configuração típica da conduta, é imprescindível a demonstração de elementos que indiquem o dolo de frustrar a concorrência, beneficiando particulares de sua preferência. 4. Conclui-se no sentido da inexistência de prova da prática de fato caracterizado como crime do art. 89 da Lei 8.666/93**. 5. O crime de peculato constitui crime material, a exigir resultado naturalístico para sua consumação, representado pela diminuição dolosa do patrimônio do poder público, em proveito próprio ou de terceiro. 6. *In casu*, o Ministério Público Federal pede a condenação da Ré pela prática do crime de peculato, acusando-a de ter adquirido livros didáticos por preços superiores aos de mercado, bem como de ter simulado a entrega de livros, tudo em um dos procedimentos. 7. (a) A alegação de que teria havido sobrepreço não se confirmou em juízo. O Tribunal de Contas da União concluiu, na esteira de parecer da Secretaria de Controle Externo, unidade técnica da Corte, que não havia base fático-probatória para afirmar ter havido de sobrepreço nos procedimentos de inexigibilidade de licitação; (b) Os fundamentos do acórdão do Tribunal de Contas da União, embora não vinculem o juízo criminal, refutam, no caso, as conclusões da Polícia Federal e da CGU, que a toda evidência não merecem subsistir, à luz dos

elementos constantes dos autos e do benefício da dúvida em prol do réu no julgamento de mérito; (c) Deveras, a configuração de sobrepreço não se confirmou, em especial se considerados os seguintes fundamentos, acolhidos pelo Plenário no julgamento dos Embargos Infringentes na AP 946: (c.1) os laudos elaborados pela Polícia Federal e pela CGU não levaram em consideração os preços praticados à época dos fatos, mas sim os praticados alguns anos depois, mediante consulta na internet; (c.2) edições antigas de livros didáticos não mantêm o mesmo preço do ano de seu lançamento, podendo, ainda, haver alterações na política de preços, por objetivos mercadológicos – v. g., liquidar o estoque –, tudo a gerar dúvida fundada quanto à idoneidade do cálculo realizado no Laudo da Polícia Federal – que considerou preços praticados em 2011, inadequados à demonstração cabal de que, em 2003 e 2004, quando as obras foram adquiridas, teria havido sobrepreço. (c.3) Consectariamente, inexiste prova segura, acima de dúvida razoável, de que os preços pagos pela Secretaria de Educação, nos processos licitatórios alvo deste processo, superavam os praticados à época dos fatos. (c.4) Ao mesmo tempo, inexiste evidência nos autos quanto ao dolo da Acusada de desviar recursos públicos, em proveito próprio ou alheio. Deveras, (i) os testemunhos colhidos afastam vínculo pessoal entre a então Secretária de Educação e os sócios das empresas fornecedoras; (ii) não há indício de acerto prévio entre a Acusada e os terceiros que supostamente teriam sido beneficiados; (iii) nenhuma prova existe que corrobore a suspeita de que a Acusada pretendia, efetivamente, beneficiar terceiros com recursos públicos desviados; (iv) inexiste prova da suposta "entrega simulada" do material adquirido. 8. Consequentemente, na linha do entendimento firmado pelo Plenário na AP 946-EI, inexiste prova segura, acima de dúvida razoável, do prejuízo patrimonial causado à Administração Pública, não se configurando a materialidade do crime definido no art. 312 do Código Penal. 9. *Ex positis*, julgo improcedente a denúncia para absolver a Ré quanto ao art. 89 da Lei 8.666/93, por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal); e quanto ao art. 312 do Código Penal, por não haver prova da existência do fato delitivo (art. 386, II, do Código de Processo Penal). (AP 962, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/06/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 22-10-2019 PUBLIC 23-10-2019) (Grifos nossos).

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. PRELIMINARES DE NULIDADE E NÃO CABIMENTO REJEITADAS. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/1993. SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO E CULTURA DO ESTADO DE TOCANTINS. COMPRA DE LIVROS DIDÁTICOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO NÃO EVIDENCIADO

NA ESPÉCIE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS PARA CASSAR O ACÓRDÃO EMBARGADO E ABSOLVER A EMBARGANTE. I – **Para a consumação do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, faz-se imprescindível a demonstração do elemento subjetivo do tipo. II – Tal hipótese compreende o ato de vontade livre e consciente do agente de frustrar a concorrência, beneficiando terceiro e produzindo resultado danoso ao erário. III – Para a responsabilização penal do administrador, com base no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos, cumpre aferir se foram violados os pressupostos de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 do mesmo diploma, bem como se houve vontade livre e consciente de violar a competição e produzir resultado lesivo ao patrimônio público.** IV – No caso concreto, não ficou comprovado o dolo específico da conduta imputada à ré. V – Embargos infringentes acolhidos para absolver a embargante. (AP 946 ED-EI, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 10-12-2019 PUBLIC 11-12-2019) (Grifo nosso).

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSERÇÃO DE TEXTO NÃO APROVADO PELO PODER LEGISLATIVO LOCAL EM LEI MUNICIPAL. DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. *BIS IN IDEM*. 1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, não é absoluto, comportando as exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil (hoje revogado), aplicável ao processo penal pela via do art. 3º do CPP. 2. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 3. Ocorrendo modificação da competência em razão da aquisição ou perda superveniente de foro por prerrogativa de função por parte do acusado, o juízo declinado recebe o processo no estado em que se encontrar. Os atos processuais praticados no juízo declinante, se competente quando o foram, prescindem de

ratificação ou renovação no juízo declinado, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*. 4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. 5. **Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo**. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção. 6. Embora seja importante elemento de convicção, o fato de a ilegal dispensa de licitação ter sido embasada em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a descaracterizar o dolo, mormente quando os elementos probatórios indicam, com segurança, que o apelado tinha plena ciência da ilicitude da dispensa. 7. A posterior inserção de conteúdo não aprovado pela Câmara de Vereadores em texto de Lei Municipal, pelo prefeito municipal, com a finalidade de autorizar a utilização de créditos excepcionais não contemplados no texto originalmente aprovado, configura o crime do art. 297, § 1º, do Código Penal. Dolo configurado. 8. Provadas a materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 9. O fato de a falsificação recair sobre ato legislativo é revelador de alto grau de censurabilidade, a se refletir na dosimetria da pena. 10. Configura *bis in idem* valorar negativamente o fato de ser o apelante Prefeito Municipal, quando da fixação da pena-base, bem como para enquadramento da conduta prevista no § 1º, do art. 297, do Código Penal. 11. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena. (AP 971, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016) (Grifo nosso).

Conclui-se, portanto, a partir desses julgados recentes da Suprema Corte, é perfeitamente possível afastar a tipicidade material naquela conduta em que o gestor/administrador deixou de observar as

> formalidades legais, respaldado em pareceres técnicos e jurídicos, os quais amparam a sua atuação.
>
> Nos presentes autos, nos três processos de dispensa de licitação, foram apresentadas as justificativas da situação emergencial, mediante pareceres técnicos e do órgão consultivo.
>
> Houve a demonstração de vantajosidade para a Administração; a contratação do melhor preço ofertado, após pesquisa de cotação de preços; os preços apresentados estavam em conformidade com os de mercado; e, finalmente, a prestação do fornecimento de refeições pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA, nos moldes dos contratos celebrados e das normas legais.

Acrescente-se ainda que as testemunhas de acusação, com exceção do CMG Carlos Alberto Soares Teles, afirmam que as contratações emergenciais, bem como o processo de licitação se pautaram sempre em benefício da Administração Militar, primando pela boa qualidade das refeições fornecidas, estrutura da empresa selecionada, preços amoldados aos ofertados pelo mercado, e respaldadas sempre pela aprovação do setor jurídico, bem como do órgão consultivo.

Portanto, como se depreende dos argumentos expostos, deve ser desprovido o pleito ministerial e mantida a Sentença absolutória em relação a José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1), Antônio Carlos Mendes (CMG – R1), e a Fernando Arouca de Nadai, em relação ao crime previsto no art. 89, *caput*, para os dois primeiros; e, referente ao delito estatuído no parágrafo único da mesma norma, para o Civil, todos por atipicidade da conduta, à luz do art. 439, alínea *b*, do CPPM.

No tocante ao crime de falsidade ideológica, descrito no art. 312 do CPM, o promotor postula a reforma da Sentença absolutória, sustentando que:

> [...] a tese constante da fundamentação da r. Sentença de que o crime de falsidade ideológica imputado aos acusados José Ribamar Rodrigues Júnior e Fernando Arouca de Nadai não se caracterizou em razão de não haver gerado prejuízo ao erário, na medida em que, como demonstrado, gerou o efetivo pagamento por uma grande quantidade de refeições que não foram consumidas, tudo no claro intuito de mascar (sic) aquisição, sem licitação, de equipamentos para a cozinha da unidade militar, fatos que evidentemente atentaram contra a Administração Militar.

Os fatos apontados pela Acusação em sede de Razões Recursais já foram examinados, conforme são colacionados na forma seguinte:

> A começar, a Sra. Rita de Cássia Gili prestou esclarecimentos sobre o referido faturamento, em comunicação interna do dia 25 de abril de 2017, ao encarregado de Sindicância (nº 1/2017), justificando que a

referida aquisição dos equipamentos acima citados, no valor total de R$ 16.926,00 (dezesseis mil novecentos e vinte e seis reais) representam 1.019 (mil e dezenove) refeições, cada uma no valor de R$ 16,00 (dezesseis reais).

Acrescentou que a motivação se deu pela premente necessidade de possibilitar a normalidade do cumprimento do cardápio.

Em Juízo, o Apelado José Ribamar Rodrigues Júnior reconheceu o documento e admitiu que a ordem partiu da sua pessoa, porque já havia tentado adquirir verba no setor de Caixa de Economias, mas não obteve sucesso.

Dessa forma, com a chegada dos utensílios, determinou que fossem incorporados ao patrimônio da Marinha, mediante o Sistema de Bens da Fazenda Nacional (SISBEN).

A testemunha Rejane de Abreu Portanova, gerente operacional dos contratos, em juízo, confirmou que o material foi incorporado ao patrimônio da Marinha e que o valor repassado foi exatamente o valor da compra do equipamento.

As testemunhas, além do Apelado, ressaltaram que a aquisição dos utensílios era de extrema importância para o melhor atendimento e satisfação do serviço prestado ao efetivo.

Como se verifica, a emissão do documento pela empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA, de conhecimento do CTMSP, configura, em princípio, o delito previsto no art. 312 do CPM, o qual preceitua:

> Art. 312. 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, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:
>
> Pena - reclusão, até cinco anos, se o documento é público; reclusão, até três anos, se o documento é particular.

O crime, além de exigir um documento com declaração falsa, pressupõe seja delineada a vontade inequívoca de geral o falso e alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, em detrimento da Administração Militar.

Salvo melhor juízo, não é o que se afigura na presente situação.

A intenção entre o CTMSP e a empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA foi a de atender melhor o serviço de fornecimento de refeições e melhorar a sua qualidade.

Analisando o termo de referência referente à primeira contratação emergencial, no seu item 8 (materiais a serem disponibilizados), dispõe que a CONTRATADA receberá da CONTRATANTE os equipamentos,

materiais, ferramentas e utensílios necessários, entre eles: 8.1.1. equipamentos e instalações na Sede: 58. Cafeteira elétrica industrial capacidade 15 litros; 65. Cortador de frios automático; e 73. Batedeira para massas capacidade 20 litros.

Assim, os equipamentos comprados, diretamente pela Empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA, faziam parte do material que deveria ser fornecido pelo CTMSP. E, diante da falta dos equipamentos e de dinheiro no caixa, foi realizada tal "transação", mas para fins de atendimento ao serviço contratado, sem causar qualquer prejuízo à Administração, com a obtenção de um resultado positivo e satisfatório.

Não se configura assim o elemento constitutivo do tipo "desde que atente contra a Administração Militar".

Por essas razões, a Sentença deve ser mantida no tocante à absolvição de José Ribamar Rodrigues Júnior (CMG – R1) e de Fernando Arouca de Nadai.

Nesse sentido, evoca-se jurisprudência deste Colegiado, acerca do tema:

> EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 312 DO CPM. DECLARAÇÃO PESSOAL DE DEPENDENTE. EX-ESPOSA. UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO DE FATO. AUSÊNCIA DE DOLO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MANUTENÇÃO. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. A subsunção da conduta ao tipo penal previsto no art. 312 do CPM (falsidade ideológica) exige a mutação da realidade com o propósito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sob fato juridicamente relevante, desde que o episódio atente contra a administração militar ou o serviço militar. A separação judicial com posterior restabelecimento da relação e o convívio como se casados fossem, configurando união estável de fato, afasta o dolo de alterar a verdade na inserção da companheira como esposa e dependente nas declarações pessoais visando recebimento de indenização de ajuda de custo e indenização de transporte de militar movimentado, por ocasião de transferência, por necessidade do serviço. Apelo ministerial desprovido. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000031-73.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 10/3/2022, Data de Publicação: 5/4/2022).

Desse modo, as razões recursais expendidas pelo nobre representante ministerial não merecem prosperar, em razão da prova documental e testemunhal acostada aos autos, que foi discutida nos presentes autos.

A título de informação, convém mencionar a existência de 2 (duas) sindicâncias instauradas pelo CTMSP, a saber.

A Portaria nº 1/CTMSP, de 3 de janeiro de 2017, por intermédio do respectivo Diretor da referida OM, para fins de efetuar averiguações necessárias ao esclarecimento dos fatos apontados no Parecer nº 01289/VRD/CJU-SP/CGU/AGU, referentes à possível inobservância de normas da legislação vigente e possível desídia de agentes públicos do CTMSP na contratação direta de serviços continuados de refeição com a empresa CONVIDA REFEIÇÕES LTDA.

Entre inúmeras diligências, em 17 de abril de 2017, foi elaborado Laudo de Exame Pericial por 2 (dois) peritos, Rafael Basilio Yamashita e Jamile Morais Vasconcelos, advogados inscritos na OAB, devidamente compromissados, nomeados mediante a Portaria nº 4, de 28 de março de 2017.

A prova técnica concluiu pela inexistência de retardo deliberado ou provocado por parte dos entes e agentes públicos que atuaram no processo licitatório (Pregão Eletrônico nº 500/2016). Aduz ainda que os prazos entre os eventos estão de acordo com os costumeiros e, por ser um processo de maior relevância, era de se esperar um prazo mais célere, mas repise-se que isso se deve ao objeto do presente processo.

Em relação à primeira, à segunda e à terceira contratações emergenciais, os peritos não vislumbraram flagrante ilegalidade ou inobservância de normas nos processo referidos, no tocante à questão administrativa. Ao contrário, houve uma observância das premissas jurídico-administrativas de maneira até ortodoxa.

O Encarregado da respetiva Sindicância concluiu pela ausência de indícios de descumprimento de normas em vigor nem falta de planejamento ou desídia de agentes públicos do CTMSP nas atividades de elaboração e de condução do processo de licitação de fornecimento de refeições na Sede e no CEA, bem como na fiscalização dos 1º e 2º contratos emergenciais.

Já nos autos do IPM nº 7000107-08.2019.7.02.0002, que antecederam a instauração do presente processo, consta laudo de exame pericial elaborado por peritos Oficiais do Corpo Intendente da Marinha, nomeados pela Portaria nº 3/2018, os quais apontaram conclusões totalmente diversas ao primeiro laudo, apontando transgressões disciplinares por todo o pessoal vinculado às áreas que participaram do processo licitatório e das contratações emergências, bem como concluiu pela existência de indícios de crime por parte de Antônio Carlos Mendes e José Ribamar Rodrigues Júnior bem como pelos funcionários pertencentes à AMAZUL que participaram das contratações.

No entanto, em cota datada de 22 de janeiro de 2020, o Representante ministerial assim postulou:

> Efetivamente, não se vislumbram, até o momento, sem prejuízo de eventual aditamento à denúncia, indícios de crime na prática dos atos

que se desenvolveram tanto na composição quanto na emissão de pareceres pelas denominadas comissões de repactuação, órgão do CTMSP constituído para analisar prorrogação do contrato de gêneros alimentícios pela empresa que até então realizava tal serviço; assim, pela ausência de indícios de prática delitiva, deverá o IPM ser arquivado em relação às supostas condutas criminosas de CF (RM1) Roberto Cesar Saraiva Leontsinis, 1T Henrique Cândido da Silva, EA Lucimara Aparecida Domingues de Andrade, EA Rita de Cássia Gilli, EA Caio Strozi Coutinho, EA Juliana Jesus de Oliveira Marques. Da mesma forma, não se vislumbram indícios de crime nos atos praticados pelos integrantes da denominada Comissão que analisou a segunda dispensa de licitação, à exceção dos denunciados; assim, deverá o IPM ser arquivado em relação às supostas condutas delituosas perpetradas pelo CT (T) Roque Cerqueira Pires Júnior, EA Rita de Cássia Gilli, EA Andréa Tônia M. Pinto do Amaral, EA Ana Flávia C. Ramos dos Santos, EA Juliana Jesus de Oliveira Marques. Outrossim, a investigação demonstrou que a prática criminosa relativa ao faturamento a maior efetuado pela empresa Convida no que se refere à inclusão de refeições que não foram consumidas, supostamente para justificar a aquisição de eletrodomésticos para o CTMSP, fora de fato efetivada por um dos sócios titulares da referida empresa, sem a intervenção do funcionário Eduardo Camilo de Aguiar; em relação à funcionária Érika Eloy Teixeira, embora tenha conhecimento do fato, a investigação demonstrou ter atuado em obediência às ordens do titular da empresa, devidamente denunciado, sem maiores poderes para decidir de maneira diversa, razão por que deverá o IPM ser arquivado em relação a esses agentes, sendo que a responsabilidade criminal por tal fato deverá recair sobre os denunciados, conforme narrado na denúncia. Ademais, a investigação não foi capaz de revelar aquiescência na empreitada criminosa narrada na denúncia pelos CMG (RM1) Cláudio Viola e CMG (RM1) Fábio Fornazier Volpini, mas apenas violação a preceitos disciplinares no que tange à ausência de determinação para segregação de funções a seus subordinados escalados para analisar o processo que culminou na segunda dispensa de licitação e também na discussão acerca da divisão do objeto relativo ao pregão eletrônico nº 500/16, razão por que o IPM deverá ser arquivado em relação a esses agentes. Do mesmo modo, não há que se falar em prática de crime no que tange ao atraso às repostas das impugnações efetuadas por empresas licitantes ao pregão eletrônico nº 500/16; houve apenas irregularidades administrativas; assim, deverá o IPM ser arquivado em relação às condutas da EA Amazul Ana Paula Vada e EA Adriana Camacho Falconi. De outro lado, a investigação também não revelou a participação nos atos criminosos narrados na denúncia pela EA Ana Paula Vada, no que tange à eventual má prestação de assessoria jurídica ao então Diretor do CTMSP, Contra-Almirante André Luiz Ferreira Marques, na medida em que não se pode simplesmente relacionar o cometimento de um crime, ato pessoal que envolve conduta humana voluntária (aqui pode-se dizer dolo ou culpa) dirigida a obtenção de certo resultado, a um eventual ato relapso de subordinado hierárquico, de forma que o IPM também deverá ser

> arquivado em relação a essa agente. Por fim, registro que, embora as empregadas da empresa Amazul Rita de Cassia Gilli, Lucimara Aparecida Domingues de Andrade e Ana Flávia Candida Ramos, vinculadas ao CTMSP, praticaram atos que, em tese, poderiam configurar infração penal, a investigação demonstrou que, na realidade, assinaram documentos sem ter conhecimento de seu teor, tudo no intuito de conferir aparência de legalidade aos atos criminosos perpetrados pelo superior hierárquico, o denunciado CMG R1 José Ribamar Rodrigues Júnior, conforme confessou o próprio denunciado nas oitivas realizadas tanto em sede de sindicância quanto no interrogatório no IPM, em harmonia com as declarações de suas subordinadas. Assim, aparentemente, as aludidas indiciadas aturaram destituídas do dolo necessário à caracterização dos delitos narrados na denúncia, razão por que deverá o IPM ser arquivado em relação às respectivas condutas, ressalvada a hipótese de a instrução criminal em juízo revelar elementos de prova que apontem o contrário, hipótese na qual reservo-me, desde já, o direito de aditar a denúncia ora ofertada. Por fim, também não se vislumbra atuação dolosa nas condutas dos demais responsáveis pela empresa Convida Refeições, quais sejam, Fabrício Arouca de Nadai e Sérgio de Nadai, pois dos termos de suas oitivas no IPM (evento nº 60 do e-proc), conclui-se que não atuaram nos contratos envolvendo o CTMSP, função esta desempenhada pelo sócio Fernando de Nadai, já denunciado, razão por que deverá o IPM ser arquivado em relação a esses agentes; outrossim, caso a instrução revele a participação de ambos nos delitos narrados na denúncia, reservo-me desde já o direito de aditar a inicial.

Depreende-se que nem mesmo o Representante ministerial se acha convicto da participação criminosa de todo o corpo especialista do CTMSP que atuou nas contratações emergenciais e do procedimento licitatório, restando apenas a certeza quanto a José Ribamar Rodrigues Júnior, Antônio Carlos Mendes e Fernando Arouca de Nadai.

Por outro lado, como bem acentuado na sentença, o julgador, para a elaboração do seu convencimento, não está adstrito somente a uma prova, seja testemunhal ou técnica, mas a todo o contexto probatório produzido durante a instrução criminal, que possa corroborar os indícios de crime e os fatos imputados na peça Inicial.

Assim, para finalizar, traz-se à colação os fundamentos explanados pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 2ª CJM, como se vê abaixo:

> Do mesmo modo, o arquivamento parcial do IPM pleiteado pelo MPM perante a 1ª instância (processo nº 7000107-08.2019.7.02.0002/evento 86/documento 2), de vários agentes públicos que também se encontravam envolvidos nas análises dos três afastamentos licitatórios já mencionados, bem como da fiscalização dos respectivos contratos emergenciais que foram deflagrados, isto é,

membros de Comissões, gestores, fiscais dos contratos, pareceristas internos, participantes de reuniões, nos impulsiona ao mais cristalino raciocínio de que não havia qualquer esquema criminoso com a finalidade de burlar procedimentos licitatórios no âmbito do CTMSP, aliás, tal questionamento sequer foi ventilado nos autos, até porque totalmente incabível diante de todo o contexto probatório coligido. Logo, partindo de tal premissa e, diante de tudo o que foi colhido no volumoso acervo probatório juntado aos autos, fica absolutamente nítido concluir que não houve qualquer conluio envolvendo os três acusados para o fim de praticarem os delitos que lhes são imputados na denúncia, isto é, do delito previsto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, para os acusados José Ribamar Rodrigues Júnior e Antônio Carlos Mendes, e do delito previsto no artigo 89, § único, da referida lei, para o acusado Fernando Arouca de Nadai. Mesmo porque, ainda que os três acusados estivessem agindo em conluio para tal prática delitiva, ainda que por três vezes, e ainda que fossem dotados de todas as técnicas de liderança e persuasão, tão sempre bem explicitadas por Dale Carnegie e Robert B. Cialdini, ainda assim, não conseguiriam convencer a todos que trabalhavam no CTMSP - principalmente o seu Diretor que tinha o poder decisório final -, e estavam envolvidos naquela situação desde o seu começo (que havia surgido com a empresa IT Alimentos Ltda.), que por sua vez, teve prosseguimento e redundou nos três afastamentos licitatórios e seus respectivos contratos emergenciais com a empresa Convida. E isso porque, é inimaginável que os três acusados, nos moldes já explicitados acima, tivessem o condão de manipular a todos os demais envolvidos (e que tiveram suas condutas arquivadas pelo MPM tanto em primeira quanto em segunda instância, conforme ora visto), inclusive com poderes sobrenaturais de previsibilidade no que se refere aos respectivos procedimentos administrativos e sua regular tramitação. 127. Por fim, há que se dizer, ainda, aqui, que nem mesmo o laudo pericial de que se vale o MPM para pleitear a condenação dos réus, tem o condão de modificar o raciocínio até então desenvolvido (processo nº 7000107-08.2019.7.02.0002/evento 2/volume 33/páginas 1-33 e volume 34/páginas 1-28). E isso porque, diante de todo o conteúdo probatório juntado aos autos e, na mesma linha de raciocínio desenvolvida pelo douto Procurador-Geral de Justiça Militar, no que tange à necessidade da demonstração do dolo, tanto geral quanto específico, dos delitos imputados aos réus, uma vez não comprovado o dano ao erário e o prejuízo aos cofres públicos, bem como o enriquecimento ilícito dos acusados, a absolvição dos mesmos é o caminho que se impõe.

XI. CONTRARRAZÕES RECURSAIS – JOSÉ RIBAMAR RODRIGUES JÚNIOR, ANTÔNIO CARLOS MENDES E FERNANDO AROUCA DE NADAI

A Defensoria Pública da União, em favor de José Ribamar Rodrigues Júnior, requer a manutenção da Sentença recorrida, diante da ausência do elemento subjetivo específico do tipo, previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993,

bem como a atipicidade da conduta do crime de falsidade ideológica por ausência de prejuízo à Administração Militar.

A Defesa de Antônio Carlos Mendes, em Contrarrazões Recursais, requer a manutenção da Sentença, ressaltando que não há provas de que o Apelado tenha agido com dolo, elemento subjetivo do tipo do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

A Defesa de Fernando Arouca de Nadai, ao contra-arrazoar o recurso, postula a manutenção da Sentença por inexistir, quanto ao crime do art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, qualquer prova da materialidade delitiva, das elementares do tipo penal, do elemento subjetivo do tipo, em suma, de que o Acusado tenha participado da conduta delitiva. No tocante ao crime do art. 312 do CPM, de igual forma, deve ser mantida a sua absolvição por não restar demonstrado qualquer prejuízo para a Administração Militar.

Os pedidos formulados pela Defensoria Pública da União e pelas Defesas constituídas em favor dos ora Apelados já foram amplamente examinados, os quais serviram de manutenção da Sentença Recorrida.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso da Acusação, para manter a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por unanimidade**, em não conhecer da preliminar de aplicação da amplitude do efeito devolutivo amplo arguida pela Defensoria Pública da União, em sede de contrarrazões recursais, por se tratar de tema relacionado ao mérito, com fundamento no art. 81, § 3º, do RISTM. No mérito, **por unanimidade**, em conhecer do apelo do Ministério Público Militar e em negar-lhe provimento, para manter *in totum* a Sentença que absolveu os ora Apelados, Capitão de Mar e Guerra José Ribamar Rodrigues Júnior, Capitão de Mar e Guerra Antônio Carlos Mendes e civil Fernando Arouca de Nadai, todos com fundamento no art. 439, alínea *b*, do CPPM, por absoluta atipicidade das condutas que lhes foram imputadas.

Brasília, 22 de setembro de 2022 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 7000807-73.2021.7.00.0000

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelante: Mauro César Mendes Loroza.
Advogados: Andre Del Fiaco (DPU).
Afonso Carlos Roberto do Prado (DPU).
Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar.

Apelante: Júlio César de Oliveira Perez Mazó.
Advogados: Vanessa Alcântara Rocha Ortis (OAB DF49482).
Aline Santos da Silva (OAB DF54780).

Apelado: Ministério Público Militar.

Apelado: Mauro César Mendes Loroza.
Advogados: Andre Del Fiaco (DPU).
Afonso Carlos Roberto do Prado (DPU).
Defensor-Chefe Junto do Superior Tribunal Militar.

Apelado: Júlio César de Oliveira Perez Mazó.
Advogados: Vanessa Alcântara Rocha Ortis (OAB DF49482).
Aline Santos da Silva (OAB DF54780).

EMENTA

APELAÇÃO. DEFESAS. MPM. ART. 154-A, §§ 3º E 4º, DO CPB. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO ALHEIO. TIPICIDADE. OBTENÇÃO E DIVULGAÇÃO INDEVIDA DE DADOS ELETRÔNICOS PRIVADOS. APLICAÇÃO DAS MAJORANTES. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CPB.

1. O objeto material do tipo previsto no art. 154-A é o "dispositivo informático alheio", preceito de conceito aberto, o que possibilita a adequação do tipo à ocorrência das constantes inovações tecnológicas, sem se ater a uma lista exaustiva e taxativa do que seriam os dispositivos informáticos.

2. Devem-se aplicar as majorantes previstas nos §§ 3º e 4º do art. 154-A do CPB quando comprovadas a obtenção e a divulgação indevida de dados eletrônicos privados.

3. É entendimento consolidado nesta Corte que, verificada a continuidade delitiva, adota-se o disposto no art. 71 do CP no sentido de que o aumento da pena deve ser proporcional às infrações cometidas, regra mais benéfica para exasperação da pena do que aquela prevista no art. 80 do CPM.

Recursos de Apelação defensivos conhecidos e não providos. Decisão unânime.

Recurso de Apelação ministerial conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu que sejam conhecidos e não providos os recursos de apelação interpostos pelas defesas e que seja conhecido e parcialmente provido o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Militar para, mantida a condenação do Ex-Sargento da Aeronáutica Julio Cezar de Oliveira Perez Mazó, pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, §§ 3º e 4º, c/c o art. 71, ambos do Código Penal Comum, alterar sua pena para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB; e, mantida a condenação do Ex-Sargento da Aeronáutica Mauro César Mendes Loroza pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, §§ 3º e 4º, do Código Penal Comum, majorar a sua pena para 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB, ambos sem direito ao "*sursis*", em razão da vedação expressa do art. 84 do CPM. Declarou-se suspeito o Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, nos termos do art. 141 do RISTM.

Relator do Acórdão: Ministro Artur Vidigal de Oliveira.

Votantes: Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro José Barroso Filho, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Carlos Vuyk de Aquino e Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 15/08/2022 a 18/08/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público Militar e pelas Defesas contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 25 de agosto de 2021, que, por unanimidade de votos, condenou o ex-Sargento da Aeronáutica JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, pela prática do crime tipificado no art. 154-A, §§ 3º e 4º, c/c o art. 71, ambos do Código Penal comum, à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, sem o benefício do *sursis*; e o ex-Sargento da Aeronáutica MAURO CÉSAR MENDES LOROZA pela prática do crime tipificado no art. 154-A, §§ 3º e 4º, do Código Penal comum, à pena de 10 (dez) meses de detenção, com o benefício do *sursis* pelo período de 2 (dois) anos.

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 20 de novembro de 2020, pelos seguintes fatos (evento 1 doc. 1 - processo originário):

> Nos dias 17 de fevereiro e 1º de março do ano de 2016, o primeiro denunciado, JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, livre e conscientemente, usando um computador instalado no CINDACTA I, invadiu as contas de correio eletrônico (*e-mail*) e espaço de armazenamento de dados em nuvem, protegidos por senha, da 3º Sargento T.G.A.C e do 3º Sargento R. M. S, sem autorização expressa ou tácita dos titulares, por meio do aplicativo Rec Key, a fim de obter dados e fotos íntimas armazenados nesses locais eletrônicos, e divulgá-los via WhatsApp. Entre os dados obtidos pelo denunciado, estavam fotos íntimas de T.G.A.C, que ele, livre e conscientemente, divulgou entre militares do CINDACTA 1, por meio do aplicativo WhatsApp. O segundo denunciado, MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, no dia 03 de fevereiro de 2016, livre e conscientemente, usando um computador instalado na casa da sua companheira T.R.S, invadiu a conta de correio eletrônico (*e-mail*) e espaço de armazenamento de dados em nuvem, protegidos por senha, da 3º Sargento C.F.L, sem autorização expressa ou tácita do titular, a fim de obter dados e fotos íntimas armazenados nesse local eletrônico, e divulgá-los via WhatsApp. Entre os dados obtidos pelo denunciado, estavam fotos íntimas de C.F.L, que ele, livre e conscientemente, divulgou entre militares do CINDACTA 1, por meio do aplicativo WhatsApp. Segundo consta dos autos, os fatos foram descobertos porque a 3º Sargento C.F.L informou à 3º Sargento T.G.A.C que havia fotos íntimas de algumas militares circulando entre controladores de voo do CINDACTA I, que trabalhavam em sua escala de serviço. Relatou, ainda, que soube que havia fotos da própria T.G.A.C. Descobriu-se, ainda, que havia fotos de C.F.L circulando entre os mesmos militares. Durante as investigações na Polícia Civil do Distrito Federal, foram identificados os IPs 191.176.152.229 e 187.21.14.183, que acessaram os correios eletrônicos invadidos. Então, a Delegada Patricia Pelcerman Palatnic, da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM), solicitou informações operadora de telefonia CLARO e VIVO, por meio dos ofícios 2446/2016-DEAM e 2447/2016-DEAM, respectivamente. A empresa CLARO informou que foi identificado que o usuário do IP 187.21.14.83 é o primeiro denunciado, JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ. A empresa CLARO informou ainda que o IP 191.176.152.229 acessou a conta de C.F.L, a qual está vinculada a uma rede de um militar da Aeronáutica. Entretanto o acesso se deu da residência de Talita Rangel de Souza. Ouvida na Delegacia Especial da Mulher, Talita negou ter feito qualquer acesso à conta de C.F.L e comprovou que não teria como acessar, vez que, no momento do acesso, não se encontrava em Brasília. Para comprovar, juntou cópia do e-ticket da Avianca (evento 1, 1-OUT, fl. 133). Acrescentou ainda que vivia relacionamento estável com o segundo acusado e que viviam na mesma casa há um ano, sem qualquer ruptura. E que ele se encontrava na casa dela no dia dos fatos. (evento 1, 1-OUT, fl. 131/132). O 1º denunciado, ao ser ouvido na ocorrência

> policial da DEAM, admitiu que utilizou o aplicativo Rec Key para copiar os registros dos usuários da máquina da sala briefing da Região São Paulo no CINDACTA I, e que, assim, farejou várias contas de *e-mail* de colegas e algumas senhas de acesso às contas, e entrou nas contas de vários militares, entre elas a da 3º T.G.A.C e a do 3º SGT R.M.S. (evento, 1, 1-OUT, fls. 15/16 da ocorrência policial nº 627/2016- DEAM) O segundo denunciado, apesar de negar os fatos, efetivamente acessou os dados de C.F.L, da casa de Talita Rangel, conforme demonstrado pela prova técnica. A prova técnica fornecida pela empresa Claro demonstra, de forma inequívoca, que as contas de T.G.A.C e de R.M.S foram invadidas pelo primeiro denunciado, identificado pelo IP 187. 21.14.183, na data dos fatos. E que a conta de C.F.L foi invadida pelo segundo denunciado, utilizando o IP da casa de sua companheira Talita Rangel de Souza, enquanto ela viajava, na data e hora dos fatos. Tudo conforme relatório 537/16- DEAM, anexado no evento 1, 1-OUT, fls. 117/124, e ofício da empresa CLARO, no mesmo evento, fls. 125/126, ambos na ocorrência policial nº 627/2016-DEAM. As fotos obtidas e divulgadas pelos denunciados encontram-se acauteladas no cofre do juízo da 1ª Auditoria da 11ª CJM. Assim agindo, os denunciados cometeram o crime de invasão de dispositivo informático, tendo obtido e divulgado conteúdo de comunicações eletrônicas privadas. Desta forma, estão eles incursos: O primeiro denunciado, JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ: 1. Contra T.G.A.C, uma vez, art. 154-A, §§ 3º e 4º, uma vez, do Código Penal Brasileiro, na forma do inciso II, alínea *a*, do artigo 9º do Código Penal Militar. 2. Contra R.M.S, uma vez, art. 154-A, § 3º, do Código Penal Brasileiro, na forma do inciso II, alínea *a*, do artigo 9º do Código Penal Militar Ambos os crimes praticados em concurso material, art. 79 do Código Penal Militar. MAURO CESAR MENDES LOROZA, contra C.F.L, uma vez, art. 154-A, §§ 3º e 4º, do Código Penal Brasileiro, na forma do inciso II, alínea *a*, do artigo 9º do Código Penal Militar.

Constam nos autos, dentre outros, os seguintes documentos:

1. Relatório nº 286/16 - DEAM (evento 1, doc. 1, fls. 185- 206 - processo nº 700019193.2020.7.11.0011);

2. Laudo de Exame de HD (evento 1, doc. 1, fls. 253-257 - processo nº 700019193.2020.7.11.0011);

3. Relatório nº 537/16 - DEAM (evento 1, doc. 1, fl. 301-308 - processo nº 700019193.2020.7.11.0011);

4. Ofício da CLARO S.A. com resposta de IPs (evento 1, doc. 1, fl. 309-310 - processo nº 700019193.2020.7.11.0011);

5. Bilhete de viagem da testemunha TALITA SOUZA (evento 1, doc. 1, fl. 318- 319 - processo nº7000191-93.2020.7.11.0011);

6. Relatório com indiciamento dos acusados pela DEAM (evento 1, doc. 1, fls. 321-329 – processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011);

7. Decisão de compartilhamento de provas da APM nº 117-82.2016.7.11.0211 (evento 8 processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011).

A Denúncia foi recebida em 13 de janeiro de 2021 (evento 1 - doc. 2 - processo originário).

Os Acusados foram regularmente citados (evento 5 - processo originário; evento 24 da CP 700009723.2021.7.01.0001) e, em 3 de março de 2021, realizou-se a oitiva dos Ofendidos T.G.A.C, R.M.S e C.F.L, assim como a oitiva das testemunhas FERNANDA LAYNARA MOTTA BORGES, LEANDRO GITAHY DE SOUZA, TIAGO AZEVEDO RIBEIRO e TALITA RANGEL DE SOUZA (evento 47 - processo originário).

Em 29 de abril de 2021 ocorreram os interrogatórios dos Réus (evento 73 - processo originário).

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM e a DPU não requereram diligências, e em 29 de maio de 2021 foi certificado o decurso de prazo para a Defesa do Acusado JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ. (eventos 77, 82 e 83 do processo originário).

Aberta vista às partes para apresentação de Alegações Escritas (eventos 85 - processo originário), o MPM requereu que a Denúncia fosse julgada parcialmente procedente para que o ex-2S JULIO CÉZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ fosse condenado como incurso nas penas do art. 154-A, § 4º, do Código Penal Brasileiro (com a redação do preceito secundário anterior à Lei 14.555, de 27 de maio de 2021, em atenção ao que dispõe o art. 5º, XL, da CF88), c/c o art. 9º, II, *a*, do Código Penal Militar (em relação às vítimas 2S L.H - divulgação da foto e 2S R.M.S - divulgação do conteúdo do *e-mail* deste último); com relação às vítimas 2S T.G.A.C e 3S C.F.L, requereu a desclassificação da referida conduta para o tipo penal simples, descrito no art. 154-A, *caput*, do CP Brasileiro c/c o art. 9º, II, *a*, do CPM, haja vista a condenação, pela divulgação das fotos (crime de violação de recato em relação às referidas vítimas), já ter transitado em julgado nos autos da Ação Penal Militar nº 0000117-82.2016.7.11.0211; em razão da continuidade delitiva, requereu também a incidência do art. 71, *caput*, do CPB.

Com relação ao ex-3S MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, requereu sua condenação como incurso nas penas do art. 154, § 4º, do Código Penal Brasileiro (com a redação do preceito secundário anterior à Lei 14.555, de 27 de maio de 2021, em atenção ao que dispõe o art. 5º, XL, da CF88), c/c o art. 9º, II, "a", do Código Penal Militar, em razão da invasão do *e-mail* e posterior divulgação de fotos da Ofendida 3S C.F.L (eventos 88 - processo originário).

A DPU, por sua vez, assistindo ao Réu MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, requereu a absolvição deste, por não constituir o fato infração penal, nos termos do art. 439, alínea "b", do CPPM. Em caso de condenação,

requereu a aplicação da pena-base mínima, o reconhecimento da atenuante de confissão (art. 72, III, alínea "d", do CPM) e a concessão de *sursis* (evento 93 - processo originário).

A Defesa constituída do Acusado JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ requereu sua absolvição com fundamento no art. 415, III, do CPP, por não constituir o fato infração penal; ou pela caracterização de erro de tipo, nos termos do art. 20 do CP. Subsidiariamente, requereu a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 154-A, *caput*, do CPB, com a aplicação de pena mínima e os reconhecimentos da primariedade do agente, assim como da confissão espontânea (evento 95 - processo originário).

Em Sessão realizada em 25 de agosto de 2021, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 11ª CJM, à unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ pela prática do crime tipificado no art. 154-A, § 3º, do CPB, em relação à vítima T.G.A.C; e, em relação à vítima R.M.S, pela prática do crime tipificado no art. 154-A, §§ 3º e 4º, do CPB, à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB, sem a concessão do *sursis* (evento 109 - processo originário).

Decidiu, também, condenar MAURO CÉSAR MENDES LOROZA pela prática do crime tipificado no art. 154-A, §§ 3º e 4º, do CPB, em relação à vítima C.F.L, à pena definitiva de 10 (dez) meses de reclusão, reconhecendo ao Réu o direito ao *sursis*, desde que cumpra as condições previstas no art. 626 do CPPM, mais o comparecimento trimestral à sede do Juízo da Execução e, por fim, a frequência e aproveitamento em curso, de pelo menos 40 (quarenta) horas, sobre o tema relacionado à violência contra mulheres a ser ministrado pela FAB ou órgão público credenciado para esse fim, caso o condenado perca a condição de militar da ativa, excetuando-se a condição prevista na alínea "a", por estar em descompasso com a Constituição Federal.

A Sentença foi publicada em 25 de agosto de 2021 (evento 111 - processo originário).

As Defesas e o MPM interpuseram tempestivos Recursos de Apelação (eventos 116, 117 e 121 - processo originário), que foram recebidos pelo Juízo *a quo* em 13 de setembro de 2021 (evento 123 - processo originário).

Em suas Razões Recursais, a Defesa do Acusado PEREZ MAZÓ requereu a reforma da Sentença, nos termos do art. 415 do CPP, c/c o art. 439, alínea "b", do CPPM, aduzindo para tanto os seguintes fundamentos (evento 1 doc. 1):

a) que estaria ausente o elemento "dispositivo informático alheio", uma vez que o Réu usou seu próprio computador para acessar as caixas de *e-mail*, restando caracterizada a atipicidade da conduta, impondo-se a absolvição do Recorrente, nos termos do art. 386, VII, CPP;

b) que também estaria ausente o elemento do tipo "violação indevida de mecanismo de segurança", uma vez que o computador do CINDACTA não possuía senha, e a caixa de *e-mail* foi deixada "desprotegida", pois estava logada no referido computador, devendo o Acusado ser absolvido em razão da ausência de elemento essencial do tipo do art. 154-A do Código Penal, nos termos dos arts. 415 do CPP c/c o art. 439, alínea "b", do CPPM;

c) que seria atípica a conduta, por ausência de elementares específicas do tipo penal previsto no art. 154-A e parágrafos do Código Penal, haja vista que a conduta perpetrada pelo Acusado foi de procurar quem havia invadido seu *e-mail*, não tendo agido com o especial fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, ou instalar vulnerabilidades para obtenção de vantagem ilícita;

d) subsidiariamente, requer a reforma da Sentença de 1ª instância para afastar a aplicação dos §§ 3º e 4º do art. 154-A do Código Penal, ante a ausência de provas da obtenção dos dados, e por consequência o afastamento da majorante qualificadora do § 4º do art. 154-A do Código Penal;

e) também subsidiariamente, requer que a Sentença seja reformada para que a dosimetria da pena aceite a atenuante da confissão.

A Defensoria Pública da União, atuando na defesa de MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, apresentou Razões Recursais em que pleiteou a reforma da Sentença, com a consequente absolvição do Réu, nos termos do art. 439, alíneas "b" e "c", do CPPM, sob o fundamento de que a conduta seria atípica, em razão da ausência de dolo do Acusado. Aduziu, ainda, que não existem nos autos provas suficientes de que o Réu teria divulgado as imagens, motivo pelo qual deve incidir o Princípio do *in dubio pro reo* (evento 1 - doc. 3).

O Ministério Público Militar, de outra monta, apresentou Razões Recursais requerendo o aumento das penas-base aplicadas aos Apelados, fixando-as no máximo ou próximo ao máximo da pena em abstrato previsto para os crimes pelos quais foram condenados. Requereu, também, que a causa de aumento de pena, prevista no § 4º do art. 154-A do CPB, seja aplicada aos dois Apelados no máximo permitido, qual seja, 2/3 (dois terços). Pleiteou, ainda, com relação à continuidade delitiva do Acusado JULIO DE OLIVEIRA PERES MAZÓ, que seja aplicada a norma do art. 80 do CPM (evento 1 - doc. 2).

Em Contrarrazões aos Recursos defensivos, o Ministério Público Militar requereu o conhecimento das Apelações interpostas pelos Acusados e, ao final, pugnou pelo não provimento dos Recursos defensivos (evento 1 - doc.4).

A DPU, por sua vez, assistindo o Acusado MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, pleiteou o não provimento da Apelação para manter a Sentença nos pontos em que as Razões ministeriais buscam a reforma (evento 1 - doc. 5).

A Defesa do Réu JÚLIO CÉZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ pugnou pela rejeição Apelação interposta pelo Ministério Público Militar, alegando não haver nos autos qualquer fundamento para a exasperação de pena-base, nos moldes pretendidos pelo MPM, pois os elementos do art. 69 do CPM foram devidamente analisados e fundamentadamente rejeitados na Sentença. Em relação ao pedido do MPM de reforma da Sentença para que a causa de aumento prevista no § 4º do art. 154-A do CPB seja aplicada aos dois Apelados no máximo permitido, afirmou que o pedido deve ser rejeitado de plano, uma vez que juridicamente inviável, pois o juízo *a quo* já aplicou a causa de aumento no máximo legal. Por fim, aduziu que o pleito referente à aplicação do art. 80 do CPM ao Acusado JÚLIO CÉZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ também deve ser rejeitada, pois o MPM não apresentou uma única linha ao longo da Apelação para fundamentar o pedido de reforma de sentença neste ponto (evento 1 - doc. 6).

Em 9 de novembro de 2021, a SEJUD certificou, nos termos do artigo 36, § 2º, do RISTM, que NADA CONSTA, nos registros daquela Secretaria, com relação ao ex-3º Sgt Aer MAURO CÉSAR MENDES LOROZA. CONSTA, entretanto, o registro dos seguintes feitos com relação ao ex-2º Sgt Aer JÚLIO CÉZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ: Habeas Corpus nº 250-84.2016.7.00.0000 (Arquivado); Agravo Regimental (1) nº 25084.2016.7.00.0000 (Arquivado); Correição Parcial nº 122-70.2017.7.11.0211 (Arquivado); Embargos de Declaração nº 250-84.2016.7.00.0000 (Arquivado); Agravo Regimental (2) nº 250-84.2016.7.00.0000 (Arquivado); APELAÇÃO nº 7000340-02.2018.7.00.0000 (Julgado); RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 700026645.2018.7.00.0000 (Baixa – Erro de Distribuição); EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 7000120-04.2018.7.00.0000 (Baixado); PETIÇÃO nº 7000476-96.2018.7.00.0000 (Baixa - Erro de Distribuição); EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 7000836-94.2019.7.00.0000 (Julgado); AGRAVO INTERNO nº 7001013-58.2019.7.00.0000 (Julgado); EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE nº 7001479-52.2019.7.00.0000 (Julgado); EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO nº 70000141-09.2020.7.0.0000 (Baixado) (evento 5 - doc. 1).

Atendendo ao art. 41, *caput*, do RISTM, o presente feito foi a mim redistribuído, por prevenção, tendo em vista minha relatoria da APELAÇÃO nº 7000340-02.2018.7.00.0000 (evento 5 - doc. 1).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA,

opinou para que seja dado provimento ao Recurso do MPM para refazer a dosimetria da pena da forma como pleiteada, bem como fixando-se a pena de multa. Posicionou-se, ainda, pelo não provimento dos Recursos defensivos, mas entende que o STM deve analisar eventual aplicação da substituição de pena, na forma dos artigos 44 e seguintes do CPB, pois se trata de crime previsto na legislação penal comum.

Requer, por fim, que o Acórdão analise as teses suscitadas no Parecer, em face do artigo 5º, incisos XXIX e XLVI, da Constituição, para fins de prequestionamento, consignando seu entendimento no sentido de que, no caso da não aplicação da pena de multa, tem-se negativa da jurisdição, devendo o caso então ser remetido à Justiça Federal, que permanece com competência subsidiária em relação aos crimes militares de conceito estendido, para que seja aplicada a norma penal comum na sua integralidade.

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade dos Recursos, devendo, pois, ser conhecidos.

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público Militar e pelas Defesas contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 25 de agosto de 2021, que, por unanimidade de votos, condenou o ex-Sargento da Aeronáutica JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, pela prática do crime tipificado no art. 154-A, §§ 3º e 4º, c/c o art. 71, ambos do Código Penal comum, à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, sem o benefício do *sursis*; e o ex-Sargento da Aeronáutica MAURO CÉSAR MENDES LOROZA pela prática do crime tipificado no art. 154-A, §§ 3º e 4º, do Código Penal comum, à pena de 10 (dez) meses de detenção, com o benefício do *sursis* pelo período de 2 (dois) anos.

De acordo com a Denúncia oferecida nos autos, nos dias 17 de fevereiro e 1º de março do ano de 2016, o Acusado JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, usando um computador instalado no CINDACTA I, invadiu as contas de correio eletrônico (*e-mail*) e espaço de armazenamento de dados em nuvem, protegidos por senha, da 3º Sargento T.G.A.C e do 3º Sargento R.M.S, sem autorização expressa ou tácita dos titulares, por meio do aplicativo Rec Key, a fim de obter dados e fotos íntimas armazenados nesses locais eletrônicos. Entre os dados obtidos pelo Réu, estavam fotos íntimas de T.G.A.C, que foram divulgadas por ele, de forma livre e consciente, entre militares do CINDACTA 1, por meio do aplicativo WhatsApp.

A exordial acusatória também narra que o Acusado MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, no dia 3 de fevereiro de 2016, usando um computador

instalado na casa da sua companheira TALITA RANGEL DE SOUZA, invadiu a conta de correio eletrônico (*e-mail*) e espaço de armazenamento de dados em nuvem, protegidos por senha, da 3º Sargento C.F.L, sem autorização expressa ou tácita da titular, a fim de obter dados e fotos íntimas armazenados nesse local eletrônico e divulgá-los via WhatsApp. Entre os dados obtidos pelo Acusado, estavam fotos íntimas da vítima, que foram divulgadas por ele entre militares do CINDACTA 1, através do aplicativo WhatsApp.

Os fatos ora analisados estão sob a égide da Lei nº 13.491/2017, que alterou o art. 9º do CPM, criando uma norma de extensão, de modo que passaram a ser considerados crimes militares, também, aqueles delitos previstos na legislação penal comum, desde que a situação fática se enquadre em uma das circunstâncias dispostas nos incisos II ou III do art. 9º do Código Penal Militar. Nessa esteira, constituiu crime militar o delito de invasão de dispositivo informático (previsto no art. 154-A do CP comum) cometido por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação (art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM).

Importante destacar, a princípio, que a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 (conhecida como "Lei Carolina Dieckmann") inseriu no CP comum o art. 154-A, o qual dispõe sobre a tipificação criminal de dispositivos informáticos. Recentemente, porém, esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021. A referida alteração legislativa teve como objetivo tornar o tipo penal mais gravoso, pois aumentou a reprimenda de "detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa" para "reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa". Ademais, também retirou a exigência de que houvesse "violação indevida de mecanismo de segurança", com o fito de tratar com mais severidade a proteção ao bem jurídico.

Como muito bem pontuou a Sentença, por se tratar de lei material mais gravosa, não pode ser aplicada ao caso, pois os fatos ocorreram no ano de 2016, quando ainda estava em vigência a lei anterior, mais benéfica aos Réus. Acertado o *Decisum*, portanto, ao fazer incidir no caso a redação prevista na Lei nº 12.737/2012, única legislação que será considerada neste Voto.

O Código Penal comum assim dispunha acerca do crime de invasão de dispositivo informático (redação da Lei nº 12.737/2012):

> **Art. 154-A. <u>Invadir dispositivo informático alheio</u>, conectado ou não à rede de computadores, <u>mediante violação indevida de mecanismo de segurança</u> e <u>com o fim de obter</u>, adulterar ou destruir <u>dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo</u> ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:**
>
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.
>
> § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

> § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.
>
> **§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:**
>
> **Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.**
>
> **§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos**. (Grifos nossos.)

O tipo penal em comento está inserido no capítulo que regula os crimes contra a liberdade individual (artigos 146 – 154, CP), em sua Seção IV – Dos Crimes contra a Inviolabilidade dos Segredos (artigos 153 a 154-B, CP). Infere-se, dessa forma, que o bem jurídico tutelado por ele é a liberdade individual, além da privacidade das pessoas (intimidade e vida privada). Esses bens jurídicos também são protegidos pela Constituição da República, pois estão entre as garantias fundamentais positivadas no art. 5º. Sendo direitos da personalidade, podem ser vislumbrados como elementos da integridade moral de cada ser humano.

Conforme se observa da leitura do referido artigo, o objeto material a que ele se dirige é o "dispositivo informático alheio". Observa-se que, ao dispor dessa maneira, o legislador, muito acertadamente, deixou o conceito aberto, utilizando-se de uma expressão genérica, que possibilite a adequação do tipo à ocorrência das constantes inovações tecnológicas, sem se ater a uma lista exaustiva e taxativa do que seriam os dispositivos informáticos.

Nesse sentido, destaco meu entendimento acerca da importância de se resguardar ao julgador a liberdade para realizar uma interpretação progressiva da norma nos casos em que a legislação trate de delitos cibernéticos, sob pena de que o preceito fique rapidamente obsoleto, em razão do Princípio da Legalidade Estrita. Dessa maneira já se manifestou este Tribunal, em processo de minha relatoria:

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE DO JULGADO. MPM. LEGITIMIDADE DO MPM PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 337 DO CPM. SUBTRAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE DADOS ELETRÔNICOS. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA NORMA. ADEQUAÇÃO À REALIDADE SOCIAL E TECNOLÓGICA. 1. O Ministério Público Militar é parte legítima para opor Embargos Infringentes *pro societate*, tendo o art. 538 do CPPM consagrado a paridade de armas quanto à oposição desse Recurso. 2. Reconhece-se a tipicidade legal do art. 337 do CPM mesmo na conduta de subtração de dados eletrônicos, que devem ser equiparados à

> elementar normativa "documentos". 3. **Considerando que a maior parte dos documentos da Administração Militar é armazenada de forma eletrônica, é necessário que se proceda a uma interpretação evolutiva da norma penal prevista no art. 337 do CPM, com o fim de adequá-la à realidade social e tecnológica, sob pena de que ela se torne obsoleta**. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000688-49.2020.7.00.0000. Relator para o Acórdão: Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 27/04/2021, Data de Publicação: 21/06/2021) (Grifos nossos.)

Tem-se, portanto, que "dispositivo informático" pode se referir tanto a um programa de computador quanto a um disco rígido (*software* e *hardware*), mas também a sistemas de armazenamento de dados em nuvens, redes sociais ou endereços eletrônicos (*e-mails*). O importante é observar se está sendo atendida a finalidade da norma, que consiste na proteção dos dados ou informações privadas, armazenadas com o uso de tecnologia.

Para a caracterização do tipo não importa se o dispositivo informático, objeto material sobre o qual recai a ação criminosa, está ou não conectado à rede mundial de computadores (internet). Ou seja, a invasão tanto pode se dar por meio da rede mundial de computadores quanto de forma direta, por meio de uma ação física sobre o dispositivo informático. Por outro lado, a lei previa que essa invasão deve ocorrer "mediante violação indevida de mecanismo de segurança" (exigência que foi dispensada pela nova lei), ou seja, os dados ou informações deviam estar protegidos por intermédio de alguma senha ou outro instrumento que resguardasse sua segurança.

Para que a prática delitiva se consume, é necessário que o acesso aos dados ou informações armazenadas não tenha sido autorizado pelo proprietário, nem de maneira expressa, nem tácita. Isso porque pode acontecer de um terceiro violar o dispositivo de segurança com autorização do seu dono, para fins de manutenção, por exemplo. Assim, a mera violação não é suficiente para caracterizar o tipo penal, sendo necessário que a invasão ocorra sem o consentimento do proprietário do dispositivo informático.

Além da ação expressa por meio do núcleo verbal "invadir", o tipo penal também pode ser praticado por meio da conduta "instalar", que, no contexto do tipo, significa "inserir" no dispositivo informático algum tipo de vulnerabilidade, com o fim de obter vantagem indevida. Essas vulnerabilidades são, por exemplo, *softwares* maliciosos (ou vírus), capazes de capturar dados do proprietário do dispositivo, como logins e senhas. É o caso do aplicativo Rec Key, citado nos presentes autos.

O elemento subjetivo adstrito ao tipo sob exame é o dolo, não existindo menção à modalidade culposa. Assim, o autor do delito deve ter agido de maneira livre e consciente, com o claro objetivo de obter

indevidamente dados de outrem, protegidos em dispositivo informático por mecanismo de segurança.

O respeito à privacidade e à intimidade do indivíduo é de tamanha importância que sua proteção também é assegurada pela legislação internacional, por meio de inúmeros diplomas, dentre os quais se destaca o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, que, em seu art. 17, preceitua:

> Art. 17. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou legais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1969, resguarda, em seu art. 11, a proteção à vida privada:

> Art. 11. Proteção da honra e da dignidade.
>
> § 1º. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
>
> § 2º. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Feitas essas observações ao preceito normativo em comento, passa-se à análise dos Recursos de Apelação apresentados.

A materialidade e a autoria dos crimes restaram devidamente comprovadas nos autos, por meio das provas documentais e testemunhais produzidas sob o crivo do Contraditório e da Ampla Defesa. As provas documentais estão pautadas pelo Relatório nº 537/16 - DEAM (evento 1, doc. 1, fl. 301-308 – processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011) e pelo Relatório final da DEAM (evento 1, doc. 1, fls. 321-329 – processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011), os quais apresentam as capturas de tela das notificações dos IPs que acessaram indevidamente os *e-mails* das vítimas. Também estão abastecidas pelo conteúdo do Ofício da CLARO S.A., indicando que o IP 187.21.14.183, que acessou indevidamente ambos os *e-mails*, era o da residência do Acusado JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ e da testemunha TALITA RANGEL, que à época vivia em regime de união estável com o Acusado MAURO LOROZA (evento 1, doc. 1, fl. 309-310 - processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011).

A Defesa do Apelante PEREZ MAZÓ, em suas Razões Recursais, requer a reforma da Sentença com a consequente absolvição do Réu por insuficiência de provas, sob o fundamento de que estaria ausente o elemento "dispositivo informático alheio", uma vez que o Acusado usou seu próprio computador para acessar as caixas de *e-mail*, restando caracterizada a atipicidade da

conduta, impondo-se a absolvição do Recorrente, nos termos do art. 386, VII, CPP.

Tal argumento defensivo já foi anteriormente refutado, quando foram abordados os elementos objetivos do tipo penal previsto no art. 154-A do CP comum. A Defesa tenta caracterizar "dispositivo informático alheio" tão somente como um computador ou disco rígido. Contudo, conforme mencionado, esse conceito abarca não apenas equipamentos físicos, mas qualquer dispositivo que seja capaz de armazenar dados, inclusive os virtuais, como endereço eletrônico (*e-mail*) ou nuvem na rede. Como se demonstrou nos autos, foi justamente o caso do dispositivo invadido pelo Réu *JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ*, que violou indevidamente o *e-mail* e o espaço de armazenamento de dados em nuvem da 3º Sargento T.G.A.C e do 3º Sargento R.M.S.

Em suas Razões, a Defesa também aduz que estaria ausente o elemento do tipo "violação indevida de mecanismo de segurança", uma vez que o computador do CINDACTA não possuía senha, e a caixa de *e-mail* foi deixada "desprotegida", pois estava logada no referido computador, requerendo que o Acusado seja absolvido em razão da ausência de elemento essencial do tipo do art. 154-A do Código Penal. Aduz que seria atípica a conduta do Réu, por ausência de elementares específicas do tipo penal previsto no art. 154-A e parágrafos do Código Penal, haja vista que seu intuito foi de procurar quem havia invadido seu *e-mail*, não tendo agido com o especial fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, ou instalar vulnerabilidades para obtenção de vantagem ilícita.

Não merece prosperar o argumento defensivo.

Em seu interrogatório, o ex-Sgt JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ confirmou o acesso indevido ao *e-mail* das vítimas T.G.A.C e R.M.S. Alegou, contudo, que sua intenção era investigar uma invasão supostamente ocorrida em sua própria conta. Afirmou que perdeu sua conta de *e-mail*, com diversas imagens e documentos, por invasão de terceiro. Consignou que nunca instalou o dispositivo Rec Key no computador do CINDACTA I, mas usou o modo *on-line* do aplicativo. Contudo, afirmou que não obteve êxito com o Rec Key, pois não sabia mexer no aplicativo. Disse que o acesso ocorreu por meio de logins e senhas dos militares que os deixavam "logados" no computador da Unidade. Negou ter divulgado as imagens das vítimas e afirmou ter ficado surpreso com o equívoco dos militares que o acusaram de ter repassado tais fotos. Disse que não fazia parte de grupo de WhatsApp com encaminhamento de imagens e que participava tão somente do grupo profissional, com presença de praças e oficiais, com homens e mulheres, sobre troca de serviço (evento 73, vídeo 2, até o minuto 21:50 – processo nº 7000012-28.2021.7.11.0011).

Observa-se que a versão do Réu em Juízo foi divergente daquela apresentada por ele durante o Inquérito Policial Militar, perante a Delegacia

Especializada em Atendimento à Mulher, em que ele prestou o seguinte depoimento (evento 1, doc. 1, fl. 304 – processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011):

> Que utilizou o aplicativo Rec Key para copiar os registros dos usuários da máquina da sala de *briefing* da Região São Paulo; Que o aplicativo não foi instalado, mas funcionava através de plataforma *web*; Que assim farejou várias contas de e-*mail* de colegas, e algumas senhas de acesso às contas; Que entrou nas contas do 3SGT GITHAY, 3SGT R.M.S e 3SGT T .G.A.C; Que tentou e não conseguiu invadir as contas de 3SGT MAURO e 3SGT CAMILLA FAGUNDES e outros que não se lembra.

Conforme se verifica, em suas declarações prestadas no Inquérito Policial Militar, o ex-Sgt JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, de fato, assumiu ter feito uso da ferramenta Rec Key, por meio da plataforma *web*, para acessar indevidamente diversas contas de e-*mail*. Nesse sentido, percebe-se que sua versão apresentada em Juízo, de que não teria violado qualquer mecanismo de segurança, mas apenas entrado nas contas previamente logadas com a finalidade de descobrir quem invadiu a sua própria conta, não tem qualquer sentido, pois essa ação não teria o condão de esclarecer um suposto acesso indevido em seu e-*mail*.

De outra monta, ainda se tem o fato de que foi confirmado que ele acessou indevidamente as contas também do IP de sua residência. Ora, de que maneira, ao acessar uma conta alheia, ele poderia descobrir quem poderia ter invadido a sua própria conta de e-*mail*? Por outro lado, se ele não teve acesso à senha e apenas usou a conta previamente logada na sala de *briefing*, de que maneira conseguiu acessá-las, posteriormente, de sua residência? A Sentença fez uma análise muito acertada sobre essa situação, conforme se pode observar do trecho que ora se transcreve, o qual também adoto como minhas razões de decidir:

> Ao contrário do que disse o acusado em interrogatório, não é crível que os acessos aos e-*mails* ocorreram por estarem "logados" na sala de *briefing*. Ora, se fosse este o caso, não teria o acusado informações sobre quais seriam as senhas pessoais das vítimas para acessá-las posteriormente de sua residência. Tais acessos teriam ocorrido unicamente pela sala de *briefing* ou o réu teria alterado as senhas das vítimas, o que não foi noticiado por nenhum dos ofendidos. Houve, portanto, violação de mecanismos de segurança, não se sustentando a versão apresentada pelo réu.

Presentes, portanto, todas as elementares do tipo previsto no art. 154-A do Código Penal comum, estando devidamente subsumida ao preceito normativo a conduta praticada pelo Réu. Cumpre esclarecer que, diferentemente do que menciona a douta Defesa, a ausência de perícia nos celulares das vítimas não deixa incertezas sobre a autoria do delito, que,

conforme demonstrado, foi devidamente comprovada pelo conjunto robusto das provas documentais e testemunhais juntadas aos autos.

Subsidiariamente, requer a Defesa seja afastada a aplicação do § 3º e da majorante do § 4º do art. 154-A do Código Penal, ante a ausência de provas da obtenção e divulgação dos dados. Requer, ainda, que a Sentença seja reformada para que a dosimetria da pena aceite a atenuante da confissão.

Novamente não há como ser encampada a tese defensiva, pois, conforme amplo acervo dos depoimentos prestados pelas testemunhas, o acesso e a divulgação das fotos íntimas das vítimas pelo Réu é fato incontroverso. Nesse sentido, impende citar alguns interrogatórios tomados em Juízo. A testemunha FERNANDA LAYNARA MOTTA BORGES informou ter havido uma tentativa de invasão de seu celular por parte do Acusado ex-Sgt JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ. Explicou que seu celular possuía um aplicativo que tirava foto de quem estava tentando acessá-lo, pela câmera frontal, caso houvesse três tentativas erradas de acesso por senha. Relatou que PEREZ MAZÓ tentou acessar o seu celular por pelo menos seis vezes, pois foram tiradas duas fotos do Acusado. Afirmou que ficou sabendo, por colegas de farda, sobre o que aconteceu com outras militares, mas que não chegou a ver as fotos íntimas que foram divulgadas (evento 47 - vídeo 4, minuto 17:45 a 29:25 – processo nº 7000012-28.2021.7.11.0011).

A testemunha TIAGO AZEVEDO RIBEIRO, por sua vez, disse que o Acusado PEREZ MAZÓ divulgou as fotos de militares nuas ao depoente e a outros militares, em um restaurante. Relatou ter comentado com R.M.S e com L. sobre a existência de fotos em que a militar L. aparecia nua. Disse que R.M.S lhe afirmou que estava ciente das fotos e que iria procurar a delegacia para tomar as providências devidas (evento 47 - vídeo 6, minuto 5:00 a 15:00 - processo nº 7000012-28.2021.7.11.0011).

Corroborando os fatos, tem-se, ainda, o depoimento prestado em Inquérito Policial Militar pela testemunha SILVA MATTOS, que confirma ter recebido do Acusado fotos da militar L.H., conforme segue (evento 1, doc. 1, fls. 261-262, do IPM - 7000191-93.2020.7.11.0011):

> […] Que não sabe informar como as fotos de C.F., J. e G. foram veiculadas; Que também visualizou as fotos de N.T. e L.H. também enviadas pelo 3SGT PEREZ MAZO; Que não viu as demais, por se tratar de fotos anteriores à sua chegada em Brasília, apenas sabendo de sua existência […].

Sem respaldo, portanto, a alegação de ausência de provas sobre a autoria do Acusado com relação ao acesso e à divulgação das fotos íntimas. Conforme demonstrado, o ex-Sgt JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ utilizou *software* para realizar o acesso indevido aos *e-mails*, invadindo as contas eletrônicas pessoais protegidas por senha, obtendo e divulgando imagens íntimas de colegas militares. Logo, como muito bem pontuou a

Sentença, estão configuradas a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 154-A, § 3º, do CPB, em relação à vítima 3º Sargento T.G.A.C; e do crime previsto no art. 154-A, §§ 3º e 4º, do CPB, em relação à vítima 3º Sargento R.M.S, ocorrida em continuidade delitiva.

Por fim, descabe falar em aplicação da confissão espontânea, prevista no art. 72, inciso III, alínea "d" do Código Penal Militar, pois a lei dispõe que ela apenas pode ser aplicada quando o Acusado tiver confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime ignorada ou imputada a outrem, o que, claramente, não foi a situação dos presentes autos.

Atuando na defesa do Acusado ex-Sgt MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, a DPU apresenta Razões Recursais em que pleiteia a reforma da Sentença, com a consequente absolvição do Réu, nos termos do art. 439, alíneas "b" e "c", do CPPM, sob o fundamento de que a conduta seria atípica, em razão da ausência de dolo do Acusado. Aduz, ainda, que não existem nos autos provas suficientes de que o Réu teria divulgado as imagens, motivo pelo qual deve incidir o Princípio do *in dubio pro reo* (evento 1 – doc. 3).

Entendo que estão devidamente comprovadas a materialidade e a autoria dos fatos, referentes à conduta de invasão a dispositivo informático, praticada pelo ora Apelante. Elas foram demonstradas pelos diversos depoimentos das testemunhas, dos Ofendidos e do Acusado, conforme se verifica na prova documental, pericial e testemunhal juntada ao processo.

O conjunto probatório carreado aos autos não deixa dúvidas acerca da autoria do delito praticado pelo Réu, assim como do seu dolo em cometê-lo. Conforme Relatório nº 537/16 - DEAM (evento 1, doc. 1, fl. 301-308 - processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011), Ofício da Claro S.A. (evento 1, doc. 1, fl. 309-310 - processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011) e Relatório final da DEAM (evento 1, doc. 1, fls. 321-329 - 7000191-93.2020.7.11.0011), ficou constatado que a invasão ao e-*mail* da vítima C.F.L ocorreu por meio do IP nº 191.176.152.229, vinculado à residência da militar TALITA RANGEL DE SOUZA, que na ocasião vivia então em união estável com o Acusado MAURO LOROZA.

Ao ser ouvida, a Ofendida C.F.L afirmou que teve sua conta de e-*mail* invadida e que, após essa invasão, uma foto íntima sua, que estava salva no Google Fotos, foi divulgada entre militares do CINDACTA. Informou ter recebido a notificação de acesso ao seu e-*mail* por um IP desconhecido, de Brasília, durante um período em que estava no Rio de Janeiro. Disse que, após levar a informação à DEAM, a Delegacia constatou que o IP se referia ao endereço de TALITA RANGEL, então namorada do Acusado MAURO CÉSAR MENDES LOROZA. Afirmou que não tinha qualquer contato com o Acusado e que não conhecia TALITA RANGEL. Informou que soube da divulgação de sua foto pelo 3S GITAHY, seu colega de trabalho (vídeo 3, a

partir de 26:30, e vídeo 4, até o minuto 17:30 – processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011).

A testemunha TALITA RANGEL DE SOUZA disse que soube, quando compareceu à delegacia para depor, que seu então namorado, o Acusado MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, havia utilizado o computador da residência da depoente para acessar indevidamente *e-mail* de terceiro. Pontuou que ele negou ter praticado o crime. Informou que, no dia dos fatos, a depoente estava de férias no Rio de Janeiro, declarando ter juntado aos autos o cartão de embarque para comprovar que não estava em Brasília no dia do acesso indevido ao *e-mail* (vídeo 5, minuto 26:40, até vídeo 6, minuto 04:40 - 30 – processo nº 7000191- 93.2020.7.11.0011).

O Acusado *MAURO CÉSAR MENDES LOROZA*, em seu interrogatório, confessou os fatos narrados na Denúncia. Disse que, ao acessar um computador na sala de *briefing*, notou um documento de texto aberto com inúmeras informações "embaralhadas" e, entre elas, informação de login e senha de um *e-mail*. Afirmou que não sabia de quem era aquela conta e também desconhecia quem havia elaborado o documento que estava aberto no computador. Relatou que, posteriormente, por curiosidade, acessou o referido *e-mail*, verificando que a conta era da Sgt C.F.L, em razão da foto presente no perfil do login do Gmail, afirmando ter fechado o *e-mail* ao ver a foto da militar. Declarou não ter feito qualquer divulgação das imagens da vítima e disse que não sabia, na época, que acessar o *e-mail* era crime, reiterando que o computador era de uso de todos os militares e que o acesso ao computador não exigia senha. Disse que, à época dos fatos, tinha apenas conhecimentos básicos sobre informática e afirmou que também houve tentativa de invasão de sua conta pessoal (vídeo 2, minuto 22:00, e vídeo 3, até o minuto 5:05 - processo nº 7000191-93.2020.7.11.0011).

Conforme se infere, embora o Réu negue a prática do delito, o conjunto probatório dos autos é bastante robusto no sentido de indicar sua autoria sobre o crime. O Relatório produzido pela DEAM, assim como o Ofício da Claro S.A., indicam precisamente que o lugar onde ocorreu o acesso indevido ao *e-mail* de C.F.L era justamente a residência de TALITA RANGEL e MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, contudo, ficou demonstrado que TALITA não estava em Brasília nessa data. Logo, inafastável a conclusão de que a invasão foi perpetrada pelo ora Apelante, não havendo que se falar em Princípio do *in dubio pro reo*. A Sentença foi deveras certeira ao analisar também sua autoria com relação à divulgação das imagens, conforme se pode observar do trecho a seguir transcrito, o qual adoto como minhas razões de decidir:

> Por outro giro, embora a Defesa também argumente que não houve divulgação de imagens da vítima C.F.L, importante frisar que o réu MAURO LOROZA fazia parte de grupo de WhatsApp juntamente com LEONARDO BORGES e outros controladores de voo que tiveram acesso às imagens da vítima, como os militares AVELAR e ALEIXO. Em seu

> depoimento, LEONARDO BORGES afirmou ter recebido imagens de C.F.L, embora reitere não saber quando ou de quem recebeu tais imagens (evento 1, p. 81).
>
> Outrossim, o acusado MAURO LOROZA residia com o Sgt PAULO VICTOR RIBEIRO GONÇALVES, militar citado por PEREZ MAZÓ como o responsável por lhe enviar as imagens de outras militares nuas. Na oportunidade, o acusado PEREZ MAZÓ ressaltou que divulgou a imagem de Lais Heringer em troca dessas fotos (evento 1, p. 8).
>
> Bem assim, frise-se que o militar que dividia a casa com MAURO LOROZA, o Sgt PAULO VICTOR, divulgou as imagens da vítima C.F.L ao militar LEANDRO DOS SANTOS DE ABREU dias após a invasão realizada pelo acusado, conforme trecho do depoimento prestado por este último: "Que o 2sgt Paulo foi quem mostrou as imagens no celular no dia 19/02/2016 na presença de 3sgt YURI e 2sgt ICARO" (evento 1, doc. 1, p. 83).

Diante de todo o exposto, entendo não restarem dúvidas acerca da invasão de dispositivo pelo Réu, com posterior divulgação de fotos da vítima C.F.L a seu colega de quarto e a outros militares próximos, razão pela qual reputo acertada a condenação do Acusado como incurso no art. 154-A, §§ 3º e 4º, do CPB.

O Ministério Público Militar apresentou Razões Recursais requerendo o aumento das penas-base aplicadas aos Apelados, fixando-as no máximo ou próximo ao máximo da pena em abstrato dos crimes nos quais foram condenados. Requereu, também, que a causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 154- A do CPB seja aplicada aos dois Apelados no máximo permitido, qual seja, 2/3 (dois terços). Pleiteou, ainda, com relação à continuidade delitiva do Acusado JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PERES MAZÓ, que seja aplicada a norma do art. 80 do CPM (evento 1 – doc. 2).

Extrai-se da Sentença a seguinte fundamentação acerca da dosimetria da pena, com relação ao Réu JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ:

> Passa-se à individualização da pena de JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ.
>
> 1ª Fase:
>
> O modo de execução, os meios empregados e as circunstâncias de tempo e lugar são desfavoráveis ao réu, uma vez que o acusado agiu de forma premeditada, organizando e planejando a prática delituosa, utilizando-se de *software* que subtrai senhas em computador da sala de *briefing* de Unidade Militar, acessado habitualmente por inúmeros militares para assuntos pessoais em horário de descanso.
>
> Em consequência, a conduta perpetrada pelo Réu revelou-se egoísta, com meios inescrupulosos e *modus operandi* ímprobo,

o que implica a majoração da pena-base, na esteira da lição de Enio Luiz Rossetto, segundo a qual essas causas circunstanciais devem ser consideradas desfavoráveis quando: "(...) imorais (antissociais), que são aqueles contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade, cujos exemplos são o egoísmo, a cólera má, a prepotência, a malvadez, a improbidade, a luxúria, a cobiça (…)" (Código Penal Militar Comentado. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012. p. 343).

Os motivos determinantes também são desfavoráveis, uma vez que o acusado praticou o crime considerando que obteria eventual prestígio e ludibriaria colegas de farda ao possuir imagens íntimas de militares e ao simular relações afetivas com uma das vítimas.

Por fim, verifica-se que o Réu não demonstrou qualquer arrependimento após a consumação da prática delituosa e, bem assim, não envidou esforços para minorar as consequências de seus atos, militando em seu desfavor a atitude de insensibilidade e indiferença após o crime.

Para Marcelo Streifinger e Cícero Robson Coimbra Neves (ob. cit. p. 516), "(...) por óbvio, evidenciada a insensibilidade ou a indiferença, a reprovação há de ser maior".

Por sua vez, as demais circunstâncias são as esperadas para o tipo legal, motivo pelo qual a reprimenda inicial deve ser fixada em 1 (um) ano e 3 (três) meses, para cada um dos crimes.

2ª Fase: Não há atenuantes ou agravantes do crime.

Ao contrário do que alega a Defesa, inaplicável a atenuante de confissão espontânea (art. 72, inciso III, alínea "d", do CPM). A prova documental, com confirmação do IP da residência do acusado, e as provas testemunhais indicam com clareza a autoria do crime. Assim, não restou atendido o requisito de crime ignorado ou imputado a outrem, exigido pelo Código Penal Castrense. É este, inclusive, o entendimento do e. STM, conforme ementa abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PECULATO-FURTO. ARTIGO 303, § 2º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. DEVOLUÇÃO AMPLA DA QUESTÃO LITIGIOSA. PRINCÍPIO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. ARTIGO 72, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARTIGO 72, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO RECONHECIMENTO. AUTORIA CONHECIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. § 2º DO ARTIGO 240 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO

INCIDÊNCIA. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. O Princípio *tantum devolutum quantum appellatum* limita a atuação do Tribunal *ad quem*, condicionando-a à insurgência descrita no apelo ou nas razões recursais. Ainda que se reconheça a atenuante da menoridade relativa prevista no inciso I do artigo 72 do Estatuto Repressivo Castrense, a sua aplicação não tem o condão de impor uma redução da pena-base fixada na primeira fase a patamar aquém do mínimo legal, porquanto tal desiderato encontra óbice intransponível não somente no art. 73 do Código Penal Militar, como também no Enunciado nº 231 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.". A atenuação da pena prevista na alínea "d" do inciso III do artigo 72 do Código Penal Militar pressupõe que, além de a confissão ser livremente praticada, ou seja, sem qualquer coação, deve ser espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente e, além disso, diferentemente do que ocorre no Código Penal comum, demandasse seja a autoria do crime ignorada ou imputada a terceiro, sendo certo que, segundo a legislação penal militar, somente nessas condições é que o sujeito do crime estaria efetivamente contribuindo para a apuração do delito. Embora na terceira fase da dosimetria da pena, as causas de diminuição, se reconhecidas, poderão determinar a fixação da pena abaixo do mínimo legal estabelecido na norma penal incriminadora, o delito no qual o Réu foi incursionado e condenado pelo Juízo de primeiro grau é o previsto no § 2º do artigo 303 do Código Penal Militar, portanto, não alcançado pela minorante descrita no § 2º do artigo 240 do Estatuto Repressivo Castrense. Apelo não provido. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000276-21.2020.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 15/10/2020, Data de Publicação: 28/10/2020)

3ª Fase:

Não há causas de aumento ou diminuição da pena em relação ao crime praticado em desfavor da vítima T.G.A.C. Nesse sentido, a pena definitiva deve ser fixada em 1 ano e 3 (três) meses de reclusão. Em relação à vítima R.M.S, incide a causa de aumento prevista no art. 154-A, § 4º, do CPB, no montante máximo de 2/3 (dois terços). A divulgação dos dados obtidos se refere a imagens íntimas da militar Lais Heringer para colegas de farda do mesmo ambiente de trabalho em que trabalhavam a vítima e o acusado, por meio de grupo do aplicativo WhatsApp. Nota-se a gravidade da divulgação dos dados pela enorme exposição da vítima em seu setor de trabalho, em repasse ocorrido por meio digital, o que inviabiliza a garantia de que esta imagem não esteja em posse de terceiros ou que ainda permaneça em circulação no referido

> aplicativo, tornando ainda mais grave a divulgação realizada. Fixa-se, portanto, a pena definitiva em 2 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão. Por fim, aplica-se a continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do CPB, haja vista que o réu consumou a prática delituosa em 2 (duas) oportunidades. O acusado cometeu crimes de mesma espécie, com semelhante *modus operandi*, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os crimes subsequentes ser considerados continuação do primeiro. Incide a regra prevista no artigo 71 do CPB, por ser mais benéfico ao acusado, na razão de 1/6 (um sexto), tendo em vista que o patamar mínimo é adequado para o réu, considerada a prática de dois delitos. Assim, a pena torna-se definitiva em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB. O réu PEREZ MAZÓ não satisfaz os requisitos para a concessão do benefício do *sursis*, nos termos do art. 84 do CPM.

O Conselho de Justiça condenou o Réu JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, § 3º, do CPB, em relação à vítima T.G.A.C; e, em relação à vítima R.M.S, pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, §§ 3º e 4º, do CPB, em continuidade delitiva, na forma do artigo 71 do CPB.

Analisando a dosimetria aplicada ao Réu JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, entendo não assistir razão ao pleito ministerial de aumento de pena na primeira fase da dosimetria. Ao contrário, reputo que foi bastante pertinente a valoração realizada pelo Juízo *a quo* sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM, ao estipular uma pena-base de 1 (um) ano e 3 (três) meses (pena mínima é de 6 meses), por considerar como desfavoráveis ao Réu o modo de execução, os meios empregados, as circunstâncias de tempo e lugar, os motivos determinantes e a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime. Nesse ponto, não considero que existem reparos a serem feitos.

Verifico, no entanto, que há um erro material sobre o cálculo da pena aplicada ao Réu JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ. Conforme se constata acima, o Conselho Permanente de Justiça fixou em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão o *quantum* da reprimenda na primeira fase da dosimetria da pena, sendo essa a pena definitiva com relação à vítima T.G.A.C. Com relação à vítima R.M.S, também considerando a pena-base de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, sem acréscimos a serem considerados na segunda fase, mas, na terceira fase, houve a incidência da causa de aumento prevista no art. 154-A, § 4º, do CPB, no grau máximo de 2/3 (dois terços), o que conduziu ao patamar de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão. No entanto, ao aplicar a continuidade delitiva prevista no art. 71 do CPB no patamar de 1/6 (um sexto), o *Decisum* chegou ao cálculo de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, quando, na verdade, o correto

seria 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, devendo ser retificada a Sentença nesse ponto.

Com relação ao pedido ministerial para que seja aplicada a regra do cúmulo material prevista no art. 80 do CPM, melhor sorte não lhe assiste. É política criminal com entendimento sedimentado nesta Corte que, em casos de incidência de continuidade delitiva, a norma a ser aplicada é aquela prevista no art. 71 do CP, que é mais benéfica ao Réu, e não aquela prevista no art. 80 do CPM. Vejamos:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ESTELIONATO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. ACUSADO MILITAR AO TEMPO DO CRIME. ENUNCIADO Nº 17 DA SÚMULA DO STM. PREJUÍZO A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. VANTAGEM INDEVIDA. PREJUÍZO A TERCEIROS. COMPROVAÇÃO. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 CP. PENA PROPORCIONAL. APLICABILIDADE. Conforme a Teoria da Atividade, adotada pelo CPM, a condição do agente e da vítima é verificada quando da ação supostamente delituosa. No caso, o acusado era Cabo da ativa, o que fixa a competência da Justiça Castrense e do Conselho Permanente de Justiça para exercer a jurisdição. Enunciado nº 17 da Súmula de Jurisprudência desta Corte Castrense. Ademais, a fraude perpetrada em detrimento à lisura do Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados (SFPC), que acarreta prejuízo à administração militar, atrai a competência desta Justiça Especializada para processar e julgar o feito. Preliminar defensiva rejeitada, por unanimidade. O princípio da identidade física do juiz comporta relativização, cabendo à parte que suscita o suposto vício a comprovação de prejuízo concreto, ou seja, a decretação de nulidade deve estar intimamente ligada ao princípio do *pas de nullité sans grief*. Preliminar defensiva rejeitada, por unanimidade. O crime de estelionato exige quatro requisitos, obrigatórios para sua caracterização: a) obtenção de vantagem ilícita; b) causar prejuízo a outra pessoa; c) uso de meio de ardil ou artimanha; e, d) enganar alguém ou levá-lo a erro. No caso restou comprovado que o acusado auferiu vantagem indevida em prejuízo de terceiros, bem como foram preenchidos os demais requisitos para caracterização do crime de estelionato. Não se aplica o princípio da insignificância por ser incompatível com a índole do processo penal militar. O desvalor da conduta de inserir registros no SIGMA, indevidamente, atinge, gravemente, bens jurídicos de relevo para a vida castrense. A circunstância atenuante da confissão espontânea se aplica somente quando a autoria do crime é ignorada ou imputada a outrem e o agente confessa espontaneamente, ajudando a autoridade na identificação da autoria e consequentemente na investigação. **Verificada**

a continuidade delitiva, independentemente de pedido expresso do MPM para incidência da norma penal comum, adota-se o disposto no art. 71 do CP no sentido de que o aumento da pena deve ser proporcional às infrações cometidas, regra mais benéfica para exasperação da pena do que aquela prevista no art. 80 do CPM. Apelo defensivo desprovido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000154-08.2020.7.00.0000. Relator Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 16/09/2021, Data de Publicação: 01/10/2021). (Grifos nossos.)

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA CONSTITUÍDA. ART. 251 DO CPM. ESTELIONATO. PRELIMINAR DEFENSIVA. NULIDADE DO PROCESSO. PROVA FORJADA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. TESE DEFENSIVA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. 1. A orientação de superior hierárquico para que a vítima de estelionato aja com cautela e discrição, a fim de identificar os agentes envolvidos na ação criminosa, não caracteriza prova forjada. Preliminar rejeitada por unanimidade. 2. Sendo a prova testemunhal e documental robusta, acrescida do grave dano sofrido pelos ofendidos em segundo grau, há lastro suficiente para, de forma livre e motivada, proferir o decreto condenatório. **3. À luz da consolidada jurisprudência do STM, preenchidas as condicionantes legais, previstas no art. 80 do CPM, a pena será aumentada, pela continuidade delitiva, na proporção de um sexto a dois terços – art. 71 do CP**. 4. O militar que pratica estelionato contra soldado mais moderno (sujeito passivo em segundo grau), além de menosprezar o espírito de corpo, o companheirismo, a camaradagem, os valores éticos e morais indispensáveis para o salutar convívio na caserna, ataca, frontalmente, a *ultima ratio* do Estado - as Forças Armadas (sujeito passivo em primeiro grau). 5. Não provimento do Recurso defensivo. Sentença condenatória mantida. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000471-40.2019.7.00.0000. Relator: Ministro Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Data de Julgamento: 05/11/2020, Data de Publicação: 24/11/2020). (Grifos nossos.)

EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DESACATO. ART. 299 DO CPM. ÂNIMO CALMO E REFLETIDO. INEXIGÊNCIA. RESISTÊNCIA MEDIANTE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA. ART. 177 DO CPM. PROVAS TESTEMUNHAIS. OFENDIDOS. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO CABIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. POLÍTICA CRIMINAL. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. MAIORIA. RECONHECIMENTO E DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. UNANIMIDADE. O

> núcleo da conduta no crime de desacato a militar é "desacatar", ou seja, faltar com o devido respeito ou com o acatamento, desmerecer, menoscabar, afrontar a autoridade do militar em função de natureza militar. Para configuração do delito previsto no art. 299 do Código Penal Militar, não se exige que o agente atue com ânimo calmo e refletido, pois, geralmente, a conduta é praticada em situações de alteração psicológica, agindo o agente impulsionado por sentimentos de raiva, ódio ou rancor, caracterizando-se o elemento subjetivo pelo dolo consistente na vontade livre e consciente de ofender ou desprestigiar a função exercida pelo sujeito passivo. O tipo penal incursionador encartado no art. 177 do CPM caracteriza-se quando o executor da ordem ou quem o auxilia é atingido pelo ato violento ou toma conhecimento da ameaça. O fato de as testemunhas presenciais se confundirem com os próprios ofendidos não tem o condão de desmerecer, tampouco reduzir o potencial comprobatório de suas declarações. Suas palavras são dotadas de presunção de legitimidade e de legalidade, sendo merecedoras de crédito, inclusive no tocante à incriminação de pessoa envolvida no episódio delitivo. O Princípio da Consunção pode ser adotado quando se evidencia a existência de conexão entre os delitos perpetrados, ou seja, que um deles tenha sido praticado apenas como meio ou preparatório para a prática de outro. **Reconhecida a continuidade delitiva, a reiterada jurisprudência desta Corte, por razões de política criminal, tem adotado o disposto no art. 71 do Código Penal comum em detrimento do art. 80 do Código Penal Militar.** Apelo parcialmente provido. Decisão por Maioria. Muito embora se exija o trânsito em julgado da Sentença condenatória para a declaração de extinção da punibilidade do Acusado, no caso concreto a pena aplicada pelo Plenário do Superior Tribunal Militar decorreu do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis ao Réu, não se verificando a possibilidade de que eventual Recurso ministerial possa resultar na sua majoração em patamar tendente a modificar o cálculo prescricional, devendo ser reconhecida a causa extintiva da punibilidade nesta sede recursal. Prescrição declarada de ofício. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000587-46.2019.7.00.0000. Relator(a) para o Acórdão: Ministro Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 12/02/2020, Data de Publicação: 26/02/2020). (Grifos nossos.)

Logo, acertada a decisão no que concerne à norma aplicada no caso da continuidade delitiva, sendo necessário, com relação ao Réu JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, que se proceda à reforma do *Decisum* tão somente com relação à correção do erro material do cálculo da pena imposta.

Conforme consta nos autos, a Sentença condenou MAURO CÉSAR MENDES LOROZA pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, §§ 3º e 4º, do CPB, em relação à vítima C.F.L, à pena de 10 (dez) meses de detenção, nos seguintes termos:

> Passa-se à individualização da pena de MAURO CÉSAR MENDES LOROZA.
>
> 1ª Fase:
>
> Por não haver circunstâncias desfavoráveis ao acusado, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em 6 (seis) meses de reclusão.
>
> 2ª Fase:
>
> Não há atenuantes ou agravantes do crime.
>
> Do mesmo modo, inaplicável a atenuante de confissão espontânea (art. 72, inciso III, alínea "d", do CPM). A prova documental, com confirmação do IP da residência do acusado, e as provas testemunhais indicam com clareza a autoria do crime. Assim, não restou atendido o requisito de crime ignorado ou imputado a outrem, exigido pelo Código Penal Castrense.
>
> 3ª Fase:
>
> Incide a causa de aumento prevista no art. 154-A, § 4º, do CPB, no montante máximo de 2/3 (dois terços). A divulgação dos dados obtidos se refere a imagens íntimas da militar C.F.L para colegas de farda do mesmo ambiente de trabalho em que trabalhavam a vítima e o acusado, por meio do aplicativo WhatsApp. Nota-se a gravidade da divulgação dos dados pela enorme exposição da vítima em seu setor de trabalho, em repasse ocorrido por meio digital, o que inviabiliza a garantia de que esta imagem não esteja em posse de terceiros ou que ainda permaneça em circulação no referido aplicativo, tornando ainda mais grave a divulgação realizada.
>
> Fixa-se, portanto, a pena definitiva em 10 (dez) meses de detenção, na forma do artigo 58, do CPM.

A princípio, anote-se que um dos pleitos ministeriais foi para que a causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 154-A do CPB seja aplicada, aos dois Apelados, no máximo permitido, qual seja, 2/3 (dois terços). Porém, conforme se extrai dos trechos da Sentença transcritos acima, o patamar aplicado na terceira fase foi justamente o máximo pleiteado, de 2/3 (dois terços), razão pela qual o pedido em questão não possui viabilidade jurídica.

Por outro lado, entendo que assiste razão ao Ministério Público Militar quando questiona a dosimetria aplicada a MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, por reputar não terem sido devidamente valoradas as circunstâncias desfavoráveis ao Réu. Cediço que o julgador possui discricionariedade na avaliação das circunstâncias judiciais estabelecidas pelo art. 69 do CPM, assim como no *quantum* de aumento ou de diminuição da pena, desde que esteja dentro do patamar estabelecido pela legislação penal. Dessa forma, não há que se falar em erro de julgamento quando atendidos os limites legais, sendo

facultado, no entanto, a esta Corte, ao realizar a revisão da pena em face de recurso defensivo ou ministerial, estabelecer novo montante da reprimenda, dentro do que entende mais pertinente, desde que mantidos os parâmetros legais.

Verifica-se do destaque acima transcrito que a Sentença, na primeira fase da dosimetria, aplicou a pena-base no mínimo legal, de 6 (seis) meses de reclusão, por entender que não existem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao ex- Sgt MAURO LOROZA. Entendo que nesse ponto merece reparo o *Decisum*. Ao contrário do que compreendeu o Juízo *a quo*, verifico que, dentro do que estabelece o art. 69 do CPM, várias são as circunstâncias judiciais a serem consideradas como desfavoráveis ao Réu.

A Sentença entendeu que a pena-base aplicada ao Réu JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ deveria ser aumentada, em razão da existência de diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis. Em minha percepção, o mesmo se aplica ao Apelado MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, considerando que o crime foi cometido em situações muito similares, não havendo sentido que tenha sido aplicada a esse Acusado, na primeira fase, a pena mínima prevista para o tipo legal, qual seja, 6 (seis) meses.

Assim como no caso do Apelado JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, verifica-se que o modo de execução, os meios empregados e as circunstâncias de tempo e lugar, assim como os motivos determinantes e a falta de arrependimento, são bastante desfavoráveis também a MAURO CÉSAR MENDES LOROZA, e devem conduzir a pena-base acima do mínimo legal.

Percebe-se que o Acusado agiu de forma premeditada, pois apossou-se indevidamente da senha da conta de *e-mail* da vítima para acessá-la, posteriormente, da casa da sua namorada, enquanto essa viajava, o que torna ainda mais repugnante sua conduta, que não foi antiética e desleal apenas com a vítima, mas também com sua companheira.

Ademais, o Réu não demonstrou qualquer arrependimento e sequer teve a honradez de defender sua namorada, pois continuou negando a prática delituosa, mesmo após ter sido identificado que o endereço de onde a prática delituosa foi cometida era o da residência de TALITA RANGEL. Essas circunstâncias demonstram a personalidade fria e calculista do Apelado, assim como indiferença diante do sentimento da vítima e de sua companheira.

De outra monta, o dano emocional causado à sua vítima é extenso, pois é imensurável imaginar o desgaste causado a uma militar que teve sua vida íntima invadida e exposta dentro do seu ambiente de trabalho.

Diante de toda essa situação, é certo que a pena-base aplicada ao Réu na primeira fase deve ser aumentada, motivo pelo qual a fixo em 1 (um) ano e 3 (três) meses. Na segunda fase, não existem atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Na terceira fase, mantenho a incidência da causa de

aumento de pena estipulada na Sentença, em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), pelas mesmas razões expostas no *decisum*, o que conduz o montante da reprimenda a 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, deixando o Réu, portanto, de fazer jus ao benefício do *sursis*, por não atender aos requisitos previstos no art. 84 do CPM.

Por fim, embora a PGJM tenha solicitado a aplicação de multa, conforme é previsto na legislação comum, tem-se que esse pleito não foi discutido em momento anterior no processo e não houve pedido do MPM nesse sentido em seu Recurso de Apelação, razão pela qual entendo não ser cabível.

Da mesma maneira, não como há como ser acatado o Parecer da PGJM no ponto em que pugna pela aplicação do art. 44 do CPB, para se realizar a substituição da pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos, pois o caso é regulado pelo art. 59 do CPM, sendo que esta norma castrense é específica e permanece válida, devendo ser aplicada ao caso. Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência desta Corte:

> EMENTA: APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA AGRAVADA. EMPRESA VENCEDORA DE LICITAÇÃO. EQUIPAMENTOS ENTREGUES PARA REPARO. NÃO DEVOLUÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO. INEXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. NÃO VERIFICADO. ERRO DE FATO. NÃO RECONHECIMENTO. ATENUAÇÃO DE PENA. COMPORTAMENTO MERITÓRIO ANTERIOR. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO E/OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INAPLICABILIDADE. DESPROVIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DECISÃO MAJORITÁRIA. Incide no crime de apropriação indébita, agravada em razão de ofício, emprego ou profissão, responsável por empresa vencedora de processo licitatório que recebe equipamentos para reparo e não os restitui sob alegação de suposta dívida da Organização Militar. O elemento subjetivo está demonstrado por meio do *animus rem sibi habendi*, consistente na vontade de permanecer com os bens não devolvidos e atualmente em local incerto e não sabido. Para o reconhecimento do erro de fato, previsto no art. 36 do CPM, espera-se o agir ou a atenção normal de um homem médio, com grau normal de diligência. É necessária a comprovação de comportamento excepcional para a aplicação da circunstância atenuante do comportamento meritório anterior ao crime. Precedentes do STM. **A permuta da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, prevista no art. 44 do Código Penal comum, é inaplicável no âmbito desta Justiça Especializada. Precedentes do STM.** Autoria e materialidade incontestes. Ausência de nulidade ou de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Pena-base fixada dentro dos parâmetros legais. Condenação mantida. Desprovimento. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000849-59.2020.7.00.0000. Relator: Ministro Ten Brig

> Ar CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA. Data de Julgamento: 11/11/2021, Data de Publicação: 03/12/2021) (Grifos nossos.)
>
> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 251 DO CPM. ESTELIONATO. OPERAÇÃO CARRO-PIPA. PRELIMINAR ARGUIDA DE OFÍCIO PELA MINISTRA REVISORA. AUSÊNCIA. SUSTENTAÇÃO ORAL. ATO DISCRICIONÁRIO DAS PARTES. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS APLICADAS. APELOS DEFENSIVOS. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO UNÂNIME. A sustentação oral, prevista no art. 433 do CPPM, é ato discricionário das partes, e não essencial à defesa. Assim, a ausência desse rito não eiva de vícios a Ação Penal Militar caso as partes não tenham manifestado interesse pela sua realização, ou, ainda, na hipótese de não se insurgirem contra a decisão que designa data para sessão de julgamento sem a previsão de ocorrência dessa fase processual, tratando-se de matéria preclusa, quando não aventada no momento oportuno. Precedentes do STF. Preliminar rejeitada por maioria. Amoldam-se ao tipo incriminador do art. 251 do Código Penal Militar as condutas perpetradas por civis que, de forma livre, consciente e deliberada, fraudaram a "Operação Carro Pipa", mediante o transporte 10 (dez) Módulos Embarcados de Monitoramento (MEM) no interior de somente um de um caminhão-pipa e a prática de diversas carradas utilizando-se desse embuste, com a finalidade de manter a administração militar em erro, e, assim, obter vantagem patrimonial ilícita. Trata-se de conduta de extrema gravidade, considerando que a fraude de entrega de água potável foi perpetrada em localidades do sertão nordestino, assoladas pela escassez de água. **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. A elevação desproporcional da pena-base, na primeira fase de dosimetria da pena, deve ser alvo de revisão por considerar desfavoráveis circunstâncias que também foram valoradas negativamente na terceira fase da fixação da pena, à luz da vedação estabelecida pelo critério do *ne bis in idem*. Assim, impõe-se o abrandamento da resposta penal, como expressão de medida adequada, justa e compatível com o mal praticado. Apelo parcialmente provido, para minorar a reprimenda. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000054-53.2020.7.00.0000. Relator Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 28/09/2021, Data de Publicação: 19/10/2021). (Grifos nossos.)

Ante o exposto, conheço e nego provimento aos Recursos de Apelação interpostos pelas Defesas e conheço e dou parcial provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar para, mantida a condenação do ex-Sargento da Aeronáutica JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, §§ 3º e 4º, c/c

o art. 71, ambos do Código Penal comum, alterar sua pena para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB; e, mantida a condenação do ex-Sargento da Aeronáutica MAURO CÉSAR MENDES LOROZA pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, §§ 3º e 4º, do Código Penal comum, majorar a sua pena para 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB, ambos sem direito ao *sursis*, em razão da vedação expressa do art. 84 do CPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e em negar provimento aos Recursos de Apelação interpostos pelas Defesas e em conhecer e em dar parcial provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar para, mantida a condenação do ex-Sargento da Aeronáutica JULIO CEZAR DE OLIVEIRA PEREZ MAZÓ, pela prática do crime tipificado no artigo 154-A, §§ 3º e 4º, c/c o art. 71, ambos do Código Penal comum, alterar sua pena para 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB; e mantida a condenação do ex-Sargento da Aeronáutica MAURO CÉSAR MENDES LOROZA pela prática do crime tipificado no art. 154-A, §§ 3º e 4º, do Código Penal Comum, majorar a sua pena para 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB, ambos sem direito ao *sursis,* em razão da vedação expressa do art. 84 do CPM.

Brasília, 15 de agosto de 2022 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 7000922-94.2021.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante: Aleksander Batista Manghi.
Advogado: Jayme Ubaldo Nunes Neto (OAB BA58189).

Apelado: Ministério Público Militar.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFESA CONSTITUÍDA. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL COMUM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO TEMPORAL E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO FATO DELITUOSO. NÃO ACOLHIMENTO. PRECLUSÃO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO FATO DELITUOSO. NÃO ACOLHIMENTO. IMPRECISÃO DA DATA DO DELITO. DEPOIMENTO DA OFENDIDA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. NÃO ACOLHIMENTO. REDUÇÃO DO PERÍODO DE PROVA DO "SURSIS". PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. ACOLHIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE.

Segundo a reiterada jurisprudência desta Corte Castrense, é incabível a discussão de inépcia da denúncia em sede de Apelação, circunstância que torna preclusa a matéria deduzida nas Razões recursais, na forma da alínea "a" do artigo 504 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual as nulidades da instrução devem ser apresentadas até a apresentação das alegações escritas, o que, no caso em exame, não ocorreu.

O crime de importunação sexual previsto no art. 215-A do Código Penal comum caracteriza-se pela conduta de praticar, de qualquer modo, contra alguém e sem sua anuência, ato libidinoso, sendo que o ato libidinoso é aquele tendente à satisfação da libido. Essa elementar tem conteúdo abrangente, compreendendo qualquer tipo de ação de cunho sexual, até mesmo o ato de encostar lascivamente nas nádegas da vítima ou em seus seios.

Por sua natureza de delito contra a dignidade sexual, o referido delito ocorre geralmente na clandestinidade e raramente deixa vestígio, sendo de difícil comprovação material. Nesse contexto, deve prevalecer o entendimento no sentido de que a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria, bem como quanto às circunstâncias nas quais ocorreu a prática delituosa.

Embora a Ofendida, em seu depoimento prestado em Juízo, não tenha confirmado a data exata da ocorrência do fato delituoso, apontou uma data aproximada que foi corroborada pela prova testemunhal produzida em Juízo.

Em delitos de natureza sexual, a conduta do Réu é pautada na clandestinidade, daí a importância da consistência do depoimento prestado pela Ofendida no caso concreto, cuja versão foi absolutamente ratificada pelos depoimentos colhidos em Juízo.

Da mesma forma que o Princípio da Individualização da Pena permite que o julgador, dentro dos limites legais, fixe a reprimenda objetivando a prevenção e a repressão do crime perpetrado, a ele também é conferida a faculdade para estabelecer a duração do período de prova, desde que respeitado o limite legal estabelecido na norma e, em caso de exasperação do prazo, devidamente fundamentada.

Considerando que no caso em exame a condenação do Acusado foi fixada em seu grau mínimo, tornando-se definitiva, justamente, em razão da inexistência de quaisquer agravantes ou causas de aumento da pena, bem como considerando a ausência de fundamentação idônea para a exasperação no período de prova, foi desarrazoada e desproporcional a fixação da suspensão condicional da pena pelo período de 3 (três) anos.

Apelo defensivo parcialmente provido. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu dar provimento parcial ao apelo defensivo para, mantendo a sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos, reduzir o período de prova da suspensão condicional da pena para seu mínimo legal, fixando-o em 2 (dois) anos, nos termos o art. 84 do Código Penal Militar, mantidas as demais condições estabelecidas pelo juízo de primeiro grau. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor) fará declaração de voto. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Odilson Sampaio Benzi não participaram do julgamento. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho.

Relator do Acórdão: Ministro Carlos Vuyk de Aquino.

Votantes: Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro Celso Luiz

Nazareth, Ministro Leonardo Puntel e Ministro Artur Vidigal de Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 14/12/2022).

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Recurso de Apelação interposto pela Defesa constituída do Cap Aer R/1 ALEKSANDER BATISTA MANGHI contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 6ª CJM, de 17 de setembro de 2021, que condenou o Acusado à pena de 1 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, conforme o art. 59 do Código Penal Militar, como incurso no art. 215-A do Código Penal comum, a concessão do benefício do *sursis* pelo prazo de 3 (três) anos, o regime prisional inicialmente aberto, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Estatuto Repressivo comum e o direito de apelar em liberdade.

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 10 de julho de 2020, nos seguintes termos:

> (…) Consta dos autos do IPM que, no dia 28 de novembro de 2019, por volta das 16h, a civil, P.F.R., prestadora de serviço da empresa AR2, no Destacamento do Espaço Aéreo de Porto Seguro, estava na Torre do Aeroporto, do Setor de Controle de Voo, fazendo a limpeza do banheiro masculino, quando, ao se abaixar para pegar produtos de limpeza, foi abordada, pelas costas, pelo ora denunciado, o Cap MANGHI, tocando no seu cabelo e acariciando seu pescoço, tentando beijá-la, sendo repelido imediatamente.
>
> Após o ocorrido, comunicou o fato a seu supervisor, Sr. Walmir, que já sabia do assédio constante do Capitão para com a funcionária, desde Agosto/19, e retransmitiu o relato para o Major COELHO, o qual disse à ofendida para dar uma queixa na Delegacia.
>
> Narrou a importunação, também, para o 2º Sgt SATURNINO (Encarregado da supervisão da limpeza), às colegas de trabalho, Alessandra e Monica – esta, inclusive, contou-lhe que era constantemente assediada pelo Capitão –, e por fim, ao S2 L. SANTOS, militar que presenciou o Oficial, em outra oportunidade (início de dezembro/2019), falando bem perto do rosto e ouvido da ofendida e se afastando assustado ao perceber a presença do citado soldado.
>
> A despeito da negativa dos fatos pelo Cap MANGHI, em seus depoimentos (Delegacia da Mulher e IPM), sua versão não se sustenta, posto que, essas condutas criminosas sexuais são praticadas às escondidas, geralmente sem testemunhas presencias e/ou imagens, com o relato da vítima adquirindo imenso valor probante para a investigação.
>
> Ademais, corroboram para a veracidade da narrativa da ofendida a pormenorização dos detalhes, sua própria postura de procurar seu supervisor, ir sozinha prestar notícia-crime na Delegacia da Mulher,

> relatar para suas colegas e, por fim, o histórico de assédio pontuado pelas testemunhas.
>
> Os elementos de prova colhidos no IPM anexo demonstram que o Cap MANGHI, de maneira livre e consciente, praticou, dentro do DTCEA-PS, ato libidinoso contra a Sra P. (massageou seu cabelo e acariciou seu pescoço) com o intuito de satisfazer seu desejo lascivo de beijá-la, incidindo, assim, o delito previsto no Art 215-A do CP c/c o Art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM.
>
> Em razão do exposto, denuncio o Cap ALEKSANDER BATISTA MANGHI como incurso nas sanções previstas no artigo 215-A do Código Penal Militar (...).

Em 15 de julho de 2020, o *Parquet* Castrense aditou a Denúncia em relação à suposta data do fato delituoso consignando que "(...) a despeito de os elementos de prova indicarem o dia 28/11/2019, leia-se: 'em data não precisa, mas entre o final de novembro de 2019 e início de dezembro/2019'".

Nesse mesmo dia 15 de julho de 2020, a Denúncia foi recebida, tendo sido o Réu devidamente citado em 13 de agosto de 2020.

Constam dos autos, entre outros, os seguintes documentos:

1) Boletim de Ocorrência nº DEAM PORTO SEG-BO-19-01059, de 17 de dezembro de 2019, da Delegacia Especial de Atendimento à Mulher, no qual consta que:

> (...) COMPARECEU NESTA UNIDADE POLICIAL A SENHORA P.F.R. PARA COMUNICAR QUE ESTÁ SENDO IMPORTUNADA SEXUALMENTE EM SEU AMBIENTE DE TRABALHO, A VITIMA RELATA QUE TRABALHA EM UM EMPRESA TERCEIRIZADA, NA FUNÇÃO DE AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS, PARA A AERONÁUTICA E O CAPITÃO MANGUE (sic) TEM ASSEDIADO A COMUNICANTE (...);

2) Portaria CINDACTA III nº 2/AJUR, de 10 de janeiro de 2020, por intermédio da qual o Comandante do Terceiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo determinou a instauração de Inquérito Policial Militar;

3) Cópia do Inquérito Policial nº 0012/2020, instaurado pelo Dr. Teronite Bezerra Silva, Delegado da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher da Polícia Civil em Porto Seguro-BA, cuja conclusão consignou que:

> (...) com a alteração do art 9º, II do CPM, pela Lei 13,491/2017, "considera militares também os crimes previstos na legislação penal comum e especial extravagante, quando praticados por militar, em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil", tornando-o crime militar de natureza imprópria.

Em 17 de agosto de 2020, os Advogados constituídos pela Ofendida apresentaram Petição por intermédio da qual solicitaram a habilitação nos autos na condição de Assistentes de Acusação, tendo o Ministério Público se manifestado favoravelmente ao pleito.

Em razão disso, em Despacho de 24 de agosto de 2020, a Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 6ª CJM determinou a habilitação dos causídicos na condição de Assistentes de Acusação.

Nesse mesmo dia 24 de agosto, a Defesa apresentou Resposta à Acusação, suscitando que fosse "(...) decretada a nulidade com relação a citação do militar, nos termos do artigo 500, IV do Código Penal Militar (...)", sob o argumento, segundo o qual "(...) citação ocorrida na data de 13 de agosto fora realizada diretamente para o celular do acusado através de mera ligação e não para o seu superior na linha hierárquica (...)".

Requereu, ainda, "(...) Que seja decretada a nulidade absoluta por ausência de fundamentação no recebimento da denúncia, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal c/c art. 500, IV do Código de Processo Penal Militar", bem como pugnou pela rejeição da Denúncia, sustentando que "(...) O Ministério Público deu início a ação penal baseado tão somente na palavra da vítima, em que pese o depoimento dos SDS não comprovarem, sequer esclarecerem as alegações da mesma.".

Por fim, requereu "(...) a oitiva do acusado como último ato da instrução criminal, nos termos do artigo 400 do CPP".

Em 28 de agosto de 2020, o *Parquet* Castrense se manifestou pelo "(...) não conhecimento da peça defensiva do Ilustre causídico acostada no Evento 58, requerendo o prosseguimento do feito pelo rito previsto no Códex Processual Militar (...)" nos seguintes termos:

> (...) Ante à especialidade do CPPM com regras, princípios e institutos próprios, no qual inexiste a previsão de resposta preliminar e/ou à acusação formulada pelo acusado, seja como condição prévia de recebimento da inicial acusatória ou para absolvição sumária (...).

Em Despacho de 2 de setembro de 2020, a Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 6ª CJM decidiu submeter à apreciação do Conselho Especial de Justiça "(...) os pedidos contidos na 'Resposta à acusação' referentes a nulidade de citação, nulidade absoluta por ausência de fundamentação no recebimento da denúncia e de rejeição de denúncia (...)", bem como dar ciência à Defesa de que o rito processual penal militar contempla a "(...) realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal (...)".

Em Audiência realizada no dia 1º de dezembro de 2020, presentes o Acusado e seu defensor, foi ouvida a Ofendida, Civil P.F.R., tendo declarado que:

> (...) JUÍZA: (...) à época desses fatos a senhora era prestadora de serviços da empresa AR2 no Destacamento do Espaço Aéreo de Porto Seguro, é isso?
>
> OFENDIDA: Isso.
>
> JUÍZA: E a senhora prestava serviço lá na torre do aeroporto, no setor de controle de voo?
>
> OFENDIDA: Sim, toda terça e quinta.
>
> JUÍZA: E nessa data a senhora estava fazendo limpeza lá?
>
> OFENDIDA: Sim.
>
> JUÍZA: Então a senhora pode relatar o que foi que ocorreu? A senhora fazia o que? Limpeza do banheiro masculino?
>
> (...)
>
> OFENDIDA: Não foi só uma vez. Sempre ele me perseguia. Quando eu subia as escadas, quando eu estava só na copa. O último ocorrido que foi no banheiro masculino da parte de baixo.
>
> JUÍZA: (...) A senhora pode relatar como que ocorreu o fato?
>
> OFENDIDA: Eu entrei na copa e estava havendo um evento, eles estavam tomando café. Eu retirei o lixo e nesse momento ele estava dentro da copa. Então eu só retirei o lixo, como não dava para passar o pano no momento, eu me retirei e fui até o banheiro para retirar o lixo do banheiro e jogar mais um produto. Quando eu agachei, que eu peguei o multiuso e o paninho na sacola, que eu levantei, eu senti a mão dele no meu pescoço, acariciou meu pescoço e seguiu a mão no meu cabelo que estava preso no alto. Aí ele tentou me beijar e eu o empurrei pelos peito (sic) dele e saí e deixei ele lá. Depois que ele foi embora que eu retornei para terminar a limpeza.
>
> JUÍZA: E aí depois desse fato a senhora comunicou o ocorrido para alguém?
>
> OFENDIDA: Eu cheguei na sexta-feira na Vila da Aeronáutica, na Base, cheguei ao meu líder Valmir e falei: "Valmir, me tira da escala da torre, que pra (sic) mim não dá mais. Ou você me tira ou eu vou pedir conta (sic) pra empresa". Ele: "Por que?". "Porque a situação não

mudou, ele continua do mesmo jeito com a situação comigo", que no início era apertando do braço e tal e nesse dia passou do limite. O meu líder virou pra (sic) mim e falou: "Ó você dá mais um tempo, eu vou te tirar uns dias da torre e não vou te mandar por uns dias, feche a cara e continua de cara fechada pra (sic) ele, porque se você procurar um delegacia ou registrar queixa dele, não vai dar em nada e aí o pessoal da Aeronáutica vai pedir para a empresa te mandar embora e você vai sair com uma mão na frente e outra atrás, sem os seus direitos". Eu tenho um primo em São Paulo que é advogado, pedi a ele orientação e ele falou que tava (sic) errado e que eu tinha que comunicar para o Major e para alguém mais. Aí ele mesmo foi na sala do Sargento Saturnino, que antes eu já tinha procurado ele também, vendo a possibilidade de me tirar da escala da torre e relatei de novo a situação. Nesse mesmo dia, na sexta-feira, ele fez uma reunião comigo, Alessandra e Rosineide (...) que a gente (sic) tinha que mudar nosso jeito de comportar (sic), de interagir com as pessoas, que só entrasse nos escritórios, limpasse as salas e saísse, que não conversasse e nada, que não sorrisse, que eu era muito simpática e que era isso que levava os homens a querer mexer comigo. Eu falei assim: "Alto lá... os homens não Valmir, o homem, porque só tem uma pessoa com esse tipo de comportamento comigo". Aí ele me aconselhou a não passar esse tipo de situação para o meu esposo, para o meu esposo não ir para a porta da Aeronáutica e revidar, porque ia (sic) ficar estressado e pra mim (sic) não fazer a queixa, e eu fique entre aquela, faz, não faz, meu primo mandando eu fazer, aí o Sargento Saturnino não sei exatamente se foi o Sargento Saturnino ou não, mas chegou a ter o Comandante, que estava no Rio de Janeiro, veio e quando o Comandante chegou em Porto Seguro eu já tinha ido até a Delegacia, aí quando ele chegou eu já tinha passado o relato para ele por escrito pra (sic) mandar para ele escaneado. Aí quando ele chegou eu já estava com o BO em mãos e com o relato, que eu já tinha relatado pra (sic) ele, pra (sic) escanear, também o original em mãos e passei a situação toda pra (sic) ele.

JUÍZA: E essa situação, a senhora disse que já tinha sido importunada anteriormente. Há quanto tempo antes desse fato?

OFENDIDA: Há uns 4 (quatro) ou 5 (cinco) meses antes.

JUÍZA: A senhora trabalhava lá a quanto tempo?

OFENDIDA: Eu iniciei na empresa em 4 de maio de 2018. Desde então eu sempre fui 2 (duas) vezes na semana.

JUÍZA: (...) aqui os fatos em si dão conta de que esse fato aconteceu em novembro.

OFENDIDA: Sim.

JUÍZA: Então a senhora disse que começou a ser importunada uns 4 (quatro) ou 5 (cinco) meses antes?

OFENDIDA: Por volta de junho a agosto. Eu me lembro que no mês de agosto de 2019, teve a festa do DTCEA e veio o Brigadeiro. Nesse mesmo dia que o Brigadeiro veio, ele me oportunou (sic) dentro do quartinho de descanso da gente (sic), onde ficam também os produtos de limpeza. Ele tentou me beijar lá. E eu já vinha passando a situação para o meu líder, que ele estava me oportunando (sic), que não estava me deixando em paz, que não era uma situação de cobrança de trabalho, que ele ficava falando que eu era muito linda, que eu era muito gostosa, que eu tinha que aproveitar a vida, aproveitar o momento, ofereceu até pagar meu curso na Microlins, eu não sei como ele descobriu que eu tinha um curso na Microlins e ele falou que se eu saísse com ele, ele pagaria meu curso, que ele iria lá passar saber quanto que era.

JUÍZA: E a senhora, na primeira vez da importunação, a senhora chegou a dar uma resposta para ele?

OFENDIDA: A primeira vez foi na escada da torre, que eu estava em frente ao banheiro masculino da torre de controle, ele chegou e pegou no meu braço e apertou. Eu falei assim: "Olha, se você não parar com essa situação, eu vou ter que passar para frente, vou ter que falar para Valmir". Aí ele virou para mim e falou: "Você tá (sic) com seu celular no bolso, você está filmando?". Eu falei assim: "Não sei". Realmente não estava, mas falei isso para ver se ele se afastava, se ele amedrontava. Aí ele ficou até um tempo sem me procurar, mas nesse mesmo dia, ele virou para mim e falou assim: "Se você não tiver (sic) filmando, isso não dá em nada. Porque eu sou Capitão e Valmir só é o líder de vocês. O que vocês vão fazer contra um Capitão sem provas? É sua palavra contra a minha". Aí ele deu um tempo, afastou, passava e só "bom dia" e "boa tarde". Aí quando veio o Brigadeiro, ele começou de novo, porque acho que ele notou que eu não tinha vídeo, não tinha nada, aí ele começou se aproximar de novo.

JUÍZA: A senhora disse que falou para o Valmir. A senhora falou também para suas colegas também? Para o Sargento Saturnino?

OFENDIDA: Sim. A única das colegas que eu não relatei a situação foi a Mônica, porque ela já relatava pra mim (sic) algo dele. A situação ocorria com ela, só que ela aceitava. Então eu notei que ela tinha um sentimento por ele. Então se eu relatasse a situação para ela, iria doer nela, ou criar intriga. Mas as únicas pessoas que eu relatei a situação foi para a Rosineide, o Valmir e o Sargento Saturnino e o Sargento Jorge, na época.

MPM: (...) Nesse setor específico, Destacamento do Espaço Aéreo de Porto Seguro, você trabalhou desde 2018?

OFENDIDA: Isso. Entrei dia 4 de maio na empresa.

MPM: As abordagens do Réu se deram a partir de 2019?

OFENDIDA: Sim.

MPM: Antes desse evento que aconteceu em 28 de novembro de 2019, quantas vezes, mais ou menos, ele lhe abordou?

OFENDIDA: Muitas vezes.

MPM: E esses locais onde ele abordava, eram locais fechados ou locais abertos?

OFENDIDA: Copa, banheiro, a sala dele, que ele exigia que limpasse de portas fechadas, quando eu subia as escadas da torre, para limpar a parte de cima da torre de controle, ele sempre ia em seguida, quando ele notava que eu tinha subido. Ele sempre passava por mim, pegava no braço, apertava a costela, passava a mão no cabelo.

MPM: E dessa vez, 28 de novembro de 2019, quando você fazia a limpeza do banheiro masculino, foi a vez que ele teve uma atitude mais ousada em relação a você?

OFENDIDA: Não sei se a data foi especificamente 28 de novembro, foi aproximadamente 28 de novembro, ele primeiro, de manhã, eu estava limpando dentro do banheiro, ele entrou e da porta ele falou: "Hum, muito bem, limpa direitinho aí". Quando eu achei que ele ia sair ele voltou e pegou no pescoço, segurou e puxou, tentando me beijar. Eu empurrei ele (sic) e deixei lá as coisas sem fazer. Eu sabia que ele teria uma reunião no aeroporto, na SINART, então quando eu vi que ele tinha saído, eu fui e terminei a limpeza e voltei para o meu quartinho, que é onde a gente fica. À tarde, quando eu entrei na copa, retirei o lixo e como eles estavam lanchando, não tinha como eu passar pano ali no momento, eu fui pro (sic) banheiro. Quando eu cheguei em frente, porque fica o banheiro feminino e o banheiro masculino, porta com porta, eu abri a porta do banheiro masculino, abaixei e peguei um saquinho de lixo, o multiuso e um paninho. Quando eu levantei ele estava atrás de mim, passou a mão no meu pescoço e no meu cabelo e veio de novo tentando beijar. Eu empurrei ele e deixei as coisas tudo lá. Depois que ele foi embora que eu voltei e novamente terminei a limpeza.

MPM: (...) nessa abordagem do banheiro, só havia vocês dois?

OFENDIDA: Sim. Se tinha mais alguém por perto, eu não percebi, porque eu fiquei muito nervosa e saí direto.

MPM: Você disse que relatou isso ao seu líder?

OFENDIDA: Meu líder Valmir, à minha colega Rosineide e ao Sargento Saturnino. O Sargento Jorge me procurou perguntando se tava (sic) acontecendo alguma coisa comigo, porque antes eu interagia com todo mundo no trabalho, toda sorridente, e nos últimos dias eu estava muito nervosa. Aí eu relatei a situação para ele. Ele disse: "Certo, a gente já está por dentro da situação e você tem todo o direito de procurar o Major, procurar o Saturnino". Eu falei: "Eu já procurei o Sargento Saturnino e ele falou para eu passar a situação para o Major e procurar meus direitos". Aí foi que eu pedi informação do meu primo que mora em São Paulo, pedi a ele instrução e ele me falou que eu deveria procurar a Delegacia da mulher. Eu fiz por escrito o Relatório para o Major, foi escaneado e mandado para ele. Aí fui na Delegacia e quando eu fui na Delegacia, fui na segunda, terça, finalizei, se não me engano, na quarta-feira, na quinta-feira o Major já estava no Comando, eu procurei ele com o BO e com o escrito original que eu tinha feito de próprio punho e passei a situação toda para ele.

MPM: Você sabe dizer se ele chegou a ser ouvido na Delegacia da mulher?

OFENDIDA: Não sei, a partir desse momento eu não tive mais informação nenhuma dele.

MPM: (...) em todos esses episódios que ele lhe abordava, como você se sentia?

OFENDIDA: Muito mal. Eu tinha vontade de ir embora. Inúmeras vezes eu saí do trabalho mais cedo e fui embora. Eu tava (sic) já pronta para pedir conta (sic) para a empresa. Abrir mão e sair, porque eu era coagida, falando que se eu procurasse a Justiça, podia (sic) alguém da Aeronáutica pedir pra (sic) empresa me mandar embora sem direito a nada. Se eu não posso ter direito a meus tempos (sic) trabalhistas e não posso ir atrás dos meus direitos, então é melhor sair. Foi quando eu passei a informação para o meu primo (...) aí que ele me falou que isso era crime. Até então eu não sabia que era crime. Eu não tinha essa informação.

MPM: Aqui nos autos consta que após essa abordagem que é objeto deste processo, ele lhe abordou no início de dezembro. Como foi essa abordagem?

OFENDIDA: Eu fui instruída a não limpar mais a sala dele e onde ele tivesse (sic) eu não aproximasse (sic), para que evitasse uma outra oportunação (sic). Então eu não bati mias na sala dele para limpar, eu não dava mais "bom dia" a quem quer que fosse, eu passava direto, então no final da tarde, que ele tava (sic) indo embora, ele perguntou se estava acontecendo alguma coisa, que eu não limpei sala dele. Se eu ia continuar

a deixar a sala dele suja. E se eu tinha contado algo para alguém. Eu não respondi nada para ele.

MPM: Mas aqui consta que ele falou bem perto do seu rosto e ouvido e ele se afastou assustado ao perceber a presença do S2 L. Santos.

OFENDIDA: Foi isso mesmo. Não só tinha o L. Santos por ali, tinha (sic) mais pessoas, não se detalhar quem, mas que tinha, tinha. Que era um final de tarde que todos estavam saindo do local de trabalho.

MPM: Mas essa abordagem dele foi no sentido de pedir o serviço ou uma abordagem forçando intimidade, forçando uma aproximação?

OFENDIDA: No meu entender, ele queria saber se eu tinha contado para alguém a última abordagem que ele tinha feito, de passar a mão no meu pescoço e no meu cabelo e tentado de beijar. Porque a partir desse dia que ele tentou me beijar, o Valmir continuou me mandando para a torre. No que ele continuou me mandando para a torre, eu não limpei mais a sala dele. Se ele estivesse em qualquer sala, eu não entrava para limpar, eu só limpava depois que ele saía. Aí ele perguntou se tava (sic) acontecendo alguma coisa comigo, que eu não limpei mais a sala dele e se eu tinha contado algo para alguém.

MPM: E você chegou a comentar com seu marido?

OFENDIDA: Depois que eu fiz a Denúncia. Eu chamei ele e falei.

MPM: Você tinha algum receio de comentar com ele?

OFENDIDA: Sim, porque ele ia querer procurar satisfação. Como ele procurou pelo MANGHI, só que ele não o encontrou. Ele foi diversas vezes na porta da Aeronáutica querendo conversar com ele, tirar satisfação. Ele não quer mais que eu trabalhe na Aeronáutica.

(...)

MPM: Se você pudesse resumir todo esse sentimento, como você resumiria em uma frase?

OFENDIDA: Indignação, falta de respeito. Porque eu jamais aceitaria que meu esposo fizesse isso com outra mulher. Ou meu filho até ou meus irmãos.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) P., você procurou algum tipo de acompanhamento psicológico?

OFENDIDA: Sim, estou fazendo com a psicóloga e ela também me encaminhou para o psiquiatra.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: No tempo que você trabalha lá, você já se sentiu desconfortável com a conduta de algum funcionário ou de algum Oficial que não fosse o Capitão?

OFENDIDA: Não.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Sempre se sentiu respeitada?

OFENDIDA: Sempre, muito bem respeitada.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: No dia desse último acontecimento, você chegou a comentar com alguém no dia?

OFENDIDA: Comentei com a minha colega de trabalho, a Rosineide.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E depois disso, quem foi a outra pessoa com quem você comentou?

OFENDIDA: Foi o meu líder o Valmir, na sexta-feira de manhã.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Tentaram te convencer de alguma forma a retirar a queixa que você havia prestado?

OFENDIDA: Sim, o Valmir me ligou numa sexta-feira, que a Base parou no dia, não teve trabalho no dia, ele me ligou perguntando se eu havia feito a queixa, porque ele era contra, como eu já disse (...) Ele me ligou, eu gravei a ligação, eu gravei bem depois, ele já tinha me falado um monte de coisa que não tinha ficado gravado, mas o que eu gravei relata ele falando comigo, que tinha me pedido para eu não registrar a queixa com o Capitão, que eu tava (sic) comprando briga com gente grande e que o Sargento Machado e a Tenente Cristiane procurou (sic) ele e que o Capitão MANGHI procurou ele para ver se havia alguma possibilidade pra (sic) mim retirar a queixa e eu falei que a situação estava com a Delegada e com o Major e que procurasse por eles (...)

DEFESA: Minha pergunta diz respeito a esse fato posterior, do mês de dezembro, onde ela primeiro disse que ela acha que ele iria perguntar a ela já teria contado a alguém sobre essas supostas abordagens e depois ela afirma que ele perguntou. Ela acha que ele iria perguntar ou ele efetivamente fez essa pergunta sobre ela ter comentado com alguém?

OFENDIDA: Ele fez a pergunta. Quando eu disse que acho, eu quis dizer que eu acho que ele estava preocupado com a situação.

Porque ele fez a pergunta sim. Ele perguntou o que estava acontecendo, que eu não tinha mais limpado a sala dele e se eu tinha relatado para alguém o ocorrido (...).

Nessa mesma assentada, foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar:

1) ex-Sd Aer Luan Oliveira dos Santos, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) Na época o senhor servia no destacamento?

TESTEMUNHA: Isso.

(...)

JUÍZA: O senhor trabalhava com o Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Diretamente não.

JUÍZA: O senhor tomou conhecimento desses fatos relatados na Denúncia?

TESTEMUNHA: Sim, diante do processo e diante do que eu presenciei, no serviço que eu estava na torre.

JUÍZA: O senhor pode contar esse fato que o senhor presenciou?

TESTEMUNHA: Eu não me lembro muito bem a data, mas foi aparentemente em dezembro de 2019, no ano passado, eu estava de permanência ao sítio radar, que é onde fica localizada a torre de controle do DTCEA-PS e no momento eu vi a P. retirando o lixo do corredor e o Capitão MANGHI muito próximo dela, o rosto dele do rosto dela, como se ele estivesse se aproximando dela para falar no ouvido, de forma que ninguém em volta ouvisse. O corredor estava vazio e eu estava no hall de entrada. Quando eu virei e ele avistou minha presença, ele imediatamente se afastou, como se tivesse se assustado com a minha presença ali.

JUÍZA: Diante dessa sua visualização, o senhor foi indagar a P. se houve alguma coisa, se ela estava sendo importunada?

TESTEMUNHA: Num primeiro momento não. Aí depois a gente começou a conversar e foi quando ela relatou que ele estava assediando ela a algum tempo.

(...)

JUÍZA: Nesse dia o senhor não foi falar com ela então?

TESTEMUNHA: Não, não comentei nada sobre o assunto, até porque já era o horário próximo ao final do expediente.

JUÍZA: Esse local em que a P. estava e que ele se aproximou, era um local que era isolado?

TESTEMUNHA: Não, era o corredor de acesso às salas. Nesse setor trabalham pessoas diretamente ligadas à torre de controle e a torre de aproximação de aeronaves, então dificilmente elas ficam no corredor.

JUÍZA: (...) no momento em que o senhor visualizou esse fato, o senhor presenciou o comportamento da P. diante dessa situação?

TESTEMUNHA: Nesse curto período que eu visualizei até que ele se afastou, eu percebi que ela não estava confortável com a situação. Não senti nela a reação de que estaria gostando a situação que ele estava colocando.

JUÍZA: Aí posteriormente, quando vocês conversaram, ela relatou que estava sendo importunada há um certo tempo?

TESTEMUNHA: Isso.

JUÍZA: O senhor sabe o aconteceu. Que ela levou os fatos ao conhecimento, ou que já tinha levado os fatos ao conhecimento do superior dela, aos superiores da Aeronáutica. O que aconteceu?

TESTEMUNHA: Eu não fiquei sabendo dos fatos de imediato porque eu estava de férias. No período de meados de dezembro, eu estava de férias e quando eu voltei eu fiquei sabendo do acontecido.

JUÍZA: O senhor trabalhou lá quanto tempo?

TESTEMUNHA: 4 (quatro) anos.

JUÍZA: (...) através de comentários, ou por ouvir dizer, o senhor soube que havia algum boato acerca da pessoa dele ficar assediando as mulheres?

TESTEMUNHA: Não no DTCEA, mas tem boatos de que ele já assediou outras pessoas em Salvador, outras mulheres.

JUÍZA: Lá na torre não, foi só a P.?

TESTEMUNHA: Assédio moral, físico não. A gente sabia que ele fazia muitos tipos de assédio.

JUÍZA: O senhor ficou sabendo o que desses boatos, que tipo de assédio?

TESTEMUNHA: Assédio moral dele, pressionando pessoas, sargentos que fizeram tratamento psicológico devido ao tratamento que ele usava para algumas pessoas.

JUÍZA: Então era assédio moral?

TESTEMUNHA: Isso.

JUÍZA: No ambiente de trabalho, que o senhor quer dizer?

TESTEMUNHA: Isso.

JUÍZA: Com os subordinados, é isso?

TESTEMUNHA: Isso.

MPM: (...) você afirmou que já teria ouvido falar que o Réu já teria sido envolvido em assédio moral, em relação a colegas de trabalho, mas aqui em Salvador, é isso?

TESTEMUNHA: Isso. Em Salvador relacionado a mulheres e em Porto Seguro, eu presenciei alguns Sargentos que fizeram tratamento psicológico devido aos assédios que sofriam. Abusos que sofriam por ele.

MPM: Nesse último ponto, de Porto Seguro. Esses militares que precisaram fazer tratamento psicológico, eram mulheres?

TESTEMUNHA: Não.

MPM: Todos homens?

TESTEMUNHA: Sim.

MPM: Mas você ouvir falar do réu envolvido em assédio sexual ou importunação sexual em relação a alguma mulher em Porto Seguro, fora a P.?

TESTEMUNHA: Eu ouvia falar da Mônica.

MPM: Quem é Mônica?

TESTEMUNHA: Mônica é a outra menina que trabalha na empresa AR2.

MPM: E foi ela que lhe falou ou foram as pessoas que comentaram?

TESTEMUNHA: Eu tinha ouvido isso no comentário das pessoas.

MPM: Depois do que você viu, no início de Dezembro, você disse que depois conversou com P. O que foi que ela lhe relatou?

TESTEMUNHA: Ela relatou que ele já havia tentado pegar ela a força para beijar ela e que ela nunca teria dado ousadia a ele. E até surgiu o fato de que ela não limparia mais a sala dele ou não estaria no mesmo ambiente que ele.

MPM: Ela comentou que essa situação já se arrastava por muito tempo?

TESTEMUNHA: Sim, mas não na quantidade de tempo. Ela comentou que já vinha acontecendo antes, mas não na quantidade de tempo.

MPM: E ela comentou como ela se sentia em relação a essa situação?

TESTEMUNHA: Dessa vez ela me relatou que ficava mal, mas que ficava receosa de denunciar, por ele ser um Capitão da Aeronáutica e que não acontecesse nada.

MPM: Ela comentou com você se ela tinha receio de que o marido dela viesse a saber e se dos irmãos dela viessem a saber?

TESTEMUNHA: Sim. Ela tinha um certo receio de que o marido dela soubesse e gerasse um transtorno para todos, para ela, para a Aeronáutica e que acabasse perdendo o emprego sem que comprovasse de forma concreta que houve o assédio.

ASSISTENTE ACUSAÇÃO: Aquele incidente que você afirmou que teria visto, você se lembra aproximadamente a data em que ocorreu?

TESTEMUNHA: Foi no início do mês de dezembro, porque no meado do mês, no final, eu saí de férias. Se eu me lembro bem, do final de novembro para o início de dezembro.

DEFESA: Você tem conhecimento a respeito de cobranças que o Capitão MANGHI fazia com relação aos uniformes, a postura, horário de entrada e saída dos funcionários militares subordinados a ele que estavam lotados lá?

TESTEMUNHA: Dos militares?

DEFESA: Também. Dos funcionários e militares.

TESTEMUNHA: Dos funcionários da empresa AR2 eu não tenho conhecimento, mas dos militares ele fazia a cobrança devida.

DEFESA: As cobranças eram devidas?

TESTEMUNHA: Isso.

(...)

DEFESA: Mas em meado do mês você saiu de férias?

TESTEMUNHA: Isso. Eu lembro que eu aproveitei a virada de ano, então foi do meio do mês ou um pouquinho para frente do meio do mês que eu saí de férias.

DEFESA: O início de dezembro para você seria até que data?

TESTEMUNHA: Não me recordo o dia, mas até o dia 10, alguma coisa desse tipo (...);

2) 2º Sgt Aer João Saturnino Neto, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) o senhor tomou conhecimento desses fatos narrados na Denúncia, em que ocasião?

TESTEMUNHA: Não tenho uma data muito precisa para informa qual foi a ocasião, mas em torno do ano passado no meado de agosto, foi que eu tomei conhecimento dessas situações.

JUÍZA: E como foi essa ciência? A P. lhe procurou ou o senhor Valmir? Quem foi que procurou o senhor?

TESTEMUNHA: Quem me procurou foi a P., porque ela inicialmente estava muito tímida em informar o que estava acontecendo. Mas depois que começou a se agravar os assédios, ela me relatou algumas coisas que estavam acontecendo e só foi ela realmente que me relatou. Posteriormente, devido à incidência dos relatos dela, eu falei com o Valmir.

JUÍZA: O primeiro relato dela foi em que sentido?

TESTEMUNHA: Ela falou que estava sendo incomodada pelo Capitão MANGHI, que ele estava tendo alguns tipos de atitudes, beijando ela, abraçando ela, que ela não estava gostando.

JUÍZA: E aí foi então que o senhor procurou o senhor Valmir?

TESTEMUNHA: A partir disso eu fiquei muito preocupado com os acontecimentos e ela relatando que chegou a tal ponto de um dia ela me ligar para que eu tomasse providências. Eu falei que o que eu poderia fazer era tentar tirar ela de lá. Não sei mensurar a quantidade de vezes, porque foram muitas. Mas a partir de uma determinada quantidade de vezes, eu falei com o Valmir em meados de agosto e pedi para o Valmir tirar todas as mulheres do sítio operacional, das instalações da Aeronáutica que ficam no aeroporto. Aí eu falei o fato para ele e pedi para ele retirar as funcionárias de lá e ficar apenas um rapaz para ficar fazendo a faxina na parte operacional.

JUÍZA: O senhor, nessa época, era o encarregado da supervisão da limpeza?

TESTEMUNHA: (...) O responsável pela empresa, é o fiscal, é o Tenente Daniel e eu estou ali na parte da supervisão da empresa (...)

JUÍZA: E isso chegou ao conhecimento do Major Coelho? Esse relato?

TESTEMUNHA: (...) depois que eu comuniquei ao Valmir, ele realmente concretizou o que eu falei para ele fazer, ele realmente tirou as funcionárias de lá e ficou um período. Posteriormente o Capitão MANGHI determinou, isso aí eu presenciei, isso eu vi mesmo, que elas voltassem para lá e como ele é mais antigo que eu, na hierarquia, eu falei para ele que não tinha jeito porque ele estava determinando e ele era, praticamente, o Subcomandante e isso foi feito. E aí teve uma situação que a própria P. me relatou, que tava (sic) insustentável a situação e foi a partir desse momento que eu falei com o Major, que foi em meados de novembro ou dezembro, não me lembro exatamente quando foi, mas foi no intervalo desses 2 (dois) meses. Eu falei com o Major a respeito a da situação, o Major ficou abismado com a situação e pediu que a senhora P. tomasse uma providência de comunicar isso formalmente para ele tomar ciência disso de forma formal (sic). Então nesse período em que ele foi informado por mim, ele estava viajando, ele não estava aqui em Porto Seguro, estava no Rio de Janeiro dando um apoio para o filho dele.

JUÍZA: O senhor sabe se o Major chegou a conversar com ele?

TESTEMUNHA: Quando a P. realmente procurou a Delegacia da mulher, ela pegou lá o BO e entregou ao Comandante. A partir desse momento, o Major tomou ciência formalmente dessa situação e ele encaminhou essa documentação para o setor de justiça lá de Recife, ao qual nós somos subordinados, que é o CINDACTA 3. Depois que ele enviou essa questão da documentação, ele chamou o Capitão MANGHI, informando que realmente tinha uma acusação contra ele, para ele tomar ciência. Então ele realmente informou ao Capitão MANGHI na sala

dele. Então nesse dia até o Major me procurou para eu ficar do lado de fora do Comando, participando dessa comunicação, mas nesse dia eu não fui, e foi o Sargento de Dia e um outro Sargento, foram 2 (dois) Sargentos.

JUIZ MILITAR: o senhor sabe me dizer se o Capitão MANGHI tinha esse tipo de atitude com o pessoal militar feminino do Destacamento de Porto Seguro?

TESTEMUNHA: Coronel, é uma pergunta muito objetiva, e não tenho como provar o que eu posso falar aqui. O que eu sei é de comentários que aconteciam certas coisas no Destacamento, mediante situações que poderia levar a isso que o senhor está perguntando. Mas eu não tenho como provar. Seria assim, como no jargão, seriam fofocas. Eu vi alguma vezes esses informes, mas dizer efetivamente, de forma concreta, que isso aconteceu, eu não posso dizer.

MPM: Numa localização cronológica, a partir de quando, de que mês do ano passado, P. passou a lhe relatar que ela estava sendo importunada pelo Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Em meados de agosto de 2019.

MPM: O senhor falou que houve uma determinação das funcionárias mulheres não fazerem a limpeza na área onde trabalhava o Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Correto. Eu determinei isso depois que eu comecei a receber essas informações da P., aí eu decidi, juntamente com o Valmir, de tirar elas do setor operacional e isso foi feito, só que posteriormente, o que aconteceu foi uma contraordem.

MPM: O senhor não tirou somente P., o senhor tirou todas as mulheres?

TESTEMUNHA: Isso.

MPM: Mas quando o senhor tirou todas as mulheres, isso significa que outras funcionárias também estavam sendo importunadas?

TESTEMUNHA: Possivelmente. Eu não tenho como provar isso, mas alguns relatos dizem que sim, que isso acontecia (...) formalmente falando, eu só tive o reporte da P., mas havia comentário de que acontecia isso com outras funcionárias.

MPM: Quando o Capitão MANGHI determinou que voltassem, ele determinou que voltassem todas as funcionárias ou apenas P.?

TESTEMUNHA: Todas as funcionárias. Não houve esse detalhe não. Ele pediu que as meninas voltassem para a área operacional. Não houve uma especificação.

MPM: Mas que todas as funcionárias mulheres voltassem para aquela área?

TESTEMUNHA: Correto.

MPM: Então P. lhe relatou que foi importunada algumas vezes?

TESTEMUNHA: Diversas vezes.

MPM: Ela relatou ao senhor como ela se sentia ao ser importunada?

TESTEMUNHA: Ela se sentia impotente. Relatava para eu tomar providências, perguntava o que eu poderia fazer por ela para tirar ela dessa situação. Eu disse que poderia fazer algumas coisas e uma delas foi tirar elas da área operacional. Eu pedi para ela ter calma, paciência. Ela estava emocionalmente muito abalada nas várias vezes que conversou comigo e eu pedia sempre para ela ter calma, mas sempre abalada emocionalmente.

(...)

MPM: Nesses relatos que ela fez ao senhor, dessas importunações que ela sofreu, como é que eram essas importunações? Como era aquela abordagem que o Réu fazia em relação a P.?

TESTEMUNHA: De acordo com a informação dela, ela estava fazendo a limpeza do banheiro e ele chegava por trás, abraçava ela, passava a mão no cabelo. Em outros momentos ela disse que ele ficava através dela, parando atrás dela. Em outros momentos ele ficava tentando beijar o pescoço, mexendo no cabelo. Em outros momentos ela me relatou que ele ligou para ela algumas vezes, solicitando algumas coisas. Uma das vezes o próprio marido dela atendeu a ligação e depois desligou. Então são várias situações que somadas, são várias pequenas atitudes, que realmente se concretiza um tipo de assédio, na minha forma de ver.

MPM: Mas trabalhando especificamente nesse fato que aconteceu no dia 28 de novembro de 2019, quando ela estava na torre do aeroporto, fazendo a limpeza do banheiro masculino, quando ao se abaixar para pegar produto de limpeza, foi abordada pelas costas pelo ora Denunciado, ela lhe relatou isso?

TESTEMUNHA: Ela me relatou, mas doutora, eu acho que não foi no dia 28 não. Eu acho que ela estava um pouquinho assim,

devido ao lado emocional dela, eu acho que não foi no dia 28 não, eu acho que foi um pouquinho antes. Eu não tenho muito essa data precisa, mas não foi nesse dia 28 não. Foi um pouquinho antes. Mas foi no próprio mês de novembro.

MPM: Mas o que foi que ela lhe relatou que estava acontecendo?

TESTEMUNHA: Ela me falou que ela estava limpando o banheiro, que ele chegou por trás, pegou no cabelo dela e tentou beijar o pescoço dela. Depois disso, ela se retirou do lugar, devia a ela ter ficado realmente abalada, tirou o material de limpeza, deixou tudo lá e foi realmente embora.

MPM: O senhor soube que ainda houve uma outra abordagem, posterior a essa? Uma abordagem que foi visualizada pelo então S2 Luan?

TESTEMUNHA: Soube sim, o próprio Luan me falou bem de forma vaga, mas ela me falou que o Soldado Luan viu essa abordagem, dele indo atrás dela. Os relatos eram sempre dessa forma, ela passava, ele ia atrás, em lugar em que não esteja com muita gente a vista, para realmente fazer esses atos, de acordo com a própria P. Mas o próprio Luan viu um fato desse aí.

MPM: O senhor disse que não tem provas, mas o senhor também ouvir falar que ele importunava outras funcionárias?

TESTEMUNHA: Aí a gente vai entrar em outro campo doutora. Porque a gente tem uns questionamentos que aconteciam com outra funcionária, especificamente, que ela é uma testemunha mas não está presente (...) Mas há relatos de que ele teve algumas situações com essa funcionária, de forma muito mais pertinente e muito mais profunda.

MPM: Quando o senhor fala pertinente e profunda, o senhor quer dizer mais grave ou mais íntima?

TESTEMUNHA: Os dois.

MPM: Essa funcionária seria a Mônica?

TESTEMUNHA: Sim, correto.

DEFESA: Eu gostaria de saber se o senhor tem alguma relação pessoal com o autor?

TESTEMUNHA: Nenhuma relação, só profissional.

(...)

DEFESA: O sargento sabe a respeito da cobrança que o Capitão MANGHI tinha a respeito de prazos e da postura em relação aos funcionários?

TESTEMUNHA: É a própria função do superior hierárquico cobrar o que está previsto nos regulamentos.

DEFESA: Essas cobranças eram frequentes, eram abusivas, normais?

TESTEMUNHA: A parte do superior cobrar posturas e uniformes que estão previstos no regulamento, faz parte da função do superior hierárquico. Senão ele vai prevaricar.

DEFESA: Quanto à razoabilidade e a proporcionalidade, nada?

TESTEMUNHA: Nada. Normal (...);

3) Maj Aer Mauro de Carvalho Coelho, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) Na época desses fatos que foram lidos na Denúncia, o senhor estava servindo no Destacamento?

TESTEMUNHA: Sim senhora, como Comandante e ainda sou o Comandante do Destacamento.

(...)

JUÍZA: Os fatos foram levados ao senhor em que momento? E qual a providência?

TESTEMUNHA: Eu estava no hospital, acompanhando meu filho em um tratamento de saúde, isso foi, se não me engano, num sábado à noite, eu recebi uma ligação lá do destacamento, do Sargento Jorge, que me relatou que ele tinha presenciado uma reclamação da Ofendida em relação ao fato (...) Num sábado a noite, se não me engano no dia 14 de dezembro do ano passado, 2019, uma ligação informal do Sargento Jorge dizendo que a funcionária da AR2, a P., estava reclamando dessas importunações e exigindo ou solicitando uma providência da Aeronáutica. Então eu achei muito estranho isso tudo, porque eu jamais desconfiei que esse fato pudesse acontecer, então eu falei com ele o seguinte: "olha, fala para ela então ir a um órgão especializado de atendimento à mulher e formalizar isso, formalizar essa reclamação, porque só assim eu posso pronunciar, enquanto não tiver um documento oficial dela relatando isso daí, eu não poderia tomar providência, porque parecia uma futricagem (sic) ou um boato". Então ele disse que ia conversar com ela sobre isso e logo em seguida o Sargento Saturnino entrou em contato comigo, mais tarde, e me confirmou esses fatos, que realmente isso estava acontecendo e que ela iria

procurar os direitos dela e buscar formalizar essa situação junto à Delegacia da mulher.

JUÍZA: Ela não chegou a relatar presencialmente para o senhor?

TESTEMUNHA: Depois desse fato, eu retornei ao destacamento, porque eu estava no Rio de Janeiro. Quando eu retornei ao Destacamento, na quinta-feira, se não me engano, dia 19, ela compareceu a minha sala e entregou o Boletim de Ocorrência e me entregou uma carta também relatando esses fatos.

MPM: (...) antes desse telefonema que o senhor recebeu, o senhor já tinha ouvido falar de atitudes inadequadas do Capitão MANGHI em relação a funcionárias mulheres?

TESTEMUNHA: Nunca, em tempo algum. Tanto que eu fiquei um pouco surpreso com essa história (...) a partir do momento que ela formalizou a queixa, nós tomamos as providências.

MPM: O senhor conhecia o Capitão MANGHI há quanto tempo?

TESTEMUNHA: Desde 2017, quando eu cheguei ao Destacamento de Porto Seguro.

MPM: Então quando o senhor soube desse fato, o senhor tinha 2 (dois) anos que conhecia o Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Aproximadamente.

MPM: O senhor soube que foi determinado que as funcionárias mulheres não fizesse, limpeza na área em que o Réu trabalhava?

TESTEMUNHA: Isso eu providenciei após ela ter formalizado essa queixa, e numa outra situação que o Sargento Saturnino me relatou, eles já haviam tirado ela de lá antes, da torre, mas eles não me passaram essa situação. Eles tentaram resolver entre eles.

MPM: O senhor soube que posteriormente o Réu determinou que as mulheres voltassem a fazer a limpeza na torre?

TESTEMUNHA: Sim senhora. Depois que tudo isso veio à tona, e chegou ao meu conhecimento, eles me relataram esse fato sim. O Sargento Saturnino me relatou esse fato.

MPM: A providência de retirar as mulheres da limpeza da torre foi do senhor?

TESTEMUNHA: Essa providência realizada antes desse fato não. Tanto que eu nem fiquei sabendo disso. Eu não sabia que elas tinham saído de lá e depois elas retornaram, porque os funcionários trocam muito. O destacamento está dividido em 2 (duas) partes, ora eles estão num lugar, ora eles estão em outro. E aí é comum acontecer esse rodízio.

MPM: O senhor também falou que a Ofendia lhe entregou o Boletim de Ocorrência e uma carta. O senhor chegou a conversar com ela sobre o fato?

TESTEMUNHA: Ela entrou na minha sala, me apresentou a carta, eu li, me apresentou o Boletim e informou que isso estava acontecendo, mas eu não entrei muito em detalhes com ela pessoalmente. Ela se limitou a entregar os documentos, disse que isso estava acontecendo, mas ela foi bem superficial e não entrou muito em detalhes, porque também é uma situação muito difícil e constrangedora.

(...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) Foi o senhor que o informou a respeito da Denúncia e o afastamento das funções?

TESTEMUNHA: Sim senhora, assim que eu recebi o Boletim de Ocorrência, eu fui orientado pela Assessoria Jurídica do CINDACTA-3, em Recife, a chamar ele na minha sala e dar ciência do que estava acontecendo, para que ele pudesse se preparar, para poder se defender.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Mas o senhor não informou quem havia feito a denúncia?

TESTEMUNHA: Não. Eu fui orientado a não informar quem seria a vítima.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Ele perguntou?

TESTEMUNHA: Ele perguntou e eu disse que não tinha sido autorizado a informar.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E o senhor lembra que dia foi isso?

TESTEMUNHA: Lembro, isso foi na quinta-feira, dia 19 de dezembro de 2019.

DEFESA: Quando o senhor foi ao Rio de Janeiro, foi o Capitão MANGHI quem substituiu o senhor no Comando?

TESTEMUNHA: Quando eu estava fora do Destacamento, fisicamente, o Capitão MANGHI era o segundo mais antigo, então ele assumiu como mais antigo do Destacamento.

(...)

DEFESA: O senhor foi ao Rio de Janeiro para cuidar do seu filho, o senhor lembra mais ou menos a data de ida e de retorno?

TESTEMUNHA: Eu saí de Porto Seguro no dia 23 de outubro e retornei no dia 18 de dezembro, quarta-feira.

DEFESA: O senhor retornou apenas para dar ciência ao Capitão MANGHI, ou o senhor já ia retornar de qualquer forma?

TESTEMUNHA: Não (...) O meu retorno para Porto Seguro não teve nada a ver com esse fato.

DEFESA: O major confirma uma média de trabalho de 10 (dez) a 12 (doze) horas por dia de trabalho no local, mais ou menos assim, umas 12 (doze) horas de trabalho?

TESTEMUNHA: A nossa disponibilidade é 24 (vinte e quatro) horas (...) Mas vamos falar só do horário de trabalho no local de trabalho, nosso expediente é de 8h às 16h, eu acredito que 10 (dez) horas, em média.

(...)

DEFESA: O senhor tem ciência de uma reunião de serviço que aconteceu em Recife do dia 25 de novembro ao dia 8 de dezembro de 2019?

TESTEMUNHA: Sim, tenho conhecimento.

DEFESA: Foi o Capitão MANGHI quem foi para essa reunião?

TESTEMUNHA: Foi. Eu não tenho como precisar o período.

DEFESA: Essa ida do Capitão MANGHI foi substituindo o Major?

TESTEMUNHA: Foi. Eu estava de licença e ele foi no meu lugar (...);

4) Civil Alessandra de Jesus Stefanelli, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) A senhora é colega de trabalho da P.?

TESTEMUNHA: Sim.

JUÍZA: Então a senhora trabalha na empresa de limpeza?

TESTEMUNHA: Sim.

JUÍZA: A senhora trabalha ainda na empresa?

TESTEMUNHA: Sim.

JUÍZA: O que a senhora pode dizer a respeito desses fatos da Denúncia?

TESTEMUNHA: A P. comentou sobre o assunto comigo, mas eu não cheguei a ver nada não. Ela falou comigo sobre o que estava acontecendo com ela na torre.

JUÍZA: E a senhora pode relatar o acontecido?

TESTEMUNHA: Ela falou que tava (sic) no banheiro, foi abaixar para pegar o produto e ele tentou agarrar ela e na copa, acho que foi, puxou ela pelo cabelo e tentou beijar ela.

JUÍZA: A senhora trabalhava lá a quanto tempo?

TESTEMUNHA: Eu comecei em novembro. Eu entrei dia 1º de novembro.

JUÍZA: De 2019?

TESTEMUNHA: Isso.

JUÍZA: A senhora já tinha sofrido algum tipo de importunação dele?

TESTEMUNHA: Não.

JUÍZA: Então a senhora soube desse fato que a P. contou?

TESTEMUNHA: Isso.

MPM: (...) então ela lhe relatou o que aconteceu com ela dentro do banheiro masculino?

TESTEMUNHA: Isso.

MPM: Ela lhe disse mais ou menos como foi que isso aconteceu?

TESTEMUNHA: Assim, a data, o dia exato, eu não me lembro, mas ela chegou a me falar (...) mas ela me falou abaixou para pegar um produto e se deparou com ele tentando agarrar ela.

MPM: Ela comentou com você se isso já vinha acontecendo a algum tempo?

TESTEMUNHA: Sim, ela chegou a comentar.

(...)

MPM: Ela revelou a você de que ela tinha receio que o marido soubesse?

TESTEMUNHA: Sim.

(...)

MPM: Você foi importunada pelo Réu?

TESTEMUNHA: Não. A única coisa que eu lembro foi que eu estava limpando a sala de um Sub e ele chegou, me abraçou e beijou minha mão e perguntou se eu estava bem.

MPM: Mônica é uma colega sua?

TESTEMUNHA: Quando eu entrei na empresa ela era sim colega minha, mas ela estava de licença maternidade.

MPM: Você sabe me dizer se Mônica também sofreu algum tipo de importunação?

TESTEMUNHA: Para mim ela nunca disse nada sobre isso não.

MPM: Mas você ouvia comentários que o Capitão MANGHI abordava as mulheres?

TESTEMUNHA: Sim.

MPM: Como eram esses comentários?

TESTEMUNHA: Só que ele já tinha dado em cima de outras mulheres. A única coisa que eu ouvi falar foi isso.

MPM: Você continua trabalhando na torre?

TESTEMUNHA: Continuo.

MPM: Você sabe que P. está fazendo acompanhamento psicológico e psiquiátrico?

TESTEMUNHA: Sim.

MPM: Ela chegou a comentar como ela estava se sentindo a ponto de precisar fazer esse acompanhamento?

TESTEMUNHA: Acho que ela não chegou a comentar. Ela só andava bastante deprimida, bastante triste, chorando. Ela chorava bastante.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: você fazia faxina em algumas casas da Vila da Aeronáutica?

TESTEMUNHA: Sim.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Você chegou a escutar algum comentário sobre o Capitão em alguma dessas faxinas que você fazia antes de trabalhar para a empresa?

TESTEMUNHA: Sim.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E o que as pessoas falavam?

TESTEMUNHA: Que ele dava em cima de mulheres.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Mas essas mulheres eram o que? Oficiais, eram esposas de Oficiais?

TESTEMUNHA: Acho que eram esposas.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Então você ouviu esse tipo de comentário de esposas de Oficiais?

TESTEMUNHA: Isso.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: De mais de uma?
TESTEMUNHA: Mais de uma.

DEFESA: Antes de trabalhar na empresa, você já trabalhou na casa do Autor em algum período?

TESTEMUNHA: Já sim. Já dei faxina na casa dele.

DEFESA: Durante esse período ele já te abordou de alguma forma diferente ou sempre te tratou de forma normal?

TESTEMUNHA: Ele sempre me tratou de forma normal. Eu sempre levava meu filho e ele e a esposa dele sempre tratou eu e meu filho super bem (...);

5) Civil Mônica Silva de Souza Costa, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) a senhora era colega de trabalho dela, em que período a senhora trabalhou no local?

TESTEMUNHA: Eu trabalhei lá quase 3 (três) anos.

JUÍZA: De quando a quando.

TESTEMUNHA: Olha, tem 4 (quatro) meses que eu saí do trabalho. Fez 3 (três) anos que eu trabalhei na empresa em agosto e eu saí em setembro.

JUÍZA: A senhora soube pela P. dos fatos constantes da Denúncia?

TESTEMUNHA: Sim senhora.

JUÍZA: O que ela falou para a senhora?

TESTEMUNHA: Ela falou pra (sic) mim que ela tinha denunciado ele, porque eu não tavo (sic) no trabalho, eu tava (sic) de licença maternidade quando aconteceu (...) aí ela falou para mim que tinha denunciado ele porque ele tava (sic) assediando ela.

JUÍZA: A senhora chegou a falar para ela e para outras colegas de trabalho que também era assediada por ele?

TESTEMUNHA: Eu cheguei a falar para ela que tinha acontecido algumas coisas lá comigo e que eu nem queria me envolver nisso (...) Eu cheguei a falar para ela que ele tinha falado algumas coisas comigo, mas que eu não liguei não.

JUÍZA: Ele tinha tentado aproximação corporal com a senhora?

TESTEMUNHA: Não. Ele chegou a passar a mão no meu cabelo e a falar algumas coisas, mas ele me tratava muito bem. Então teve (sic) coisas que ele falou comigo que eu nem liguei, mas ele nunca me agarrou sem eu querer não. Ele nunca me agarrou.

JUÍZA: Que tipo de coisa que ele falava?

TESTEMUNHA: Ah, ele me elogiava. Sempre que eu fazia café, ele elogiava meu café. Falava que eu tava (sic) bonita, falava coisas assim.

JUÍZA: A senhora tem conhecimento de alguma outra colega que já tenha sido importunada por ele?

TESTEMUNHA: Não. Que eu saiba foi só a P. mesmo.

MPM: (...) quando a P. comentou com a senhora sobre o que aconteceu com ela, ela também comentou que já vinha sendo vítima dessa importunação a algum tempo?

TESTEMUNHA: (...) ela falou que era a algum tempo, que ele ficava pegando no cabelo dela e que ela não estava gostando, que ela já tinha pedido para ele parar e ele não tinha parado e que já estava passando do limite. Eu não vi porque também não tavo (sic) lá.

MPM: Ele tentava beijá-la?

TESTEMUNHA: Eu não.

MPM: A P., ele tentava beijá-la?

TESTEMUNHA: Isso eu já não sei.

MPM: Quando foi que ela lhe relatou isso? Você tem mais ou menos alguma idéia?

TESTEMUNHA: Não me lembro (...)

(...)

MPM: Então essa conversa de vocês duas foi depois que ela denunciou ele?

TESTEMUNHA: Foi. Depois que ela denunciou ele que ela falou para mim. Que ele tava (sic) assediando ela e tava (sic) passando do limite. Foi quando ela me falou que tinha colocado o meu nome e que eu teria que testemunhar, que eu nem queria. Mas aí foi quando ela falou comigo.

MPM: Você poderia descrever, se você puder, com mais detalhes, como foi essa abordagem do Capitão MANGHI no banheiro masculino na torre, quando ela foi pegar material de limpeza?

TESTEMUNHA: Eu não sei porque eu não vi.

MPM: Mas o que ela lhe disse.

TESTEMUNHA: (...) ela só falou para mim que estava pegando uns produtos e que ele chegou a abordar ela pegando no cabelo (...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) você chegou a sofrer algum tipo de assédio?

TESTEMUNHA: (...) se ele falou alguma coisa comigo, foi eu que deixei e eu que aceitei. Então comigo não teve assédio nenhum.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Mas nunca chegou a ter contato físico?

TESTEMUNHA: Nunca tive relação com ele, nenhuma.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Mas no depoimento que você prestou, você chega a mencionar um fato de que ele teria te apertado na cintura e que teria machucado.

TESTEMUNHA: Ah... foi.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Você pode explicar melhor como foi isso?

TESTEMUNHA: A gente sempre conversava e sempre brincava né. Aí, uma vez eu tava (sic) fazendo café, nem vi ele chegando e de repente ele me apertou. Mas foi só isso mesmo que ele passou do limite, só foi isso.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E você chegou a chamar a atenção dele?

TESTEMUNHA: Chamei. Disse que ele tinha me machucado e que era para ele parar com aquilo, só que ele levava tudo na brincadeira.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E você acha que ele aparentava ter algum tipo de interesse em você?

TESTEMUNHA: Eu acho que sim.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E vocês chegaram a ter algum tipo de relacionamento mais íntimo?

TESTEMUNHA: Eu acabei de falar que não.

DEFESA: (...) você falou que ele chegava e te abraçava, mas que você não via maldade nisso. Você via ele tratando assim outras pessoas além de você?

TESTEMUNHA: Não, ele não chegava e me abraçava não. Eu não falei isso não. Eu falei que ele chegava comigo e brincava, mas me abraçar não.

DEFESA: Nunca nesse sentido?

TESTEMUNHA: Não (...);

6) Civil Valmir de Santana da Conceição, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) o senhor trabalha na empresa de limpeza que presta serviços no Destacamento? Na empresa AR2?

TESTEMUNHA: Sim senhora. Trabalho na empresa AR2 Serviços, que presta serviço ao Destacamento.

JUÍZA: Qual é sua função lá?

TESTEMUNHA: Eu sou encarregado do grupo. Sou auxiliar de limpeza, mas sou encarregado do grupo.

JUÍZA: (...) o senhor é tipo um supervisor do grupo?

TESTEMUNHA: Mais ou menos. Eu faço de tudo. Eu faço os serviços e organizo o grupo.

JUÍZA: Você presta serviço lá desde quando?

TESTEMUNHA: Desde que começou a empresa, tem cerca de 3 (três) anos.

(...)

JUÍZA: (...) vamos aos fatos da Denúncia. O senhor soube desses fatos, a P. se queixou com o senhor sobre o que estava acontecendo?

TESTEMUNHA: A P. me procurou e me informou sobre uma situação que tinha acontecido no banheiro da torre, no setor do DTCEA e ela me falou que estava fazendo uma limpeza no banheiro e o Capitão MANGHI, ele entrou e segurando ela pelo pescoço, ficou acariciando ela e ainda falou umas palavras obscenas. Eu falei para P. se ela queria que eu comunicasse ao responsável da Aeronáutica e ao Comandante e ela disse que sim. Então eu procurei o Comandante e passei a situação, através do Sargento Saturnino, que é o nosso supervisor.

JUÍZA: Ela comunicou só esse fato ou ela comunicou que ela tinha sido importunada várias vezes na pessoa dele, ela chegou a relatar isso?

TESTEMUNHA: Quando a P. me falou essa situação, eu perguntei para ela se tinha como ela contornar a situação, que eu já tinha ouvido da boca da senhora Mônica, que o Capitão MANGHI já tinha falado alguns elogios pra ela e eu perguntei para a senhora Mônica (...) se ela queria que eu levasse para o responsável, e ela disse que não, que contornava a situação. Depois de um bom tempo foi a situação da P., e eu perguntei à P. a mesma coisa, se ela queria que eu levasse a situação para o responsável, que era o Major e ela disse que sim, porque já aconteceu (sic) outras situações, que ela não me informou e que então era melhor eu levar para a última fase. Eu peguei e falei para o Sargento Saturnino que é o supervisor do grupo e pedi para ele falar ao Major. Então o Sargento Saturnino passou para o Major e o Major tomou as devidas providências e orientou a senhora P. a ir na Justiça e prestar queixa.

JUIZ MILITAR: (...) quando você ficou ciente desses fatos, com a dona P., você reportou essa situação para o responsável da empresa?

TESTEMUNHA: Eu falei a situação para o responsável da empresa e ele me disse o seguinte: "oriente a senhora P. e se a situação, se ela achar por bem procurar a justiça, não se meta nisso. Deixa que a senhora P. resolva a situação. A empresa não pode proibir um funcionário de tomar uma providência em relação a alguma coisa que está prejudicando ela.".

(...)

JUÍZA MILITAR: (...) o senhor falou que a senhora Mônica já tinha relatado um fato que tinha acontecido com ela em relação ao Capitão?

TESTEMUNHA: Sim.

JUÍZA MILITAR: E nessa situação vocês fazem um reunião para que as coisas não fiquem tipo "disse que me disse", para esclarecer as coisas e atualizar os tratamentos, como se portar na empresa, houve alguma coisa nesse sentido?

TESTEMUNHA: A senhora Mônica me comunicou essa situação quando ela já estava saindo de licença maternidade (...) quando essa situação aconteceu, que entrou a Alessandra, eu chamei as 3 (três) e pedi o apoio aqui numa sala reservada, eu chamei a senhora Mônica, a senhora Alessandra e a senhora Rosineide, orientei as 3 (três) que devido a situação ter acontecido com a senhora Mônica. Não citei a situação que tinha

acontecido, mas eu citei de que forma elas poderiam se comportar com os militares, tipo, manter uma convivência com os militares de uma maneira formal. Sem brincadeira, sem muito elogio, sem conversas paralelas. Bom dia, boa tarde, senhor, senhora, tratar todos de maneira formal para que não viesse a acontecer esse tipo de situação. Mas não citei a situação da senhora Mônica (...) quando aconteceu a situação com a senhora P., houve sim uma comunicação com os responsáveis.

JUÍZA MILITAR: E quando você soube da situação da Mônica, você já sabia alguma coisa em relação à senhora P.?

TESTEMUNHA: Não. Na situação da Mônica, ainda não tinha acontecido nada com a P., porque a escala da Mônica era sempre torre, o setor onde trabalhava o Capitão MANGHI, então desde que a empresa entrou a Mônica foi escalada para trabalhar nesse setor. Quando a Mônica saiu de licença maternidade, entrou as outras mulheres para trabalhar no mesmo setor, então começou a ter mais frequência de mulheres no mesmo setor. Como antes não tinha a frequência de outras mulheres, era uma vez ou outra que alguma substituía a Mônica, não tinha ouvido nada disso. Depois que a Mônica saiu de licença maternidade, a senhora P. começou a trabalhar lá com mais frequência, a senhora Rosineide e a substituta da Mônica, a senhora Alessandra.

MPM: (...) eu percebo na sua fala que o senhor se reporta muito à situação da Mônica (...) qual foi a situação da Mônica?

TESTEMUNHA: (...) não houve situação da Mônica com o Capitão, a única situação da Mônica, porque a Mônica, quando estava na véspera da licença maternidade, me procurou e falou que houve alguns elogios do Capitão. Isso ela já vinha trabalhando lá há algum tempo (...)

MPM: Quando P. lhe procurou para relatar o fato que aconteceu, ela lhe reportou somente o fato que aconteceu no banheiro masculino ou ela também lhe falou que ela já vinha sendo importunada em outros momentos anteriores?

TESTEMUNHA: A senhora P. não comunicou para mim nenhuma situação de outros momentos. Não comunicou detalhes de outras situações, comunicou que houve situações anteriores e ele não me comunicou nenhum detalhe. Então eu só posso afirmar aquilo que a P. me falou (...)

MPM: O senhor poderia me descrever o que ela lhe relatou em relação à situação do banheiro?

TESTEMUNHA: (...) que ela estava limpando o banheiro masculino e que o Capitão MANGHI entrou e segurou no seu pescoço e

acariciou, falou algumas palavras que ela não expressou, de elogio, foi o que ela me relatou.

MPM: Ela chegou a dizer que tipo de palavras ele utilizou naquele momento?

TESTEMUNHA: Para mim não. Como ela não gostou, ela me comunicou e eu passei para o responsável (...)

MPM: O senhor se recorda quando foi que esse fato do banheiro aconteceu?

TESTEMUNHA: Eu sou péssimo de memória, em data específica não. Eu lembro que foi logo depois que saiu a senhora Mônica de licença maternidade (...)

MPM: O senhor se recorda que o Sargento Saturnino determinou que as mulheres que faziam a limpeza não trabalhassem mais no setor em que trabalhava o Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Assim que eu comuniquei ao Sargento Saturnino sobre a situação da senhora P., então o Sargento Saturnino determinou, como nosso supervisor, que eu não colocasse mais as mulheres no setor do posto da torre para fazer o serviço. Logo um tempo depois, acho que uma semana depois (...) logo que eu comuniquei a situação da senhora P.

MPM: E por que elas voltaram a trabalhar lá depois dessa ordem?

TESTEMUNHA: A situação foi feita por esse motivo, porque estava tendo um processo contra o Capitão e eles pediram para que a gente não deixasse as mulheres lá. Um tempo depois, o Capitão foi suspenso desse posto de serviço e elas voltaram a trabalhar. O que me explicaram é o seguinte: para que evitasse acontecer outras situações semelhantes então tiraria as mulheres do posto de serviço. Eu comuniquei a empresa e a empresa disse: vamos fazer como a Aeronáutica está pedindo (...) Eu não me recordo muito bem, mas foi umas 2 (duas) ou 3 (três) semanas mais ou menos que aconteceu essa situação.

MPM: O senhor saberia me dizer se o Capitão MANGHI, antes de ser afastado determinou que essas mulheres voltassem a fazer a limpeza no seu local de serviço?

TESTEMUNHA: Se determinou eu não sei, porque para mim ele não falou mais nada. Depois da denúncia, nós não tivemos mais contato nenhum.

MPM: Qual era o sentimento que P. sentia em relação a tudo isso que ela viveu?

TESTEMUNHA: (...) ela ficava muito triste com essa situação e que era uma situação muito desagradável.

(...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) ele convencer o senhor a pressionar a P. para retirar a queixa?

TESTEMUNHA: (...) ele me procurou, isso eu nem sabia que a P. tinha dado queixa, a situação foi passada para o Comandante, eu nem sabia que a P. tinha dado queixa, ele me procurou e disse: "Valmir estou sabendo que uma das funcionárias da AR2 deu queixa de mim" e eu perguntei se ele sabia quem era e ele me disse que queria que eu conversasse com elas e que retirasse a queixa, porque se ela retirasse a queixa, a gente resolve as coisas entre a gente e assim não precisa ir para a Justiça. Isso ele falou para mim.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E como que você ou ele ou os dois chegou a conclusão de que essa pessoa era a P.?

TESTEMUNHA: Eu não sabia que a situação era com a P., então quando eu cheguei em casa eu comecei a ligar para as mulheres, e aí chegou no telefone da P. A Rosineide disse que não, a Alessandra disse que não foi ela, aí eu liguei para P. e ela disse que foi ela e eu nem sabia que o telefone da P. estava grampeado e acabei levando uma advertência da Justiça de que eu estava me metendo onde não deveria.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Foi aí que o senhor descobriu que era a P.

TESTEMUNHA: Sim.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Quem é a Tenente ou Sargento Christiane?

TESTEMUNHA: Quando da situação que o Capitão MANGHI me procurou, a Tenente Christiane estava junto com ele, então ele fez esse pedido para mim na frente dela.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E a Tenente Christiane não teve nenhuma participação, não falou nada com o senhor, não ficou ao lado do senhor quando o senhor ligou para a P.?

TESTEMUNHA: Não. Eu liguei para P. depois, eu não liguei na hora na frente de nenhum deles não (...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Você disse que antes do que aconteceu com a P., só havia o relato da Mônica e que vocês fizeram uma reunião com as funcionárias para que elas melhorassem o comportamento delas?

TESTEMUNHA: Sim. (...)

DEFESA: o ambiente de trabalho de vocês era descontraído, como era a rotina?

TESTEMUNHA: (...) As meninas que trabalham dentro das salas dos militares, elas também trabalhavam de uma forma padrão, mas já tem mais contato. Eu não sei direito como é o convívio das meninas, se é muito descontraído ou não, porque eu não trabalho com elas. Meu serviço é no campo. Eu somente oriento elas de como devem fazer.

DEFESA: Mas o que seria esse comportamento padrão, que você tentou instituir depois desse incidente nas funcionárias?

TESTEMUNHA: O comportamento padrão é o seguinte: tem que tratar todos os militares de uma maneira formal, bom dia, boa tarde, boa noite, posso entrar, dá licença, a maneira formal de lidar, sem muita intimidade (...) sem muita intimidade, porque a gente trabalha num setor que tem mais homens do que mulheres, então o comportamento de uma mulher trabalhando no meio dos homens teria que ser formal. Eu sempre dizia para elas que os militares aqui dentro são os nossos patrões, e se trata patrão de maneira formal, sem muita intimidade, para evitar esse tipo de situação, tipo assédio.

DEFESA: Então antes dessa sua determinação para o comportamento padrão (...) era tudo mais informal?

TESTEMUNHA: Não. Toda vida existiu esse comportamento. Ele passou a ser mais exigido por minha parte depois da situação, mas toda vida houve esse tipo de comportamento (...)

DEFESA: O senhor tem conhecimento a respeito de cobranças que o Capitão MANGHI fazia em relação a uniforme, postura e horários dos funcionários?

TESTEMUNHA: Para mim não houve esse tipo de cobrança. Se houve não foi para mim (...).

No dia 2 de março de 2021, a Defesa juntou aos autos documentos relativos às avaliações profissionais do Acusado, bem como comprovantes de viagens realizadas pelo Réu a serviço da Força Aérea.

Nesse mesmo dia 2 de março de 2021, foram inquiridas em Juízo as testemunhas arroladas pela Defesa:

1) Cap Aer R/1 Luis Macena Lima, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) o senhor foi ouvido na fase de investigação?

TESTEMUNHA: Não senhora, não fui ouvido.

JUÍZA: O senhor presenciou algum desses fatos da denúncia?

TESTEMUNHA: Não senhora.

JUÍZA: O senhor conhece o acusado, Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Conheço. Quando eu fui Comandante do Destacamento, nos anos de 2015 e 2016, e ele, por necessidade de serviço, se apresentou no final de 2015 e início de 2016, para servir no Destacamento.

(...)

DEFESA: (...) Capitão, o senhor foi comandante do destacamento nos anos de 2015, 2016?

TESTEMUNHA: Exato.

DEFESA: O senhor sabe qual o objetivo da transferência do Capitão MANGHI para Porto Seguro? Foi a pedido do senhor? O senhor sabe algo sobre essa transferência dele?

TESTEMUNHA: A transferência dele foi para atender a necessidade de um Oficial de Operações CTA uma vez que o Destacamento estava sem esse profissional e no momento eu estava ocupando as duas funções, de Comandante e de Oficial de Operações.

DEFESA: Existia a necessidade no Destacamento, naquele momento, de alguém com as características do Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Exatamente. Um Oficial, especialista em controle de tráfego aéreo, para gerenciar a parte de meteorologia, informações e controle.

DEFESA: Esses serviços foram prestados da maneira correta?

TESTEMUNHA: Sempre foram prestados de maneira correta.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) o senhor tem conhecimento do envolvimento do Capitão MANGHI em alguma situação similar a essa narrada na Denúncia?

TESTEMUNHA: Durante a época que eu servi lá como Comandante, não tomei conhecimento direta ou indiretamente sobre nada relacionado a esse fato.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Não só em Porto Seguro, mas em qualquer outro lugar, ainda que não oficialmente, mas por ouvir falar, o senhor teve conhecimento?

TESTEMUNHA: Não senhora (...);

2) 3º Sgt Aer Marianna da Silva Pinheiro, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) a senhora trabalhou com o Réu em que período?

TESTEMUNHA: Eu não lembro o ano que ele chegou em Porto, mas eu trabalhei até o período que ele saiu de lá.

JUÍZA: É em Porto Seguro, no Destacamento?

TESTEMUNHA: Isso.

JUÍZA: A Senhora tomou conhecimento dos fatos da Denúncia, ou presenciou ou soube através de alguém desses fatos?

TESTEMUNHA: Não, eu nunca presenciei nenhum fato, nem comigo, nem com ninguém e eu fiquei sabendo dos fatos só após a acusação ter sido feita, e no caso, ele perguntou se eu poderia ser testemunha e eu só fiquei sabendo a partir desse momento.

DEFESA: (...) qual era sua função no destacamento de Porto Seguro?

TESTEMUNHA: (...) controladora de tráfego aéreo.

(...)

DEFESA: A senhora já chegou a trabalhar na mesma sala que o Capitão em algum momento?

TESTEMUNHA: Sim, no momento em que eu fiquei afastada do controle por problemas de saúde pessoal.

DEFESA: Como era o ambiente nessa sala com o Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Durante o tempo que eu trabalhei nessa sala com o Capitão, era um ambiente tranquilo, com muito serviço (...) em relação a contatos pessoais, era um ambiente saudável, todo mundo se respeitava, todo mundo se falava. O Capitão, comigo, sempre foi muito respeitoso (...) eu nunca presenciei, durante o período que eu permaneci na mesma sessão com ele, eu nunca presenciei nenhum fato nem naquela sala e nem em nenhuma outra sala. A sala sempre ficava ali a acessível a todo mundo, Soldados ficavam lá dentro também (...) nunca presenciei nada lá e eu posso dizer que era um ambiente saudável.

DEFESA: A senhora sabe me informar se a rotina do Capitão MANGHI era de muito trabalho, se ele tinha muito tempo disponível?

TESTEMUNHA: Em relação a serviço dele, sim, chefe de Setor Operacional, principalmente de Destacamento, é uma rotina bem puxada (...) Eu nunca parei para observar quando ele saia da sala, o que ele ia fazer (...) mas é uma batida de muito serviço.

DEFESA: E suas outras colegas do Destacamento, já existiu algum tipo de conversa, algum tipo de notícia com relação a um fato parecido, até mesmo nesse fato sobre o Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Não. Em relação a essa acusação eu nunca ouvi nada.

DEFESA: E com relação a outras situações, já chegou ao seu ouvido?

TESTEMUNHA: Não (...) Eu, Marianna, nunca ouvi nem presenciei nada sobre esse assunto.

DEFESA: Você enxerga um bom relacionamento do Capitão com as mulheres no Destacamento?

TESTEMUNHA: Sim (...) principalmente com as meninas que eu sempre convivi (...) sempre uma relação de respeito (...)

(...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Antes do seu depoimento na Delegacia, você sabia que a Denúncia tinha sido feita pela P.?

TESTEMUNHA: (...) O Capitão me chamou perguntou se eu poderia ir depor, me explicou o fato e falou que estava sendo acusado. Eu lembro que falou comigo bem próximo da ida à Delegacia, não lembro 100% da conversa, mas foi breve. Não lembro se eu fiquei sabendo no dia na Delegacia ou se ele me falou no dia em que conversou comigo.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Você conhecia a P.?

TESTEMUNHA: Sim.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Como era o tratamento dela com você?

TESTEMUNHA: Comigo sempre foi um tratamento normal, gentil, um tratamento normal.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E com outros colegas de trabalho?

TESTEMUNHA: O que eu presenciava também eram tratamentos normais, sem observações nem negativas e nem positivas a fazer (...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Você se recorda da oportunidade em que retiraram as mulheres da limpeza da torre e colocaram um homem?

TESTEMUNHA: Eu percebi que tiraram as mulheres e que o Júnior que é um rapaz que auxilia na limpeza começou a trabalhar lá, mas nunca me atentei aos motivos.

(...)

JUÍZA: (...) o comportamento dela, era no padrão, era acima ou abaixo do padrão, ou ela provocava conversas, ela era tido no desempenho do trabalho dela por procurar conversar com os senhores (...)

TESTEMUNHA: A P., eu considero um serviço dentro do padrão (...) eu sempre fui muito de conversar, então sempre puxava muito assunto, tanto com ela como com a Mônica, então quando elas estavam trabalhando, eu sempre estava conversando com elas. Nenhuma delas, principalmente a P., nunca me faltou com respeito, ela sempre foi muito...

JUÍZA: Dedicada ao serviço dela e comprometida com o que fazia?

TESTEMUNHA: Sim, no meu ponto de vista sim (...);

3) 1º Sgt Aer Revson Xavier de Oliveira, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) o senhor conhece o Capitão?

TESTEMUNHA: Sim, trabalhei com ele em Porto Seguro.

(...)

JUÍZA: E o senhor tomou conhecimento desses fatos?

TESTEMUNHA: Sim, eu estava saindo de Porto Seguro.

JUÍZA: O que o senhor soube que tinha acontecido?

TESTEMUNHA: Eu fiquei sabendo que tinha ocorrido algo no Destacamento que ninguém esperava, só isso. Ninguém falou nada. Aí eu vim transferido para Natal e aí depois que eu fiquei sabendo.

JUÍZA: Então quando o senhor chegou no destino o senhor ficou sabendo de que?

TESTEMUNHA: Que tinha acontecido a acusação de assédio da P. contra o Capitão MANGHI.

(...)

JUÍZA: O senhor trabalhava em qual setor?

TESTEMUNHA: Na seção técnica, eu sou eletricista.

JUÍZA: Mas o senhor tinha acesso à torre, ao serviço interno todo?

TESTEMUNHA: Sim senhora, eu entrava para a limpeza e manutenção de ar condicionado, manutenção na iluminação e nós tínhamos acesso a todas as localidades do Destacamento.

JUÍZA: O senhor entrava na sala em que ficava o Capitão?

TESTEMUNHA: Sim senhora.

JUÍZA: E o senhor ficava lá quanto tempo?

TESTEMUNHA: Variava, poderia ser uma simples substituição de lâmpada até a limpeza de um ar condicionado que poderia levar 1 (uma) hora.

JUÍZA: O senhor alguma vez viu alguma conduta do Capitão com a P.? Algo estanho, alguma conduta fora do normal?

TESTEMUNHA: Não.

JUÍZA: O senhor conhecia a P.?

TESTEMUNHA: Sim, ela sempre estava lá, fazendo o serviço dela.

JUÍZA: E como era o comportamento dela nesse local onde ela prestava serviço?

TESTEMUNHA: Comportamento que todo pessoal do serviço tem, fala com todo mundo, tudo normal. Tem algumas pessoas que ela tem mais intimidade e conversa mais. No meu caso, era só boa tarde e bom dia.

JUÍZA: E em relação ao Acusado, como era o tratamento entre os dois?

TESTEMUNHA: Nunca presenciei contato entre os dois.

DEFESA: O senhor chegou a trabalhar em algum momento na mesma sala que o Capitão MANGHI, fazendo serviço?

TESTEMUNHA: Sim, diversas vezes.

DEFESA: E o senhor observava alguma forma estranha no seu comportamento?

TESTEMUNHA: Super normal, cobrava o previsto, solicitava o serviço para ser feito e perguntava se tinha finalizado e dizia se estava a contento.

DEFESA: E o senhor nunca soube de algum fato semelhante envolvendo o Capitão?

TESTEMUNHA: Não, nunca.

DEFESA: O senhor sabe me dizer se era comum um ambiente de brincadeiras no trabalho?

TESTEMUNHA: Sempre formal, no jeito dele ser, pedir as coisas e solicitar, sempre bem profissional.

DEFESA: E o senhor tem algum conhecimento acerca do nível de exigência do Capitão?

TESTEMUNHA: Ele solicitava o que era previsto, o normal.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) o senhor frequentava a casa do Acusado?

TESTEMUNHA: Sim. Fui convidado para passar o Natal e o Ano Novo na casa do Capitão e também nos encontrávamos em alguns eventos no clube.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O senhor conhecia a família dele?

TESTEMUNHA: Sim, conheço (...);

4) 1º Sgt Aer Murilo Alves Silva, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) Na ocasião em que esses fatos ocorreram, no final de 2019, o senhor se encontrava em Porto Seguro?

TESTEMUNHA: Eu servia em Porto Seguro nessa época.

JUÍZA: O senhor ficou sabendo do ocorrido?

TESTEMUNHA: Fiquei sabendo depois do ocorrido, pelo pessoal.

JUÍZA: O que o senhor ficou sabendo?

TESTEMUNHA: Eu não soube de detalhes, mas eu soube que ele tinha sido acusado de assédio.

JUÍZA: Qual era sua função nessa época?

TESTEMUNHA: Eu era adjunto, encarregado de um órgão de controle em que o Capitão MANGHI era chefe.

JUÍZA: O senhor trabalhava na mesma sala que ele?

TESTEMUNHA: (...) até antes de uma reforma, nós trabalhávamos na mesma sala, depois a sala dele ficou individual, mas até junho ou julho de 2019 a sala era a mesma.

JUÍZA: Depois dessa reforma ele passou a ter uma sala individual?

TESTEMUNHA: Correto.

(...)

JUÍZA: O senhor tinha contato com o pessoal dessa empresa terceirizada de limpeza, mais especificamente com a Mônica e a P.?

TESTEMUNHA: O contato que eu tinha era apenas troca de cordialidades, no trânsito enquanto elas estavam na sala.

JUÍZA: Como era o comportamento da P.?

TESTEMUNHA: Era um comportamento normal.

JUÍZA: Respeitoso?

TESTEMUNHA: Respeitoso, sempre dava bom dia ou boa tarde para nós, não era muito de conversar comigo, mas não tinha nada fora do normal.

(...)

DEFESA: (...) o senhor trabalhava diretamente com o Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Correto.

DEFESA: O senhor poderia nos dizer qual era o nível de exigência do Capitão no trabalho?

TESTEMUNHA: Era bastante alto. O capitão MANGHI era bastante exigente com pontualidade, com os padrões militares (...)

DEFESA: (...) ele tinha o mesmo tipo de comportamento desde seus superiores hierárquicos até o pessoal que fazia a limpeza (...)

TESTEMUNHA: Correto, ele era sempre, militarmente falando (...) ele tinha aquele padrão militar que costumamos chamar de "Caxias".

DEFESA: E o senhor conhece a P.?

TESTEMUNHA: Conheço.

DEFESA: O senhor sabe nos relatar qual sua postura no ambiente de trabalho?

TESTEMUNHA: A postura dela era normal. Nunca observei nada de diferente na postura dela (...)

(...)

MPM: O senhor já passou o Natal na residência do Acusado?

TESTEMUNHA: Natal eu não me recordo. Eu me lembro de já ter estado na casa do Acusado, mas nunca o Natal.

MPM: O senhor já esteve na casa do Acusado para que? Para alguma confraternização?

TESTEMUNHA: Eu estive num aniversário dele e acho que também numa feijoada que o pessoal fez na casa dele e me convidaram.

MPM: Quem lhe convidou?

TESTEMUNHA: O Capitão.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O senhor sabe onde o Capitão servia antes de servir em Porto Seguro?

TESTEMUNHA: Servia em Salvador.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O senhor já ficou sabendo oficial ou extraoficialmente que tenha ocorrido situações similares a essa situação da Denúncia lá em Salvador?

TESTEMUNHA: Nunca ouvi falar (...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Quando foi que o Capitão pediu que você testemunhasse a favor dele?

TESTEMUNHA: Eu não tenho certeza, mas foi em meados do ano passado (...);

5) 3º Sgt Aer Zanayne Oliveira de Figueiredo, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) a senhora tem algum parentesco ou amizade com o Acusado?

TESTEMUNHA: A amizade que eu tenho com ele e com a família dele foi depois do tempo que servimos juntos. Mas parentesco não.

JUÍZA: (...) Qual período em que a senhora serviu em Porto Seguro?

TESTEMUNHA: Eu cheguei em dezembro de 2014 e fiquei até dezembro de 2019.

(...)

JUÍZA: Especificamente do que a senhora tomou conhecimento acerca dos fatos?

TESTEMUNHA: Eu só tomei conhecimento depois que tinha ocorrido a Denúncia, inclusive eu fui para a Delegacia.

JUÍZA: A senhora fala da queixa da P.?

TESTEMUNHA: Sim, formalmente já, para ir na Delegacia.

JUÍZA: A senhora foi chamada por quem?

TESTEMUNHA: Pelo Capitão MANGHI, já como testemunha de defesa naquela época.

JUÍZA: E ele explicou para a senhora o que tinha acontecido e qual era a denúncia contra ele?

TESTEMUNHA: Sim (...) ele falou que estava sendo acusado de ter assediado a P. e queria que eu fosse até a delegacia para falar como era o tratamento dele comigo.

JUÍZA: E como era o tratamento entre a senhora, ele e os colegas de serviço?

TESTEMUNHA: Era totalmente profissional (...) depois de um aniversário que teve (sic) que o pessoal que trabalhava com o capitão quis fazer uma surpresa para ele e eu fiz questão de convidar a esposa dele, a partir daquele momento e tive mais contato com ela, porque ela ficou muito agradecida por eu ter lembrado de convidar ela (...) depois disso tive a oportunidade de ter a esposa dele como amiga, mas nada muito íntimo.

(...)

JUÍZA: Como era o comportamento das funcionárias da empresa AR2?

TESTEMUNHA: Eu sempre tive um contato mais tranquilo com as meninas, porque a gente ficava muito na nossa sala e depois de um tempo eu trabalhava na minha própria sala, que ficou reservada, mas o contato que eu tinha com elas era passando pelos corredores ou na copa, quando elas iam fazer a limpeza eu saia da sala para não atrapalhar e nunca tive muita oportunidade de conversar mais a fundo. Com a Mônica eu até conversava mais.

JUÍZA: (...) Ela tinha um comportamento normal, respeitoso?

TESTEMUNHA: Sempre foi um comportamento descontraído (...) todo mundo se cumprimentava, perguntava se estava bem, nada muito aprofundado, mas também nada muito reservado.

(...)

DEFESA: (...) no período em que você trabalhou na mesma sala que o Capitão MANGHI, você percebeu algum tipo de comportamento estranho dele com as outras mulheres?

TESTEMUNHA: Não.

DEFESA: Era um comportamento normal, igual para homens e mulheres, independente da hierarquia?

TESTEMUNHA: Sim.

DEFESA: Você poderia nos relatar se o Capitão MANGHI era uma pessoa rigorosa no trabalho?

TESTEMUNHA: Era, tanto que antes dele chegar lá, eu lembro que o pessoal até comentava que ele estava vindo de Salvador e que era para tomarmos bastante cuidado com uniforme, unha, porque ele tentava manter o mesmo rigor entre homens e mulheres (...)

DEFESA: E você acha que isso pode ter causado algum tipo de impressão negativa em relação ao Capitão?

TESTEMUNHA: Eu não sei, porque lá tinham 2 (dois) prédios, um administrativo e outro operacional, quem realmente não gostava de fazer as coisas direito, tinha uma cobrança maior (...)

DEFESA: E a conduta do Capitão com você, sendo mulher, você notou alguma conduta diferente ou foi sempre uma conduta respeitosa e profissional?

TESTEMUNHA: Foi sempre de maneira profissional, até num primeiro contato que eu tive com o Capitão, eu fui contar minha situação particular, que eu engravidei de um encontro só e eu tive que contar para meu adjunto que era o Murilo e para o meu chefe também, para saber como eu iria fazer com relação à escala e ele sempre se preocupou muito comigo, mas em nenhum momento me desrespeitando, sempre muito preocupado se eu tinha falado com meus pais, como eu estava, e no período em que eu estava lá, trabalhando com ele, nunca invadiu a minha privacidade em nenhum aspecto (...) era uma pessoa que se mostrava estar sempre preocupada com as pessoas que estavam com ele.

DEFESA: Você tem quantos anos?

TESTEMUNHA: Eu tenho 28.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) você já ouviu falar de algum boato de que o Capitão estivesse envolvido em uma situação similar onde ele servia anteriormente?

TESTEMUNHA: Não.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: E aqui ou em outros locais?

> TESTEMUNHA: Não. A única coisa que eu tinha ouvido era em relação à rigorosidade (sic) dele (...).

Por ocasião das citadas inquirições, os Assistentes de Acusação contraditaram os testemunhos prestados pelo 1º Sgt Aer Revson Xavier de Oliveira e pela 3º Sgt Aer Zanayne Oliveira de Figueiredo sob o argumento segundo o qual as citadas testemunhas teriam "(...) amizade íntima com o Réu (...)".

Em relação ao 1º Sgt Aer Revson Xavier de Oliveira, a própria testemunha esclareceu que frequentava a residência do Réu apenas em ocasiões nas quais outros militares do Destacamento se faziam presentes em confraternizações.

No tocante à 3º Sgt Aer Zanayne Oliveira de Figueiredo, após deliberação, o Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 6ª CJM indeferiu o pedido defensivo, sob o fundamento de que "(...) a amizade não é íntima, mas apenas em razão do trabalho (...)".

Ato contínuo, naquele mesmo dia 2 de março de 2021, o Réu foi Qualificado e Interrogado, oportunidade na qual declarou:

> (...) JUÍZA: (...) na época desses fatos o senhor servia no Destacamento em Porto Seguro?
>
> ACUSADO: Sim senhora.
>
> JUÍZA: Conhecia a Ofendida e as testemunhas que estão na Denúncia?
>
> ACUSADO: Sim senhora.
>
> JUÍZA: O senhor tem alguma coisa a alegar contra essas pessoas?
>
> ACUSADO: Quanto à pessoa da Ofendida, alegar apenas surpresa em relação a tudo isso. Não tenho nem palavras para descrever isso.
>
> JUÍZA: O senhor participou de toda a produção da prova oral. O senhor tem algo a alegar em relação a isso ou deixa a cargo da sua Defesa?
>
> ACUSADO: Eu só gostaria de pontuar, com respeito a quando nós fomos à Delegacia, quando eu fui informado pelo Comandante do Destacamento que havia uma denúncia contra a minha pessoa na Delegacia da mulher, eu imediatamente sai da sala dele e me dirigi à Delegacia. Não me recordo se foi no dia 18 ou 19 de dezembro de 2018. Lá a Delegada me recebeu e em momento algum ela falou quem era, por questão de segurança, e ficou agendado para o dia 27 de dezembro a minha oitiva. E ela solicitou que eu levasse 3 (três) testemunhas. No dia

27 comparecemos lá, eu, a Sargento Zanayna, a Sargento Marianna e a Sargento Pires, mas eu não sabia quem era que estava me denunciando. A única coisa que a Delegada falou no dia 18 ou 19, é que era uma funcionária, aliás, o Comandante me falou, que era uma funcionária da empresa AR2. Somente isso e não citou nomes. E a Zanayna, a Pires e a Marianna, não sabiam até o dia 27 na Delegacia. Aí eu fui chamado pela Delegada, como interrogado e quando eu saí da sala, as 3 (três) militares estavam aguardando lá e aí que eu falei: "Olha, é a P. que me está fazendo essa acusação". Então foi nesse momento que elas tiveram conhecimento.

JUÍZA: O senhor se recorda quantas mulheres trabalhavam na limpeza dessa empresa?

ACUSADO: Se eu não me engano, 4 (quatro) mulheres e o restante eram homens, acho que em torno de 11 (onze) ou 12 (doze) funcionários.

JUÍZA: Mas aí o senhor sabia que uma delas tinha dado queixa?

ACUSADO: A informação que o Comandante do Destacamento tinha me dado foi essa, que uma funcionária da empresa AR2 havia me denunciado.

JUÍZA: São verdadeiros os fatos que estão descritos na Denúncia?

ACUSADO: De forma alguma.

JUÍZA: Não sendo verdadeiro, o senhor sabe por qual motivo o senhor está respondendo por esses fatos?

ACUSADO: Eu não consigo imaginar o porquê de tudo isso acontecer e estar acontecendo. O que eu posso dizer é que, sei lá, por proporcionar sempre um muito bom ambiente de trabalho, ser cortês, querer ajudar as pessoas sempre. Não sei se isso, de alguma forma, incomodou alguém, alimentou expectativa em alguém, não sei.

JUÍZA: O senhor está sendo ou já foi alguma vez processado criminalmente?

ACUSADO: Nunca. 34 (trinta e quatro) anos de serviço. Nunca.

JUÍZA: (...) o senhor chegou lá na Destacamento de Porto Seguro em que ano?

ACUSADO: Eu cheguei em 5 de fevereiro de 2016.

JUÍZA: E ficou até quando?

ACUSADO: Até 26 de fevereiro de 2020.

JUÍZA: (...) o senhor não tinha uma sala privada, o senhor trabalhava com outros militares?

ACUSADO: Sim senhora.

JUÍZA: Quando o senhor chegou lá, quantas pessoas tinham?

ACUSADO: Trabalhava eu, mais 3 (três) adjuntos e 2 (dois) soldados, às vezes, eventualmente, mais pessoas.

(...)

JUÍZA: O senhor alguma vez fez elogios para a Dona P.? Que ela não gostou?

ACUSADO: Desconheço. Apenas o padrão da faxina, da limpeza. Assim como fiz com todos os outros funcionários da empresa que lá passaram. Porque eles faziam um rodízio lá entre 4 (quatro).

JUÍZA: Alessandra e Mônica também trabalhavam nessa empresa?

ACUSADO: Também trabalhavam lá.

JUÍZA: O senhor viu na Denúncia que elas disseram que também eram assediadas pelo senhor?

ACUSADO: Totalmente infundado. Não pratiquei nada disso. Só fui cortês. Só elogiei a limpeza delas. A Alessandra, inclusive, trabalhou lá em casa, minha esposa contratou ela e depois dispensou por alguns fatos lá, mas só isso. Só fui cortês no sentido de dar bom dia, boa tarde, muitas vezes eu nem via elas lá, porque quando eu chegava para trabalhar elas não estavam por ali e eu entrava na sala, baixava a cabeça e era muito trabalho.

JUÍZA: O senhor já tinha trabalhado anteriormente em Destacamento?

ACUSADO: A minha carreira toda foi em Destacamento.

(...)

JUÍZA: O senhor teve seu nome envolvido em algum registro ou alguma queixa desse porte?

ACUSADO: Não.

JUÍZA: Porque a Denúncia narra os fatos de importunação sexual.

ACUSADO: Sim senhora.

JUÍZA: Nunca o senhor teve qualquer queixa?

ACUSADO: Eu só tive elogios por parte dos meus Comandantes, pelo trabalho que eu prestei, somente isso.

JUÍZA: O senhor é casado?

ACUSADO: Sou casado.

JUÍZA: E à época o senhor estava com a família em Porto Seguro?

ACUSADO: Sim, sempre estive acompanhado.

JUÍZA: Há quantos anos o senhor é casado?

ACUSADO: Eu estou no segundo casamento. São 11 (onze) anos agora no segundo casamento e eu tenho uma enteada de 18 (dezoito) anos e uma filha de 6 (seis) anos.

JUÍZA MILITAR: nessa situação, você consegue atribuir a alguma coisa que possa ter acontecido e que possa ter havido uma interpretação errada?

ACUSADO: Major, confesso que até hoje eu estou surpreso com tudo isso, está me causando muito desconforto, muitas noites sem dormir e eu tentei buscar alguma coisa que eu pudesse ter feito, mas eu não consigo ver nada além da cordialidade, do meu espírito de trabalhar e de querer todo mundo no mesmo nível, em tom harmônico, chamei atenção de um ou outro alguma vez, lógico, inerente ao trabalho, mas nada assim... e chamei atenção de quem precisava que eu fizesse alguma observação. Na parte da empresa, eu não tinha envolvimento nenhum com a empresa, como eu não era nem fiscal de contrato, a única coisa que eu observava, assim, e que era praxe já, como eu era o Oficial mais antigo da parte operacional, quando eu chegava, eu olhava a prancheta de chegada do pessoal e uma vez ou outra eu via que um funcionário chegava atrasado, eventualmente e eu só fiz essa observação, mas não só para a senhora P., eu fiz para os outros também (...) pela minha rigidez, talvez eu tenha causado algum desconforto, como eu disse, quando eu chegava, eu sempre verificava a prancheta de horários e quando eu notava algum atraso eu sempre pontuava e isso pode ter incomodado algumas pessoas.

JUÍZA MILITAR: O tratamento com as pessoas da empresa terceirizada era uniforme ou haviam alguns pelos quais o senhor tinha predileção?

ACUSADO: Totalmente igual e uniforme para todos. E assim, muito pouco contato. Eu tratava coisas pontuais.

JUIZ MILITAR: (...) poderia me dizer quantos oficiais trabalhavam no Destacamento de Porto Seguro na época da ocorrência (...)

ACUSADO: Na época da Denúncia o Comandante do Destacamento estava fora, estávamos eu, uma Tenente Médica, uma Tenente Dentista e um Tenente da Seção Técnica.

(...)

MPM: (...) as testemunhas de defesa que foram ouvidas hoje a tarde, elas frequentavam sua casa?

ACUSADO: Eventualmente sim.

MPM: O que o senhor chama de eventualmente?

ACUSADO: Alguma data comemorativa. No meu aniversário eu convidei algumas famílias. Num Natal que não me recordo o ano também convidei algumas famílias e foi isso.

MPM: E que critérios o senhor utilizava para convidar algumas famílias?

ACUSADO: Nunca pensei em critério, era aqueles que assim (...) a gente trabalha lá e comenta, conversa, de gostos, aí uma comentava que gostava de cozinhar e eu e minha esposa sempre gostamos de receber as pessoas em casa. Se fulano gosta de fazer feijoada, então eu, para confraternizar, eu chamava para fazer lá em casa e fulano já convidava mais pessoas, nossa casa sempre foi aberta para todos que moravam na Vila Militar.

MPM: Então das testemunhas que foram ouvidas hoje, todas, eventualmente, frequentavam sua casa?

ACUSADO: A Marinanna nunca frequentou minha casa, o Capitão Macena, uma ou duas vezes. Quem frequentou foi nessa média... no meu aniversário, que eu servi 4 (quatro) anos lá e só fui comemorar meu aniversário nesse ano.

MPM: Houve um momento em que a empresa terceirizada substituiu as mulheres por um homem, para fazer a limpeza. Por que?

ACUSADO: O real motivo eu não sei. O que eu tive conhecimento é de que nenhumas delas gostava de ir para lá porque tinha que tinha que subir para fazer a limpeza lá na torre de controle, então tinha que subir uma escadaria e que elas não gostavam de subir a escadaria. A única coisa que eu escutei.

MPM: E por que voltaram, se elas não gostavam?

ACUSADO: Também não sei lhe dizer, talvez a empresa tenha determinado, não sei lhe dizer.

MPM: Mas o senhor, nessa época, estava no Comando, não é isso?

ACUSADO: Depende, eu estava no Comando a partir de 23 de outubro de 2018, foi quando o Major se afastou, antes disso era o Major Coelho o Comandante.

MPM: Mas nesse momento em que a empresa afastou P. e colocou um homem para fazer a limpeza e depois a vítima voltou a trabalhar lá no local, o senhor não estava no Comando?

ACUSADO: Eu acredito que ainda não. Com certeza não, eu passei a substituir o Major Coelho a partir de 23 de outubro.

MPM: Nós temos 3 (três) mulheres daquela Unidade Militar que alegam que foram importunadas sexualmente pelo senhor. É um número relevante para uma Unidade relativamente pequena, a que o senhor atribui isso?

ACUSADO: Eu cometi importunação com as 3 (três) mulheres? Com nenhuma.

MPM: Eu não estou dizendo isso, eu estou dizendo que elas alegam que foram importunadas pelo senhor, a que o senhor atribui, porque é um número grande para uma Unidade pequena.

ACUSADO: Eu não sei a que eu poderia atribuir isso.

MPM: Então o senhor é vítima de um enredo?

ACUSADO: Eu acho, com toda sinceridade, eu acho. Porque eu estou muito surpreso com isso. Eu estou muito abalado com isso. Minha família está abalada. 34 (trinta e quatro) anos de serviço, só elogios na minha ficha. Eu comecei minha carreira como Soldado em 1987, tinha tudo planejado para encerrar minha carreira comandando o Destacamento de Porto Seguro, só que isso acabou. Esse sonho morreu. Inclusive hoje eu não estou fardado porque estou na reserva desde o dia

22 de janeiro. Não suportei mais essa carga e precisava dar uma atenção maior para minha família, então foi tudo por água abaixo. Todo meu planejamento, mesmo já tendo o tempo para ir para a reserva, eu queria ficar e encerrar a carreira como Comandante do Destacamento e isso morreu.

MPM: Já foi apresentado contra o senhor, em outro local de trabalho anterior a Porto Seguro, alguma Denúncia sobre importunação?

ACUSADO: Não, nunca. Nunca tive nenhum episódio, nada disso.

MPM: E lá em Porto Seguro, algum outro Oficial teve que responder alguma denúncia sobre importunação ou foi só o senhor?

ACUSADO: Sobre importunação só eu. Eu desconheço informação de outro.

MPM: Como era a relação do senhor com a vítima?

ACUSADO: Normal, nada além de chegar, se estivesse por ali, dar um bom dia e nada além disso. Na época que estivemos em obras por lá, com muita sujeira, eles reforçaram a equipe e eu só agradeci e elogiei o trabalho (...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) como era a convivência da P. com o senhor no local de trabalho?

ACUSADO: Normal. Não tinha nada de mais. Quando eu chegava e ela estava na entrada, porque ela sempre ficava por ali conversando com algum Soldado de permanência, eu dava bom dia e nada além disso. E em um ou dois episódios de atraso que, como eu falei, eu chegava lá e via a planilha de entrada, e via que chegou atrasada e que questionava o que houve e por que chegou atrasada (...)

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Havia momento em que o senhor ficava sozinho com a P. ou com outra pessoa da limpeza, eventualmente (...)

ACUSADO: Não, de forma alguma.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Nunca aconteceu de o senhor entrar em um banheiro e eles estarem limpando?

ACUSADO: Não. Até nas inspeções que a gente tinha que fazer da obra, eu sempre estava acompanhado do Sargento Machado.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Nem quando o senhor ia ao banheiro?

ACUSADO: Na verdade, o expediente era tão corrido, que eu usava o banheiro em casa. A viatura chegava para me buscar as 11h30min e me levava para casa para almoçar e aí que eu usava o banheiro. Quando voltava às 13h30min eu voltava a trabalhar. Não vou dizer que nunca usei, mas muito eventualmente e quando usei, foi o banheiro do térreo, onde tem o vestiário de todos os militares.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Quanto ao episódio da limpeza da torre (...) não foi o senhor quem pediu que tirassem o Júnior da limpeza da torre e voltassem com as meninas?

ACUSADO: De forma alguma, nunca intercedi nisso, até porque tinham tantas outras atribuições para me preocupar que isso aí era com a empresa e com quem era o fiscal de contrato.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: (...) o senhor conhece a Sargento Fernanda Cardoso?

ACUSADO: Conheço.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Em algum momento ela já reclamou do seu tratamento com ela?

ACUSADO: Não, nunca me reportou nada.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Nem pessoalmente, nem de chegar aos seus ouvidos que ela havia reclamado?

ACUSADO: Nunca, inclusive quando ela engravidou, ela saiu da escala e trabalhou na mesma sala que eu, que o Murilo, que a Zanayne, e sempre trabalhou muito bem.

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: Vocês tinham uma sala de estar?

ACUSADO: O controle de aproximação tem uma sala de repouso.

(...)

DEFESA: (...) na Denúncia, consta a data do fato de 28 de novembro, mas nessa data, existem comprovantes demonstrando sua estadia em Recife para um evento, o senhor pode nos informar sobre esse evento?

ACUSADO: Nessa época eu estava no Comando do Destacamento e fui designado para participar da reunião de Comandantes de Destacamentos subordinados ao CINDACTA-3, em Recife. Foi de 25 a 29 de novembro.

(...)

DEFESA: Como é o seu relacionamento com as outras mulheres do Destacamento?

ACUSADO: Sempre muito tranquilo, muito normal, desde a época de Sargento, quando as mulheres começaram a entrar, principalmente, na área de Controle de Tráfego Aéreo. Nós fomos sempre muito bem "brifados" de como tratar, de como lidar. Sempre tive todo o cuidado para ser sempre profissional. Nunca fiquei sozinho em uma sala com uma militar, sempre que eu precisava falar alguma coisa com uma das militares, eu sempre pedia para um dos meus adjuntos ficarem na sala. E sempre fui cordial. Na posição de chefia, a gente acaba até absorvendo problemas particulares deles, como teve militar que engravidou e veio me falar, teve militar com problema de câncer, são garotas novas, sozinhas, longe da família e a gente sempre procurou dar o maior apoio possível (...)

JUÍZA: (...) o senhor tem mais alguma coisa que queira dizer?

ACUSADO: Só pontuar que mais uma vez eu estou muito surpreso com tudo isso. Muito sentido, muito chateado. Eu não fiz nada disso. No dia 28 eu não estava lá. Eu estava em Recife, na reunião de Comandantes, tem uma ordem de serviço assinada pelo Brigadeiro César. Emendado com essa reunião de Recife, eu retornei na sexta e já viajei para Canoas para uma outra reunião. Então, totalmente surpreso com isso e espero que isso acabe logo. Desculpa doutora, mas a minha família está sofrendo muito, mas graças a Deus a gente tá (sic) junto. Minha esposa está sendo maravilhosa comigo (...).

Na fase do art. 427 do Código de Processo Penal Militar, o *Parquet* das Armas e a Defesa nada requereram.

Em 30 de junho de 2021, foi juntada aos autos a Ficha Individual do Réu, dando conta de sua passagem para a Reserva Remunerada em 14 de janeiro de 2021, tendo passado a residir no município de Porto Alegre/RS.

Em Alegações Escritas, na fase do art. 428 do CPPM, o Órgão de Acusação requereu a condenação do Acusado pelo "(...) delito previsto no artigo 215-A do Código Penal c/c o art. 9º, inciso II, alínea 'b' (militar da ativa contra civil, em área sob administração militar), do Código Penal Militar (...)", nos termos delineados pela Denúncia.

Já a Assistente de Acusação ratificou "(...) totalmente as alegações apresentadas pela Ilustre representante do Ministério Público", requerendo, ainda, "(...) o agravamento da pena nos termos do art. 70, II, alínea 'L' do CPM, por ter o réu cometido o crime enquanto estava em serviço (...)".

A Defesa constituída, por sua vez, preliminarmente, pugnou pelo não conhecimento das Alegações apresentadas pela Assistente de Acusação "(...) tendo em vista a sua ilegitimidade para tal ato, nos termos do artigo 65 c/c artigo 428 do CPPM (...)".

Ainda em sede de preliminar, suscitou a nulidade da Instrução Processual em razão de suposta ausência de fundamentação da Decisão que recebeu a Denúncia, bem como porque, segundo a ótica defensiva, inexistia justa causa para a instauração de Ação Penal.

No mérito, requereu a improcedência "(...) dos pedidos da acusação, com a consequente ABSOLVIÇÃO do acusado, nos termos do art. 439 'a' e 'e' do Código de Processo Penal Militar (...)" e, em caso de condenação, a fixação da pena-base em seu mínimo legal, a concessão da suspensão condicional da pena, e a substituição da "(...) pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 12 c/c art. 44 do Código Penal (...)", bem como o direito de apelar em liberdade.

Em Sessão de Julgamento realizada no dia 8 de setembro de 2021, o Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 6ª CJM, por unanimidade, rejeitou as preliminares suscitadas pela Defesa e, por maioria, julgou procedente a Denúncia para condenar o Acusado à pena de 1 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, como incurso no art. 215-A do Código Penal comum, a concessão do benefício do *sursis* pelo prazo de 3 (três) anos, o regime prisional inicialmente aberto e o direito de apelar em liberdade.

A Sentença foi disponibilizada no sistema e-Proc/JMU no dia 17 de setembro de 2021, tendo sido intimado do *decisum* o Ministério Público Militar em 23 de setembro de 2021, e certificado o trânsito em julgado para a Acusação em 29 de setembro de 2021.

Por sua vez, a Defesa constituída foi intimada da Sentença condenatória em 30 de setembro de 2021, tendo interposto, tempestivamente, o presente Recurso de Apelação em 5 de outubro de 2021, o qual foi recebido pela Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 6ª CJM em 8 de outubro de 2021.

Em suas Razões, a Defesa constituída fez menção ao fato de que a Peça Vestibular não teria contemplado os requisitos previstos no art. 77 do Código de Processo Penal Militar, mormente porque não teria havido a delimitação temporal do período da importunação, além de o fato delituoso não ter sido individualizado ao sustentar que "(...) o Parquet aduz que as possíveis

importunações ocorreram ao longo do segundo semestre de 2019, entretanto não individualiza ou descreve qualquer fato, qualquer situação específica (...)".

No mérito, pugnou pela absolvição do Réu "(...) nos termos do artigo 439 'a' e 'e' do Código de Processo Penal Militar, bem como para efetivar os princípios do *in dubio pro reo* e presunção de inocência (...)", uma vez que "(...) na única data descrita e pormenorizada na denúncia o réu estava sob ordem de serviço em Reunião dos Elos Sipaer, em Recife (...)" e que "(...) Tal viagem ocorreu do dia 25 de novembro e teve o retorno apenas no dia 29 daquele mês às 01:40h, mas seguindo para Canoas logo em seguida (...)".

Aduzindo, ainda, que "(...) não há coesão e legitimidade nos depoimentos da vítima e nas provas anexadas. Todas as argumentações foram refutadas, inclusive com documentos que demonstram a veracidade das teses da defesa (...)".

Em caso de manutenção do Decreto condenatório, a Defesa requereu a redução do período de prova fixado para a Suspensão Condicional da Pena, uma vez que "(...) Trata-se de réu primário, com bons antecedentes, com mais de trinta e cinco anos de vida dedicada ao serviço militar, cuja condenação se deu em processo envolto por dúvidas e incertezas (...)" e que a fixação da "(...) suspensão condicional da pena por período três vezes maior (03 anos) não se mostra razoável e proporcional a satisfazer a pretensão do referido beneficio (...)".

Por fim, a Defesa constituída prequestionou "(...) os artigos 5º LVII da CF, bem como toda a matéria explicitada nestas razões (...)".

Em Contrarrazões ao Recurso defensivo, o Ministério Público Militar refutou os argumentos defensivos e postulou pelo "(...) desprovimento do Recurso de Apelação da defesa, com a manutenção *in totum* da Sentença (...)".

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra da Subprocuradora-Geral de Justiça Militar Dra. Hermínia Célia Raymundo, manifestou-se "(...) pelo provimento parcial ao vertente recurso, para, mantendo a condenação, tão somente reduzir o prazo do sursis para 2 anos (...)".

A análise escorreita dos autos revelou que, por ocasião da publicação da Sentença no sistema e-proc, os Assistentes da Acusação não foram intimados do *decisum* e, em consequência, não lhes foi oportunizada a possibilidade de apresentar as contrarrazões ao Recurso defensivo, conforme previsão descrita no artigo 531, § 1º, do Código de Processo Penal Militar.

Em consequência, determinei, por Despacho de 18 de fevereiro de 2022, o seguinte:

> (...) Considerando a publicação da Sentença de primeiro grau em 17 de setembro de 2021 e, considerando a dicção do § 1º do artigo 531 do

> Código de Processo Penal Militar no sentido de que "Se houver assistente, poderá este arrazoar, no prazo de três dias, após o Ministério Público", baixe os autos em diligência a fim de que o Juízo *a quo* dê cumprimento ao citado dispositivo procedendo a intimação do Assistente de Acusação para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo assinalado no citado dispositivo processual.

Em cumprimento à citada diligência, no dia 8 de março de 2022, foi Certificado que transcorreu *in albis* o prazo para a apresentação das Contrarrazões.

No dia 30 de agosto de 2022, foi publicada no Diário de Justiça Eletrônico a inclusão do feito em epígrafe para julgamento na Sessão virtual de 12 de setembro de 2022 e, como não havia pedido expresso de conversão para a modalidade presencial ou videoconferência, o Exmo. Sr. Ministro Presidente deferiu o pedido de sustentação oral indicado nas Razões recursais da Defesa na modalidade virtual.

Todavia, em 6 de setembro de 2022, a Defesa apresentou Petição requerendo a retirada do feito da pauta do dia 12 de setembro de 2022, com a consequente "(...) inclusão da pauta deste processo para sustentação oral por videoconferência a ser designada (...)", razão pela qual este Relator proferiu Despacho no sentido de não se opor a eventual remarcação da data pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente. Este, por sua vez, deferiu o pedido em Decisão de 13 de setembro de 2022, sendo remarcado o julgamento para o dia 3 de novembro de 2022, na modalidade videoconferência/presencial.

Ocorre que, em Petição de 24 de outubro de 2022, o causídico requereu "(...) a remarcação da sessão de julgamento pautada para o dia 03 de novembro (...)", tendo em vista que possuía "(...) outra sustentação oral já designada para esta data, no processo de nº 0122172-91.2021.8.05.0001 (Juizados especiais do Estado da Bahia) no mesmo horário (...)", pleito que foi deferido sendo remarcada a data para o dia 14 de dezembro de 2022.

No entanto, novamente intimada da remarcação da data, a Defesa constituída apresentou nova Petição requerendo a "(...) remarcação da sessão de julgamento pautada (...)", justificando o pedido pelo fato de o Processo nº 0047055-60.2022.8.05.0001, em trâmite na Turma Recursal do Juizado Especial Cível do Estado da Bahia, teve sua audiência de julgamento com pedido de sustentação oral marcado para a mesma data de 14 de dezembro de 2022.

Todavia, ao compulsar detidamente o andamento do citado feito no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, este Relator identificou que o feito com base no qual o causídico pleiteou a nova mudança de data teve sua audiência reagendada para o dia 23 de agosto de 2023, razão pela qual proferi Despacho em 12 de dezembro de 2021, nos seguintes termos:

> (...) Considerando o pedido defensivo protocolado nos autos do processo em epígrafe em 12 de dezembro de 2022, a fim de que seja remarcada a Sessão de Julgamento anteriormente pautada para o dia 14 de dezembro de 2022, uma vez que o causídico do Apelante noticiou que "(...) possui outra sustentação oral já designada para esta data, no processo de nº 0047055-60.2022.8.05.0001 (Juizados especiais do Estado da Bahia) no mesmo horário, conforme documento anexo (...)", e considerando que, ao compulsar o andamento processual do citado feito no Tribunal de Justiça da Bahia (Turma Recursal), foi identificado no evento 56 publicado no dia de hoje, que a Sessão de Julgamento do Processo nº 0047055-60.2022.8.05.0001 foi reagendada para o dia 23 de agosto de 2023, este Relator entende que não se configura o motivo de força maior aludido no § 5º do artigo 431 do Código de Processo Penal Militar, razão pela qual INDEFIRO o requerimento formulado pela Defesa, restando mantida a data aprazada pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente desta Corte Castrense para a realização do julgamento do Recurso de Apelação nº 7000922-94.2021.7.00.0000 para 14 de dezembro de 2022, conforme publicado no DJe do dia 30 de novembro de 2022.
>
> Intime-se a Defesa constituída, com a urgência que o caso requer, em razão da proximidade da data do julgamento, e dê-se ciência à Procuradoria-Geral da Justiça Militar e ao Exmo. Sr. Ministro Presidente desta Corte.
>
> Providências pela SEJUD.

Em 13 de dezembro de 2022, a Secretaria Judiciária certificou que foi realizado "(...) contato telefônico (71-99148-3259) com o Dr. JAYME UBALDO NUNES NETO - OAB/BA nº 58.189 e lhe informei acerca do teor do despacho do evento 119, que manteve o presente processo na Pauta de 14/12/2022. Dou fé".

O Exmo. Sr. Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade estão preenchidos, razão pela qual o Recurso merece ser conhecido.

Insurge-se a Defesa constituída contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 6ª CJM, de 17 de setembro de 2021, que condenou o Acusado à pena de 1 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, conforme o art. 59 do Código Penal Militar, como incurso no art. 215-A do Código Penal comum, a concessão do benefício do *sursis* pelo prazo de 3 (três) anos, o regime prisional inicialmente aberto, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Estatuto Repressivo comum e o direito de apelar em liberdade.

Em suas Razões a Defesa pugnou pela absolvição do Réu "(...) nos termos do artigo 439 'a' e 'e' do Código de Processo Penal Militar, bem como para efetivar os princípios do *in dubio pro reo* e presunção de inocência (...)", uma vez que "(...) na única data descrita e pormenorizada na denúncia o réu estava sob ordem de serviço em Reunião dos Elos Sipaer, em Recife (...)" e que "(...) Tal viagem ocorreu do dia 25 de novembro e teve o retorno apenas no dia 29 daquele mês às 01:40h, mas seguindo para Canoas logo em seguida (...)".

Aduzindo, ainda, que "(...) não há coesão e legitimidade nos depoimentos da vítima e nas provas anexadas. Todas as argumentações foram refutadas, inclusive com documentos que demonstram a veracidade das teses da defesa (...)".

Em caso de manutenção do Decreto condenatório, a Defesa requereu a redução do período de prova fixado para Suspensão Condicional da Pena, uma vez que "(...) Trata-se de réu primário, com bons antecedentes, com mais de trinta e cinco anos de vida dedicada ao serviço militar, cuja condenação se deu em processo envolto por dúvidas e incertezas (...)" e que a fixação da "(...) suspensão condicional da pena por período três vezes maior (03 anos) não se mostra razoável e proporcional a satisfazer a pretensão do referido beneficio (...)".

Inicialmente, e antes mesmo de enfrentar os argumentos defensivos, impende salientar que, em seu arrazoado, a Defesa constituída fez menção ao fato de que a Peça Vestibular não teria contemplado os requisitos previstos no art. 77 do Código de Processo Penal Militar, mormente porque não teria havido a delimitação temporal do período da importunação, além de o fato delituoso não ter sido individualizado ao sustentar que "(...) o Parquet aduz que as possíveis importunações ocorreram ao longo do segundo semestre de 2019, entretanto não individualiza ou descreve qualquer fato, qualquer situação específica (...)".

Ocorre, no entanto, que a irresignação defensiva não encontra eco na reiterada jurisprudência desta Corte Castrense, no sentido de que é "(...) Incabível a discussão de inépcia da denúncia em sede de Apelação. Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal (...)" (Apelação nº 8-60.2008.7.08.0008/PA, Relator: Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, DJe: 26/06/2013), circunstância que torna preclusa a matéria deduzida nas Razões recursais, na forma da alínea "a" do artigo 504 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual as nulidades da instrução devem ser interpostas até a apresentação das alegações escritas, o que, no caso em exame, foi levado a efeito pela Defesa e, por sua vez, a matéria foi enfrentada pelo Juízo *a quo* de forma absolutamente consistente, tendo sido fundamentada a rejeição da preliminar ali suscitada nos seguintes termos:

> (...) O Relatório do Inquérito Policial da Polícia Civil (evento 19, item 5, fls. 25) concluiu informando "que não restam dúvidas, sobre a autoria e materialidade desses crimes, atribuídos ao Indiciado"; e o Relatório do Inquérito Policial Militar (evento 19, item 8, fls. 9) que dispõe expressamente que "considerando a coerência existente entre os testemunhos supracitados (...) este encarregado está convicto da existência de ilicitude nas condutas praticadas pelo Militar".
>
> Assim, os dois Inquéritos Policiais foram uníssonos em afirmar a existência da autoria e materialidade delitiva.
>
> Este juízo verificou haver na denúncia prova do fato que em tese constituía crime e indícios suficientes de autoria, conforme regra do CPPM artigo 30. O próprio causídico citou doutrina em seu requerimento a respeito:
>
> (...) A ação Penal só pode ser validamente exercida se a parte autora lastrear a inicial com um mínimo probatório que indique os indícios de autoria, da materialidade delitiva, e da constatação da ocorrência de infração penal em tese) (Távora, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, Ed. Juspodium. 9ª Edição, Pág. 199).
>
> Assevere-se que na legislação processual penal militar há a previsão de o egrégio STM, através de Habeas Corpus, apreciar suposta nulidade, a qualquer tempo, pleiteada pela Defesa, sendo pacífico o entendimento da Corte castrense de que o recebimento de Denúncia é um juízo de delibação e é suficiente o exame de validade formal e a existência de indícios de autoria e materialidade delitiva (...).

Percebe-se, pois, com a fundamentação anteriormente citada, que inexistiu a alegada nulidade, daí o porquê de não ter sido acolhida a argumentação defensiva. Afinal, apesar de alegado, não houve demonstração efetiva do prejuízo suportado pela Parte, circunstância que evidencia a aplicação do art. 499 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual nenhuma nulidade será declarada se não houver comprovação do prejuízo para a Parte, em homenagem ao Princípio *pas de nullite sans grief*.

Não por acaso, tão logo oferecida a Denúncia em 10 de julho de 2020, na qual foi apontada a data de 28 de novembro de 2019 como sendo a do fato delituoso, é possível identificar nos autos o aditamento ministerial realizado logo em seguida, no dia 15 de julho de 2020, justamente quando o *Parquet* retificou a Peça Inicial ressalvando a data do cometimento do delito ao destacar que seria "(...) em data não precisa, mas entre o final de novembro de 2019 e início de dezembro/2019 (...)".

Dessa forma, a Peça Vestibular reduziu o escopo da presente ação a uma conduta específica a qual teria ocorrido num período determinado e que fora devidamente pormenorizada, não havendo que se falar, por via de consequência, em cerceamento de defesa, pois, a toda evidência é "(...) *Incabível o reconhecimento da inépcia da Denúncia quando a petição inicial (...)*

aponta as circunstâncias necessárias à configuração do crime (...)" (Embargos Infringentes nº 197-22.2011.7.01.0301/DF, Relator: Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, DJe: 10/10/2012).

Afinal, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, a Denúncia revela-se inepta quando se verifica a "(...) absoluta falta de aptidão para atingir os fins aos quais se destina, que é a exposição detalhada do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, possibilitando o exercício da ampla defesa pelo acusado (...)" (*Código de Processo Penal Militar Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 117) e este, convenhamos, não é o caso dos presentes autos.

Feito esse breve introito, assiste razão em parte à Defesa constituída, porém tão somente no que se refere ao pedido subsidiário de redução do período de prova em relação à concessão do benefício do *sursis*, senão vejamos.

In casu, trata-se do delito encartado no art. 215-A do Código Penal comum, cujo teor assim estabelece:

> (...) **Importunação sexual**
>
> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Ao comentar a conduta em testilha, Damásio de Jesus (*Direito Penal* vol. 3. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2020. pp. 146/147) afirma que "(...) O fato se dá com a conduta de praticar, contra alguém e sem sua anuência, ato libidinoso. Praticar significa realizar de qualquer modo (...)", esclarecendo, ainda, que "(...) Ato libidinoso é aquele tendente à satisfação da libido. Essa elementar tem conteúdo abrangente, compreendendo qualquer tipo de ação de cunho sexual, até mesmo o ato de encostar lascivamente nas nádegas da vítima ou em seus seios (...)" (Grifo nosso).

No mesmo sentido, é oportuno destacar o escólio de Cezar Roberto Bitencourt (fonte: **https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual**, extraído em 28/12/2021), para quem:

> (...) O tipo descrito no artigo 215-A prevê uma única modalidade de conduta delituosa, qual seja, praticar – na presença de alguém –, isto é, na presença da vítima, qualquer ato de libidinagem, como é o caso do exemplo clássico, ejacular na presença, ou na própria vítima, como ocorreu no interior de coletivos urbanos deste país. Assemelha-se a essa conduta – e, por isso mesmo, está abrangida por este tipo penal – quando alguém, sem que a vítima perceba ou contra o seu assentimento, apalpe as suas regiões pudendas (nádegas, seios, pernas, genitália etc.), beijo forçado etc., cuja forma de execução traz consigo a presença inequívoca

> da vontade consciente de satisfazer a própria lascívia ou a de outrem. Nesses casos, o agente aproveita-se da desatenção da vítima, do local em que se encontra, das circunstâncias de tempo e lugar ou da sua eventual dificuldade de perceber a intenção lasciva daquele. Em outros termos, o agente desrespeita a presença de alguém e pratica, sem sua anuência, ato libidinoso buscando satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro). Na verdade, o agente aproveita-se da presença de alguém (a vítima) e, de inopino, o surpreende, e sem sua anuência, pratica ato libidinoso, ofendendo-lhe a liberdade e a dignidade sexuais. (Grifos nossos).

Nesse contexto, embora o Cap Aer R/1 ALEKSANDER BATISTA MANGHI tenha negado a prática delituosa desde a fase inquisitorial, tendo declarado em Juízo, ao ser questionado acerca da veracidade da acusação, que era "(...) Totalmente infundado (...)" e que "(...) não consigo imaginar o porquê de tudo isso acontecer (...) por proporcionar sempre um muito bom ambiente de trabalho, ser cortês (...) incomodou alguém, alimentou expectativa em alguém, não sei (...)", e, ainda, que apenas elogiava a faxina realizada pelas funcionárias da empresa AR2, os elementos de prova colhidos ao longo da instrução processual revelam, indene de dúvidas, a autoria, a materialidade e a culpabilidade na conduta do Réu.

Quanto à autoria e à materialidade delitivas, extrai-se das declarações da vítima, Civil P.F.R., de maneira firme, porém carregada de absoluta indignação, a descrição minuciosa das circunstâncias nas quais sofreu a aludida importunação, as quais, inclusive, encontram amplo suporte de verossimilhança nos depoimentos prestados pelas testemunhas que, em sua totalidade, ouviram, em diversas oportunidades distintas, o relato da Ofendida e, em especial, das demais funcionárias do sexo feminino que trabalhavam na empresa AR2, e que relataram ações semelhantes por parte do Acusado.

Ainda que se pudesse questionar eventual demora nos relatos da Ofendida, é absolutamente compreensível em delitos contra a dignidade sexual que as vítimas sejam tomadas pela vergonha e pelo constrangimento e que, nessas circunstâncias, de índole pessoal, por vezes, levem algum tempo para efetivar a denúncia dos constrangimentos sofridos. Isso é perfeitamente identificado nos autos vertentes na medida em que a Ofendida declarou na fase pré-processual que vinha sofrendo constantes investidas por parte do Acusado desde o mês de agosto de 2019, tendo ratificado esse depoimento perante o Juízo de primeiro grau, conforme se verifica a seguir:

> (...) JUÍZA: (...) A senhora pode relatar como que ocorreu o fato?
>
> OFENDIDA: (...) como não dava para passar o pano no momento, eu me retirei e fui até o banheiro para retirar o lixo do banheiro e jogar mais um produto. Quando eu agachei, que eu peguei o multiuso e o paninho na sacola, que eu levantei, eu senti a mão dele no meu pescoço, acariciou meu pescoço e seguiu a mão no meu cabelo que estava preso

no alto. Aí ele tentou me beijar e eu o empurrei pelos peito (sic) dele e saí e deixei ele lá. (...)

JUÍZA: E essa situação, a senhora disse que já tinha sido importunada anteriormente. A quanto tempo antes desse fato?

OFENDIDA: A uns 4 (quatro) ou 5 (cinco) meses antes.

(...)

JUÍZA: Então a senhora disse que começou a ser importunada uns 4 (quatro) ou 5 (cinco) meses antes?

OFENDIDA: Por volta de junho a agosto. Eu me lembro que no mês de agosto de 2019, teve a festa do DTCEA e veio o Brigadeiro. Nesse mesmo dia que o Brigadeiro veio, ele me oportunou (sic) dentro do quartinho de descanso da gente (sic), onde ficam também os produtos de limpeza. Ele tentou me beijar lá (...) não era uma situação de cobrança de trabalho, que ele ficava falando que eu era muito linda, que eu era muito gostosa, que eu tinha que aproveitar a vida, aproveitar o momento, ofereceu até pagar meu curso na Microlins, eu não sei como ele descobriu que eu tinha um curso na Microlins e ele falou que se eu saísse com ele, ele pagaria meu curso, que ele iria lá passar saber quanto que era.

JUÍZA: E a senhora, na primeira vez da importunação, a senhora chegou a dar uma resposta para ele?

OFENDIDA: A primeira vez foi na escada da torre, que eu estava em frente ao banheiro masculino da torre de controle, ele chegou e pegou no meu braço e apertou. Eu falei assim: "Olha, se você não parar com essa situação, eu vou ter que passar para frente, vou ter que falar para Valmir" (...) nesse mesmo dia, ele virou para mim e falou assim: "Se você não tiver (sic) filmando, isso não dá em nada. Porque eu sou Capitão e Valmir só é o líder de vocês. O que vocês vão fazer contra um Capitão sem provas? É sua palavra contra a minha" (...) (Grifos nossos).

Esses fatos foram corroborados pelas testemunhas arroladas no processo, a saber:

1) ex-Sd Aer Luan Oliveira dos Santos, que afirmou:

(...) MPM: Depois do que você viu, no início de dezembro, você disse que depois conversou com P. O que foi que ela lhe relatou?

TESTEMUNHA: Ela relatou que ele já havia tentado pegar ela a força para beijar ela e que ela nunca teria dado ousadia a ele. E até surgiu o fato de que ela não limparia mais a sala dele ou não estaria no mesmo ambiente que ele.

MPM: Ela comentou que essa situação já se arrastava por muito tempo?

TESTEMUNHA: Sim, mas não na quantidade de tempo. Ela comentou que já vinha acontecendo antes, mas não na quantidade de tempo.

MPM: E ela comentou como ela se sentia em relação a essa situação?

TESTEMUNHA: Dessa vez ela me relatou que ficava mal, mas que ficava receosa de denunciar, por ele ser um Capitão da Aeronáutica e que não acontecesse nada (...) (Grifos nossos);

2) 2º Sgt Aer João Saturnino Neto, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) quem foi que procurou o senhor?

TESTEMUNHA: Quem me procurou foi a P., porque ela inicialmente estava muito tímida em informar o que estava acontecendo. Mas depois que começou a se agravar os assédios, ela me relatou algumas coisas que estavam acontecendo e só foi ela realmente que me relatou (...)

JUÍZA: O primeiro relato dela foi em que sentido?

TESTEMUNHA: Ela falou que estava sendo incomodada pelo Capitão MANGHI, que ele estava tendo alguns tipos de atitudes, beijando ela, abraçando ela, que ela não estava gostando.

(...)

MPM: Numa localização cronológica, a partir de quando, de que mês do ano passado, P. passou a lhe relatar que ela estava sendo importunada pelo Capitão MANGHI?

TESTEMUNHA: Em meados de agosto de 2019.

(...)

MPM: Ela relatou ao senhor como ela se sentia ao ser importunada?

TESTEMUNHA: Ela se sentia impotente (...) Ela estava emocionalmente muito abalada nas várias vezes que conversou comigo e eu pedia sempre para ela ter calma, mas sempre abalada emocionalmente.

(...)

MPM: Mas o que foi que ela lhe relatou que estava acontecendo?

TESTEMUNHA: Ela me falou que ela estava limpando o banheiro, que ele chegou por trás, pegou no cabelo dela e tentou beijar o pescoço dela (...)" (Grifos nossos);

3) Civil Alessandra de Jesus Stefanelli, que afirmou:

(...) JUÍZA: E a senhora pode relatar o acontecido?

TESTEMUNHA: Ela falou que tava (sic) no banheiro, foi abaixar para pegar o produto e ele tentou agarrar ela e na copa, acho que foi, puxou ela pelo cabelo e tentou beijar ela. (...)" (Grifo nosso);

4) Civil Mônica Silva de Souza Costa, que afirmou:

(...) JUÍZA: O que ela falou para a senhora?

TESTEMUNHA: (...) ela falou para mim que tinha denunciado ele porque ele tava (sic) assediando ela.

MPM: Você poderia descrever, se você puder, com mais detalhes, como foi essa abordagem do Capitão MANGHI no banheiro masculino na torre, quando ela foi pegar material de limpeza?

(...)

TESTEMUNHA: Ela não chegou a comentar comigo em detalhes não (...) ela só falou para mim que estava pegando uns produtos e que ele chegou a abordar ela pegando no cabelo (...) (Grifos nossos);

5) Civil Valmir de Santana da Conceição, que afirmou:

(...) JUÍZA: (...) O senhor soube desses fatos, a P. se queixou com o senhor sobre o que estava acontecendo?

TESTEMUNHA: A P. me procurou e me informou sobre uma situação que tinha acontecido no banheiro da torre, no setor do DTCEA e ela me falou que estava fazendo uma limpeza no banheiro e o Capitão MANGHI, ele entrou e segurando ela pelo pescoço, ficou acariciando ela e ainda falou umas palavras obscenas. Eu falei para P. se ela queria que eu comunicasse ao responsável da Aeronáutica e ao Comandante e ela disse que sim. Então eu procurei o Comandante e passei a situação, através do Sargento Saturnino, que é o nosso supervisor (...) (Grifo nosso).

Nesses termos, identifica-se na conduta do Réu um padrão de comportamento absolutamente incompatível com o que se espera, principalmente, de um Oficial das Forças Armadas, quiçá quando se trata, como no caso em exame, do Subcomandante da Unidade.

Afinal, impende salientar o reiterado entendimento dos Pretórios no sentido de que, em delitos desse jaez, vale dizer, "(...) nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime (...)" (Inquérito nº 2563/SC, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJe: 28/05/2010) (Grifo nosso), entendimento esse corroborado, igual e consistentemente pela jurisprudência desta Corte Castrense, segundo a qual "(...) Nos casos de crimes de cunho sexual, conforme jurisprudência do STJ, a palavra da vítima ganha especial relevo, quando em consonância com as demais provas dos autos, porque, em geral, são crimes que ocorrem sem a presença de testemunhas (...)" (Apelação nº 7000749-07.2020.7.00.0000, Relator: Ministro Alte Esq Leonardo Puntel, DJe: 12/03/2021).

Dessa forma, o crime de importunação sexual previsto no art. 215-A do Código Penal comum, por sua natureza de delito contra a dignidade sexual, ocorre geralmente na clandestinidade e raramente deixa vestígio, sendo de difícil comprovação material. Ainda assim, conforme destacado anteriormente, deve prevalecer o entendimento no sentido de que a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e à materialidade delitivas, bem como quanto às circunstâncias nas quais ocorreu a prática delituosa.

Os depoimentos prestados pela Ofendida, desde a fase inquisitorial, são absolutamente consistentes e revelam o constrangimento pelo qual passou, sendo oportuno destacar que, em um dos episódios narrados por ela, a Civil P.F.R. foi surpreendida pelo Cap Aer R/1 ALEKSANDRO BATISTA MANGHI na entrada do banheiro masculino do Destacamento de Controle do Espaço Aéreo de Porto Seguro enquanto recolhia os produtos de limpeza necessários para a realização do seu serviço, ocasião na qual o Réu a acariciou em seu pescoço e cabelos e, além disso, prosseguiu na tentativa de beijá-la, tudo contra a sua vontade.

Em circunstâncias tais, evidencia-se a conduta abjeta e repulsiva do Acusado, a qual merece a devida reprimenda penal.

Por tais razões, não há como acolher os argumentos defensivos tendentes a considerar a postura rigorosa do Acusado como sendo fator contribuinte para aquilo que a Defesa chamou de "(...) complô que pode ter se formado contra o acusado (...)", tampouco se identifica nos autos qualquer conotação de cunho vingativo, na medida em que o próprio supervisor da empresa, Civil Valmir de Santana da Conceição, ao ser questionado acerca de

cobranças do Acusado em relação aos serviços prestados pelas funcionárias, declarou perante o Juízo de primeiro grau que "(...) para mim não houve esse tipo de cobrança. Se houve não foi para mim (...)".

Nunca é demais salientar que a análise dos depoimentos colhidos em Juízo evidencia que, se por um lado era fato o rigorismo do Acusado, ainda assim as testemunhas fizeram questão de destacar que o Cap Aer R/1 ALEKSANDRO BATISTA MANGHI "(...) cobrava o previsto (...)" (1º Sgt Aer Revison Xavier de Oliveira), "(...) a exigência era bastante alta, o Cap Mangui era bastante exigente com pontualidade, com os padrões militares (...)" (1º Sgt Aer Murilo Alves da Silva) e que "(...) a parte do superior hierárquico cobrar posturas e uniformes estão previstos no regulamento, faz parte da função do superior (...)" (2º Sgt Aer João Saturnino Neto), circunstâncias que não identificam qualquer cunho vingativo que pudesse existir naquela Unidade.

Um aspecto importante que merece destaque diz respeito à análise do depoimento prestado pela Civil Mônica Silva de Souza Costa. Embora se verifique que ela consentia com as constantes investidas do Réu, afirmou em Juízo que "(...) Ele chegou a passar a mão no meu cabelo e a falar algumas coisas, mas ele me tratava muito bem (...)", bem como que "(...) uma vez eu tava (*sic*) fazendo café, nem vi ele chegando e de repente ele me apertou (...)". Além disso, os autos também revelam no depoimento da Civil Alessandra de Jesus Stefanelli que, a despeito de não se considerar importunada pelo Réu, afirmou em Juízo que se recordava de uma oportunidade na qual "(...) estava limpando a sala de um Sub e ele chegou, me abraçou e beijou minha mão e perguntou se eu estava bem (...)".

Nesse contexto, a despeito de não ter havido qualquer insurgência dessas testemunhas em relação ao Acusado, esse comportamento evidencia uma postura completamente dissonante daquilo que se espera de um Oficial das Forças Armadas, quanto mais em se tratando do Subcomandante da Unidade.

Ainda sobre a autoria delitiva, a Defesa insiste no argumento segundo o qual "(...) a acusação descreveu apenas um fato na denúncia, datado de 28 de novembro de 2019 (...)", sustentando que nessa data o Réu estava em missão em outra localidade, a saber, na cidade de Recife, conforme a Ordem de Missão nº 3748/CINDACTA III/2019, de 21 de outubro de 2019.

Se por um lado essa informação é verdadeira, por outro já foi demonstrado nos fundamentos prefaciais deste voto que o Órgão ministerial aditou a Denúncia em 15 de julho de 2020, ali destacando que "(...) a despeito de os elementos de prova indicarem o dia 28/11/2019, leia-se: 'em data não precisa, mas entre o final de novembro de 2019 e início de dezembro/2019'". Portanto, sem razão a Defesa ao sustentar a absolvição do delito imputado ao Acusado sob o prisma da inexistência do fato delituoso previsto na alínea "a" do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Afinal, a própria Ofendida, em seu depoimento prestado em Juízo, não confirmou essa data ao declarar que "(...) Não sei se a data foi especificamente 28 de novembro, foi aproximadamente 28 de novembro (...)", informação, inclusive, que foi corroborada em Juízo pelo 2º Sgt Aer João Saturnino Neto, ao afirmar que "(...) não foi no dia 28 não, eu acho que foi um pouquinho antes. Eu não tenho muito essa data precisa, mas não foi nesse dia 28 não. Foi um pouquinho antes. Mas foi no próprio mês de novembro (...)".

Além disso, considerando o depoimento prestado pela Ofendida, que, ao responder sobre em quais dias trabalhava no Destacamento de Voo de Porto Seguro, declarou que "(...) toda terça e quinta (...)", destacando, ainda, que reportou os fatos narrados na Exordial Acusatória ao seu líder, o Civil Valmir de Santana da Conceição no dia seguinte ao ocorrido quando declarou que "(...) eu cheguei na sexta-feira na Vila da Aeronáutica, na Base, cheguei ao meu líder Valmir e falei: 'Valmir, me tira da escala da Torre, que pra mim não dá mais. Ou você me tira ou vou pedir conta pra empresa (...)"; considerando o teor da planilha de "Períodos Fora do DTCEA-PS" acostada pela Defesa, segundo a qual o Réu esteve fora da Unidade entre os dias 25 e 29 de novembro de 2019, é possível concluir que os fatos teriam ocorrido provavelmente na semana anterior a essa da viagem do Acusado, ou seja, na quinta-feira dia 21 de novembro de 2019, sendo que o relato da importunação pela Ofendida ao seu supervisor ocorreu no dia 22 de novembro de 2019, aí considerado o depoimento prestado pelo 2º Sgt Aer João Saturnino Neto.

No mesmo sentido, não é possível acolher os argumentos defensivos tendentes à absolvição por falta de provas, prevista na alínea "e" do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar, pois, a despeito de ter sustentado que "(...) os depoimentos abstratos das testemunhas podem estar contaminados pela perspectiva do processo e da situação (...)", uma vez que "(...) essas lembranças podem estar VICIADAS pela visão da própria testemunha diante de um processo criminal (...)" e concluindo que "(...) não há coesão e legitimidade nos depoimentos da vítima e nas provas anexadas (...)", já foi devidamente demonstrado que, em delitos dessa natureza, a conduta do Réu é pautada na clandestinidade, daí a importância da consistência do depoimento prestado pela Ofendida no caso concreto, cuja versão foi absolutamente ratificada pelos depoimentos colhidos em Juízo.

Conforme ressaltado anteriormente, em delitos como o descrito nos autos, torna-se praticamente impossível a comprovação testemunhal, daí o porquê da relevância da palavra da vítima para aferir a verossimilhança das declarações no contexto dos demais elementos de prova colhidos na instrução criminal. Nesse sentido, destaco, por oportuno, as palavras da Desembargadora Kenarik Boujikian, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fonte: **http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/violencia-sexual/**, extraído em 22/10/15):

> (...) Os processos de crimes sexuais, sabidamente praticados de forma clandestina – pois a violação da dignidade da mulher geralmente ocorre em locais fechados, sem possibilidade de presença de testemunhas, têm na palavra da vítima a viga mestra. Por certo ela não está isenta dos requisitos de verossimilidade, coerência e plausibilidade. Mas, nestes delitos, a declaração coerente da vítima deve ter valor decisivo (...).

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte Castrense (Apelação nº 7000755-82.2018.7.00.0000, Relator: Ministro José Barroso Filho, DJe: 15/02/2019):

> (...) Devido à conduta clandestina que assola as Vítimas dos crimes contra a liberdade sexual, há de se valorar a palavra do Ofendido quando demonstrada com riqueza de detalhes e inexistentes outros meios probantes para a materialização do delito como ausência de testemunhas e ineficácia do exame de corpo de delito (...).

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

> Agravo em Recurso Especial nº 1.594.445-SP (Dje: 14/02/2020)
>
> Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
>
> (...) A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, quando coerente e verossímil, pois, em sua maior parte, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios (...);
>
> Habeas Corpus nº 102473/RJ (DJe: 02/05/2011)
>
> Relatora: Ministra Ellen Gracie
>
> (...) 1. A sentença condenatória (...) encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que se consolidou no sentido de que, "nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime". Precedentes.
>
> 2. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo (...) (Grifo nosso).

Quanto à culpabilidade, tratando-se de "(...) juízo de valor (de reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o Direito) (...)" (Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal:* parte geral. v. 2. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. p. 545), é inegável a reprovabilidade da conduta de quem atenta contra a dignidade sexual, mormente quando a importunação à qual a Ofendida foi

submetida resultou de relação estritamente profissional no ambiente de trabalho. Tratando-se, pois, de agente imputável, com potencial consciência da ilicitude do fato, dele se exigia conduta diversa.

Portanto, ao perpetrar a conduta delituosa, nas circunstâncias delineadas na Peça Acusatória, configura-se o elemento subjetivo do tipo penal em comento, ou seja, o dolo consistente no ânimo de praticar, contra alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia.

No presente processo, a conduta perpetrada pelo Acusado encontra perfeita adequação ao tipo penal descrito no artigo 215-A do Código Penal comum, tendo sido constatada a prática de ato libidinoso do Acusado contra a Ofendida, sem a sua anuência ou consentimento, não socorrendo ao Acusado qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Por tais motivos, não merece reparo a condenação de primeiro grau, assim fundamentada:

> (...) Apesar da data não estar especificada de maneira exata, o fato imputado ao acusado está individualizado e delimitado, bem como o período em que ocorreu, entre o final de novembro e o início de dezembro de 2019, permitindo ao Advogado constituído o exercício do seu direito de ampla defesa e contraditório.
>
> O crime de importunação sexual, por ser um crime que não deixa vestígios físicos, geralmente praticado às escondidas, em regra sem testemunhas presencias e/ou imagens, não produz prova material, pelo que o conjunto probatório se funda na prova testemunhal.
>
> A Denúncia narra que, entre o final de novembro e início de dezembro de 2019, a civil P.F.R. estava fazendo a limpeza do banheiro masculino, quando, ao se abaixar para pegar produtos de limpeza, foi abordada, pelas costas, pelo Cap MANGHI, tocando no seu cabelo e acariciando seu pescoço, tentando beijá-la, sendo repelido imediatamente.
>
> (...)
>
> Tal narrativa foi feita em juízo e coerente com o primeiro depoimento no IPM e no Inquérito da Polícia Civil, bem como se mostra concordante e compatível com os depoimentos testemunhais.
>
> A jurisprudência é pacífica em afirmar que, em delitos contra a liberdade sexual, em regra, são praticados sem a presença de testemunhas, sem evidente violência e sem deixar vestígios, e a palavra da vítima, segura e coerente, assume especial relevância e deve ser considerada como meio de prova quando em harmonia com os demais elementos constantes nos autos.
>
> (...)

> Constata-se que a maneira que o réu agia em relação à vítima e as outras prestadoras de serviço ultrapassava todos os limites da boa convivência e do profissionalismo, ao cumprimentá-las com abraços, beijos e pegadas, tratando-se de um comportamento totalmente inadequado, anormal naquele ambiente de trabalho.
>
> (...)
>
> Considerando o quanto declarado pelo réu e diante de todos os relatos das testemunhas arroladas pelo MPM e do histórico de condutas perpetradas em face das mulheres trabalhadoras da área da limpeza, constata-se que a autoria e materialidade restaram demonstradas.
>
> (...)
>
> A prova testemunhal trazida pelo MPM exibe depoimentos que são uníssonos, harmônicos e coerentes com as declarações da ofendida, comprovando a prática do delito de importunação sexual cometido pelo réu contra a ofendida P.F.R. (...).

Passo ao enfrentamento da tese defensiva remanescente, referente ao pedido de redução do período de prova fixado para Suspensão Condicional da Pena, uma vez que "(...) Trata-se de réu primário, com bons antecedentes, com mais de trinta e cinco anos de vida dedicada ao serviço militar, cuja condenação se deu em processo envolto por dúvidas e incertezas (...)" e que a fixação da "(...) suspensão condicional da pena por período três vezes maior (03 anos) não se mostra razoável e proporcional a satisfazer a pretensão do referido beneficio (...)".

Nesse caso, assiste razão à Defesa, pois, a toda evidência, o Juízo de primeiro grau deixou de fundamentar os motivos da exasperação, como assim exige o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

Segundo o escólio doutrinário de Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Militar Comentado*, Rio de Janeiro, Forense, 2014, 2ª ed., p. 173):

> (...) quando o juiz concretiza a pena justa na sentença, realiza uma diagnose do réu e do delito cometido, isto é, pondera quem é o acusado, como agiu e o que provocou. Para tanto, avalia todas as circunstâncias judiciais (art. 69, CPM), além das circunstâncias legais porventura existentes (agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição, qualificadoras e privilégios). O seu juízo de valor volta-se ao passado do réu, medindo tudo o que há até a data do fato criminoso. O mesmo se dá no tocante à escolha dos benefícios cabíveis ao sentenciado, onde se inclui o *sursis*. O merecimento do réu no tocante à suspensão condicional da pena é uma diagnose (avaliação do passado para se determinar o presente). (Grifo nosso).

Nesse contexto, no que se refere ao período de prova, Cezar Roberto Bitencourt foi preciso ao lecionar que (*Tratado de direito penal*. Parte Geral 1. São Paulo. Saraiva. 16ª ed. 2011. p. 738):

> (...) Em circunstâncias normais, com pena próxima ao mínimo inferior, o período probatório deve ser fixado também no limite mínimo ou em sua proximidade (...) todos os elementos determinantes da pena contidos no art. 59 devem ser considerados, e quando o período probatório for fixado acima do limite mínimo a decisão deve ser devidamente fundamentada.

Por tais razões, da mesma forma que o Princípio da Individualização da Pena permite que o julgador, dentro dos limites legais, fixe a reprimenda objetivando a prevenção e a repressão do crime perpetrado, a ele também é conferida a faculdade para estabelecer a duração do período de prova, desde que respeitado o limite legal estabelecido na norma e, em caso de exasperação do prazo, devidamente fundamentada.

Assim, considerando que no caso em exame a condenação do Acusado foi fixada em seu grau mínimo, tornando-se definitiva, justamente em razão da inexistência de quaisquer agravantes ou causas de aumento da pena, bem como considerando a ausência de fundamentação idônea para a exasperação no período de prova, ao meu sentir foi desarrazoada e desproporcional a fixação da suspensão condicional da pena pelo período de 3 (três) anos, na esteira do entendimento consagrado pela Excelsa Corte para quem é dever do Juízo sentenciante "(...) sempre que fixar o período de prova do *sursis* acima do mínimo legal, proceder a uma necessária e adequada fundamentação (...) sob pena de injusta coação ao *status libertatis* (...)" (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.697/GO, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ: 16/08/1996).

Nesse mesmo sentido é o posicionamento desta Corte Castrense, conforme se extrai do seguinte aresto:

> Apelação nº 0000070-17.2007.7.01.0401 (DJ: 11/10/2011)
>
> Relator: Ministro Ten Brig José Américo dos Santos
>
> APELAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE. PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DOLO. FRAUDE. CONDENAÇÃO MANTIDA. *SURSIS*. REDUÇÃO DO PERÍODO DE PROVA. AFASTAMENTO DE CONDIÇÃO RELATIVA À OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO. DEMANDA AJUIZÁVEL NO JUÍZO CIVIL COMPETENTE.
>
> (...)
>
> Sendo aplicada a pena em seu grau mínimo e não constando na sentença fundamentos idôneos para elastecer o prazo de prova do sursis, há de ser reformada a decisão neste ponto, em atendimento ao critério de proporcionalidade.
>
> (...)

> No mérito, por unanimidade, desprovido o apelo defensivo, para manter irretocável a sentença *a quo*. (Grifo nosso).

Conforme destacou o *Custos Legis*:

> (...) Forçoso concluir que, ao contrário do alegado pela Defesa, há, sim, provas concretas e harmônicas, as quais são suficientes e indene de dúvidas para a manutenção da condenação imposta pelo Juízo *a quo*, não havendo espaço para o acolhimento do pedido de aplicação dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.
>
> Em relação ao pedido subsidiário, ao nosso sentir razão assiste à Defesa, porquanto não há qualquer fundamentação na r. Sentença que sustente a fixação do prazo do período de prova do *sursis* em três anos, acima do mínimo legal de dois anos.
>
> Logo, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e por tratar-se de apenado primário e de bons antecedentes, e de ausência de fundamentação mínima para majoração, o período de prova do *sursis*, a exemplo da pena estabelecida no mínimo legal de um ano prevista para o tipo em comento, igualmente deve ser estabelecido no prazo mínimo legal (dois anos), conforme art. 84 do Código Penal Militar (...).

Por fim, para fins de prequestionamento das matérias constitucionais trazidas à baila pelo Órgão de Defesa Pública, não se identificam eventuais violações ao Princípio da Presunção da Inocência, previsto no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, bem como a quaisquer outros princípios constitucionais.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao Apelo defensivo para, mantendo a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos, reduzir o período de prova da suspensão condicional da pena para seu mínimo legal, fixando-o em 2 (dois) anos, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar, mantidas as demais condições estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em dar provimento parcial ao Apelo defensivo para, mantendo a Sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos, reduzir o período de prova da suspensão condicional da pena para seu mínimo legal, fixando-o em 2 (dois) anos, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar, mantidas as demais condições estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau.

Brasília, 14 de dezembro de 2022 – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Nº 7000922-94.2021.7.00.0000

Votei, acompanhando a unanimidade dos Ministros desta Corte, para dar provimento parcial ao Apelo Defensivo para, mantendo a Sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos, reduzir o período de prova da suspensão condicional da pena para seu mínimo legal, fixando-o em 2 (dois) anos, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar, mantidas as demais condições estabelecidas pelo Juízo de Primeiro Grau, nos termos do Voto do Ministro Relator Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defesa constituída do Cap Aer R/1 ALEKSANDER BATISTA MANGHI contra a Sentença proferida pelo Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 6ª CJM, de 17 de setembro de 2021, que, por maioria (3x2), condenou o Acusado à pena de 1 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, conforme art. 59 do Código Penal Militar, como incurso no art. 215-A do Código Penal comum, com o regime prisional inicialmente aberto, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Estatuto Repressivo comum, o direito de apelar em liberdade e a concessão do benefício do *sursis* pelo prazo de 3 (três) anos.

Em suas Razões, a Defesa pugna pela absolvição em face da ausência de provas concretas, aplicando-se os Princípios do *In Dubio Pro Reo* e da Presunção de Inocência, considerando que na única data descrita na Denúncia, o Réu estava em viagem a serviço para Recife, especificando que tal viagem ocorreu do dia 25 a 29 de novembro, chegando à 1h40min, seguindo para Canoas logo em seguida, conforme passagens aéreas anexadas.

Aduz, ainda, não haver coesão nos depoimentos testemunhais, os quais foram refutados pelas provas documentais produzidas.

Sustenta, também, que a Denúncia seria nula por suposta ausência dos requisitos previstos no art. 77 do Código de Processo Penal Militar, sob o argumento de que as possíveis importunações ocorreram ao longo do segundo semestre de 2019, entretanto não individualiza ou descreve qualquer fato ou qualquer situação específica a viabilizar a Defesa do Acusado. Alega, ademais, que na data de 28 de novembro de 2019, o Réu estava em viagem, tendo anexado aos autos os bilhetes de passagens aéreas emitidas para o período.

Subsidiariamente, requer a redução do período de prova fixado para a suspensão condicional da pena, por tratar-se de Réu primário, com bons antecedentes, com mais de trinta e cinco anos de vida dedicada ao serviço militar, cuja condenação se deu em processo envolto por dúvidas e incertezas, e por não ser razoável e proporcional.

Por fim, a Defesa constituída prequestiona os arts. 5º, LVII, da CF.

Em síntese, consta que, em data não precisa, mas entre o final de novembro de 2019 e o início de dezembro do mesmo ano, a Civil P.F.R., prestadora de serviço da Empresa AR2, no Destacamento do Espaço Aéreo de Porto Seguro - BA, estava na Torre do Aeroporto, do Setor de Controle de Voo, realizando a limpeza do banheiro masculino, quando, ao se abaixar para pegar produtos de limpeza, foi abordada, pelas costas, pelo Acusado Cap ALEKSANDER BATISTA MANGHI, o qual tocou no seu cabelo e acariciou seu pescoço, tentando beijá-la, mas sendo repelido imediatamente.

Desse modo, teria o Acusado praticado ato libidinoso contra a Ofendida, consistente em tocar seu cabelo e acariciar seu pescoço com o intuito de satisfazer seu desejo lascivo de beijá-la.

Inicialmente, quanto à alegação de inépcia da Denúncia, além de ser matéria preclusa em sede de Apelação, para que a Denúncia seja considera apta a ser recebida, e a partir de então se tenha como instaurada a Ação Penal, torna-se imprescindível que se esteja diante de um fato típico, amoldado à descrição abstrata contida na lei penal, com indícios de autoria delitiva, e que preencha os requisitos dos art. 77 e 78 do Código de Processo Penal Militar.

Extraem-se da Denúncia os seguintes trechos, com a descrição dos fatos e das condutas imputadas ao Apelante:

> (...) Consta dos autos do IPM que, no dia 28 de novembro de 2019, por volta das 16h, a civil, P.F.R., prestadora de serviço da empresa AR2, no Destacamento do Espaço Aéreo de Porto Seguro, estava na Torre do Aeroporto, do Setor de Controle de Voo, fazendo a limpeza do banheiro masculino, quando, ao se abaixar para pegar produtos de limpeza, foi abordada, pelas costas, pelo ora denunciado, o Cap MANGHI, tocando no seu cabelo e acariciando seu pescoço, tentando beijá-la, sendo repelido imediatamente.
>
> Após o ocorrido, comunicou o fato a seu supervisor, Sr. Walmir, que já sabia do assédio constante do Capitão para com a funcionária, desde Agosto/19, e retransmitiu o relato para o Major COELHO, o qual disse à ofendida para dar uma queixa na Delegacia.
>
> Narrou a importunação, também, para o 2º Sgt SATURNINO (Encarregado da supervisão da limpeza), às colegas de trabalho, Alessandra e Monica – esta, inclusive, contou-lhe que era constantemente assediada pelo Capitão –, e por fim, ao S2 L. SANTOS, militar que presenciou o Oficial, em outra oportunidade (início de dezembro/2019), falando bem perto do rosto e ouvido da ofendida e se afastando assustado ao perceber a presença do citado soldado.
>
> A despeito da negativa dos fatos pelo Cap MANGHI, em seus depoimentos (Delegacia da Mulher e IPM), sua versão não se sustenta, posto que, essas condutas criminosas sexuais são praticadas às escondidas,

> geralmente sem testemunhas presencias e/ou imagens, com o relato da vítima adquirindo imenso valor probante para a investigação.
>
> Ademais, corroboram para a veracidade da narrativa da ofendida a pormenorização dos detalhes, sua própria postura de procurar seu supervisor, ir sozinha prestar notícia-crime na Delegacia da Mulher, relatar para suas colegas e, por fim, o histórico de assédio pontuado pelas testemunhas.
>
> Os elementos de prova colhidos no IPM anexo demonstram que o Cap MANGHI, de maneira livre e consciente, praticou, dentro do DTCEA-PS, ato libidinoso contra a Sra P. (massageou seu cabelo e acariciou seu pescoço) com o intuito de satisfazer seu desejo lascivo de beijá-la, incidindo, assim, o delito previsto no Art 215-A do CP c/c o Art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM.
>
> Em razão do exposto, denuncio o Cap ALEKSANDER BATISTA MANGHI como incurso nas sanções previstas no artigo 215-A do Código Penal Militar (...)".
>
> Em 15 de julho de 2020, o MPM aditou a Denúncia em relação à suposta data do fato delituoso, consignando que "a despeito de os elementos de prova indicarem o dia 28/11/2019, leia-se: 'em data não precisa, mas entre o final de novembro de 2019 e início de dezembro/2019'" (Evento 54 do IPM nº 7000005-26.2020.7.06.0006).

Conforme se verifica, ao contrário do que alega a Defesa, a peça inaugural atendeu devidamente aos requisitos exigidos para o seu recebimento, tendo realizado a devida qualificação do ora Denunciado, com a descrição individualizada de suas condutas, trazendo indícios suficientes de materialidade do delito e de autoria, não havendo que se falar em inépcia ou nulidade da inicial.

Quanto à questão da mencionada data de 28 de novembro de 2019, inicialmente apontada como sendo o dia dos fatos narrados, registro que foi realizado aditamento da inicial, inexistindo óbice quanto ao ponto, sendo irrelevantes as teses referentes à existência nos autos de passagens aéreas emitidas para o período no que tange à inépcia da Denúncia.

Ressalto, ademais, que a data incerta de ocorrência do crime não prejudica o exercício do contraditório e da ampla defesa quando se especifica o suposto fato típico, em data aproximada, com todas as suas circunstâncias, bem como riqueza de detalhes, tal como verificado na Denúncia acima, não havendo falar em inépcia ou em impossibilidade de defesa. Nesse sentido, cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. ESTUPRO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Inexiste ilegalidade flagrante

> na decisão que indefere o pedido liminar ao entendimento de que "o trancamento da ação penal se confunde com o próprio mérito do writ, devendo ser submetida à análise pelo órgão colegiado", asseverando que "não se pode afirmar que a descrição contida na denúncia, no sentido da ocorrência do crime em data incerta, [...] implica a indefinição no tempo de forma a afetar o exercício da ampla defesa". 2. Não havendo ilegalidade para justificar a mitigação da Súmula 691 do STF, impunha-se de fato que o writ fosse indeferido liminarmente. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC 679.551/SP, Relator Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021); e
>
> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO - ART. 213, § 1º, CP (VÍTIMA CONTAVA COM 14 ANOS). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO PRECISA DA DATA DOS FATOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ILEGALIDADE. EXORDIAL QUE INDICA DATA APROXIMADA DA CONDUTA CRIMINOSA. ART. 41 DO CPP OBSERVADO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) II - Nos termos do art. 41 do CPP, a denúncia conterá a "exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas". III - Caso em que a exordial acusatória bem observou o mandamento legal, descrevendo fato típico, em tese, bem assim a data aproximada em que ocorreu, qual seja, "final do ano de 2009", possibilitando ao paciente a ampla defesa em relação ao fato tipificado no art. 213, § 1º, do CP (estupro) e não em relação ao tipo vigente antes da alteração determinada pela Lei n. 12.015, de 7/8/2009 (atentado violendo ao pudor). IV - Não se vislumbra a alegada inépcia da denúncia, de modo que não há falar em trancamento da ação penal. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC 417.417/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018).

Certo, portanto, que a Denúncia é válida e atendeu devidamente aos requisitos processuais.

Quanto ao mais, a fim de traçar o panorama fático da conduta ora imputada ao Réu, vejamos a síntese dos depoimentos colhidos na fase de instrução judicial.

A Ofendida Civil P.F.R. (AUDIÊNCI2 a AUDIÊNCI7, Evento 111 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006) declarou que era prestadora de serviços da Empresa AR2 no Destacamento do Espaço Aéreo de Porto Seguro, no setor de Controle de Voo, trabalhando às terças e às quintas-feiras, e que, no dia dos fatos, como de costume, estava fazendo a limpeza do banheiro masculino. Esclareceu ter se abaixado para pegar materiais de limpeza na sacola que trazia, quando sentiu a mão do Acusado em seu pescoço,

acariciando e seguindo para o seu cabelo, que estava preso no alto, e em seguida ele tentou beijá-la, momento em que o empurrou pelo peito e saiu.

Afirmou que essa não foi a primeira vez que o Acusado a assediou, pois ele a perseguia há uns 4 (quatro) ou 5 (cinco) meses, abordando-a quando subia as escadas, quando estava só na copa, tendo o último ocorrido se dado no banheiro masculino do andar inferior, mas o fato narrado na Denúncia se dado em novembro, não lembrando se a data foi especificamente 28 de novembro, mas foi aproximadamente 28 de novembro.

Narrou que, depois disso, pediu para o seu chefe VALMIR que a tirasse da escala da torre, explicando-lhe que a situação não havia mudado e que o comportamento do Réu continuava o mesmo. Salientou ter dito ao chefe VALMIR que, no início, as investidas do Réu se davam com apertos no braço, mas que agora havia passado do limite, e VALMIR havia pedido mais um tempo, dizendo que iria tirá-la uns dias da torre. Disse que VALMIR orientou-a a "fechar a cara" para o Réu, pois, se fosse procurar uma delegacia ou registrar queixa, não ia dar em nada e aí o pessoal da Aeronáutica ia pedir para a empresa mandá-la embora, e ela ia "sair com uma mão na frente e outra atrás", sem os seus direitos.

Salientou que já tinha procurado o Sargento SATURNINO para reportar os fatos e VALMIR foi falar com ele sobre a possibilidade de tirá-la da escala da torre.

Aduziu ter noticiado as importunações que sofria para a colega ROSINEIDE, para o VALMIR, para o Sargento SATURNINO e o Sargento JORGE. Disse que as importunações ocorreram muitas vezes, na copa, no banheiro, na sala dele, onde ele exigia que limpasse de portas fechadas e que quando ela subia as escadas da torre para limpar a parte de cima, ele sempre ia em seguida.

Esclareceu que as investidas consistiam em apertões nos braços, na cintura e toque nos cabelos. Informou que o Réu sempre dizia que ela era muito linda, que era muito gostosa, que tinha que aproveitar a vida, aproveitar o momento, ofereceu até pagar o curso dela na Microlins, caso aceitasse sair com ele.

Lembrou que em agosto de 2019, teve a festa do DTCEA e nesse dia o Réu a importunou dentro do quartinho de descanso, tentando beijá-la lá. Disse que já vinha passando a situação para o chefe.

Disse que VALMIR fez uma reunião com ela, ALESSANDRA e ROSINEIDE para mudarem o jeito de comportarem-se, de interagir com as pessoas, que só entrassem nos escritórios, limpassem as salas e saíssem do local rapidamente, que não conversassem, que não sorrissem, afirmando que ela era muito simpática e que era isso que levava os homens a quererem "mexer" com

ela, momento em que o repreendeu, dizendo que só um homem tinha esse tipo de comportamento com ela e que esse homem era o Réu. Aduziu também que o chefe aconselhou-a a não contar os fatos para o seu esposo para ele não querer revidar e para ela não registrar ocorrência na Delegacia.

Afirmou que se sentia muito mal, que tinha vontade de ir embora, inúmeras vezes saía do trabalho mais cedo e estava pronta para pedir demissão. Salientou que não foi retirada da escala de limpeza da torre, mas que não se aproximava mais do Réu, deixando, até mesmo, de limpar a sala dele.

Disse que buscou orientação com seu primo, que é advogado, e que ele elucidou que a conduta do réu era criminosa, o que ela desconhecia.

Pontuou que resolveu registrar o Boletim de Ocorrência e quando o Comandante chegou em Porto Seguro, ela entregou a ele o relato por escrito.

Disse que o VALMIR ligou perguntando se ela havia feito a queixa, porque ele era contra, pois estaria comprando briga com gente grande e que o Capitão MANGHI o procurou para ver se havia alguma possibilidade de retirar a queixa.

Por fim, afirmou sentir-se indignada com a situação e que está fazendo tratamento psicológico e psiquiátrico.

A testemunha ex-Sd Aer LUAN OLIVEIRA DOS SANTOS servia no Destacamento ao tempo dos fatos, salientou que não trabalhava diretamente com o Réu. Afirmou que, em data que não soube precisar, mas próximo ao mês de dezembro de 2019, estando de serviço na torre, presenciou o momento em que o Réu aproximou-se da Ofendida, que recolhia o lixo, colocando seu rosto tão próximo ao dela, como se fosse falar algo ao ouvido. Salientou que o Réu, ao notar a presença do depoente no *hall*, afastou-se imediatamente da Ofendida como se tivesse se assustado com a presença dele.

Pontuou que, pouco tempo depois, a Ofendida confidenciou-lhe que o Réu a assediava constantemente há algum tempo. Contou que ela não estava confortável com a situação, sendo nítido que ela não correspondia às investidas e não aprovava o comportamento do Réu. Esclareceu ter trabalhado no Destacamento por 4 (quatro) anos e, durante esse período, ouviu boatos de que o Réu assediava as mulheres em Salvador. Disse ter ouvido comentários de que o Réu assediava outra funcionária da Empresa AR2, de nome MÔNICA.

Salientou que a situação com a Ofendida já se arrastava por algum tempo, sendo que ela até dizia que não limparia mais a sala dele ou não ficaria no mesmo ambiente que ele. Pontuou que a Ofendida ficava receosa em denunciar a conduta do Réu por ele ser um Capitão da Aeronáutica. Contou que tinha receio de que o marido dela soubesse e gerasse um transtorno para

todos e que ela acabasse perdendo o emprego (Evento 111 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006, AUDIÊNCI7 a AUDIÊNCI9).

O 2º Sgt Aer JOÃO SATURNINO NETO afirmou, sendo supervisor da Empresa AR2, que a Ofendida o procurou e, inicialmente muito tímida, informou sobre os assédios perpetrados pelo Réu. Pontuou que, devido a novos relatos por parte da Ofendida, conversou com o VALMIR e reportou-lhe que o Réu estava tendo comportamento inapropriado, beijando-a e abraçando-a, o que era preocupante e necessitava de providências para retirá-la do setor.

Pontuou ter recebido inúmeras queixas da Ofendida e, como estava sendo rotineiro o comportamento por parte do Réu, pediu ao VALMIR, em meados de agosto, que ele tirasse todas as mulheres do sítio operacional das instalações da Aeronáutica que ficam no aeroporto, devendo a faxina ser executada por um profissional do sexo masculino. Afirmou que VALMIR tirou as funcionárias de lá por um período, mas, posteriormente, o Réu determinou que elas voltassem e, como ele é mais antigo na hierarquia, praticamente o Subcomandante, isso foi feito.

Aduziu que a Ofendida, em meados de novembro ao início de dezembro, informou-lhe que a situação estava insustentável, tendo o depoente comunicado o fato ao Major, que solicitou que a Ofendida noticiasse o fato formalmente. Pontuou que a Ofendida registrou o Boletim de Ocorrência e entregou-o ao Comandante, que providenciou a remessa do documento à Assessoria Jurídica do CINDACTA 3. Narrou que o Comandante informou ao Réu que tinha uma acusação contra ele.

Informou ouvir comentários que o Réu tinha comportamento semelhante com o pessoal militar feminino do Destacamento de Porto Seguro, mas acredita que seria fofoca, pois nunca presenciou nada. Salientou que a Ofendida foi a única a noticiar-lhe a conduta do Réu, mas possivelmente outras funcionárias também estavam sendo importunadas, pois havia alguns boatos de que isso acontecia.

Esclareceu que a Ofendida relatava que se sentia impotente e pedia para o depoente tomar providências, mas ele não sabia o que fazer para livrá-la da situação, a não ser retirá-la da limpeza da área operacional, mas pedia para ela ter calma e paciência, pois estava muito abalada emocionalmente nas várias vezes que conversava com ele.

Enfatizou que a Ofendida confidenciou-lhe que quando estava fazendo a limpeza do banheiro, o Réu chegava por trás, abraçava e passava a mão nos cabelos dela e, em outros momentos, ele ficava parado atrás dela, tentando beijar-lhe o pescoço e acariciando seus cabelos. Contou que, segundo seus relatos, o Réu ligou para ela algumas vezes, solicitando coisas, e, em uma das vezes, o marido dela atendeu às ligações, mas ele desligava imediatamente.

Disse que soube de uma abordagem que foi visualizada pelo então S2 LUAN. Pontuou haver relatos de que a situação se repetia com a funcionária de nome MÔNICA, mas que o comportamento do Réu era mais grave e íntimo ainda (Evento 111 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006, AUDIÊNCI9 a AUDIÊNCI12).

O Maj Aer MAURO DE CARVALHO COELHO, Comandante do Destacamento, disse ter recebido uma ligação do Sargento JORGE relatando a reclamação da Ofendida em relação ao fato. Contou que estranhou, pois jamais desconfiou que tal conduta pudesse acontecer, mas recomendou que ela fosse a um órgão especializado de atendimento à mulher para formalizar a reclamação, porque só assim ele poderia tomar providências. Admitiu ter pensado que poderia ser apenas um boato.

Pontuou que, posteriormente, o Sargento SATURNINO entrou em contato e confirmou os fatos e que a Ofendida iria formalizar a denúncia na Delegacia da Mulher. Narrou que a própria Ofendida entregou-lhe o Boletim de Ocorrência e uma carta relatando os fatos. Contou que providenciou que as funcionárias mulheres não fizessem limpeza na área em que o Réu trabalhava após ela ter formalizado essa queixa. Afirmou ter dado ciência ao Réu da denúncia recebida, mas sem informar quem a tinha apresentado, apesar de ter o Réu insistido para saber o nome da denunciante.

Informou que, anteriormente, conforme relato do Sargento SATURNINO, os subordinados tentaram resolver sozinhos a situação e retiraram as funcionárias do serviço na torre, mas que o próprio Réu determinou que as mulheres voltassem. Afirmou que o Réu era o segundo mais antigo do Destacamento (Evento 111 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006, AUDIÊNCI 12 a AUDIÊNCI13).

A civil ALESSANDRA DE JESUS STEFANELLI, funcionária da Empresa AR2, afirmou que a Ofendida comentou os fatos reportados nestes autos, mas que a depoente não os presenciou, pois eles se deram no banheiro, quando Réu e Ofendida estavam a sós. Afirmou ter a Ofendida dito que comportamentos de tal ordem já aconteciam há tempos. Asseverou nunca ter sido assediada pelo Réu, mas pontuou que, numa oportunidade, estando limpando uma sala, o Réu adentrou, abraçou e beijou a depoente, perguntando se ela estava bem. Pontuou ouvir comentários de que o Réu abordava as mulheres, "dando em cima" delas.

Salientou, por fim, que a Ofendida ficou muito abalada com a situação, estando deprimida, triste e chorosa, e que está fazendo acompanhamento psicológico e psiquiátrico (Evento 111 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006, AUDIÊNCI 14 a AUDIÊNCI15).

A civil MÔNICA SILVA DE SOUZA COSTA, que também é funcionária da Empresa AR2, disse que soube dos fatos constantes na Denúncia

pela própria Ofendida. Contou que chegou a falar para a Ofendida que tinham acontecido algumas coisas de tal natureza também com a própria depoente, mas que não queria se envolver na situação. Afirmou que o Réu passou a mão no seu cabelo e falou algumas coisas, mas ele a tratava muito bem, por isso ela nem deu importância.

Disse que ele já apertou sua cintura e a teria machucado, mas eles sempre conversavam e brincavam com a situação. Salientou que, em uma oportunidade, enquanto fazia café, o Réu chegou de surpresa e a apertou, tendo a depoente considerado que ele passou do limite, mas, então, chamou-lhe a atenção e disse que tinha machucado e que era para ele parar com aquilo, mas ele levava tudo na brincadeira. Pontuou, contudo, que o Réu nunca a agarrou. Salientou que o Réu a elogiava sempre, elogiava o seu café, dizia que ela estava bonita, ou seja, falava coisas nesse sentido.

Aduziu que a Ofendida lhe disse que os assédios do Réu aconteciam já há algum tempo e que esses consistiam em pegar no cabelo e coisas assim, mas que a Ofendida não gostava e pedia para ele parar, pois estava passando dos limites, só que ele continuava com o comportamento. (Evento 111 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006, AUDIÊNCI15 a AUDIÊNCI16).

O civil VALMIR DE SANTANA DA CONCEIÇÃO, funcionário da Empresa AR2 Serviços e coordenador do grupo de limpeza, afirmou que a Ofendida procurou-o para reportar sobre os assédios perpetrados pelo Réu. Pontuou ter perguntado para a Ofendida se era possível contornar a situação, pois era o que a funcionária MÔNICA fazia, nunca tendo decidido levar ao conhecimento dos superiores o que ocorria com ela.

Salientou, contudo, que, depois de determinado tempo, a Ofendida reportou-lhe que o comportamento reprovável do Réu persistia e informou-lhe que no banheiro da torre, no setor do DTCEA, enquanto fazia a limpeza, o Réu segurou-a pelo pescoço, ficou acariciando e ainda falou palavras obscenas, tendo o depoente perguntado a ela se queria que ele comunicasse aos superiores, obtendo resposta positiva.

Aduziu ter procurado o Sargento SATURNINO, que é o supervisor da Empresa, e informado sobre o ocorrido, o qual determinou que todas as mulheres fossem retiradas do serviço no setor no qual o Réu trabalhava. Pontuou que, persistindo a conduta, o Sargento SATURNINO comunicou ao Comandante, que orientou que a Ofendida formalizasse a denúncia na Delegacia.

Disse que, sabendo do que ocorria com a MÔNICA, reuniu-se com ela e com ALESSANDRA e ROSINEIDE e orientou-as sobre como deveriam comportar-se na presença dos militares, ou seja, trato formal e educado, sem brincadeiras, elogios ou conversas, a fim de evitar comportamentos inadequados por parte deles.

Afirmou que a Ofendida não lhe informou sobre os detalhes das abordagens em outros momentos, só o reportado na Denúncia.

Por fim, informou que o Réu procurou o depoente para saber quem havia registrado o Boletim de Ocorrência e pediu ao depoente para que conversasse com ela para retirar a queixa, pois não era preciso levar o caso à Justiça (Evento 111 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006, AUDIÊNCI16 a AUDIÊNCI18).

As testemunhas da Defesa, por sua vez, assim declararam (Evento 169 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006):

O Cap Aer R/1 LUIS MACENA LIMA afirmou não ter presenciado os fatos narrados da Denúncia, mas conhece o Acusado desde quando foi Comandante do Destacamento, nos anos de 2015 e 2016, e não tem conhecimento do envolvimento dele em alguma situação similar (AUDIÊNCI1 a AUDIÊNCI2).

A 3º Sgt Aer MARIANNA DA SILVA PINHEIRO afirmou ter trabalhado com o Réu até o período em que ele saiu de Porto Seguro e que nunca presenciou algum fato como o da Denúncia, nem com ela, nem com ninguém. Disse que quando trabalhou na sala com o Réu, era um ambiente tranquilo, com muito serviço, e em relação a contatos pessoais, era um ambiente saudável, todos se respeitavam.

Aduziu que o Réu sempre foi muito respeitoso com ela e nunca presenciou nenhum fato desabonador de sua conduta, seja no seu setor ou em qualquer outro. Pontuou que a sala onde trabalhavam sempre ficava acessível a todos. Salientou nunca ter ouvido qualquer comentário em relação aos fatos narrados nestes autos e afirma que o Réu sempre teve um bom relacionamento com as mulheres do Destacamento, sempre respeitoso.

Afirmou que percebeu que retiraram as mulheres da limpeza da torre e colocaram um homem, mas nunca se atentou para os motivos. Disse que considera que o trabalho da Ofendida era "padrão", sempre tendo conversado com ela durante as atividades, a qual era respeitosa, dedicada e comprometida com o serviço (AUDIÊNCI2 a AUDIÊNCI5).

O 1º Sgt Aer REVSON XAVIER DE OLIVEIRA afirmou que trabalhava na área de limpeza e manutenção dos aparelhos de ar condicionado e tinha acesso amplo ao Destacamento, inclusive à sala do réu, mas nunca notou nada de estranho em relação ao seu comportamento no que se refere à Ofendida. Afirmou que a Ofendida comportava-se da mesma maneira como as demais pessoas da equipe da limpeza, conversando de forma amistosa com todos.

Pontuou nunca ter observado qualquer tipo de contato entre o Réu e a Ofendida. Enfatizou desconhecer qualquer fato semelhante ao narrado nestes

autos envolvendo o Réu e afirmou que ele era sempre formal no jeito de ser e de pedir as coisas, sendo muito profissional (AUDIÊNCI5 a AUDIÊNCI6).

O 1º Sgt Aer MURILO ALVES SILVA mencionou ter tomado conhecimento dos fatos narrados na Denúncia por comentários, mas desconhece qualquer detalhe. Esclareceu que o Réu era seu chefe e trabalhavam na mesma sala, mas que depois de uma reforma no prédio, o Réu passou a ter uma sala individual. Esclareceu que seu contato com a Ofendida restringia-se a cordialidades, sendo que ela era sempre muito respeitosa com todos, agindo normalmente.

Pontuou que o Réu era exigente com a pontualidade, com os padrões militares, tinha o mesmo tipo de comportamento desde seus superiores hierárquicos até o pessoal que fazia a limpeza. Disse que a postura da Ofendida no ambiente de trabalho era normal e nunca observou nada de diferente. Contou que nunca ficou sabendo de situações similares em Salvador envolvendo o Réu (AUDIÊNCI7 a AUDIÊNCI8).

A 3º Sgt Aer ZANAYNE OLIVEIRA DE FIGUEIREDO afirmou que tomou conhecimento do fato depois da lavratura do Boletim de Ocorrência e que, inclusive, foi à Delegacia a pedido do Réu, como testemunha de Defesa, pois ele falou que estava sendo acusado de ter assediado a Ofendida e que a depoente deveria falar como era o tratamento dele com a depoente.

Disse que o Réu era totalmente profissional, ficou amiga da esposa dele, mas nada muito íntimo. Disse que nunca teve muita oportunidade de conversar com o pessoal da limpeza. Contou que não percebeu comportamento estranho do Réu com as outras mulheres no período em que trabalhou na mesma sala que ele, pois tinha um comportamento normal, igual para homens e mulheres, independentemente da hierarquia. Disse que ele era rigoroso no trabalho, tanto que antes dele chegar, o pessoal até comentava que era para tomar bastante cuidado com uniforme, unha, porque ele tentava manter o mesmo rigor entre homens e mulheres.

Pontuou que a conduta do Réu com a depoente sempre foi profissional, até no primeiro contato que teve com ele, em que foi contar uma situação particular, que tinha engravidado num primeiro encontro, ele mostrou-se preocupado, mas em nenhum momento desrespeitoso, orientando-a a conversar com os pais e cuidar-se. Disse que nunca houve invasão de privacidade em nenhum aspecto. Contou que nunca ouviu falar de qualquer boato em que o Réu estivesse envolvido em uma situação similar. (AUDIÊNCI8 a AUDIÊNCI10).

O Acusado Cap Aer R/1 ALEKSANDER BATISTA MANGHI, em seu interrogatório, negou a veracidade dos termos da Denúncia e aduziu não conseguir imaginar o porquê de tudo isso estar acontecendo, pois sempre proporcionou um bom ambiente de trabalho, era cortês, ajudava as pessoas e

não sabe se isso, de alguma forma, incomodou alguém ou alimentou expectativa em alguém. Pontuou nunca ter elogiado a Ofendida, a não ser pela excelência da limpeza, assim como fazia com todos os demais funcionários.

Negou ter assediado a Ofendida, bem como as funcionárias ALESSANDRA e MÔNICA, sendo que ALESSANDRA, inclusive, trabalhou em sua casa, contratada por sua esposa. Afirmou ser cortês com as funcionárias e que, muitas vezes, nem as via, pois entrava na sala e tinha muito trabalho.

Afirmou nunca ter tido seu nome envolvido em algum registro ou alguma queixa desse porte, mas sim elogios por parte dos seus Comandantes, pelo trabalho que prestou. Disse que é casado e sempre esteve acompanhado da família, sendo casado, pela segunda vez, há 11 (onze) anos, tem uma enteada de 18 (dezoito) anos e uma filha de 6 (seis) anos, e que a situação versada nestes autos lhe tem causado muito desconforto.

Aduziu ter buscado em sua memória algum comportamento seu que pudesse ter causado todo esse mal-entendido, mas não consegue identificar nada além da cordialidade, do espírito de trabalhar e de querer todo mundo no mesmo nível, em tom harmônico, mesmo tendo chamado a atenção de um ou outro alguma vez em relação ao trabalho, mas nada que pudesse desencadear tal situação.

Contou que na parte da empresa, não tinha envolvimento algum, não era nem fiscal de contrato, a única coisa que observava, e que era praxe, como era o Oficial mais antigo da parte operacional, era a conferência da prancheta de chegada do pessoal e uma vez ou outra via que um funcionário chegava atrasado e, eventualmente, fazia tal observação, mas não só para a Ofendida, mas para os outros também. Acredita que, por sua rigidez, talvez tenha causado algum desconforto para alguém.

Salientou que tratava todos os funcionários da empresa da mesma forma e que tinha pouco contato com eles. Disse que não sabe o real motivo da empresa terceirizada ter substituído as mulheres por um homem para fazer a limpeza, só sabe que nenhuma delas gostava de ir para a torre, porque tinha que subir uma escadaria.

Pontuou, contudo, não saber o porquê de as mulheres terem voltado ao serviço de limpeza na torre de controle, já que elas não gostavam de lá. Enfatizou não ter determinado o retorno delas para o serviço na torre.

Disse que não sabe a que poderia atribuir a alegação de três mulheres terem sido importunadas por ele, mas acredita, sinceramente, que é uma vítima e por isso está muito surpreso e abalado. Contou que são 34 (trinta e quatro) anos de serviço e só há elogios na sua ficha. Enfatizou ter iniciado sua carreira como Soldado, em 1987, e tinha tudo planejado para encerrar comandando o Destacamento de Porto Seguro, só que isso acabou, seu sonho

morreu, pois transferiu-se para a reserva por não ter suportado a pressão causada pelo episódio narrado nestes autos.

Informou que sua relação com a vítima era normal, nada além de chegar, se estivesse por ali, e dar um bom dia. Declarou que a convivência da Ofendida com o interrogando no local de trabalho era normal e apenas em um ou dois episódios de atraso é que necessitou questioná-la o que havia ocorrido.

Negou ter ficado sozinho com a Ofendida ou com qualquer outra funcionária da limpeza e que nunca aconteceu de entrar em um banheiro e elas estarem limpando, pois sempre estava acompanhado do Sargento MACHADO e, na verdade, o expediente era tão corrido que usava o banheiro em casa e, se usasse no ambiente de trabalho, era o sanitário do térreo, onde tem o vestiário de todos os militares.

Frisou que seu relacionamento com as outras mulheres do Destacamento sempre foi muito tranquilo, muito normal, desde a época de Sargento, quando as mulheres começaram a ingressar na Força, principalmente na área de Controle de Tráfego Aéreo.

Pontuou sempre ter tido cuidado para ser profissional, nunca ficou sozinho em uma sala com uma militar, sempre que precisava falar alguma coisa com uma das militares pedia para um dos adjuntos ficarem na sala e sempre foi cordial. Salientou que, na posição de chefia, acabava por absorver até mesmo os problemas particulares dos subordinados, mas sempre com o intuito de dar o maior apoio possível.

Reiterou a negativa da ocorrência dos fatos narrados na Denúncia e afirmou que no dia 28 de novembro de 2019 estava em Recife, na reunião de Comandantes, tendo uma ordem de serviço assinada pelo Brigadeiro CÉSAR determinando que o interrogando fosse diretamente para Canoas para outra reunião (AUDIÊNCI 10/14 do Evento 169 da APM nº 7000070-21.2020.7.06.0006).

Como se vê, apesar da negativa do Réu, os depoimentos das testemunhas corroboraram e conferiram absoluta verossimilhança às declarações da vítima – que narrou os fatos de forma coerente e segura –, e revelam o tamanho do trauma sofrido por ela, bem como o seu abalo emocional, comprovando-se, ademais, que a Ofendida sempre pedia que providências fossem tomadas por parte de seus chefes e superiores, mas pouco foi feito, o que permitiu que o comportamento criminoso adotado pelo Réu se prolongasse.

Vê-se que a situação foi relatada diversas vezes a várias pessoas, tanto à chefia imediata da Ofendida na Empresa, quanto aos militares, às colegas de trabalho e à Delegacia Especial de Atendimento à Mulher – DEAM, na qual fez Boletim de Ocorrência (-PORT1 do Evento 19).

Todas as testemunhas, embora não presenciais, foram uníssonas em relatar o ocorrido tal como narrado pela Ofendida, com riqueza de detalhes. Apesar de não terem presenciado pessoalmente os fatos, confirmaram e presenciaram o pavor, a tristeza e a insatisfação da Ofendida, bem como souberam do ocorrido e o relataram exatamente conforme a descrição da vítima.

Soma-se a isso que outra situação semelhante, qual seja, ter o Réu se aproximado da Ofendida quando estava sozinha no corredor, de forma constrangedora, muito perto de seu rosto, como se fosse falar algo em seu ouvido sem que alguém ouvisse, foi presenciada pelo ex-Sd Aer LUAN OLIVEIRA DOS SANTOS, tendo este afirmado que claramente P. não teria gostado da abordagem e que o Réu saiu sorrateiramente quando percebeu a sua presença no local, como se tivesse se assustado ao vê-lo.

Havia, ainda, comentários de que o Réu, em outros locais, se portava indevidamente com outras mulheres.

Foi também confirmado por diversas testemunhas que a OM providenciou o afastamento das funcionárias mulheres do setor, deixando apenas um funcionário homem para a limpeza, mas logo o Acusado teria emitido contraordem, determinando o retorno delas ao sítio operacional.

Por outro lado, em que pese a testemunha MÔNICA, que também trabalhava na limpeza, não ter se indignado com as atitudes do Réu para consigo, os relatos dela também revelaram como era o comportamento deste, tendo declarado que, certa vez, repreendeu o Acusado, pois teria passado dos limites, uma vez que a havia "apertado", machucando-a, o que revela, desse modo, como era a atitude do Acusado com as mulheres que auxiliavam na limpeza da OM, havendo elementos claros também em outros depoimentos que demonstram que ele "forçava" intimidade com elas, ultrapassando os limites do profissionalismo, com comportamento inadequado e anormal naquele ambiente de trabalho.

Não obstante o argumento referente à data inicialmente apontada na Denúncia, houve o aditamento pelo MPM em seguida para fazer constar "Em relação à data do fato delituoso, a despeito de os elementos de prova indicarem o dia 28/11/2019, leia-se: 'em data não precisa, mas entre o final de novembro de 2019 e início de dezembro/2019'" (Evento 54 do IPM). Além disso, a própria Ofendida, bem como as testemunhas, disseram que o ocorrido não foi em tal data. Assim, a existência de bilhetes de passagens aéreas, a comprovar o afastamento do militar no dia 28 de novembro de 2019, é irrelevante para o caso, tendo sido a Denúncia precisa e certa quanto ao relato dos fatos, de modo que o Réu teve a possibilidade de se defender dos fatos que lhe foram imputados, garantidos o contraditório e a ampla defesa.

É natural que a Ofendida não se recorde exatamente da data em que ocorrera tal situação, pois, como visto, além do sofrimento psicológico a que fora submetida, a abordagem inconveniente do Réu para com ela ocorreu em diversos momentos, ainda que a presente Ação Penal Militar trate de um único episódio.

Registre-se, como acréscimo, que não foi relatado nada que pudesse demonstrar que a Ofendida quisesse vingar-se ou oferecer alguma retaliação ao Réu, não havendo comprovação nem mesmo em relação às alegações dele de que poderia ter causado algum desconforto à Ofendida devido aos questionamentos relativos aos horários de entrada em serviço e, segundo o próprio Réu, teria ocorrido apenas um ou dois episódios de atraso.

Ademais, até mesmo a 3º Sgt Aer MARIANNA DA SILVA PINHEIRO (AUDIÊNCI 2 a AUDIÊNCI5), testemunha arrolada pela Defesa, disse que P. fazia o serviço dentro do padrão, que sempre conversava e ela nunca havia faltado com respeito, sendo sempre foi muito dedicada ao serviço e comprometida com o que fazia.

Ainda, o 2º Sgt JOÃO SATURNINO NETO, encarregado da fiscalização do contrato de limpeza, afirmou que já recebeu vários relatos de assédio cometidos pelo Acusado, tanto que pediu que tirassem as mulheres do sitio operacional, nas instalações da Aeronáutica, que fica no Aeroporto.

Acrescente-se que há também prova testemunhal no sentido de o Acusado ter tentado resolver informalmente o problema, sem que fosse necessário acionar o Judiciário, a revelar claramente o seu comportamento insistente e constrangedor para com a vítima, demonstrando que realmente a teria importunado. Com efeito, o civil VALMIR DE SANTANA DA CONCEIÇÃO (AUDIÊNCI16 a AUDIÊNCI18) afirmou, em seu depoimento judicial, que o Réu procurou-o sem saber que P. é que tinha registrado o Boletim de Ocorrência, perguntando se ele sabia quem tinha sido e queria que ele conversasse para que a "queixa" fosse retirada e resolvida entre eles, sem necessidade de intervenção da Justiça.

Corrobora-se ainda a prática do delito com o RELATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – RIC da Secretaria da Segurança Pública, da Polícia Civil da Bahia, Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher – DEAM, constante do IPM, produzido a partir da Ordem de Missão, objetivando ouvir e descrever mensagens de áudios relacionadas ao IP 0012/2020, obtendo-se o seguinte resultado (fl. 104, OFIC5, do Evento 19 do IPM nº 7000005-26.2020.7.06.0006):

> ÁUDIOS REFERENTES A INVESTIGAÇÃO POLICIAL DO REFERIDO IP
>
> Arquivo 1 — Diálogo entre Valmir e P., Ele tentando fazer ela desistir do procedimento policial! "(...) Se ele entrar com calúnia e difamação, você vai ter cinco mil para pagar a Ele? (...)".

> Arquivo 2 — Diálogo de Alessandra informando que Aleksander beijou a mão dela, ela afirma que ele estava muito estranho.
>
> Arquivo 3 — Diálogo de Alessandra surpresa com o que P. falou com ela, Alessandra diz que vai dar BO, ainda mais com o capitão... só assim ele vai aprender respeitar as pessoas.
>
> Arquivo 4 — Mônica fala com P., alinhando que não quer problema com ninguém, que não tem o que falar do capitão, pois tudo que ocorreu foi com a permissão dela, que ela não tem nada a reclamar sobre ele.
>
> Arquivo 5 – Mônica fala com P., que teve situações que ela não estava gostando, que ela caiu na real, e não quer problema com este povo, pois ela conhece o marido dela, que depois dessa ele vai aprender, cara de pau, tomei nojo dele.
>
> Arquivo 6 — Diálogo de Mônica dizendo para P. que orou ao Senhor para tirar ela de lá, que teve coisa que ela deu ousadia, que tinha hora que ele (o capitão) passava do limite mesmo, que posteriormente ela passou a cortar ele, daí então ela orou ao Senhor para engravidar, e assim ela sair da torre, pois na verdade ela tinha medo dele.

Como se vê, esses diálogos, somados à existência de tantos depoimentos testemunhais em Juízo, também confirmam a conclusão pela prática delitiva, demonstrando, em verdade, outras situações semelhantes que, igualmente, geraram desconforto nas mulheres que lá trabalhavam.

Com efeito, sabe-se que em crimes dessa natureza há de se valorar a palavra da Ofendida (vítima) quando demonstrada coerência com outros meios de provas, como a harmonia da prova testemunhal, cujos relatos detalham a ocorrência da importunação sexual nos mesmos termos do que dito pela vítima, de modo que os mesmos detalhes envolvendo as circunstâncias do caso ocorrido foram narrados pelas testemunhas e todas elas presenciaram o forte abalo emocional sofrido por ela.

O art. 215-A do Código Penal comum assim dispõe:

> (...) Importunação sexual
>
> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Tal delito, por sua natureza de crime contra a dignidade sexual, geralmente ocorre às escondidas e raramente deixa vestígios, sendo de difícil comprovação. Desse modo, deve-se dar maior peso à palavra da vítima, em consonância com os demais elementos probatórios dos autos, autorizando-se a conclusão quanto à autoria e à materialidade da prática delituosa.

O próprio Supremo Tribunal Federal entende que, "(...) nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime" (Inquérito nº 2563/SC, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJe: 28/05/2010).

Assim, em delitos como o descrito nos autos, torna-se praticamente impossível a comprovação testemunhal, daí o porquê da relevância da palavra da vítima para aferir a verossimilhança das declarações no contexto dos demais elementos de prova colhidos na instrução criminal, pois os crimes sexuais são obviamente praticados de forma clandestina, de modo que a violação da dignidade da mulher geralmente ocorre em locais fechados, sem possibilidade de presença de testemunhas, de modo que a palavra da vítima representa maior importância, sem desconsiderar a necessidade de coerência e plausibilidade.

Nesse sentido:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA CONSTITUÍDA. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL COMUM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. EXCLUSÃO DO SERVIÇO ATIVO COMO MEDIDA PUNITIVA. MATÉRIA ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO DO *SURSIS*. CONDIÇÕES RELACIONADAS COM A PROTEÇÃO DA VÍTIMA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. O crime de importunação sexual caracteriza-se pela conduta de praticar, de qualquer modo, contra alguém e sem sua anuência, ato libidinoso, sendo que o ato libidinoso é aquele tendente à satisfação da libido. Essa elementar tem conteúdo abrangente, compreendendo qualquer tipo de ação de cunho sexual, até mesmo o ato de encostar lascivamente nas nádegas da vítima ou em seus seios. O crime de importunação sexual previsto no art. 215-A do Código Penal comum, por sua natureza de delito contra a dignidade sexual, ocorre geralmente na clandestinidade e raramente deixa vestígio, sendo de difícil comprovação material. Nesse contexto, deve prevalecer o entendimento no sentido de que a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria, bem como quanto às circunstâncias nas quais ocorreu a prática delituosa. (...). Apelo defensivo não provido. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000267-25.2021.7.00.0000. Relator Ministro Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 30/09/2021, Data de Publicação: 10/11/2021).

Cito ainda precedentes do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> EMENTA: "HABEAS CORPUS" – ALEGADO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, PELO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE

> JUSTIÇA, NO JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL – INOCORRÊNCIA – MERA VALORAÇÃO DOS FATOS EXPOSTOS NA DECISÃO RECORRIDA, PLENAMENTE COMPATÍVEL COM O ÂMBITO ESTREITO DO RECURSO EXCEPCIONAL – PALAVRA DA VÍTIMA DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – IMPORTÂNCIA PROBATÓRIA DECISIVA QUANDO NÃO ESTÁ EM CONFLITO COM OS ELEMENTOS PRODUZIDOS AO LONGO DA INSTRUÇÃO PENAL – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DESTA ESPÉCIE RECURSAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF - HC 157507 AgR, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJe-122 de 18/5/2020); e
>
> HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA EM JUÍZO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM TODO ACERVO PROBATÓRIO E NÃO APENAS NO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. ORDEM DENEGADA. 1. A sentença condenatória transcrita acima encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que se consolidou no sentido de que, "nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime". Precedentes. (...) 5. Writ denegado. (STF - HC 102473, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-080 2/5/2011).

E ainda o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça*, in verbis:*

> PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA 568/STJ. INEXISTÊNCIA DE PROVA ILÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, quando coerente e verossímil, pois, em sua maior parte, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios (...) tanto que a jurisprudência é remansosa em admitir o depoimento da vítima e de seus parentes como meio de prova, pois, caso contrário todos os crimes praticados na clandestinidade (sem testemunhas presenciais), ficariam impunes, mormente em relação aos cometidos contra a dignidade sexual, como no caso. (...) 6. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp n. 1.594.445/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 6/2/2020, DJe de 14/2/2020.)

Portanto, mesmo que os fatos narrados na Denúncia – ocorridos no interior do banheiro do Destacamento do Espaço Aéreo de Porto Seguro - BA –

não tenham sido presenciados por nenhuma das testemunhas, a autoria e a materialidade restou demonstrada, considerando a coerência de todo o acervo probante produzido.

Por tais motivos, não merecem acolhida as alegações defensivas no sentido de que seriam insuficientes as provas para a condenação do Acusado.

A despeito de o Réu ter declarado em Juízo que não praticou nenhuma das condutas acima descritas, não há evidências nos autos, nem mínimas, que possam fazer pressupor que as declarações prestadas pela Ofendida tenham sido levadas a efeito em contexto, unicamente, de prejudicar o Acusado, tampouco qualquer conotação vingativa se verifica.

E, repito, corroboram para a veracidade da narrativa da Ofendida a pormenorização dos detalhes, sua própria postura de procurar seus supervisores, ir prestar notícia-crime na Delegacia da Mulher, relatar para suas colegas e, por fim, o histórico de assédio pontuado pelas testemunhas.

Comprovada, portanto, a autoria e a materialidade do ato libidinoso praticado contra a Civil P.F.R., consistente na conduta de massagear-lhe o cabelo e acariciar-lhe o pescoço com o intuito de satisfazer o desejo lascivo de beijá-la, nos termos do art. 215-A do CP c/c o art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM.

Quanto à culpabilidade, é inegável a reprovabilidade da conduta de quem atenta contra a dignidade sexual, mormente quando a importunação à qual a Ofendida foi submetida resultou de relação estritamente profissional no ambiente de trabalho.

Além da atitude repulsiva descrita pela Ofendida, o comportamento do Acusado não é condizente com a relação profissional exigida de um militar para com uma terceirizada, que presta serviços de limpeza em seu local de trabalho, ainda mais considerando que ele, naquele Destacamento, era o segundo mais antigo na cadeia hierárquica.

Tratando-se, pois, de agente imputável, com potencial consciência da ilicitude do fato, dele era exigida conduta diversa.

No presente processo, as condutas perpetradas pelo Acusado encontram perfeita adequação ao tipo penal descrito no artigo 215-A do Código Penal comum, tendo sido constatada a prática de ato libidinoso do Acusado contra a Ofendida, sem a sua anuência ou consentimento, não socorrendo ao Acusado qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Por tais motivos, não merece reparo o Decreto condenatório de primeiro grau quanto ao ponto.

Quanto ao *sursis*, contudo, requer a Defesa a redução do período de prova fixado, aplicando-se a proporcionalidade, uma vez que se trata de réu

primário, com bons antecedentes e mais de trinta e cinco anos de serviço militar, cuja condenação se deu em um processo envolto por dúvidas e incertezas.

Com efeito, além de não ter havido qualquer fundamentação em Sentença para fixação do prazo a maior, entendo razoável a concessão do benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, uma vez que houve a condenação do Réu à pena privativa de liberdade pelo mínimo legal, qual seja, 1 (um) ano de reclusão, sem quaisquer circunstâncias judiciais negativas, agravantes ou causas de aumento, havendo, ademais, diversos julgados nesta Corte que concedem o período de 2 (dois) anos para condenados à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, por exemplo.

Trata-se de réu primário e sem antecedentes criminais, pelo que se mostra crível a estipulação do período de prova em seu patamar mínimo.

Nesse sentido:

> EMENTA: APELAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA (...) REDUÇÃO DO PERÍODO DE PROVA DO *SURSIS*. EXCLUSÃO DA CONDIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS. NATUREZA PENAL. INDEVIDO *BIS IN IDEM*. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. UNÂNIME. (...) Redução do período de prova do *sursis* para 2 (dois) anos, com base no princípio da razoabilidade, ainda mais por ter sido a pena fixada acima do mínimo legal. A prestação de serviços gratuitos à comunidade, como condição do *sursis*, incorre em verdadeiro *bis in idem*, tendo em vista a natureza penal da medida. Preliminares rejeitadas. Mérito. Provimento parcial ao recurso. Decisões unânimes. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000086-63.2017.7.00.0000. Relator Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Data de Julgamento: 07/03/2019, Data de Publicação: 03/04/2019);
>
> EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. CONDENAÇÃO DE EX-SOLDADO DO EXÉRCITO. POSSE DE ENTORPECENTE MACONHA - ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DE TERMO DE APREENSÃO. CONFISSÃO DO RÉU. PERÍODO DE PROVA DO *SURSIS* FIXADO EM 3 ANOS. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE PARA REDUZIR O *SURSIS* PARA 2 ANOS. (...) Embargos acolhidos parcialmente, para tão-somente reduzir o período de prova do *sursis* para 2 (dois) anos. Maioria. (Superior Tribunal Militar. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE nº 0000100-54.2014.7.03.0303. Relator Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 03/11/2016, Data de Publicação: 28/11/2016);
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO *IN* APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL CULPOSA. DISPARO DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO. OMISSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DOSIMETRIA DA PENA. PRAZO DO *SURSIS*. TEMAS DEBATIDOS E MANTIDOS NOS TERMOS DA SENTENÇA *A QUO*. REJEIÇÃO. (...) O prazo do cumprimento do *sursis* foi fixado acima do mínimo legal em

> decorrência da aferição negativa das circunstâncias judiciais. Embargos declaratórios conhecidos e rejeitados, por ausência de lacuna a ser colmatada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 0000068-16.2014.7.05.0005. Relator Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 18/12/2015, Data de Publicação: 15/02/2016); e
>
> APELAÇÃO. ESTELIONATO. PENSÃO MILITAR. ÓBITO NÃO COMUNICADO. REDUÇÃO DO PRAZO DO *SURSIS*. (...) A suspensão condicional da pena, acima do mínimo legal, deve ser justificada e fundamentada. Visa a avaliar se as obrigações constantes da sentença e os objetivos de ressocialização estão sendo atingidos. Inexiste a obrigação do ressarcimento dos valores à Administração Militar como condições de cumprimento do *sursis*. Requer-se, apenas, a comprovação da reparação ou da impossibilidade de fazê-lo, de modo a que o magistrado possa atender ao previsto no art. 614, inciso II, do CPPM. Apelo parcialmente provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 0000075-05.2008.7.01.0401. Relator Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO. Data de Julgamento: 18/04/2011, Data de Publicação: 29/06/2011).

Por oportuno, colaciono ainda trechos do Parecer da PGJM, *in verbis*:

> Em relação ao pedido subsidiário, ao nosso sentir razão assiste à Defesa, porquanto não há qualquer fundamentação na r. Sentença que sustente a fixação do prazo do período de prova do *sursis* em três anos, acima do mínimo legal de dois anos.
>
> Logo, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e por tratar-se de apenado primário e de bons antecedentes, e de ausência de fundamentação mínima para majoração, o período de prova do *sursis*, a exemplo da pena estabelecida no mínimo legal de um ano prevista para o tipo em comento, igualmente deve ser estabelecido no prazo mínimo legal (dois anos), conforme art. 84 do Código Penal Militar.

Ante o exposto, necessária a readequação, para 2 (dois) anos, do período de prova estabelecido para a concessão do benefício da suspensão condicional da pena.

Voto no sentido de que seja conhecido e parcialmente provido o Recurso de Apelação interposto pela Defesa para, mantendo a Sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos, reduzir o período de prova da suspensão condicional da pena para seu mínimo legal, fixando-o em 2 (dois) anos, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar, mantidas as demais condições estabelecidas pelo Juízo de Primeiro Grau.

Superior Tribunal Militar, 14 de dezembro de 2022.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Conselho de Justificação

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 7000838-93.2021.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Requerente: Gabinete do Comandante da Marinha.

Requerente: Marinha do Brasil.

Requerido: Agostinho Figueiredo Corrêa Teixeira.
Advogada: Cláudia Bastos Rangel (OAB RJ103283).

EMENTA

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI Nº 5.836/72. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. OFICIAL NÃO JUSTIFICADO E CONSIDERADO INDIGNO PARA COM O OFICIALATO.

1. Conselho de Justificação aplicado a Oficial Médico da Marinha após ciência pela Força do Acordo de Não Persecução Penal firmado pelo Justificante junto à Procuradoria da República daquele Município, e homologado pela Vara Federal Cível e Criminal, após ser contra ele recebida denúncia por violação ao § 3º do art. 171 do CP, por auferir, entre os anos de 2009 e 2015, mediante falsas declarações que comprovariam a condição de estudante carente, vantagem ilícita a que não fazia jus, consistente em bolsa de estudo integral oferecida pelo PROUNI para custeio junto à Faculdade de Medicina da cidade de Barbacena/MG.

2. O prazo prescricional de 06 (seis) anos disposto no art. 18 da Lei nº 5.836/72 não transcorreu, seja porque que não houve o aludido prazo entre a formação no curso de medicina e a instauração do Conselho de Justificação, seja porque o parágrafo único do referido artigo prevê que, quando a conduta pela qual o Justificante for submetido a Conselho de Justificação também é tipificada como crime previsto no Código Penal, o prazo limite para instauração do referido Colegiado coincide com o da prescrição do delito cometido. Preliminar de ocorrência de

prescrição do prazo para a instauração do Conselho de Justificação rejeitada por unanimidade.

3. Não se verifica, nos autos, qualquer demonstração de que o Justificante estivesse acometido por doença mental ou tivesse o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a torná-lo parcial ou inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Rejeição da preliminar de nulidade da instauração do Conselho de Justificação, em razão de doença mental do Justificante supostamente verificada no curso do Procedimento.

4. Considerando a natureza meramente opinativa do Conselho – que não tem função jurisdicional –, descabe cogitar da ocorrência de nulidade do procedimento por ele ter sido ultimado em "sessão secreta", haja vista que tal pronunciamento não se reveste de definitividade, muito menos implica, diretamente, qualquer sanção ao Justificante. Preliminar de nulidade da deliberação do Conselho de Justificação por ter sido tomada em sessão secreta rejeitada. Decisão por maioria.

5. O Acordo de Não Persecução Penal constitui negócio jurídico de cunho processual por meio do qual o órgão Ministerial, com fundamento no princípio da oportunidade, acaba por mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, deixando de promovê-la quando presentes os seus requisitos autorizadores, não violando, tal inovação legislativa, o direito fundamental à não autoincriminação, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988. Considerando-se, assim, a natureza jurídica do ANPP, enquanto negócio jurídico que é, não se deve perder de vista o necessário elemento volitivo do Investigado para sua concretização, o qual poderá convergir ou não com a proposta eventualmente oferecida pelo Ministério Público, sendo que, nesse último caso, o acordo não se perfectibilizará, haja vista constituir direito disponível do investigado a aceitação da proposta formalizada pelo *Parquet*, caso em que a persecução penal prosseguirá em seus ulteriores termos. Preliminar de inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP, por violação do direito à não autoincriminação que se rejeita. Decisão unânime.

6. A exigência de que o Investigado confesse, formal e circunstancialmente, a prática da infração penal, cometida sem violência ou grave ameaça, como condição necessária à formalização de ANPP, é legítima, sendo, inclusive, possível a aplicação do referido instituto a fatos anteriores a sua entrada em vigor, ante a natureza jurídica híbrida de norma penal/processual que ostenta, segundo já se manifestou o Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Nesse sentido, não há que se cogitar da decretação de nulidade do aludido Procedimento, haja vista que a sua instauração foi levada a efeito fundado em lícito e regular

elemento de prova, o qual, uma vez chegado ao conhecimento da autoridade competente, foi objeto de apuração atinente às circunstâncias fáticas que o envolveram, consoante o pertinente regramento previsto na Lei nº 5.836/72. Preliminar de nulidade da instauração do Conselho de Justificação baseado em confissão realizada para fim de formalização de Acordo de Não Persecução Penal rejeitada. Decisão unânime.

7. O encaminhamento dos autos ao STM diretamente pelo Comandante da Força tem previsão no art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, sendo despicienda a aplicação subsidiária do inciso I do art. 75 do CPC/15, haja vista existir, entre os citados dispositivos, mero conflito aparente de normas, a resolver-se em favor da primeira, em homenagem ao princípio da especialidade. Preliminar de ilegitimidade na remessa dos autos pelo Comandante do Marinha sem a representação da AGU. Rejeição. Decisão por maioria.

8. No mérito, há de considerar-se que o militar deve moldar-se por elevados preceitos éticos e morais, seja no âmbito de sua vida privada, seja no cumprimento de seu mister, atentando-se, quanto a isso, para o padrão de conduta preconizado na Lei nº 6.880/80. Tal modo comportamental é exigido, em especial, dos Oficiais, mormente os de carreira, os quais devem se apresentar como modelo de bom proceder a ser observado e reproduzido pelos que lhes são subordinados.

9. Na espécie, a conduta do Justificante descrita no Libelo Acusatório, reveste-se de notável gravidade, ferindo, de forma indelével, os princípios éticos que orientam as atividades castrenses, e, por isso mesmo, constitui péssimo exemplo aos subordinados, vez que constrange e ofende a dignidade, a honra, o pundonor militar e o decoro da classe, valores esses inafastáveis aos militares que envergam a farda da Marinha do Brasil.

10. Oficial não Justificado nos fatos que lhe foram imputados no Libelo Acusatório. Declarado culpado e indigno para com o Oficialato. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu rejeitar a preliminar de ocorrência de prescrição do prazo para a instauração do Conselho de Justificação; **por unanimidade**, decidiu rejeitar a preliminar de nulidade da instauração do Conselho de Justificação, em razão de doença mental do justificante supostamente verificada no curso do procedimento; **por maioria**, decidiu rejeitar a preliminar de nulidade da deliberação do Conselho de Justificação por ter sido tomada em sessão secreta; o Ministro José Coêlho Ferreira (Revisor) acolhia a preliminar, suscitada pela defesa do justificante, de

nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto, por cerceamento de defesa do 1º Ten Mar Agostinho Figueiredo Corrêa Teixeira, e declarava a revogação dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Na sequência, **por unanimidade**, decidiu rejeitar preliminar de inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP por violação do direito à não autoincriminação. consoante o disposto no artigo 69, inciso I, do RISTM, proferiu voto o Ministro-Presidente. Na sequência, **por unanimidade**, decidiu rejeitar a preliminar de nulidade da instauração do Conselho de Justificação baseado em confissão realizada para fim de formalização de acordo de não persecução penal; por maioria, decidiu rejeitar a preliminar arguida de ofício pelo Ministro Artur Vidigal de Oliveira, de ilegitimidade da remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força sem a representação da Advocacia-Geral da União, convertia, contudo, o julgamento em diligência, para que fosse cumprida a formalidade da chamada da AGU para representar o Comandante do Exército no feito, nos termos do art. 85 do RISTM. Em seguida, no mérito, **por unanimidade,** decidiu julgar o Oficial 1º Ten Médico Agostinho Figueiredo Corrêa Teixeira culpado das acusações formuladas nas letras "a" e "b" do libelo acusatório, declarando-o indigno para com o oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, na forma do artigo 16, inciso I, da Lei nº 5.836/1972, e do artigo 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal, devendo ser enviada cópia do presente acórdão ao Sr. Comandante da Marinha. Após o trânsito em julgado, determinou expedição de ofício ao e. Tribunal Superior Eleitoral, para fins de reconhecimento de inelegibilidade, com base no artigo 1º, inciso I, alínea "f", da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Os Ministros José Coêlho Ferreira (Revisor) e Artur Vidigal de Oliveira farão declarações de voto. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Relator do Acórdão: Ministro Cláudio Portugal de Viveiros.

Votantes: Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Ministro Lourival Carvalho Silva. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 14/11/2022 a 17/11/2022).

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos sobre Conselho de Justificação destinado a julgar o 1º Ten Mar AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA, doravante denominado Justificante, atualmente à disposição do COMANDO DO 1º DISTRITO NAVAL DA MARINHA DO BRASIL – Rio de Janeiro/RJ, em razão de ter sido acusado de conduta irregular e de prática de ato que afeta a honra

pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, conforme descrito no art. 2º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 5.836[133], de 05/12/1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação.

Segundo Termo de Representação anônima, encaminhado, em 02/02/2012, ao Ministério Público Federal, via Procuradoria da República em Minas Gerais, o Justificante havia prestado informações inverídicas ao Ministério da Educação, com o fito de obter vantagem ilícita consistente na obtenção de bolsa integral junto à Faculdade de Medicina de Barbacena. Ainda segundo a Representação anônima, o Justificante teria: a) atribuído falso valor aos rendimentos de seus pais, os quais, na qualidade de servidores públicos do Governo do Distrito Federal – GDF, aufeririam, à época, cerca de RS 14.000,00 (catorze mil) reais mensais, valor este incompatível com a renda familiar do público-alvo do PROUNI; b) promovido inscrição como pescador artesanal/amador em rancho de amigos de sua família, objetivando a aquisição de carteira da categoria com vistas a facilitar a comprovação de estudante carente, o que lhe possibilitaria a participação no PROUNI; e c) obtido, mediante o uso da carteira de pescador, auxílio financeiro mensal do MEC, valendo-se da falsa condição de estudante carente (fl. 126, doc. 02, evento 1).

Em 18/07/2019, o MPF ofereceu Denúncia contra o Justificante, recebida, em 31 seguinte, por força de Decisão exarada pela 1ª Vara Federal de São João Del Rey/MG, pela suposta violação da norma prevista no § 3º do art. 171 do CP (estelionato majorado)[134], em razão de o Justificante ter auferido ao longo de 12 (doze) semestres, a saber, entre os anos de 2009 a 2015, vantagem ilícita que à época somava R$ 235.950,00 (duzentos e trinta e cinco mil e novecentos e cinquenta reais), caracterizada na obtenção de bolsa de estudo integral oferecida, pelo Ministério da Educação, no âmbito do Programa Universidade para Todos – PROUNI, para fim de custeio do curso de medicina junto à Faculdade de Medicina da cidade de Barbacena/MG (fls. 05 a 10, doc. 02, evento 01).

Pelos fatos constantes da Denúncia, o Justificante firmou, perante a Procuradoria da República de São João del Rey/MG, Acordo de Não Persecução Penal no Processo nº 0000530-73.2019.4.01.3815 em 19/11/2020, tendo o referido Acordo sido homologado pela Vara Federal Cível e Criminal daquele Município, em 20 seguinte (fls. 13 a 15, doc. 02, evento 01).

---

[133] Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das forças armadas: I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter; (...) c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;

[134] Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:(...) § 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

À vista da Denúncia ofertada pelo MPF e do consequente Acordo formalizado pelo Justificante, o Exmo. Sr. Comandante da Marinha, por intermédio de Despacho publicado em 07/05/2021, na Portaria nº 137/MB/MD, nomeou Conselho de Justificação para submeter a julgamento o Justificante pelos fatos narrados naquela peça acusatória (fls. 16 e 17, doc. 02, evento 01).

Consta do **Libelo Acusatório** que o Justificante apresentou conduta irregular ao praticar ato que afeta a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, ferindo, em tese, os valores, deveres e a ética militar, consubstanciados e previstos no art. 28, *caput*, e incisos I, XII, XIII[135], incidindo, assim, na alínea "c" do inciso I do art. 2º da Lei nº 5.836/1972. Os seguintes fatos foram imputados ao Justificante, *verbis* (fls.63 a 65, doc. 02, evento 01):

> (...)
>
> De acordo com a denúncia do Ministério Público Federal, folha um e dois, ao longo de um período de 12 (doze) semestres, de meados do ano de 2009 até meados do ano de 2015, na cidade de Barbacena-MG, o ora denunciado AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA, com vontade livre e consciente e sabedor da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta obteve para si, em prejuízo da União, vantagem ilícita consistente em uma bolsa de estudo integral correspondente às semestralidades do curso de medicina na Faculdade de Medicina de Barbacena que a época somavam R$ 235.950,00 (duzentos e trinta e cinco mil, novecentos e cinquenta reais), mediante uso de comprovante de residência falso e prestação de declarações inverídicas sobre a composição e a renda mensal *per capita* de sua família, simulando dessa maneira o preenchimento de requisito legal de natureza socioeconômica para receber benefício no âmbito do programa Universidade para Todos – PROUNI, gerido pelo Ministério da Educação, o qual foi assim induzido e mantido em erro, como também o foi aquela instituição privada de ensino superior.
>
> (...).

Em 07/06/2021 o Conselho de Justificação, por ocasião de sua 1ª Sessão, expôs-lhe o libelo Acusatório, momento em que destacou a celebração de ANPP por ele formalizado (fls. 13 a 15 e 67, doc. 02, evento 01).

Considerando que celebração do ANPP tem como requisito de sua formalização, na forma em que prevê o *caput* do art. 28-A do CPP, **a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal**, o Conselho entendeu que o Acordo firmado pelo Justificante poderia, dentre outras decorrências,

---

[135] Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; XII - cumprir seus deveres de cidadão; XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular; (...)

ofender os valores éticos constantes do art. 28 do Estatuto dos Militares, razão pela qual designou audiência de Qualificação e Interrogatório para 15/06 seguinte. Cabe destacar que, na oportunidade, o Justificante foi cientificado sobre a possibilidade de, por ocasião da realização da referida audiência, fazer-se comparecer acompanhado de advogado, faculdade essa por ele recusada, segundo consta de Declaração que firmou durante a realização da 1ª Sessão do Conselho (fls. 63 a 66 e 70, doc. 02, evento 01).

Nos dias 09 e 10/06/2021, compareceram e foram inquiridas, respectivamente, as seguintes testemunhas arroladas no Libelo Acusatório: CF (Md) ANNA PAULA FERNANDES CORRÊA VIEIRA DE SOUZA; CC (RMl-T) ALEXANDRE GONÇALVES PINTO e CC (Md) MAURO GIL PINHEIRO ALVES (fls. 77 a 81, 91 e 92, doc. 02, evento 01).

O Justificante não arrolou testemunhas, conforme consta de Declaração por ele firmada e inserta à fl. 106, doc. 02, evento 01.

Em 15/06/2021, o Justificante compareceu à 2ª Sessão do Conselho, oportunidade em que foi qualificado, sendo, em seguida, interrogado sobre os fatos contra si imputados, declarando, em síntese (fls. 94 a 97, doc. 02, evento 01):

a) que desconhece a maneira como (ou por quem) tais fatos teriam chegado ao conhecimento do MPF;

b) que as informações prestadas ao PROUNI, por ocasião da realização da matrícula, na instituição de ensino, eram verídicas;

c) que, mesmo antes de ostentar a condição de Denunciado, a conduta contra si imputada seria lícita, mormente pelo motivo de não ter havido a suficiente apuração das informações que havia prestado durante a apuração dos fatos durante o inquérito policial;

d) que assinou o ANPP, não para fins de confissão de culpa, mas objetivando não se ver processar, já que o fato de ostentar a condição de Acusado levaria a implicações negativas, no âmbito pessoal e profissional; e

e) que, após a assinatura do ANPP, passou a cumprir as condições nele contidas, a saber, a prestação de serviço comunitário, bem como afirmou ter procedido à devolução dos valores estipulados à União.

Em 22/06/2021, durante a 3ª Sessão do Conselho, em cumprimento ao disposto no art. 9º da Lei nº 5.836/72, abriu-se vista dos autos ao Justificante para apresentação de suas razões, as quais foram por ele juntadas na mesma oportunidade (fls. 108, 113, 116 a 121, doc. 02, evento 01).

Em 1º/07/2021, durante a 4ª Sessão, os membros do Conselho julgaram, por unanimidade, o Justificante culpado dos fatos que lhe foram

imputados no Libelo Acusatório, em conformidade com o previsto no art. 12, § 1º, alínea "a", da Lei nº 5.836/72[136]. A análise dos fatos, do conteúdo probatório, bem como da respectiva conclusão constaram de Relatório, cuja parte final a seguir é transcrita.

(...)

Considerando a Lei 5.836/1972, o Estatuto dos Militares e levando em consideração todos os documentos constantes dos autos, bem como todos os depoimentos de testemunhas e do próprio justificante, este Conselho constatou o seguinte:

a) Todas as testemunhas ouvidas foram unânimes em afirmar que o fato ocorrido atenta aos preceitos e valores que norteiam a Marinha do Brasil;

b) Todas as testemunhas ouvidas e o próprio justificante foram unânimes em afirmar que o fato ocorrido abala a confiança dos superiores;

c) Quanto ao manuseio de documentos sigilosos ou fiscalização de contratos, duas testemunhas tiveram ressalvas em escalar o justificante para exercer tais funções e outra foi totalmente contra o justificante manusear documentos sigilosos e até mesmo participar de Junta Regular de Saúde, devido ao sigilo que a função requer, provando a repercussão negativa no âmbito administrativo;

d) Constatou-se o abalo da confiança dos superiores, a alteração nos atributos morais e profissionais, a redução na capacidade de liderança e a ofensa do ato praticado aos valores da ética militar previstos no art. 28 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980);

e) Constatou-se que o fato ocorrido afeta os preceitos previstos na Lei 5.836/1972 e Estatuto dos Militares, no tocante a honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe;

f) A redução na capacidade de liderança do justificante tendo em vista que os Oficiais da Marinha necessitam ter carreira ilibada e com honradez. O fato ocorrido compromete a liderança do justificante perante aos seus subordinados, principalmente, no que condiz ao exemplo. De acordo com a Doutrina de Liderança da Marinha (EMA-137), em seu anexo A "Principais Atributos de um Líder", que coloca o Exemplo como seu primeiro atributo, diz o seguinte: "Apresentação pessoal e comportamento coerentes com valores, normas e crenças da instituição, em todas as circunstâncias. Não há nada que se exija tanto de um líder quanto dar o exemplo pessoal, ou seja o exemplo do seu comportamento, pleno de valores inerentes à ética militar, aceitos e respeitados pelo grupo.";

[136] Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido. § 1º O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, deve julgar se o justificante: a) é, ou não, culpado da acusação que lhe foi feita; (...)

> g) Apesar de o justificante alegar que a confissão foi uma mera exigências da norma processual do Acordo de Não Persecução Penal, o artigo 28-A do Código Penal não deixa dúvidas: "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", conforme mencionado anteriormente neste relatório, não cabendo a este Conselho deliberar a respeito da constitucionalidade ou não da lei penal;
>
> h) Quanto aos reflexos do ocorrido à imagem da Instituição, duas testemunhas não foram conclusivas em suas respostas, entretanto uma delas declarou que um ato ilícito, cometido por um integrante da Marinha, arranha a imagem da Instituição. Este Conselho entende que se o fato vier à tona poderá comprometer a imagem da Marinha do Brasil perante a sociedade. Pelo exposto, considerando a confissão formal e circunstancial de culpa do Primeiro-Tenente (Md) 16.0504.36 AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA pelo Acordo de Não Persecução Penal, homologado por meio de sentença pela Juíza Federal da Subseção Judiciária de São João Del-Rei-MG, Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de São João Del-Rei-MG, considerando todos os documentos e depoimentos elencados nos autos decide este Conselho, e por unanimidade de votos, considerar que o justificante É CULPADO da acusação que lhe foi imputada, conforme o preconizado no art. 22, inciso I, alínea c, combinado com o art. 12 § 1º, alínea a da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

O Justificante foi notificado da conclusão do Relatório, sendo-lhe entregue uma cópia integral, conforme Declaração por ele firmada e acostada à fl. 139, doc. 02, evento 01.

O Exmo. Sr. Comandante da Marinha, Alte Esq ALMIR GARNIER SANTOS, mediante o Despacho s/nº, de 03/11/2021, concordou com a recomendação do Conselho de Justificação e considerou o Justificante **culpado** de todos os itens constantes do Libelo Acusatório. Por fim, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar (fls. 1 e 7, doc. 03, evento 1).

Por Despacho de 22/11/2021, determinei a abertura de vista dos autos ao Justificante para que se manifestasse, por escrito, sobre os fatos que lhe são imputados, consoante o previsto no art. 166 do RISTM[137] (evento 05).

Adveio Petição, protocolada em 13/12/2021, pela qual a Defesa postulou as seguintes preliminares (evento 13, doc. 01):

> 1. ocorrência de prescrição, aduzindo que, por força do art. 18 da Lei nº 5.836, de 05 de dezembro de 1972, prescrevem em 06 (seis) anos,

[137] Art. 166. Recebido, autuado e distribuído o processo oriundo de Conselho de Justificação, o Relator abrirá vista ao Justificante para, no prazo de cinco dias, manifestar-se, por escrito, sobre os fatos que lhe são imputados.

computados na data em que foram praticados o sobrestamento do julgamento em tela, de modo que, como o período relativo ao recebimento indevido da bolsa de estudo está compreendido entre meados de 2009 a meados de 2015, a Decisão emanada pelo Conselho de Justificação estaria eivada de nulidade insanável em face da prescrição;

2. insanidade mental do Acusado, o qual, segundo aduziu, possuía, à época dos fatos, assim como durante o procedimento levado a efeito pelo Conselho de Justificação, doença mental que diminuiu consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude de seus atos, consoante registrou Relatório Médico Psicológico, de 16/06/2021, que atestou ser o Justificante portador de episódio depressivo leve, F32.0, CID-10, com indicação de acompanhamento e tratamento;

3. nulidade da deliberação do Conselho de Justificação, por ter sido tomada em sessão secreta, o que em seu entender traduz violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da publicidade dos atos processuais (incisos LV e LX do art. 5º da CF);

4. inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP por violar o direito a não incriminação, constante do inciso LXIII da CF; e

5. decretação da nulidade do Conselho de Justificação, vez que teve como fundamento de sua instauração a formulação de ANPP, aduzindo que "não pode ser levada em consideração a confissão realizada pelo acusado vez que imposta pelo acusador como condição *sine qua non* para aceitação do referido acordo.".

No mérito, requereu o arquivamento do Conselho de Justificação, eis que não teria ficado demonstrada cabalmente, durante o curso da instrução, a sua culpa (evento 13, doc. 01).

Em 13/12/2021, nos termos do art. 167 do RISTM[138], abri vista dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar (evento 15).

Em Parecer datado de 20/12/2021, o ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA pugnou pelo acolhimento do Libelo Acusatório e do Despacho Decisório, no sentido de considerar o 1º Ten Mar AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA **não justificado** das condutas pelas quais respondeu perante o Conselho de Justificação, cominando-lhe a pena da perda do posto e da patente, nos termos previstos na Lei nº 5.836/72 (evento 21).

---

[138] Art. 167. Decorrido o prazo do artigo anterior sem manifestação do justificante, o relator solicitará a designação de Defensor Público para que o represente, no prazo de dez dias. Ouvido o Procurador-Geral da Justiça Militar, o revisor terá vista dos autos e, após isso, o relator os disponibilizará para julgamento.

É do Parecer, *in verbis*:

> (...)
>
> O Justificante, com vontade livre e consciente e sabedor da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta obteve para si, em prejuízo da União, vantagem ilícita consistente em uma bolsa de estudo integral correspondente às semestralidades do curso de medicina na Faculdade de Medicina de Barbacena que a época somavam R$ 235.950,00 (duzentos e trinta e cinco mil, novecentos e cinquenta reais), mediante uso de comprovante de residência falso e prestação de declarações inverídicas sobre a composição e a renda mensal *per capita* de sua família, simulando dessa maneira o preenchimento de requisito legal de natureza socioeconômica para receber benefício no âmbito do programa Universidade para Todos – PROUNI, gerido pelo Ministério da Educação, o qual foi assim induzido e mantido em erro, como também o foi aquela instituição privada de ensino superior.
>
> A prática criminosa do estelionato, cuja autoria seja irrefutável de Oficial, comporta uma grave mácula ao conjunto de atributos morais e éticos assentes no Estatuto dos Militares, visto que os valores tutelados na legislação de regência representam conceitos que, se descurados, inviabilizam a permanência do Oficial na vitaliciedade militar. Os militares das Forças Armadas devem proceder com lisura ao patrimônio e à ordem pública, mediante retidão de comportamento, inclusive na vida particular. Tais mandamentos devem ser observados de forma ainda mais fidedigna pelos Oficiais, dada a sua função de liderança perante a tropa. Se nada mais houvesse, estas condutas seriam bastantes para considerá-lo incompatível com o oficialato, que exige conduta moral e profissional irrepreensível. Inelutável os danosos reflexos do comportamento *sub oculi* para a hierarquia e para a disciplina, porquanto configura um péssimo exemplo de violação dos princípios norteadores da convivência honrada e hígida da caserna. Isto posto, havendo provas bastantes das acusações expostas no Libelo Acusatório, é o parecer pela rejeição das preliminares arguidas pela defesa e que seja o Justificante julgado culpado de procedimento incorreto no desempenho do cargo (sic), de ter tido conduta irregular e da prática de atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, declarando-o incompatível com o oficialato, com a consequente perda do posto e patente, nos termos do art. 2º , inciso I, alínea "c", combinado com o art. 12, § 1º, alínea "a", da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Conselho de Justificação nomeado pelo Exmo. Sr. Comandante da Marinha, por intermédio da Portaria nº 137/MB/MD, de 07/05/2021, destinado a julgar o 1º Ten Mar AGOSTINHO FIGUEIREDO

CORRÊA TEIXEIRA, como incurso no art. 2º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 5.836/1972.

Contudo, antes adentrar no mérito desta causa, convém proceder à análise das preliminares suscitadas neste Processo, na forma a seguir ultimada.

PRELIMINAR DE OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO PRAZO PARA A INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

Aduz a ilustre Defesa, em primeira preliminar, a ocorrência de prescrição, na forma prevista no art. 18 da Lei nº 5.836/1972[139], dos fatos narrados na Denúncia oferecida pelo MPF contra o ora Justificante.

Por oportuno, transcreve-se o seguinte trecho de suas razões, *verbis*:

> (...)
>
> Em seu libelo acusatório, o Conselho de Justificação faz um breve resumo da denúncia feita ao Ministério Público Federal (MPF), nos trazendo que o Primeiro-Tenente (MD) AGOSTINHO, supostamente, ao longo de um período de 12 semestres, de meados de 2009 até meados do ano de 2015, teria realizado conduta contra a União Federal.
>
> O libelo acusatório relata que o documento oficial de acusação, o ofício nº 40-146, do Diretor do Pessoal Militar da Marinha (DPMM), é datado de 22 de janeiro de 2021, e que a Portaria nº 137/MB/MD, que determinou a abertura do referido Conselho é de 07 de maio de 2021.
>
> Por inteligência do no art. 18 da lei 5.836, de 05 de dezembro de 1972, prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.
>
> A luz do artigo 111, inciso III do Código Penal a prescrição começou a correr no dia em que cessou a permanência. Assim, tendo esta data como marco inicial, requerer que seja decretada a nulidade insanável do presente Conselho de Justificação, acolhendo assim essa preliminar, sendo determinado o arquivamento dos autos em razão da impossibilidade de renovação do feito em face da prescrição.
>
> (...). (fls. 02/03, doc. 01, evento 13).

Não obstante os argumentos acima esposados, a tese encampada pela Defesa deve ser rejeitada.

O crime de estelionato, pelo qual o Justificante foi denunciado perante a Justiça Federal, teve como *modus operandi* o emprego de meios fraudulentos que lhe possibilitou a habilitação ao PROUNI, que, como é cediço, oferece bolsas de estudos em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos, para estudantes cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o

[139] Art. 18. Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.

valor de até 01 (um) e 1/2 (meio) salário-mínimo de renda e que ainda não fosse portador de diploma de nível superior, requisitos esses que, à época dos fatos, o Justificante não preencheu cumulativamente, consoante se depreende da análise da Denúncia contra ele ofertada pelo Ministério Público Federal – MPF, em cotejo com as disposições da Lei nº 11.096/2005, que regula as condições de elegibilidade para ingresso no referido Programa.

Em razão de ter sido selecionado indevidamente pelo PROUNI, o Justificante ingressou no curso de medicina junto à Faculdade de Medicina da cidade de Barbacena/MG, tendo nela permanecido entre meados de 2009 a meados de 2015, período em que auferiu, em detrimento da União, a importância de R$ 236.000,00 (duzentos e trinta e seis mil reais), destinados aos pagamentos das mensalidades. Verifica-se que durante os 06 (seis) anos em que o Justificante cursou a Faculdade de Medicina da cidade de Barbacena/MG, a União levou a efeito o desembolso de 72 (setenta e duas) mensalidades, restando, assim, evidenciada em indevida relação jurídica de cunho continuado, a caracterizá-la, portanto, como estelionato cometido em estado de **permanente** violação do bem jurídico objeto da proteção da norma penal, segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, *mutatis mutandis*, pode ser estendido ao contexto fático em questão, já que, à exceção do ente público que sofreu a fraude, o estelionato pelo qual o Justificante foi processado teve a União Federal como sujeito passivo do referido delito, sendo ele próprio o beneficiário das vantagens indevidamente percebidas ao longo de 06 (seis) anos ininterruptos. Nesse sentido, confira-se o precedente do STJ no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 992.285/RJ, da 5ª Turma, julgado em 20/06/2017, que diz: "O estelionato previdenciário configura crime permanente quando o sujeito ativo do delito também é o próprio beneficiário, pois o benefício lhe é entregue mensalmente."

Anota-se que o entendimento encampado pelo Tribunal responsável por uniformizar a interpretação do direito criminal comum também é o prevalecente na jurisprudência desta Corte, conforme é possível observar do teor dos seguintes julgados:

> EMENTA: APELAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. (...). ART. 251, § 3º, CPM. CRIME PERMANENTE. DECISÃO MAJORITÁRIA.
>
> (...) o estelionato previdenciário (...), perpetrado pelo próprio beneficiário, é um crime permanente, que se protrai no tempo. A ofensa ao bem jurídico é reiterada mês a mês, enquanto não descoberta a fraude ou o agente a faça cessar a qualquer tempo. Autoria e materialidade demonstradas. Decisão por maioria. (APELAÇÃO nº 7000779-42.2020.7.00.0000. Relator: Min. CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA. Data de Julgamento: 13/05/2021. Data de Publicação: 28/05/2021);

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 251 DO CPM. (...). ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. (...). DECISÕES UNÂNIMES. Em casos de estelionato previdenciário, quando o Agente fraudador é o próprio beneficiário dos pagamentos sucessivos, o crime é permanente. Decisões por unanimidade. (APELAÇÃO nº 7000779-42.2020.7.00.0000. Relator: Min. LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 18/03/2021. Data de Publicação: 15/04/2021).

Definir, quanto ao momento consumativo, a natureza do delito pelo qual o ora Justificante veio a ser processado tem importante consequência a impactar, diretamente, na contagem do prescricional dos fatos que o levaram a ser submetido ao Conselho de Justificação. Isso porque, nos casos em que o crime é permanente, o inciso III do art. 111 do Código Penal[140] é claro em dizer que a prescrição começa a contar do dia em que a permanência cessar, ocasião em que o crime permanente ter-se-á por consumado. Nessa linha de ideias, como a consumação do delito em tela coincidiu com a data em o Justificante finalizou o curso de medicina, conclui-se, portanto, que a partir da aludida data é que o prazo prescricional de 06 (seis) anos, previsto no art. 18 da Lei nº 5.836/1972, deve ser computado.

A Denúncia registra que o Justificante manteve vínculo educacional com Faculdade de Medicina de Barbacena/MG de meados de 2009 a até meados de 2015, sem qualquer informação adicional acerca da data término das aulas do primeiro 1º semestre de 2015. Não obstante os autos não noticiarem o referido termo, em consulta realizada no sítio eletrônico da referida instituição de ensino superior[141], é possível identificar, por meio do calendário acadêmico daquele ano, que as aulas do 1º semestre de 2015 se encerraram no dia 26/06/2015, data essa a ser considerada, portanto, como sendo, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.096/2005[142], o termo final do prazo máximo para a manutenção da bolsa de estudos – e, portanto, a data de consumação da obtenção da vantagem indevida –, haja vista que, consoante diretriz prevista no parágrafo único do art. 2º da Resolução nº 03, de 20/06/2014, do Conselho Nacional de Educação, a duração mínima do curso de medicina é de 06 (seis) anos[143].

---

[140] Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...). III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

[141] https://funjob.edu.br/wp-content/uploads/2018/03/calendario2015.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2022.

[142] A manutenção da bolsa de estudo pelo beneficiário, nas suas modalidades de atualização semestral, suspensão, transferência e encerramento, observará obrigatoriamente o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou sequencial de formação específica e dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico e do disposto nas normas editadas pelo Ministério da Educação.

[143] Parágrafo único. O Curso de Graduação em Medicina tem carga horária mínima de 7.200 (sete mil e duzentas) horas e prazo mínimo de 6 (seis) anos para sua integralização.

Assim, não assiste razão à Defesa constituída quando afirma que os fatos objetos de apuração perante o Conselho de Justificação estariam prescritos. Isso porque, compulsando-se os autos do Processo em epígrafe, à vista do cômputo do prazo de 06 (seis) anos do art. 18 da Lei nº 5.836/1972, a contar de **26/06/2015**, tem-se que o prazo em comento somente teve seu termo final em **25/06/2021**, sendo, por isso, forçoso concluir pela inocorrência de prescrição na espécie, haja vista a instauração daquele Colegiado ter ocorrido em **07/05/2021**, entendimento esse convergente com a jurisprudência desta Corte consubstanciada no Acórdão proferido no Conselho de Justificação nº 7000023-65.2014.7.00.0000/DF, do qual é importante destacar o seguinte excerto:

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. (...). PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO. (...).
>
> **O prazo de 6 (seis) anos previsto no *caput* deve ser tomado como tempo limite para a instauração do Conselho de Justificação pelo Comandante da Força** e não para a sua conclusão. Entendimento assentado na jurisprudência desta Corte. (...). (CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO nº 7000023-65.2014.7.00.0000/DF. Relator: Min. LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Data de Julgamento: 1º/08/2017. Data de Publicação: 17/08/2017). (Grifo nosso).

E ainda que não se adote o entendimento antes consignado, o parágrafo único do art. 18 da Lei nº 5.836/1972 prevê que, quando a conduta pela qual o Justificante for submetido a Conselho de Justificação também seja tipificada como crime previsto no Código Penal, o prazo limite para instauração do referido Colegiado coincide com o da prescrição do delito cometido.

In casu, considerando que, em razão de celebração de Acordo de Não Persecução Penal com o MPF, em 19/11/2020, o Justificante não chegou a ser processado, e, por conseguinte, a ele não foi imposta condenação, tem-se que, na espécie, o prazo prescricional para a instauração do Conselho de Justificação é o mesmo estabelecido para a pena máxima, em abstrato, cominada para o delito de estelionato majorado, previsto no art. 171, § 3º, do CP. Aplicando-se a majorante do tipo penal, em seu percentual de 1/3 (um terço), sobre a reprimenda máxima de 05 (cinco) anos prevista, resulta na pena, em abstrato, de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, cuja prescrição se opera em **12 (doze) anos**, segundo a dicção do inciso III do art. 109 do CP[144].

Nesse sentido, aplicando-se o prazo de **12 (doze) anos**, acima destacado, a contar da data de consumação do crime, isto é, em **26/06/2015**, verifica-se que o Conselho de Justificação teria como prazo limite para sua

---

[144] Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...). III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; (...).

instalação a data de **25/06/2027**, demonstrando-se, assim, também por esse prisma, a inexistência de prescrição na hipótese vertente.

Isto posto, voto no sentido de rejeitar a 1ª preliminar, suscitada pela Defesa, que aduziu a suposta ocorrência de prescrição do prazo para a instauração do Conselho de Justificação.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO, EM RAZÃO DE DOENÇA MENTAL DO JUSTIFICANTE SUPOSTAMENTE VERIFICADA NO CURSO DO PROCEDIMENTO

Argumenta a Defesa constituída, em segunda preliminar, que o Justificante estaria acometido, por ocasião do procedimento levado a efeito pelo Conselho de Justificação, de doença mental que diminuiu consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude de seus atos, consoante registrou Relatório Médico Psicológico, de 16/06/2021, que atestou ser o Justificante portador de episódio depressivo leve, F32.0, CID-10, com indicação de acompanhamento e tratamento (doc. 03, evento 13).

Por essa razão, postulou a declaração de nulidade da instauração do Conselho de Justificação sob os seguintes fundamentos, *litteris*:

> Conforme Relatório Psicológico datado de 16 de junho de 2021, de lavra da Dra. Leatrice Velho Falcão, CRP nº 07/22760, o Justificante apresentava quadro compatível com diagnóstico de Episódio depressivo leve, F32.0 pela CID-10, com indicação de acompanhamento e tratamento.
>
> O transtorno depressivo enquanto em atividade é caracterizado por gerar prejuízos da capacidade de concentração e de decisão, associados ainda à perda de interesse, fatigabilidade, ideias de culpabilidade ou de indignidade mesmo nas formas leves e ainda diminuição da autoestima e da autoconfiança.
>
> Assim sendo, os membros do Conselho não observaram o estado mental comprometido do Justificante durante o procedimento ocorrido ao longo do mês de junho de 2021 e sequer consideraram a vigência prévia do transtorno, que claramente pode trazer dificuldades de compreender e tomar decisões.
>
> Assim sendo, tendo em vista o relatado, o justificante possuía doença mental que diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude de seus atos, conquanto, requeremos que seja acolhida preliminar de insanidade mental do acusado, aplicando-se analogicamente, o artigo 156 e seu § 1º do Código de Processo Penal Militar.

Compulsando-se o suporte fático constante dos autos, conclui-se que a alegação Defensiva não pode ser amparada.

Isso porque, à vista das informações constantes dos autos do Conselho de Justificação, não se verifica qualquer demonstração de que o Justificante estivesse acometido por doença mental ou tivesse o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a torná-lo parcial ou inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (docs. 02 e 03, evento 01)

Em vez disso, o Relatório Final do Conselho de Justificação consigna que o referido procedimento administrativo transcorreu sem qualquer intercorrência quanto a questões relativas ao estado de saúde do Justificante, segundo se pode depreender do seguinte trecho do documento em comento (fl. 42, registro 08/11, doc. 02, evento 01):

> (...)
>
> No curso do Conselho de Justificação não houve ocorrências ou incidentes e o justificante não precisou ser submetido a inspeção de saúde pelo fato da mesma estar em dia, além disso o Oficial não foi afastado de suas funções pela Autoridade Nomeante.
>
> (...)

O excerto referido supra faz alusão ao controle de saúde do pessoal militar cuja periodicidade, na forma que dispõem as NORMAS REGULADORAS PARA INSPEÇÕES DE SAÚDE NA MARINHA, da Diretoria-Geral do Pessoal da Marinha, ano 2017, é **trienal** para a especialidade desenvolvida pelo Justificante, senão, confira-se:

> CAPÍTULO 4 – PROCEDIMENTOS MÉDICO-PERICIAIS PARA INSPEÇÕES DE SAÚDE PÓS-ADMISSIONAIS 4.1 - ROTINA PARA CONTROLE PERIÓDICO DE SAÚDE DO PESSOAL MILITAR 4.1.1 - Definição (...) visam verificar se o pessoal já pertencente aos Corpos e Quadros da MB preenche os requisitos de saúde necessários ao desempenho profissional e militar, bem como evidenciar qualquer patologia inicial, com finalidade preventiva.
>
> (...)
>
> 4.1.3 - Periodicidade O controle de saúde do pessoal militar terá a seguinte periodicidade:
>
> a) **trienal** - para todos os militares em serviço ativo;
>
> (...)

Da análise de seu assentamento funcional, verifica-se que o Justificante foi considerado APTO PARA CONTROLE PERIÓDICO, sem qualquer recomendação ou ressalva, conforme laudo datado de **28/04/2020 (válido, portanto, até 28/04/2023)**, sendo, portanto, certo concluir que, durante a instrução do Conselho de Justificação, instaurado para aferir as condutas pelas quais respondeu perante aquele Colegiado, o Justificante era plenamente capaz

de compreender o teor das acusações que pesavam contra si (fl. 42, registro 08/11, doc. 02, evento 01).

Ademais, cumpre salientar que, em momento algum, o Justificante alegou qualquer alteração na sua condição de saúde física ou mental que o tornasse incapaz de responder por suas ações perante o Conselho.

No que se refere ao Relatório Médico Psicológico, de 16/06/2021, acostado a este Processo pela Defesa constituída, entendo ser ele inconclusivo sobre a capacidade de autodeterminação do Justificante durante o trâmite do Conselho de Justificação, dele sendo possível constatar a alteração negativa de seu estado de espírito, possivelmente em razão do provável desfecho desfavorável de seu caso – o que efetivamente veio a se confirmar posteriormente –, não sendo, todavia, tal contexto idôneo, *de per si*, para reconhecer a insanidade mental do Justificante.

Isto posto, voto no sentido de rejeitar a 2ª preliminar, suscitada pela Defesa, consistente na alegação de nulidade relativa à instauração do Conselho de Justificação, em razão do advento de doença mental do Justificante supostamente verificada no curso do aludido procedimento.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO POR TER SIDO TOMADA EM SESSÃO SECRETA

A Defesa argui, em terceira preliminar, a nulidade do procedimento, a contar da realização do julgamento pelo Conselho em sessão secreta, por cerceamento de defesa, declarando-se, assim, a não recepção, pela CF/88, dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 05/12/1972.

Antes de adentrar a análise da tese acima esposada, convém, em princípio, verificar o que preveem os dispositivos que lhe servem de fundamento. A esse respeito, consigna a Lei nº 5.836/1972, *verbis*:

> (...)
>
> Art. 9º Ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.
>
> § 1º O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.
>
> (...)
>
> Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.
>
> (...).

Sem embargos das razões diligentemente empregadas pela ilustre Defesa, registra-se que esta preliminar deve ser rejeitada.

É corrente o entendimento de que o Conselho de Justificação não detém jurisdição, sendo compreendido, no âmbito deste Tribunal, bem assim pelo Supremo Tribunal Federal – STF, como possuindo a natureza jurídica de órgão administrativo, incumbindo-lhe a instrução de processo especial, cujo escopo se presta à averiguação "da incapacidade do oficial das Forças Armadas – militar de carreira – para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar", consoante se verifica da disposição inserta na parte final do art. 1º da Lei nº 5.836/1972. Nesse particular, é oportuno trazer à colação os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal:

> EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR EM PROCESSO ORIUNDO DE CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. NATUREZA ADMINISTRATIVA (...). **1. O processo especial oriundo de Conselho de Justificação, voltado à apuração de conduta suscetível de ensejar a perda do posto e da patente de militar, por indignidade para o oficialato, tem natureza administrativa.** (...). (Grifo nosso). (RMS 37764 AgR, Orgão Julgador: 1ª Turma, Relatora: Min.ª ROSA WEBER, Julgado em 15/09/2021. Publicação em 21/09/2021);
>
> EMENTA: PETIÇÃO. PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. ANTECIPAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. (...). Como é sabido, o Conselho de Justificação constitui processo de natureza administrativa, regido por Lei especial - a de nº 5.836/72 - que passa a tramitar na via judicial quando ingressa no âmbito deste Tribunal. Petição nº 7000020-49.2018.7.00.0000, Relator: Min. LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Julgado em 26/04/2018. Publicação em 08/05/2018. (Grifo nosso).

Assim, inobstante o Conselho possa, em seu Relatório, concluir pela culpa do Justificante, é possível que o Comandante da Força opte por proceder de modo distinto, se assim avaliar os elementos contidos dos autos do processo, hipótese em que, mediante despacho motivado, poderá conferir desfecho diverso à espécie, como, por exemplo, decidir pela aplicação de pena disciplinar, caso considere que os fatos apurados consistam em contravenção ou transgressão disciplinar, a teor dos incisos I e II do art. 13 da Lei nº 5.836/1972[145].

[145] Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, aceitando ou não seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina: I - o arquivamento do processo, se considera procedente a justificação; II - a aplicação de pena disciplinar se considera contravenção ou transgressão disciplinar a razão pela qual o oficial foi julgado culpado; (...)

Nesse sentido, todo o procedimento levado a efeito durante o curso do Conselho de Justificação tem por finalidade precípua fornecer, à vista de todas as razões demonstradas durante a sua instrução, subsídios informacionais dirigidos ao Comandante da Força, o qual não está adstrito à mesma conclusão a que chegaram os membros daquele Colegiado. É dizer: a conclusão consignada no aludido Relatório não é propriamente uma "decisão", como faz constar o art. 15 da Lei nº 5.836/1972[146], eis que dela não exsurge a necessária vinculação que a caracteriza.

Considerando, pois, a natureza meramente opinativa do Conselho, descabe cogitar da ocorrência de nulidade do procedimento, por ele ultimado, em decorrência de deliberação tomada na "Sessão Secreta", haja vista que tal pronunciamento não se reveste de definitividade, muito menos implica, diretamente, qualquer sanção ao Justificante, sendo forçoso concluir pela inexistência de qualquer prejuízo a justificar a declaração de ineficácia do procedimento, na forma postulada pela Defesa.

Ao Justificante, na forma em que alude o art. 9º da Lei nº 5.836/1972, foi concedido o exercício amplo de seu direito de defesa, sendo-lhe oportunizada a faculdade de constituir advogado ou fazer-se representar por defensor público, arrolar testemunhas, apresentar suas razões, bem como lhe foi garantido o direito de ser intimado de todos os atos do procedimento que demandassem sua presença, à exceção, na forma que prevê a parte final do § 1º do dispositivo suprareferido, do momento da deliberação do Conselho.

Dessa forma, o fato de a deliberação do Conselho ser tomada em sessão secreta, sem a presença do Justificante, não macula o procedimento, pois afigura-se razoável que a Lei confira aos membros do Conselho a oportunidade de consultarem-se, reservadamente, a fim de melhor balizarem suas considerações sobre a adequada formalização do Relatório Final a respeito do que foi apurado e debatido durante o procedimento, de modo que pretendeu o legislador, ao decidir pela não ostensividade da sessão deliberativa, circunscrever um ambiente propício para que os integrantes do Colegiado possam exercer, serenamente, a missão a eles incumbida, sem perder de vista a necessária proteção à dignidade e à intimidade do Justificante.

Não se deve olvidar, ademais, que a conclusão a que chegam os integrantes do Conselho é destituída de sigilo tão logo que finalizada a Sessão deliberativa, sendo oportuno consignar que foi entregue ao Justificante, no mesmo dia da deliberação do Conselho de Justificação, cópia do inteiro teor de seu Relatório, ocasião em que ele foi cientificado das razões em que se fundou o Parecer do referido Colegiado (fl. 139, doc. 02, evento 01).

---

[146] Art. 15. No Superior Tribunal Militar, distribuido o processo, é o mesmo relatado por um dos Ministros que, antes, deve abrir prazo de 5 (cinco) dias para a defesa se manisfestar por escrito sobre a decisão do Conselho de Justificação.

Cumpre salientar, por fim, que esta Corte, em diversas oportunidades, revisitou a tese de não recepção dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/1972, e, por ampla maioria, a tem rechaçado, reforçando, assim, que os referidos dispositivos são compatíveis com a atual Carta Política, segundo é possível extrair dos seguintes julgados sobre o tema:

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. (...). PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SESSÃO SECRETA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO JULGAMENTO IMPARCIAL. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE E INTIMIDADE DO JUSTIFICANTE. ART. 12 DA LEI Nº 5.836/72. REJEIÇÃO. MAIORIA. (...) A sessão secreta tem respaldo legal no art. 12 da Lei nº 5.836/72, que se encontra em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio. A confidencialidade desse ato justifica-se na preservação da dignidade e da intimidade do justificante, em conformidade com o art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal de 1988. Ademais, a deliberação reservada restringe-se tão somente à confecção do Relatório, nos termos do art. 12 da Lei nº 5.836/72, que não constitui ato decisório ante o seu caráter meramente opinativo. Precedente do STM. **Preliminar rejeitada por maioria**. (...). (CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO nº 7000519-96.2019.7.00.0000. Rel. Min. Ten Brig Ar FRANCISO JOSELI PARENTE CAMELO. Sessão de Julgamento ocorrida de 11 a 14/05/2020). (Grifo nosso);

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DO CORPO DE FUZILEIROS NAVAIS DA MARINHA DO BRASIL. QUESTÕES DE ORDEM E PRELIMINARES REJEITADAS. (...) VI - O que se denomina "sessão secreta", na qual o Justificante esteve presente, foi recepcionada pelo texto constitucional vigente e encontra fundamento no art. 12 da Lei 5.836, de 5.12.1972. Destina-se a definir o Relatório a ser redigido, bem como deliberar se o militar é ou não culpado da acusação que lhe foi feita, de modo a amparar a posterior decisão do Comandante da Força. **Preliminar de nulidade dos atos da sessão rejeitada por unanimidade**. (...). (CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO nº 7001018-17.2018.7.00.0000. Rel. p/ Acórdão Min. Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Sessão de Julgamento ocorrida entre 22 a 25/06/2020). (Grifo nosso);

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO A CONTAR DA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO PELO CONSELHO EM SESSÃO SECRETA. PRELIMINAR REJEITADA. (...). 2. O Conselho de Justificação é regido por rito próprio, estabelecido em lei específica (Lei nº 5.836/1972), recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e em pleno vigor. (CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO nº 7000350-75-2020.7.00.0000. Rel. Min. Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Sessão de Julgamento ocorrida em 31/08/2021).

Isto posto, voto no sentido de rejeitar a 3ª preliminar, suscitada pela Defesa, consubstanciada na alegação de nulidade da deliberação do Conselho de Justificação, por ter sido tomada em sessão secreta.

PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28-A DO CPP POR VIOLAÇÃO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A Defesa sustenta, em sua quarta preliminar, a nulidade do Conselho de Justificação, sob o fundamento de que, segundo anotou, "a celebração do ANPP vai de encontro à Constituição da República Federativa do Brasil", nesse sentido aduzindo:

> (...)
>
> A confissão, como requisito do negócio processual de que trata a ANPP, não pode ser considerada legítima ou relevante, vez que a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LXIII, consagra como direito fundamental o silêncio.
>
> (...)
>
> O Direito ao silêncio, garantia constitucionalmente assegurada, é a proteção da garantia, segundo o qual nenhum prejuízo pode ser imposto àquele que exerce seu este Direito. Estamos diante do princípio da não autoincriminação. À luz da interpretação do texto constitucional e supracitados e com base nas lições doutrinárias trazidas, entendemos que o requisito confissão para o ANPP elimina por completo o conteúdo essencial do *nemo tenetur se detegere*, uma vez conceder outro Direito (ANPP). Assim sendo, se nenhum prejuízo pode ser imposto àquele que exerce o seu Direito Constitucional de não se auto incriminar, igualmente nenhum Direito lhe pode ser tolhido por não confessar.
>
> (...)
>
> Diante da flagrante inconstitucionalidade eis que o artigo 28-A do Código de Processo Penal vai de encontro ao artigo 5º, inciso LXIII da Constituição da Republica Federativa do Brasil, **requer a Vossa Excelência a anulação do presente Conselho de Disciplina** (sic). (...). (fls. 7; 10 e 11, doc. 01, evento 13) (Grifo nosso).

Em que pesem as teses colacionadas, a postulação Defensiva deve ser rejeitada.

Como é notório, desde meados da década de 90 do século passado, o sistema processual pátrio vem incorporando, paulatinamente, institutos jurídicos de contornos claramente negociais, especialmente após a criação dos Juizados Especiais, a partir da vigência da Lei nº 9.099/1995.

Mais recentemente, já em 2020, o Código de Processo Penal passa a prever, com a promulgação da Lei nº 13.964, de 24/12/2019, mais um instrumento, integrante do que denominou Fabiano Pimentel[147] de "Processo Penal Negocial", qual seja, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), mediante a inclusão do art. 28-A naquele *Code*x.

[147] PIMENTEL, Fabiano. *Processo Penal*. 2. Ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2021, p. 333.

Advoga a doutrina consistir a natureza jurídica do ANPP em verdadeiro negócio jurídico de cunho processual por meio do qual o órgão Ministerial, com fundamento no princípio da oportunidade, isto é, tendo aquele verificado que, no caso sob exame, a atividade persecutória pode gerar mais desvantagens que o seu não exercício, acaba por excepcionar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, deixando de promovê-la quando presentes certos requisitos. Renato Brasileiro de Lima[148], ao lecionar sobre o tema, assim o conceituou:

> (...)
>
> Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente (...), celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstancialmente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.
>
> (...).

Considerando a natureza jurídica do ANPP, enquanto negócio jurídico que é, não se deve perder de vista, dentre os requisitos de sua formação, o necessário elemento volitivo do Investigado, o qual poderá convergir ou não com a proposta eventualmente oferecida pelo Ministério Público. Daí porque é perfeitamente possível que o Investigado compreenda que os termos do acordo lhe sejam desfavoráveis e os rejeite, hipótese essa em que a oferta não produzirá efeitos e a persecução penal terá continuidade. Nesse particular, confiram-se os §§ 3º e 4º do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, *verbis*:

> Lei nº 13.964/2019
>
> (...)
>
> **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:
>
> (...)

[148] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único – 8ª. ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 274.

> § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.
>
> § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua **voluntariedade**, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.
>
> (...). (Grifo nosso.)

Estabelecidas as premissas antes delineadas, tem-se que a inovação promovida pela Lei nº 13.964/2019, mediante a inclusão do art. 28-A ao Código de Processo Penal, não ostenta qualquer contrariedade com as disposições constantes do Texto Maior. Tal entendimento é reforçado, inclusive, por decisões do Supremo Tribunal Federal que não apenas sustentam a legitimidade do ANPP, mas ainda concluem que o referido instituto, ante a sua natureza de norma penal mista, ou seja, por possuir, simultaneamente, conteúdo de normal penal material e de norma processual penal, deve retroagir para ser aplicado a casos anteriores a 23/01/2020, data do início de sua vigência, segundo é possível inferir do teor dos seguintes julgados daquela Corte, senão vejamos:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE.
>
> (...)
>
> A CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, em seu art. 129, I, consagrou o sistema acusatório no âmbito de nossa Justiça Criminal, concedendo ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública. Durante esses pouco mais de 32 anos de vigência de nossa Carta Magna, as legislações penais e processuais penais foram se adaptando a essa nova realidade. (...)
>
> Novos instrumentos de política criminal foram incorporados para racionalizar a atuação do titular da ação penal, transformando a antiga obrigatoriedade da ação penal em verdadeira discricionariedade mitigada. Assim ocorreu, inicialmente, com as previsões de transação penal e suspensão condicional do processo pela Lei nº 9.099/1995, depois com a possibilidade de "delação premiada" e, mais recentemente com a Lei nº 13.964/2019 ("Pacote anticrime"), que trouxe para o ordenamento jurídico nacional a possibilidade do "acordo de não persecução penal".
>
> (...)
>
> Dessa maneira, constatada a materialidade da infração penal e indícios suficientes de autoria, o titular da ação penal deixou de estar obrigado a oferecer a denúncia e, consequentemente, pretender o início

da ação penal. O Ministério Público poderá, dependendo da hipótese, deixar de apresentar a denúncia e optar pelo oferecimento da transação penal ou do acordo de não persecução penal, desde que, presentes os requisitos legais.

(...)

O art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 13.964/2019, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que 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.". (...).

Repito, trata-se de importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro (...). (HC nº 191.124 Agr; RELATOR: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento em 08/04/2021. Publicação em 13/04/2021);

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. (...). ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. (...). 2. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. (...). 3. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/2019, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que 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". 4. A finalidade do acordo de não persecução penal (ANPP) é evitar que se inicie o processo; portanto, o entendimento do STJ, de que o acordo aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia, não revela quadro de ilegalidade, uma vez que encontra amparo em julgados desta em julgados desta CORTE (...). 5. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC nº 206876 Agr; Primeira Turma; RELATOR: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento em 11/11/2021. Publicação em 18/11/2021);

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...). ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE NO SENTIDO DA RETROATIVIDADE DA LEI 13.964/2019 NO QUE DIZ RESPEITO À POSSIBILIDADE DE INICIAR TRATATIVAS SOBRE O ACÓRDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, DESDE QUE NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA. (...). 4. A jurisprudência da Primeira Turma deste STF fixou a tese de que "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia" (HC nº 191.464- AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25/11/2020). (...). 7. Agravo regimental conhecido e não provido. (RHC nº 198557 Agr; Primeira Turma; Relatora Min.ª ROSA WEBER; julgado em 31/05/2021; publicação em 04/06/2021).

Se por um lado é certo que a CF/1988 assegura, em seu art. 5º, inciso LXIII[149], o direito à não autoincriminação – servindo tal instrumento como meio protetivo, voltado a combater eventuais excessos cometidos pelo Estado durante a persecução penal –, também é verdadeiro que os direitos fundamentais não se revestem de absolutividade, sendo possível a redução do seu campo de incidência por motivos de relevante interesse público, quando então serão sopesados em relação a outros direitos também relevantes no caso concreto. Existem, ainda, as hipóteses em que o próprio destinatário do direito fundamental resolve não exercê-lo, seja porque tal direito se revela disponível, como no caso da propriedade, seja porque em dada circunstância possa ele compreender que o exercício de determinado direito lhe pareça mais vantajoso se comparado a outro de que também possa se utilizar como ocorre, por exemplo, quando, no curso da instrução processual penal, o acusado resolver renunciar ao direito de não produzir provas contra si, e confessa a autoria do crime por ele praticado, contribuindo, decisivamente, para a solução do caso, recebendo, em contrapartida, por ocasião da sentença, a atenuação da pena a ele imposta.

Assim, conquanto a ordem constitucional confira o direito a não autoincriminação, tem-se por igualmente verdadeiro que, em nenhum momento, o ora Justificante esteve obrigado a aceitar a proposta oferecida pelo MPF ou mesmo a silenciar-se após isso, sendo certo, ainda, que poderia tê-la rejeitado, caso em que o processo prosseguiria em seus ulteriores termos, sob os auspícios do princípio da ampla defesa e do contraditório, hipótese em que lhe seria oportunizado demonstrar a sua inocência quantos aos fatos pelos quais era acusado.

Ao revés, analisando-se o ANPP firmado pelo Justificante, verifica-se que os termos da proposta foram por ele recebidos, voluntariamente, ocasião em que ele, acompanhado por seu advogado, manifestou-se no sentido de requerer a formalização da avença. Tais circunstâncias restaram devidamente consignadas em Ata, que, sendo achada conforme, nos termos do § 4º do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, foi posteriormente homologada pela Justiça Federal da Subseção Judiciária de São João Del Rey/MG em 19/11/2020, consoante é possível extrair do respectivo Termo de ANPP (fls. 14 a 16, doc. 02, evento 01).

Ademais, cumpre salientar que a "confissão", a qual terá a sua voluntariedade aferida conjuntamente com os demais requisitos autorizadores do ANPP, além de funcionar como meio de imprimir celeridade ao deslinde da causa em exame – já que realizada antes do início do trâmite jurisdicional do feito –, é condição de validade até mesmo para fim de conferir segurança jurídica às tratativas, visto que, em razão do

[149] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (...)

caráter sinalagmático do Acordo, é necessário verificar, periodicamente, o cumprimento das obrigações entabuladas pelo Investigado para que, em caso de eventual inadimplemento, a medida legal correspondente seja adotada. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima[150], ao lecionar sobre o tema, destacou "(...) essa confissão constitui a contribuição que o investigado faz à investigação criminal e eventual futuro processo penal (em caso de descumprimento das condições pactuadas)" .

Por derradeiro, registra-se que a adequação do ANPP aos ditames constitucionais repousa, ainda, sobre fundamento de cunho econômico-teleológico. Isso porque não se pode ignorar a quantidade de processos penais hoje em trâmite no país, muitos desses consistentes em casos cuja abstrusidade é de menor grau, os quais terminam por ocupar importantes recursos do sistema de justiça penal que poderiam ser dirigidos à resolução de crimes de maior seriedade. Nesse particular, o ANPP se revela importante instrumento de racionalização processual, a homenagear importantes princípios, também de índole constitucional, a exemplo da eficiência e da economia, os quais, aliás, informaram o encaminhamento do ANPP ao Congresso Nacional, segundo é possível extrair do seguinte trecho constante da Exposição de Motivos[151] do Pacote Anticrime:

> (...)
>
> O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticados sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. (...). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.
>
> (...).

Isto posto, voto no sentido de rejeitar a 4ª preliminar suscitada pela Defesa, fundada na alegação da inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP, por violação do direito à não autoincriminação.

---

[150] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único – 8ª. ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 283.

[151] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm: Acesso em: 13 de julho de 2022.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO BASEADO EM CONFISSÃO REALIZADA PARA FIM DE FORMALIZAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Defesa postula, em sua quinta preliminar, a decretação de nulidade do Conselho de Justificação, pois, segundo aduziu, o referido Colegiado teria sido indevidamente instaurado, haja vista ter se baseado em confissão realizada na esteira da formalização de Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, firmado pelo Justificante com o Ministério Público Federal – MPF, e homologado, em 19/11/2020, pela Justiça Federal da Subseção Judiciária de São João Del Rey/MG (fls. 14 a 16, doc. 02, evento 01).

Para tanto, sustenta a ilustre Defesa a alegação consubstanciada na seguinte tese, *verbis*:

> (...)
>
> Preliminarmente, em especial, requer ainda a decretação da nulidade do referido Conselho, vez que o mesmo foi instaurado baseado em Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) onde, (...), não pode ser levada em consideração a confissão realizada pelo acusado vez que imposta pelo acusador como condição *sine qua non* para aceitação do referido acordo.
>
> (...). (fls. 15 e 16, doc. 01, evento 14).

Não merece prosperar a arguição Defensiva.

Isso porque, consoante já demonstrado nos fundamentos que adotei como razão de decidir, atinentes à preliminar de inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP, a exigência de que o Investigado confesse, formal e circunstancialmente, a prática da infração penal, cometida sem violência ou grave ameaça, como condição necessária à formalização de ANPP, é legítima e não viola o direito fundamental à não autoincriminação, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da CF/1988, sendo, inclusive, possível a sua aplicação a fatos anteriores a sua entrada em vigor, qual seja, 23/01/2020, ante a sua natureza jurídica híbrida (penal/processual), segundo já se manifestou o Supremo Tribunal Federal por ocasião de decisões assentadas, v.g, nos seguintes julgados: HC nº 206876 AgR; RHC nº 201158 AgR; ARE nº 1367838 AgR; HC nº 212284 AgR; HC nº 206907 AgR; ARE nº 1374064 AgR; ARE nº 1342075 AgR; RHC nº 198557 AgR; e outros.

Assim, não há falar que a confissão do ora Justificante, por ocasião da proposta formalizada pelo MPF, enquanto requisito para a homologação do ANPP, desnature ou inquine a avença de qualquer vício, haja vista ser a confissão requisito de validade elencado pelo art. 28-A, incluído no CPP por força da Lei nº 13.964/2019, critério legitimamente adotado pelo legislador a partir do exercício da autonomia legislativa a ele constitucionalmente assegurada, de modo que se revela equivocada a pretensão Defensiva no

sentido de cogitar a decretação da nulidade do Conselho de Justificação, instaurado por intermédio da Portaria nº 137/MB/MD, de 07/05/2021, de ordem do Sr. Comandante de Marinha, o Alte Esq ALMIR GARNIER SANTOS (fls. 17, doc. 02, evento 01).

Isto posto, voto no sentido de rejeitar a 5ª preliminar suscitada pela Defesa, calcada na alegação de nulidade da instauração do Conselho de Justificação baseado em confissão realizada para fim de formalização de Acordo de Não Persecução Penal.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO AO STM PELO COMANDANTE DA FORÇA SEM A REPRESENTAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

O Sr. Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA suscita*, ex officio*, a ilegitimidade da remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força sem a representação da Advocacia-Geral da União, convertendo, contudo, o julgamento em diligência, para que seja cumprida a formalidade da chamada da AGU para representar o Comandante da Marinha no feito, nos termos do art. 85 do RISTM[152].

Segundo entendimento esposado pelo Sr. Ministro, o encaminhamento dos autos do Conselho de Justificação diretamente a esta Corte impede análise da recomendação levada a efeito por aquele Colegiado, em seu Relatório Final por entender que tal incumbência caberia à Advocacia-Geral da União, e não ao Comando da Marinha, como efetivamente ocorreu na espécie.

A Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, ao fixar o procedimento do Conselho de Justificação, prevê em seu art. 13, inciso V, alínea "*a*", que cumpre ao Ministro Militar, atual Comandante da respectiva Força, após o recebimento do processo, no prazo de 20 (vinte) dias, efetivar o encaminhamento dos autos ao Superior Tribunal Militar.

É oportuno consignar que tal regra foi recepcionada pelo atual ordenamento constitucional, eis que com ele materialmente compatível, e, portanto, em plena vigência, e, nessa condição, está a produzir os efeitos que lhe são inerentes, consoante já assentou a jurisprudência desta Corte, em outras oportunidades. Senão, confiram-se os seguintes julgados:

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. (...). 2. ILEGITIMIDADE DA REMESSA DOS AUTOS PELO CMT FAB SEM PRESENTAÇÃO DA AGU. PRELIMINAR REJEITADA (...)
>
> (...)

[152] Art. 85. O Plenário poderá converter o julgamento em diligência quando necessária à decisão da causa. Neste caso, o feito aguardará em pauta, destacado, o cumprimento da diligência.

> 2. O Conselho de Justificação é regido por rito próprio, estabelecido em lei específica (Lei nº 5.836/1972), recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e em pleno vigor. (...). Preliminar rejeitada. (...). (Conselho de Justificação nº 7000350-75.2020.7.00.0000; Relatoria: Min. Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES; Revisor: ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA; julgado em 31/08/2021; publicado em 23/09/2021);
>
> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. 1. QUESTÃO DE ORDEM. VÍCIO DE ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. 2. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE *AD PROCESSUM*. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA (...)
>
> 1. O Comandante da Força proferiu Decisão, em Despacho próprio, na qual determinou expressamente a remessa do processo ao STM, não havendo nulidade ou irregularidade no fato de o ofício que encaminhou os autos ter sido firmado pelo Chefe do Gabinete do Comandante da Aeronáutica. Questão de Ordem rejeitada por maioria de votos. 2. O Conselho de Justificação é regido por rito próprio, estabelecido em lei específica (Lei nº 5.836/1972), recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e em pleno vigor. (...). Preliminar rejeitada. Decisão por maioria. (...). (Conselho de Justificação nº 7000349-90.2020.7.00.0000; Relator: Min. Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES; Revisor: Min. PÉRICLES AURÉLIO DE QUEIROZ; julgado em 1º/7/2021; publicado em 08/10/2021).

Saliente-se, ainda, que, à vista do procedimento levado a efeito pelo Conselho de Justificação, tem-se que o objeto da presente arguição não tem o condão de consubstanciar prejuízo a justificar o reconhecimento da ineficácia da forma como ocorreu a remessa do Relatório Final daquele Colegiado a esta Corte. Isso porque, com efeito, não obstante a previsão contida no art. 75, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, no sentido de que a representação da União em juízo incumbe à Advocacia-Geral da União, *in casu*, não há que se proceder à aplicação subsidiária do referido Códex, já que, entre a citada norma processual e o preceito contido na alínea "a" do inciso V do art. 13 da Lei nº 5.836/1972, existe apenas um conflito aparente de normas que se resolve em favor desta última, em homenagem ao princípio da especialidade, consoante já assentado em outras oportunidades pela jurisprudência desta Corte, a exemplo das seguintes:

> EMENTA: (...). ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO PELO COMANDANTE DA MARINHA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. IMPROCEDÊNCIA. (...) (...). Mesmo que o Código de Processo Civil estabeleça, em seu art. 75, inciso I, que a União será representada em juízo, ativa e passivamente, pela Advocacia-Geral da União, prevalece a regra prevista no art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/1972, em razão da sua especialidade. (...). (Conselho de Justificação nº 7000349-90.2020.7.00.0000; Relator: Min. Ten Brig Ar

> CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA; Revisor: Min. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA; julgado em 15/04/2021; publicado em 09/06/2021).;
>
> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DO CORPO DE FUZILEIROS NAVAIS DA MARINHA DO BRASIL. QUESTÕES DE ORDEM E PRELIMINARES REJEITADAS. (...) VII - Para o processamento do Conselho de Justificação deve prevalecer o disposto na Lei 5.836, de 1972, cuja incidência permite preservar a coerência e a unidade do rito, sem que configure afronta às garantias da ampla defesa e do contraditório. Preliminar de ilegalidade de remessa dos autos sem representação da Advocacia-Geral da União (AGU) rejeitada por unanimidade. (...). (Conselho de Justificação nº 7000349-90.2020.7.00.0000; Relator: Min. Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO; Revisor: Min. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ; julgado em 25/06/2020; publicado em 07/08/2020).

Importante ressaltar que os entendimentos, antes destacados, estão em consonância com recente decisão, oriunda do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 37764, da relatoria da Ministra ROSA WEBER, julgado pela 1ª Turma na Sessão Virtual de 03 a 14/09/2021. Senão vejamos:

> EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR EM PROCESSO ORIUNDO DE CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. PERDA DO POSTO E DA PATENTE, POR INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO. JULGAMENTO QUE CONTOU COM A DEVIDA PUBLICIDADE. OBSERVÂNCIA DE GARANTIAS DE ÍNDOLE PROCEDIMENTAL QUE SE PERFAZ NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.
>
> (...)
>
> **4. A remessa do processo administrativo especial oriundo de Conselho de Justificação ao STM não depende de capacidade postulatória, a exigir a atuação de advogado público integrante da Advocacia-Geral da União. Legitima-se, portanto, o envio realizado pelo Comandante da Aeronáutica. (...)** (Grifo nosso.)

Isto posto, sem embargos do respeitável entendimento esposado pelo eminente Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, razão pela qual, salvo melhor juízo, rejeito a presente preliminar consistente na arguição, de ofício, de ilegitimidade da remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar pelo Comando da Marinha sem representação da Advocacia-Geral da União, ante a falta de amparo legal.

MÉRITO

Ultrapassadas as questões preliminares, passa-se à análise do fato que levou o Justificante a ser submetido ao Conselho de Justificação, qual seja ter prestado informações inverídicas ao Ministério da Educação, com o fito de obter vantagem ilícita consistente na obtenção de bolsa integral oferecida pelo Ministério da Educação, no âmbito do Programa Universidade para Todos – PROUNI, para a realização de matrícula junto à Faculdade de Medicina de Barbacena/MG (fls. 03/04, doc. 02, evento 01).

Tal acontecimento veio a lume mediante Representação anônima encaminhada, em 02/02/2012, ao Ministério Público Federal, via Procuradoria da República em Minas Gerais, a qual noticiou, em suma, que o ora Justificante teria (fl. 126, doc. 02, evento 01):

> a) atribuído falso valor aos rendimentos de seus pais, os quais, na qualidade de servidores públicos do Governo do Distrito Federal – GDF, auferiam, à época, cerca de RS 14.000,00 (quatorze mil) reais mensais, valor este incompatível com a renda familiar do público-alvo do PROUNI;
>
> b) promovido inscrição como pescador artesanal/amador em rancho de amigos de sua família, objetivando a aquisição de carteira da categoria com vistas a facilitar a comprovação de estudante carente, o que lhe possibilitaria a participação no PROUNI; e
>
> c) obtido, mediante o uso da carteira de pescador, auxílio financeiro mensal do MEC, valendo-se da falsa condição de estudante carente.

Em função da sobredita Representação, o MPF ofereceu Denúncia contra o Justificante, que foi recebida em 31/07/2019, por força de Decisão exarada pela 1ª Vara Federal de São João Del Rey/MG, pela suposta violação da norma prevista no § 3º do art. 171 do CP (estelionato majorado)[153], em razão de o Justificante ter auferido ao longo de 12 (doze) semestres, a saber, entre os anos de 2009 a 2015, vantagem ilícita que à época somava R$ 235.950,00 (duzentos e trinta e cinco mil e novecentos e cinquenta reais) (evento 01, doc. 02, fls. 05 a 10).

Pelos fatos constantes da Denúncia, o Justificante firmou, perante a Procuradoria da República de São João Del Rey/MG, Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, no Processo nº 0000530-73.2019.4.01.3815, em 19/11/2020, o qual, achado conforme os ditames do art. 28-A do Código de

[153] Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:(...) § 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Processo Penal[154], foi homologado pelo Juízo da Vara Federal Cível e Criminal daquele Município, no dia 20 seguinte (evento 01, doc. 02, fls. 13 a 15).

Registre-se, por oportuno, que o presente Processo oriundo do Conselho de Justificação analisará, tão somente, as condutas descritas em razão de o Justificante ter sido acusado da prática de conduta irregular que afeta a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, conforme descrito no art. 2º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 5.836[155], de 05/12/1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação. Nesse particular, é de bom alvitre referenciar o seguinte trecho contido no Libelo Acusatório, *litteris*:

> (...)
>
> De acordo com a denúncia do Ministério Público Federal, folha um e dois, ao longo de um período de 12 (doze) semestres, de meados do ano de 2009 até meados do ano de 2015, na cidade de Barbacena-MG, o ora denunciado AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA, com vontade livre e consciente e sabedor da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta obteve para si, em prejuízo da União, vantagem ilícita consistente em uma bolsa de estudo integral correspondente às semestralidades do curso de medicina na Faculdade de Medicina de Barbacena que a época somavam R$ 235.950,00 (duzentos e trinta e cinco mil, novecentos e cinquenta reais), mediante uso de comprovante de residência falso e prestação de declarações inverídicas sobre a composição e a renda mensal *per capita* de sua família, simulando dessa maneira o preenchimento de requisito legal de natureza socioeconômica para receber benefício no âmbito do programa Universidade para Todos -

---

[154] 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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) 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); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) 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 (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

[155] Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das forças armadas: I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter;(...) c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;

PROUNI, gerido pelo Ministério da Educação, o qual foi assim induzido e mantido em erro, como também o foi aquela instituição privada de ensino superior.

Conforme consta no Documento Oficial de Acusação, o Ofício da DPMM citado anteriormente, o referido militar celebrou Acordo de Não Persecução Penal, em dezenove de novembro de dois mil e vinte, no qual pressupõe a confissão formal e circunstancial da infração penal, conforme dispõe o art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal). Mediante o que foi mencionado na denúncia realizada pelo Ministério Público Federal, na folha cinco, o referido militar incorreu no tipo do art. 171, Parágrafo 32, do Código Penal - estelionato contra entidade de direito público. O referido acordo foi realizado, de acordo com a Ação Penal - Procedimento Ordinário tendo como autor o Ministério Público Federal, na Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de São João Del-Rei-MG.

a) Considerando que a honra, o pundonor militar e o decoro da classe constituem valores morais essenciais e indispensáveis aos militares que envergam a farda da Marinha do Brasil, o referido militar, em tese, praticou ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe. Sendo assim, o fato da confissão de culpa, por meio do acordo mencionado acima, traz reflexos negativos sobre a esfera administrativa, pois a conduta praticada em muito atenta contra os preceitos da ética militar, mais especificamente, o PUNDONOR, representado pelo dever de um militar pautar a sua conduta como a de um profissional correto, o DECORO DA CLASSE, representado pelo valor moral e social inerente à instituição e o DEVER DE CIDADÃO, valores, que pelas peculiaridades da profissão, não podem sofrer maculas, sob a infeliz consequência de abalar os alicerces da carreira militar naval, nos termos dos incisos I, XII e XIII, do artigo 28 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980).

Art 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: I - Amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; XII - cumprir seus deveres de cidadão; XIII - zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar.

b) Considerando que a celebração do Acordo de Não Persecução Penal pressupõe a confissão formal e circunstancial da infração penal, conforme dispõe o art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), as consequências decorrentes podem ser: o abalo da confiança dos superiores, a alteração nos atributos morais e profissionais, a redução na capacidade de liderança e a ofensa do ato praticado aos valores da ética militar elencados anteriormente no art. 28 do Estatuto dos Militares;

(...).

Inicialmente, no que se refere ao abordado na alínea "a" do Libelo Acusatório, isto é, ter o 1º Ten Médico da Marinha AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA firmado Acordo de Não Persecução Penal, datado de 19/11/2020, mediante confissão de **culpa** pelos fatos narrados na Denúncia oferecida pelo MPF, via Procuradoria da República em Minas Gerais, por ter auferido vantagem indevida, consistente na obtenção de bolsa de estudo integral oferecida pelo PROUNI, para fim de custeio do curso de medicina junto à Faculdade de Medicina da cidade de Barbacena/MG, é imperioso inferir que, sem sombra de dúvidas, a revelação de tais fatos traz reflexos negativos ao âmbito administrativo militar.

Os autos do Conselho de Justificação encaminhados a este Tribunal noticiam a inquirição dos militares CF(Md) ANNA PAULA FERNANDES CORRÊA VIEIRA DE SOUZA, CC(RMl-T) ALEXANDRE GONÇALVES PINTO e CC(Md) MAURO GIL PINHEIRO ALVES, sendo, assim, conveniente proceder à análise dos depoimentos, por eles prestados, como forma de extrair a devida compreensão relativa às consequências das condutas confessadas pelo Justificante em seu ANPP, bem como em que medida tais fatos podem impactar a rotina administrativa militar.

Inquirida, a CF(Md) ANNA PAULA FERNANDES CORRÊA VIEIRA DE SOUZA prestou depoimento, do qual foram extraídas as informações abaixo transcritas:

> (...)
>
> Perguntada qual o vínculo que tem com o justificante, respondeu que é **encarregada do militar**; (...); Perguntada se o conhecimento do fato **abala** de alguma forma **o relacionamento** do justificante com os superiores, pares e subordinados, respondeu que **acredita que sim**, (...). A princípio abala sim; (...); Perguntada: considerando que o justificante foi denunciado pela prática de estelionato e celebrou Acordo de Não Persecução Penal que pressupõe a confissão da prática de infração penal, se indicaria o militar para exercer a fiscalização de contratos, ou manusear documentos sigilosos, respondeu que acha que no momento não, mas se ele assumir o erro dele, confessar o erro dele e está em processo de pagamento do acordo, de acordo com a conduta dele longitudinal, acredito que sim. Posteriormente sim; (...); Perguntada se acredita que o militar detém todos os **atributos morais esperados** de um oficial da Marinha, respondeu que **até o momento não teve**, mas acredito que, como falei anteriormente, que ele possa melhorar, responder pelos seus atos e ter uma conduta a partir de agora. (...); Perguntada: levando em consideração o Modelo de Avaliação de Oficiais, a senhora avalia o conceito moral do justificante, item 1, que fala sobre **caráter**, de que forma, respondeu que de acordo com as condutas éticas no hospital eu não teria nenhuma ressalva a fazer, mas de acordo com o que está exposto da conduta dele, acho que **tem alguma limitação nesse aspecto**, comprometimento; Perguntada: no Modelo de Avaliação de

> Oficiais, no item conceito profissional, **liderança militar** é um dos atributos avaliados pelos superiores, como avalia o reflexo do ocorrido para o justificante com relação aos seus subordinados, respondeu que **está comprometida** também; Perguntada: de acordo com o Artigo 28 do Estatuto dos Militares, 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, se o justificante preenche esses requisitos, respondeu que até o momento preenchia, mas de acordo com o que foi falado esteja comprometida com a postura de um militar da Marinha; Perguntada: **a honra, o pundonor militar e o decoro da classe** constituem valores morais essenciais e indispensáveis aos militares que envergam a farda da Marinha do Brasil. Se na opinião, acha que o fato ocorrido **atenta aos valores acima mencionados, respondeu que sim**; Perguntada: nas próximas promoções a senhora pode ser consultada sobre a conduta do justificante. Diante disso, daria parecer favorável para a promoção do Oficial, respondeu que acho que longitudinalmente mantiver uma postura adequada eu não vejo óbices para a promoção; (...). (evento 01, doc. 02, fls. 78 e 79). (Grifo nosso).

A seu turno, o CC(RMl-T) ALEXANDRE GONÇALVES PINTO prestou a seguinte declaração:

> (...) Perguntado qual o vínculo que tem com o justificante, respondeu que o militar pertence à mesma organização do militar, ele é subordinado ao departamento de saúde. (...); Perguntado se o conhecimento do fato abala de alguma forma o relacionamento do justificante com os superiores, pares e subordinados, respondeu que o conhecimento do fato em si, é algo que por si só não é de natureza ostensiva. É obvio que a situação vista pelas normas em vigor, **demonstra uma conduta imprópria**, (...). Eu acho que a conduta dele, como profissional dentro da UISM, é o que vai pesar mais em relação ao trato dele com os superiores e subordinados, sem tirar a importância do quão grave foi perante os valores que a Instituição Marinha prima. (...); Perguntado: o justificante foi denunciado pela prática de estelionato e celebrou Acordo de Não Persecução Penal que pressupõe a confissão da prática de infração penal, se indicaria o militar para exercer a fiscalização de contratos, ou manusear documentos sigilosos, respondeu que a conduta de admitir o erro em si, eu vejo como algo digno. Quanto a atribuir a ele uma missão digna de alguém de confiança, **eu acredito que a confiança é algo a ser conquistado.** (...). Perguntado: levando em consideração o libelo acusatório, se acha que o militar está apto a exercer todas as funções atribuídas aos oficiais da Marinha do Brasil, respondeu que acredito que o fato de ele ter admitido o erro e pelo pouco que pude perceber da conduta, acredito que embora a falha cometida seja repreensível, na minha opinião, **eu daria uma missão e o acompanharia de perto**; Perguntado se acredita que o militar detém todos os atributos morais esperados de um oficial da Marinha, respondeu que é notório que a falha **cometida reflete uma conduta de não observação na íntegra, dos valores cultuados pela Instituição**. (...); Perguntado: de acordo com

o Artigo 28 do Estatuto dos Militares, 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, se o justificante preenche esses requisitos, respondeu que tomando como base a conduta observada no processo que o arrolou**, fica evidente que a falha cometida depõe contra alguns desses valores.**(...); Perguntado: a honra, o pundonor militar e o decoro da classe constituem valores morais essenciais e indispensáveis aos militares que envergam a farda da Marinha do Brasil. Se na opinião, acha que o fato ocorrido atenta aos valores acima mencionados, respondeu que da mesma forma que respondi anteriormente, **o ato cometido certamente vai de encontro a alguns valores cultuados pela Marinha;** (...); Perguntado: o fato ocorreu antes do justificante ingressar na Marinha. Se acredita que isso traz reflexos e consequências para a carreira do Oficial e para a imagem da instituição, respondeu que para a carreira dele já está trazendo (...). (evento 01, doc. 02, fls. 80 a 83). (Grifo nosso).

O CC(Md) MAURO GIL PINHEIRO ALVES trouxe o seguinte depoimento:

Perguntado qual vínculo que teve na UMEsq com o justificante, respondeu que na época eu era Encarregado da Divisão de Medicina, e o Tenente Agostinho era meu subordinado direto na divisão e era um dos membros da Junta Regular de Saúde; (...); Perguntado qual a função que o justificante exerceu na UMEsq, respondeu que os médicos na Esquadra tem várias funções, foi membro da Junta Regular de Saúde, fazia as inspeções como Médico Perito Isolado, foi membro de junta, trabalhou como médico de emergência, foi destacado e suspendeu algumas vezes nos Navios da Esquadra; Perguntado: Na função exercida, se o justificante manuseava documentos sigilosos, respondeu que sim; Perguntado qual era a avaliação do justificante na época em que ele servia na UMEsq, respondeu que não posso precisar, não lembro de ter cometido transgressão disciplinar, não lembro de ter chamado atenção disciplinar, mas por ser um militar inexperiente e nas dúvidas eu orientava ele nas questões técnicas. **Nas questões disciplinares não me deu problema**; Perguntado caso fosse encarregado do justificante novamente, se o fato ocorrido mudaria a sua avaliação em relação ao militar, respondeu que a conduta pessoal, não. Mas, **jamais colocaria o Doutor Agostinho para fazer Junta Regular de Saúde, porque ele tem acesso a documentos reservados e sigilosos**, o próprio local é reservado, poucas pessoas têm acesso. Sabendo desse fato **não colocaria ele como membro da junta**; Perguntado: considerando que o justificante foi denunciado pela prática de estelionato e celebrou Acordo de Não Persecução Penal, que pressupõe a confissão da prática de infração penal, o senhor indicaria o militar para **exercer a fiscalização de contratos** ou manusear documentos sigilosos, **respondeu que não**; Perguntado: na avaliação do senhor, o conhecimento do fato abala de alguma forma o relacionamento do justificante com os superiores, pares e subordinados, respondeu que **acredita que sim**, porque sabendo do fato, os subordinados se soubessem, **a questão de liderança ficaria abalada**; (...); Perguntado:

> levando em consideração o libelo acusatório, o senhor acha que o militar está apto **a exercer todas as funções atribuídas** aos Oficiais da MB, **respondeu que não está**; Perguntado se acredita que o militar **detém todos os atributos morais** esperados de um Oficial da Marinha, **respondeu que não**; Perguntado: levando em consideração no Modelo de Avaliação de Oficiais, o senhor avaliaria o conceito moral do justificante, item 1, que fala sobre o seu caráter, de forma, respondeu **que caráter ou você tem ou não tem** (...).Como avalia o reflexo do ocorrido para o justificante com relação aos seus subordinados, **respondeu que é grave**, o subordinado sabendo disso é complexo para transmitir valores para os seus subordinados ao cometer um ato ilícito. Geralmente os militares têm carreira ilibada; Perguntado: de acordo com o artigo 28 do Estatuto dos Militares, 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. Se o **justificante preenche esses requisitos, respondeu que não**; Perguntado: a honra, o pundonor militar e o decoro da classe constituem valores morais essenciais e indispensáveis aos militares que envergam a farda da Marinha do Brasil. Se acredita que o **fato ocorrido atenta para aos valores acima mencionados, respondeu que sim**; Perguntado: o fato ocorrido se deu antes do justificante entrar na Marinha. Na avaliação do senhor, isso pode atenuar de alguma forma a situação do Oficial, respondeu que não, porque se ele praticou antes pode vir a praticar depois. (...); Perguntado: o fato ocorreu antes do justificante ingressar na Marinha. Se acredita que isso **traz reflexos e consequências** para a carreira do Oficial e para a imagem da Instituição, **respondeu que sim**, se isso vem a público fica ruim para a Instituição, militar de carreira, cometeu um ato ilícito é ruim para qualquer instituição, são feitas por pessoas, todas as vezes que cometem crime a imagem fica arranhada. Arranha a imagem da instituição sim; Perguntado: diante do libelo acusatório, se acredita que **o justificante pode permanecer como Oficial da Marinha, respondeu que não** (...). (evento 01, doc. 02, fls. 90 e 91). (Grifo nosso).

Observa-se que, não obstante as duas primeiras testemunhas tenham realizado menções elogiosas à atuação do Justificante como militar, os sobreditos depoimentos convergem no sentido de reconhecer que as condutas praticadas pelo Justificante e descritas no Libelo Acusatório representam evidente violação de valores caros relativos à ética militar, consubstanciados, mais precisamente, no art. 28 da Lei nº 6.880/1980. E nem podia ser de outro modo.

Isso porque, como claramente emerge dos autos em epígrafe, o que se investigava no originário Conselho de Justificação eram fatos pretéritos à sua condição de militar, os quais, caso fossem tempestivamente objeto de ciência, pela Administração Militar, certamente iriam obstar o ingresso do Justificante na carreira militar.

Não é por acaso que, conforme revelam as declarações, prestadas pelas testemunhas, o conhecimento dos citados episódios da vida pregressa do Justificante tem elevado potencial para ocasionar a deterioração das condições necessárias à sua atuação como Oficial da Marinha. Isso é reforçado pelo fato de que todas as testemunhas são uníssonas em admitir que a relação de confiança, que nele se poderia depositar, fica, ainda que indiretamente, prejudicada para a realização de certas missões relacionadas ao normal exercício do sobredito posto.

A título exemplificativo, importa não olvidar que, quando perguntada sobre a viabilidade de promover a indicação do Justificante para exercer a fiscalização de contratos, ou manusear documentos sigilosos, a CF(Md) ANNA PAULA FERNANDES CORRÊA VIEIRA DE SOUZA, então encarregada Justificante, negou, na ocasião, a possibilidade de que ele pudesse realizar tais missões. Semelhantemente, embora tenha salientado aspectos relevantes da atuação do Justificante como 1º Ten Médico, o CC(RMl-T) ALEXANDRE GONÇALVES PINTO, ao ser questionado sobre se o Justificantes estaria apto para exercer plenamente todas as atribuições do posto por ele ocupado, foi, em certa medida, recalcitrante, e, sobre isso, respondeu "que embora a falha cometida seja repreensível, na minha opinião, eu daria uma missão e o acompanharia de perto (...)".

Noutro vértice, o CC(Md) MAURO GIL PINHEIRO ALVES, ao abordar atividades afetas à rotina administrativa militar e que seriam, em princípio, da alçada do Justificante, disse que "jamais colocaria o Doutor Agostinho para fazer Junta Regular de Saúde, porque ele tem acesso a documentos reservados e sigilosos (...)".

Veja-se, pois, a extensão do dano à carreira do Justificante, decorrente dos fatos noticiados no Libelo Acusatório. Em que pese ele tenha mantido durante o período em que ora integra as fileiras da Marinha, escorreito proceder no cumprimento de seu dever, é forçoso reconhecer que a revelação de tais fatos fez exsurgir, perante a Organização Militar, indelével marca que já está a trazer-lhe severas consequências a apontar, inclusive, para uma provável inviabilização do pleno exercício de suas funções, sendo tal circunstância evidente obstáculo que poderá vir a caracterizar potencial gerador de conflitos administrativos.

Outrossim, quanto às considerações consignadas na letra "b" do Libelo Acusatório, sintetizadas no fundamento de que, como a formalização de ANPP pressupõe a confissão formal e circunstancial da infração penal, consoante regula o art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), a feitura do aludido Acordo, pelo Justificante, representaria, alfim, o abalo da confiança de seus superiores, a ele dirigida, a alteração nos atributos morais e profissionais, a redução na capacidade de liderança e a ofensa do ato

praticado aos valores da ética militar, anota-se que, à vista do que noticiam os autos, outra conclusão não se afigura possível.

Acerca do destacado supra, observa-se que os desdobramentos relacionados ao conhecimento, pela Administração Militar, dos fatos constantes do Libelo Acusatório passam a representar alta carga desabonadora sobre a carreira do Justificante, sendo curial salientar os reflexos de tais atos, especificamente, sobre a capacidade de liderança militar do Justificante. Nesse viés, é oportuno referenciar o seguinte excerto do Relatório Final do Conselho de Justificação, o qual adoto como fundamento decisório, *verbis*:

> (...) A redução na capacidade de liderança do justificante tendo em vista que os Oficiais da Marinha necessitam ter carreira ilibada e com honradez. O fato ocorrido compromete a liderança do justificante perante os seus subordinados, principalmente, no que condiz ao exemplo. De acordo com a Doutrina de Liderança da Marinha (EMA-137), em seu anexo A "Principais Atributos de um Líder", que coloca o Exemplo como seu primeiro atributo, diz o seguinte (evento 01, doc. 02, fl. 138):
>
> > "Apresentação pessoal e comportamento coerentes com valores, normas e crenças da instituição, em todas as circunstâncias. Não há nada que se exija tanto de um líder quanto dar o exemplo pessoal, ou seja o exemplo do seu comportamento, pleno de valores inerentes à ética militar, aceitos e respeitados pelo grupo.".
>
> (...)

Nota-se, portanto, que, à vista do sobredito preceito elegido pelo EMA nº 137, de 18/12/2013, publicado pelo Estado-Maior da Armada, tem-se por irrefutável que os fatos que ora pesam contra o Justificante infirmam, sobremaneira, a sua capacidade de liderar. Isso porque é difícil conceber que algum subordinado, após conhecer tais fatos, não venha ao menos questionar as ordens emanadas de um líder que detém, em sua vida pregressa, episódios caracterizados pelo cometimento de ilícito penal, cujo efeito principal é, justamente, o de ostentar a platina representativa da autoridade ilegitimamente exercida!

Por outro lado, o Justificante, ao ser inquirido, prestou declarações consubstanciadas nos termos seguintes:

> (...)
>
> Perguntado qual foi a motivação para praticar o ato, descrito no libelo acusatório, mesmo sabendo que poderia trazer consequências no decorrer de sua vida, respondeu que a motivação para a confissão do crime é parte do rito do Acordo de Não Persecução, não expressa formalmente a culpa, como se o processo finalizado. O ato de confissão do crime eu entendo que faz parte do rito e do acordo; (...); Perguntado

se acreditava que estava prestando informações verídicas, porque assinou o Acordo de Não Persecução Penal, assumindo formalmente a sua culpa, respondeu que a situação de réu ao longo desses anos traz diversas implicações negativas, no âmbito pessoal e profissional, aos olhos das pessoas próximas que tomam conhecimento do assunto, sempre recorre o julgamento que prefiro evitar me expor. Também as implicações no serviço, de não ser promovido, não participar de destaque, inclusive participando do Conselho e também de não ser movimentado. Eu me perturbo e expressei confissão não por me sentir culpado, mas pelas implicações negativas pessoais e profissionais; (...); Perguntado: (...). Ao prestar o concurso, você não pensou que isso poderia trazer consequências para a carreira militar, respondeu que não, confiante da licitude dos meus atos; (...); Perguntado diante do ocorrido, como avalia a situação dele diante dos seus superiores, pares e subordinados, respondeu que como pessoa tenho meus problemas pessoais, entendo que me equiparo com meus superiores e também os meus subordinados, como irmão de armas; Perguntado se acredita que o fato ocorrido afeta a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, respondeu que o fato ocorrido da denúncia que motivou a denúncia do Ministério Público, eu acho que me perturba e fere a minha honra, valor que eu sempre busquei preservar ao longo dos anos do processo e também busco agora perante a este Conselho de Justificação; Perguntado: Na opinião dele, se o fato ocorrido poderá comprometer a imagem da Marinha perante a sociedade, respondeu que eu espero não ter fatos da minha vida pessoal livremente expostos para a sociedade, eu imagino que o público em geral pode tratar como quiser as informações pessoais de qualquer pessoa, inclusive comprometendo a imagem da instituição que é vinculado; Perguntado: Na opinião dele, se **o fato ocorrido pode afetar a carreira militar, respondeu que sim**, afeta; Perguntado se acredita que o fato ocorrido pode **abalar a confiança** dos superiores e pares e na sua capacidade de liderança, respondeu que nesse Conselho de Justificação eu ouvi as testemunhas e **acredito que sim**, abala a confiança dos antigos e atuais superiores a quem fui subordinado. (...); Perguntado: Ao longo da carreira, se o justificante indicaria, na condição de mais antigo, um militar que tenha praticado ato análogo para exercer funções de confiança, respondeu que acho que depende, certamente eu teria ressalvas. É claro que exigiria maturidade de poder aprender mais sobre como indicaria, mas eu teria cuidado em fazer análise pormenorizada do militar; (...); Perguntado: na sua opinião, se **feriu os valores estabelecidos pelo Estatuto dos Militares**, **ao assinar o Acordo de Não Persecução Pena**l, que caracterizou a confissão formal do fato ocorrido, **respondeu que não**, eu acho que estava diante de uma situação que me agravava e eu tinha que dar uma resposta. Se eu fiz assinar a confissão como parte do rito do acordo é justamente para preservar a minha honra e a minha imagem; Perguntado: de acordo com o Artigo 28 do Estatuto dos Militares, o sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos da

> ética militar: I- Amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; XII- cumprir seus deveres de cidadão; XIII- Zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar. Na sua opinião, **se feriu algum desses preceitos, respondeu que não**; Perguntado considerando que o Acordo de Não Persecução Penal pressupõe o reconhecimento da prática delituosa, considera que **o reconhecimento do ato é compatível com a condição de Oficial da Marinha, respondeu que sim;** (...); Perguntado: você entende que os valores éticos e morais de um Oficial da Marinha são indissociáveis dos conhecimentos profissionais, respondeu que sim; Perguntado: na sua avaliação, **a sua liderança fica comprometida** perante aos seus subordinados, **respondeu que não**, acredito que a liderança que eu exerço nos meios que já estive foi exemplar. Tentei com a minha história de vida construir a melhor liderança para os meus subordinados. Não me pauto apenas por expor a minha vida pessoal para repassar valores e ensinamentos que julgo importantes para os meus subordinados. E se tem eventos da minha vida pessoal que possam abalar a minha liderança perante aos meus subordinados, eu teria cuidado na forma de repassar, se fosse necessário ser um exemplo; Perguntado: os seus superiores relataram, em depoimento, que o fato abala a confiança e fere os preceitos estipulados no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980). O que você tem a dizer sobre isso, respondeu que **eu acho que a confiança é construída a longo de muito tempo,** esforço e investimento. As vezes basta um momento para abalar a confiança. (...). (evento 01, doc. 02, fls. 95 a 98). (Grifo nosso).

Do interrogatório prestado pelo Justificante, é possível observar um elevado nível de incoerência constante de sua narrativa, ao afirmar, por exemplo, que não pensou, por ocasião da realização do certame para seu ingresso na Marinha, sobre eventuais consequências advindas das condutas pelas quais mais tarde viria a ser submetido ao Conselho de Justificação, haja vista ser "confiante na licitude de seus atos". Verifica-se que a aventada "licitude", por ele aduzida, além de não encontrar amparo nos elementos probatórios coligidos nos autos, representam clara violação à norma regulamentadora do PROUNI, Lei nº 11.096, de 13/01/2005, especificamente no que concerne às disposições contidas no § 1º do art. 1º c/c o parágrafo único do art. 3º da Lei em comento, senão vejamos.

> (...)
>
> § 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, **cuja renda mensal *per capita* não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio).**
>
> (...)

> Art. 3º. (...)
>
> Parágrafo único. **O beneficiário do Prouni responde legalmente pela veracidade das informações socioeconômicas por ele prestadas.**
>
> (...). (Grifo nosso).

Pois bem. Como já destacado alhures, dentre os documentos encaminhados pelo Gabinete da Marinha, via Ofício nº 60-129, de 10/05/2021, à Diretoria de Saúde da Marinha, para fim de fornecer subsídios fáticos e de direito ao Conselho de Justificação, encontra-se a Denúncia formulada pelo MPF, em 18/07/2019, na esteira do apurado no Inquérito Policial nº 380/2012-DPF/JFA/MG (evento 01, doc. 02, fls. 06 a 12).

Ao abordar aspectos da investigação policial relacionados às informações de cunho socioeconômico, prestados pelo Justificante por ocasião da verificação dos requisitos de elegibilidade que o habilitasse a obter, via PROUNI, a aprovação no processo seletivo do segundo semestre de 2009 junto à Faculdade de Medicina de Barbacena, a exordial acusatória delineou o seguinte contexto fático, *verbis*:

> (...) conforme apurado no inquérito policial que serve de base à presente denúncia, AGOSTINHO se inscreveu por meio de processo eletrônico, na página do Ministério da Educação na internet, para participar do processo seletivo do PROUNI referente ao segundo semestre de 2009. Na ocasião, ele optou pela modalidade de bolsa integral para cursar medicina na Faculdade de Medicina de Barbacena (fl.32), ciente de que para tanto deveria preencher o requisito socioeconômico da renda familiar mensal *per capita* superior a um salário mínimo e meio, como inclusive reforçado explicitamente pela Portaria Normativa ME n.º 05/2009, a qual regulamentou o certame (fls.54/79).
>
> Pré-selecionado em primeira chamada, AGOSTINHO compareceu pessoalmente à instituição de ensino no dia 18/06/2009 a fim de apresentar a documentação comprobatória da pertinência e da veracidade das informações prestadas na inscrição e, com isso, ser aprovado no processo seletivo e obter a almejada bolsa.
>
> Na oportunidade, ele declarou a Sérgio Luiz Pereira da Silva – coordenador do PROUNI na Faculdade de Medicina de Barbacena/MG – que morava sozinho, sendo o único integrante de seu núcleo familiar, e que auferia renda mensal total de apenas R$ 465,00 (item 3 de fl. 35).
>
> Para comprovar a residência e o modesto padrão de consumo alegado (despesas reduzidas, sem pagamento de aluguel, por exemplo) AGOSTINHO exibiu na ocasião, entre outros documentos, de contrato de comodato gratuito, data de 19/03/2009, em que figura como comodatário de uma pequena gleba rural no município de Padre Bernardo/GO (...).
>
> As investigações revelaram, todavia, que AGOSTINHO não residia naquele imóvel em Padre Bernardo/GO e que sua realidade

> socioeconômica era bem diferente daquela declarada, afigurando-se incompatível com a exigida pelo PROUNI para concessão da bolsa.
>
> (...)
>
> A bem da verdade, no primeiro semestre de 2009 AGOSTINHO integrava núcleo familiar composto por seus pais Agostinho Leonel Figueiredo de Jesus e Mariza Tereza Teixeira Figueiredo, ambos servidores públicos, professores de carreira da Secretaria de Educação do Distrito Federal (fls. 16/19 e 228/248). Apenas os vencimentos de seus genitores alcançavam à época, somados, uma média aproximada de R$ 15.000,00 mensais, chegando a picos de mais de R$ 17.000,00, como se extrai das fichas financeiras de fls. 231-v e 240-v. Trata-se de renda bruta mensal média superior a 32 (trinta e dois) salários mínimos vigentes àquele tempo, o que evidencia a manifesta incompatibilidade da situação econômica do grupo com o perfil do público-alvo do PROUNI.(...).

A dinâmica factual revela, suficientemente, que, ao contrário do que afirmou o Justificante, o referido procedimento foi eivado de manifesta ilicitude. *In casu*, a contrariedade ao direito restou evidenciada pelo fato de que, mesmo ciente de que as condutas por ele perpetradas poderiam resultar em sua responsabilização, nos termos da lei, ainda assim, optou por disponibilizar informações inverídicas com a finalidade de ser indevidamente enquadrado no público-alvo do PROUNI e, com isso, viabilizar a efetivação de matrícula junto à Faculdade de Medicina de Barbacena/MG, colocando em erro, a partir de então, o Ministério da Educação, circunstância essa que resultou na indevida isenção de tributos federais dirigidos àquela instituição de ensino – cujo montante ao longo do curso totalizou, repita-se, R$ 235.950,00 (duzentos e trinta e cinco mil e novecentos e cinquenta reais) –, além de obstar que algum candidato efetivamente hipossuficiente tivesse acesso ao direito fundamental à educação superior.

Nessa ordem de ideias, é inviável proceder ao arquivamento deste Conselho de Justificação na forma como postulado pela ilustre Defesa, que, para tanto, aduziu que o conjunto probatório nele colacionado seria ineficaz para comprovar a culpa do Justificante. Tal conclusão se deve ao plexo probatório constante dos autos, que, para além de qualquer dúvida razoável, aponta ser o Justificante o responsável pela autoria e pela materialidade dos fatos a ele imputados, os quais, mesmo cometidos preteritamente ao ingresso na Marinha, representam flagrante ofensa aos valores morais e éticos plasmados na Lei nº 6.880/1980, os quais, inobservados, acarretam a impossibilidade de permanência do Oficial na carreira militar.

Pelo que se observa e restou definitivamente demonstrado, o julgamento do Conselho se deu com base nos elementos de prova carreados aos autos ao longo de toda a instrução, cabendo destacar, além da documentação juntada, o depoimento das testemunhas, o interrogatório do

Justificante, sua defesa prévia e suas alegações finais, tudo detalhadamente analisado no Relatório Final.

Vale relembrar, como é cediço, que o Conselho de Justificação importa juízo de valor ético e moral a revelar conhecimento sobre a personalidade do Justificante, ou seja, se possui caráter voltado para indisciplina e insubordinação, se demonstra desrespeito em relação à hierarquia e se ignora, por completo, regulamentos e normas militares e sociais. Em outras palavras, o Conselho de Justificação se presta para julgar, por meio de procedimento especial, a capacidade do Oficial das Forças Armadas para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Em tal avaliação, deve-se levar em conta a gravidade inerente aos atos atribuídos ao Justificante.

As circunstâncias descritas nas alíneas "a" e "b" do Libelo revestem-se de gravidade e ferem de forma indelével os princípios da ética que orientam as atividades castrenses, pois constituem péssimos exemplos aos subordinados, constrangem e ofendem a dignidade, a honra, o pundonor militar e o decoro da classe, os quais constituem valores morais inafastáveis aos militares que envergam a farda da Marinha do Brasil, razão pela qual se revela escorreita a convergência plena entre o julgamento do Conselho e a Decisão da autoridade nomeante no sentido de que o Justificante é culpado da acusação que lhe foi imputada.

Dessarte, tem-se que, inegavelmente, o Justificante apresentou conduta incompatível e indigna para com o exercício do Oficialato, violando os preceitos da ética e os deveres militares, afetando a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, contrariando, por via de consequência, o conteúdo descrito no artigo 28, incisos I, XII e XIII[156], e no artigo 31[157], incisos III e V, ambos do Estatuto dos Militares, aprovado pela Lei nº 6.880/1980, revelando uma conduta inaceitável com a que se exige de um Oficial das Forças Armadas.

Diante do exposto, voto no sentido de julgar o Oficial 1º Ten Médico AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA **culpado** das acusações formuladas nas letras "a" e "b" do Libelo Acusatório, declarando-o indigno para com o Oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, na forma do artigo 16, inciso I, da Lei nº 5.836/1972, e do artigo

---

[156] Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; (...) XII - cumprir seus deveres de cidadão; XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;

[157] Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: (...) III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; (...) V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; (...)

142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal, devendo ser enviada cópia do presente Acórdão ao Sr. Comandante da Marinha, e determino expedição de ofício ao e. Tribunal Superior Eleitoral, para fins de reconhecimento de inelegibilidade, com base no artigo 1º, inciso I, alínea "f", da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

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 Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de ocorrência de prescrição do prazo para a instauração do Conselho de Justificação; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade da instauração do Conselho de Justificação, em razão de doença mental do justificante supostamente verificada no curso do procedimento; **por maioria**, em rejeitar a preliminar de nulidade da deliberação do Conselho de Justificação por ter sido tomada em sessão secreta; **por unanimidade**, em rejeitar preliminar de inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP por violação do direito à não autoincriminação. Na sequência, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade da instauração do Conselho de Justificação baseado em confissão realizada para fim de formalização de acordo de não persecução penal; **por maioria**, em rejeitar a preliminar, arguida de ofício pelo Ministro Artur Vidigal de Oliveira, de ilegitimidade da remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força sem a representação da Advocacia-Geral da União, convertia, contudo, o julgamento em diligência, para que fosse cumprida a formalidade da chamada da AGU para representar o Comandante do Marinha no feito, nos termos do art. 85 do RISTM. Em seguida, **no mérito, por unanimidade**, em julgar o Oficial 1º Ten Médico Agostinho Figueiredo Corrêa Teixeira culpado das acusações formuladas nas letras "a" e "b" do libelo acusatório, declarando-o Indigno para com o Oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, na forma do artigo 16, inciso I, da Lei nº 5.836/1972, e do artigo 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal, devendo ser enviada cópia do presente Acórdão ao Sr. Comandante da Marinha. Após o trânsito em julgado, em determinar a expedição de ofício ao e. Tribunal Superior Eleitoral, para fins de reconhecimento de inelegibilidade, com base no artigo 1º, inciso I, alínea "f", da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

Brasília, 17 de novembro de 2022 – Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Conselho de Justificação Nº 7000838-93.2021.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, em sede de preliminar, apresentei voto vencido pelas razões que passo a expor.

2. Trata-se de Conselho de Justificação instaurado pelo destinado a julgar o 1º Ten Mar AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA, doravante denominado Justificante, atualmente à disposição do COMANDO DO 1º DISTRITO NAVAL DA MARINHA DO BRASIL – Rio de Janeiro/RJ, em razão de ter sido acusado de conduta irregular e prática de ato que afeta a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, conforme descrito no art. 2º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 5.836, de 5/12/1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO POR TER SIDO TOMADA EM SESSÃO SECRETA

3. Argui a Defesa do justificante, em terceira preliminar, a nulidade do procedimento, a contar da realização do julgamento pelo Conselho em sessão secreta, por cerceamento de defesa, declarando-se, assim, a não recepção, pela CF/88, dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5/12/1972.

4. Assiste razão ao justificante, pois os autos confirmam que realmente houve deliberação do Conselho em sessão secreta.

5. Ora, consta da Ata da 3ª Sessão o registro de que foi dado o prazo de 8 (oito) dias para que a justificante apresentasse suas alegações finais, **ficando designada para o dia 1º de julho de 2021** a "**sessão de vistas e entrega do Relatório deste Conselho de Justificação**" (Evento 1, documento 2, p. 111).

6. De fato, de acordo com o que consta na Ata da 4ª Sessão, os membros do Conselho se reuniram, tão somente, para a entrega do Relatório já respectivamente assinado por eles, o que leva à conclusão de que foi realizada sessão secreta para deliberação do Relatório, na forma do § 1º do art. 9º da Lei nº 5.836/1972 (Evento 1, documento 2, pp. 132-141).

7. Nesse contexto, verifica-se que a presente pendência envolve a interpretação dos seguintes artigos da Lei nº 5.836/1972, *in verbis*:

> Art. 9º Ao justificante **é assegurada ampla defesa**, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe **são imputados**.

> **§ 1º O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.**
>
> [...]
>
> **Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.**
>
> [...]
>
> § 2º A deliberação do Conselho de Justificação é tomada por maioria de votos de seus membros.
>
> (...).
>
> **§ 4º Elaborado o relatório, com um termo de encerramento, o Conselho de Justificação remete o processo ao Ministro Militar respectivo**, através da autoridade nomeante, se for o caso.
>
> Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, **aceitando ou não seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:**
>
> (...);
>
> V - a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar:
>
> a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está previsto nos itens **I, III e V** do artigo 2º;
>
> (...).
>
> Parágrafo único. O despacho que julgou procedente a justificação deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos do oficial, se este é ativa.
>
> Art. 17. Aplicam-se a esta lei, subsidiariamente, **as normas do Código de Processo Penal Militar.** (Grifos nossos).

8. A primeira compreensão acerca da interpretação dos transcritos dispositivos é a de que o legislador pretendeu cindir, em dois momentos, a atuação do Conselho de Justificação no julgamento do feito. Isso se considerarmos que a norma não possui termos inúteis, pois o *caput* do art. 12 da citada lei dispõe que haverá uma sessão secreta para deliberação sobre o relatório, o qual será redigido em outra oportunidade. Ou seja, fica claro que, num primeiro momento, o Conselho se reunirá para deliberar sobre o julgamento, apresentando as razões jurídicas que formaram a sua convicção. Em seguida, reserva-se o momento para a redação do relatório, configurando-se numa autêntica Decisão colegiada. A partir disso, fica evidente que o legislador, por ocasião do julgamento do feito, pretendeu, sim, excluir a presença tanto do justificante como da sua defesa técnica, visto que o § 1º do

art. 9º do referido diploma legal veda justamente a sua participação nessa sessão secreta, violando, indubitavelmente, o princípio da ampla defesa insculpido na Constituição Federal.

9. Já a segunda compreensão, extraída do próprio texto da lei em comento, refere-se à necessidade da observância pelo Conselho de Justificação das normas do Código de Processo Penal Militar, as quais deveriam ser-lhe aplicadas, subsidiariamente, no presente caso, segundo a dicção do transcrito art. 17 da Lei nº 5.836/1972 (***aplicam-se a esta lei, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar***). Dessa forma, pela sistemática processual penal militar, nos feitos processados e julgados pelo Conselho Permanente e pelo Conselho Especial de Justiça, a sessão de julgamento deve ser pública, admitindo-se tanto a presença do acusado como a do seu advogado, independentemente de a Sentença ser redigida e publicada no mesmo dia ou no prazo de 8 (oito) dias (art. 443 do CPPM).

10. Importa ressaltar que a concepção de julgamento secreto, como ocorreu no presente caso, é totalmente inconcebível em um Estado Democrático de Direito, pois viola a garantia constitucional da ampla defesa. Nessa esteira, não é demasia fazer nova remissão ao precedente do nosso Pretório Excelso, em que aquela Corte assentou que processo administrativo com direito de defesa cerceado é nulo. Esse julgado está assim ementado, *in litteris:*

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA INDIRETA. PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO DE MAGISTRADO EM DISPONIBILIDADE. SESSÃO SECRETA DE JULGAMENTO. PROIBIÇÃO DA PRESENÇA DO ACUSADO E DE SEU DEFENSOR. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.
>
> Processo administrativo anulado, pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na interpretação de normas infraconstitucionais. Interpretação esta, que, ademais, é a que melhor se coaduna com a garantia constitucional da ampla defesa.
>
> Recurso extraordinário não conhecido. (Recurso Extraordinário nº 195612, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 14/05/2002, DJ de 14/06/2002.).

11. No mesmo sentido, o seguinte excerto do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. DISPONIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. JULGAMENTOS PÚBLICOS.
>
> 1. Configura cerceamento ao direito de defesa assegurado a toda pessoa, proibir a presença do magistrado ou do seu advogado no recinto da sessão, no momento da votação, ainda que tenham sido apresentadas as alegações finais, em processo onde e aplicada pena de disponibilidade.

> 2. Os julgamentos do Poder Judiciário são públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, sem vez a votação secreta.
>
> 3. Ao acusado ou ao seu defensor, segundo o interesse público o reclamar, não se pode negar o direito de acompanhar todo o processo, incluída a votação, quando poderá – exemplo – fiscalizar se os votos foram secretos, se ocorreu alguma irregularidade, se votou quem não poderia fazê-lo. Enfim, defender-se não como um curioso, mas como interessado, visando a que o julgamento seja imparcial e sem vícios, uma vez que a decisão lhe interessa diretamente.
>
> 4. Recurso provido parcialmente para declarar a nulidade do julgamento. (RMS 1.932/PR, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/1993, DJ 12/04/1993.).

12. Tudo isso permite concluir que a sessão onde serão expendidas as razões pelas quais os membros do Conselho de Justificação formarão suas convicções, por óbvio, será pública e segue a mesma sistemática do Código de Processo Penal Militar, por força do art. 17 da Lei nº 5.836/1972. Deve, portanto, ser declarado nulo o julgamento do presente Conselho de Justificação, uma vez que amparado em disposições não recepcionadas pela Carta Constitucional vigente, restando revogados, portanto, os arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Por essas razões, votei no sentido de acolher a preliminar, suscitada pela Defesa do justificante, de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto, por cerceamento de defesa do 1º Ten Mar AGOSTINHO FIGUEIREDO CORRÊA TEIXEIRA, declarando-se a revogação dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Superior Tribunal Militar, 17 de novembro de 2022.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro-Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Conselho de Justificação Nº 7000838-93.2021.7.00.0000

Votei, divergindo da maioria dos Ministros desta Corte, para acolher a preliminar de ilegitimidade da remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força, sem a representação da Advocacia-Geral da União, suscitada de ofício, contudo com a conversão do julgamento em diligência para que fosse cumprida a formalidade da chamada da AGU para representar o Comandante da Força no feito, nos termos do art. 85 do RISTM, pelos motivos que passo a expor.

Cediço que a Constituição Federal confere aos Oficiais Militares das Forças Armadas vitaliciedade sobre seus postos e patentes e, por essa razão, sua perda somente pode ocorrer por meio de decisão judicial (não podem perder seus postos por PAD – processo administrativo disciplinar – e, por isso, não são considerados estáveis, mas sim vitalícios).

Tal garantia já era assegurada desde a Constituição outorgada de 1824, a qual previa, em seu art. 149: "Os officiaes do Exército, e Armada não podem ser privados das suas Patentes, senão por Sentença proferida em Juízo competente".

A atual Carta da República manteve essa garantia aos Oficiais Militares ao estabelecer, *in litteris*:

> Art. 142. (...) § 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)

Com efeito, o Conselho de Justificação também consiste em uma das hipóteses de perda de vitaliciedade do militar, sendo a outra hipótese a Representação para Declaração de Indignidade para o Oficialato, proposta exclusivamente pelo Ministério Público Militar. Trata-se de um processo especial instaurado pela própria Força, com a finalidade de julgar a capacidade do oficial para permanecer na ativa, oferecendo-lhe condições para se justificar, sendo também cabível para o Oficial da Reserva Remunerada ou reformado.

O instituto em comento está disposto na Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, que assim dispõe:

> Art. 1º O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas - militar de carreira - para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Parágrafo único. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

A referida lei estabelece que o Conselho de Justificação deve ser composto por 3 (três) Conselheiros (Oficiais da ativa das Forças Armadas, de posto superior ao do justificante), os quais possuem a competência para

processar e julgar o justificante. O julgamento dos Conselheiros (Comissão processante) é submetido à apreciação do Comandante da Força, para tomar uma das seguintes decisões (art. 13 da Lei nº 5.836/72):

a) arquivamento do processo, se julgada procedente a justificação;

b) aplicação de pena disciplinar;

c) transferência do justificante para a Reserva;

d) remessa dos autos ao Juiz Federal da Justiça Militar, caso considere crime a conduta praticada pelo Oficial, apurada pelo Conselho de Justificação; e

e) remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar, se a razão pela qual o justificante tiver sido considerado culpado estiver prevista nos itens I, III e V do art. 2º da Lei nº 5.836/72; ou se tiver sido condenado, perante a Justiça Militar ou comum, pelo cometimento de crime de natureza dolosa, não previsto em legislação especial concernente à segurança do Estado, à pena privativa de liberdade de até 2 (dois) anos.

Importante observar que o Conselho de Justificação, conforme mencionado na própria lei, é um tipo de processo especial, principalmente porque possui natureza híbrida, ou seja, é realizado por meio de duas fases: uma administrativa e uma judicial. A fase administrativa, em suma, inicia-se com o processamento e julgamento do Oficial pelos membros do Conselho e se finda com o encaminhamento desse processo ao Comandante da Força, que possui a discricionariedade de concordar ou não com o julgamento realizado, remetendo, na sequência, os autos a este Superior Tribunal Militar, nas situações supracitadas.

Nesse momento, inicia-se a fase judicial, devendo o STM, em sua competência de instância única, julgar se o Oficial deve ser considerado justificado ou não. No caso de entender que o Oficial não se justificou, deve o Tribunal declará-lo indigno para o Oficialato, podendo determinar sua consequente perda de posto e patente, ou a sua reforma.

A Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, possui a seguinte previsão acerca das fases mencionadas:

> Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido. § 1º O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, deve julgar se o justificante: a) é, ou não, culpado da acusação que lhe foi feita; ou (...) § 4º Elaborado o relatório, com um termo de encerramento, o Conselho de Justificação remete o processo ao Ministro Militar respectivo, através da autoridade nomeante, se for o caso. Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, aceitando ou não seu julgamento e, neste último caso, justificando os

> motivos de seu despacho, determina: (...) V - a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar: a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está previsto nos itens I, III e V do artigo 2º; ou b) se, pelo crime cometido prevista nos itens IV do artigo 2º o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade. (...) Art. 14. É da competência do Superior Tribunal Militar julgar, em instância única, os processos oriundos de Conselhos de Justificação, a ele remetidos por Ministro Militar. Art. 15. No Superior Tribunal Militar, distribuído o processo, é o mesmo relatado por um dos Ministros que, antes, deve abrir prazo de 5 (cinco) dias para a defesa se manifestar por escrito sobre a decisão do Conselho de Justificação. Parágrafo único. Concluída esta fase é o processo submetido a julgamento. Art. 16. O Superior Tribunal Militar, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto nos itens I, III e V, do artigo 2º ou que, pelo crime cometido, previsto no item IV, do artigo 2º, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve, conforme o caso: I - declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou II - determinar sua reforma.

Como se infere, a Lei nº 5.836/72 estabelece que, enviados os autos do Conselho de Justificação ao Poder Judiciário, haverá o julgamento do Justificante em instância única (art. 14), garantida sua defesa por escrito (art. 15), devendo se aplicar ao processo, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar (art. 17).

O Conselho de Justificação, portanto, é procedimento bifásico, pois depende da apuração dos fatos no âmbito administrativo em face da acusação ali imputada contra o Justificante, sendo ultimado na fase judicial, com o pronunciamento e julgamento pelo Tribunal competente. Nesse sentido, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, assim como a corrente majoritária deste Tribunal, possuem a interpretação de que se trata de processo de natureza administrativa, ainda que tramitando no Poder Judiciário, senão vejamos:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. **NATUREZA ADMINISTRATIVA DA DECISÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. INCABÍVEL A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF. ARE 889205 AgR, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, DJe-169, publicado em 28/8/2015). (Grifos nossos.)

> PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL NO ÂMBITO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO MILITAR. NATUREZA ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. **1 . Consoante a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, é incabível a interposição de recurso**

especial contra acórdão proferido por Tribunal de Justiça que aprecia decisões oriundas de Conselho de Justificação referentes à perda do posto e da patente, haja vista possuírem natureza eminentemente administrativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AgRg no AREsp 1413113/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/8/2019, DJe 23/8/2019). (Grifos nossos).

EMENTA: PETIÇÃO. PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. ANTECIPAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. Inconformismo do Requerente diante do que considera tratar-se da certificação antecipada do trânsito em julgado de Acórdão proferido em sede de Conselho de Justificação no qual figurou como Justificante. **Como é sabido, o Conselho de Justificação constitui processo de natureza administrativa, regido por Lei especial - a de nº 5.836/72 - que passa a tramitar na via judicial quando ingressa no âmbito deste Tribunal. Nos termos do art. 17 da Lei nº 5.836/72, os recursos passíveis de interposição diante de uma Decisão prolatada em sede de Conselho de Justificação são os previstos no CPPM. Entre esses, o Recurso cujo prazo para interposição se apresenta mais estendido é o Extraordinário, estipulado em 15 dias. No entanto, o aludido Recurso sequer é cabível em face de Decisão prolatada em processo de natureza administrativa.** Via de regra, o prazo para interposição dos demais recursos previstos no CPPM é de três ou cinco dias, salientando-se que, no âmbito do processo penal, os prazos são contínuos, não se interrompendo por férias, finais de semana, recesso ou feriado, nos termos do art. 55 do RISTM (art. 3º, alínea "a", do CPPM, c/c o art. 798 do CPP comum). A forma de contagem dos prazos processuais prevista no *caput* do art. 219 do CPC de 2015 não se aplica aos feitos que tramitam na Justiça Militar da União. Inexistência de qualquer nulidade na certificação da ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão prolatado no Conselho de Justificação em tela, quinze dias corridos após a intimação da Defesa. Descabe, portanto, falar em cerceamento do exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. Indeferimento da Petição. Cassação da liminar concedida. Unânime. (STM - Pet 7000020-49.2018.7.00.0000, Relator Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, julgado em 26/4/2018, publicado em 8/5/2018). (Grifos nossos).

A discussão jurisprudencial e doutrinária que existe acerca do tema é mesmo polêmica dentro da jurisdição militar. No entanto, entendo que é o momento desta Corte se debruçar de maneira mais aprofundada sobre a questão, em especial por se tratar de legislação antiga (datada de 1972), anterior à Constituição, que aborda matéria deveras delicada, a qual implica na perda da vitaliciedade dos Oficiais das Forças Armadas e das Polícias Militares Estaduais.

Não obstante tratar-se de processo especial, que tem início com a fase administrativa, a determinação da perda do posto e da patente ou da reforma do Oficial Militar (servidor público vinculado ao Poder Executivo) é matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário, o qual, constitucionalmente, é o juiz natural para processá-lo e julgá-lo, seja no âmbito federal, perante este Superior Tribunal Militar, seja no âmbito estadual, junto aos Tribunais de Justiça Militares.

Ora, conforme se verifica, a própria Constituição Federal assegura aos Oficiais Militares a vitaliciedade sobre os seus cargos, de maneira que sua perda, como mencionado, só pode ocorrer via decisão judicial, sendo diferente do caso da maioria dos servidores públicos, que possuem apenas a estabilidade e, por essa razão, podem perder o cargo (serem demitidos) por instrumentos de PAD – processo administrativo disciplinar, sem que exista a necessidade da submissão dessa matéria ao Poder Judiciário.

Embora o Conselho de Justificação trate de questão administrativa, minha posição é convergente com a corrente que entende que o julgamento proferido por esta Corte acerca da matéria possui natureza judicial. Logo, entendo que não há como se considerar que a decisão final acerca da perda da vitaliciedade dos Oficiais, a qual obrigatoriamente deve ser determinada pelo Poder Judiciário, possua cunho de natureza administrativa. Nesse sentido, deve-se destacar que a própria Constituição da República, quando assegura o Princípio da Separação dos Poderes como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso III), torna incompatível que o Poder Judiciário proceda à decisão administrativa em processo disciplinar que não seja referente a servidor a ele vinculado.

Isso porque, ainda que o preceito constitucional acerca da separação dos poderes garanta a função administrativa ao Poder Executivo, a função legiferante ao Poder Legislativo e a função judicante ao Poder Judiciário, certo é que cada um deles pode atuar na função típica do outro, sem que isso desrespeite a autonomia e independência que existe entre os poderes. É o caso, por exemplo, de quando o Poder Judiciário instaura uma Sindicância ou um PAD para apurar a conduta de um dos seus servidores (função administrativa) ou quando ele elabora e edita o seu Regimento Interno (função legislativa).

Contudo, no caso do Conselho de Justificação, está-se diante de uma situação em que o Judiciário atua julgando a perda de vitaliciedade de um servidor público pertencente a outro poder e, por essa razão, não há como se afirmar que ele esteja agindo em sua função atípica administrativa. Ao contrário, a norma legal que atribui a este Tribunal a competência para o julgamento acerca da manutenção ou perda do posto e patente do Oficial ou a sua reforma, o faz atribuindo-lhe à sua típica função judicante.

Outro ponto que se deve observar é: qual foi a finalidade da Constituição, ao garantir aos Oficiais das Forças Armadas a vitaliciedade de

seus postos e de suas patentes, garantindo que sua perda só ocorra por meio de ação judicial? Ora, certamente quis garantir a eles maior segurança em relação aos demais funcionários públicos (estáveis), que podem perder seus cargos ao fim de um processo administrativo disciplinar.

Dessa maneira, cabe apontar, apesar de ainda ser minoritária, a existência de uma corrente doutrinária e jurisprudencial (oriunda principalmente dos Tribunais Militares Estaduais) forte no sentido de que o Conselho de Justificação, embora trate de matéria administrativa, ao ser apreciado pelo Poder Judiciário, tem o seu processamento pelo rito judicial e a decisão final, derivada do Tribunal, também possui natureza judicante, e não administrativa.

A exemplo, o TJM/SP, desde 2012, já possui entendimento pacificado acerca da natureza judicial da Decisão proferida por Tribunal em âmbito do Conselho de Justificação*, in verbis*:

> Ação ordinária - Pedido de reintegração à Polícia Militar **- Perda do posto e patente decretada em processo de Conselho de Justificação julgado pelo Tribunal de Justiça Militar Estadual - Acórdão transitado em julgado - Natureza judicial da decisão**. Indeferimento da inicial - Agravo Regimental não provido. Faz coisa julgada material decisão proferida por Tribunal de Justiça Militar em Conselho de Justificação, o que impossibilita sua desconstituição por meio de ação ordinária (TJM/SP - Pleno - Agravo Regimental Cível 223/14 - Rel. Juiz PAULO ADIB CASSEB - Julgamento: 12.03.14) (Grifos nossos.)
>
> POLICIAL MILITAR - Agravo Regimental contra o indeferimento de petição inicial em Mandado de Segurança - Impetração para assegurar a não cassação dos proventos da inatividade, determinada em acórdão transitado em julgado e proferido em Conselho de Justificação - **Alegação de ofensa a julgados das Cortes Superiores que atribuem natureza administrativa aos Conselhos de Justificação - Inexistência de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* - Natureza judicial das decisões proferidas em Conselho de Justificação** - Não cabimento de Mandado de Segurança contra decisão judicial transitada em julgado - Inteligência do art. 5º, III, da Lei nº 12.016/09 - Agravo regimental não provido. (TJM/SP - Pleno - Agravo Regimental 183/13 - Rel. Juiz Cel PM ORLANDO EDUARDO GERALDI - Julgamento: 20.05.13). (Grifos nossos.)

No mesmo sentido dos entendimentos daquela Corte: Agravo Regimental Cível 140/12 - Rel. Juiz Cel PM ORLANDO EDUARDO GERALDI - Julgamento: 16.05.12; Agravo Regimental Cível 121/11 - Rel. Juiz Cel PM CLÓVIS SANTINON - Julgamento: 31.08.11.

O TJM/MG, da mesma maneira, também já possui Magistrados que defendem a natureza judicial da decisão do Conselho de Justificação,

conforme se pode verificar do seguinte trecho do Voto Vencido, proferido pelo juiz FERNANDO GALVÃO, em processo de CJ julgado em 23 de abril de 2014:

> O julgamento sobre a perda do posto e da patente dos oficiais por este E. Tribunal de Justiça Militar encontra previsão na Constituição da República, em seu art. 125, § 4º, e na Constituição Estadual, art. 39, § 7º. **O processo de Justificação que ora nos ocupa a atenção é regulado pela Lei Federal n. 5.836, de 05/12/1972, sendo que a remessa do processo administrativo disciplinar a esta Corte é previsto no § 3º do art. 74 da Lei Estadual n. 14.310/2002. No entanto, as disposições constantes destes diplomas legais somente podem ser interpretadas em conformidade com os parâmetros constitucionais. Da maneira como este feito está sendo conduzido, o Tribunal de Justiça Militar acabará por prestar jurisdição sem que tenha ocorrido provocação por meio da ação de uma parte legítima.** Tal situação é juridicamente impossível e, sem dúvidas, constitui ativismo judicial e aniquila com a imparcialidade do magistrado**. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais é órgão integrante do Poder Judiciário estadual e o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da carta constitucional, impede que o mesmo exerça atividades administrativas em relação a integrantes do Poder Executivo. As atividades administrativas do Poder Judiciário somente podem ser exercidas em relação a seus próprios membros.** O oficial militar, membro do Poder Executivo, em relação ao qual se realiza o julgamento sobre sua indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato é um jurisdicionado da Justiça Militar e não um administrado. A nova ordem constitucional não recepcionou nenhum dos antigos procedimentos denominados judicialiformes, sendo que toda a tutela jurisdicional somente pode-se operar mediante processo judicial instaurado mediante provocação de parte legítima. Como é sabido, todo o processo judicial possui pressupostos para sua constituição e desenvolvimento válido e regular. Neste contexto, a provocação da jurisdição constitui pressuposto de observância inafastável. A Jurisdição sem ação constitui ofensa ao princípio garantista da inércia da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais são, por sua própria natureza, inertes. Neste sentido é a mensagem dos consagrados brocardos do *nemo judex sine actore* e *ne procedat judex ex officio*. A função jurisdicional, nos casos em que pode haver prejuízos para a situação jurídica do jurisdicionado, somente pode ser exercida em relação a uma lide que uma parte interessada deduz em juízo. É verdade que a lide não é uma característica essencial do processo judicial. Nos casos em que a doutrina visualiza jurisdição voluntária, como a herança jacente e a emancipação, não há lide. Mas, mesmo nestes casos, o processo só pode iniciar-se por provocação dos interessados. Em outras palavras, se a lide não é um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, a provocação da jurisdição por meio da ação o é. (...) No caso de infração disciplinar, por outro lado, a apuração da ocorrência da infração disciplinar foi processada inteiramente pela administração. O procedimento administrativo deve-se transformar em processo judicial e

isto somente é possível mediante provocação da parte interessada. No caso de perda do posto e da patente em decorrência da prática de infração disciplinar também é necessário identificar qual lide deva ser resolvida pelo Judiciário. **O julgamento judicial que se pretende com base em um procedimento de justificação somente é possível mediante o estabelecimento de uma relação processual que permita a contraposição das partes. A decretação da perda do posto e da patente da justificante é provimento judicial que, certamente, contraria o seu interesse. Quem, então, deduz em juízo um interesse que lhe seja contraposto? Quem tem interesse na decretação da perda do posto e da patente do referido oficial? Estas perguntas não podem ficar sem resposta.** É necessário ainda observar que, se a existência de partes é um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo judicial, a legitimidade da parte é uma condição da ação. Inexistindo parte ou sendo esta ilegítima, determina o Código de Processo Civil a mesma consequência: a extinção do feito, sem julgamento de mérito, conforme disposto no art. 267, incisos IV e VI. Tratando-se de indignidade ou incompatibilidade do oficial para com o oficialato, decorrente de infração administrativa, a parte legítima para requerer ao Poder Judiciário a decretação da perda do posto e da patente é o Estado de Minas Gerais. A legitimidade da parte é adquirida por meio do interesse no provimento judicial. **Considerando que a Polícia Militar não possui personalidade jurídica, entendo que o Estado de Minas Gerais, que possui interesse no provimento judicial e está apto a postular em juízo para a satisfação de seu interesse, é o primeiro legitimado para a propositura da ação civil que vise a perda do posto e da patente.** A previsão de que a perda do posto e da patente somente pode ser decretada por decisão do Tribunal de Justiça Militar constitui uma garantia concedida pela Constituição da República em favor dos militares estaduais. Esta garantia se equipara à garantia concedida pela Constituição aos magistrados, art. 95, inciso I, e aos membros do Ministério Público, art. 128, § 5º, inciso I, alínea "a". Em todos estes casos, a perda do cargo depende de ação judicial que conduza a uma sentença judicial transitada em julgado. **Há que se observar, por fim, que o julgamento quanto à perda do posto e da patente dos oficiais sem o estabelecimento da relação processual ofende aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Somente a constituição de uma relação processual em que as partes sejam colocadas em posição de igualdade pode viabilizar um julgamento judicial válido. A regularidade da relação processual permite que cada parte exerça o direito de produzir provas em favor de seu interesse, de contrapor as provas produzidas pela outra parte, de fazer sustentação oral nas sessões de julgamento e de recorrer contra decisões contrárias aos seus interesses. Não constituir uma relação processual por meio da identificação das partes implica negar o exercício de todos estes direitos que são constitucionalmente assegurados.** No caso concreto, se o feito continuar a ser conduzido como está sendo e se for decretada a perda do posto e da patente do

militar, como ele poderá recorrer? Se atribuirmos, indevidamente, natureza administrativa ao feito, estaremos impedindo o militar de impugnar a decisão a ser proferida. Não há dúvidas de que estaríamos violando o seu direito fundamental de acesso aos recursos que são inerentes à ampla defesa. Neste sentido, há manifesta violação ao disposto no art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica -, que ingressou na ordem interna por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. (...) Muito embora seja habitual na Justiça Militar estadual o desenvolvimento deste procedimento sem uma parte autora, tenho certeza de que a constituição de uma relação processual regular não implica perda de efetividade ou celeridade do feito. De qualquer forma, o interesse de garantir os direitos fundamentais do justificante deve prevalecer sobre o interesse de excluir o justificante da corporação. Cabe ainda observar que a garantia de uma relação processual regular é perfeitamente possível por meio de controle difuso da constitucionalidade. No caso específico dos autos, cabe ressaltar que o Ministério Público manifestou-se de maneira consistente sobre sua legitimidade concorrente com a da Advocacia-Geral do Estado. Na oportunidade, o Exmo. Sr. Procurador ressaltou que, no exercício de sua legitimação, o Ministério Público pode fazer juízo de oportunidade sobre a propositura da ação que vise a decretação da incompatibilidade para com o oficialato. E, justamente no exercício de tal discricionariedade, o Ministério Público optou por não propor a ação judicial e requereu o encaminhamento dos autos a Advocacia-Geral do Estado. (...) Até o presente momento, este egrégio Tribunal não decidiu sobre a legitimidade concorrente do Ministério Público e da Advocacia-Geral do Estado. Considerando os termos da Lei Orgânica do Ministério Público da União, poderia decidir que a atribuição é exclusiva do Ministério Público. Não havendo tal decisão, deve a Advocacia-Geral do Estado ser intimada para se manifestar. (...) entendo que o feito deve ser encaminhado à Advocacia-Geral do Estado de Minas para, querendo, propor a devida ação de perda de posto e patente. (...). **A natureza jurídica do presente feito suscitou inúmeras reflexões por parte dos integrantes deste E. Tribunal de Justiça Militar e levou a conclusões díspares. Pelo que entendi das diversas manifestações proferidas ao longo das sessões realizadas, foi reconhecida a natureza judicial do presente feito. (...) Caso fosse reconhecida ao feito a natureza administrativa, eu não teria competência e tampouco atribuição para intervir no feito. Como juiz, não devo me manifestar em procedimento administrativo disciplinar militar, pois não sou militar e muito menos superior hierárquico do réu. O princípio constitucional da separação dos poderes impõe que o poder disciplinar esteja restrito apenas aos membros da corporação militar**. Entendo que a ausência de parte autora impediu que fosse produzida em juízo qualquer prova que pudesse lastrear uma decisão que decrete a exclusão do justificante. Toda a prova constante dos autos foi produzida administrativamente. Por tais razões, entendo que a justificante não deve ser excluída das fileiras da corporação. (TJM/MG - Conselho de Justificação nº 0000035-

> 51.2014.9.13.0000 - Rel. Juiz Cel PM SÓCRATES EDGARD DOS ANJOS - Julgamento: 23/4/2014 - Publicação: 7/5/2014). (Grifos nossos).

Da mesma maneira é a interpretação do Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo Dr. RONALDO JOÃO ROTH, que, acompanhado pelo doutrinador FERNANDO CAPEZ, escreveu alguns artigos em que defende a natureza jurídica do processo de Conselho de Justificação, senão vejamos:

> Da natureza jurídica do processo do Conselho de Justificação. **A questão não é simples, mas para melhor compreensão, temos que reconhecer que o processo estabelecido pela Lei nº 5.836/72 é de natureza híbrida. É de natureza administrativa enquanto tramita perante o Poder Executivo, que o apura, e é de natureza judicial enquanto tramita perante o Poder Judiciário, que o julga.** Afirmamos que a questão sobre a natureza jurídica do processo do CJ não é simples, pois a remansosa jurisprudência do STF e do STJ é no sentido de que aquele processo é administrativo, o que, a nosso ver, não tem sustentação alguma diante da verdadeira natureza jurídica do procedimento que é previsto constitucionalmente como judicial, onde o Chefe do Executivo nomeia o militar à condição de Oficial e este se torna vitalício, passível de perder aquela condição tão somente por decisão do Poder Judiciário, decisão esta de natureza judicial e não administrativa. **Vale dizer, o cargo vitalício só é cassado mediante decisão judicial, assim como ocorre com os magistrados e os integrantes do Ministério Público (MP). Já tivemos oportunidade de tratar da matéria no artigo em coautoria com FERNANDO CAPEZ sob o título "O processo de indignidade ou Incompatibilidade com o oficialato e o processo do Conselho de Justificação: Tratamento Isonômico e Recursal", ali sustentando que a natureza jurídica do processo do CJ é judicial, porquanto o julgamento do integrante do Poder Executivo é realizado perante o Poder Judiciário. [1]** (Grifos nossos).

Nesse sentido é a corrente encabeçada nesta Corte pela Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA, a cujos fundamentos me vinculo, encampando também o entendimento do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, que, conforme bem mencionou a doutra Magistrada, desde meados de 1992/1993, já expunha sua discordância sobre a matéria, em artigo intitulado "Do Conselho de Justificação e da Representação por Indignidade", publicado na Revista do Superior Tribunal Militar, v. 14/15, pp. 167-183, segundo o qual:

> (...) **Realmente o Conselho de Justificação, a partir do momento em que é submetido ao Superior Tribunal Militar, perde o caráter de processo administrativo.** A primeira razão, e a mais óbvia, é que o Tribunal, que é do Poder Judiciário, não julga processo administrativo, a não ser os relativos a assuntos de seu interesse, *interna corporis*. Mas quando assim procede não emite sentença com força de coisa julgada, porque estará agindo como um mero colegiado administrativo. (...) Por

> óbvio, o Processo Administrativo só é válido para a Administração, jamais para o Judiciário. **Como dito, o Poder Judiciário pode julgar administrativamente seus próprios funcionários, e comumente o faz, mas jamais poderá julgar, administrativamente, funcionários de outros Poderes, sob pena de invasão inconstitucional da competência dos outros dois Poderes do Estado.** O simples fato de o Conselho de Justificação versar sobre matéria de Direito Administrativo não transforma o seu processamento no Superior Tribunal Militar em Processo Administrativo. Questões de Direito Administrativo todos os dias são julgadas na Justiça Federal, mas isto não retira a natureza dos processos judiciais. (...) (Grifos nossos.)

Outro ponto que merece destaque é que o processo administrativo é composto por uma relação bilateral, em que se tem a Administração Pública de um lado e o interessado (no caso o Justificante) de outro. Quando se passa à fase judicial, entra nessa relação o Estado-Juiz, transformando-a em relação trilateral. Ora, também por esse motivo, não se deve entender que a decisão proferida pelo Poder Judiciário em processo de Conselho de Justificação possua natureza administrativa.

Embora a matéria tratada seja, inquestionavelmente, de cunho administrativo, essa relação, que agora é trilateral, resulta em um Acórdão proferido por esta Justiça Especializada, o qual possui natureza jurídica de decisão judicante, que será inalterável e definitiva, diferente de uma decisão administrativa, que sempre poderá estar sujeita a recurso judicial.

O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (também conhecido como Princípio do Acesso à Justiça ou Direito à Ação), está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e assim dispõe: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Então, questiono: aceitar que um servidor que tenha perdido sua estabilidade por meio de processo disciplinar possa recorrer à Justiça e impedir, por outro lado, que também o possa fazer aquele funcionário que possui vitaliciedade assegurada pela Constituição, limitando a ele uma decisão de cunho administrativo, não seria um contrassenso jurídico?

Em verdade, a nossa Lei Maior nada dispõe acerca da impossibilidade de se recorrer ao Judiciário nessas situações, e muito menos menciona que a Decisão (oriunda de um Tribunal) que determine a perda da vitaliciedade de um Oficial das Forças Armadas possua natureza administrativa. Esse entendimento deriva da Lei do Conselho de Justificação, que, frise-se, é de 1972, anterior, portanto, ao texto constitucional. Logo, pondero se não está no momento de esta Corte proceder a uma interpretação evolutiva da norma, que seja mais adequada e conforme a vontade do legislador constituinte.

Firmando enorme respeito aos meus pares que possuem interpretação diferente, meu entendimento é no sentido de que a corrente que entende que a decisão proferida por este Tribunal em processo de Conselho de Justificação

possui natureza administrativa contraria diversos dispositivos constitucionais, como o Princípio basilar acerca da Inafastabilidade da Jurisdição, o Devido Processo Legal, o Princípio da Paridade das Armas, além do pressuposto processual referente à capacidade postulatória para estar em Juízo.

Assim, partindo da premissa de ser imperioso considerar que a Decisão proferida por este Tribunal possua natureza judicial, e não administrativa, passa-se à decorrência lógica de que o procedimento do Conselho de Justificação, promovido nesta Corte, precisa ser intentado com observância tanto às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir), quanto aos pressupostos processuais (de existência e de validade).

Com relação às condições de ação, de maneira sucinta, tem-se a) possibilidade jurídica do pedido, que é a aptidão para que um pedido seja acolhido, ou seja, se ele for possível, se possuir amparo legal, estará preenchida esta primeira condição da ação; b) o interesse de agir, que fica caracterizado quando estiverem presentes a utilidade (constatação de que aquele processo trará um resultado prático) e a necessidade do processo (quando o resultado almejado só pode ser alcançado por meio do Judiciário); c) legitimidade *ad causam* (ou legitimidade para agir), que consiste no poder jurídico de conduzir validamente um processo em que se discute um determinado conflito.

Os pressupostos processuais, por sua vez, não possuem uma classificação de consenso na doutrina, existindo diversos critérios adotados por cada doutrinador, mas, de maneira geral, eles se dividem em: a) pressupostos de existência, que se subdividem em subjetivo (existência de um órgão jurisdicional com competência para análise da matéria; e capacidade de ser parte dos integrantes da relação processual) e objetivo (é a própria demanda, o ato de provocação levado a juízo); b) pressupostos de validade, que também se dividem em subjetivos (concernente à competência e imparcialidade do juiz da causa; e à capacidade processual e postulatória das partes) e objetivos (intrínsecos e extrínsecos).

Conforme se observa, no processo de Conselho de Justificação analisado por esta Corte, restaram presentes todas as condições de ação e quase todos os pressupostos processuais, com exceção da capacidade postulatória (*jus postulandi*).

Isso porque, ao remeter o processo a este Superior Tribunal Militar, o Comandante da Força o fez diretamente, sem que fosse representado juridicamente por qualquer órgão ou autoridade que tivesse capacidade postulatória para estar em Juízo, representando-o. Embora tal ato ocorra em conformidade com o que dispõe a Lei nº 5.836/72, diante das razões mencionadas anteriormente, em especial à exigência do preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais, meu entendimento é no

sentido de que esse rito deve ser atualizado, para que possa estar de acordo com os preceitos constitucionais e legais ora vigentes.

Cumpre ressaltar que a lei apenas dispensa a presença do advogado junto ao Poder Judiciário em situações muito peculiares, como no caso do Habeas Corpus, do Juizado Especial e de Processo Trabalhista. Assim, não se pode afastar a importância de que exista um ente ou autoridade com capacidade postulatória para representear juridicamente, perante este Tribunal, os interesses das Forças Armadas.

Não se discute que o Comandante da Força seja a parte legítima para estar na relação processual do Conselho de Justificação, que, como explicado alhures, trata-se de uma relação trifásica, composta também pelo Juízo competente e pelo Justificante, o qual deve estar, necessariamente, representado por um advogado.

Nesse aspecto, deve-se observar que o procedimento do Conselho de Justificação, da maneira como é realizado atualmente, sem observância do pressuposto processual da capacidade postulatória, ofende frontalmente o Princípio da Paridade das Armas, assim como o do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e da Inafastabilidade da Jurisdição.

O Princípio da Paridade das Armas preceitua que deve haver igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e deveres, bem como à aplicação de sanções processuais. Dessa maneira, a relação do Juiz com ambas as partes deve ser equidistante para que seja garantida a igualdade na possibilidade de cada parte influenciar a decisão judicial.

Esse princípio está intrinsecamente ligado ao Devido Processo Legal, segundo o qual o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o Contraditório e a Ampla Defesa.

Da mesma maneira, vinculam-se ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, que é um direito constitucional que garante que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Por fim, para que a ação seja conhecida e regularmente processada, existe a necessidade de que estejam cumpridas todas as suas condições e atendidos os requisitos dos pressupostos processuais.

Retoma-se, portanto, a discussão acerca da necessidade de o Comandante da Força se fazer representar, perante este Tribunal, por um ente que possua capacidade postulatória, pois, somente dessa forma, todos os princípios supracitados estariam assegurados.

Como se falar em Paridade de Armas, Ampla Defesa e Contraditório quando apenas o Justificante possui um advogado constituído? E no caso de se alegar eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito, quem estará apto a proceder à defesa dos interesses da Força, haja vista que os Comandantes das Forças não possuem capacidade postulatória e técnica para discutir e combater teses jurídicas? Ao contrário, seus atos estão condicionados à homologação (ou não) do julgamento realizado pelos membros do Conselho, que, logicamente, atuam tão somente na seara administrativa.

Logo, não há como se considerar que estejam observados a regularidade processual e todos esses preceitos constitucionais, sem que exista no processo um ente capaz de defender os interesses das Forças Armadas, cuja competência é atribuída à Advocacia-Geral da União – AGU.

Importante esclarecer que o art. 167 do RISTM determina que o Procurador-Geral da Justiça Militar deve ser ouvido após a apresentação da defesa do Justificante, contudo, neste caso, o órgão ministerial está atuando como *custos legis* e não na defesa do ato do Comandante da Força, que somente pode ser realizada pela AGU.

A Advocacia-Geral da União foi criada pela Constituição de 1988 como um dos órgãos essenciais para o funcionamento do Judiciário. Ela representa o Governo Federal na Justiça e na esfera administrativa, além de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Presidente da República. Possui suas funções previstas no art. 131 da Constituição da República, que assim dispõe:

> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, é a lei de instituição da AGU, e assim estabelece, *in verbis*:

> Art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente. Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Corroborando a função da Advocacia-Geral da União na defesa judicial da União ou dos órgãos a ela vinculados, tem-se a previsão do art. 75 do Novo Código de Processo Civil:

> Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado; II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores; III - o Município, por seu prefeito ou procurador; IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar; (...).

Conforme se verifica, a União deve ser representada, perante a Justiça, pela Advocacia-Geral da União, sendo inafastável essa capacidade postulatória para o seu regular processamento em Juízo. Logo, as Forças Armadas, como entidades pertencentes à Administração Federal Direta, também devem ser representadas pela AGU quando estiverem em Juízo, sob pena de ausência de pressuposto de validade do processo.

Pelas razões expostas, entendo que, para serem resguardados todos os princípios constitucionais citados, assim como os pressupostos regulares do processo, faz-se necessária a aplicação de uma interpretação conforme a Constituição ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que os Comandantes das Forças, ao remeterem os autos de Conselho de Justificação ao STM, o façam por intermédio da Advocacia-Geral da União, representante legal da União, a quem compete o devido ajuizamento da referida ação.

Como se sabe, o processo moderno é marcado pela instrumentalidade e, dessa forma, somente se declara a nulidade de um ato no caso em que ele trouxer um real prejuízo para a parte ou quando o vício não puder ser corrigido.

Nesse sentido, embora o Novo Código de Processo Civil (aplicado ao caso subsidiariamente, por força do art. 17 da Lei 5.836/72, c/c art. 3º, alínea "a", do CPPM), disponha que, no caso de ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, deve o juiz julgá-lo extinto sem resolução de mérito, o mesmo normativo legal também determina que o julgador deverá oferecer à parte a oportunidade para sanar o vício, se possível, em observância ao Princípio da Instrumentalidade das Formas, senão vejamos:

> Art. 316. A extinção do processo dar-se-á por sentença.
>
> **Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.** (...)
>
> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
>
> IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (Grifos nossos).

Por esse motivo, embora exista, no presente caso, um vício consistente na ausência de pressuposto processual, haja vista que não foi atendido o requisito de capacidade postulatória da Força em Juízo, entendo que ele possa ser suprido com a conversão do julgamento em diligência, a fim de que a Advocacia-Geral da União seja chamada para representar o Comandante da Aeronáutica no feito.

Diante do exposto, votei pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade da remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força sem a representação da Advocacia-Geral da União, suscitada de ofício, convertendo,

contudo, o julgamento em diligência para que fosse cumprida a formalidade da chamada da AGU para representar o Comandante da Força no feito, nos termos do art. 85 do RISTM.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 52 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 17 de novembro de 2022.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira,
Ministro do STM

_____

Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 7000366-58.2022.7.00.0000

Relatora: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Paciente: Leonardo Mussel Bracaglia.
Advogados: Defensor-Chefe Junto ao Superior Tribunal Militar (DPU).
Afonso Carlos Roberto do Prado (DPU).

Impetrado: Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM – Justiça Militar da União – Brasília

EMENTA

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE DECLARADO INCAPAZ POR SUCESSIVAS INSPEÇÕES DE SAÚDE DO EXÉRCITO BRASILEIRO. CONFIRMAÇÃO POR JUÍZO CÍVEL ESTADUAL. DOENÇA MENTAL INCAPACITANTE. NOVA INSPEÇÃO DE SAÚDE. DECLARAÇÃO DE APTIDÃO PARA O SERVIÇO MILITAR COM RECOMENDAÇÕES POR 90 DIAS. CAPACIDADE CIVIL. IMPUTABILIDADE PENAL. PACIENTE RESIDENTE NA REPÚBLICA ITALIANA. INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO POR MAIORIA.

APÓS SUCESSIVAS INSPEÇÕES DE SAÚDE REALIZADAS PELO EXÉRCITO BRASILEIRO, O PACIENTE FOI DECLARADO INCAPAZ PARA O SERVIÇO MILITAR, GERANDO A INTERDIÇÃO NO JUÍZO ESTADUAL COMPETENTE E CONSEQUENTE NOMEAÇÃO DE CURADORA, BEM COMO O PROTOCOLO DE AÇÃO PARA REFORMA REMUNERADA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL ORDINÁRIA.

NOUTRO GIRO, A FORÇA TERRESTRE, POSTERIORMENTE, REALIZOU NOVA INSPEÇÃO DE SAÚDE QUE DESCONSTITUIU O DIAGNÓSTICO ANTERIOR, DECLARANDO O RECORRIDO APTO AO SERVIÇO MILITAR, COM RECOMENDAÇÕES POR 90

(NOVENTA) DIAS, UMA VEZ QUE POSSUÍA PERSONALIDADE ESQUIZOIDE, MOMENTO EM QUE EMITIU OFÍCIO PARA SUA APRESENTAÇÃO, DECLARANDO A DESERÇÃO E EXPEDINDO MANDADO DE PRISÃO APÓS O PERÍODO DE GRAÇA, MESMO COM O DEFERIMENTO DE PEDIDO CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PROTOCOLIZADO PELA CURADORA, QUE SUSPENDIA A CONVOCAÇÃO DO MILITAR, QUANDO O PACIENTE E SUA FAMÍLIA JÁ HAVIAM SE MUDADO PARA A ITÁLIA.

A CAPACIDADE CIVIL É A APTIDÃO PARA ADQUIRIR DIREITOS E EXERCER POR SI ATOS DA VIDA CIVIL E NEGÓCIOS JURÍDICOS, ESTABELECENDO PODERES PARA A AQUISIÇÃO E EXERCÍCIO DOS DIREITOS. NOUTRO GIRO, O JUÍZO DE INIMPUTABILIDADE VALORA O SUJEITO/INDIVÍDUO COMO INCAPAZ DE SER RESPONSABILIZADO POR ALGUM ATO, OMISSÃO OU FATO ACONTECIDO, SEM MENCIONAR AS QUESTÕES VOLITIVAS DE DOLO OU CULPA, INDEPENDENTEMENTE DO LOCAL, TEMPO OU CIRCUNSTÂNCIAS A SEREM ANALISADAS.

IN SPECIE, NÃO SE QUESTIONA A CAPACIDADE CIVIL DO PACIENTE, MAS, SIM, A IMPUTABILIDADE PENAL DO AGENTE.

NAS QUESTÕES CONCERNENTES À INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL, A TEORIA COMUMENTE ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL MILITAR É A BIOPSICOLÓGICA. EM SUMA, PARA QUE HAJA INIMPUTABILIDADE, FAZ-SE NECESSÁRIO QUE O AGENTE, AO TEMPO DO CRIME, ALÉM DE SER PORTADOR DE UMA DOENÇA MENTAL, SEJA TAMBÉM, COMO CONSEQUÊNCIA DE SUA ENFERMIDADE, INTEIRAMENTE INCAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DISCRIMINAR SUAS MOTIVAÇÕES, SENDO IMPERIOSA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL AO PACIENTE PARA DESCOBRIR SUA REAL SITUAÇÃO PSICOLÓGICA NO TEMPO DO SUPOSTO COMETIMENTO DO CRIME, TENDO EM VISTA AS FUNDADAS SUSPEITAS DE FRAUDE À ADMINISTRAÇÃO MILITAR.

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. DECISÃO MAJORITÁRIA.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, prosseguindo no julgamento interrompido na sessão presencial (videoconferência) de 3 de novembro de 2022, após o retorno de vista do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, o Tribunal Pleno, **por maioria**, decidiu conceder a ordem pleiteada no presente "Habeas Corpus", a fim de evitar a prisão do paciente, por 120 (cento e vinte) dias, devendo ser instaurado o incidente de sanidade mental na ação penal militar nº 7000124-31.2020.7.11.0011, para que seja demonstrada a real situação

psicológica do paciente. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, em seu voto de vista, acompanhado dos Ministros Marco Antônio de Farias, Leonardo Puntel e Celso Luiz Nazareth, votava pela não concessão da ordem, por falta de amparo legal, cassando, em consequência, a liminar concedida, que suspendeu o mandado de prisão decretado pelo juiz federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, e negava a instauração de incidente de insanidade mental. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto. O Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira não participou do julgamento.

Relatora do Acórdão: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Votantes: Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino e Ministro Marco Antônio de Farias. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 29/11/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus com pedido liminar impetrado pela DPU, em patrocínio do Maj QEM LEONARDO MUSSEL BRACAGLIA, contra a Decisão do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 24/4/2020, que, em Processo especial nº 7000124-31.2020.7.11.0011 (evento 1), recebeu a Denúncia do *Parquet Milicien* em face do referido Oficial do Exército Brasileiro, por deserção, e, de igual modo, determinou que se aguardasse a captura ou a apresentação voluntária do paciente, com a consequente expedição de mandado de prisão, inserto nos quadros do CNJ.

O acusado, nos termos da Denúncia do MPM, de 13/4/2020, supostamente praticou o delito previsto no art. 187 c/c o art. 188, inciso I, do CPM, quando, livre e conscientemente, depois de concedido prazo de trânsito (parte da ausência - evento 1, doc. 1, fl. 20, do IPM), deixou de se apresentar ao Departamento de Ciência e Tecnologia (DCT), OM localizada em Brasília/DF, desde o dia 24/9/2019, permanecendo ausente por mais de oito dias, consumando o delito à zero hora do dia 3/10/2019, conforme registrado no Termo de Deserção (evento 1, doc. 1, fls. 28/29 do IPM).

Ainda, apresentou o MPM Denúncia em separado, no mesmo dia (evento 1, doc. 3, da APM), afiançando que foram esgotadas as diligências ministeriais e as de iniciativa da polícia judiciária militar e, considerando o Termo de Deserção, consoante art. 452 do CPPM, que autoriza, desde logo, a prisão do desertor; que este, aparentemente, se fixou em território italiano, conforme documentação anexa (evento 8, doc. 1, fls. 1/8), dando conta de que o denunciado exerceria trabalho remunerado naquele país; ainda, que lá

possuía carteira de habilitação, documento que exige higidez mental e física; que se imiscuiu de sua apresentação ao DCT no dia 23/9/2019, contra a ordem do ofício nº 1335/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI/PR; tendo em vista que os registros de entrada e saída fornecidos pela Polícia Federal demonstraram que ele se ausentou do país em 18/6/2019, após perícia médica realizada na Sessão JISR/1ªRM, de 14/6/2019, quando foi lavrada a Ata de Inspeção de Saúde nº 3070/2019, cujo parecer afirmou ser ele apto para o serviço do Exército, com recomendações, por 90 dias (evento 1, doc. 2, fl. 51); que sua captura é essencial à prosseguibilidade da ação penal, nos termos do art. 454, § 4º, do CPPM. Nesse sentido, o MPM, com fulcro no art. 454, §§ 3º e 4º, do CPPM, manifestou-se favorável a que o Juízo incluísse o Termo de Deserção, que possui forma de mandado de prisão, no banco nacional de mandados do CNJ, bem como fosse encaminhado ao Superintendente Regional da Polícia Federal - SR/DPF, com vistas à Difusão Vermelha, conforme instrução normativa nº 1, de 10/2/2010, da Corregedoria Nacional de Justiça, viabilizando o acionamento da Interpol para a captura do denunciado.

Por sua vez, o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM proferiu a Decisão vergastada de recebimento da Denúncia, indeferindo o pedido citatório do Órgão Acusatório e determinando que se aguardasse a captura ou a apresentação voluntária do desertor. Ainda, ordenou à secretaria que certificasse a ação em curso movida perante a Justiça Federal ordinária para desconstituir a condição de desertor, devendo, para tanto, ser registrada a fase atual do feito.

Ato contínuo, também no mesmo dia, o Juízo acolheu o pedido do encarregado da IPD e do MPM, decretando a prisão preventiva do denunciado, com fundamento no art. 5º, LXI, da CF c/c os arts. 254 e 255, alínea "b", todos dos CPPM (evento 1, doc. 4, do IPD), ordenando a expedição do mandado de prisão e a sua inclusão no banco nacional de mandados de prisão do CNJ, bem como seu encaminhamento à Superintendência Regional da Polícia Federal do DF, a fim de viabilizar o acionamento da Interpol para capturar o desertor.

O mandado de prisão foi expedido em 28/4/2020 (evento 7 da APM).

O Núcleo de Operações da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública solicitou informações da 2ª Auditoria da 11ª CJM para a publicação da Difusão Vermelha (evento 9 da APM). Por sua vez, a JMU enviou as informações no evento 15 da APM.

O Juízo Castrense oficiou a 17ª Vara Federal para que fosse remetida cópia integral do MS protocolado pela parte naquela competência, contra o ato da Administração que ordenava sua apresentação para o serviço militar (evento 25 da APM).

Em e-*mail* de resposta à solicitação do Juízo Militar quanto à publicação da Difusão Vermelha, a Interpol respondeu não ser possível devido ao tipo da ação penal que tramita em face do procurado (evento 27 da APM).

Foi encaminhada cópia integral dos autos nº 1018503-08.2019.4.01.3400 de competência da 17ª Vara Federal Cível da SJDF (evento 28 do apenso), cujo conteúdo tratava-se de Mandado de Segurança, com pedido de provimento liminar, impetrado por Leonardo Mussel Bracaglia, em face de alegado ato coator do Diretor do Departamento de Gestão do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, objetivando, em suma, o reconhecimento da nulidade do ato que determinou seu imediato retorno ao serviço militar, consubstanciado no Ofício n.º 997/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI-PR, e, ao final, a confirmação da liminar com o consequente reconhecimento da interdição definitiva do impetrante, tendo sido o pedido liminar concedido em 9/7/2017 (fls. 249/250 do apenso), porém, ao final, a ordem denegada por Sentença, em 17/2/2020 (eventos 48 e 49 do apenso).

Instadas as partes a se manifestarem, a DPU afiançou que, por ser o crime de deserção propriamente militar, nos termos do art. 3º do Estatuto da Interpol, esta não poderia se manifestar, tendo pugnado pela continuidade da APM aguardando a captura ou a apresentação voluntária do agente (evento 35 do apenso). O MPM, de igual modo, corroborou o entendimento da DPU e requereu informações da Administração Militar sobre os procedimentos adotados para a captura do oficial em solo italiano (evento 37 do apenso). O pedido ministerial foi indeferido pelo Juízo, que oportunamente requisitou à secretaria o pedido de cópia integral dos autos que corriam perante a 5ª Vara de Família do TJDFT, referente à interdição do agente (evento 39 do apenso).

Foi juntada pela parte, no processo que tramitava perante a 16ª Vara Federal da SJDF, a Decisão da 5ª Vara de Família do TJDFT, transitada em julgado em 10/7/2018, que declarou a interdição do réu e concedeu a curadoria à sua esposa Camila Tardin Bracaglia, pelo que o Juízo da primeira competência, considerando o Ofício nº 164/2021 da JMU, ordenou que se compartilhassem os autos, com urgência a esta última atribuição (fls. 488/489 do apenso).

Em Decisão de evento 51 do apenso, o Juiz Federal da JMU ordenou a expedição de Ofício à Superintendência Regional da Polícia Federal para que se desconsiderasse o pedido de inclusão do militar no cadastro da Difusão Vermelha da Interpol, tendo em vista as tratativas internacionais ratificadas pelo Brasil e a Itália, que não abrangem crimes propriamente militares.

Em Manifestação do MPM, em 21/6/2021, o Órgão Acusatório requereu que o Juízo aguardasse eventual apresentação voluntária ou captura do aludido oficial, bem como a vinda de novas informações acerca da conclusão, na esfera cível, da situação de saúde do acusado, pois, segundo

afiançou, não se teria a certeza se ao tempo do crime o acusado estava acometido de doença mental incapacitante.

Em Despacho (evento 61 da APM), o Juízo suspendeu a tramitação dos autos por 30 (trinta) dias até que fossem recebidas as informações requeridas pelo *Parquet* das Armas.

Em Manifestação (evento 81 do apenso), a Defesa requereu ao Juízo a extinção do processo em razão da atipicidade manifesta do delito de deserção ou que fosse, incidentalmente, reconhecida a incapacidade definitiva e total do assistido. Julgando, assim, extinto o processo sem apreciação do mérito por ausência de interesse de agir do Estado-acusação, tendo em vista que o assistido não deveria ter sido agregado como desertor (art. 82, VI), mas como incapaz definitivo (art. 82, V) e, depois, reformado.

Em novo Despacho/Decisão, o Juízo castrense de piso acolheu a Manifestação do MPM para que os autos aguardassem em cartório até a apresentação voluntária ou captura do acusado, nos termos do art. 454, § 4º, do CPPM, bem como deferiu o requerimento da Defesa de juntada dos documentos acostados no evento 81, docs. 2 e 5, indeferindo, por sua vez, os demais pedidos da Manifestação anterior (evento 87 do apenso).

Após remessa da Decisão da JMU ao Juízo da 16ª Vara Federal da SJDF, a Procuradoria da República do Distrito Federal, naqueles autos, se manifestou pleiteando nova perícia médica, pelo que o Juízo deferiu o pedido, concedendo a gratuidade de justiça pleiteada pela parte e estabelecendo 15 (quinze) dias para a indicação dos assistentes técnicos, caso achassem necessários, e a intimação da parte para a realização de nova perícia, em 17/6/2021.

Não houve novas informações nos presentes autos quanto à realização da referida perícia.

Ao fim, após conhecimento do mandado de prisão expedido nos autos que apuram o cometimento do crime de deserção, nº 7000124-31.2020.7.11.0011, nesta Justiça Especializada, o impetrante houve por bem protocolizar o presente habeas corpus para salvaguardar o direito fundamental à liberdade do paciente, requerendo: a) a concessão da ordem de habeas corpus, em sede liminar, uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para evitar a sua prisão até a realização da perícia médica em sede de incidente de sanidade mental; ou b) a determinação da instauração de incidente de sanidade mental no processo nº 7000124-31.2020.7.11.0011 e, ao fim, c) a concessão da ordem de *habeas corpus*, em caráter definitivo, com vistas a evitar sua prisão até a realização da perícia médica em sede de incidente de sanidade mental.

O presente Habeas Corpus foi a mim distribuído, pelo que, no dia 30/5/2022, concedi a liminar pretendida a fim de evitar a prisão do paciente,

com a consequente suspensão do mandado de prisão até o julgamento definitivo deste remédio constitucional, requisitando informações à autoridade coatora, bem como abrindo vista à PGJM (evento 5).

As informações foram prestadas pelo Juízo primevo, tendo sido o mandado de prisão suspenso por aquela atribuição (evento 9).

A PGJM, em Parecer da lavra do Dr. Edmar Jorge de Almeida, opinou pela confirmação da Decisão liminar, com a consequente concessão definitiva da ordem (evento 12).

É o Relatório.

VOTO

Insurge-se a DPU, em patrocínio do Maj QEM LEONARDO MUSSEL BRACAGLIA, contra a Decisão do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 24/4/2020, que, em Processo especial nº 7000124-31.2020.7.11.0011 (evento 1), recebeu a Denúncia do *Parquet Milicien* em face do referido Oficial do Exército Brasileiro, por deserção, e, de igual modo, determinou que se aguardasse a captura ou a apresentação voluntária do paciente, com a consequente expedição de mandado de prisão, inserto nos quadros do CNJ.

A Defesa, após o conhecimento da expedição de mandado de prisão, houve por bem protocolizar o presente *habeas corpus* para salvaguardar o direito fundamental à liberdade do paciente, requerendo: a) a concessão da ordem de *habeas corpus*, em sede liminar, uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para evitar a sua prisão até a realização da perícia médica em sede de incidente de sanidade mental; ou b) a determinação da instauração de incidente de sanidade mental no processo nº 7000124-31.2020.7.11.0011 e, ao fim, c) a concessão da ordem de *habeas corpus*, em caráter definitivo, com vistas a evitar sua prisão até a realização da perícia médica em sede de incidente de sanidade mental.

Concedi o pedido liminar a fim de evitar a prisão do paciente, com a consequente suspensão do mandado de prisão até o julgamento definitivo deste remédio constitucional, bem como requisitei informações da autoridade coatora, que, após enviá-las, suspendeu o mandado nos termos da referida Decisão (evento 9).

No tocante ao *meritum causae*, o pedido está circunscrito ao exame da legalidade da expedição do mandado de prisão contra o paciente, pelo suposto cometimento do crime de deserção, após ter o agente se mudado para a República Italiana posteriormente à declaração judicial, transitada em julgado, de sua incapacidade absoluta e nomeação de sua esposa como curadora pela justiça ordinária do Distrito Federal.

Da análise dos argumentos da Defesa, assiste razão ao impetrante.

Consoante a redação do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e do art. 466 do CPPM, "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

O bem jurídico tutelado, portanto, é a liberdade de locomoção, o direito de ir, vir ou ficar.

Na lição de José Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*. Forense. São Paulo. 1965. v. 4. p. 383):

> incluindo a Constituição, o direito de ir e vir, entre um dos direitos concernentes à liberdade, que deve ser tutelado e assegurado, violá-lo ou pô-lo em perigo, **por ilegalidade ou abuso de poder**, será atentar contra a própria Constituição. Daí, o *habeas corpus* como instrumento ou meio destinado a prevenir a irregularidade constitucional, ou a restaurar a situação que se apresenta como lesiva do *ius libertatis* constitucionalmente proclamado. (Grifo nosso).

Na mesma senda, percorrendo a seara doutrinária, Heráclito Antônio Mossin (*Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. 5ª ed. Atlas. São Paulo. p. 64) justifica que:

> a ilegalidade a que se refere o legislador constitucional deve ser estendida a todo ato ou ação que se promova contrariamente ao que está instituído em lei, ou que seja excedente ao seu teor. Assim sendo, a ilegalidade pode traduzir arbitrariedade, quando se revela um excesso de autoridade ou a prática de ato abusivo ou não autorizado legalmente. Portanto, desde que o ato coativo ou ameaçado de sê-lo, em sentido amplo, não encontra parâmetro ou suporte legal é ele ilegal, passível de ser corrigido pelo remédio heroico do *habeas corpus*.

In specie, conforme relatado pelo paciente na Inicial, em procedimento administrativo, ele foi agregado e, findo o prazo estatutário, demitido do serviço ativo, sendo incluído na reserva não remunerada, conforme Portaria DGP/C EX n. 239, de 5/10/2021.

No entanto, o paciente foi declarado absolutamente incapaz por Decisão da 5ª Vara de Família do TJDFT, proferida em 15/5/2018, transitada em julgado em 10/7/2018, nos autos nº 0751875-69.2019.8.07.0016, oportunidade em que foi interditado e concedida à sua esposa Camila Tardin Bracaglia a curadoria, uma vez que os laudos periciais apresentados àqueloutra competência demonstraram a evidência de esquizofrenia paranoide, doença mental incapacitante (CID F 20.0).

O paciente, portanto, é declarado absolutamente incapaz por Sentença transitada em julgado na esfera civil competente desde maio de 2018. Para

tanto, a curadora, de forma preventiva, após a declaração da incapacidade absoluta, pleiteou junto ao Exército Brasileiro a reforma remunerada de seu curatelado, pelo que, após indeferimento administrativo, judicializou a demanda, distribuída à 16ª Vara Federal da SJDF, Ação Ordinária nº 1017922-61.2017.4.01.3400, na qual, atualmente, se discute o benefício.

Não obstante, mesmo com a declaração da incapacidade absoluta do agente e consequente interdição, a Administração Castrense realizou, a contrassenso da Decisão Judicial estadual, bem como do seu próprio diagnóstico em primeira inspeção de saúde, acorde a Ata da Inspeção de Saúde nº 17.128/2017, outra inspeção médica que afirmou ser o agente portador de personalidade esquizoide (Estado de defeito crônico e leve. Não configurada como alienação mental), conforme consta da Ata de Inspeção de Saúde nº 3070/2019, Sessão JISR/1ª RM, de 14/6/2019, na qual obteve o parecer: "Apto para o serviço do Exército, com recomendações, por 90 dias".

Daí, o militar foi convocado a se apresentar ao final do término do seu trânsito junto ao Departamento de Ciência e Tecnologia do Exército Brasileiro – DCT, OM localizada em Brasília-DF, pelo que não o fez, consumando supostamente o crime de deserção em 3/9/2019, conforme se observou no histórico impresso na Denúncia, razão pela qual passou à situação de desertor, respondendo perante esta Justiça especializada, conforme a Instrução Provisória de Deserção nº 7000407-88.2019.7.11.0011.

Por sua vez, o acusado ingressou com o Mandado de Segurança nº 1018503-08.2019.4.01.3400, que tramitou perante a 17ª Vara Federal da SJDF, solicitando o reconhecimento imediato de sua interdição em caráter definitivo, com vistas a impedir que o Comando do Exército pudesse realizar seu chamamento à apresentação para o serviço, tendo sido o pedido liminar concedido em 9/7/2017 (fls. 249/250 do apenso), considerando o histórico médico do paciente. Todavia, ao final, a ordem foi denegada por Sentença, em 17/2/2020, sem o julgamento de mérito, pois o Juízo Federal ordinário reconheceu sua incompetência frente ao Juízo estadual para a declaração da incapacidade (eventos 48 e 49 do apenso), que, acertadamente, já havia sido declarada em 15/5/2018 pela Justiça Estadual.

Ademais, há nos autos Laudo de Conferência Médica Psiquiátrica, realizado no âmbito do Hospital Central do Exército, na data de 12/6/2019, dando conta de que o acusado estava acometido de esquizofrenia paranoide, porém não sendo alienado mental nem incapaz para as atividades militares, devendo continuar em tratamento psiquiátrico (evento 49, Item 2, do apenso). Corroborando ao referido entendimento, há, também, o Laudo Médico da Dra. Ada R. Satragni, especialista em psiquiatria e psicoterapeuta na República Italiana, onde atualmente reside o acusado, que confirmou a persistência da incapacidade e a impossibilidade de paralisar o tratamento médico.

Portanto, tendo em vista que, na data da suposta consumação do crime de deserção, havia liminar deferida pela 17ª VF Cível da SJDF, em mandado de segurança, para afastar "o retorno imediato ao serviço militar" (OF 997/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI-PR), diante da comprovada incapacidade laboral do assistido, bem como a posterior declaração de sua interdição por Sentença da 5ª VF da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF, com curatela deferida para sua esposa, o aguardo da captura no processo de deserção, inclusive com mandado de prisão no banco de dados do CNJ, submete o *status libertatis* do paciente a uma coação ilegal.

Nesse sentido, é importante destacar o pedido de desconstituição da interdição do paciente pela PRU-1, quando da protocolização do pedido de levantamento da curatela do militar, nos autos do Processo nº 0743245-10.2017.8.07.0016, perante a 5ª Vara de Família da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília/DF.

Ademais, as informações prestadas pelo Juízo corroboram que o Magistrado de piso, muito embora tenha observado a condição da interdição do paciente, considerou os laudos juntados em outra competência, que supunha estar o agente aparentemente tendo uma vida normal em outro país, para dar prosseguimento à APM, com a consequente expedição do mandado de prisão do agente, bem como sobrestando os autos até a prisão ou apresentação voluntária perante a Administração Militar ou a JMU.

Oportuno ressaltar que o *habeas corpus* deve ser reservado para os casos de ameaça ao direito constitucional de liberdade de locomoção, nos exatos termos do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição da República, sob pena de banalização de sua utilização.

Além disso, consoante a lapidar lição da eminente Ministra Rosa Weber da Excelsa Corte:

> Se não há constrangimento atual ou próximo à liberdade de locomoção, se a perspectiva de prisão é remota e depende de incerta e futura condenação criminal transitada em julgado, o remédio apropriado contra eventuais ilegalidades ou abusos é o devido processo legal, com o trâmite natural da ação penal, e seus consectários. (Habeas Corpus nº 115.012, Dje: 13/05/2013).

Nessa esteira, a partir da análise exauriente dos documentos acostados aos autos, bem como do andamento processual do feito protocolizado junto à 16ª Vara Federal da Subseção do Distrito Federal, que discute a reforma remunerada do agente, tendo sido instaurado incidente de sanidade mental para apreciação das condições psicológicas do agente, que, a meu ver, está se escusando sem justa causa da realização dos exames necessários, mesmo com a facilitação de uma inspeção de saúde *on-line*, há fundadas suspeitas da real situação mental do paciente, o que enseja, conforme discorre no pedido do presente *writ*, a necessidade de instauração de incidente de sanidade mental

nos autos da APM nº 7000124-31.2020.7.11.0011, para que, após o resultado, sejam tomadas as providências para julgamento da demanda.

Isto posto, após profícua análise, verifiquei que o conjunto probatório acostado aos autos permite um veredicto favorável ao ora impetrante, para conceder a ordem de *habeas corpus*, em 120 (cento e vinte) dias, com vistas a evitar sua prisão até a realização da perícia médica em sede de incidente de sanidade mental.

Conforme se atém dos autos, o agente desencadeou os primeiros sintomas da patologia em meados de 2004 e, em 2015, foi encaminhado pelo HMAB para a realização de exames, que, de pronto, detectaram o quadro de esquizofrenia paranoide.

O ponto principal dessa discussão se dá a partir de Inspeção de Saúde realizada no Comando do Exército Brasileiro da 11ª Região Militar, nº 17.128/2017, que confirmou ser o RÉU ABSOLUTAMENTE INCAPAZ PARA O SERVIÇO MILITAR (fl. 59 do anexo). Por sua vez, sua esposa, no mesmo ano, qual seja, 2017, pautada no diagnóstico do EB em Inspeção de Saúde, protocolizou a Ação de Interdição na 5ª Vara de Família do TJDFT, que teve como resultado a declaração da incapacidade absoluta do réu e a sua consequente nomeação como curadora. Para além, a representante legal ingressou, ainda no mesmo ano, com processo de reforma remunerada do militar/curatelado na 16ª Vara Federal da SSJ/DF, procedimento que ainda corre no âmbito daquela competência, onde se aguarda a perícia quanto à demonstração da incapacidade civil do agente.

No ano posterior, novamente, em Inspeção de Saúde realizada pela Instituição Militar, houve a confirmação da incapacidade absoluta do recorrente, conforme Ata nº 17.128/2018.

Nota-se que até a Inspeção de Saúde realizada em 14/6/2019, Ata nº 3070/2019, que desconstituiu o diagnóstico anterior, declarando que o réu possuía personalidade esquizoide, sendo apto ao serviço militar, com recomendações para 90 (noventa) dias, o agente era declarado pela Força Terrestre absolutamente incapaz.

A meu ver, considero grave, neste pleito, o fato de, após a referida inspeção de 2019, o Comando do EB ter emitido o Ofício nº 997/2019/CGPMIL, para o retorno imediato do militar perante o Departamento de Ciência e Tecnologia – DCT, em Brasília, até o dia 23/9/2019, mesmo após o deferimento de pedido cautelar em Mandado de Segurança protocolizado pela curadora do réu, junto à 17ª Vara Federal da SSJ/DF, que suspendia a convocação do militar, tendo a Administração castrense sido intimada do teor da Decisão em 11/7/2019.

Importante observar que, em 17/2/2020, a ordem do MS foi denegada pela 17ª Vara Federal, por entender que a competência para tal seria da justiça

estadual, tendo sido o processo extinto sem o JULGAMENTO DO MÉRITO, o que produziu como consequência o fim dos efeitos da Decisão que concedia a liminar de suspensão do ofício de convocação do militar.

Nota-se que, mesmo após a intimação do Departamento de Gestão do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, foi instaurada a IPD, pela suposta consumação do crime de deserção no dia 3/10/2019, momento em que o recorrente e sua família já haviam se mudado para a Itália (18/6/2019).

Ainda, havia, quando da suposta consumação do delito propriamente castrense, Decisão da Justiça estadual transitada em julgado que declarou o réu absolutamente incapaz, em 10/7/2018, que ainda se encontra em vigor.

No que pese a suposta impossibilidade de instauração de IPD, sob pena de descumprimento de duas decisões judiciais que asseguravam ao réu a incapacidade absoluta, aqui não se discute o referido instituto de natureza cível, mas, sim, o cometimento do delito.

Para tanto, *in specie*, é imperioso demonstrar a diferença entre o instituto da capacidade civil e da imputabilidade penal.

A capacidade civil é a aptidão para adquirir direitos e exercer por si atos da vida civil e negócios jurídicos, estabelecendo poderes para a aquisição e exercício dos direitos. A capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção. Nesta senda, é possível dizer que todo ser humano nasce capaz, até que se prove o contrário.

Isto posto, o Exército Brasileiro, o Juízo Cível Estadual e o Federal ordinário atuam na demonstração da capacidade civil do agente, uma vez que o objeto da referida declaração é a aptidão para o serviço militar.

Noutro giro, essa Corte Castrense está debruçada sobre a imputabilidade do agente no cometimento do crime de deserção.

Claro está que, a partir da Inspeção de saúde realizada pelo EB em 2019, há dúvidas quanto à incapacidade civil do agente para o serviço militar. Para além, foram carreadas aos autos provas da aptidão cível do recorrente na Itália, a exemplo do contrato de trabalho em empresa privada, bem como o porte de carteira de motorista italiana, que pressupõe a sua capacidade civil plena.

À guisa de entendimento, para o Direito Penal, imputar significa atribuir responsabilidades. O juízo de inimputabilidade valora o sujeito/indivíduo como incapaz de ser responsabilizado por algum ato, omissão ou fato acontecido, sem mencionar as questões volitivas de dolo ou culpa, independentemente do local, tempo ou circunstâncias a serem analisadas.

Nas questões concernentes à inimputabilidade por doença mental, a teoria comumente adotada pelo Código Penal Militar é a biopsicológica. Em suma, para que haja inimputabilidade, **faz-se necessário que o agente, ao tempo do crime, além de ser portador de uma doença mental, seja também, como consequência de sua enfermidade, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e discriminar suas motivações**.

Quando falamos em imputabilidade, portanto, falamos em condições de compreender que o comportamento praticado é contrário ao ordenamento jurídico e de atuar de acordo com tal compreensão, a partir do posicionamento volitivo do agente (o que envolve o efeito). **De antemão, observa-se que existe a necessidade de perícia médica para que se reconheça a inimputabilidade de um agente maior de 18 anos, uma vez que o reconhecimento de tal fato depende de conhecimentos que o operador do direito não possui**.

Assim, necessária a multidisciplinariedade e o socorro de psicólogos, psiquiatras, psicoterapeutas, psicanalistas e afins para que se consiga identificar e categorizar as doenças e deficiências mentais em suas diversas complexidades e se há algum tipo de sazonalidade ou tempo de cessação dessa vulnerabilidade/deficiência.

A consequência deste reconhecimento da inimputabilidade é o afastamento da culpabilidade do agente e a impossibilidade de aplicação de pena ou sanção penal ao comportamento típico e ilícito praticado.

De fato, se reconhecida a prática de ação tipificável e ilícita, bem como a inimputabilidade do agente em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o indivíduo será absolvido, sendo sancionado, a depender da situação, com uma medida de segurança.

Por derradeiro, é condição de procedibilidade no crime de deserção que no momento do recebimento da Denúncia o réu ostente a condição de militar da ativa, o que é clarividente no presente caso. Noutro giro, não é condição de prosseguibilidade do delito, como requereu a DPU em manifestação posterior à Sessão de Julgamento anterior – uma vez que foi o paciente demitido das fileiras do EB –, a permanência do réu nos quadros das Forças Armadas, conforme posicionamento majoritário deste STM (Ex.: Apelação nº 7000864-91.2021.7.00.0000 de relatoria do Min. Joseli).

Depreende-se, portanto, *data maxima venia* ao voto do Eminente Min. Carvalho em Julgamento anterior, que não há necessidade de prisão do réu e retorno ao Brasil para a Instauração do Incidente de Sanidade Mental na APM, em Juízo primevo, o que pode ocorrer nos mesmos moldes da perícia médica, *on-line*, por meio de videoconferência, que está sendo deflagrada pela 16ª Vara Federal da SSJ/DF, UMA VEZ QUE NÃO HÁ NESSA ESPECIAL ATRIBUIÇÃO QUALQUER INCIDENTE OU EXAME PERICIAL QUE

DEMONSTRE ATUALMENTE E EFETIVAMENTE A IMPUTABILIDADE (e não a capacidade) DO RÉU AO TEMPO DO SUPOSTO COMETIMENTO DO CRIME DE DESERÇÃO, o que é imperioso para o prosseguimento da APM originária, pelo que, acolhendo a sugestão do Eminente Min. Coêlho, concedi o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a realização do exame pericial, sendo, após o fatídico lapso temporal, emitido novo mandado de prisão para captura do réu ou sua apresentação voluntária, uma vez demonstrada sua intenção de burlar o sistema judicante.

Para além, a evolução e o atual estágio da *quaestio sub judice* perfaz questionável a incapacidade do agente. O requerente está sob a égide de decisão judicial estadual transitada em julgado em 10/7/2018, que declarou sua absoluta incapacidade por patologia mental, porém questionada pela PRU-1, acorde discorrido alhures; também estava loureado por *Decisum* da Justiça Federal Ordinária de 9/7/2017, em sede liminar em Mandado de Segurança, que garantia seu afastamento, e não convocação pela Força Terrestre, pautado na citada declaração de incapacidade, que, no entanto, perdeu sua vigência após a decisão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, considerando sua incompetência frente à instauração dos autos protocolizados na 5ª Vara Cível do TJDFT, o que enseja dúvidas quanto à consumação do suposto crime de deserção.

Pelo exposto, voto no sentido de CONCEDER parcialmente a ordem pleiteada no presente *habeas corpus*, a fim de evitar a prisão do paciente, por 120 (cento e vinte) dias, devendo ser instaurado o incidente de sanidade mental na Ação Penal Militar nº 7000124-31.2020.7.11.0011, para que seja demonstrada a real situação psicológica do paciente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do julgamento, **por maioria**, conceder a ordem pleiteada no presente Habeas Corpus, a fim de evitar a prisão do paciente, por 120 (cento e vinte) dias, devendo ser instaurado o incidente de sanidade mental na Ação Penal Militar nº 7000124-31.2020.7.11.0011, para que seja demonstrada a real situação psicológica do paciente.

Brasília-DF, 29 de novembro de 2022 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Habeas Corpus Nº 7000366-58.2022.7.00.0000

Trata-se de ***Habeas Corpus*** com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor do Major do Quadro de

Engenheiros Militares do Exército (Maj QEM Ex) Leonardo Mussel Bracaglia, contra a Decisão do MM. Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), de 24.4.2020, que, na Ação Penal Militar (APM) 7000124-31.2020.7.11.0011, recebeu a Denúncia em face do referido Oficial, por *deserção*, e determinou que se aguardasse a captura ou a apresentação voluntária do Paciente, com a consequente expedição de Mandado de Prisão.

De início, requer o Impetrante a concessão da ordem de *Habeas Corpus*, em sede liminar, para evitar a prisão do Paciente até a realização da perícia médica, com a posterior confirmação em caráter definitivo. Finaliza o pleito com a determinação da instauração de Incidente de Insanidade Mental na APM 7000124-31.2020.7.11.0011.

É indispensável, para um adequado enfretamento do mérito, discorrer acerca de alguns pontos relevantes extraídos das informações acostadas à Inicial.

Em 18.11.2017, o Paciente foi julgado "incapaz" após obter o Parecer constante na Ata de Inspeção de Saúde 17128/2017, lavrada em Sessão 202/2017, conforme transcrito: "Incapaz definitivamente para o serviço do Exército. É inválido. Não necessita de cuidados permanentes de enfermagem". Em consequência, foi dado início ao respectivo processo de reforma *ex officio* no âmbito administrativo, de acordo com o disposto nas Normas Técnicas 2 - Reforma, da Diretoria de Civis, Inativos, Pensionistas e Assistência Social (EB30-N-50.005), aprovadas pela Portaria 169-DGP, de 17.8.2015.

Munido da Ata de Inspeção de Saúde 17128/2017, no dia 3.11.2017, o Paciente propôs a Ação de Interdição 0743245 10.2017.8.07.0016 perante a 5ª Vara de Família de Brasília-DF, e, no dia 10.11.2017, o Juiz da Vara de Família concedeu a curatela provisória à esposa do militar.

Em razão da situação de incapacidade definitiva, o Oficial teve sua agregação firmada na forma descrita no Estatuto dos Militares, em seu art. 82, inciso V, da Lei 6.880/1980, enquanto aguardava a conclusão do seu processo de reforma.

No dia 8.12.2017, a esposa e curadora do militar, Sra. Camila Tardin Bracaglia, ajuizou a Ação Ordinária 1017922-61.2017.4.01.3400, com pedido de tutela de urgência, perante a 16ª Vara Cível da Seção Judiciária Federal do Distrito Federal (SJDF), e postulou a reforma por incapacidade definitiva.

A Sentença de mérito da citada Ação de Interdição Judicial ajuizada perante a 5ª Vara de Família de Brasília-DF transitou em julgado no dia 10.7.2018 e a esposa do Paciente passou à condição de curadora em caráter definitivo.

Consta nos autos que, por meio do Ofício 15137-Itália/SRI-Adidos/5SCh-CIRCULAR, de 18.6.2019, foram encaminhados ao Gabinete do Comandante do Exército, e, posteriormente, repassados ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI/PR), por meio do Ofício 094-A2.2/A2/GabCmt/Ex, de 10.7.2019, documentos oriundos do Ministério do Interior do Governo da Itália, os quais comprovam que, enquanto aguardava a conclusão de seu processo de reforma no Brasil, o Maj Bracaglia, que possui dupla cidadania, obteve passaporte italiano e passou a residir na Itália, onde também obteve carteira de habilitação daquele país, adquiriu veículo em nome próprio e trabalhava na empresa VDA CARNI S.R.L.

No decurso do processo de reforma do Paciente, na via administrativa, foi realizada nova inspeção de saúde no Maj Bracaglia, agora em grau de recurso, com a finalidade de homologar a anterior que concluiu pela incapacidade definitiva, conforme prescrito no § 2º do art. 108 do Estatuto dos Militares.

O Paciente foi avaliado por uma conferência médica (Junta de médicos psiquiatras), a qual ao final opinou por modificar o diagnóstico do militar de F20.0 – Esquizofrenia paranoide, para F60.1 – Personalidade esquizoide, fornecendo subsídios à perícia médica realizada em Sessão 295/2019-JISR/1ª RM, de 14.6.2019, ocasião em que foi lavrada a Ata de Inspeção de Saúde 3070/2019, onde consta o parecer: "Apto para o serviço do Exército, com recomendações, por 90 dias".

Na sequência, no dia 17.6.2019, no âmbito da Ação Ordinária 1017922-61.2017.4.01.3400, em curso na 16ª Vara Cível da Seção Judiciária Federal do Distrito Federal, o Paciente foi submetido à perícia médica perante a 4ª Vara Federal do Rio de Janeiro (Carta Precatória 5002061-07.2019.4.02.5101), para fins de emissão de laudo pericial.

O referido laudo exarado pelo perito judicial, Dr. Gerson Rangel Brasil, médico psiquiatra, datado de 17.6.2019, destacou inconsistências na história clínica do Paciente, como, por exemplo, alegar incapacidade e poder tirar habilitação e trabalhar em outro país, conforme comprovado por documentos anexados aos autos.

Ademais, o aludido perito judicial informa que o Paciente não anexou aos autos nenhum documento médico que comprove a realização de tratamentos, ou a que tipo de terapia se submete, aqui ou na Itália, onde reside. Ademais, concluiu o laudo e informou que naquela perícia não foram reunidos elementos suficientes de comprovação da existência de doença incapacitante.

Em 4.7.2019, lastreada no resultado da Ata de Inspeção de Saúde 3070/2019, exarada na Sessão JISR/1ª RM, a Administração Militar determinou, por meio do Ofício 997/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI-PR, a apresentação do

Oficial ao Departamento de Ciência e Tecnologia (DCT) do Quartel-General do Exército.

A curadora do Paciente impetrou Mandado de Segurança (MS) 1018503-08.2019.4.01.3400, perante a 17ª Vara Federal Cível da SJDF, no dia 8.7.2019, com pedido de provimento liminar, em face de alegado ato coator do Diretor do Departamento de Gestão do GSI/PR, com o objetivo de reconhecer a nulidade do ato que determinou o imediato retorno do Paciente ao serviço militar, consubstanciado no Ofício 997/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI-PR e, ao final, a interdição definitiva do Major.

Nos autos do aludido Mandado de Segurança, o pedido liminar foi concedido em 9.7.2019, e devidamente cumprido, eis que a Administração Militar não mais exigiu a apresentação do Maj QEM Bracaglia, em razão do disposto no Ofício 997/2019/CPGMIL/DGES/SE/GSI-PR.

Conforme consta nos anexos averiguados, diante da alteração do quadro nosológico do Paciente, a Administração Castrense enviou um questionamento à Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando do Exército (CONJUR-EB) com a solicitação de maiores esclarecimentos a respeito das providências a serem adotadas, especialmente diante da interdição judicial do desertor que se baseou em laudo médico militar que não mais subsistia.

Em resposta, foi emitido o Parecer 939/2019/CONJUR-EB/CGU/AGU, de 29.7.2019, no qual aquela Consultoria Jurídica, nos limites da indagação posta e dentro de seu juízo de abstração, entendeu como válidos, em face da Sentença de interdição: a reversão do Major Bracaglia, além do seu desligamento do GSI/PR e a exigibilidade de apresentação do militar ao DCT.

Em consequência, a Administração Castrense emitiu o Ofício 1355/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI/PR, de 16.9.2019, que versou acerca da necessidade de reversão do Paciente do GSI/PR para o DCT e sua consequente apresentação pronto para o serviço, dentro do prazo estipulado, sob pena de configuração do crime de deserção.

Diante do novo chamamento para apresentação ao serviço, o Paciente peticionou o MS 1018503-08.2019.4.01.3400, perante o Juízo que havia proferido, em 9.7.2019, a medida liminar favorável ao Paciente e que afastava o seu imediato retorno ao serviço militar.

O MM. Juiz Federal da 17ª Vara Federal Cível da SJDF, em resposta a esse pleito do Paciente, considerou que o principal fator que lhe levou a conceder a liminar foi o pequeno prazo concedido pela Administração Castrense para que o militar retornasse da Itália, e aduziu:

> (...) este juízo não concedeu um **típico salvo conduto para que o impetrante pudesse residir indefinidamente no exterior, uma vez que se faz necessário seu retorno ao território nacional para que se submeta a perícia oficial**, de modo a apurar sua atual capacidade

> laborativa (...)", destacando, ainda, "(...) não vislumbro (...) evidente violação ao termo da decisão nestes autos proferida, até porque conforme documentação apresentada pela parte impetrante, a autoridade impetrada almeja justamente verificar às condições de saúde do impetrante, a fim de dirimir controvérsias (...).

Diante da Decisão judicial acima, o Maj Bracaglia foi convocado a se apresentar ao final do término do seu trânsito junto ao DCT, Organização Militar (OM) localizada em Brasília-DF, porém não o fez, e assim se consumou o crime de deserção.

O Ministério Público Militar (MPM), em 13.4.2020, denunciou o Paciente por supostamente ter praticado o delito previsto no art. 187, c/c o art. 188, inciso I, do *Código Penal Militar* (CPM), quando deixou de se apresentar ao DCT, desde o dia 24.9.2019, permanecendo ausente por mais de oito dias. Consumado o crime à zero hora do dia 3.10.2019, conforme registrado no Termo de Deserção.

Posteriormente, a Denúncia foi recebida em 24.4.2020. Ademais, em atendimento a requerimento ministerial, o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM determinou a prisão preventiva do Major Bracaglia, mormente pelo fato dele haver fixado residência na Itália, razão pela qual considerou necessário o resguardo da instrução criminal, com fundamento no art. 5º, LXI, da Constituição da República de 1988 (CR/88), c/c os artigos 254 e 255, alínea "b", do *Código de Processo Penal Militar* (CPPM).

Após conhecimento do Mandado de Prisão expedido nos autos da APM 7000124-31.2020.7.11.0011, que apura o cometimento do aludido crime de deserção nesta Justiça Especializada, o Impetrante houve por bem protocolizar este *Habeas Corpus*.

Nas informações prestadas, a autoridade dita coatora observa que:

> Embora o paciente esteja interditado, foi juntado laudo pericial no bojo da ação que tramita na 16ª Vara Federal da SJDF, (evento 49, doc. 1, fls. 8/11, da APM). Por essa razão, a ação penal militar continuou seu curso, aguardando-se a apresentação voluntária ou captura do Oficial em comento, assim como foi mantida a ordem de constrição cautelar.
>
> Saliento que, diante da liminar proferida por Vossa Excelência, determinei a suspensão do mandado de prisão anteriormente expedido, até o julgamento do mérito do presente HC (evento 109 da APM), o que foi providenciado pela Secretaria do Juízo na data de ontem (evento 110 da APM).

Após remessa da Decisão da Justiça Militar da União (JMU) ao Juízo da 16ª Vara Federal da SJDF, a douta Procuradoria da República do Distrito Federal, naqueles autos, manifestou-se pleiteando nova perícia médica. Esse pedido foi acolhido pelo Juízo, que assim deferiu e determinou a intimação das Partes para a realização dessa diligência em 17.6.2021.

Ainda, no âmbito da Ação Ordinária 1017922-61.2017.4.01.3400, em curso na 16ª Vara Federal da SJDF, a Defesa do Paciente requereu a nova perícia por videoconferência, bem como seja deferido novo prazo para a juntada dos quesitos da médica assistente do autor.

Em sede deste *Habeas Corpus*, no dia 30.5.2022, a eminente Ministra-Relatora proferiu Decisão liminar favorável ao Paciente e determinou a suspensão do Mandado de Prisão até o julgamento definitivo do Remédio constitucional:

> Portanto, tendo em vista que, na data da suposta (consumação do crime de deserção havia liminar deferida pela 17ª VF Cível da S|DF em mandado de segurança para afastar "o retorno imediato ao serviço militar" (OF 997/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI-PR), diante da comprovada incapacidade laboral do assistido, bem como a posterior declaração de sua interdição por Sentença da 5ª VF da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília-DF, com curatela deferida para sua esposa, o aguardo da captura no processo de deserção, inclusive com mandado de prisão no banco de dados do CNJ, submete o *status libertatis* do paciente a uma coação ilegal.

A mencionada Decisão liminar considerou que, à época da consumação do delito de deserção, vigorava decisão judicial proferida em 9.7.2019, nos autos do MS 1018503-08.2019.4.01.3400, que determinava a suspensão da ordem de retorno imediato do militar ao serviço, contida no Ofício 997/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI-PR.

No entanto, conforme se infere do revolvimento da documentação anexada ao *Writ*, há de se constatar que o Paciente não estava acobertado pela medida liminar do MS no momento de sua deserção, consumada em 3.10.2019.

A Administração Castrense, ao expedir o Ofício 1355/2019/CGPMIL/DGES/SE/GSI/PR, de 10.2019, que determinava que o Paciente se apresentasse ao serviço militar, não colidiu com a ordem contida na referida liminar, nos termos decidido pelo próprio Juiz Federal da 17ª Vara Federal Cível da SJDF.

Em 5.10.2021, por meio da Portaria – DGP/CEx 239, o Exército Brasileiro demitiu, *ex officio*, do serviço ativo o Maj Bracaglia, e o incluiu na reserva remunerada, em conformidade ao preconizado no art. 128, § 1º, da Lei 6.880, de 9.12.1980, uma vez que o Paciente ultrapassou 1 ano de agregação, sem que tenha ocorrido sua captura ou apresentação voluntária nesse prazo.

Por fim, antes de adentrar ao mérito e diante do ato administrativo de demissão do Paciente, mostra-se pertinente transcrever o disposto no § 3º do art. 128 do Estatuto dos Militares, que assim prevê: "O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido

demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar".

Após breve relato dos fatos, passo à análise da matéria.

Consoante entendimento consolidado, o *Habeas Corpus* é ação autônoma de impugnação, a qual se mostra cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. No caso concreto, ao ter sido manejado contra Decisão que impôs a prisão do Paciente, não há dúvida da admissibilidade do Remédio heroico, razão pela qual conheço do *Habeas Corpus*. Não obstante, ao mérito, o pleito não merece ser acolhido.

A nobre DPU argumenta que o Paciente se encontra incapaz de permanecer no serviço ativo, o que se demonstraria pelo Laudo Médico anexado, de autoria da Dra. Ada R. Satragni, especialista em psiquiatria e psicoterapeuta na República Italiana. No documento, a profissional confirma a persistência da incapacidade e a impossibilidade de paralisar o tratamento médico. Assim, a Defesa sustenta um alegado constrangimento ilegal decorrente da ausência de culpabilidade do militar para prática do crime de deserção:

> Desse modo, diante da incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o paciente não praticou o crime de deserção, pois, ausente um dos elementos do crime: a culpabilidade, em seu elemento imputabilidade (art. 48, CPM).
>
> Assim, o aguardo da captura no processo de deserção, inclusive com mandado de prisão no banco de dados do CNJ, submete o *status libertatis* do paciente a uma coação ilegal, na medida em que, verificada a ausência de culpabilidade para prática do crime de deserção.
>
> Nesse sentido, deve ser deferida a ordem de *habeas corpus*, a fim de evitar a prisão do paciente, até que seja dada solução em incidente de sanidade mental, nos termos do art. 156 e ss., CPPM, c/c art. 48, CPM.

Respeitada a leitura, o citado documento apresenta contradições formais e materiais que o tornam ineficaz como prova. Formalmente, denota-se que o referido laudo não foi submetido à homologação pela Instituição Castrense, nos moldes exigidos no art. 6º, § 3º, da Resolução 1.658/2002, do Conselho Federal de Medicina: "O atestado médico goza de presunção de veracidade, devendo ser acatado por quem de direito, salvo se houve divergência de entendimento por médico da instituição ou perito".

Já materialmente, ao revés do alegado pela DPU, a suposta inimputabilidade esbarra em outros dois recentes laudos médicos.

O primeiro decorrente de avaliação de conferência médica de psiquiatras, a qual se consolidou com a expedição da Ata de Inspeção de

Saúde 3070/2019, de 14.6.2019, realizada no processo administrativo de reforma do Paciente, nos termos exigidos no § 2º do art. 108 do Estatuto dos Militares, no qual consta parecer "Apto para o serviço do Exército, com recomendações, por 90 dias".

O segundo, por sua vez, consiste em uma perícia médica realizada no âmbito da Ação em curso na 16ª Vara Cível da Seção Judiciária Federal do Distrito Federal, exarado por perito judicial, que destacou inconsistências na história clínica do Oficial. Logo, a partir dessas constatações, plenamente retiráveis do que se encontra anexado ao *Writ*, denota-se a flagrante alteração do quadro nosológico do Paciente e, consequentemente, a fragilização da alegada excludente de culpabilidade.

Ademais, sublinha-se que, no caso de Oficial capturado ou que se apresente após desertar, a sua inaptidão para o serviço militar, verificada em eventual inspeção de saúde, não significa a falta de condição de procedibilidade à Ação Penal Militar, conforme se depreende de leitura do art. 454, §§ 3º e 4º, do CPPM. Ou seja, ainda que a incapacidade alegada (mas contraditória) exista, não é ela motivo por si só para porventura suspensão ou extinção da *persecutio criminis* já em andamento.

Com efeito, descabe a pretensão da douta DPU de, por meio do *Habeas Corpus*, envolver esta Corte numa discussão atinente a alegações sobre o estado de saúde do Paciente e acerca da regularidade de seu afastamento do serviço ativo, matérias que exigem apreciação esgotante da prova, desiderato não cabível na via estreita deste Remédio heroico. Nesse sentido, transcrevo julgado deste Tribunal que corrobora o entendimento supra:

> HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TRÂNSFUGA. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO MANDADO DE CAPTURA. CUMPRIMENTO DE ORDEM LEGAL E CONSTITUCIONAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. MILITAR COM ESTABILIDADE. **ESTADO DE SAÚDE DO FORAGIDO. IRRELEVANTE COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. EVENTUAL INCAPADIDADE FÍSICA OU MENTAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À AÇÃO PENAL MILITAR**. POTENCIAL APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. APRECIAÇÃO ESGOTANTE DA PROVA. EXCEPCIONALIDADE DA VIA ELEITA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Em face de deserção, o Comandante deve imediatamente expedir o mandado de captura, cumprindo, assim, os arts. 5º, inciso LXI, da CF/88 e 243 do CPPM. Sendo exceção ao primado do juiz natural, os preceitos normativos insculpidos nos arts. 452 e 453, ambos do CPPM, autorizam a prisão cautelar do desertor capturado ou que se apresente voluntariamente. **No caso de praça com estabilidade capturada ou que se apresente após desertar, a inaptidão para o Serviço Militar, verificada em inspeção de saúde, não significa a falta de condição de procedibilidade à ação penal militar – arts. 454, §§ 3º e 4º, e 457, § 3º, ambos do CPPM**. Mesmo que haja decisão no âmbito da Justiça

> Federal comum, reconhecendo a inimputabilidade – art. 48 do CPM –, a praça com estabilidade, ainda assim, pode ser impropriamente absolvida perante a JMU, com a potencial aplicação de medida de segurança, o que vai além da simples incapacidade definitiva para o Serviço Militar. **Alegações sobre o estado de saúde do Paciente e sobre a regularidade de seu afastamento acarretam matéria que exige apreciação esgotante da prova, desiderato não cabível na via estreita do Remédio Heroico**. O habeas corpus mostra-se cabível em casos excepcionalíssimos: a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de suporte probatório mínimo de autoria e de materialidade delitivas. Decisão unânime. (STM. HC 0000055-02.2016.7.00.0000. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. Julgado em 12.5.2016. Publicado em 20.5.2016; grifo nosso).

Não se tem por certo que o militar tenha praticado o delito em condições de inimputabilidade, não ao menos com a prova pré-constituída trazida, haja vista as contradições apontadas acima.

Ainda assim, cabe o prosseguimento da análise quanto à eventual caracterização do cenário descrito como causa justificadora da realização de Incidente de Insanidade Mental e, se assim for, de se manter a suspensão do Mandado de Prisão antes expedido. Sobre isso, compreendo que melhor sorte não assiste à Impetrante.

Reconhece-se que o Incidente de Insanidade Mental deverá ser solicitado sempre que houver dúvida quanto à imputabilidade do agente e poderá ser requerido pelo defensor do acusado em qualquer fase do processo, inclusive na fase do Inquérito Policial Militar (o correspondente à Instrução Provisória de Deserção). Independentemente de ser na fase investigativa ou processual, de regra, tal análise está afeta, inicialmente, ao juiz da causa, o qual, nesta situação, ainda é o Juiz Federal responsável pela Ação Penal Militar em andamento.

Observa-se que não há notícia nos autos de que tenha havido a apresentação de qualquer pleito nesse sentido perante o Juízo da 2ª Auditoria da 11ª CJM, autoridade competente para avaliar a conveniência do Exame, diante do acervo probatório. Logo, adentrar na matéria configuraria verdadeira supressão de instância por este Tribunal, em nítida afronta ao postulado do Juiz Natural, conforme jurisprudência desta egrégia Corte:

> HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DESERÇÃO. TRÂNSFUGA. SUSPENSÃO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO. SUBMISSÃO A EXAME DE INSANIDADE MENTAL. NÃO APRECIAÇÃO NO JUÍZO DE ORIGEM. MATÉRIA AFETA AO JUIZ DA CAUSA. ANÁLISE PELO TRIBUNAL. **CONFIGURAÇÃO DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AFRONTA AO JUIZ NATURAL.** SALVO-CONDUTO. AGUARDO INSPEÇÃO DE SAÚDE. INAPTIDÃO PARA O SERVIÇO MILITAR. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ORDEM DENEGADA. [...]. Entretanto, **os autos não noticiam a apresentação de qualquer pleito**

> **nesse sentido perante o juiz-auditor, autoridade competente para avaliar a conveniência do exame, diante do acervo probatório. Logo, esta Corte Castrense adentrar originariamente nessa matéria configuraria verdadeira supressão de instância, em nítida afronta ao postulado do Juiz Natural.** [...]. Ordem denegada, à unanimidade de votos. (STM. HC 0000085-03.2017.7.00.0000. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Julgado em 18.5.2017. Publicado em 31.5.2017; grifo nosso).

Em suma, não vislumbro razão em suposta inimputabilidade do militar, tampouco a necessidade e a adequação do deferimento, ao menos nesta instância e por este meio processual, da instauração do Incidente de Insanidade Mental. Consequentemente, seja para suspensão do Mandado de Prisão, seja para deferimento de Salvo-Conduto, julgo que nenhum dos dois fundamentos trazidos sustenta a concessão da ordem pleiteada.

Não suficiente, passo ao enfretamento da legalidade da ordem de prisão por seus próprios fundamentos.

A liberdade do indivíduo deve ser preservada, consoante o art. 5º, *caput*, da Constituição da República. Não obstante, a prisão antes da condenação transitada em julgado é possível, observado que a decisão esteja devidamente fundamentada. Além disso, há inclusive exceção à necessidade de ordem judicial para os crimes propriamente militares, conforme autoriza o mesmo art. 5º, inciso LXI, da CR/88.

No caso do crime de deserção, esse é respaldado tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional, de modo que a expedição de Mandado de Captura pelo Comandante da Unidade é medida que se impõe na forma do art. 243 do CPPM, e que está devidamente autorizada pelo dispositivo recém-citado. Ainda que se discuta ser isso uma exceção ao primado do juiz natural, certo é que a permissão para tanto encontra suficiente amparo no ordenamento pátrio, a autorizar desde logo a prisão cautelar do desertor.

Mais especificamente, ao se tratar de deserção de Oficial, observa-se que a prisão não mais deve se sustentar tão só na exceção constitucional, mas sim depende do cumprimento dos requisitos dos artigos 254, 255 e 256 do CPPM. Assim, para que seja devida a prisão, devem existir as condições que demonstram o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Tais requisitos estão facilmente identificados na APM em questão.

No que concerne à suspeita suficiente da ocorrência do fato delituoso, o acervo probatório, confirmado pelo recebimento da Denúncia na instância *a quo*, indica a possibilidade razoável de que tenha havido a deserção apontada. Em relação ao perigo decorrente da liberdade, esse se revela a partir do enquadramento de indicativos concretos em uma das hipóteses do art. 255 do

CPPM. No caso, o fundamento suscitado seria a conveniência da instrução criminal, trazido na alínea "b" do dispositivo.

Em atendimento à exigência de fundamentação concreta, resta demonstrado que o MM. Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM evidenciou, de forma satisfatória, os motivos ensejadores da prisão preventiva, e que ainda persistem, uma vez que o Paciente, Maj QEM Leonardo Mussel Bracaglia, reside na Itália. A manutenção do Salvo-Conduto deferido liminarmente retiraria a eficácia da referida APM, uma vez que inviabiliza a marcha processual ante a ausência da condição objetiva de prosseguibilidade, disposta no art. 454, § 4º, do CPPM.

Nesta linha argumentativa, transcrevo a seguinte ementa de julgado deste colendo Tribunal Castrense:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. AÇÃO PENAL MILITAR REGULARMENTE DEFLAGRADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO DE PODER. DENEGAÇÃO DA ORDEM POR MAIORIA. Hipótese em que o Paciente sabia que se encontrava na condição de trânsfuga e que, em seu desfavor, fora deflagrada uma Ação Penal Militar pela prática do crime de Deserção, não havendo, destarte, que se falar em surpresa de qualquer natureza. **No processo de Deserção de Oficial – conforme detalhado nos art. 454, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, e 455, §§ 1º e 2º, ambos do CPPM – a captura ou apresentação voluntária do desertor não constitui condição para a sua instauração, mas sim e tão só para o seu prosseguimento. Ausência de constrangimento ilegal ou abuso de poder a pairar sobre o Paciente**. Denegação da Ordem. Maioria. (STM. HC 7000900-07.2019.7.00.0000. Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos. Julgado em 17.9.2019. Publicado em 1º.10.2019; grifo nosso).

Nesse sentido, primeiro e principal, é nítido o desiderato do Oficial em buscar o maior distanciamento possível da justa persecução, ao não somente evadir-se para outro país (Itália), mas para outro continente (Europa). Em segundo plano, agrega-se o fato da Defesa haver peticionado nos autos da Ação Ordinária 1017922-61.2017.4.01.3400, em curso na Justiça Federal do DF, pela realização por videoconferência da perícia determinada pelo Juízo, em óbvio movimento do Paciente para escapar de um retorno ao Brasil e de responder ao processo em trâmite nesta Justiça Castrense.

Assim, neste caso, incabível a concessão da Ordem, uma vez que neste *Writ* não se está a enfrentar uma coação ilegal ao Paciente, seja por não haver indícios concretos atinentes à questão mental a justificar causa excludente de culpabilidade ou instauração do respectivo Incidente, seja pela legalidade da ordem de constrição em seus próprios termos, pois necessária e legal. Dessa maneira, não foi diferente a conclusão desta egrégia Corte em caso análogo:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. OFICIAL DA MARINHA. NÃO APRESENTAÇÃO APÓS A CONCLUSÃO DE CURSO

> NO EXTERIOR. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO TERMO DE DESERÇÃO. DATA FICTÍCIA. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE. QUESTIONAMENTO DO DIREITO À TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA NO JUÍZO CÍVEL. SOBRESTAMENTO DA IPD. REVOGAÇÃO DA ORDEM DE SALVO-CONDUTO. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. Não há dúvidas de que o oficial se valeu de todos os artifícios possíveis para se furtar das obrigações militares e ainda tentar obter vantagem patrimonial com a sua transferência para a reserva remunerada. Vale lembrar que essa situação perdura há mais de 15 (quinze) anos. Portanto, configurados estão a ausência do Paciente de suas funções e os indícios do delito de deserção, independentemente de se considerar como termo inicial da contagem do período de graça a data da publicação da citada portaria ou a do ajuizamento da ação ordinária perante a Justiça Federal (6ª Vara Cível Federal de São Paulo). **Concluída a instrução do *writ*, não se mostra necessária a manutenção do salvo-conduto deferido liminarmente, pois, além da regra imperativa constante do art. 452 do CPPM, emergem dos autos elementos sólidos para decretação de eventual prisão preventiva. Ordem denegada. Decisão por unanimidade.** (STM. HC 7000401-86.2020.7.00.0000. Rel. Min. William de Oliveira Barros. Julgado em 22.9.2020. Publicado em 29.9.2020; grifo nosso).

Pelo todo exposto, voto pelo **conhecimento** do *Habeas Corpus* impetrado, e no mérito, pela não concessão da Ordem, por falta de amparo legal, cassando, em consequência, a liminar concedida que suspendeu o Mandado de Prisão decretado pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, e por fim nego a instauração de Incidente de Insanidade Mental.

Brasília-DF, 29 de novembro de 2022.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro do STM

_____

HABEAS CORPUS Nº 7000394-26.2022.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Celso Luiz Nazareth.

Paciente: A.D.S.R.
Advogada: Camila do Socorro Rodrigues Alves (OAB PA14055).

Impetrado: Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 8ª CJM – Justiça Militar da União – Belém.

EMENTA

HABEAS CORPUS. INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. CONDENADO CIVIL. REGIME ABERTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU). ART. 62 DO CPM. ART. 594 DO CPPM. ARTIGOS 2º, 65 E 105 DA LEP. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DE PROCEDIMENTOS NO ÂMBITO DA JMU. AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DO MANDADO PRISIONAL PARA EXPEDIÇÃO DA CARTA DE GUIA E PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL PERANTE A JUSTIÇA COMUM. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 56 E DO ART. 23 DA RESOLUÇÃO Nº 417/2001 DO CNJ. CONFIRMAÇÃO DE LIMINAR E CONCESSÃO DA ORDEM. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

1. CONFORME ENTENDIMENTO DESTA CORTE, COMPETE AO JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO EXPEDIR O MANDADO DE PRISÃO, LOGO EM SEGUIDA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA DE CIVIS, BEM COMO É DA COMPETÊNCIA DOS MAGISTRADOS SENTENCIANTES A EXPEDIÇÃO DA COMPETENTE CARTA DE GUIA PARA O FIM DE CUMPRIMENTO DAS PENAS IMPOSTAS PERANTE O JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL DA JUSTIÇA COMUM.

2. A PRISÃO PRÉVIA DE CONDENADO, À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, NÃO É, NECESSARIAMENTE, PRESSUPOSTO PARA A EXPEDIÇÃO DA CARTA DE GUIA E PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA ESTADUAL DE RÉU CIVIL CONDENADO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. O DECRETO DE PRISÃO, EM TAIS CASOS, IMPORTA NA SUBMISSÃO DO CONDENADO A TRATAMENTO PRISIONAL MAIS GRAVOSO DO QUE AQUELE QUE FOI ESTABELECIDO NA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO.

3. AS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 62 DO CPM, NO ART. 594 DO CPPM E NOS ARTIGOS 65 E 105 DA LEP DEVEM SER INTERPRETADAS EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, COM A SÚMULA VINCULANTE Nº 56 DO STF E COM O

DISPOSTO NO ART. 23 DA RESOLUÇÃO Nº 417/2001 DO CNJ, DEVENDO O JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, CONFORME ENTENDIMENTO DADO, POR UNANIMIDADE, PELO PLENÁRIO DESTA CORTE, AMOLDAR O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO AOS SEGUINTES PROCEDIMENTOS: 1) QUE SE EXPEÇA A CARTA DE GUIA PARA INÍCIO FORMAL DA EXECUÇÃO PENAL, INDEPENDENTE DE PRÉVIO MANDADO DE PRISÃO E DO SEU CUMPRIMENTO; 2) QUE, ABERTO O PROCESSO EXECUTÓRIO, INTIME-SE O CONDENADO PARA COMPARECER À AUDITORIA PARA ASSINAR TERMO DE COMPROMISSO, NO QUAL SE COMPROMETA A, QUANDO FOR INTIMADO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO ESTADUAL, COMPARECER ÀQUELE JUÍZO PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO; 3) QUE, SE NÃO LOCALIZADO PARA INTIMAÇÃO OU CASO SE RECUSE AO TERMO, EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO, EM ATENÇÃO AO PROCEDIMENTO PADRÃO; E 4) QUE, DEPOIS DE TOMADO O TERMO CITADO OU CUMPRIDO O MANDADO (CASO TENHA SIDO NECESSÁRIO EXPEDI-LO), DECLINE-SE DE COMPETÊNCIA, NA FORMA DO ART. 62 DO CPM C/C O ART. 2º DA LEP E DO ENUNCIADO DA SÚMULA 192/STJ.

4. LIMINAR CONFIRMADA E ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, prosseguindo no julgamento interrompido na sessão presencial/videoconferência, de 21 de setembro de 2022, após o retorno de vista do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, **por unanimidade**, decidiu confirmar a liminar e conceder a ordem pleiteada, para revogar a decisão "*a quo*", que determinou a expedição de mandado de prisão e determinar que o juízo "*a quo*" adote o seguinte procedimento, amoldado a partir do art. 23 da Resolução/CNJ 417/2021: 1) que se expeça a carta de guia para início formal da execução penal, independente de prévio mandado de prisão e seu cumprimento; 2) que, aberto o processo executório, intime-se o condenado para comparecer à auditoria para assinar termo de compromisso, no qual se comprometa a, quando for intimado pelo juiz da execução estadual, comparecer àquele juízo para início da execução; 3) que, se não localizado para intimação ou caso se recuse ao termo, expeça-se mandado de prisão, em atenção ao procedimento padrão; e 4) que, depois de tomado o termo citado ou cumprido o mandado (caso tenha sido necessário expedi-lo), decline-se de competência, na forma do art. 62 do CPM c/c o art. 2º da LEP e o enunciado da Súmula 192/STJ. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto. Ausente, justificadamente, o Ministro Leonardo Puntel.

Relator do Acórdão: Ministro Celso Luiz Nazareth.

Votantes: Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira e Ministro José Barroso Filho. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 03/11/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus (HC), com pedido de liminar, impetrado pela Dra. CAMILA DO SOCORRO RODRIGUES ALVES, em favor de A.D.S.R., ex-CB do Exército Brasileiro, por estar, supostamente, sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de ato do Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), o qual teria determinado a prisão do paciente, no âmbito da Execução Criminal nº 9000001-21.2022.7.08.0008, em virtude da declinação da competência do referido feito à Justiça Estadual.

Alega a impetrante, em síntese, que:

> [...] O paciente foi julgado e condenado à pena de 02 (dois) anos, 9 (meses) e 18 (dezoito) dias de reclusão, como incurso no artigo 251, § 3º, do CPM, em regime inicialmente aberto, pelo Juízo de primeiro grau. As partes não interpuseram recurso, tendo a sentença transitada em julgada para a defesa em 17 NOV 21, e para o MPM em 09 NOV 21; posteriormente o Juiz da Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, decidiu DECLINAR a competência em favor da Vara de Execuções Penais pertinente, no entanto, expediu-se Mandado de Prisão. Em decorrência da expedição do referido mandado de prisão está o paciente na iminência de sofrer grave constrangimento, pois condenado a uma pena em regime mais brando, vem por meio dessa decisão a iniciar sua pena em regime mais severo do que o previsto para o caso. A decisão se mostra abusiva, pois mesmo condenado a uma pena de em 02 (dois) anos, 9 (meses) e 18 (dezoito) dias de reclusão, o regime inicial aberto, foi emitido mandado de prisão em desfavor do paciente, contrariando os preceitos legais e os princípios do direito penal, e até mesmo o entendimento deste Tribunal que em casos análogos decidiu-se pela revogação de mandado de prisão expedido dessa forma. Nessa situação mostra-se arbitrária a decisão, pois além de ter direito reconhecido na sentença de cumprir a pena em regime aberto, ostenta o paciente bons antecedentes, desde o início do processo compareceu a todos os atos a que foi chamado, é primário, tem boa conduta social, possui residência fixa e ocupação lícita, e mesmo assim o juiz vem impor um regime prisional mais gravoso. Ademais o paciente é soropositivo, e se consume a prisão do paciente, poderá a mesma se prolongar por vários dias em virtude da morosidade em se providenciar um estabelecimento prisional adequado, ainda mais em tempos de pandemia, que estamos

> vivenciando em decorrência do coronavírus. Injustificável a manutenção do sentenciado em regime fechado a fim de aguardar o trâmite burocrático. Como se sabe e foi declinado pelo Senhor Juiz Federal LUIZ OCTAVIO RABELO NETO, o fato de ser civil, o réu cumprirá sua pena em estabelecimento prisional comum, ficando sujeito à legislação penal ordinária, nos termos do artigo 62 do Código Penal Militar, o que torna ainda mais morosa a conclusão do procedimento. Assim pode o paciente sofrer um constrangimento desnecessário em aguardar por muito tempo em regime fechado o início do cumprimento da pena, quando a própria lei lhe garante o direito ao regime aberto-domiciliar, situação que agride profundamente os preceitos constitucionais vigentes A situação se torna mais grave ainda pelo fato do paciente vir a perder seu emprego, deixar de contribuir com o sustento de seus filhos e esposa, pois preso não poderá exercer seu ofício. Todavia em regime aberto têm direito ao trabalho, sendo autorizados a deixar o estabelecimento prisional durante o dia e recolher-se à noite, já preso ficará privado de todos os direitos que a legislação lhe confere. Desse modo, fica caracterizada a grave ameaça do paciente vir a sofrer limitação em seu direito de liberdade. [...]

Nesse sentido, a Impetrante requereu a "expedição de salvo conduto, preservando o direito fundamental de liberdade física do paciente, nos termos do artigo 660, § 4º, do Código de Processo Penal."

Por razões de cautela e entender presentes o *fumus boni iuris* e *o periculum in mora*, deferi o pedido liminar para que fosse expedido contramandado de prisão em nome do Paciente (Evento 5).

Visando salvaguardar o direito à intimidade do Paciente, foi determinado que o presente *Habeas Corpus* tramitasse em Segredo de Justiça, nos termos do contido na Lei nº 14.289/2022 (Evento 10).

O Douto Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da União Dr. LUIZ OCTAVIO RABELO NETO, da Auditoria da 8ª CJM, prestou as informações de praxe, ressaltando, que: foram formalizados os autos da Execução Penal, sob o nº 9000001-21.2022.7.08.0008; ainda não houve declinação de competência em favor da Justiça Estadual, tendo o Juízo determinado, antes dessa providência, a expedição de Mandado de Prisão em desfavor do paciente, anotando-se expressamente o regime aberto fixado para cumprimento de pena, praxe que se alinha à jurisprudência consolidada do E. Superior Tribunal Militar; após o cumprimento do mandado de prisão pela Brigada do Exército em Marabá-PA, foi determinado que o Juízo da Auditoria da 8ª CJM fosse imediatamente comunicado acerca do cumprimento, para fins de declinação de competência, o que costuma ser decidido no mesmo dia da prisão, a fim de evitar prejuízos ao sentenciado, e encontra-se pendente o cumprimento do Mandado de Prisão nº 900093687-05 (Evento12).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. ARILMA CUNHA DA SILVA,

manifestou-se pelo conhecimento do presente *Habeas Corpus* e, no mérito, pronunciou-se pela denegação da ordem, apresentando a seguinte ementa, *in verbis* (Evento 17):

> HABEAS CORPUS. DEFESA. EX-CABO EX. MANDADO DE PRISÃO A SER EXPEDIDO. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. POSTERIOR DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA EM FAVOR DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA A EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ABUSO DE PODER OU CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO EGRÉGIO STM. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Trata-se de Habeas Corpus impetrado pela Defesa em favor de ex-Cabo Ex, tendo em vista suposto constrangimento ilegal decorrente de ato do Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 8ª CJM, nos autos de Processo de Execução, o qual determinou a prisão do Paciente, como formalidade ao posterior declínio da competência à Justiça Comum Estadual, para o devido cumprimento da pena ao sentenciado. 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. Orientação do eg. STM, em casos desse jaez. A PGJM, em parecer, manifesta-se pelo conhecimento do presente Habeas Corpus, e, no mérito, pronuncia-se pela denegação da ordem.

É o Relatório.

VOTO

Restam presentes as condições de admissibilidade da presente ação constitucional, razão pela qual deve ser conhecida.

Verifica-se, dos autos da APM nº 7000016-29.2019.7.08.0008, que **o Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para o Exército da Auditoria da 8ª CJM**, em sessão de julgamento realizada no dia 27/10/2021, decidiu, por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado na denúncia e **condenar o paciente A.D.S.R., ex-Cb do Exército Brasileiro**, pelo crime do art. 251, § 3º, por duas vezes, c/c o art. 80 ambos do Código Penal Militar e o art. 71 do Código Penal comum, **à pena definitiva de 2 (dois) anos, 9 (meses) e 18 (dezoito) dias de reclusão**, no regime aberto e o direito de recorrer em liberdade (APM, Evento 256).

A sentença condenatória transitou em julgado tanto para a Defesa como para a Acusação (APM, Eventos 266 e 267).

Em decorrência do trânsito em julgado, foram formalizados os autos da Execução Penal Militar nº 9000001-21.2022.7.08.0008 e determinada, pelo Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 8ª CJM, a expedição do Mandado de Prisão nº 900093687-05, para cumprimento pela Brigada do

Exército em Marabá-PA, anotando-se o regime aberto, no referido Mandado (EPM, Evento 05).

Conforme aduzido na liminar deferida, não desconsidero o entendimento desta Corte segundo o qual compete ao Juiz Federal da Justiça Militar da União expedir Mandado de Prisão, logo em seguida ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória de civis. Da mesma forma, reconheço a competência dos Magistrados sentenciantes para expedirem as competentes Cartas de Guia de sentenciado civil aos diretores dos estabelecimentos prisionais, para o fim de cumprimento das penas impostas. Neste sentido, destaco os seguintes julgados, *in verbis*:

> 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. (Superior Tribunal Militar. CORREIÇÃO PARCIAL nº 7000258-63.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) ODILSON SAMPAIO BENZI. Data de Julgamento: 11/11/2021, Data de Publicação: 03/12/2021)

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXECUÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PROVIMENTO. Decisão do Juízo de origem que, ao declinar em favor do Juízo da Vara de Execuções Penais da Circunscrição Judiciária do Estado de Tocantins a competência para executar a pena imposta a ex-militar condenado como incurso no art. 290 do CPM, julgou prejudicado o pedido do MPM para a expedição de respectivo mandado de prisão. Ainda que o *Parquet* não questione a declaração de incompetência desta Justiça Militar da União para executar a pena imposta ao condenado, tendo em vista a sua atual condição de civil, o seu inconformismo aponta para a necessidade de expedição de mandado de prisão para que, só

> então, sejam os autos remetidos à Vara de Execuções Penais. É inegável a competência da Justiça comum para executar a pena imposta ao Sentenciado civil, ou que venha a se tornar civil no curso do processo. Porém, até a concretização da prisão, não há que falar em jurisdição a ser exercida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, pelo simples fato de ainda não existir relação processual no âmbito executório com o condenado desta Justiça Militar. Descabe falar em antinomia entre o regime aberto, fixado para o cumprimento da pena de 1 ano de reclusão estabelecida na Sentença, e a competência do Juiz-auditor para expedir o mandado de prisão e a carta de guia correspondente. Mandado em que deverá constar, expressamente, o regime aberto de cumprimento da pena, bem como a determinação de que na impossibilidade do Sentenciado cumpri-la em Casa do Albergado, seja pela sua falta, seja pela indisponibilidade de vagas, ser-lhe-á assegurado o direito à prisão domiciliar. Provimento do Recurso Ministerial. Unânime. (Superior Tribunal Militar. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000059-88.2016.7.11.0111. Relator(a): Ministro(a) LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Data de Julgamento: 31/10/2017, Data de Publicação: 29/11/2017)

A teor do disposto no art. 62 do CPM, o civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar da União em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme disposto na Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210/84), de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar, *in verbis*:

> 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.

Em consonância com o disposto no CPM, o Enunciado da Súmula 192 do STJ aduz que "**compete ao juízo das execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça** Federal, **Militar** ou Eleitoral, **quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual**." (Grifos nossos).

A LEP, por seu turno, aduz, em seu art. 105, que o processo de execução somente poderá ser instaurado, pelo juízo competente, após o recolhimento do condenado, *in verbis*:

> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal Militar (CPPM) estabelece, nos termos do contido em seu art. 594 e seguintes, que **o início formal da execução dar-se-á com a expedição da Carta de Guia** ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena, **após a prisão do réu** condenado à pena privativa de liberdade, *in verbis*:

> **Carta de guia**
>
> Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.
>
> **Formalidades**
>
> Art. 595. A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo auditor, que rubricará todas as folhas, será remetida para a execução da sentença:
>
> a) ao comandante ou autoridade correspondente da unidade ou estabelecimento militar em que tenha de ser cumprida a pena, se esta não ultrapassar de dois anos, imposta a militar ou assemelhado;
>
> b) ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena, quando superior a dois anos, imposta a militar ou assemelhado ou a civil.
>
> **Conteúdo**
>
> Art. 596. A carta de guia deverá conter:
>
> a) O nome do condenado, naturalidade, filiação, idade, estado civil, profissão, posto ou graduação;
>
> b) a data do início e da terminação da pena;
>
> c) o teor da sentença condenatória.

Da análise perfunctória dos dispositivos legais acima descritos, tem-se, inicialmente, o entendimento de que, após o trânsito em julgado da sentença que impuser pena privativa de liberdade, o Juiz Federal da Justiça Militar deve expedir o mandado de prisão para o recolhimento do condenado e a consequente Carta de Guia ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena, para o início formal da execução penal, declinando, após esses atos, de sua competência para a Vara de Execução Penal da Justiça comum.

Entretanto, não podemos deixar de observar que, em se tratando de pena em **regime aberto**, o seu cumprimento deve-se dar em Casa do Albergado ou, em caso de inexistência desta ou de indisponibilidade de vagas, é assegurado ao sentenciado o direito do cumprimento da pena em prisão domiciliar, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> PENA - CUMPRIMENTO - REGIME ABERTO - CASA DO ALBERGADO. A concretude do regime aberto pressupõe casa do albergado estrita aos que estejam submetidos a essa espécie de cumprimento da pena, havendo de dispor o local de condições a assegurarem a integridade física e moral do preso - dever do Estado, consoante disposto no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal.

> PRISÃO DOMICILIAR - CASA DO ALBERGADO INEXISTENTE OU IMPRÓPRIA. O rol normativo de situações viabilizadoras da prisão domiciliar não é exaustivo, cabendo observá-la, se houver falha do aparelho estatal quanto a requisitos a revelarem a casa do albergado. (HC 95334, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-03 PP-00661 RTJ VOL-00212-01 PP-00498 RMP n. 44, 2012, p. 221-224)
>
> PENA - CUMPRIMENTO - REGIME SEMIABERTO. Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar. (HC 96169, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009 EMENT VOL-02377-02 PP-00331)

Pelas disposições contidas na LEP, em regra, no cumprimento da pena em regime aberto, em Casa do Albergado, o condenado tem preservado o direito de sair para o trabalho e estudos, limitando sua liberdade, apenas, durante o repouso noturno e nos finais de semana.

Da mesma forma, na prisão domiciliar, uma alternativa à falta de estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena em regime aberto, o sentenciado não fica impedido de desenvolver, de igual forma, suas atividades laborais, *in verbis*:

> CAPÍTULO IV
>
> Da Casa do Albergado
>
> Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.
>
> Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.
>
> Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.
>
> Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.
>
> [...]
>
> Art. 113. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz.
>
> Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

> I- estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;
>
> II- apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.
>
> Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.
>
> Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:
>
> I- permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;
>
> II- sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;
>
> III- não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;
>
> IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Ressalte-se que este Tribunal tem procurado evitar o encarceramento prévio de condenados à pena privativa de liberdade em regime aberto. Para tal, faz-se constar nos **mandados de prisão, expressamente, o regime aberto de cumprimento de pena, bem como a determinação para que seja salvaguardado ao sentenciado o direito de cumprimento da pena em "Casa do Albergado" ou, na falta desta, o regime de prisão domiciliar**, conforme se infere dos seguintes julgados, *in verbis*:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CONDENAÇÃO. EX-MILITAR. PENA SUPERIOR A DOIS ANOS. REGIME ABERTO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. MANDADO DE PRISÃO. CARTA DE GUIA. EXPEDIÇÃO. COMPETÊNCIA DA JMU. EXECUÇÃO PENAL. REMESSA DOS AUTOS À VARA DE EXECUÇÕES PENAIS (VEP). 1. Transitada em julgado a Sentença condenatória que impõe a ex-militar, ou a civil, pena superior a dois anos, compete ao Juiz-Auditor, antes de encaminhar os autos à VEP, expedir o respectivo mandado de prisão e a decorrente carta de guia, nos termos do art. 594 e seguintes do CPPM. 2. Tratando-se de imposição de regime aberto, no Mandado de Prisão deverá constar, expressamente, aquela forma de execução da pena, bem como a determinação de que o Sentenciado seja recolhido à Casa do Albergado ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, assegure-se a prisão em domicílio. Decisão majoritária. (Superior Tribunal Militar. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000003-49.2017.7.03.0303. Relator(a): Ministro(a) MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Data de Julgamento: 30/06/2017, Data de Publicação: 18/08/**2017**) (Grifo nosso)

> 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**. (Superior Tribunal Militar. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 7000070-41.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS AUGUSTO DE SOUSA. Data de Julgamento: 01/07/2019, Data de Publicação: 08/08/**2019**) (Grifo nosso)

A questão que se impõe é saber se ante o atual arcabouço normativo, tomando a Constituição da República como a sua fonte primaz de legitimação, seria razoável e indispensável a expedição de mandado de prisão para fins de declínio de competência da execução penal, em situações como a presente. Seria razoável decretar-se a prisão do Paciente condenado à pena privativa de liberdade em regime aberto; portador de HIV; que respondeu ao processo em liberdade; encontra-se desenvolvendo atividade laborativa lícita e que possui residência fixa?

Entendo que a posição desta Corte deva ser ponderada, diante dos princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, e alíneas), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e sem menoscabo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, principalmente nos casos em que o cumprimento da pena se inicie **no regime aberto e as circunstâncias pessoais do condenado demonstrem que sua prisão prévia, como requisito para início formal da Execução Penal, se mostra excessivamente gravosa.**

A razoabilidade determina que as condições pessoais e individuais do sujeito envolvido sejam consideradas na decisão, enquanto a proporcionalidade, em sentido amplo, envolve considerações sobre a necessidade e a adequação da prisão prévia do Paciente para o início da Execução Penal, no regime aberto, mais brando que o cárcere formal.

No caso, conforme exposto na inicial, o condenado possui trabalho fixo, que pode ser diretamente afetado com o cumprimento prévio do mandado de prisão. Ademais, o condenado é portador da CID 10 – B24, conforme cópia da Ata de Inspeção de Saúde nº637/2017 do Hospital de Guarnição de Marabá (Evento 1, Doc. ANEXOS PET INI 3, fl. 19).

Destaco, a título comparativo, que o STJ, recentemente, já se manifestou no sentido de que o Paciente portador do vírus HIV efetivamente, possui uma condição que pode ser ponderada quanto à necessidade do cárcere (AgRg no HC n. 740.157/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022).

Nesse ponto, parece-me que a expedição de mandado de prisão, com o recolhimento do condenado ao cárcere, como requisito para o início do cumprimento da Execução Penal em regime aberto, constitui constrangimento ilegal e se mostra demasiadamente penoso para o sentenciado, que tem o direito de cumprir sua pena definitiva em Casa do Albergado ou, na falta desta, como é o caso dos autos, em regime domiciliar, uma vez que inexistem instalações de Casa do Albergado em Marabá, domicílio atual do Paciente.

Registre-se que o Paciente não se encontra foragido e, muito menos, não há indícios de que esteja se esquivando da efetiva aplicação da lei penal militar.

Portanto, no caso dos autos, o fato de o Paciente possuir trabalho fixo, que lhe rende o seu próprio sustento e o de sua família; de ser portador do vírus HIV; de não existir Casa do Albergado no domicílio da execução penal; de não se encontrar foragido; de não apresentar indícios de periculosidade e de não opor obstáculos para a efetiva aplicação da lei penal militar, torna seu encarceramento prévio, para cumprimento de pena em regime inicial aberto, medida excessivamente gravosa, não razoável no senso comum, não adequada ao regime imposto para o cumprimento da pena e não efetivamente necessária para dar início a execução penal.

Não se trata aqui de retirar a competência do Juiz Federal da Justiça Militar para o início da execução penal, mas, sim, resguardar o direito de liberdade, da dignidade e do trabalho do condenado durante o dia, em decorrência do regime aberto que lhe foi imposto na sentença condenatória transitada em julgado.

Ressalta-se que o **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, em casos semelhantes, tem admitido a expedição da Carta de Guia de execução penal antes mesmo do cumprimento do mandado prisional. Nesse sentido, destaco os seguintes julgados, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL ANTECIPADA. AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DO MANDADO PRISIONAL PARA EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO. REQUISITO OBJETIVO. FRAÇÃO A SER UTILIZADA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em hipóteses nas quais o prévio recolhimento do Paciente consubstanciaria constrangimento ilegal, admite a extraordinária**

expedição da guia de execução antes do cumprimento do mandado prisional, para análise de benefícios no âmbito da execução penal. 2. No caso, não há excepcionalidade que permita afastar a exigência da prévia implementação da prisão, notadamente porque a Corte *a quo* concluiu que a Paciente "não preencheu sequer o requisito objetivo para, como pleiteia, cumprir o restante de sua pena em regime aberto" (fl. 323). 3. A questão sobre a fração a ser utilizada para o cálculo do requisito objetivo (2/5 ou 1/8) não foi debatida pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual incabível o exame da matéria nesta Corte, sob pena indevida supressão de instância. 4. Agravo desprovido. (AgRg no HC n. 708.384/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021) (Grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO NO REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE PRISÃO PENDENTE DE CUMPRIMENTO. INÍCIO DA EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO EXECUTÓRIO. INEXISTÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. É firme neste Superior Tribunal de Justiça a orientação de que, nos termos do art. 66, III, *c*, da Lei n. 7.210/1984, compete ao Juízo da Execução Penal avaliar as matérias inerentes ao cumprimento da pena, dentre as quais o pedido de progressão de regime. Precedentes. 2. **Com efeito, há julgados deste STJ que admitem a expedição da guia de execução antes do cumprimento do mandado prisional. Contudo, somente em casos específicos e excepcionais, em situações nas quais as circunstâncias fáticas e concretas indiquem que a prisão do sentenciado possa vir a ser excessivamente gravosa. A propósito, AgRg no HC 583.027/SP, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020; HC 599.475/SP, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/9/2020, DJe 29/9/2020**. 3. Não demonstrada excepcionalidade a autorizar a expedição de guia de recolhimento antes de cumprido o mandado de prisão. É que, consoante aduzido na decisão agravada, a argumentação relativa a possibilidade de alteração do cumprimento da pena em prisão domiciliar em vez de ser no regime semiaberto, é despida de qualquer plausibilidade jurídica, na medida em que sequer foi submetida a debate na instância ordinária, este Tribunal Superior encontra-se impedido de pronunciar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 673.679/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 4/10/2021.) (Grifo nosso)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO PRISIONAL NÃO CUMPRIDO. ART. 105 DA LEP E ART. 675 DO CPP. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO

PRÉVIO DO SENTENCIADO À PRISÃO. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. DETRAÇÃO E UNIFICAÇÃO DAS PENAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA QUE NÃO ALTERA O REGIME PRISIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **Nos termos do art. 105 da Lei de Execução Penal e art. 675 do Código de Processo Penal, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dá com o recolhimento do sentenciado à prisão e a expedição da respectiva guia de execução**. 2. Segundo entendimento reiterado desta Corte, em regra, o exame dos pedidos de soma ou unificação de penas (art. 66, III, "a", da LEP), de progressão prisional (art. 66, III, "b" e 112 da LEP), de detração (art. 66, "c", III, da LEP), ou de qualquer outro benefício, estão condicionados ao cumprimento do mandado de prisão e, consequentemente, à expedição da guia definitiva pelo Juízo da Execução. **3. Esta Corte Superior tem excepcionado tal entendimento a casos específicos em que a condição do prévio recolhimento ao cárcere possa ser excessivamente gravosa, a depender das particularidades das situações de cada sentenciado**, o que, contudo, não restou demonstrado na hipótese dos autos. 4. Na hipótese, a existência de circunstância judicial desfavorável ao paciente justifica o agravamento do regime prisional. Desse modo, ainda que deferidos os benefícios pretendidos (unificação das penas e detração), o que poderia conduzir a pena restante à patamar inferior a 4 anos, seria cabível o regime semiaberto, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, "c", c/c o § 3º do Código Penal. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 142.729/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 7/10/2021.) (Grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 654, § 2º, DO CPP. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. RÉU EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NÃO RECOLHIMENTO À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR (ART. 117, II, DA LEP). IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO INCONDICIONADA À PRISÃO. 1. A questão referente ao direito do condenado ao cumprimento da pena em prisão domiciliar não comporta conhecimento, na medida em que o pleito não foi sequer apresentado às instâncias ordinárias, o que impede a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Como é cediço, o habeas corpus não admite dilação probatória e a concessão do benefício pleiteado a quem se encontra definitivamente condenado ao cumprimento da pena em regime fechado, por interpretação extensiva do art. 117, II, da Lei de Execução Penal, exige prova inequívoca de que o apenado esteja gravemente debilitado, com efetiva impossibilidade de receber tratamento adequado no estabelecimento. 3. Na hipótese, contudo, inferindo-se a

plausibilidade jurídica do pedido, deve a ordem ser concedida, de ofício (art. 654, § 2º, do CPP), a fim de que o pleito possa ser examinado pelo Juízo da execução, sem que o condenado tenha que se recolher à prisão. **4. Sendo o prévio recolhimento à prisão condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, devida a expedição da guia de execução independentemente do cumprimento do mandado de prisão (HC n. 366.616/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 4/5/2017)**. 5. Agravo regimental improvido. De ofício, concedida ordem de habeas corpus para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independentemente do prévio recolhimento do ora agravante ao cárcere, de modo que a defesa possa formular no Juízo das execuções o pedido de concessão da prisão domiciliar. (AgRg no HC n. 583.027/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 27/11/2020.) (Grifo nosso)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 691 DO STF NÃO SUPERADA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NÃO DEMONSTRADA. NÃO RECOLHIMENTO DA PACIENTE AO CÁRCERE. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. EMISSÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO JUSTIFICADA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. RELATORIA DE OUTRO JULGADOR. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. 1. Admite-se a superação do enunciado n. 691 da Súmula do STF em casos excepcionais, quando, sob a perspectiva da jurisprudência desta Corte Superior, num exame superficial, a ilegalidade do ato apontado como coator é inquestionável e cognoscível de plano – o que não ocorre na espécie. 2. Não obstante a atual crise mundial trazida pela pandemia do novo coronavírus, a apenada ainda não se recolheu à prisão, tampouco comprovou o padecimento pelas enfermidades apontadas no *writ*. Não são bastantes, por si sós, os documentos colacionados aos autos para evidenciar que, quando segregada, a paciente não receberá medicamentos, ou lhe será negado tratamento médico intramuros, ou que será submetida a iminente risco de contágio pela COVID-19, ou que, atualmente, apresente sintomas correspondentes a comorbidades severas. 3. Essas circunstâncias afastam, por ora, a aplicação da Recomendação n. 62/2020 do CNJ à sentenciada, sem prejuízo de ulterior decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais, competente para dirimir o incidente, à luz dos interesses em conflito. **4. Nos termos dos arts. 105 da Lei n. 7.210/1984 e 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento – e consequente início da competência do juízo das execuções – demanda prévia custódia do réu**. 5. No entanto, estabelece o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. **6. Justifica-se a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, a fim de possibilitar a análise do pedido de**

> **progressão de regime ou de prisão domiciliar pelo Juízo competente (Precedentes do STJ e do STF).** 7. Impossível avaliar se há ou não similitude fática, aos ditames do art. 580 do CPP, entre as condutas atribuídas à ré e à beneficiada do proveito de segregação domiciliar, mormente porque abordadas cada qual em um processo distinto. Não há falar em estender efeitos de decisão proclamada em outro feito, à acusada em demanda diversa (não existe concurso de pessoas), sobretudo de relatoria de outro julgador. 8. **Ordem denegada. Concessão de habeas corpus, de ofício, para determinar, independentemente do recolhimento da paciente à prisão, se instaure o processo de execução, com observância do art. 65 da Lei n. 7.214/1984, e se submeta à análise do juízo competente o pleito de progressão de regime ou prisão domiciliar**. (HC n. 599.475/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/9/2020.) (Grifo nosso)

Em certa medida, o **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)** preocupou-se com a questão ora em debate, ao editar a Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, que dispõe sobre o procedimento relativo à execução da pena privativa de liberdade, assim como a **Resolução nº 417, de 20 de setembro de 2021, com redação dada pela Resolução nº 474, de 9 de setembro de 2022, que institui e regulamenta o Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0)**.

Referidas normas do CNJ aduzem que a sentença penal condenatória será executada nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP), da lei de organização judiciária local e de suas disposições, devendo compor o processo de execução a "Guia", sem contudo haver a determinação expressa de que sua emissão só possa ocorrer após a expedição do mandado de prisão e da certificação de seu cumprimento, *in verbis*:

> RESOLUÇÃO Nº 113, DE 20 DE ABRIL DE 2010
>
> DA EXECUÇÃO PENAL
>
> Art. 1º A sentença penal condenatória será executada nos termos da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, da lei de organização judiciária local e da presente Resolução, **devendo compor o processo de execução, além da guia**, no que couber, as seguintes peças e informações:
>
> I- qualificação completa do executado;
>
> II- interrogatório do executado na polícia e em juízo;
>
> III- cópias da denúncia;
>
> IV - cópia da sentença, voto(s) e acórdão(s) e respectivos termos de publicação, inclusive contendo, se for o caso, a menção expressa ao deferimento de detração que importe determinação do regime de cumprimento de pena mais benéfico do que seria não fosse a detração,

pelo próprio juízo do processo de conhecimento, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.736/12; (Redação dada pela Resolução nº 180, de 03.10.13)

V - informação sobre os endereços em que possa ser localizado, antecedentes criminais e grau de instrução;

VI - instrumentos de mandato, substabelecimentos, despachos de nomeação de defensores dativos ou de intimação da Defensoria Pública;

VII - certidões de trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa;

VIII - cópia do mandado de prisão temporária e/ou preventiva, com a respectiva certidão da data do cumprimento, bem como com a cópia de eventual alvará de soltura, também com a certidão da data do cumprimento da ordem de soltura, para cômputo da detração, caso, nesta última hipótese, esta já não tenha sido apreciada pelo juízo do processo de conhecimento para determinação do regime de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.736/12; (Redação dada pela Resolução nº 180, de 03.10.13)

IX- nome e endereço do curador, se houver;

X - informações acerca do estabelecimento prisional em que o condenado encontra-se recolhido e para o qual deve ser removido, na hipótese de deferimento de detração que importe determinação do regime de cumprimento de pena mais benéfico do que haveria não fosse a detração, pelo próprio juízo do processo de conhecimento, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.736/12; (Redação dada pela Resolução nº 180, de 03.10.2013)

XI- cópias da decisão de pronúncia e da certidão de preclusão em se tratando de condenação em crime doloso contra a vida;

XII- certidão carcerária;

XIII- cópias de outras peças do processo reputadas indispensáveis à adequada execução da pena.

Parágrafo único. A decisão do Tribunal que modificar o julgamento deverá ser comunicada imediatamente ao juízo da execução penal. (Incluído pela Resolução nº 237, de 23.08.2016)

Art. 2º A guia de recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade e a guia de internação para cumprimento de medida de segurança obedecerão aos modelos dos anexos e serão expedidas em duas vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa que custodia o executado e a outra ao juízo da execução penal competente.

§ 1º Estando preso o executado, a guia de recolhimento definitiva ou de internação será expedida ao juízo competente no prazo máximo

de cinco dias, a contar do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, ou do cumprimento do mandado de prisão ou de internação.

§ 3º Recebida a guia de recolhimento, que deverá conter, além do regime inicial fixado na sentença, informação sobre eventual detração modificativa do regime de cumprimento da pena, deferida pelo juízo do processo de conhecimento, nos lindes do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.736/12, o estabelecimento penal onde está preso o executado promoverá a sua imediata transferência à unidade penal adequada, salvo se por outro motivo ele estiver preso, assegurado o controle judicial posterior. (Alterado pela Resolução nº 180, de 3 de outubro de 2013 - disponibilizada no DJ-e nº 189/2013, em 04/10/2013, pág. 2-3)

§ 4º Expedida a guia de recolhimento definitiva, os autos da ação penal serão remetidos à distribuição para alteração da situação de parte para "arquivado" e baixa na autuação para posterior arquivamento.

Art. 3º O Juiz competente para a execução da pena ordenará a formação do Processo de Execução Penal (PEP), a partir das peças referidas no artigo 1º.

§ 1º Para cada réu condenado, formar-se-á um Processo de Execução Penal, individual e indivisível, reunindo todas as condenações que lhe forem impostas, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução.

§ 2º Caso sobrevenha condenação após o cumprimento da pena e extinção do processo de execução anterior, será formado novo processo de execução penal.

§ 3º Sobrevindo nova condenação no curso da execução, após o registro da respectiva guia de recolhimento, o juiz determinará a soma ou unificação da pena ao restante da que está sendo cumprida e fixará o novo regime de cumprimento, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

(Grifo nosso).

Portanto, a expedição da "**Guia**" para o início da Execução Penal, em regime aberto, não pressupõe a **prisão prévia** do condenado, sendo institutos distintos, mesmo porque, nos termos do contido na Súmula Vinculante nº 56 do STF, o condenado não pode cumprir sua pena em regime mais gravoso do que o determinado na sentença ou do que o autorizado por Lei, *in verbis*:

SÚMULA VINCULANTE nº 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.

O **CNJ**, dentro do seu poder regulamentador, conferido pela Constituição da República, em seu artigo 103-B, § 4º, inciso I, de "**expedir**

atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências" aos Tribunais de todo o país (ADI 3367), ao editar a **Resolução nº 417/2021**, "regulamentou" referidas normas, fazendo distinção entre a **Guia de Recolhimento** e a **Guia de Execução, sendo a segunda expedida** para as pessoas condenadas definitivamente em regime aberto, *in verbis*:

> RESOLUÇÃO Nº 417, DE 20 DE SETEMBRO DE 2021
>
> **Art. 2º Serão expedidos no BNMP 3.0 os seguintes documentos referentes a ordens judiciais**, inclusive de natureza cautelar, além de outros eventualmente previstos em portaria a ser publicada pela Presidência do Conselho Nacional de Justiça, após a oitiva do Comitê Gestor:
>
> [...]
>
> **X – guia de Recolhimento, Execução ou Internação;**
>
> [...]
>
> **DA GUIA DE RECOLHIMENTO, EXECUÇÃO E INTERNAÇÃO**
>
> **Art. 22. Para as pessoas condenadas** ou submetidas à medida de segurança **deverá ser expedida a respectiva guia no BNMP. 3.0.**
>
> **§ 1º As guias serão assim classificadas:**
>
> I – guia de recolhimento: para pessoas condenadas presas provisória ou definitivamente, que devam iniciar o cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto;
>
> II **– guia de execução: para pessoas condenadas definitivamente em regime aberto, com penas substitutivas e com suspensão condicional da pena;**
>
> III **– guia de execução de tratamento ambulatorial: para pessoas submetidas à medida de segurança restritiva de tratamento ambulatorial;**
>
> IV – guia de internação: para pessoas internadas submetidas à medida de segurança de internação.
>
> § 2º Os sistemas processuais deverão conter os dados estruturados necessários à geração das guias de recolhimento.
>
> (Grifo nosso).

Assim, pelos atos regulamentares editados pelo CNJ, expede-se **Guia de Execução** de condenado em regime aberto, independentemente da expedição do mandado de prisão.

Portanto, não há óbices para a expedição da **Guia de Execução de condenado em regime aberto, independentemente da expedição do mandado de prisão, mesmo porque a Resolução nº 417/2021 do CNJ aduz, expressamente, em seu art. 23, que, TRANSITADA EM JULGADO A CONDENAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO, A**

PESSOA CONDENADA SERÁ INTIMADA PARA DAR INÍCIO AO CUMPRIMENTO DA PENA, PREVIAMENTE À EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante nº 56, *in verbis*:

> Art. 23. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante nº 56.

Não podemos deixar de repisar que, no caso, as circunstâncias fáticas e concretas indicam que a prisão prévia do sentenciado para início formal da Execução Penal se mostra excessivamente gravosa, considerando: as características do cumprimento da pena no regime aberto, conforme fixado na sentença condenatória, com trânsito em julgado; a inexistência de Casa do Albergado no domicílio da execução da pena; o direito a prisão domiciliar, conforme jurisprudência do STF; que o Paciente possui trabalho fixo e a sua condição de portador da CID 10 – B24, doença provocada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV).

Ademais, a nova redação do art. 23 da Resolução nº 417/2001, dada pela Resolução **nº 474, de 9 de setembro de 2022, do CNJ reforça meu entendimento de que** as disposições contidas no art. 62 do CPM, no art. 594 do CPPM e nos artigos 2º, 65 e 105 da LEP devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição da República de 1988 e com o disposto na Súmula Vinculante nº 56 do STF, para que o início formal da Execução Penal, em regime aberto, se dê com a expedição da **Guia de Execução (ou Carta de Guia no CPPM)**, independentemente da expedição de mandado de prisão.

Assim, estou convencido de que a prisão prévia de condenado, à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, não é pressuposto para a expedição da **Guia de Execução (ou Carta de Guia no CPPM)** e para o início da Execução Penal na Justiça Estadual de réu civil condenado na Justiça Militar da União.

Ao contrário, entendo que o decreto de prisão, em tais casos, importa na submissão do condenado a tratamento prisional mais gravoso do que aquele que foi estabelecido na sentença transitada em julgado, em violação a Súmula Vinculante nº 56 do STF, devendo o condenado ser intimado para dar início ao cumprimento da pena e assumir Termo de Compromisso de Comparecimento ao Juízo da Execução competente (art. 65, da LEP), previamente à expedição de qualquer mandado de prisão, conforme disposto na **nova redação do art. 23 da Resolução nº 417/2001, dada pela Resolução nº 474, de 9 de setembro de 2022, do CNJ.**

Ante o exposto, voto no sentido de confirmar a liminar e conceder a ordem de *Habeas Corpus*, para revogar a Decisão *a quo*, que determinou a

expedição de Mandado de Prisão, e determinar que o Juízo de origem adote o seguinte procedimento, amoldado a partir do art. 23 da Resolução nº 417/2001, dada pela Resolução nº 474, de 9 de setembro de 2022, do CNJ:

1) que se expeça a Carta de Guia para início formal da Execução Penal, independente de prévio Mandado de Prisão e seu cumprimento;

2) que, aberto o processo executório, intime-se o Condenado para comparecer à Auditoria para assinar Termo de Compromisso, no qual se compromete a comparecer àquele Juízo para início da Execução, quando for intimado pelo Juiz da Execução Estadual;

3) que, se não localizado para intimação ou caso se recuse ao termo, expeça-se Mandado de Prisão, em atenção ao procedimento padrão; e

4) que, depois de tomado o Termo citado ou cumprido o Mandado (caso tenha sido necessário expedi-lo), decline-se de competência, na forma do art. 62 do CPM, c/c o art. 2º da LEP e o enunciado da Súmula 192/STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em confirmar a liminar e em conceder a ordem pleiteada, para revogar a decisão "a quo", que determinou a expedição de mandado de prisão, e determinar que o juízo de origem adote o seguinte procedimento, amoldado a partir do art. 23 da Resolução/CNJ 417/2021: 1) que se expeça a carta de guia para início formal da execução penal, independente de prévio mandado de prisão e seu cumprimento; 2) que, aberto o processo executório, intime-se o condenado para comparecer à auditoria para assinar termo de compromisso, no qual se comprometa a, quando for intimado pelo juiz da execução estadual, comparecer àquele juízo para início da execução; 3) que, se não localizado para intimação ou caso se recuse ao termo, expeça-se mandado de prisão, em atenção ao procedimento padrão; e 4) que, depois de tomado o termo citado ou cumprido o mandado (caso tenha sido necessário expedi-lo), decline-se de competência, na forma do art. 62 do CPM c/c o art. 2º da LEP e o enunciado da Súmula 192/STJ.

Brasília, 3 de novembro de 2022 – Alte Esq Celso Luiz Nazareth, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Habeas Corpus Nº 7000394-26.2022.7.00.0000

Conforme Relatório, cuida-se de ***Habeas Corpus*** (HC) impetrado pela Dra. Camila do Socorro Rodrigues Alves, em favor do Paciente A.D.S.R., ex-Cabo do Exército Brasileiro (ex-Cb Ex). Opõe-se a advogada contra o ato do

MM. Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM) que, nos autos da Execução Penal 9000001-21.2022.7.08.0008, decretou a prisão do Paciente para proceder com o declínio de competência em favor da Justiça Comum, na forma do art. 62 do Código Penal Militar (CPM), uma vez que o Condenado é considerado civil para fins de cumprimento de pena.

Na Sessão de Julgamento de 21.9.2022, o eminente Ministro-Relator, ao acolher o pedido, votou por confirmar a liminar e conceder ordem para determinar que seja "expedida a Carta de Guia para o início formal da execução penal, independentemente do recolhimento do paciente à prisão". Ainda, determinou o Relator que se intimasse o Condenado "para dar início ao cumprimento da pena e assumir termo de compromisso de comparecimento ao juízo da execução penal competente" e, ato contínuo, que deverá o Juízo *a quo* proceder com a "declinação da competência para sua execução no juízo da execução penal da justiça comum".

No decurso do Voto até a conclusão acima, destacou o Relator as circunstâncias fáticas próprias do caso, quais sejam: o regime inicial de cumprimento da pena fixado no aberto e a condição de saúde específica do Paciente (acometido do vírus da imunodeficiência humana – HIV), além disso, o ex-militar respondeu todo o processo em liberdade, possui atividade laborativa lícita e tem residência fixa. Não suficiente, sublinhou as condições legais para início da execução penal, retiráveis tanto do texto legal quanto de julgados desta Corte.

Com isso tudo em vista, alcançou o que entende ser a norma adequada à situação: que é possível a expedição de Carta de Guia independente do Mandado de Prisão, a fim de se iniciar formalmente o processo de execução da pena. Uma vez instaurado, por ainda ser necessário o declínio de competência à Justiça Comum, compreende que então deverá o Juiz Federal intimar o Condenado para se comprometer em comparecer perante a Justiça Comum e, por fim, declinar o processo.

Por vislumbrar relevância ímpar na matéria, principalmente pela inovação em face do que, até o momento, tem sido a interpretação feita por este Tribunal em situações tidas por semelhantes, considerei necessário pedir *Vista* dos autos para exame mais aprofundado. Assim, retorno agora com o cabível Voto.

Introdutoriamente, este Superior Tribunal Militar (STM) direciona-se pela obrigatoriedade da expedição da Carta de Guia e do Mandado de Prisão, para que, com o Condenado detido, dê-se a abertura formal do processo executório. Essa interpretação se calça no disposto nos artigos 594 e seguintes do Código de Processo Penal Militar (CPPM), bem como no art. 105 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais – LEP). Mais que isso, não se observa

obstáculo no fato do regime prisional inicial ser o aberto, nem pela circunstância de que haverá com certeza declínio da competência.

Isso tudo se colhe da jurisprudência desta Corte, consolidada nas últimas três décadas. A título exemplificativo, na Correição Parcial 1994.01.001453-8, de relatoria do então Ministro Alte Esq José do Cabo Teixeira de Carvalho, julgada em 30.8.1994, já se entendia que, a despeito de condenado a regime em "albergue domiciliar", deveria ser expedida "Carta de Guia" para posterior declínio de competência. Nos últimos anos, com o incremento da interposição de *Habeas Corpus*, perfilham-se decisões da Corte em idêntico sentido, como se colhe das seguintes ementas:

> [...]. 2. **Tratando-se de imposição de regime aberto, no Mandado de Prisão deverá constar, expressamente, aquela forma de execução da pena**, bem como a determinação de que o Sentenciado seja recolhido à casa de albergado ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, assegure-se a prisão em domicílio. Decisão majoritária. (STM. RSE 0000003-49.2017.7.03.0303. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. Julgado em 30.6.2017. Publicado em 18.8.2017; grifo nosso)
>
> [...]. Após o trânsito em julgado, a expedição do Mandado de Prisão e da decorrente Carta de Guia é da competência do Juízo *a quo* onde tramitou o processo criminal. No caso de condenação em regime aberto, onde carecer de "casa de albergado", ou inexistirem vagas disponíveis não poderá o Sentenciado ser mantido em regime mais gravoso, devendo ser adotadas medidas alternativas ou determinada a sua prisão domiciliar. Embargos rejeitados. Decisão unânime. (STM. EI 0000003-49.2017.7.03.0303. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgado em 29.11.2017. Publicado em 12.12.2017; grifo nosso)
>
> [...]. Dado o trânsito em julgado do *Decisum* que condenou o Paciente à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, com regime prisional inicialmente aberto e sem o benefício do *sursis*, não incorre em abuso de poder ou em ilegalidade o magistrado que, por não existir casa de albergado na região, **determina a expedição do Mandado de Prisão domiciliar contra o sentenciado civil antes de encaminhar os autos à Vara de Execuções Penais. Compete ao Juiz-Auditor da Auditoria onde correu o processo executar a Sentença condenatória (art. 588 do CPPM) e, quando o réu tiver que cumprir pena em estabelecimento civil, expedir o Mandado de Prisão e a carta guia de recolhimento à Vara de Execuções Penais e ao diretor do estabelecimento prisional estadual (arts. 594 e 598 do CPPM; grifo nosso)**. [...]. (STM. HC 7000207-57.2018.7.00.0000. Rel. Min. Alvaro Luiz Pinto. Julgado em 29.6.2018. Publicado em 23.8.2018; grifo nosso)
>
> [...] 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. (STM. RSE 7000070-41.2019.7.00.0000. Rel. Min. Carlos Augusto de Sousa. Julgado em 1º.7.2019. Publicado em 8.8.2019; grifo nosso)

[...]. 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. (STM. HC 7000550-82.2020.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 17.9.2020. Publicado em 29.9.2020; grifo nosso)

[...]. Tal execução da pena suplanta a competência da Justiça Militar da União, estando afeta às Varas de Execuções Penais da Justiça comum. **Todavia, nos termos do disposto nos arts. 588, c/c o 594 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, certo caber ao Juízo onde tramitou a Ação Penal Federal primeiro expedir o Mandado de Prisão e a Carta de Guia, para só então declinar a competência em favor da Vara de Execuções Penais. Isso porque a jurisdição desta se inicia com a efetivação do Mandado de Prisão expedido pelo Juízo especializado federal, ou seja, após o início da execução penal em si**. [...]. (STM. HC 7000195-38.2021.7.00.0000. Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em 6.5.2021. Publicado em 18.5.2021; grifo nosso)

[...]. 3. **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.** 4. 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. Ordem

> denegada. Decisão unânime. (STM. HC 7000170-25.2021.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 6.5.2021. Publicado em 19.5.2021; grifo nosso)
>
> [...]. Trata-se de Habeas Corpus em que se alega constrangimento ilegal por parte de Juiz Federal da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição da Justiça Militar por ter **determinado a expedição de Mandado de Prisão para a remessa à Justiça Estadual dos autos do processo de execução envolvendo civil condenado à pena 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, pena essa substituída por duas penas restritivas de direitos. Considerando que a expedição de Mandado de Prisão deu-se tão somente para viabilizar o início da execução da pena substitutiva imposta, que a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito pode ser revogada pelo Juiz da Execução e que o Mandado de Prisão constitui mera formalidade que não implica agravamento do regime concedido**, não vislumbro elementos que justifiquem e tornem viável o acolhimento das alegações cerceamento à liberdade de locomoção do apenado. Habeas Corpus em que se denega a ordem. Decisão por maioria. (STM. HC 7000530-57.2021.7.00.0000. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgado em 11.11.2021. Publicado em 1º.12.2021; grifo nosso)
>
> [...]. **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. (STM. CP 7000258-63.2021.7.00.0000. Rel. Min. Odilson Sampaio Benzi. Julgado em 11.11.2021. Publicado em 3.12.2021; grifo nosso).

Como se denota, ainda que imposto regime prisional que, em tese, não resultará em encarceramento, ou até mesmo quando já substituída a pena por medidas restritivas de direitos (vide acima o HC 7000530-57.2021.7.00.0000), o entendimento é pela imprescindibilidade da expedição de Carta de Guia e do Mandado de Prisão. Sem tais documentos, pela leitura que se fez, seria impossível a instauração da Execução Penal e, por consequência, o eventual declínio à Justiça comum, pois o "fim" da competência da Justiça Militar da União (JMU) se dá quando iniciada a fase executória.

Dito isso, a posição do Tribunal encontra-se correta em seus próprios termos. Nesse sentido, como bem examinou o ilustre Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira no HC 7000170-25.2021.7.00.0000, a competência desta Justiça para tais casos cessa somente na execução, não na fase de conhecimento.

Quer dizer, para haver a situação enunciada no art. 62 do CPM, bem como que se justifique a incidência do art. 2º da LEP e do enunciado da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), deve-se primeiro instaurar o processo de execução.

Antes de devidamente iniciada a execução, o que há é a finalização da fase de conhecimento e a imposição ao Juiz Federal em determinar as medidas previstas nos artigos 594 e seguintes do CPPM e art. 105 da LEP. Uma vez cumpridas à integralidade as medidas, nas quais se incluem a expedição de Carta de Guia, é que se poderá, de forma válida, iniciar o procedimento executório e o eventual cumprimento da pena. Nesse instante, então, haverá a constatação da falta de competência executória da JMU e, por consequência, dever-se-á fazer o declínio.

Todo o recém-dito é bem elucidado e apresentado pelo referido Ministro no Acórdão do HC 7000530-57.2021.7.00.0000, acima mencionado:

> Conforme se verifica, o Código de Processo Penal Militar é expresso ao tratar que a expedição da Carta de Guia é de competência do Juiz Federal da Justiça Militar, que deve encaminhá-la ao comandante da unidade, no caso de Réu militar, ou ao diretor da penitenciária, em se tratando de Réu civil.
>
> Dessa maneira, é do Juiz Federal da Justiça Militar a competência para expedir o Mandado de Prisão logo em seguida ao trânsito em julgado da Sentença, como também é sua a competência para a expedição da Carta de Guia de sentenciado civil para o diretor do estabelecimento prisional.
>
> Nesse mote, verifica-se que 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.
>
> [...].
>
> Verifica-se, portanto, que a determinação e efetiva concretização da prisão do condenado constituem os marcos do início da relação processual em âmbito executório. Assim, deve a Justiça Militar se desincumbir de efetuar a prisão do apenado para, apenas depois, remeter os autos ao Juízo de Execução, sendo que a Carta de Guia ou Carta de Recolhimento é o documento que dá início ao vínculo executório da Justiça Comum com o preso condenado pela Justiça Militar.

Por essas colocações, ainda que breves, descortina-se a norma hipotética desses casos, a qual se pode assim resumir: transitada em julgado a condenação imposta pela JMU, na forma do art. 594 do CPPM, deve o Juiz Federal expedir Carta de Guia para iniciar o cumprimento da pena. Mais que isso, deve também expedir Mandado de Prisão em detrimento do Condenado,

para que seja ele recolhido e apresentado perante o Juízo competente a fim de se realizarem os atos cabíveis para início concreto da execução, como dita o art. 105 da LEP.

É a partir dessas formalizações que os autos do processo executório podem se considerar formalmente abertos e o respectivo processo iniciado. Não suficiente, acrescenta-se o detalhe de que, caso se trate de Condenado que não mais ostente a condição de militar, somente com tal procedimento iniciado que poderá (e deverá) o Juiz Federal da Justiça Militar declinar da sua competência executória em favor da Comum, em sintonia com o idealizado no art. 62 do CPM, no art. 2º da LEP e na Súmula 192 do STJ.

Estabelecido esse regramento, ao trazê-lo para a situação do Paciente, a conclusão que se alcançaria é a de que deve ser denegada a ordem de Habeas Corpus. Nesse sentido, embora os judiciosos argumentos formulados pela Impetrante, a regra acima delineada tornaria claro que não há como deixar de expedir a Guia de Recolhimento e o cabível Mandado de Prisão, sob pena de incorrer-se em uma medida equivocada e sem embasamento normativo.

Respeitada essa construção, a qual optei por bem estabelecer para evitar porventura dúvida, compreendo que a norma hipotética estabelecida é um "padrão" de resposta que não se acomoda em todas as situações concretas. Como ponderou o Relator, posição à qual irei me filiar, determinados casos demandam adaptação da solução jurídica a ser aplicada, em respeito não só às previsões legais acima descritas, mas principalmente em atenção às condições fáticas, ainda que essas não possam ser determinadas com exatidão para eventuais casos futuros.

Nessa senda, a ideia de "exceções" à resposta "padrão" ("expedir-se Carta de Guia e Mandado de Prisão") não é novidade, mesmo nesta Corte. Como salientado pelo eminente Ministro Alte Esq Nazareth, consolidou-se no STM, mediante múltiplas decisões nesse sentido, o entendimento de que, quando assim for o caso, deve o Mandado de Prisão ser expedido com a expressa menção de que o Executado somente pode ser apenado em regime aberto e que, se ausente vaga em casa de albergado, deve prontamente ser posto em prisão domiciliar.

Não obstante essas medidas, aqui se defende ir além desses paliativos, com o fim de se progredir para uma garantia ainda mais integral contra eventuais falhas danosas à liberdade. No âmbito deste Tribunal, é exemplo desse avanço o decidido no Recurso em Sentido Estrito 0000093-03.2016.7.03.0203. Na oportunidade, em razão do Julgador da Justiça Militar da União haver remetido os autos à Justiça comum sem antes expedir a respectiva Carta de Guia e Mandado de Prisão, compreendeu o Ministério Público Militar (MPM) por recorrer para que esses atos fossem efetivados.

Respeitada a irresignação do órgão ministerial, o Relator para o caso, Ministro Dr. José Barroso Filho, negou a postulação. Em sua fundamentação, destacou o ilustre Ministro que não havia razoabilidade em se impor a obrigatoriedade de recolhimento físico do Condenado, ainda que existente a determinação legal nesse sentido, quando imposto regime inicial aberto e por se estar a cuidar de caso no qual haveria o pronto declínio de competência a outra Justiça.

Destacou, em especial, que se estaria a arriscar com isso que, em razão de desencontros administrativos passíveis de ocorrer na transmissão do condenado, uma pessoa que teve sua "liberdade assegurada por Sentença" acabe presa em regime mais grave. Ademais, seria imposto "incrível sofrimento" ao indivíduo, pois, embora lhe garantido o recolhimento em regime aberto (na Sentença), acaba por ser enclausurado em situação análoga ao fechado, até que seja solto pelo Juiz competente.

Assim, de forma unânime, o Tribunal manteve a Decisão de piso, de modo a tão somente efetuar o declínio de competência à Justiça comum:

> [...]. **O Juízo de Execução inicial, ao contrário, determinou a remessa dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS, sem qualquer menção à expedição do respectivo Mandado de Prisão, para fins de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta.** O que se tem em debate é a quem compete a atribuição ao recolhimento inicial do Sentenciado em casa de albergado, ou, no caso de sua impossibilidade, em prisão domiciliar. **Exsurge que a expedição de um mandado de restrição de liberdade implicaria a imposição de regime mais gravoso ao Réu, o que afrontaria os preceitos do Estado Democrático de Direito e os critérios da individualização da pena. A experiência no tocante à implementação da execução dos julgados tem mostrado que os sentenciados, condenados ao regime aberto, acabam sendo recolhidos ao cárcere, por algum tempo, em razão dos desencontros relativos aos procedimentos administrativos para dar cumprimento às Sentenças, o que não é razoável, uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais**. Negado provimento ao Recurso. Decisão unânime. (STM. RSE 93-03.2016.7.03.0203. Rel. Min. José Barroso Filho. Julgado em 9.2.2017. Publicado em 21.2.2017; grifo nosso).

Observa-se, porém, pelo que se colhe do repositório de julgados do Tribunal, que a posição é singular. Apesar dessa limitação, ao se expandir à visão para o produzido no Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal (STF) em situações análogas, percebe-se que marcadores têm sido construídos. A respeito disso, múltiplos julgados foram trazidos pelo eminente Relator em seu Voto, motivo pelo qual entendo desnecessária uma apresentação exauriente. Ainda assim, relaciono os dados identificadores, para possibilitar significativa pesquisa nos Tribunais:

- **STJ**: AgRg no HC 708.384/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, julgado em 14.12.2021; AgRg no HC 673.679/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, julgado em 28.9.2021; AgRg no RHC 139.738/CE, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 18.5.2021; AgRg no HC 583.027/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 24.11.2020; HC 599.475/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 22.9.2020; RHC 111.542/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 26.11.2019; HC 525.901/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 12.11.2019; RHC 114.208/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 13.8.2019; AgRg na RvCr n. 4.969/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, julgado em 26.6.2019; HC 366.616/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 27.4.2017; e HC 312.561/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 19.5.2016.

- **STF**: HC 150556 AgR, relator Ministro Dias Toffoli, 2ª Turma, julgado em 18.12.2017; HC 147.377/SP, relator Ministro Edson Fachin, monocrático, julgado em 6.9.2017; e HC 119.153/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, 2ª Turma, julgado em 20.5.2014.

Ao que é relevante para o deslinde desta causa, a partir da análise ao entendimento de fundo de todos esses precedentes, denota-se que há reconhecimento da regra geral, trazida principalmente no art. 105 da LEP, de que o Condenado deve estar preso ou vir a ser preso, para iniciar a execução. Não obstante, no balancear as particularidades concretas dos casos, construiu-se um padrão de exceção, principalmente a partir da filtragem da resposta "padrão" pela garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, e do art. 8º, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica).

Sobrepesou-se a irrazoabilidade de se aguardar a prática da prisão, uma formalidade obviamente atentatória à liberdade do indivíduo, em face do dever constitucional de prestação jurisdicional, mormente quando visível a presença de benefício jurídico que pode desde diminuir a gravidade do início da pena (deferimento de prisão domiciliar) até o estabelecimento da liberdade completa (extinção da punibilidade). Nesse cenário, torna-se nítida a gravidade desarrazoada em se usar a resposta "padrão" (de prisão prévia) para início da execução.

Percebe-se que estará o Judiciário a negar o conhecimento de um pleito legítimo (e, às vezes, devido) por força da suposta necessidade de se cumprir uma prisão, a qual inclusive pode perder seu objeto justamente em razão do pleito não examinado. Veja-se que não se está a negar vigência aos dispositivos originais (art. 596 do CPPM e art. 105 da LEP), como se estes houvessem deixado de valer no ordenamento em detrimento de uma nova regra.

Pelo contrário, o intuito é definir um resultado que se encontra dentro da norma, o qual ainda não havia sido cogitado – e, então, "descoberto" – pela ausência de avanço e de questionamentos necessários para esta Corte precisar fornecer uma resposta. O padrão de expedição de Carta de Guia e Mandado de Prisão continua a existir e a se aplicar como norma-base, porém, percebida a necessidade de se valorizar a razoabilidade em face de situações concretas, alcançaram-se as ressalvas acima.

A consolidar essa visão, citou o Relator em seu voto a Resolução 417, de 20.9.2021, de autoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa normativa se volta ao estabelecimento de regras para a prática dos atos concernentes à execução penal, com especial foco na consolidação das determinações adequadas à implantação do Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões, conhecido como BNMP 3.0. Já em seu texto original, a Resolução trazia determinação acerca da forma adequada de iniciação da execução de medida prisional em regime aberto.

Sobre isso, no art. 23, estabeleceu-se que, uma vez "transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime aberto", antes ("previamente") de se adotar o mecanismo de expedição do Mandado de Prisão, deve-se empregar da intimação pessoal do Condenado para ele iniciar o cumprimento da pena. Ainda, de modo a não perder de vista as demais garantias do indivíduo, bem como a necessidade de iniciar-se a execução, o artigo frisa que esse procedimento não prejudica a realização de audiência admonitória, ou seja, a intimação deve desde logo indicar a audiência a se realizar.

Atualmente, após a Resolução 474, de 9.9.2022, o referido artigo teve sua redação modificada para expandir o procedimento intimatório para aqueles condenados a cumprirem em regime inicial semiaberto, além de agora fazer constar expressamente, caso se expeça Mandado de Prisão, que seja observada a regra plasmada na Súmula Vinculante 56, que determina que, na falta de vaga no regime correto (semiaberto e aberto), não pode o Condenado ser mantido em situação pior. Para bem esclarecer, transcrevo o texto atual do art. 23 da Resolução 417/2021 e do enunciado sumular:

> **Art. 23**. Transitada em julgado a condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de Mandado de Prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante nº 56.
>
> **Súmula Vinculante nº 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.

Por esse direcionamento do Conselho, colhe-se a solidificação do caminho alternativo descortinado neste Voto e antecipado pelo Relator: nem se deve optar prontamente pelo Mandado de Prisão, tampouco abdicar do eventual emprego do recolhimento forçado, caso o Condenado não se apresente voluntariamente. Assim, obtém-se, em princípio, um resultado favorável a todos: o Estado consegue dar início à execução da condenação com a qual precisa proceder e o indivíduo não é submetido a uma medida coercitiva de forma desnecessária.

Cabe esclarecer que, embora o CNJ detenha unicamente competência administrativa e, por isso, não possa emitir determinações quanto à interpretação do Direito, é certo que a forma de início do cumprimento da pena não é medida inteiramente jurisdicional. Apesar de interferir no direito à liberdade (motivo pelo qual se conhece deste remédio), percebe-se que a norma em questão é eminentemente administrativa, pois determina condutas cartorárias (expedir Carta de Guia, Mandado de Prisão, intimar) para formalização do ato processual maior (execução da pena).

Logo, respeitados os limites constitucionais, não há exagero do CNJ na regulamentação, muito menos dos Juízos em dela empregar para determinação dos atos a serem praticados e da ordem em que serão usados. Mais que isso, possível até mesmo o uso da Resolução para o fim ora em construção: como norma de comparação, de modo a corrigir eventual erro de procedimento do Julgador de piso, pois, a despeito do caráter administrativo, a observância da forma menos gravosa de início de cumprimento da pena esbarra frontalmente no *ius libertatis* da pessoa-alvo da medida.

No sentido dessa última colocação, destaco que outras Cortes já assim procedem, tanto em observância ao texto expresso da Resolução citada quanto em atenção à jurisprudência que se formou nos Tribunais Superiores (STJ e STF). Como demonstrativo, colaciono a seguir ementa de julgados localizados nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Ceará:

> HABEAS CORPUS – Execução penal – **Alegação de ilegalidade pela expedição de Mandado de Prisão para cumprimento de pena em regime inicial semiaberto** [...]. – Trânsito em julgado da condenação em 16/02/22 e determinação, em 31/08/22, de **expedição de Mandado de Prisão, condicionada a expedição da guia de recolhimento à prisão do paciente – Decisão afrontosa à Resolução CNJ n.º 474, de 09/09/22, editada conforme a jurisprudência do STF (ADPF 347 e REXT 641.320/RS) e a Súmula Vinculante n.º 56** – Determinação, *ad referendum* da C. Turma Julgadora, de **expedição de contraMandado de Prisão ou alvará de soltura – Ordem concedida para cassar a r. decisão atacada, devendo a d. autoridade impetrada observar o disposto na Res. CNJ n.º 474/22.** (TJSP. Habeas Corpus Criminal

2191238-11.2022.8.26.0000, Rel. Des. Newton Neves, 16ª Câmara de Direito Criminal; julgado em 13.10.2022; grifo nosso)

HABEAS CORPUS [...]. – **EXPEDIDA A GUIA DE EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO – [...]. – EXCEPCIONALIDADE A DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE INVERSÃO COM EMISSÃO INICIAL DA GUIA DE EXECUÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO** – ORDEM CONCEDIDA. (TJMS. HC 1412868-49.2022.8.12.0000, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Ale Ahmad Netto, julgado em 23.9.2022; grifo nosso)

HABEAS CORPUS. [...]. 1. **PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO DEFINITIVA SEM O PRÉVIO ENCARCERAMENTO. POSSIBILIDADE. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO. REGIME ABERTO. DESNECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA. INTELIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 417/2021, ALTERADA PELA RESOLUÇÃO Nº 474/2022, AMBAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.** 2. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. [...]. (TJCE. Habeas Corpus Criminal 0635927-67.2022.8.06.0000, Rel. Des. Francisco Eduardo Torquato Scorsafava, 2ª Câmara Criminal, julgado em 14.10.2022, publicado em 14.10.2022; grifo nosso)

HABEAS CORPUS. [...]. 1. **PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO SEM O PRÉVIO ENCARCERAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA EXPEDIÇÃO DA CARTA GUIA E INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA. REGIME SEMIABERTO. INTELIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 474/2022 DO CNJ**. ADEQUAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 56. [...]. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA. 1. **É cediço que a Guia de Recolhimento ou Carta de Guia nada mais é do que um documento contendo informações acerca do réu, do processo de conhecimento e da pena imposta, sendo que apenas após sua expedição é possível dar início à fase de execução penal.** [...]. 2. **Tal requisito já era flexibilizado pela Resolução do CNJ nº 417/2021, que previa que a pessoa condenada em regime aberto seria intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de Mandado de Prisão**. No entanto, **diante do surgimento da Resolução nº 474/2022 do CNJ (09/09/2022), ato normativo que modifica o art. 23 da Resolução CNJ 417/2021 a fim de que o mandado de intimação para cumprimento da pena em regime aberto seja estendido também ao regime semiaberto, a expedição de Mandado de Prisão passou a ser desnecessária também nesses casos.** [...]. 5. Portanto, **a Resolução nº 417/2021 do CNJ já regulamentava a possibilidade de intimação para início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de Mandado de Prisão, em relação as condenações em regime aberto, tendo a Resolução nº 474/2022 do CNJ apenas estendido a medida nos casos de condenação no regime semiaberto**, inexistindo qualquer

espécie de afronta ao conteúdo da Lei de Execução Penal. 6. Assim, **a expedição do Mandado de Prisão não é mais condição para a confecção da guia de recolhimento e consequente início da execução penal, nos casos de condenação em regime aberto e semiaberto, possibilitando à paciente requerer os benefícios que entender devidos junto ao Juízo da Execução. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já deferia a expedição da Carta de Guia independente do recolhimento do acusado em casos excepcionais, o que demonstrava uma inclinação para essa adequação**. [...]. 10. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA. (TJCE. HC 0634589-58.2022.8.06.0000, Rel. Des. Sergio Luiz Arruda Parente, 2ª Câmara Criminal, julgado em 5.10.2022, publicado em 5.10.2022; grifo nosso)

HABEAS CORPUS. [...]. 1. **PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO SEM O PRÉVIO ENCARCERAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA EXPEDIÇÃO DA CARTA GUIA E INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA. REGIME SEMIABERTO**. [...]. 2. **Tal requisito já era flexibilizado pela Resolução do CNJ nº 417/2021, que previa que a pessoa condenada em regime aberto seria intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de Mandado de Prisão**. No entanto, diante do surgimento da Resolução nº 474/2022 do CNJ (09/09/2022), ato normativo que modifica o art. 23 da Resolução CNJ 417/2021 a fim de que o mandado de intimação para cumprimento da pena em regime aberto seja estendido também ao regime semiaberto, a expedição de Mandado de Prisão passou a ser desnecessária também nesses casos. [...]. 6. Assim, **a expedição do Mandado de Prisão não é mais condição para a confecção da guia de recolhimento e consequente início da execução penal, nos casos de condenação em regime aberto e semiaberto, possibilitando ao paciente requerer os benefícios que entender devidos junto ao Juízo da Execução. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já deferia a expedição da Carta de Guia independente do recolhimento do acusado em casos excepcionais, o que demonstrava uma inclinação para essa adequação. 7. Dessa forma, tratando-se de condenação em regime semiaberto, o paciente deve ser intimado para iniciar o cumprimento da pena, independentemente do cumprimento do Mandado de Prisão**. [...]. 10. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA. (TJCE. HC 0633567-62.2022.8.06.0000, Rel. Des. Sergio Luiz Arruda Parente, 2ª Câmara Criminal, julgado em 21.9.2022, publicado em 21.9.2022; grifo nosso)

Habeas Corpus. [...]. Mandado de prisão pendente de cumprimento. Condição para a expedição de guia de recolhimento. [...]. 1. **Sistema progressivo de cumprimento de pena. Previsão projetada como ferramenta central da individualização da sanção. Situação que não se concretiza na prática. Cenário fático que resultou na banalização do conceito de prisão estrito senso e que leva pessoas**

condenadas a cumprir pena em regime inicial semiaberto ou aberto em centros de detenção provisória – em regime análogo ao fechado – para aguardar a disponibilização de vaga em estabelecimento prisional adequado ou até a respectiva liberação. 2. **Contexto desencadeado, entre outros motivos, em razão de determinação do legislador acerca da imprescindibilidade do cumprimento de Mandado de Prisão como condição necessária para a expedição da guia de recolhimento que viabiliza o início da execução da pena privativa de liberdade propriamente dita**. Inteligência do artigo 647 do Código de Processo Penal e do artigo 105 da Lei de Execução Penal. **Cenário de flagrante ilegalidade, seja porque impede pessoas de postular perante o juízo das execuções penais acerca de temas a ele afetados, seja porque acaba permitindo o recolhimento e manutenção de pessoas indevidamente em meio mais gravoso do que aquele a que foi condenado, em virtude da falta ou inexistência de vaga em estabelecimento adequado. Controvérsia que já alcançou os Tribunais Superiores. Precedentes determinando a expedição de guia de recolhimento independentemente do cumprimento do Mandado de Prisão** (AgRg no RHC 155785/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o HC 599.475/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz e o HC 312.561/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro). [...]. 3. Edição da Súmula Vinculante nº 56, pelo STF. **Necessidade de readequação da rotina administrativa de formação e instauração do processo de execução da pena privativa de liberdade, em conformidade à Súmula.** 4. Conselho Nacional de Justiça. [...]. **Pedido de readequação do artigo 23 da Resolução CNJ nº 417/21 (que regulamenta o Banco Nacional de Medidas Penais – BNMP 3.0), julgado parcialmente procedente, estabelecendo nova regulamentação para a formação e instauração de processos de execução penal em todo o país. Determinação para que haja a INTIMAÇÃO da pessoa condenada a pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto ou aberto, para início do cumprimento da pena corporal, sem que haja a necessidade da prévia expedição de Mandado de Prisão.** 5. Hipótese dos autos. Paciente que foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto. Possibilidade de detração penal. **Impedimento de se postular perante o juízo competente o reconhecimento do direito, enquanto negada a expedição de guia de recolhimento. FLAGRANTE ILEGALIDADE**. Paciente que se encontra em liberdade, condenado em regime inicial semiaberto, por decisão transitada em julgado. **Expedição da guia de recolhimento, e remessa ao juízo das execuções penais, INDEPENDENTEMENTE da expedição de Mandado de Prisão**. Verificação da existência de vaga em regime compatível. **Expedição de Mandado de Prisão, ÚNICA E TÃO-SOMENTE, se constatada a existência de vaga nesse regime adequado.** 6. Ordem concedida, com determinação de expedição de contraMandado de Prisão e de guia de recolhimento, para remessa ao juízo das execuções penais. (TJSP. HC 2138472-78.2022.8.26.0000, Rel. Des. Luís Geraldo Lanfredi, 13ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 29.9.2022; grifo nosso).

Não suficiente, maiores debates possivelmente não ocorrem em razão de, além de recente a normativa, ser presumível que as primeiras instâncias já procedem na forma encaminhada pelo CNJ. Dessa forma, com a observância do meio intimatório e com o cumprimento do chamamento pelo Condenado para início do cumprimento, deixam de ocorrer problemas tal qual o ora analisado, visto que nenhuma das partes irá se insatisfazer, nem sequer o Ministério Público, pois o fim primordial foi alcançado: o início da execução.

Aliás, na senda dessa colocação, percebe-se que abdicar da expedição do Mandado de Prisão (em favor da intimação) é algo sem prejuízos práticos, pois, a bem da verdade, o recolhimento do Condenado (quando o regime inicial é o aberto) não se demonstra um ato material imprescindível para que a execução se implemente. Perceba-se que não há uma razão fundada em um pressuposto lógico-fático que indique a prisão do indivíduo como algo imprescindível para se iniciar a execução, principalmente quando essa execução não resultará em encarceramento.

Com toda essa construção à vista, ao se trazê-la para o caso concreto, denota-se que pode e deve ser aplicada uma solução ao Paciente que independa do seu recolhimento à prisão, ao menos inicialmente. Nesse sentido, sua situação se enquadra perfeitamente na hipótese excepcional delineada pelas Cortes Superiores através dos múltiplos precedentes citados, bem como perfaz a previsão da Resolução 417/2021 do CNJ, a qual positivou tal delineamento até então existente somente no âmbito dos casos concretos.

Em relação à excepcionalidade, muito bem destacou o Relator os detalhes fáticos que contraindicam a obrigatoriedade do recolhimento à prisão: "a inexistência de Casa de Albergado no domicílio da execução da pena; o direito à prisão domiciliar, conforme jurisprudência do STF; que o Paciente possui trabalho fixo; e a sua condição de" afligido pela "CID – B24, doença provada pelo vírus da imunodeficiência humana". Quanto ao texto do Conselho Nacional, esse é satisfeito pelo fato de o Paciente haver sido condenado a "regime aberto, conforme fixado na sentença condenatória, com trânsito em julgado".

Assim, torna-se patente que, primeiro, o quadro do Condenado é análogo quanto à desnecessidade e à irrazoabilidade de se empregar da norma "padrão", que envolve Mandado de Prisão e seu cumprimento, para com isso se começar a execução. E, segundo, ao considerar a particularidade do cumprimento de sentença do caso em análise, o qual, tão logo iniciado, deverá ter sua competência declinada, que é forçoso criar uma resposta particular para casos dessa natureza, tão comuns na JMU, mas sem perder de vista o ideal plasmado no art. 23 da Resolução CNJ 417/2021.

Na linha dessa última consideração, uma vez que não haverá de fato o início do cumprimento da pena nesta Justiça, mas que tão só com a abertura formal da execução se pode decretar a incompetência, o procedimento da

Resolução precisa ser adaptado quanto à intimação. Deve-se, para fornecer um mínimo de higidez e certeza do seu início, proceder à intimação do Paciente, porém com a inclusão dele se comprometer, perante esta Justiça, a comparecer para aquela que se declinará (Estadual ou Federal comum) quando assim for intimado pelo Juiz da Execução.

Dito isso, em convergência ao dispositivo desenhado pelo Relator, Voto no sentido de conceder a ordem de Habeas Corpus pleiteada, para revogar a Decisão *a quo* que determinou a expedição de Mandado de Prisão e determinar que o Juízo *a quo* adote o seguinte procedimento, amoldado a partir do art. 23 da Resolução CNJ 417/2021:

1) que se expeça a Carta de Guia para início formal da Execução Penal, independente de prévio Mandado de Prisão e seu cumprimento;

2) que, aberto o processo executório, intime-se o Condenado para comparecer à Auditoria para assinar Termo de Compromisso, no qual se compromete a comparecer àquele Juízo para início da Execução, quando for intimado pelo Juiz da Execução Estadual;

3) que, se não localizado para intimação ou caso se recuse ao termo, expeça-se Mandado de Prisão, em atenção ao procedimento padrão; e

4) que, depois de tomado o Termo citado ou cumprido o Mandado (caso tenha sido necessário expedi-lo), decline-se de competência, na forma do art. 62 do CPM, c/c o art. 2º da LEP e o enunciado da Súmula 192/STJ.

Superior Tribunal Militar, 3 de novembro de 2022.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro do STM

_____

HABEAS CORPUS Nº 7000559-73.2022.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Lourival Carvalho Silva.

Paciente: Carlos Antônio Borges Pantoja.
Advogado: Andre Del Fiaco (DPU).

Impetrado: Juiz Federal – Justiça Militar da Auditoria da 12ª CJM – Manaus.

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 433 DO CPPM. SESSÃO DE JULGAMENTO E SUSTENTAÇÃO ORAL. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. RÉU CIVIL. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DO JUIZ FEDERAL DA JMU. INDEVIDA SUPRESSÃO DO ATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONCESSÃO DA ORDEM. DECISÃO POR MAIORIA.

Revelada pela parte a intenção de sustentar oralmente as teses defensivas, deve ser assegurada a ela tal possibilidade.

Como não há nos autos qualquer manifestação por parte do Órgão defensivo de renúncia ou mesmo concordância com as alegações escritas apresentadas, à maneira como o fez o Órgão Ministerial no evento 213, tem-se, portanto, como indevida, a supressão do ato de sustentação oral, mormente diante do requerimento para a sua realização ofertado pela DPU, a qual sinalizou um possível prejuízo no processo, advindo do cerceamento do uso da palavra pela defesa técnica.

Verifica-se no caso dos autos nítido cerceamento de defesa, em razão da inviabilização da sustentação oral pelo Juiz Federal da Justiça Militar, diante de prévia manifestação da Defesa em realizá-la.

Ordem concedida. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu conhecer o presente "writ" e, **por maioria**, decidiu conceder a ordem de "Habeas Corpus" para declarar a nulidade da decisão monocrática do juízo da Auditoria da 12ª CJM constante nos autos da APM nº 7000028-20.2019.7.12.0012, evento 209, determinando, por conseguinte, o regular prosseguimento do feito pelo juízo de primeiro grau, com a observância do rito procedimental previsto no Código de Processo Penal Militar, notadamente o art. 433 do referido Códex processual. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Cláudio Portugal de Viveiros denegavam a ordem, por falta de amparo legal.

Relator do Acórdão: Ministro Lourival Carvalho Silva.

Votantes: Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Odilson Sampaio Benzi e Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 03/10/2022 a 06/10/2022).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), em favor do Civil CARLOS ANTÔNIO BORGES PANTOJA, respondendo à Ação Penal Militar nº 7000028-20.2019.7.12.0012, em trâmite na Auditoria da 12ª CJM, como incurso nas sanções do art. 315 (uso de documento falso) do Código Penal Militar.

Relata a Impetrante, em síntese, que o Paciente se vê processado por haver supostamente apresentado documentos falsos para se habilitar no processo seletivo de sargento técnico temporário promovido pela 12ª Região Militar, em 8 de novembro de 2016. No curso da aludida Ação Penal, foi apresentado pedido de sustentação oral, ato processual indeferido pelo Magistrado, no Despacho de evento 209. Este fato, no entender da Impetrante, *representa violação da ampla defesa e o desnivelamento do processo, revelando-se flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado*, motivando, via de consequência, o manejo do *Habeas Corpus*.

Nessa toada, defende a importância da sustentação oral, e alega que as peculiaridades do presente caso poderão ser mais bem expostas e pontuadas em sede de alegações orais.

Requer, pois, liminarmente, a suspensão do andamento do processo, até decisão final do presente remédio heroico. No mérito, pede a confirmação da liminar requerida, com a anulação da decisão impetrada, de maneira a garantir ao Paciente o direito à manifestação, por ocasião dos debates orais, conforme previsto no Código de Processo Penal Militar, prosseguindo o feito na forma da Lei, garantido pelo devido processo legal.

Tendo em vista a inexistência de ofensa ao direito ambulatorial do Paciente e a insuficiência nos autos dos elementos necessários ao esclarecimento do caso concreto, reservei-me para apreciar o pleito liminar, após as informações advindas da digna autoridade apontada como coatora, conforme Despacho, de minha lavra, constante no evento 8 dos presentes autos.

Em resposta, o Juiz Federal da Auditoria da 12ª CJM informou (evento 15), em resumo, que, após o recebimento da denúncia formulada pelo

Ministério Público Militar (MPM) em desfavor do civil Carlos Antônio Borges Pantoja, a instrução processual transcorreu de forma regular, com atuação do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, até a fase de inquirição das testemunhas pelo MPM.

Na sequência, relatou que:

> [...] proferiu decisão em que deixou de convocar o Conselho de Justiça e ratificou os atos de instrução praticados perante o juízo incompetente. Tal decisão decorreu do entendimento de que, no presente caso, não se trata de crime cometido por militar na data do fato que veio a ser licenciado posteriormente. O crime em tese foi praticado por civil que, após a consumação, logrou êxito em ser selecionado para incorporar. Posteriormente, foi licenciado e readquiriu a condição de civil.

Esclareceu que, em seu despacho constante no evento 209 "considerando a prescindibilidade da sessão de julgamento quando diante de competência monocrática, determinei vista às partes para, **caso assim desejassem, complementassem suas alegações escritas** no prazo de 05 (cinco) dias." (Grifos constantes do original).

Informou, também, que o MPM apresentou manifestação, ratificando suas alegações escritas (eventos 203 e 213), e a DPU manifestou ciência do Despacho daquele juízo, mas não ofereceu complementação às alegações escritas já apresentadas (eventos 207 e 215).

Em arremate, ratificou o seu posicionamento acerca da ausência de necessidade de designação de sessão de julgamento, nas ações penais militares de competência monocrática, citando jurisprudência desta Corte castrense, firmada nos autos da Correição Parcial nº 7000014-03.2022.7.00.0000.

Tendo em vista o manifesto desejo da defesa de sustentar oralmente as alegações escritas apresentadas (evento 207), por vislumbrar os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, concedi a liminar pleiteada, determinando, por conseguinte, a suspensão da APM nº 7000028-20.2019.7.12.0012, até o julgamento do mérito do presente *writ*. Na sequência, abri vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar – PGJM (evento 17).

A PGJM, mediante parecer da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, manifestou-se pelo conhecimento e pela concessão da Ordem, com vistas à realização da audiência de instrução e julgamento, com sustentação oral, na forma do art. 403 do CPP, confirmando-se a decisão liminar (evento 25).

É o relatório.

VOTO

De início, cumpre ressaltar que o presente *Habeas Corpus* se constitui em situação jurídica diversa de muitos casos que normalmente são submetidos à apreciação desta Corte militar, no qual se evidencia situação de risco atual ou iminente à liberdade de ir e vir dos pacientes.

Na hipótese dos autos, considerando as peculiaridades do caso concreto, a Impetrante alega que a continuidade da ação penal, em desfavor do Paciente, sem a realização da sustentação oral requerida pela Defesa, poderá, ao final, causar-lhe prejuízo decorrente do desconhecimento das considerações sinalizadas pela defesa técnica, que poderão ser mais bem expostas e pontuadas em sede de alegações orais.

Deveras, o caso em apreço revela-se singular, na medida em que a DPU MANIFESTOU EXPRESSAMENTE o seu desejo de sustentar oralmente as suas alegações finais escritas, por ocasião do julgamento. Longe de ser, portanto, um caso típico de banalização do instituto jurídico ora em exame.

Assim, evidencia-se uma ameaça, ainda que remota, à liberdade de ir e vir do Paciente, caracterizando a hipótese de cabimento do *Habeas Corpus*, razão pela qual o presente *writ* deve ser conhecido.

O objeto do *Habeas Corpus sub examine* circunscreve-se à alegação de constrangimento ilegal suportado pelo Paciente, face à supressão da audiência de julgamento pelo Juízo de piso e, via de consequência, à inviabilização de realização da sustentação oral.

A autoridade impetrada na decisão objurgada adotou o entendimento manifestado por este Tribunal, no sentido de que a designação de sessão de julgamento e a consequente realização de sustentação oral não se mostram imprescindíveis em processo que envolva réu civil, cujo julgamento é da competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar.

O douto Magistrado de primeiro grau assim agiu, segundo o permissivo legal contido na Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 – Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM), com as alterações promovidas pela Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018.

Nesse jaez, por força do disposto no art. 30, inciso I-B, da LOJM, diante do *status* de civil do Paciente na aludida Ação Penal, estabelecendo a competência de jurisdição monocrática para o processamento do presente feito, o ilustre Juiz Federal da JMU dispensou a realização da sessão de julgamento e determinou a abertura de vista às Partes, pelo prazo sucessivo de cinco dias, para a complementação das Alegações Escritas (evento 209).

Em que pese o acerto, à primeira vista, da citada decisão, pelas particularidades do caso concreto aqui delineadas, o respeitável ato combatido, Despacho do evento 209, merece reparo, senão vejamos.

As alterações operadas pela Lei nº 13.774/2018, que se originou de louvável iniciativa deste Tribunal, com o envio ao Poder Legislativo do Projeto de Lei nº 7.683/2014, trouxeram significativas mudanças nas disposições da Lei nº 8.457/1992, sobretudo no que diz respeito à competência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar civis, na medida em que harmonizou entendimentos quanto à não sujeição do civil, que não se encontra sob a égide da hierarquia e disciplina militares, ao julgamento pelo escabinato.

Nesse contexto, como é do domínio do Plenário desta Corte, as inovações promovidas na LOJM foram bastante oportunas e fundamentaram-se nas justificativas do aludido projeto de lei.

Entretanto, no avançar da dinâmica processual desta Justiça Especializada, evidenciou-se a necessidade de se adequar o rito de julgamento monocrático à sistemática processual estabelecida no Código de Processo Penal Militar.

O referido Códex processual assevera, em seu art. 433, o seguinte, *in verbis*:

> **SEÇÃO VII**
>
> **Da sessão do julgamento e da sentença**
>
> [...]
>
> **Sustentação oral da acusação e defesa**
>
> 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.
>
> [...]

Depreende-se que, da análise do citado texto normativo, utilizando-se este julgador de uma interpretação meramente literal ou gramatical de seus termos de fato, o CPPM não contempla a realização da sustentação oral pelo "Juiz monocrático ou singular", mas sim faz alusão ao presidente do Conselho de Justiça, para a prática deste ato processual.

Todavia, no entendimento deste Relator, o caso em questão exige, para além de uma interpretação gramatical, que seja realizada uma interpretação sistemática, de modo a compatibilizar as modificações na Lei de Organização Judiciária Militar com o CPPM vigente.

De se ressaltar que o emprego de tal método de interpretação, que no vertente caso considero oferecer uma tutela jurisdicional mais adequada, converge com os propósitos almejados pelo eminente Ministro Ten Brig Ar CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA, que, considerando a recorrência do

tema aqui em debate, e a discussão gerada em alguns julgados deste Tribunal, apresentou proposta de Súmula no Processo SEI 007699/22-00.016, cujo teor, rogando vênia ao ilustre Ministro, aqui transcrevo:

> **No julgamento de competência do juiz singular, não será declarada a nulidade fundada na inobservância do art. 433 do CPPM, se comprovada a anuência das partes, ainda que implícita, quanto à dispensa da realização da sessão de julgamento e das respectivas sustentações orais.** (Grifei)

Por oportuno, cito que a discussão jurídica posta nos presentes autos, acerca da dispensa da audiência de julgamento no caso de competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar, tem sido trazida à apreciação desta Corte por intermédio de Correição Parcial, com fulcro no inciso I do art. 160 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM); todavia, verifica-se que o manejo do *Habeas Corpus* nesta ocasião mostra-se adequado, exatamente porque se trata de possibilidade clara de prejuízo à defesa, que se tornará concreto na hipótese de uma sentença condenatória, devido à proximidade do julgamento, dando azo, inclusive, à motivação recursal neste aspecto.

Por outro lado, o art. 161 do RISTM veda a aplicação do princípio da fungibilidade no caso de Correição Parcial, estabelecendo que "*nenhum recurso poderá ser convertido de ofício em Correição Parcial*".

Retornando ao cerne do debate, muito pertinentes são as considerações do eminente Ministro desta Corte castrense, Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, nos autos da Correição Parcial nº 7000813-80.2021.7.00.0000/RS, na qual consignou seu voto, que, embora vencido, contém importantes precedentes, os quais trago à colação, *in verbis*:

> [...] Consoante entendimento majoritário do STM, à semelhança do que ocorre no Processo Penal Comum, quando o réu está sujeito à jurisdição monocrática do Juiz-Federal da Justiça Militar, a sustentação oral, em princípio, não é ato essencial à Defesa e deve ser analisada sob a perspectiva do caso concreto, de modo que a sua ausência não importa, necessariamente, em nulidade, podendo, inclusive, ser considerada matéria preclusa, caso não arguida em momento processual oportuno. **Apresenta-se contraditório o comportamento da Defesa que informa o seu desinteresse na realização da sessão de julgamento, oportunidade em que ocorreria a sustentação oral, e, posteriormente, sustenta a nulidade em virtude da não realização do ato**. *In casu*, todas as teses defensivas foram registradas quando da apresentação das alegações finais e avaliadas pelo Magistrado de primeira instância, não se vislumbrando quaisquer prejuízos à Defesa, impondo-se a observância do princípio do *pas de nullité sans grief*. Embargos rejeitados. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade 7000640-56.2021.7.00.0000. Rel. Min. Leonardo Puntel. Julgado em 17.2.2022. Publicado em 14.3.2022; grifo do original).

> [...] **Não há violação dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa pela falta de sustentação oral quando as Partes apresentam as Alegações Escritas e concordam com a supressão do ato**, bem como em nulidade do julgamento quando não se verifica demonstração de efetivo prejuízo. Embargos Infringentes conhecidos. Decisão unânime. Embargos Infringentes rejeitados. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade 7000458-70.2021.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 11.11.2021. Publicado em 20.12.2021; grifo do original).

Chamo a atenção, nesse ponto, que o caso concreto em exame diz respeito, justamente, a uma insurgência oportuna da Defesa, que manifestou, expressamente, a sua intenção de sustentar oralmente suas alegações escritas.

Com efeito, na Decisão de minha lavra, em que concedi o pedido de liminar, consignei que a DPU, por ocasião da apresentação de suas alegações escritas, nos autos da APM nº 7000028-20.2019.7.12.0012, em trâmite na Auditoria da 12ª CJM (evento 207), manifestou-se, preambularmente, *in verbis*:

> **CARLOS ANTONIO BORGES PANTOJA**, pelo seu defensor natural abaixo identificado, vem requerer a juntada de suas alegações escritas **a serem sustentadas por ocasião do julgamento**, sem prejuízo de outras, a serem expostas no exercício da ampla defesa constitucionalmente assegurada. (Grifou- se).

Como **não há nos autos qualquer manifestação por parte do Órgão defensivo de renúncia ou mesmo concordância com as alegações escritas apresentadas,** à maneira como o fez o Órgão Ministerial no evento 213, tem-se, portanto, como indevida a supressão do ato de sustentação oral, mormente diante do requerimento para a sua realização ofertado pela DPU, a qual sinalizou um possível prejuízo no processo, advindo do cerceamento do uso da palavra pela defesa técnica.

É cediço que a sustentação oral, quando fundada em argumentos consistentes, poderá contribuir de forma decisiva à tutela do Acusado, de sorte que, face à sua indubitável importância, o manejo do *Habeas Corpus* no processo penal poderá se constituir, sim, em meio hábil para assegurar a prática do referido ato pela Defesa.

A esse respeito, vale citar os seguintes julgados:

> Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CORREIÇÃO PARCIAL POR REPRESENTAÇÃO DO JUIZ-AUDITOR CORREGEDOR. **PEDIDO DA DEFESA PARA REALIZAR SUSTENTAÇÃO ORAL. POSSIBILIDADE QUE DECORRE DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.** ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

> I – **Esta Corte tem manifestado o entendimento de que, revelada pela parte a intenção de sustentar oralmente as teses defensivas, deve ser assegurada a ela tal possibilidade. Precedentes.**
>
> II – Havendo previsão regimental que garante à defesa sustentar oralmente os argumentos expendidos, a viabilização desse direito é medida que se impõe, sob pena de violação ao postulado do devido processo legal.
>
> III – A interpretação conferida pela decisão impugnada, no sentido de que o art. 116, § 1º, do RISTM, somente é aplicável à Correição Parcial requerida pelas partes, e não à oferecida pelo Juiz-Auditor Corregedor, não é a que melhor se coaduna com o princípio da ampla defesa.
>
> IV – No que concerne ao requerimento da Defensoria Pública no sentido de assegurar o exercício de sua prerrogativa legal de sentar-se no mesmo plano do Ministério Público, como bem entendeu esta Turma no julgamento do HC 112.839/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, não existe risco aparente à liberdade de locomoção do paciente de modo a justificar sua defesa pela via estreita do habeas corpus.
>
> V **– Ordem parcialmente concedida para garantir à defesa o direito de apresentar razões escritas e sustentar oralmente seus argumentos por ocasião do julgamento da correição parcial proposta em desfavor do paciente.**
>
> (HC 112516, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 21-09-2012 PUBLIC 24-09-2012) (Grifo nosso).
>
> Habeas corpus. 2. Crime de deserção. Extinção do processo sem resolução do mérito. Trânsito em julgado. 3. Correição parcial oferecida pelo Juiz-Auditor Corregedor. **Pedido de sustentação oral formulado pela Defensoria Pública da União. Indeferimento**. 4. Previsão legal da sustentação oral no Regimento Interno do STM. 5. Nulidade do julgamento em razão da falta de intimação da defesa para realização de sustentação oral. 6. Constrangimento ilegal verificado. **Ordem deferida para que seja renovado o julgamento da correição parcial, possibilitando à defesa a apresentação de razões escritas e a sustentação oral**.
>
> (HC 112839, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012) (Grifo nosso).

Nesse compasso, verifica-se no caso dos autos nítido cerceamento de defesa, em razão da inviabilização da sustentação oral pelo Juiz Federal da Justiça Militar, diante de prévia manifestação da Defesa em realizá-la, cabendo a este Tribunal a correção do ato impugnado, com a concessão da Ordem requerida em favor do Paciente, para lhe garantir o exercício pleno de seu direito de defesa.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER** o presente *writ* e de **CONCEDER** a Ordem de *Habeas Corpus* para declarar a nulidade da decisão monocrática do Juízo da Auditoria da 12ª CJM, constante nos autos da APM nº 7000028-20.2019.7.12.0012, evento 209, determinando, por conseguinte, o regular prosseguimento do feito pelo Juízo de primeiro grau, com a observância do rito procedimental previsto no Código de Processo Penal Militar, notadamente o art. 433 do referido Códex processual.

Vistos e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer do presente *writ* e, **por maioria**, em conceder a Ordem de "*Habeas Corpus*", para declarar a nulidade da decisão monocrática do Juízo da Auditoria da 12ª CJM, constante dos autos da APM nº 7000028-20.2019.7.12.0012, evento 209, determinando, por conseguinte, o regular prosseguimento do feito pelo Juízo de primeiro grau, com a observância do rito procedimental previsto no Código de Processo Penal Militar, notadamente o art. 433 do referido Códex processual.

Brasília, 6 de outubro de 2022 – Gen Ex Lourival Carvalho Silva, Ministro-Relator.

_____

HABEAS CORPUS Nº 7000635-97.2022.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Relator para o Acórdão: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Paciente: Rafael Elias Pflugseder.
Advogado: Peterson Luiz Von Holleben (OAB PR42279).

Impetrado: Encarregado – 5ª Brigada de Cavalaria Blindada – Ponta Grossa/PR.

Interessado: Comando da 5ª Brigada de Cavalaria Blindada.

EMENTA

HABEAS CORPUS. CASAL MILITAR. SUPOSTAS AGRESSÕES. APURAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. DEPOIMENTO DO INDICIADO. AVISO DE MIRANDA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NULIDADE E DESENTRANHAMENTO DO TERMO DE INQUIRIÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM. DECISÃO MAJORITÁRIA.

I – Para apuração de supostas agressões envolvendo casal de militares, o depoimento de indiciado colhido em sede de Inquérito Policial Militar deve também observar a formalidade referente à advertência contida no preceito constitucional insculpido no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (Aviso de Miranda).

II – Prevalece, nesta Corte, o entendimento segundo o qual a falta de advertência quanto aos direitos ao silêncio e de ser assistido por advogado quando da oitiva perante a autoridade policial militar constitui prova ilícita, que não deve integrar os autos do inquérito policial militar.

III – É nula a inquirição do paciente colhida sem a devida advertência ao indiciado, devendo ser desentranhado o respectivo termo acostado aos autos do IPM.

IV – Ordem de *habeas corpus* concedida. Decisão majoritária.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu conhecer e, **por maioria**, vencido o Relator, decidiu conceder a ordem de *Habeas Corpus*, para anular a inquirição do paciente 3º Sgt Ex R.E.P. realizada no dia 14/10/2021, colhida sem a devida advertência ao indiciado, determinando o desentranhamento do respectivo termo acostado nos autos do IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005. Os Ministros Marco Antônio de Farias (Relator), Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Leonardo Puntel, Celso Luiz

Nazareth, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros conheciam do presente "*writ*" impetrado em favor do 3º Sgt Ex R.E.P. e denegavam a ordem, por falta de amparo legal. Relator para Acórdão Ministro José Coêlho Ferreira. O Ministro Marco Antônio de Farias (Relator) fará voto vencido.

Relator do Acórdão: Ministro José Coêlho Ferreira.

Votantes: Ministro Marco Antônio de Farias, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro Lourival Carvalho Silva, Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira e Ministro Carlos Vuyk de Aquino. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 19/12/2022.).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* (HC) impetrado pelo Dr. Peterson Luiz Von Holleben em favor do 3º Sgt Ex R.E.P., servindo no 3º Regimento de Carros de Combate (3RCC), em Ponta Grossa/PR.

2. A presente impetração fundamenta-se nos arts. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e 466 e seguintes do CPPM.

3. Faz-se, inicialmente, breve retrospectiva dos fatos que antecederam ao presente *writ*:

a) O paciente está sendo investigado em sede do Inquérito Policial Militar (IPM) nº 7000204-44.2021.7.05.0005, no âmbito do Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM, como autor de supostas agressões e ameaças praticadas, em tese, contra a 3º Sgt Ex N.R.M.;

b) consta do referido IPM que o 3º Sgt Ex R.E.P. e a 3º Sgt Ex N.R.M mantiveram, ao longo de 10 (dez) meses, um relacionamento amoroso;

c) conforme os depoimentos colhidos na fase inquisitorial, em meados de agosto de 2021, quando ambos visitavam o pai do paciente, em Lajeado/RS, ocorreram desentendimentos entre o casal de militares, gerados por mensagens recebidas no telefone celular do 3º Sgt Ex R.E.P., o que provocou desconfiança na 3º Sgt Ex N.R.M.;

d) na ocasião, após os constantes enfrentamentos, instalou-se um clima de hostilidades entre os dois militares, o que culminou nas supostas agressões – mordida, chutes, socos, empurrões e ameaça com arma de fogo –, relatadas pela ofendida e supostamente praticadas pelo ora paciente;

e) o referido IPM foi instaurado mediante a Portaria nº 12 – Aj G/IPM, de 26.8.2021, baixada pelo Comandante da 5ª Brigada de Cavalaria Blindada (5ª Bda C Bld); e

f) em 14.10.2021, o paciente foi inquirido pelo Encarregado do IPM, Termo de Inquirição de Indiciado (HC 7000635-97.2022.7.00.0000 Evento 1 – Doc. 4).

4. Na presente impetração, em síntese, o impetrante alega violação ao art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, pela falta de advertência prévia, ao investigado em IPM, quanto ao direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado durante a inquirição. Sustenta, em razão disso, que é o caso da nulidade do ato impugnado, ante a inobservância do devido processo legal para a composição do contraditório e da ampla defesa.

5. Assim, o impetrante, unicamente, como matéria de mérito, requer:

> [...] a anulação da inquirição do paciente realizada em 14.10.2021, com o consequente desentranhamento do respectivo Termo de Inquirição acostado aos autos do IPM instaurado por intermédio da Portaria nº 012 – Aj G/IPM, de 26.8.2021, do Comandante da 5ª Brigada de Cavalaria Blindada, o qual tramita perante o Juízo Federal da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 3ª CJM autuado sob nº 7000204-44.2021.7.05.0005 [...].

6. Em sede de exame de prelibação, além de inexistir pleito liminar, o eminente Ministro-Relator entendeu que não havia necessidade de concessão de qualquer medida cautelar, mostrando-se ausentes os pressupostos exigíveis para essa eventual providência (*"fumus boni juris" e "periculum in mora"*), motivo pelo qual exarou o Despacho de 18.9.2022, requisitando as informações necessárias à instrução do feito à autoridade apontada como coatora (Evento 11).

7. Em 23.9.2022, por meio do Ofício nº 177-AsseJurd/5ª Bda C Bld, o Comandante da referida Organização Militar prestou as informações solicitadas (Evento 14).

8. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), mediante o Parecer da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, manifestou-se pelo conhecimento do presente Habeas Corpus e, no mérito, pela denegação da Ordem.

É o Relatório.

VOTO

Em relação à admissão do presente Habeas Corpus, são oportunas algumas considerações.

2. Preceitua o inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que:

> Art. 5º.....
>
> [...]
>
> LXVII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

3. O Código de Processo Penal Militar, por sua vez, preconiza, *in verbis*:

> Art. 466. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

4. Não se pode olvidar que é reconhecida a admissibilidade de *Habeas Corpus*, caso seja demonstrado que a impetração incide sobre qualquer das hipóteses previstas no art. 467 do CPPM e, por via de consequência, no art. 500 do mesmo diploma legal, como é o caso da matéria em apreço, valendo transcrever os referidos dispositivos legais, *in verbis*:

> Art. 467. Haverá ilegalidade ou abuso de poder:
>
> [...];
>
> b) **quando ordenado ou efetuado sem as formalidades legais**;
>
> [...].
>
> Art. 500. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...];
>
> **IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo.** (Grifos nossos).

5. Em virtude disso, conheço do presente Habeas Corpus, tendo em vista que a impetração visa a evitar a nulidade de uma suposta condenação, apontando a prática de ato sem observância da advertência contida no preceito constitucional insculpido no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

6. Na parte meritória, o impetrante pretende a concessão da Ordem de *habeas corpus*, para anulação da inquirição do paciente realizada em 14.10.2021, com o consequente desentranhamento do respectivo termo de inquirição acostado nos autos do IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005, em trâmite perante a 1ª Auditoria da 3ª CJM, cujo procedimento teve origem por meio da Portaria nº 012 – Aj G/IPM, de 26 de agosto de 2021, baixada pelo Comandante da 5ª Brigada de Cavalaria Blindada.

7. Consta dos autos que a autoridade apontada como coatora, em suas informações, buscou esclarecer a pendência*, in litteris:*

> [...]
>
> b. o Impetrante requer a anulação da inquirição realizada em 14 de outubro de 2021, com o consequente desentranhamento do respectivo Termo dos autos do 1PM nº 7000204-44.2021.7.05.0005, alegando violação ao art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, pela falta de advertência prévia ao investigado quanto ao direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado durante a inquirição; e, a respeito das alegações contidas no petitório inaugural, em que pese não constar tal advertência no Termo de Inquirição de Indiciado (Evento 1 - Anexo 10 - fls. 109 a 113), realizada às 13h00 de 14/10/2021, o paciente já havia sido formalmente advertido de seus direitos no dia anterior (13/10/2021), conforme faz prova o Despacho de Indiciamento (Evento 1 - Anexo 9 - fls. 101 e 102);
>
> d. verifica-se que no aludido Despacho de Indiciamento, por meio do qual o Encarregado determinou o interrogatório do indiciado, consta a seguinte informação, cujo documento foi assinado pelo ora paciente em 13/10/2021 às 10h00:
>
> TOMEI CONHECIMENTO, tendo sido lidos os meus direitos constitucionais, especialmente do direito ao silêncio, à assistência de advogado e comunicação à pessoa de sua família ou qualquer outra indicada. (Evento 14).

8. Porém, a justificativa apresentada pela citada autoridade militar não é suficiente para sanear o descumprimento de formalidade essencial insculpida na Constituição Federal, devendo o art. 305 da Lei Adjetiva castrense ser interpretado de acordo com a norma constitucional vigente, *in verbis:*

> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> **LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;**
>
> CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR
>
> Art. 305. **Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa**. (Grifos nossos).

9. Aliás, são oportunos os comentários do insigne processualista Guilherme de Souza Nucci sobre o alcance do art. 305 do CPPM, *in verbis*:

> 760. Direito do acusado ou indiciado ao silêncio e derrogação do art. 305: **consagrado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXIII, o direito de permanecer calado, em qualquer fase procedimental (extrajudicial ou judicial), choca-se com a redação do art. 305, caput, em sua parte final, que diz**: "o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa". **Não houve recepção desse trecho pelo texto constitucional de 1988.** (Grifo nosso.)
>
> (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Militar comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 304).

10. Na verdade, não basta apenas a compreensão de que o indiciado/acusado tem a garantia constitucional de permanecer calado, mas também que lhe é **garantido o inequívoco direito de ser advertido pela autoridade, quando inquirido**, consoante a pacífica jurisprudência dos Tribunais, inclusive com reconhecimento de repercussão geral pela Suprema Corte, conforme o seguinte julgado, *in litteris:*

> Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ART. 5º, INCISOS LXIII E LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESO. DIREITO AO SILÊNCIO. INTERROGATÓRIO INFORMAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. **A controvérsia acerca da obrigatoriedade de o Estado informar ao preso do direito ao silêncio no momento da abordagem policial, e não somente no interrogatório formal, é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral**. (Grifo nosso.)
>
> (RE 1177984 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 02-02-2022 PUBLIC 03-02-2022).

11. Trata-se do denominado "Aviso de Miranda" pela jurisprudência e pela doutrina pátrias, fazendo-se alusão ao emblemático "Caso Miranda contra Arizona", julgado pela Corte Suprema dos Estados Unidos, conforme informação colhida no *site* Wikipédia, *in litteris:*

> O **Caso Miranda contra Arizona** (em inglês Miranda v. Arizona) foi uma decisão da **Corte Suprema dos Estados Unidos** que representou um marco histórico judicial. A corte concluiu que tanto as declarações que evidenciam o envolvimento de um réu no crime como as que evidenciam sua inocência (*inculpatory* e *exculpatory evidence*, em inglês, respectivamente) realizadas em resposta a um interrogatório por um acusado em custódia da polícia só são admissíveis por um **juiz** se a promotoria puder demonstrar que o acusado foi informado do direito de consultar um defensor antes e durante o interrogatório, e o direito a não se autoincriminar antes do interrogatório policial, e também de que o réu não só entendeu esses direitos, mas voluntariamente os renunciou.

> A resolução teve um impacto significativo na atuação policial americana, por tornar parte dos procedimentos de rotina da polícia o que veio a ser conhecido como os direitos de Miranda, devendo assegurar que os suspeitos foram informados de seus direitos. A advertência de Miranda é o nome da advertência formal que é o policial deve dar aos suspeitos de crimes nos Estados Unidos em custódia policial antes de serem interrogados. (Grifo no original.)
>
> (Disponível em: **https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Miranda_v._Arizona**. Acesso em 17.12.2022).

12. *In casu,* a meu sentir, é incabível a alegação de que não houve violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, ao argumento de que se está diante de nulidade relativa e de que há necessidade de comprovar efetivo prejuízo à parte. Essa conclusão é facilmente dedutível a partir da leitura do depoimento do paciente, na condição de indiciado (Evento 1, documento 4), cujo conteúdo poderá trazer reflexos na avaliação das provas colhidas desde a fase inquisitorial.

13. A esse propósito, vale registrar que a Suprema Corte já decidiu, inclusive, pela nulidade da condenação de acusado que se submeteu a processo-crime sem que tivesse sido observado o "Aviso de Miranda", consoante o seguinte precedente, *in litteris:*

> Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da Procuradoria-Geral da República. 3. Condenação baseada exclusivamente em supostas declarações firmadas perante policiais militares no local da prisão. Impossibilidade. **Direito ao silêncio violado. 4. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal**, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. Precedentes. 5. Agravo a que se nega provimento. (Grifo nosso.)
>
> (RHC 170843 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 4/5/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 31-8-2021 PUBLIC 01-09-2021).

14. É importante ressaltar que a situação trazida na presente impetração não visa à nulidade ou ao arquivamento do Inquérito Policial Militar, o que não é recomendável pela via estreita do Habeas Corpus, mas, tão somente, à nulidade e ao desentranhamento de depoimento do indiciado sem a observância da garantia constitucional dispensada a todo indiciado/acusado, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, consoante os seguintes precedentes, *in litteris*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. TRANCAMENTO PREMATURO. IMPOSSIBILIDADE. **DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL**

AO SILÊNCIO. VIOLAÇÃO. DESENTRANHAMENTO DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS SEM ADVERTÊNCIA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. O paciente requereu a nulidade absoluta dos depoimentos por ele prestados nos IPMs que fundamentaram a Denúncia, **em razão da ausência de advertência sobre o direito ao silêncio** e pela falta de registro escrito na prova colhida. A abordagem malferiu direito clausulado como pétreo, que funciona como verdadeira regra de exceção ao postulado da liberdade probatória reinante no processo penal brasileiro, porquanto não poderá ser superado em detrimento desta última. O direito à produção probatória e à busca da verdade real encontram limites nas garantias individuais e devem ser orientados pelas regras morais da sociedade, que regem as atividades do Estado e dos cidadãos. Ausência de ilegalidades ou abusos de poder perpetrados pela autoridade indigitada coatora a justificarem o prematuro trancamento da Ação Penal, **a não ser a necessidade de desentranhar dos autos os depoimentos colhidos na ocasião do IPM, por violação do direito ao silêncio constitucionalmente perfilhado. Ordem concedida parcialmente. Decisão unânime.** (Grifos nossos.)

(HABEAS CORPUS N.º 70000236-66.2017.7.00.0000, Relatora: Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, Data de Publicação: 9/1/2018).

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IN HABEAS CORPUS. MPM. USO DE DOCUMENTO FALSO. IRREGULARIDADE NO IPM. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO À INVESTIGADA. **DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE DA INQUIRIÇÃO. DESENTRANHAMENTO DO DEPOIMENTO DA ACUSADA**. OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU AMBIGUIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. EMBARGOS. REJEIÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. MANUTENÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. **Em sede de Inquérito Policial Militar o investigado, por ocasião de sua oitiva, deve ser alertado, especificamente, sobre seu direito ao silêncio ou de não responder às perguntas que lhe forem formuladas pelo Encarregado, a teor do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988. A simples advertência do disposto no art. 296, § 2º, do CPPM, não é suficiente para assegurar a informação ao acusado do seu direito de permanecer calado, quando o inquirido não estiver acompanhado de advogado**. O manejo dos Embargos de Declaração não constitui meio processual adequado para a reforma do *decisum*, quando o Embargante busca, tão somente, a rediscussão da matéria. Na espécie, não se vislumbra qualquer obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão existente na decisão embargada. Embargos de Declaração rejeitados por ausência de omissão ou obscuridade. Decisão por maioria. (Grifos nossos.)

(EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N.º 7000094-98.2021.7.00.0000, Relator: FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, Data de Publicação: 22/04/2021).

> HABEAS CORPUS. IPM. INQUIRIÇÃO DE INDICIADO COMO TESTEMUNHA. PROVA ILÍCITA.
>
> 1. Em observância ao princípio da não auto-incriminação, o suposto autor dos fatos investigados no IPM deve ser ouvido na qualidade de indiciado, e não como testemunha, podendo, caso queira, fazer-se acompanhar por advogado.
>
> 2. **A falta de advertência quanto aos direitos ao silêncio e de ser assistido por advogado quando da oitiva perante a autoridade policial militar constitui prova ilícita, que não deve integrar os autos do inquérito policial. Ordem conhecida e parcialmente concedida. Decisão unânime**. (Grifo nosso.)
>
> (HABEAS CORPUS N.º 0000209-20.2016.7.00.0000, Relator: ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Data de Publicação: 22/11/2016).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e de conceder a ordem de Habeas Corpus, para anular a inquirição do paciente realizada em 14.10.2021, colhida sem a devida advertência ao indiciado, determinando o desentranhamento do respectivo termo acostado nos autos do IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento presencial, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e, **por maioria**, em conceder a Ordem de **habeas corpus**, para anular a inquirição do paciente 3º Sgt Ex R.E.P. realizada no dia 14/10/2021, colhida sem a devida advertência ao indiciado, determinando o desentranhamento do respectivo termo acostado nos autos do IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005.

Brasília, 19 de dezembro de 2022 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS
Habeas Corpus Nº 7000635-97.2022.7.00.0000

Faço a presente Declaração de Voto, para que conste dos autos, nos termos dos § 8º do art. 52 do Regimento Interno do STM (RISTM).

Em síntese, o Impetrante alega violação ao art. 5º, inciso LXIII, da CF/88, pela falta de advertência prévia ao investigado em IPM, quanto ao direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado durante a inquirição. Essa situação acarretaria, na sua óptica, a nulidade absoluta do procedimento inquisitorial, ante a inobservância do devido processo legal para a composição do contraditório e da ampla defesa.

Em 19.12.2022, o Plenário do STM, **por maioria**, conheceu do *writ* e concedeu a ordem para anular a inquirição do Paciente, realizada em 14.10.2021, colhida sem a advertência ao indiciado, determinando o desentranhamento do respectivo termo acostado nos autos do IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005.

Naquela assentada, votei vencido, divergindo da douta maioria dos meus eminentes Pares.

Os Ministros PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, LEONARDO PUNTEL, CELSO LUIZ NAZARETH, CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA, CLÁUDIO PORTUGAL DE VIVEIROS e este signatário conhecíamos *do Habeas Corpus* e denegávamos a Ordem, por falta de amparo legal.

O presente HC escapa às situações clássicas, numa visão estrita, preconizadas para a sua impetração, nas quais o direito à liberdade de locomoção estaria imbricado.

Todavia, no caso em apreço, infere-se a alegação de supostas nulidades no curso de IPM, diante do descumprimento de preceitos constitucionais quanto ao devido processo legal para composição do contraditório e da ampla defesa.

Por isso, assenti viabilizar a análise deste "*writ*", o qual objetiva a anulação da inquirição do Paciente, realizada em 14.10.2021, com o consequente desentranhamento do Termo de Inquirição acostado aos autos do IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005, em curso no âmbito da 1ª Auditoria da 3ª CJM.

Assim, preenchidos os requisitos legais, este HC deve ser conhecido, processado e julgado.

Trata-se de HC impetrado em favor do 3º Sgt Ex **R.E.P**., investigado em sede do Inquérito Policial Militar (IPM) nº 7000204-44.2021.7.05.0005 no âmbito do Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM.

O referido IPM foi instaurado por força da Portaria nº 12 – AjG/IPM, de 26.8.2021, do Comandante da 5ª Brigada de Cavalaria Blindada (5ª Bda C Bld).

Em 14.10.2021, o Paciente foi inquirido no aludido IPM, conforme se observa do Termo de Inquirição de Indiciado.

Na Inicial, o Impetrante afirma que o Encarregado da inquisa, Capitão Rafael Matta Assenção Pereira, não advertiu previamente o Paciente acerca do disposto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no art. 296, § 2º, do CPPM, conforme o aludido Termo demonstra.

Nesse sentido, alega que a falta de advertência prévia ao indiciado em IPM, quanto aos direitos ao silêncio e de ser assistido por advogado, por

ocasião da sua inquirição perante a Autoridade Policial Militar, constitui prova ilícita, a qual não deve integrar os autos.

Neste cenário, requer a decretação da nulidade absoluta do procedimento inquisitorial e, consequentemente, o desentranhamento do Termo de Inquirição de Indiciado dos autos do IPM.

Como será fundamentado adiante, o pleito deduzido no *writ* não tem respaldo legal.

A narrativa ora apresentada destoa das informações prestadas pela suposta autoridade coatora, demonstrando a inexistência de ilegalidade ou ameaça ao *jus libertatis* do Paciente.

Conquanto no Termo de Inquirição não haja a informação prévia quanto ao direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado, o Paciente foi advertido de todos os seus direitos em 13.10.2021, exatamente no dia anterior à inquirição, no momento em que assinou o Despacho de Indiciamento (IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005 – Evento 1 – Anexo 9 - Fls. 101 e 102).

Consta no aludido Despacho de Indiciamento a informação a seguir:

> [...] TOMEI CONHECIMENTO, **tendo sido lidos os meus direitos constitucionais, especialmente do direito ao silêncio, à assistência de advogado** e comunicação à pessoa de sua família ou qualquer outra indicada.
>
> Em 13.10.2021, às 10:00 horas. (Grifo nosso.)

Da análise dos autos, verifica-se que o Paciente recebeu e assinou o referido Despacho em 13.10.2021, às 10h00, estando ciente dos seus direitos constitucionais, notadamente quanto ao **direito ao silêncio e à assistência de advogado.**

O ato que o Impetrante busca invalidar foi realizado em 14.10.2021, às 13h00, pouco mais de 24 horas após o Paciente ter sido cientificado quanto aos seus direitos constitucionais. Ou seja, ao contrário do alegado na Inicial, o 3º Sgt Ex **PFLUGSEDER**, na qualidade de indiciado, foi advertido **formal e previamente** sobre o direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado durante a inquirição.

In casu, não há que se falar em anulação da inquirição, porquanto a ausência de advertência no Termo de Inquirição corresponde a mera impropriedade, sanada pelo conteúdo do Despacho de Indiciamento, o qual foi anteriormente lido e assinado pelo Paciente.

Note-se, no mesmo sentido, o Parecer do Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, *in verbis*:

[...] **O pleito não rende ensejo ao acolhimento, por ausência de amparo legal.**

Com efeito, na situação *sub examen*, não há como constatar, nem por via indireta, ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório ou do devido processo legal como arguiu o percuciente causídico.

A malsinada falta do alerta prévio no Termo de Inquirição é mera impropriedade, sanada pelo conteúdo do Despacho de Indiciamento promanado no dia anterior, pelo qual o Encarregado determinou o interrogatório de R.E.P., onde o advertiu formal e previamente acerca de seus direitos constitucionais, e este último o subscreveu no dia 13.10.2021.

De mais a mais, a jurisprudência pretoriana é consolidada no sentido de que a ausência de informação no que atine ao direito ao silêncio culmina em nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo, sendo que o paciente, no ato da inquirição, requereu a juntada de diversas provas, com o fito de respaldar a sua versão da dinâmica fática.

Não se tangencia a defesa plena ou o direito à autodefesa na medida em que é ensejada aos acusados a oportunidade de permanecer silentes, não sendo obrigados a responder perguntas que induzam a sua culpabilidade.

Quanto a isso, melhor dirão sempre os acusados, sobre a conveniência e oportunidade de formular sua defesa, naquele momento processual ou em outro, sem que se vislumbre qualquer prejuízo para o livre e desimpedido exercício de defesa.

Fora de cogitação entender malferidos os princípios invocados, cujas garantias residem, exatamente, no rigoroso cumprimento do procedimento legal.

Nenhum ato ou omissão existe que ameace a liberdade do Paciente, ilicitamente, e nada foi realizado em desacordo com a lei.

Estamos diante do desenvolvimento regular do devido processo penal, sem qualquer sobressalto de ilegalidade ou ameaça ao *jus libertatis* que demande a concessão de medida excepcional, como propugna o Paciente.

Forçoso admitir, portanto, que não foram demonstrados pela Defesa constituída o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para concessão da liminar pleiteada no juízo de cognição sumária.

Sendo este o cenário em que se agita a controvérsia, não é possível reconhecer a mínima procedência ao pleito. [...]. (Grifo nosso.)

Nesse contexto, **a aventada nulidade da inquirição e o pedido para desentranhar o Termo de Inquirição restam inconsistentes**, pois o Paciente

foi informado, previamente, quanto ao seu direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado.

Além disso, não foi demonstrado nenhum prejuízo em decorrência das supostas irregularidades alegadas, o que seria imprescindível para a decretação da nulidade requerida, pelo princípio do *pas de nullité sans grief*.

Nesse mesmo sentido, ruma o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343/06. "DIREITO DE MIRANDO". AFIRMAÇÃO EXPRESSA DO TRIBUNAL DE ORIGEM, QUANTO AO SILÊNCIO DO PACIENTE EM INTERROGATÓRIO POLICIAL. EM JUÍZO. REVELIA DO PACIENTE. DIREITO PERMANECER EM SILÊNCIO. **AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES**. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] II - Quanto ao "aviso de Miranda" (advertência dos policiais quanto ao direito constitucional ao silêncio), o Tribunal de origem afirmou expressamente que o paciente, quando de seu interrogatório na fase policial ficou em silêncio. [...] III - **O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo** (RHC 67.730/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/05/2016), **o que não ocorreu no caso**. IV - A garantia constitucional de não produzir provas contra si mesmo, ou privilégio contra autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), não pode ser interpretada no sentido de se vedar a produção de qualquer tipo de prova sem a concordância do acusado. Entendimento contrário implicaria o reconhecimento da impossibilidade de se realizar, sem o consentimento do réu, a revista pessoal, o reconhecimento de pessoas, a interceptação telefônica, etc. **Nesse encadeamento de ideias, verifico que a ausência de advertência quanto ao direito de permanecer em silêncio, na hipótese dos autos, não gerou nulidade**. [...] VII - A toda evidência, o *decisum* agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no HC 697827. Ministro Relator JESUÍNO RISSATO. Julgado: 30.11.2020. Publicado: 24.2.2021). (Grifos nossos.)

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem o mesmo entendimento:

> [...] **O Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência consolidada no sentido de não se proclamar nulidade sem a**

> **comprovação de prejuízo, sendo certo ainda que eventuais irregularidades do inquérito não repercutem na ação penal. Precedentes.** (STF. HC 1380810 AgR. Ministro Relator ROBERTO BARROSO. Julgado em 2.8.2016).

A tese também está pacificada no STM, *in verbis*:

> EMENTA. HABEAS CORPUS. [...] **NULIDADE DE ATOS DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. INEXISTÊNCIA. PROCEDIMENTO MERAMENTE INFORMATIVO. DECRETAÇÃO DE NULIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DO PREJUÍZO (*PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*). DENEGAÇÃO DA ORDEM. DECISÃO UNÂNIME**. [...] 2. O presente *writ* é impetrado em face de Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da Auditoria da 10ª CJM que não acolheu, em sede de *habeas corpus*, o pleito de suspensão e nulidade de atos do referido IPM. 3. O Paciente, com o seu agir, deu ensejo ao referido IPM, regularmente instaurado sem sobressaltos de ilegalidade. O Inquérito Policial é peça meramente informativa para propositura da ação penal, de modo que eventual irregularidade na fase inquisitorial não contamina o processo. Precedentes deste Tribunal. **4. Para a decretação de nulidade da investigação, necessária, além da devida caracterização do suposto vício de legalidade insanável, a demonstração do prejuízo (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorre no caso em tela. 5. Ordem denegada. Decisão unânime**. (STM. HC nº 7000648-67.2020.7.00.0000. Relator Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Julgamento: 19.11.2020. Publicação: 10.12.2020). (Grifo nosso.)

> EMENTA: HABEAS CORPUS. [...] INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. PROCEDIMENTO MERAMENTE INFORMATIVO. **A DECRETAÇÃO DE NULIDADE IMPRESCINDE DA INCIDÊNCIA DO PREJUÍZO (*PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*)**. 1. O Inquérito Policial é peça meramente informativa para propositura da ação penal, de modo que eventual irregularidade na fase inquisitorial não contamina o processo, nem enseja nulidade. 2. **Para a decretação de nulidade, necessária a demonstração do prejuízo (*pas de nullité sans grief*)**. 3. Eventuais vícios formais durante a fase inquisitorial não gera nulidade do processo, visto que não comprometeu o lastro probatório da autoria, pois as demais provas produzidas, efetivamente, apontam para o indiciado. 4. Ordem denegada. Decisão unânime. (STM. HC 7000113-46.2017.7.00.0000, Relator Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Julgado: 20.3.2018. Publicação: 9.4.2018.) (Grifo nosso.)

> EMENTA. APELAÇÃO. FURTO. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA DA SUBTRAÇÃO. OBJETO LOCALIZADO NAS DEPENDÊNCIAS DO QUARTEL E UTILIZADO PELO ACUSADO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. APROPRIAÇÃO DE COISA HAVIDA ACIDENTALMENTE. COMPROVADO RESSARCIMENTO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. **ALEGADA NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA AO ACUSADO DO DIREITO AO**

> **SILÊNCIO. INQUIRIÇÃO EM IPM. IMPROCEDÊNCIA. A nulidade ocorrida no inquérito policial, peça meramente informativa, não tem o condão de macular a ação penal, pois esta supre as irregularidades verificadas na inquisa.** [...] Desprovido o apelo defensivo. Decisão unânime. (STM APELAÇÃO nº 0000014-24.2013.7.07.0007. Relator Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Julgamento: 26.2.2015. Publicação: 6.4.2015). (Grifo nosso.)

Outrossim, o Paciente compareceu ao interrogatório policial munido da documentação que considerou necessária para confirmar a sua versão dos acontecimentos. Ademais, ao longo da inquirição, portou-se de maneira colaborativa, respondendo às perguntas e demonstrando interesse em elucidar os fatos (IPM nº 7000204-44.2021.7.05.0005 – Evento 1 – Anexo 10 – Fls. 3 a 6).

Dessa forma, analisados os argumentos expendidos pelo Impetrante, bem como as provas trazidas aos autos do presente HC, não se identifica qualquer coação ilegal ou eventual abuso de poder, praticado em desfavor do Paciente. Ao contrário, o Despacho de Indiciamento e as informações disponíveis apontam para a lisura e correção do procedimento, sem qualquer ilegalidade.

Ante o exposto, votei no sentido de conhecer do presente writ impetrado em favor do 3º Sgt Ex **R.E.P**. e de denegar a Ordem, por falta de amparo legal.

Brasília, 19 de dezembro de 2022.

Gen Ex Marco Antônio de Farias
Ministo do STM

_____

Índice de Assunto

A

Agravo interno
recurso extraordinário não admitido
tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, 107-117

Apelação
concussão, 121-152
corrupção ativa e passiva, 209-242
homicídio culposo, 153-208
importunação sexual, 475-571
invasão de dispositivo informático, 445-474
lesão grave, 243-263
obtenção e divulgação indevida de dados eletrônicos privados, 445-474
peculato, 316-380
receptação, 316-380
tantum devolutum quantum appellatum, 381-444

Aviso de Miranda VER Direito ao silêncio, advertência policial

Axioma, 31

B

Bem jurídico, 69

C

Cabo Frio, Luiz da Cunha Moreira, Visconde de

biografia, 87-101

Chiang, Paloma Rosa Noceda, 81

Cláusula de desempenho, 39, 40-42

Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ), 66

Conselho de Justificação

Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, 575-640

Conselho Supremo Militar de Justiça, 87

D

Direito ao silêncio

advertência policial, 718-727

Direitos da mulher

gestante e lactante, 25

Direitos e garantias fundamentais, 23-24

Doença mental incapacitante, 643

E

Estado democrático de direito, 23

F

Fundamento comum do debate, 32

Fundo partidário, 47-48, 51

H
Habeas Corpus
cerceamento de defesa, 704-712
deserção, 643-667
direito ao silêncio
violação, 713-727
mandado de prisão
revogação, 668-703
início da execução penal, 668-703
uso de documento falso, 704-712
sustentação oral, 704-712

Hermenêutica
conceito, 35-37

I

Incidente de sanidade mental, 643
Infidelidade partidária, 40, 48-55

J

Justiça Eleitoral, 39
competência, 40

L
Lei da Ficha Limpa, 41

Lei geral das eleições, 41
Lei orgânica nacional dos partidos políticos, 41, 43

M

Maus tratos, 67

N
Norma jurídica
conceito, 31-32
estrutura, 34-35

Novo partido político

cálculo de recursos públicos, 53-54

O

Ordenamento jurídico

Conceito,34

P

Partido político

coligação, 43-44

estrutura interna, 45

fragmentação, 46

Peru (País)

direito da mulher, 80-82

relações de gênero, 80-82

S

Sentença penal condenatória de civis, 668

Supremo Tribunal Federal, 23-24

competência, 24

precedente

covid-19, 27

direitos da pessoa com deficiência, 26

Lei de cotas raciais em concursos públicos, 25-26

pai genitor monoparental

licença-maternidade, 25

proteção à criança, 25

Sustentação oral da acusação e defesa, 708-712

T

Texto jurídico, 24-25

V

Verticalização das eleições, 42-45

Violência contra menor, 67

Violência doméstica, 65-66
crime de dano, 67-68
crime de perigo abstrato, 71-72

Violência econômica, 75

Impressão e acabamento:
Seção de Editoração e de Revisão do Superior Tribunal Militar

---

Formato: 17 x 26 cm
Papel do miolo: Sulfite 75g/m²
Papel da capa: Couchê 150 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT
Número de páginas: 735
Acabamento: Capa dura