



# JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR



Volume 19

Números 1-2

Janeiro/dezembro - 2010

JURISPRUDÊNCIA DO



PUBLICAÇÃO OFICIAL

JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 19  
Números 1-2  
Jan.– dez. 2010

---

**SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**  
**Comissão de Jurisprudência**

Editor: Diretoria de Documentação e Divulgação  
Setor de Autarquias Sul, Praça dos Tribunais Superiores  
Edifício-Sede do Superior Tribunal Militar, 10º andar  
70098-900 – Brasília-DF  
Telefone: (61) 3313-9200  
Fax: (61) 3313-9511  
E-mail: didoc@stm.jus.br

Solicita-se permuta  
Pidese canje  
On demande l'échange  
We ask for exchange  
Si richiere lo scambio

Jurisprudência do Superior Tribunal Militar v. 1 (1994 - ). —  
Brasília, Superior Tribunal Militar, 1993-

Irregular.

Substitui: *Diário da Justiça*, Suplemento. (Separatas), 1981-  
1991.

ISSN 0104-0952

1. Direito Penal Militar — Brasil. 2. Jurisprudência — Brasil. I.  
Superior Tribunal Militar.

CDU 344.1/.2:340.142(81)(05)

Capa, formatação e impressão: DIDOC/SEDIV/SEREP  
Ficha Catalográfica: DIDOC/SEBIB

---

## SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2010

Ministro Dr. **Carlos Alberto** Marques Soares (*Presidente*)

Ministro Alte Esq **Marcos Augusto** Leal de Azevedo (*Vice-Presidente*)  
(Aposentado em 15.07.2010)

Ministro Ten Brig Ar **William** de Oliveira Barros (*Vice-Presidente*)  
(A partir de 02.08.2010)

Ministro Dr. **Olympio** Pereira da Silva Junior

Ministro Dr. **José Coêlho** Ferreira

Ministro Ten Brig Ar Flávio de Oliveira **Lencastre**  
(Aposentado em 30.07.2010)

Ministro Alte Esq José Alfredo **Lourenço** dos Santos  
(Aposentado em 01.03.2010)

Ministro Gen Ex Antonio **Apparicio** Ignacio Domingues  
(Aposentado em 03.02.2010)

Ministro Alte Esq **Rayder** Alencar da Silveira  
(Aposentado em 10.08.2010)

Ministro Gen Ex Sergio Ernesto Alves **Conforto**  
(Aposentado em 10.08.2010)

Ministro Dra. **Maria Elizabeth** Guimarães Teixeira Rocha

Ministro Gen Ex Renaldo Quintas **Magioli**

Ministro Gen Ex Francisco José da Silva **Fernandes**

Ministro Ten Brig Ar **José Américo** dos Santos

Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de **Cerqueira** Filho

Ministro Alte Esq **Alvaro** Luiz Pinto

Ministro Dr. **Artur Vidigal** de Oliveira

Ministro Gen Ex **Fernando** Sérgio Galvão

Ministro Alte Esq Marcos Martins **Torres**

Ministro Ten Brig Ar Cleonilson **Nicácio** Silva

Ministro Alte Esq Marcus **Vinicius** Oliveira dos Santos

---

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Sessão Administrativa nº 7, de 30.3.2011

Expediente Administrativo nº 05/11, de 13.4.2011

Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos (Presidente)

Ministro Dr. Artur Vídigal de Oliveira

Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão (Suplente)

---

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	9
--------------------	---

## JURISPRUDÊNCIA

Apelação .....	13
Correição Parcial .....	113
Embargos.....	135
Habeas Corpus.....	187
Mandado de Segurança .....	211
Questão Administrativa.....	347
Recurso em Sentido Estricto.....	367
Revisão Criminal .....	375

ÍNDICE NUMÉRICO .....	387
-----------------------	-----

ÍNDICE DE ASSUNTO .....	391
-------------------------	-----

# A apresentação

A publicação Jurisprudência do Superior Tribunal Militar é fruto da dedicação e do trabalho da Comissão de Jurisprudência, que não poupou esforços e tempo para sua elaboração, inclusive com alteração de seu leiaute.

Relevante destacar a colaboração de todos os Ministros do STM, os quais selecionaram dois acórdãos para publicação, dentre os julgados de sua relatoria em 2010, sob o prisma da relevância jurídica da matéria debatida nos autos.

A compilação dos julgados relativos ao ano de 2010 viabilizará que a Comissão de Jurisprudência proceda à publicação, ainda no segundo semestre de 2012, do próximo volume (20), recuperando, em definitivo, a periodicidade proposta para a edição Jurisprudência do STM, conforme dispõe o art. 18, inciso II, alínea “c”, do Regimento Interno do STM.

Considerado importante repositório de jurisprudência do Superior Tribunal Militar, este impresso destina-se a ser instrumento de pesquisa para todos os que estudam ou labutam na Justiça Castrense, em especial para os operadores do Direito, sendo fonte de pesquisa onde será possível colher o entendimento dos principais temas examinados nesta justiça especializada.

A Comissão de Jurisprudência informa e concita o leitor a buscar outros julgados que estão disponíveis no sítio do STM, bastando acessar o endereço eletrônico: [www.stm.jus.br/jurisprudencia](http://www.stm.jus.br/jurisprudencia).

Comissão de Jurisprudência



---

JURISPRUDÊNCIA



Apelação

---

APELAÇÃO (FO) Nº 0000006-91.2006.7.07.0007 (2007.01.050766-3)-PE

---

Relator – Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à condenação do 3º Sg. Aer José Carlos dos Santos à pena de 01 ano, 02 meses e 12 dias de prisão, como incurso, por desclassificação, no art. 248, parágrafo único, c/c o art. 73, tudo do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 27/08/2007.

Advogado – Dr. Joséfá Severino da Silva.

---

EMENTA

APELAÇÃO. PECULATO. DESCLASSIFICAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. Terceiro Sargento da Aeronáutica denunciado pelo crime de peculato, por haver se apropriado de pneus doados à Aeronáutica pela Receita Federal, é condenado, por desclassificação, pelo Conselho Permanente de Justiça como incurso no crime de apropriação indébita à pena de 01 ano, 02 meses e 12 dias de prisão, com benefício do sursis pelo prazo de 02 anos. Preliminar de intempestividade do recurso do Ministério Público Militar rejeitada por unanimidade, posto que, se o órgão do MPM não está

presente na audiência de publicação, sua intimação se faz na forma do art. 444 do CPPM. No mérito, é elementar do crime de peculato que a posse e detenção da coisa se dê em razão de cargo ou comissão, o que não ocorreu no caso concreto, pois as chaves da Seção de Transportes de Superfície do Parque de Material Aeronáutico de Recife se dava a título precário. Apelo improvido. Unânime.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de não conhecimento do apelo, por intempestividade, arguida pela defesa e, no mérito, negou provimento ao recurso, mantendo na íntegra a r. Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Renaldo Quintas Magoli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Olympio Pereira da Silva Junior e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 84ª Sessão, 3.11.2010).

#### RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 7ª CJM denunciou o 3S Aer José Carlos dos Santos pela prática do crime previsto no art. 303 do CPM, em face dos fatos narrados na exordial de fls. 2/4, in verbis:

“(…) No dia 20 de dezembro de 2005, por volta do meio-dia, no interior da Seção de Transportes de Superfície do Parque de Material Aeronáutico de Recife, o ora denunciado carregou duzentos e quarenta pneus WOOSJUNG 155 R12, que haviam sido doados à OM pela Receita Federal, em um caminhão caçamba da Prefeitura de Aeronáutica de Recife.

Após a saída da Unidade, o motorista do caminhão, cabo Ernesto Silvestre da Silva recebeu ordem do denunciado para

descarregarem os pneus em uma borracharia localizada na rua Luiz Regueira, nº 1974, Prazeres, em Jaboatão dos Guararapes.

Apurou-se do procedimento inquisitivo que o agente já havia negociado, sem autorização, a venda dos pneus pelo valor de R\$ 11.400,00 (onze mil e quatrocentos reais), tendo recebido e depositado a quantia em sua conta bancária particular.

Assim, o denunciado apropriou-se de bem móvel público, do qual tinha a detenção, visto que detinha as chaves dos containers nos quais os pneus estavam guardados (...).

A denúncia teve como base o IPM nº 51/06, instaurado no Parque de Material Aeronáutico de Recife-PE (fl. 7), e instruído com os seguintes documentos, dentre outros:

Ato de Destinação de Mercadorias (fls. 32/35 e 276/277);

Nota Fiscal e Declaração de Permuta de Material (fls. 36/37);

Guias de Movimentação de Material (fls. 40/45);

Ficha Individual e Alterações Militares, constando duas transgressões disciplinares (fls. 47/114);

Ficha de Requisição e Despacho de Viaturas (fls. 146/147);

Notas Fiscais e Recibos de Autopeças (fls. 160/186);

Cópia do Livro de Sargento de Dia à Garagem do PAMARF (fls. 235/238);

Fichas de Controle de Entrada e Saída de viaturas (fls. 252/264 e 279/289);

Termo de doação (fl. 291);

Antecedentes Criminais – NADA CONSTA (fls. 339, 342 e 378);

Termos de recebimento de material (fls. 488/491); e

Consulta nota de lançamento – Safi (fls. 492/493).

A denúncia foi recebida em 25 de maio de 2006 (fl. 325).

Devidamente citado (fl. 346), qualificado e interrogado (fls. 349/353), o 3S Aer José Carlos dos Santos, declarou, in verbis:

“(...) não é verdadeira a acusação contida na denúncia; (...) os 240 pneus woosung 155R12 foram doados pela Receita Federal ao Parque, no ano de 2004; (...) na época da chefia do

SO Marcos Antônio, como ele estava muito assoberbado de serviço, extra-oficialmente, passou a chefia da garagem ao interrogando, tendo então aquele graduado passado as chaves dos contêineres para o interrogando; (...) os pneus acima citados não integravam a carga do Parque; (...) os 240 pneus não poderiam ser utilizados em nenhuma das viaturas da FAB, portanto não tinham serventia para o quartel; (...) 10 desses pneus foram utilizados numa fonte de força (tipo de gerador), improvisadamente; (...) por determinação dos coronéis Cury e Elmo (chefe da seção Administração e vice-diretor) o interrogando fez uma pesquisa de preços para ver por quanto conseguiria vender os 230 pneus na praça; (...) durante essas pesquisas, foi à ACM pneus, na Imbiribeira, de propriedade do Sr. Marcos (...) lá compareceu fardado e na viatura militar e o Sr. Marcos se interessou em comprar os pneus, comprometendo-se a arranjar 2 outras firmas para adquirir os pneus mediante licitação; (...) posteriormente compareceram ao quartel o Sr. Marcos e um senhor conhecido como 'Curió', em dias alternados, para tratar do assunto diretamente com o Cel Elmo na presença do interrogando; (...) eles pediram para ver a mercadoria e o Cel Elmo autorizou o interrogando a fazê-lo; (...) a decisão para a venda dos pneus, portanto, partiu do Cel Cury e Cel Elmo; (...) a questão do preço dos pneus foi tratada pelos 2 cidadãos com o Cel Elmo; (...) o Cel Cury pretendia vender os pneus antes de passar o comando para adquirir o equipamento munck, destinado ao levantamento de cargas; (...) nenhum desses (...) se interessou pela compra dos pneus, porque eles estavam bastante deteriorados; (...) ofereceu os pneus ao Sr. Ricardo, que aceitou, e os comprou a R\$ 50,00, cada; (...) informou ao Cel Cury que estava com o cheque referente à venda dos pneus na carteira; (...) o Cel Cury disse ao interrogando: 'você vendeu?' tendo o interrogando respondido que 'sim, como o senhor havia mandado'; (...) ele disse então que não era para ter feito o negócio, porque os pneus já haviam sido doados a outra unidade; (...) no dia 20/12/05, o negócio foi feito e no dia 29 seguinte o interrogando depositou o cheque em sua conta-corrente, porque estava em uma situação constrangedora, já que o coronel não quis aceitar o cheque, sendo certo que não tinha a intenção de ficar com esse dinheiro; (...) o interrogando utilizou os R\$ 11.400,00 na recuperação das viaturas do Parque; (...) não comunicou a ninguém que a viatura es-

tava saindo com os pneus, até porque o Cel Cury e o Cel Elmo estavam viajando e estavam cientes de que os pneus seriam vendidos; (...) entregou as notas fiscais referentes aos serviços nas viaturas ao Cel J Carlos, substituto do Cel Elmo; (...) ainda tem em seu poder declarações das firmas que realizaram serviços nas viaturas do Parque; (...) quando foi à loja do Sr. Ricardo para entregar os pneus, estava a mesma em reforma, tendo ele indicado o Sr. Elias, em outro endereço, para receber os pneus; (...)"

Dos depoimentos das testemunhas arroladas pelo MPM, convém transcrever os seguintes trechos:

Cap Ronald Jorge de Jesus (fls. 354/356):

"(...) os pneus referidos na denúncia foram doados pela Receita Federal ao Parque, não tendo sido incluídos na carga, pelo menos durante a chefia do depoente; (...) foram colocados em contêineres, depositados estes no pátio do parque, ao ar livre; (...) durante a chefia do depoente as chaves desses contêineres sempre ficaram em seu poder; (...) quando recebeu os pneus fez uma verificação e constatou que eles tinham aspecto de novos, porém alguns tinham deformações; (...) tanto o acusado como o SO Marco Antônio despachavam diretamente com o Cel Elmo e o Cel Cury nas ausências eventuais do depoente; (...) ouviu comentários, após a instauração do IPM, de que o acusado tentou entregar o cheque referente à venda dos pneus a algum oficial, não sabendo a qual deles; (...)"

Cb Ernesto Silvestre da Silva (fls. 357/359):

"(...) na véspera do fato, recebeu ordem de seu chefe, Cap Paulo, para realizar uma missão no Parque (...) foi numa caçamba de lixo (caminhão basculante) para realizar a missão; (...) se apresentou às 8h ao acusado e a outro militar; (...) enquanto foi almoçar deixou o caminhão na garagem, pois segundo o acusado, iria agilizar o serviço carregando o caminhão, pensando o depoente que se tratava de lixo, como ele dissera; (...) quando retornou e após o almoço do acusado, este disse que iriam cumprir a missão, porém antes iriam passar numa renovadora de pneus para fazer um serviço; (...) quando retornou à garagem, a caçamba já estava carregada e coberta; (...) na renovadora, o depoente se propôs a ajudar a descarregar o caminhão, porém o acusado disse que não precisava, já que o serviço seria feito pe-

los ajudantes da empresa; (...) por sugestão do acusado, o depoente foi para fora do galpão da renovadora, tendo permanecido na rua sob uma árvore; (...) nada perguntou sobre os pneus ao acusado (...) o Sr. Elias José Bezerra (...) foi a pessoa que o acusado conversou na renovadora de pneus; (...) o depoente nada ouviu da conversa entre eles, pois, tão-logo chegaram, o acusado sugeriu que o depoente se afastasse; (...)"

Servidor Ivanildo Cardoso Santos (fls. 360/361):

"(...) chegou na garagem, vindo do almoço (...) viu apenas o acusado tirando os pneus de um contêiner, empilhando-os no chão, para jogar em cima da caçamba; (...) se propôs a ajudá-lo, tendo então auxiliado o mesmo, indo para dentro da caçamba onde ficou recebendo os pneus para arrumá-los; (...) nada perguntou ao acusado sobre para onde iriam os pneus, (...) o servidor civil Cabral também ajudou a carregar os pneus, tendo chegado ao local em companhia do depoente; (...)"

Elias José Bezerra (fls. 362/363):

"(...) conheceu o acusado quando este compareceu à borracharia do depoente para solicitar-lhe que fosse até o parque, pois o seu comandante estava pretendendo vender os pneus (...) o volume de pneus era muito grande e o depoente não tinha capital suficiente para comprar essa mercadoria; (...) certa data o acusado compareceu à borracharia do depoente em um caminhão-caçamba da Aeronáutica, dizendo que já havia vendido os pneus, não informando a quem, deixando os pneus lá; (...) se encontrava na borracharia no momento em que os pneus foram descarregados, não sabendo explicar a razão pela qual o acusado escolheu sua borracharia para deixar os pneus; (...) cerca de 3h ou 4h após ele, o acusado, em um caminhão-baú, ao ver do depoente, de origem particular, voltou à borracharia do depoente e retirou os pneus de lá; (...) o acusado disse ao depoente que já havia vendido os pneus quando chegou pela 1ª vez na borracharia; (...) nada recebeu para guardar os pneus em sua borracharia; (...) tanto na entrega quanto na retirada dos pneus, não foi assinado qualquer documento; (...)"

Ouvido mediante Carta Precatória, o Cel Paulo João Cury (fls. 409/410) declarou, em síntese: era diretor do Parque de Material Aeronáutico de Recife, recebeu alguns pneus da Receita Federal no ano de 2005; entretanto não sabe o número específico. Não foi consultado sobre a venda dos

pneus. Ao passar o comando do Parque, fez uma verificação de carga, quando se deu conta do desaparecimento dos pneus e passou a conhecer os fatos. O 3S José Carlos era despachante de viaturas, porém desconhece se a sua designação foi lançada em boletim interno.

Pela Defesa, foram ouvidas seis testemunhas. O Ten Cel Cláudio Sérgio Oliveira de Borba Maranhão (fls. 434/435) e o 3S SEM Hecílio Tiano da Silva Júnior (fls. 441/442). Nada acrescentaram aos fatos narrados na denúncia, limitando-se os depoimentos de ambos a comentários elogiosos sobre a conduta do acusado.

Civil Marcos Rodrigues Franco (fls. 436/438):

“(…) trabalha na firma ALM da Silva Franco Pneus, sendo que o acusado lá compareceu em meados de 2005; (...) o acusado ofereceu assim, cerca de 240 pneus Woosung 155 R 12; (...) se deslocou, então até o PAMARF afim de verificar as condições e a validade dos pneus; (...) de início já notou que o prazo de validade dos pneus já havia expirado (...) efetivamente, o depoente se deslocou em data posterior até o Parque e falou com Cel Elmo; (...) o Cel Elmo reiterou as afirmações do acusado no sentido de lançar uma cotação a cerca dos pneus, sendo que o depoente não teve resposta; (...) a testemunha chegou a observar os pneus armazenados em containers, estando alguns amassados ou danificados; (...) o acusado efetivamente ofereceu os pneus à firma em que o depoente trabalha com autorização superior; (...) o depoente nunca participou de qualquer processo licitatório ou de compra junto ao PAMARF; (...) a firma do depoente chegou a fazer uma proposta ao Parque sobre o valor de cada pneu, que fez uma proposta de cotação sobre os preços e que foi entregue ao aqui réu; (...) o valor unitário da proposta seria de R\$ 50,00; (...) só trocou duas palavras com o Cel Elmo e que este enfatizou ao depoente que todo o procedimento estava a cargo do acusado; (...)”.

Civil Emanuel Lira do Nascimento Filho (fls. 439/440):

“(…) a testemunha desconhece qualquer fato conectado à subtração ou venda dos pneus, como narrado na denúncia, entretanto, afirma que o acusado em face de cotação de preços, efetuou em nome da FAB uma ‘licitação’ para que as viaturas militares fizessem o serviço de cambagem, alinhamento ou balanceamento, além do serviço de suspensão em geral, na firma em que a testemunha é o proprietário; (...) o preço alusivo seria o menor o que atraiu a ‘atenção’, do serviço que foi feito em

cerca de quatro ou cinco viaturas; (...) o acusado fiscalizou, acompanhou todo o serviço, exigindo até que as eventuais peças substituídas fossem separadas, para fins de comprovação junto à sua unidade, o que de certo modo gerou um inicial constrangimento por parte do depoente, todavia, o depoente constatou a seriedade e a honestidade do acusado, nesse proceder; (...) o acusado não pediu qualquer valor ao depoente, acerca do serviço acima, ou mesmo deu a entender; (...) chegou a fazer o conserto em uma viatura Kombi, na base; (...) o serviço foi fiscalizado por um tenente da Aeronáutica e também por vários sargentos; (...)."

Cel Int Elmo de Oliveira Menezes Filho (fls. 504/506):

"(...) Em 20/12/05 era chefe da DA; (...) até o nível do depoente ninguém autorizou o acusado a vender ou permutar os pneus que foram doados pela Receita Federal; (...) não ouviu dizer se o Cel Cury teria autorizado o acusado a vender os pneus; (...) a passagem da direção do PAMARF estava prevista para o final de 2005, tendo sido transferida para janeiro de 2006; (...) considerando isso, bem como que os pneus estavam bem guardados, nos containers, o depoente disse ao acusado que aquele assunto não era prioritário; (...) bem antes disso, o acusado levou duas pessoas, que não recorda se eram as mesmas, à presença do depoente dizendo que elas estavam interessadas nos pneus, tendo então explicado que somente através de um processo licitatório se poderia vender ou permutar os pneus; (...) somente no IPM ficou sabendo que o acusado teria vendido os pneus e depositado o dinheiro em sua conta-corrente; (...)."

2º Ten Edem Góes de Magalhães (fls. 507/509):

"(...) na época dos fatos, praticamente todas as viaturas do Parque estavam quebradas e indisponíveis; (...) ficava sendo cobrado no sentido de providenciar o conserto das viaturas, não tendo podido fazê-lo porque não havia verba; (...) no mês de janeiro/2006, percebeu que algumas viaturas estavam funcionando; (...) nesse período o acusado começou a dizer ao depoente que iria levar as viaturas nas lojas e oficinas que já atendiam à FAB e nas quais já havia 'créditos'; (...) confiava todo o serviço de manutenção das viaturas ao Sgt Carlos Santos; (...) constatou que não havia crédito para o conserto de viaturas e indagou do acusado como ele conseguia consertar as viaturas; (...) certa data o acusado chegou ao depoente narrado-lhe que pegou os pneus

vendeu por R\$ 50,00, cada, tendo apresentado as notas fiscais referentes aos consertos das viaturas que mandara fazer; (...) disse a ele que agira sem ordem superior e sem o conhecimento do depoente e que a parti dali iria oferecer uma parte narrando o ocorrido; (...) repassou tais notas fiscais para o Ten Cel José Carlos; (...) sequer reparou nos valores contidos nessas notas fiscais (...) como chefe da Seção de Transporte o depoente tinha a obrigação de conferir a existência dos pneus, embora eles não estivessem registrados em carga; (...) até então o depoente não sabia que havia 240 pneus guardados em containers; (...) salvo engano do depoente, o acusado chegou a providenciar o conserto de 70 a 80% das viaturas; (...)"

Em alegações escritas (fls. 515/524), o MPM requereu a condenação com fulcro no art. 303, caput, do CPM, sustentando que as provas produzidas nos autos confirmam a ocorrência dos fatos tal como narrados na denúncia, não restando dúvidas de que o acusado cometeu crime de peculato, uma vez que realizou a venda dos pneus sem autorização superior, depositou o dinheiro da venda em sua conta-corrente, invertendo o título de posse do dinheiro resultante da venda dos bens pertencentes à Administração Militar e dispondo da quantia como se sua fosse.

A Defesa, contra-arrazoando às fls. 527/535, alegou que o Inquérito Policial Militar não ofereceu elementos capazes de configurar a existência do crime imputado ao denunciado e que as provas produzidas nos autos corroboram a versão do acusado. Aduziu que ele efetuou a venda dos pneus com autorização de seus superiores hierárquicos, e que não tinha intenção de ficar com o valor da venda e nem prejudicar a Administração Militar. Pugnou pela absolvição com base no art. 439, letra "e", do CPPM, invocando o princípio in dubio pro reo ou, em caso de condenação, a desclassificação para a modalidade culposa de peculato, nos termos do art. 303, § 3º, do CPM.

O processo foi julgado em 27 de agosto de 2007, conforme a Ata de fls. 542/544.

Em sustentação oral, a Defesa requereu, em caso de condenação, a desclassificação para a conduta tipificada no art. 248 do CPM (apropriação indébita).

O Conselho Permanente de Justiça para Aeronáutica decidiu, nos termos do art. 435, parágrafo único, do CPPM (diversidade de votos), julgar procedente em parte a denúncia para condenar, por desclassificação, o 3S José Carlos dos Santos, como incurso nas sanções

do art. 248, parágrafo único, do CPM, à pena de um ano, dois meses e doze dias de reclusão, convertida em prisão, concedendo-lhe o benefício do sursis pelo prazo de dois anos e o direito de apelar em liberdade, sob os fundamentos expostos na sentença de fls. 547/568.

Intimadas as partes (fls. 569v/570), o MPM interpôs recurso de apelação.

Nas razões (fls. 574/590), requer seja reformada a sentença para condenar o acusado pela prática de crime previsto no artigo 303, caput, do CPM, com a aplicação da pena acima do mínimo legal e imposição da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, segundo o art. 98, IV, e 103 do CPM, c/c os arts.125 e seguintes, do Estatuto dos Militares.

Contra-arrazoando às fls. 594/604, a Defesa argui, preliminarmente, a intempestividade do recurso ministerial. No mérito, requer o improvimento do apelo, sob os argumentos de que o réu efetuou a venda dos pneus mediante autorização de seus superiores, tendo o valor da venda sido integralmente aplicado na recuperação das viaturas, pelo que não houve lesão ao patrimônio público.

A PGJM, em parecer da lavra da saudosa Vice-Procuradora-Geral Dra. Adriana Lorandi (fls. 614/620), pugna pelo provimento parcial do recurso, a fim de que o réu seja condenado pelo crime tipificado no art. 303 do CPM e excluído das Forças Armadas, se for o caso.

Ofício oriundo da Auditoria da 7ª CJM (fl. 626) encaminha cópia do Ofício nº 1012, do Diretor do PARMAF, informando a transferência para a Reserva Remunerada, ex officio, do 3S José Carlos dos Santos, a contar de 16 de setembro de 2008 (fl. 627).

Relatados, decide-se.

## VOTO

### DA PRELIMINAR DA DEFESA DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO MINISTERIAL

Sustenta a Defesa a intempestividade do recurso ministerial, protocolado em 11/09/07, alegando que a contagem do prazo para sua interposição teve início a partir de 05/09/07, dia seguinte ao da audiência da leitura da sentença (04/09/07), para a qual foi o Parquet devidamente intimado, embora não tenha comparecido.

Dispõem os arts. 443 a 445 do CPPM, in verbis:

“Art. 443. Se a sentença ou decisão não for lida na sessão em que se proclamar o resultado do julgamento, sê-lo-á pelo auditor em pública audiência, dentro do prazo de 8 (oito) dias, e dela ficarão, desde logo, intimados o representante do Ministério Público, o réu e seu defensor, se presentes.

Art. 444. Salvo o disposto no artigo anterior, o escrivão, dentro do prazo de 3 (três) dias, após a leitura da sentença ou decisão, dará ciência dela ao representante do Ministério Público, para os efeitos legais.

Art. 445. A intimação da sentença condenatória será feita, se não o tiver sido nos termos do art. 443:

- a) ao defensor de ofício ou dativo;
- b) ao réu, pessoalmente, se estiver preso;
- c) ao defensor constituído pelo réu”.

Depreende-se, portanto, da leitura dos dispositivos legais acima transcritos que, caso as partes não estejam presentes à audiência de leitura da sentença, deverão ser intimados o representante do MPM, na forma do art. 444, e a Defesa, na forma do art. 445.

In casu, constatada a ausência do representante do MPM à audiência de leitura da sentença (fl. 569v), foi determinada a sua intimação, o que ocorreu em 06/09/07 (fl. 570). No dia 11 subsequente, o MPM interpôs tempestivamente o presente Apelo.

Ante o exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar pela rejeição de preliminar de intempestividade suscitada pela defesa.

#### DO MÉRITO

Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Foi interposto por parte legítima e interessada. Seu pedido é juridicamente possível. Conheço do recurso.

No mérito, entretanto, é de negar-se provimento para manter a sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Não há dúvidas quanto à autoria e materialidade da retirada e alienação dos pneus.

O próprio acusado admitiu ter sido ele quem, com ajuda de praças inocentes, em plena luz do dia, retirara os pneus do depósito da Se-

ção de Transportes de Superfície do Parque de Material Aeronáutico do Recife e os tenha vendido a terceiro, embora sob o argumento de que teria sido autorizado por superior hierárquico, no que diz respeito à referida alienação.

Com efeito, se alguma dúvida havia quanto à prova da tipicidade subjetiva da conduta, se o comando tinha ciência das negociações entabuladas pelo acusado, ou mesmo, se o numerário foi gasto em proveito das viaturas da unidade, esta foi espancada pelo comportamento processual do acusado, que se satisfaz com a sua condenação como incurso no crime de apropriação indébita, ao não interpor recurso de apelo.

Por outro lado, entretanto, não há como concordar com a tipificação da conduta como crime de peculato, como quer o Ministério Público Militar.

Isso porque, embora fosse detentor das chaves do depósito, e, por consequência, do material que se encontrava dentro dele, não o fazia em razão de cargo ou comissão, como seu superior, o 2º Tenente Edem, quem dos pneus tinha a posse e administração.

Se é certo que o artigo 303 do Código Penal Militar, de maneira diferente que o Código Penal comum, inclui como elemento normativo do tipo o termo “detenção”, é certo, também, que, para que se configure a tipicidade do crime de peculato, o militar tenha se apropriado da res, que tem em detenção, em razão de seu “cargo ou comissão”, como preceitua o art. 303 do CPM, in verbis:

“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 3 (três) a 15 (quinze) anos” (grifo nosso).

Isso, porque, no peculato, a apropriação fere, além do bem jurídico “patrimônio” da Administração militar, também sua moralidade.

É o que assevera a doutrina, ao expressar que o “bem jurídico protegido é a Administração Pública, particularmente em relação a seu próprio interesse patrimonial e moral” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 375)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido: DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 891.

Ao explicitar os bens jurídicos tutelados, lapidar o magistério de Luis Regis Prado:

“No tipo em exame aflora não só o interesse em preservar o patrimônio público, mas principalmente a finalidade de resguardar a probidade administrativa, cuja importância, inclusive, foi cristalizada pela Constituição da República de 1988 (art. 37, caput e § 4º). Não se pode olvidar que a eficácia funcional do Estado depende precipuamente da honestidade e da eficiência com que os agentes públicos atuam no seu mister, já que, como longa manus daquele, suas atividades refletem positiva ou negativamente na coletividade, no que tange à formação moral e política dos cidadãos e no respeito que estes devem ter para com os entes públicos, essencial para a própria solidez do Estado Democrático de Direito, planejado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, o funcionário probo, que cumpre seu desiderato visando atingir sempre o interesse público, alcança a admiração dos cidadãos, que passam não só a referendar os seus atos, como também respeitá-lo. Contudo, quando o funcionário público (*lato sensu*) envereda-se por caminhos escusos, buscando apenas, com os citados atos, o enriquecimento ilícito ou mera satisfação pessoal ou de outrem, abusando do exercício da função, o próprio ente público cai em descrédito perante os cidadãos. Estes passam a vê-lo como um mero instrumento colocado a serviço dos detentores do poder político e econômico e de seus apaniguados, com efeitos nefastos para a sociedade, como o desrespeito dos cidadãos para com a lei e os bens públicos, a má-formação de novos agentes públicos, o estímulo à sonegação fiscal e o incremento generalizado da corrupção administrativa, entre outros.

Defende-se, ainda, que aqui a tutela penal deve ser enfocada sob dois aspectos, um de caráter genérico e outro de caráter específico. No tocante ao primeiro, objetiva-se velar pelo normal funcionamento da administração, enquanto no segundo há o interesse específico em se proteger os bens móveis de propriedade do erário e o dever do funcionário em velar pelo patrimônio público” (PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 441).

Por essa razão, costuma-se dizer que o peculato é o “crime do rei”, do administrador da res pública, não do mero funcionário que não exerce cargo ou comissão alguma.

Esta Corte, nos autos da Apelação nº 2003.01.049415-4/RJ que trata da apropriação de alimentos por Cabo Fuzileiro Naval, na Base de Fuzileiros Navais da Ilha do Governador, assim decidiu:

“PECULATO – DESCLASSIFICAÇÃO.

I – Nos autos há elementos suficientes para suportar a condenação do Recorrido, pois o mesmo confessou a prática do delito em três oportunidades, sem que tivesse sido coagido para tal. Aliás, em Juízo, em seu depoimento, nega expressamente, qualquer intimidação sofrida naquelas ocasiões.

II – O Agente não exercia, à época do fato, cargo nem comissão para caracterizar o delito de peculato, conforme inteligência do art. 303, do CPM c/c os arts. 20, 21 e 26, da Lei nº 6.880, de 09.12.1980 (Estatuto dos Militares), ensejando a desclassificação para apropriação indébita.

III – Recurso Ministerial provido, parcialmente, para condenar-se o Apelado pelo crime de apropriação indébita por desclassificação.

IV – Decisão majoritária” (STM – AP (FO) nº 2003.01.049415-4/RJ Rel. Ministro Gen Ex Expedito Hermes Rego Miranda, j. 02/12/2003, DJ 20/02/2004, grifo nosso).

No presente caso, estamos diante de hipótese análoga.

Observe-se, preliminarmente, que sequer consta da denúncia o cargo ou comissão que exercia o acusado quando da apropriação dos pneus.

Além disso, há elementos nos autos que autorizam concluir que a posse das chaves pelo acusado era extraoficial, e que a detenção dos pneus não advinha de cargo ou comissão:

“que na época da chefia do SO Marcos Antônio, como ele estava muito assoberbado de serviço, extra-oficialmente, passou a chefia da garagem ao interrogando, tendo então aquele graduado passando as chaves dos contêineres para o interrogando” (interrogatório, fls. 350, grifo nosso).

“Que sabe que o 3º SGT José Carlos dos Santos exercia a função de despachante de viaturas, presumindo que ela estaria lançada em Boletim e que como a sua designação se deu em administração anterior, seria o caso de checar” (testemunha João Paulo Cury, fls. 409/410).

“que, o acusado nunca trabalhou diretamente subordinado ao depoente; que, o acusado trabalhava na Secretaria da Seção de Transporte de Superfície, tendo como função principal tratar dos seguros e licenciamentos das viaturas do PAMARF; que, ele também

cuidava de toda a escrituração da Seção; que, antes dos fatos da denúncia, não tomou conhecimento de qualquer ação incorreta por parte do acusado” (testemunha Cel Elmo Oliveira Menezes Filho - fls. 505, grifo nosso).

“que, conheceu o acusado em janeiro/2004, quando passou a servir no PAMARF, que, assumiu a Chefia da Seção de Transporte de Superfície no dia 13/12/05; (...) que o depoente confiava todo o serviço de manutenção das viaturas ao Sgt Carlos Santos” (Testemunha 2º Ten Edem Góes, fls. 507, grifo nosso).

Perceba-se que, às fls. 486, 487, 488/490 e 491, constam, respectivamente: o Boletim Interno nº 067, de 06 de abril de 2006; Boletim Interno nº 084, de 05 de maio de 2006, e termos de recebimento de materiais de 25 de abril de 2006 e de 16 de maio de 2006, em que constam como membros da comissão que recebeu a res, o 3SSML Mario Nunes da Silva Junior; o CB SEM Jandoval Calado Carneiro Filho e o CB SEM Sergio Barbosa de Oliveira. Não havendo qualquer referência às atribuições do acusado como possuidor ou detentor dos pneus.

Nessa esteira, sirvo-me novamente do magistério de Luis Regis Prado, para elucidar a questão:

“Ao contrário da apropriação indébita, em que o legislador fez expressa menção à figura da detenção, no peculato o tipo objetivo refere-se tão somente à posse. Contudo, esta deve ser enfocada em sentido amplo, alcançando não só a detenção, como também a posse indireta, compreendendo esta última o que se denomina disponibilidade jurídica, em que apesar de não dispor da detenção material da coisa o agente a exerce mediante ordens, requisições ou mandatos, como ocorre com o chefe de determinado órgão público onde se guardam valores.

Não basta, porém, a existência da posse, sendo essencial que esta advenha do cargo ocupado pelo funcionário público, impondo-se, assim, uma relação de causa e efeito entre este e aquela. Cargo, elemento normativo do tipo, cuja valoração advém do Direito Administrativo, constitui ‘o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei’. Resulta daí que a confiança depositada no funcionário que recebe a coisa decorre de mandamento legal ou de norma ditada por costume não vedada por lei; logo, não bas-

ta que o agente seja funcionário público; é imprescindível que receba o bem em face de atribuição legal, por ser titular de cargo público que lhe imponha tal mister. Assim, se 'A' entrega determinada quantia em dinheiro para um agente do fisco, que lhe é conhecido, a fim de que este recolha o imposto devido à Fazenda Pública, e este se apropria da quantia, o fato não constitui peculato e, sim, apropriação indébita" (PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 447, grifo nosso).

Assim, irreparável, no que tange à desclassificação para apropriação indébita, a r. Sentença vergastada.

O mesmo ocorre no que tange à pena fixada.

Pelo exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, à unanimidade, em rejeitar a preliminar de não conhecimento do apelo, por intempestividade, arguida pela defesa e, no mérito, negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a r. Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 03 de novembro de 2010 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Alte Esq Marcos Martins Torres, Ministro-Relator – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Revisor.

---

---

APELAÇÃO (FO) Nº - 0000007-09.2006.7.06.0006-BA (2009.01.051248-9)

---

Relator – Min. Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Luiza Barbosa dos Santos e Maria Augusta Barbosa dos Santos, civis, do crime previsto no art. 251, c/c o art. 53, tudo do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 6ª CJM, de 21/10/2008.

Advogados – Drs. Fabiano Pimentel e Carina Barbosa Gouvêa.

---

#### EMENTA

Estelionato. Pensão Militar. Pagamentos de proventos após o falecimento da pensionista. Óbito não comunicado. Indução da Administração Militar em erro. Apelo ministerial provido. Realização de saques de proventos indevidamente depositados pela Administração Militar, mediante uso de cartão magnético, que ignorava o falecimento da pensionista. Jurisprudência desta Corte no sentido de considerar tal conduta como típico caso de estelionato de natureza previdenciária (art. 251 do CPM). Elementos de prova suficientes para imputar às Réis a autoria do delito, pois como filhas da falecida pensionista movimentavam a respectiva conta-corrente visto terem posse do cartão magnético e conhecerem a senha. Dolo antecedente caracterizado ainda pelo silêncio das Réis que, embora tendo o dever de comunicar o óbito da sua genitora à Administração Militar, deixaram de fazê-lo. Presentes os elementos constitutivos do crime de estelionato: dolo, meio fraudulento, indução do órgão pagador em erro e prejuízo para a Administração Pública, com a decorrente vantagem patrimonial ilícita das agentes, impõe a reforma da sentença absolutória. Apelo provido. Decisão unânime.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença a quo, condenar as civis LUIZA BARBOSA DOS SANTOS e MARIA AUGUSTA BARBOSA DOS SANTOS, cada uma, à pena de 2 anos de reclusão, como incurso no art. 251, caput, do CPM, sendo-lhes reconhecido o direito de recorrer em liberdade, fixando o regime aberto para o cumprimento inicial da pena, com

fulcro no art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal comum, e, por maioria, foi concedido às Apelantes o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 3 anos, com base no art. 84 do CPM, e sob as condições previstas no art. 608 do CPPM. Os Ministros MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, RENALDO QUINTAS MAGIOLI, FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES e ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA concediam o benefício do sursis pelo prazo de 2 anos. O Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES fará declaração de voto. O Ministro RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magoli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares encontra-se em gozo de férias. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 39ª Sessão, 17.5.2010).

#### RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar no tocante à absolvição das civis Luiza Barbosa dos Santos e Maria Augusta Barbosa dos Santos, ambas incursas no art. 251, c/c o art. 53, tudo do CPM.

Em 23 de novembro de 2006, o Órgão Ministerial ofereceu denúncia em desfavor das civis Luiza Barbosa dos Santos e Maria Augusta Barbosa dos Santos, como incursas no crime de estelionato em coautoria. Narra a Exordial, em síntese, que (fls. 02/04):

“Instaurado Inquérito Policial Militar, apurou-se indício de fraude contra o sistema de pagamento do Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha, decorrente de movimentações financeiras indevidas, na conta-corrente de titularidade da ex-pensionista Antonia Barbosa Melgaço, falecida em 07 de junho de 1997.

Em virtude de não ter sido oportunamente comunicada acerca do referido óbito, a Administração Militar continuou a depositar os proventos da ex-pensionista.

As civis Luiza Barbosa dos Santos e Maria Augusta Barbosa dos Santos, filhas da ex-pensionista, eram responsáveis pelo controle das finanças de sua genitora, ficando de posse do cartão e senha para realização de saques e demais movimentações financeiras.”

Recebida a denúncia em 28 de novembro de 2006 (fl. 286), foram as acusadas citadas por Carta Precatória Citatória (fl. 296), qualificadas e interrogadas (fls. 303/307); na ocasião confirmaram não terem informado o óbito de sua genitora à Administração Militar.

Em alegações escritas (fls. 478/481), o Órgão Ministerial asseverou que a autoria e a materialidade delitivas seriam inquestionáveis; as acusadas teriam agido dolosamente, auferindo valores aos quais não faziam jus; assim, requereu a condenação nos termos da Exordial acusatória.

A defesa de Maria Augusta Barbosa dos Santos pediu a improcedência da denúncia, para absolver a acusada, visto não ter agido dolosamente, por lhe faltar o desejo de obter a vantagem ilícita, elemento subjetivo do tipo do art. 251 do CPM (fls. 484/493).

A defesa de Luiza Barbosa dos Santos pediu a improcedência da denúncia, pois, a seu ver, a conduta da acusada seria atípica, inexistido o elemento subjetivo do art. 251 do CPM; dessa forma, requereu a absolvição da acusada sob o pálio da inexigibilidade de conduta diversa (fls. 500/509).

Em 21 de outubro de 2008, o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha (fls. 562/568), por maioria de votos, decidiu julgar improcedente a acusação para absolver as acusadas das imputações que lhes foram feitas, com fundamento nas normas do art. 439, alínea b, do CPPM.

Intimado da sentença absolutória em 3 de novembro de 2008, o Ministério Público Militar interpôs tempestivamente o presente recurso de apelação (fl. 571).

Em Razões Recursais (fls. 577/581), o Parquet castrense requer a reforma da sentença a quo, com a conseqüente condenação das civis Luiza Barbosa dos Santos e Maria Augusta Barbosa dos Santos como incurso no art. 251, c/c o art. 53, ambos do CPM.

Em Contrarrazões (fls. 583/593 e 597/609), a defesa das acusadas refuta os argumentos do Parquet castrense e requer a manutenção integral da sentença em todos os seus termos.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar, opina pela procedência do recurso ministerial (fls. 621/625).

Relatados, decide-se.

#### VOTO

O presente recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecido. Quanto ao mérito, impõe-se que seja dado provimento ao apelo.

Entende-se como equivocada a decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 6ª CJM, quando absolveu as ora apeladas da imputação pela prática do crime de estelionato, previsto no art. 251, caput, do CPM, com fulcro no art. 439, alínea b, do CPPM.

O exame dos autos revela que as acusadas induziram a Administração Militar em erro, ao não participarem o falecimento da ex-pensionista Antonia Barbosa Melgaço, embora, na situação de procuradoras da falecida, tivessem ciência de ser obrigatória tal atitude.

Em face da não exclusão da ex-pensionista da folha de pagamento, a União prosseguiu fazendo o depósito indevido relativo aos seus proventos entre junho de 1997 e dezembro de 2005, tendo o prejuízo atingido o montante, em valores líquidos depositados orçados, em R\$ 149.984,93 (cento e quarenta e nove mil, novecentos e oitenta e quatro reais e noventa e três centavos) (fls. 13/14).

A conduta ilícita teve por fito o interesse das apeladas em fraudar o sistema de pagamento do Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha, valendo-se do cartão magnético e da senha da conta-corrente da falecida ex-pensionista Antonia Barbosa Melgaço, genitora de ambas, obtendo perante a instituição bancária capacidade para realizar, sem restrições, qualquer tipo de transação financeira.

A materialidade da conduta ilícita atribuída às apeladas restou comprovada pelos extratos bancários acostados aos autos (fls. 169/274), que confirmam a movimentação financeira da conta-corrente, mediante a ocorrência de saques após o óbito da pensionista Antonia Barbosa Melgaço, de proventos indevidamente depositados pela Administração Militar.

Também, pelos depoimentos, em juízo, das acusadas, quando confirmaram que realizaram saques eletrônicos na conta bancária da ex-pensionista.

Na ocasião, a acusada Luiza Barbosa buscou justificar sua conduta, afirmando não ter conhecimento de que estava proibida de efetuar os saques; contudo, em seguida, contrariou sua própria versão dos fatos, ao admitir não ter ido, até à Marinha, efetuar o recadastramento, porque tinha medo de acontecer alguma coisa.

Já, a acusada Maria Augusta afirmou que achava ter direito a receber os valores e não comunicou o óbito da ex-pensionista porque necessitava do dinheiro.

Quanto à inexigibilidade de conduta diversa, ante a suposta situação de penúria financeira das apeladas descrita nos autos, inexiste qualquer circunstância que lhes possa ser favorável; ao revés, seria exigível que procedessem conforme o direito, isto é, informassem o óbito à Administração Militar, pois tinham plena consciência dessa necessidade.

A elevada ocorrência de fatos delituosos cometidos contra a previdência militar, nos últimos anos, resultou em entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de se tratar tais condutas como típico caso de estelionato de natureza previdenciária (art. 251 do CPM).

Tal juízo se conforma à perfeição ao presente caso, pois a situação fática exposta nos autos ajusta-se de modo evidente ao tipo penal do estelionato previdenciário, permitindo vislumbrar: dolo, meio fraudulento, indução do órgão pagador em erro e prejuízo para a Administração Pública, com a decorrente vantagem patrimonial ilícita das apeladas.

A r. Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 6ª CJM privilegiou o entendimento pela inexistência de elementos para respaldar um decreto condenatório, particularmente, quanto a uma possível indefinição no tocante à falta de consciência da ilicitude no comportamento das acusadas.

Contudo, conforme aponta com propriedade o representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar: “a falta de consciência da ilicitude tratada no direito penal comum como erro de proibição, art. 21 do CP comum, não existe no direito penal militar.”.

Naturalmente, trata-se de completo equívoco por parte do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, pois em situações semelhan-

tes à ora analisada, esta egrégia Corte tem posicionamento pacífico no sentido de que, in verbis:

“(...) Configura estelionato a conduta do agente que, mantendo em erro a administração quanto à morte de seu genitor pensionista, utiliza o cartão magnético e a senha bancária então de propriedade deste, sacando valores depositados no banco, relativos às pensões pagas após o óbito do beneficiário. Alegação de estado de necessidade que não se acolhe, em face da ausência, na hipótese, dos traços basilares dessa figura excludente de ilicitude (CPM, art. 42). Provimento parcial ao apelo da defesa, para, mantendo a condenação, reduzir a pena imposta, pela via do afastamento da continuidade delitiva (...)” (Apel nº 2001.01.048876-6 – Rel. Min. José Enaldo Rodrigues de Siqueira – J em 19.09.2001).

Portanto, pelo que se vê dos presentes autos: denúncia, depoimentos, sentença, razões e contrarrazões do recurso de apelação, conclui-se que:

- a movimentação da conta-corrente da ex-pensionista pelas acusadas, mediante o uso de cartão magnético, para saque de valores correspondentes a proventos de pessoa sabidamente falecida, configura meio fraudulento de obtenção de vantagem, hábil para induzir em erro a Administração Militar; e

- como corolário, a decorrente utilização de valores depositados indevidamente constitui obtenção de vantagem ilícita e configura patente prejuízo ao erário sob Administração Militar.

Diante dos fatos apurados, a conduta das Acusadas evidenciou o animus livre e consciente em se apropriar das quantias depositadas indevidamente pela Administração Militar, na conta bancária de sua falecida mãe, à vista do silêncio daquelas que tinham o dever de comunicar o óbito à Administração Militar.

Dessa forma, resta evidenciado o dolo antecedente, próprio do crime de estelionato, decorrente do interesse em manter a Administração Militar em erro, com o intuito de continuar a receber os valores depositados mensalmente, importando no prejuízo apontado pelo Órgão Ministerial.

Nesse sentido, a lição do ilustre Min. Jorge Romeiro: “O próprio silêncio, quando malicioso ou intencional, acerca do preexistente erro da

vítima, constitui meio fraudulento característico de estelionato.” (STM – RC – Rel. Min. Jbrge Romeiro – Bol. ADV 354).

Logo, nada há nos autos a justificar a conduta delituosa. Cabe a conclusão de que as civis Luiza Barbosa dos Santos e Maria Augusta Barbosa dos Santos agiram com dolo, ante seu potencial conhecimento da ilicitude praticada; trata-se de agentes plenamente imputáveis, além de lhes ser exigível conduta diversa.

Comprovada a prática de conduta delituosa por parte das acusadas, resta examinar a sanção a lhes ser atribuída. As acusadas são primárias e de bons antecedentes, a presunção é de que não tornarão a delinquir, o que justifica a aplicação da pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão como incursas no art. 251, caput, do CPM.

Isso Posto, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em dar provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença a quo, condenar as civis Luiza Barbosa dos Santos e Maria Augusta Barbosa dos Santos, cada uma, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursas no art. 251, caput, do CPM; sendo-lhes reconhecido o direito de recorrer em liberdade, fixando o regime aberto para o cumprimento inicial da pena, com fulcro no art. 33, § 2º, alínea c, do CP comum e, por maioria, foi concedido às Apelantes o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 3 (três) anos, com base no art. 84 do CPM e sob as condições previstas no art. 608 do CPPM.

Brasília, 17 de maio de 2010 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Ministro-Relator - Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Revisor.

#### DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

GEN EX FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES  
APELAÇÃO (FO) Nº - 0000007-09.2006.7.06.0006-BA (2009.01.051248-9)

Votei dissentindo da maioria dos meus pares, concedendo o benefício do sursis pelo prazo de dois (02) anos.

Sendo as réas primárias e de bons antecedentes e uma vez que a Corte condenou-as à pena mínima, não há razão para fixar o prazo do sursis superior ao mínimo.

Deve ser ressaltado que o longo período da fraude não pode justificar a exacerbação do prazo do período de prova do sursis, por não ter natureza de pena, e, por consequência, caráter retributivo.

Superior Tribunal Militar, 17 de maio de 2010.

Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES  
Ministro do STM

\_\_\_\_\_

---

APELAÇÃO (FO) Nº 0000017-33.2007.7.12.0012 (2008.01.050985-2)-AM

---

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de PAULO HERBERT CUNHA DE CASTRO AZEREDO, Sd Ex, do crime previsto no art. 206, § 2º, do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 26/02/2008.

Advogado – Dr. João Thomas Luchsinger, Defensor Público da União.

---

EMENTA

APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. RECURSO DO MPM. Veículo Militar conduzido por Militar que, ao desviar de animal silvestre em rodovia, à noite, capota, causando a morte de um dos ocupantes. Sentença absolutória que deve ser mantida, porquanto analisou o caso concreto para considerar a ausência de culpabilidade do réu, tendo em vista que, embora estivesse acima da velocidade permitida para o local, transitava na velocidade adequada entendida pelo Chefe da Viatura. Pode-se concluir que trafegar em rodovia na qual existem presenças de animais silvestres é previsível a ocorrência de acidentes. Todavia, no presente caso, tornou-se inevitável, haja vista a abrupta presença de uma raposa na via e a pouca experiência do réu na condução de veículo automotor. Manutenção da Sentença a quo. Decisão unânime.

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao apelo ministerial, para manter intocável a r. Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Al-

varo Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Olympio Pereira da Silva Junior e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 84ª Sessão, 03.11.2010).

#### RELATÓRIO

O MPM, junto à Auditoria da 12ª CJM, denunciou, em 03/05/2007, fls. 02/05, como incurso no art. 206, § 2º, do CPM, o Sd Ex PAULO HERBERT CUNHA DE CASTRO AZEREDO, nos seguintes termos:

“No dia 20 de janeiro de 2007, por volta das 19:30 horas, o ora Denunciado na função de motorista dirigia a viatura militar camionete cabine dupla – marca Mitsubishi, placa NAR-7490, cumprindo missão de viagem para Boa Vista, sede do Batalhão, conduzindo o Cap. Antônio Carlos Barradas Ferreira, Cabo Álvares da Silva Reis Filho e o Sd. Maceme Moreira da Silva”. (fls. 09, 43 e 51)

“Na ocasião o Cap. Ferreira colocou o seu cinto de segurança e recomendou a todos que fizessem o mesmo”. (fls. 44, 49 e 52)

“Antes de iniciar a viagem o Cap. Ferreira, advertiu o denunciado que não ultrapassasse o limite de 80 a 90 km (fl. 94). No decorrer do percurso o Cap. Ferreira mandou que o Soldado reduzisse um pouco a velocidade pois era à noite. Ainda assim, os autos demonstram que a velocidade empreendida na viatura por ocasião do acidente era de aproximadamente 100 Km/h”. (fls. 89, 98, 100, 119)

“Procedia, portanto, a preocupação do Oficial em relação à velocidade, até porque, a Rodovia Federal 174 é área rural além do que não há iluminação”. (fls. 40 e 97)

“Prosseguindo a viagem o motorista militar concluiu a descida da serra Pacaraima na altura do Km 134 da BR 174, quando surge um animal de porte médio, provavelmente, uma raposa cruzando a pista de rolamento da esquerda para a direita. A viatura estava com velocidade aproximada de 100 km/h, e o motorista buscou desviar para a esquerda, caindo no acostamento da rodovia, e, ao tentar retornar para a pista, deu uma guinada no volante para a direita, ao mesmo tempo em que pisou no freio, perdendo o controle do veículo, vindo a capotar por várias vezes”. (fls. 51, 93, 98, 110, 119, 142, 149, 155/156).

“O laudo aponta para um rastro de 30 metros no solo após o acionamento do freio, o que leva a crer que a camionete estava sendo conduzida com velocidade incompatível no local, ou seja, excessiva para a situação”. (fl. 100)

“Do sinistro veio a falecer o Cabo Álvares da Silva Reis Filho e lesionados o Cap. Ferreira, o Sd. Maceme e o Denunciado. O prejuízo da viatura militar foi orçado em R\$ 27.802,90 (vinte e sete mil e oitocentos e dois reais e noventa centavos)”. (fls. 21, 148)

“O Sd. Herbert agiu com indisfarçável imprudência, pois que é nítida a velocidade acentuada, daí que na estabanada manobra que fizera para não abater o animal causou o acidente. Mais imprudente ainda, quando inoportunamente freou o veículo provocando a derrapagem contribuindo para o desfecho final.

O Denunciado foi negligente, dado que não atuou com atenção e cuidados exigíveis nas circunstâncias em que se encontrava. Não atentou para o fato de estar dirigindo a noite, numa estrada onde os animais frequentemente atravessam a pista, e por conta disso, deveria reduzir ainda mais a velocidade, a fim de evitar o resultado danoso.

É sabença de todos residentes por esta região que a Rodovia Federal (BR-174) é área rural e sem iluminação, e ainda, que animais atravessam a estrada, sobretudo à noite, daí o maior cuidado dos motoristas”. (fls. 25/26, 44, 47, 122)

“Ante o exposto, protesta o MPM, pelo recebimento da presente Denúncia, oferecida contra o Soldado Paulo Herbert Cunha de Castro Azevedo, como incurso nas penas do art. 206 § 2º do Código Penal Militar, requerendo a citação do mesmo, para se processar e julgar sob pena de revelia, observando-se as formalidades legais, e oitivas das Testemunhas abaixo arroladas”.

Encontram-se acostados aos autos: Laudo de Exame em local de acidente, fls. 102/105; Inquérito Técnico, fls. 149/161; Relatório de IPM, fls. 165/170; Solução de IPM, fl. 173.

Revestida das formalidades legais, a Denúncia foi recebida em 08/05/2007, fl. 177.

Devidamente citado, fl. 202, o acusado compareceu perante o CPJEx da Auditoria da 12ª CJM, respondendo, fls. 207/208:

“... que, ao contrário do que consta no referido inquérito técnico, a viatura militar iniciou a sua viagem com destino a Boa

Vista por volta das 18h40; que às 19h30 foi mais ou menos o horário em que ocorreu o acidente; que o acidente ocorreu não após cinco minutos da ultrapassagem da camionete Strada (como consta à fl. 97), mas após mais ou menos uns 40 minutos da referida ultrapassagem; que o Cap FERREIRA, ao alertar no começo da viagem acerca de excesso de velocidade, apenas determinou ao depoente que este não excedesse muito a velocidade, mas não estipulou qualquer valor de 80 ou 90 km/h, como consta no inquérito técnico (fl. 99); que, logo após a ultrapassagem da camionete Strada, o Cap FERREIRA determinou ao depoente que reduzisse um pouco a velocidade, ao que este obedeceu; que essa foi a única vez que o Cap FERREIRA determinou ao depoente que reduzisse a velocidade; que não tem conhecimento do Laudo de fls. 102/105, motivo pelo qual não pode alegar nada quando ao mesmo; que não tem mais nada a declarar, que não houve nenhum acerto para que as viaturas viajassem em comboio e que a distância entre uma e outra era de aproximadamente 300 metros; que não recebeu nenhuma orientação por parte de sua OM acerca de procedimentos para deslocamento noturno de viaturas; que o depoente não foi informado se havia algum motivo determinante para que a viagem fosse realizada no período noturno; que, quando o Cap FERREIRA mandou reduzir a velocidade do veículo, ele estava a aproximadamente 100 a 105 km/h e que, após a redução da velocidade, conforme determinado, ficou entre 90 e 100 km/h; que era essa mais ou menos a velocidade quando da ocorrência do acidente.”

O Capitão do Exército ANTONIO CARLOS BARRADAS FERREIRA, testemunha arrolada pelo MPM, em Juízo respondeu, verbis, fls. 209/211:

“... que o depoente determinou ao acusado que reduzisse a velocidade quando o veículo estava descendo a serra, após a ultrapassagem da camionete Strada; que tal determinação foi exarada durante uma curva, em que o veículo a mais ou menos 70/80 km/h; que determinou ao acusado que, durante a reta, este não ultrapassasse a velocidade de 90 km/h; que o acusado cumpriu a referida determinação de reduzir a velocidade; que posteriormente não foi dada nenhuma determinação para o acusado reduzir a velocidade, haja vista que o depoente não achou necessário; que não notou nenhuma displicência ou imprudência por parte do condutor do veículo (réu); (...) que, posterior-

mente ao acidente ora apurado, existe uma determinação na OM para que não haja mais deslocamentos noturnos; (...) que não se encontrava dormindo no momento do acidente; que o depoente viu o animal na pista, muito rapidamente; que o animal parecia uma raposa, de médio porte, de tamanho um pouco menor que um pastor alemão; que o local do acidente era uma estrada retilínea, com acostamento curto de ambos os lados, nas margens havia uma vegetação rasteira, com poucas árvores; que o desnível entre a estrada e as margens não era tão alto; que as condições do asfalto eram relativamente boas; que na estrada não havia iluminação própria, mas que a iluminação natural no momento do acidente era boa; (...) que o motorista freou o veículo após a última manobra pra tentar retornar o controle do mesmo; que a determinação para reduzir a velocidade deu-se em razão do veículo estar numa curva muito fechada na descida da serra e que, após essa determinação, o depoente orientou o réu para que este não ultrapassasse a velocidade de 90 km/h durante o trecho retilíneo; que entre a sua recomendação de redução de velocidade e o acidente, o depoente acha que transcorreu um período de aproximadamente 15 a 20 minutos, mas não lembra a distância percorrida pelo veículo durante tal interregno. (...) que na estrada BR 174 não existem placas de sinalização alertando para a presença de animais na pista.”

O Capitão do Exército LEONARDO SOUZA NASCIMENTO, testemunha arrolada pelo MPM, em Juízo respondeu, fl. 212:

“... que, após a ultrapassagem, a L200 foi se distanciando lentamente do veículo em que estava o depoente; que a ultrapassagem foi normal e o depoente não tem como estimar a que velocidade estava a L200, apenas pode reafirmar que o veículo Fiat Strada, em que estava o depoente, estava a uma velocidade entre 80 e 90 km/h; (...) que uma vez já entrou em viatura com o réu dirigindo-a; que nesta ocasião não notou nada anormal na direção em que o acusado dirigia normalmente, sem qualquer excesso;”

A última testemunha arrolada pelo MPM, Sd Ex OZÉIAS DA SILVA LOPES, perante o Conselho julgador respondeu, fl. 213:

“... que, após a ultrapassagem, a camionete L200 ficou estável à frente da camionete Strada (a uns 200 metros), não se aproximando nem se distanciando deste veículo; que, na hora

do acidente, o seu veículo (Fiat Strada) estava a aproximadamente 90 km/h; que acha que a camionete L200 estava na mesma velocidade que a sua, pois não estava se distanciando do seu veículo;”

A Defensoria Pública da União manifestou não ter prova testemunhal a requerer (fl. 215).

Impende destacar que o IBAMA emitiu Relatório de Vistoria nº 05/03, datado de 13/11/2003, fls. 219/220, restringindo a circulação noturna de veículos, no trecho entre Abonari e Jundiá, durante o horário das 18h30 às 05h30, permitindo-se apenas o trânsito de ônibus, veículos com cargas perecíveis e veículos de emergência, após estudo estatístico que revelou diversos acidentes com animais silvestres naquela rodovia, no período noturno, concluindo que:

“haverá maior probabilidade de riscos de acidentes durante a noite, devido à falta de visibilidade dos motoristas e sinalização insuficiente e em virtude de diversas espécies de animais possuírem hábitos noturnos e se desorientarem diante dos feixes de luz dos veículos.(...) Portanto sugerimos que antes da adoção de qualquer medida seja consultada a comunidade Waimiri Atroari e a Diretoria de Licenciamento Ambiental do IBAMA”. (fls. 221-222)

Em Alegações Escritas, fls. 230/235, o MPM pugnou pela condenação do acusado nos termos propostos na exordial.

Nessa fase processual, o representante da DPU, fls. 237/238, sustentou a absolvição do acusado, com base no Art. 439, alínea “b”, do CPPM, tendo em vista que o acusado adotou todas as medidas ordinárias de cautela na condução do veículo, não havendo provas das alegações finais do MPM.

Em 26/02/2008, reunido para julgar, o CPJ Ex da Auditoria da 12ª CJM, por unanimidade, julgou improcedente a Denúncia, para absolver o Sd Ex PAULO HERBERT CUNHA DE CASTRO AZEREDO, da imputação descrita no Art. 206, § 2º, do CPM, com fulcro no Art. 439, alínea “b”, do CPPM, fls. 258/268.

Justificou o Colendo Conselho julgador, verbis:

“Ora, ainda que se considere que a velocidade segura a ser desenvolvida por um veículo nem sempre é a que consta de uma norma ou sinalização, mas deve ser aquela específica para cada situação, é de se ressaltar que o réu, condutor da viatura militar, estava, na ocasião do acidente, desenvolvendo a velocidade que

o Chefe da Viatura entendeu como correta e apropriada para aquela específica situação (local e horário).

Como taxar o denunciado de imprudente, se ele estava apenas cumprindo ordem? Como responsabilizar o denunciado por este ter levado um 'susto' com o imprevisto ('inopinado') aparecimento de um animal na pista de rolamento? Ora, o aparecimento de um animal naquele trecho da rodovia era 'possível', mas não necessariamente 'esperado', ou seja, a depender da situação, bem como da experiência e concentração do condutor no momento, tal aparecimento poderia, sim, ocasionar uma surpresa. Como responsabilizar o Sd Paulo Herbert Cunha de Castro Azeredo por um ato reflexo, instintivo, fruto de uma surpresa, gerado por um 'susto'?

Para finalizar, transcreve-se trecho do depoimento prestado pelo Chefe da Viatura no bojo do IPM nº 50/07 (fls. 122/125):

'perguntado se o Sd Herbert poderia ter evitado o acidente, respondeu que o acidente pareceu uma fatalidade, por isso não posso afirmar se na mesma situação reagiria da mesma forma'

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército possui o mesmo entendimento, sendo que os seus componentes também não podem afirmar se, acaso atravessassem a mesma situação pela qual passou o sentenciado naquela noite de 20 de janeiro de 2007, reagiriam ou não de forma idêntica à do Sd Herbert."

A Sentença foi publicada em 29/02/2008, fl. 270.

O representante do MPM e o Defensor Público da União – que não estavam presentes no momento de leitura da Sentença – foram intimados do inteiro teor da Sentença em 18/03/2008, fl. 271.

Em 24/03/2008, a representante do MPM recorreu tempestivamente, fl. 272, aduzindo nas razões de Apelação, verbis, fls. 275/282:

"Inegavelmente que o ora Apelado agiu com indisfarçável imprudência, justo quando empreendeu velocidade inadequada na viatura, nas circunstâncias já mostradas e ainda realizou estabanaada manobra para não atropelar o animal. Mais imprudente, quando inoportunamente, freou o veículo, provocando a derrapagem, finalizando com o capotamento da viatura.

Foi negligente, dado que não atuou com atenção e os cuidados exigíveis nas circunstâncias em que se encontrava. Não atentou para o fato de estar dirigindo à noite, numa estrada onde os animais frequentemente atravessam a pista, e, por conta disso, deveria reduzir ainda mais a velocidade, a fim de evitar o resultado danoso.

(...)

O Sd Herbert, na direção da camionete não teve a atenção que lhe era devida e, de outra banda, ignorou as cautelas necessárias que as circunstâncias estavam a lhe exigir, como já dito.

Diante do exposto, porque considera suficiente provada a prática do crime imputado ao Soldado Paulo Herbert Cunha de Castro Azeredo – art. 206, § 2º do Código Penal Militar – o Órgão do Ministério Público Militar espera que esse Excelso Pretório de Justiça Castrense, dê provimento ao presente Recurso Apelarório para, reformando a r. Sentença recorrida, condená-lo.”

Nas contrarrazões, fls. 284/286, o representante da DPU pugnou pela manutenção da Decisão recorrida, justificando:

“A questão é simples: (...) o soldado motorista sempre cumpriu rigorosamente todas as determinações emanadas do chefe da viatura, o capitão Ferreira; (...) a velocidade empreendida era sim compatível com o local, tanto que tal assertiva está comprovada pericialmente; (...) todos que estavam protegidos por cinto de segurança escaparam com vida; o cabo Alvarez havia desatado irresponsavelmente seu cinto após a verificação empreendida pelo chefe da viatura no início da viagem, contrariando as ordens expressas deste; (...) o evento se deu em virtude de um ato reflexo fruto de um acontecimento inesperado e imprevisível; (...) mero ato reflexo, não enseja responsabilidade criminal.”

Com vista à PGJM, opina esta, fls. 297/305, em Parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares, pelo improvimento do Recurso, concluindo, verbis:

“Há uma morte e ferimento em duas vítimas que, segundo a Sentença, não podem ser atribuídas a ninguém, pois a responsável teria sido a raposa.

A causa do acidente foi provavelmente a inexperiência do Apelado, condutor que havia obtido sua habilitação em muito pouco tempo e ainda estava no período de permissão, deixando passar o limite legal, vale dizer sua habilitação estava inclusive vencida, sendo parcialmente da responsabilidade da administração militar tal fato, pois entregou veículo de passageiro, de porte médio a grande, uma caminhonete que exige mais habilidade, especialmente para enfrentar uma viagem, a motorista inabilitado.

Com a devida vênia, embora admitindo que certas situações surpreendam o condutor e afirmando que significativa parcela de responsabilidade é da administração militar, por ter escalado um motorista novato e inabilitado, indubitado que a manobra brusca com violenta freada e o capotamento foram causados pelo Apelado, sendo discutível se a hipótese encerra caso fortuito. Fortuito é o caso imprevisível e, para quem dirige nas estradas brasileiras, nada mais previsível que o surgimento de animal na pista, sejam eles pequenos animais silvestres como animais de criação de grande porte, como cavalos e gado bovino.

Se fosse experiente, na situação exposta, o motorista firmaria o volante e atropelaria o pequeno animal, sem maiores consequências para ele e os passageiros.

Uma raposa não é animal de médio porte, mas era equivalente a um cachorro de médio e até mesmo de pequeno porte.

(...)

Nestes autos, avulta a responsabilidade da administração militar, pelo que ficamos na dúvida se diante da inexperiência do condutor ser-lhe-ia exigível manobra diferente.”

Posto em mesa o presente feito, a DPU foi intimada, fl. 330.

Assim relatados, decide-se.

#### VOTO

No presente feito, insurge-se o membro do Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª C.M., de 26/02/2008, que absolveu o Sd Ex PAULO HERBERT CUNHA DE CASTRO AZEREDO do crime previsto no art. 206, § 2º, do CPM.

O Recurso deve ser conhecido, eis que preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos para sua admissibilidade.

Compulsando os autos, vê-se que a Sentença absolutória a quo deve ser mantida, porquanto analisou o caso concreto para considerar a ausência de culpabilidade do réu, tendo em vista que, embora estivesse acima da velocidade permitida para o local, transitava na velocidade adequada entendida pelo Chefe da Viatura.

Pode-se concluir que trafegar em rodovia na qual existem presenças de animais silvestres é previsível a ocorrência de acidentes. Todavia, no presente caso, tornou-se inevitável, haja vista a abrupta presença de uma raposa na via e a pouca experiência do réu na condução de veículo automotor, principalmente um carro de difícil dirigibilidade (pikcup L200) em relação aos carros de passeio (veículos utilizados para obtenção da primeira CNH).

Nesse ponto, muito bem advertiu o douto parecerista de que “avulta a responsabilidade da administração militar, pelo que ficamos na dúvida se diante da inexperiência do condutor ser-lhe-ia exigível manobra diferente.”.

No mesmo sentido, muito bem ressaltou a Sentença de primeiro grau, verbis, (fl. 267):

“Como taxar o denunciado de imprudente, se ele estava apenas cumprindo ordem? Como responsabilizar o denunciado por este ter levado um ‘susto’ com o imprevisto (‘inopinado’) aparecimento de um animal na pista de rolamento? Ora, o aparecimento de um animal naquele trecho da rodovia era ‘possível’, mas não necessariamente ‘esperado’, ou seja, a depender da situação, bem como da experiência e concentração do condutor no momento, tal aparecimento poderia, sim, ocasionar uma surpresa. Como responsabilizar o Sd Paulo Herbert Cunha de Castro Azeredo por um ato reflexo, instintivo, fruto de uma surpresa, gerado por um ‘susto’?”

Importante ressaltar que o acusado estava com a Carteira Nacional de Habilitação vencida, fato não percebido pela Administração Militar, conforme ressaltou o 3º Sgt Torres perante o Encarregado do IPM, fl. 72, de que por ter pouca experiência na função deixou de conferir a documentação, confiando apenas no que foi passado por outro militar.

No tocante ao funcionamento da viatura, o Oficial Encarregado do Inquérito Técnico ressaltou que:

“não houve nenhuma falha, nem mau funcionamento, fadiga de material ou irregularidade no sistema de freio, do sistema de direção ou do sistema de suspensão da viatura militar administrativa, ¾ Ton, caminhonete, cabine dupla, marca Mitsubishi, modelo L200, 4x4 Turbo Diesel, cor azul, placa NAR7490”.

Quanto à velocidade desenvolvida, o Sd Ex OZBAS que conduzia outra viatura atrás da L200 conduzida pelo acusado, informou perante o Encarregado do Inquérito Técnico que estavam dirigindo a uma velocidade aproximada de 90 a 100 km/h, fl. 93.

Perante o Encarregado do Inquérito Técnico, fl. 97, o acusado respondeu, verbis:

“... Que após terminar a serra ultrapassou a caminhonete Strada com o objetivo de guiá-lo. Que após uns cinco minutos da ultrapassagem topou com um animal e tentou fazer um desvio puxando a caminhonete L200 para o lado esquerdo da pista. Após a tentativa de desvio, as duas rodas do lado esquerdo entraram no acostamento. Que retornou o volante para o lado direito com o objetivo de estabilizar a viatura. Neste momento freou a viatura e ela começou a sair de traseira, inclinou e capotou. Que desmaiou ao volante e só voltou à consciência com o Cap Nascimento o acordando. (...) Que assim que começou a viagem o Cap Ferreira alertou que não ultrapassasse o limite de velocidade de 80 (oitenta) a 90 km/h (noventa quilômetros por hora).”

O Laudo de Exame em Local de Acidente de Trânsito, proferido pelo Instituto de Criminalística do Estado de Roraima, fls. 102/105, concluiu:

“Os cálculos pertinentes, considerando os atritos de 0,20 para os primeiro 33 metros percorridos em rolagem e derrapagem parcial, 0,80 para os 24,35 metros percorridos em derrapagem sobre a lateral direita e 0,40 para a distância de 36 metros percorridos nas capotagens, apontam para uma velocidade aproximada de 100 km/h, portanto dentro do limite de velocidade permitida para o trecho. Observe-se, entretanto, que as condições adversas para o cálculo, originadas pela falta de experiências de laboratório para esta situação, permite apenas uma avaliação aproximada.”

Frise-se que, embora o acusado tenha dito perante o Encarregado do Inquérito Técnico que a Carteira de Habilitação definitiva estava na mochila que se perdeu no acidente, não há nos autos nada que comprove a obtenção da CNH definitiva; ao revés, encontra-se acostado aos autos cópia da CNH definitiva com data de emissão em 26/01/2007, fl. 109, posterior à ocorrência do acidente (20/01/2007), tendo sido confirmado pelo DETRAN de Roraima que o acusado solicitou sua CNH definitiva em 23/01/2007.

Conclui-se, portanto, que dirigia inabilitado no momento do acidente, porquanto a permissão para dirigir veículo automotor, na categoria "B", emitida pelo DETRAN do Estado de Roraima, possuía validade até 14/08/2006, fl. 109.

Ressalte-se que o Cap Ferreira, perante o Encarregado do Inquérito Técnico, respondeu, fl. 158:

"... Que utilizava constantemente os serviços do Sd Herbert como motorista durante o horário de expediente. (...) Que antes do acidente viu um bicho, de médio porte, atravessando a frente da viatura da direita para a esquerda. Então, o motorista desviou do animal para o lado esquerdo da pista, em seguida puxou para a direita, onde notei certo descontrole do carro. Ato contínuo, o Sd Herbert puxou para a esquerda novamente e houve um total descontrole do carro vindo a capotar. (...) desviou do animal e ao tentar retornar para sua faixa apresentou certo nervosismo. (...) o acidente pareceu uma fatalidade por isso não posso afirmar se na mesma situação reagiria da mesma forma. (...) Que o mesmo não dormiu e nem esteve desatento. Perguntado se o fato de sair da rodovia foi uma distração na direção, respondeu que não. Que foi por causa do animal. (...) Que só pediu para reduzir um pouco a velocidade uma única vez, pois estava à noite."

O Encarregado do Inquérito Técnico ressaltou as declarações do Cap Ferreira, quais sejam:

"Que o Sd Herbert realizou diversas missões nas proximidades do destacamento, demonstrou zelo, responsabilidade. (...) Que no momento do acidente não havia trânsito intenso. Que o Sd Herbert dirigia com as duas mãos ao volante. (...) Que o tempo estava limpo e que o asfalto no local era aparentemente bom. Que dias antes do acidente, o Sd Herbert respondeu que já havia conduzido a L200 branca da OM. (...) Que o acidente

pareceu uma fatalidade por isso não posso afirmar se na mesma situação reagiria da mesma forma. Que o mesmo não dormiu e nem esteve desatento. Que o fato de sair da rodovia não foi uma distração na direção. Que foi por causa do animal.” (fls. 157/158).

Razões expostas, é de se reconhecer a ausência de culpabilidade do Réu no caso “in concreto”, tendo em vista a inexigibilidade de conduta diversa.

Ex Postis, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em negar provimento ao apelo ministerial, para manter intocável a Sentença a quo em seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 03 de novembro de 2010 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator - Dr. José Coelho Ferreira, Ministro-Revisor.

---

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos.

Revisora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Apelante – Thiago Silva Ferreira, ex-Sd Ex, condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 6º, inciso I, última parte, do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 18/5/2009.

Advogado – Defensoria Pública da União.

---

EMENTA

APELAÇÃO. FURTO. QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. SUBTRAÇÃO DE QUANTIA EM DINHEIRO DA SALA DO CHEFE DO ESTADO-MAIOR. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE TENTATIVA. PROVAS. CONFESSÃO. Caracteriza a tentativa e não a hipótese de crime impossível a criação de impedimento à consumação do delito por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse caso, o proveito da subtração não permaneceu na posse do agente, devido à interceptação feita pela autoridade que presidiu o flagrante e não em face da absoluta ineficácia do meio empregado, como pretende a Defesa. Não há restituição do bem furtado, a ensejar a diminuição de pena prevista no art. 240, §2º, do CPM, quando falta o móvel da voluntariedade, já que a apreensão decorre do exercício do poder de polícia. A incidência da causa especial de diminuição de pena pela tentativa (conatus) incide em sua menor fração, ou seja, 1/3 (um terço), já que o iter criminis, uma vez confessado, grassou até um patamar próximo da consumação. Decisão unânime.

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, deu provimento parcial ao apelo defensivo, para considerar o ex-Sd Ex THIAGO SILVA FERREIRA condenado à pena de 2 anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 6º, inciso I, c/c o art. 30, inciso II, tudo do CPM, concedendo-lhe o benefício do sursis pelo prazo

de 2 anos, sob as condições do art. 626, excetuada a alínea "a", do CPPM, designando o Juízo da Auditoria da 1ª Auditoria da 3ª CM, para realização de audiência admonitória, nos termos do art. 611 da Lei dos Ritos Penais Castrense, mantendo o regime prisional aberto para o cumprimento de pena, já fixado pela sentença apelada, se for o caso. Presidência do Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Jorge Luiz Dodaro. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 82ª Sessão, 27.10.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Defesa do ex-Sd Ex THIAGO SILVA FERREIRA, irredignado com a sentença proferida em 18 de maio de 2009 pelo Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CM, que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no delito tipificado no art. 240, § 6º, inciso I, última parte, do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Noticiam os autos que o representante do Ministério Público Militar junto à referida Auditoria, ante os fatos apurados no APF nº 61/08, ofereceu denúncia contra o ora apelante, narrando os seguintes fatos (fls. 02/04):

“Na data de 21 de agosto de 2008, por volta das 06:20 horas, o ora denunciado Soldado do Exército Thiago Silva Ferreira, de posse de chaves que retirara, no dia anterior, do claviculário da Seção Administrativa do Comando da 6ª Divisão de Exército (Porto Alegre/RS), veio a abrir uma porta de vidro e uma porta interna que dão acesso à Sala do Chefe do Estado-Maior daquela Divisão de Exército, adentrando o respectivo recinto sem ser notado, vez que o expediente diário da OM ainda não havia iniciado.

Uma vez no interior da Sala do Coronel Joaquim Silvano de Oliveira, Chefe do Estado-Maior da 6ª Divisão de Exército, o

ora denunciado Soldado Ferreira veio a arrombar uma das gavetas da mesa de trabalho do citado oficial superior, utilizando para tanto uma chave de fenda que trouxera consigo para a consecução de tal intento, furtando do interior da referida gaveta a quantia de R\$ 1.914,00 (um mil, novecentos e catorze reais), a qual havia sido arrecadada por patrocínios e coleta voluntária e estava na posse do Coronel Silvano, destinando-se à elaboração de um jantar e à compra de um presente de despedida, a serem ofertados ao então Comandante daquela 6ª DE, por ocasião da passagem de comando que se avizinhava.

Subtraído o numerário, após arrombamento, o Soldado Ferreira retirou-se do local, chaveando as portas de acesso e devolvendo as chaves ao claviculário, vindo a guardar o numerário furtado no interior de seu armário, ao cabo do que foi cumprir seus afazeres rotineiros, inclusive com posterior saída externa do quartelamento.

Não obstante, quando a subtração restou descoberta, na manhã do mesmo dia, o nome do denunciado surgiu como um dos suspeitos, em virtude da inexistência de arrombamento das portas de acesso à sala do ChEM, a indicar o uso não autorizado de chaves do claviculário, aliado ao fato de que o denunciado, além de ter sido visto manuseando tais chaves no dia anterior, era sabedor da existência de valores sob a posse do Coronel Silvano.

Forte em tais motivos, ao retorno do Soldado Ferreira ao quartelamento, procedeu-se uma revista de armário e de seus pertences, restando encontrada a quantia que o mesmo furtara da gaveta de seu superior hierárquico, seguindo-se, após inconsistentes versões da origem do dinheiro, a confissão do ora denunciado, com sua prisão em flagrante e a apreensão dos valores subtraídos.

Assim sendo, verifica-se que, na data de 21 de agosto de 2008, em local sob administração militar, o Soldado do Exército Thiago Silva Ferreira, após arrombamento, furtou coisa alheia móvel que se encontrava na posse do Coronel Joaquim Silvano de Oliveira, estando tal conduta tipificada no art. 240, §6º, inciso I, do Código Penal Militar”.

A denúncia foi recebida em 7 de outubro de 2008 (fl. 88).

O acusado foi colocado em liberdade em 2 de setembro de 2008, por força do alvará de soltura de fl. 81.

Segundo consta do expediente de fl. 98, o acusado foi licenciado das fileiras do Exército Brasileiro.

Por ocasião de seu interrogatório perante o Colegiado a quo, declarou o ora apelante, de relevante (fls. 102/104):

“(...) que é verdadeira a acusação; que retirou o dinheiro para pagar contas tipo água e luz, que estavam com dois meses de atraso, mais ou menos R\$ 500,00 (quinhentos reais); que pretendia pagar mais ou menos uns R\$ 1.000,00 (um mil reais) de um empréstimo que obteve na CAPEMI, no valor de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais); (...) que ninguém concorreu para a infração, que foi iniciativa do declarante; (...) que à época do ocorrido era auxiliar do Sgt Vieira no almoxarifado; que na importância retirada só havia dinheiro, que se encontrava na gaveta de uma mesa que pertencia ao Cel Silvano; que o fato ocorreu no dia 21 de agosto, por volta das 06:20 horas; que sabia da existência do dinheiro porque o Cel Silvano dava dinheiro ao Sgt Vieira para fazer negócios na rua, tipo manutenção de computador, notebook; (...) que teve o armário revistado; que a gaveta estava chaveada e então teve que arrombá-la usando a chave de fenda; (...)”.

O ofendido, então Chefe do Estado-Maior da 6ª Divisão de Exército, quando ouvido em juízo (fls.105/107), restringiu-se a confirmar a versão contida na peça acusatória, esclarecendo que o dinheiro estava guardado em dois envelopes, um deles contendo cerca de R\$ 1.400,00 e o outro cerca de R\$ 1.500,00, valores destinados a um jantar a ser oferecido por ocasião da despedida do Comandante da 6ª Divisão de Exército e, outro, contendo R\$ 500,00, valor esse arrecadado entre funcionários e militares para compra de uma lembrança a ser oferecida por ocasião da mencionada despedida.

Afirmou o ofendido, ainda, que a suspeita maior recaiu na pessoa do ora apelante, que havia sido visto “mexendo no claviculário”, razão pela qual foi feita pelo pessoal da PE uma revista em seu armário, acompanhado do Sgt Vieira, sendo lá encontrado o dinheiro subtraído, no interior de um saco plástico. Declarou, por derradeiro, que recebeu o dinheiro subtraído de volta, com pequena diferença de valor – cerca de R\$ 20,00.

O depoimento das únicas testemunhas arroladas pelo MPM e Defesa acha-se acostado às fls. 108/109 e 161/162.

O representante do Parquet Militar deduziu suas alegações escritas à fl. 171/174, requerendo a condenação do acusado, nos termos pretendidos na peça inaugural.

Por seu turno, nessa mesma fase processual, requereu a Defesa (fls. 176/181), em preliminar, a nulidade do Auto de Constatação, uma vez que foi realizado por agentes subordinados ao encarregado do APF. No mérito, pugnou pela absolvição, calcada na tese de crime impossível, uma vez que o bem jamais saiu da esfera de vigilância de seu legítimo proprietário.

Em sessão de julgamento realizada no dia 18 de maio de 2009 (fls. 193/206), decidiu o Colegiado a quo, por unanimidade de votos, julgar procedente a ação penal para condenar o acusado à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 6º, inciso I, do CPM (furto qualificado pelo rompimento de obstáculo), em regime prisional “aberto”, a teor do disposto no art. 33, alínea “c”, do Código Penal (comum), com o direito de apelar em liberdade.

A Defensoria Pública da União foi intimada dos termos da sentença em 4 de junho de 2009 (fl. 211), interpondo o presente recurso, por meio da petição de fl. 212, protocolizada no dia 15 do mesmo mês.

Em suas razões de apelação (fls. 215/223), a Defesa insiste na tese de crime impossível, conforme o disposto no art. 17 do Código Penal (comum), cuja redação corresponde àquela contida no art. 32 do CPM, uma vez que o bem subtraído não poderia ter saído da área de vigilância do seu titular, diante das fundadas suspeitas que recaiam sobre o acusado, por ter sido visto abrindo o claviculário onde estavam depositadas as chaves das portas do gabinete do ofendido.

Caso assim não entenda a Corte, requereu o reconhecimento da ocorrência de tentativa, com a conseqüente diminuição da pena aplicada, uma vez que a posse não foi mansa, tampouco pacífica, perdurando por apenas quatro horas, não tendo o ofendido sofrido qualquer prejuízo. Ao final, pugnou pela concessão do benefício da suspensão condicional da pena (sursis).

Em suas contrarrazões de apelação de fls. 226/229, o Órgão Ministerial propugna o desprovimento do recurso, de modo a confirmar a sentença apelada.

Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar oficiou o ilustre Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, pelo

parecer de fls. 240/242, opinando pelo desprovimento do recurso interposto e pela aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, nos termos do art. 102 do CPM.

Assim relatado, passou o Tribunal à decisão.

#### VOTO

O Órgão da Defensoria Pública da União foi intimado dos termos da sentença apelada, na pessoa de seu representante legal, em 04 de junho de 2009, conforme certificado à fl. 211.

Ao protocolizar a petição de fl. 212 no dia 15 seguinte, interpondo o presente recurso, a rigor, o quinquídio a que alude o art. 529 do CPPM já havia expirado. Todavia, levando-se em conta a prerrogativa funcional da contagem do prazo em dobro para a Defensoria Pública da União (art. 44, I, parte final, da Lei Complementar nº 80/94), verifica-se que a presente apelação foi interposta a tempo, aflorando presentes, também, os demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais merece ser conhecido o recurso.

A tese do crime impossível invocada pela Defesa não resiste à mais superficial análise.

A regra inserida no art. 32 do CPM, que versa sobre a questão, assim dispõe:

“Art. 32. Quando, por ineficácia absoluta do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime, nenhuma pena é aplicável”.

Ao fixar como condicionante a impossibilidade de consumação do crime, é evidente que se está tratando de hipótese de tentativa, tendo em vista que, para a configuração desse caso (tentativa), é exigível que ocorra o início da execução, em face da criação de uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado, que não vem a se consumir por incidência de circunstâncias alheias à vontade do agente.

No caso de crime impossível, também chamado pela doutrina de tentativa inidônea, tentativa inadequada ou “quase-crime”, o que importa é a inidoneidade do meio e a impropriedade do objeto utilizado.

Preleciona MIGUEL REALE JÚNIOR<sup>2</sup>, in verbis:

---

<sup>2</sup> In: REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 305.

“Enquanto no crime tentado a consumação deixa de ocorrer pela interferência de causa alheia à vontade do agente, no crime impossível a consumação jamais ocorrerá (...).”

Não convence, portanto, o argumento de que o ora apelante, por haver sido considerado o principal suspeito do furto, em razão de ter sido surpreendido abrindo o claviculário, onde estavam guardadas as chaves do gabinete do Comando da 6ª Divisão de Exército (DE), não pudesse retirar o dinheiro surrupiado do âmbito do quartel, ensejando a tese de crime impossível.

Não procede, pois, o pleito da Defesa no que se refere à questão relacionada à tese de crime impossível.

De outra vertente, consoante bem entendeu o Colegiado de primeira instância (fl. 203), ao retirar da gaveta da mesa de trabalho do Chefe do Estado-Maior daquela DE o valor correspondente a R\$ 1.914,00, mediante arrombamento com uma chave de fenda, transferindo o produto do furto para seu armário, fez configurar o delito de furto qualificado, nos moldes descritos no preceito primário do art. 240, § 6º, inciso I, do CPM.

Todavia, não se pode deixar de considerar que a res furtiva não saiu do âmbito do quartel, uma vez que o bem fungível (dinheiro) não saiu da esfera de vigilância da Administração Militar, permanecendo intramuros, conforme entendimento manifestado pela Corte, em sessão de julgamento realizada em 26 de outubro de 2010, ao apreciar a Apelação nº 0000003-12.2007.7.10.0010, que teve como Relatora e Revisor, respectivamente, os eminentes Ministros Drª Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes, o que autoriza a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 30, inciso II, do CPM.

A apreensão do dinheiro no armário do ora apelante, em momento seguinte ao furto, não configura a hipótese de restituição da coisa, para fins de aplicação do disposto no art. 240, § 2º, do CPM, uma vez a ação de restituir exige conduta voluntária do agente, o que, evidentemente, não se verificou nos autos.

No caso em apreço, observa-se que o ora apelante agiu com dolo intenso, abusando da confiança de ter acesso ao claviculário, ao ingressar clandestinamente no gabinete do Comando, onde o dinheiro estava guardado em uma gaveta, abrindo-a com o uso de uma chave de fenda.

Diante de tais circunstâncias, conclui-se que a pena de 3 (três) anos de reclusão aplicada em primeira instância é corretamente sopesada e, portanto, é pertinente à espécie e representa a sanção mínima prevista no art. 240, § 6º, inciso I, do CPM.

A incidência da causa especial de diminuição de pena, pela tentativa (conatus), há de incidir em sua menor fração, ou seja, de 1/3 (um terço), levando-se em consideração que o agente esteve muito próximo da consumação do delito.

FERNANDO CAPEZ ensina<sup>3</sup> que:

“Critério para redução da pena: a pena do crime tentado será a do consumado, diminuída de 1/3 a 2/3. Quanto mais próximo o agente chegar da consumação, menor será a redução, e vice-versa.”

De outra parte, não se pode deixar de levar em consideração que o ora apelante já foi licenciado das fileiras do Exército; que contava, à época dos fatos, pouco mais de 22 (vinte e dois) anos de idade; e, particularmente, sua primariedade e bons antecedentes, inclusive disciplinares, conforme registra sua Folha de Alterações (fl. 59), onde consta que obteve parecer favorável ao reengajamento e que foi agraciado com a Medalha de Praça Mais Distinta, por Portaria do Exmº Sr. Comandante do Exército.

Assim sendo, a pena mínima de 3 anos de reclusão aplicada em primeira instância, por infração ao art. 240, § 6º, inciso I, do CPM, fica reduzida de 1/3 (um terço), por aplicação do disposto no art. 30, inciso II, do mesmo diploma legal, do que resulta a pena final de 2 (dois) anos de reclusão.

Por atender aos requisitos objetivos e subjetivos do art. 84 do CPM, torna-se o apelante merecedor do benefício da suspensão condicional da pena, em seu menor prazo, isto é, 2 (dois) anos, sob as condições do art. 626, excetuada a alínea “a”, do CPPM, designando o Juízo de origem para presidir a realização da audiência admonitória, conforme o disposto no art. 611 do mesmo Diploma Adjetivo Castrense.

Caso venha a cumprir efetivamente a pena imposta, será mantido o regime prisional “aberto”, já fixado em primeira instância, a teor do disposto no art. 33, § 1º, alínea “c”, do CP, podendo continuar em liberdade para recorrer, se for o caso.

---

<sup>3</sup> In: CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 228.

Nessa conformidade, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao apelo defensivo, para considerar o ex-Soldado do Exército THIAGO SILVA FERREIRA condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 6º, inciso I, c/c o art. 30, inciso II, tudo do CPM, concedendo-lhe o benefício do sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, sob as condições do art. 626, excetuada a alínea “a”, do CPPM, designando o Juízo da Auditoria da 1ª Auditoria da 3ª CM, para realização de audiência admonitória, nos termos do art. 611 da Lei de Ritos Penais Castrense, mantendo o regime prisional aberto para o cumprimento da pena, já fixado pela sentença apelada, se for o caso.

Brasília, 27 de outubro de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Revisora.

---

---

APELAÇÃO (FO) Nº 0000026-70.2008.7.01.0301 (2008.01.051209-8-RJ)

---

Relator – Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Jesus de Nazaré Pimenta Teixeira, Sd Ex, do crime previsto no art. 240 do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CM, de 10/11/2008.

Advogada – Dra. Lucia Maria Lobo, Defensora Pública da União.

---

EMENTA

FURTO – PORTE ILEGAL DE ARMA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – INIMPUTABILIDADE DO AGENTE QUANTO AO DELITO DE FURTO. I - Declinada a competência da Justiça Militar da União, no tocante ao crime de porte ilegal de arma, em favor da Justiça Estadual do Rio de Janeiro. II - Constatada a inimputabilidade do agente quanto ao crime de furto, em face de sua menoridade penal à época do fato. III - Preliminar concedendo, de ofício, Habeas Corpus, anulando a Sentença questionada por inimputabilidade do acusado, com trancamento da Ação Penal nº 32/08-1 (0000026-70.2008.7.01.0301) e seu respectivo arquivamento. IV- Decisão unânime.

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO (Relator), acolheu preliminar para conceder Habeas Corpus de ofício, anulando-se a Sentença questionada por inimputabilidade do acusado Sd Ex JESUS DE NAZARÉ PIMENTA TEIXEIRA, com o trancamento da Ação Penal nº 32/08-1 (0000026-70.2008.7.01.0301), e determinando o seu arquivamento.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William

de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos e Alvaro Luiz Pinto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 36ª Sessão, 6.5.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo representante do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR inconformado com a sentença que absolveu o Sd Ex JESUS DE NAZARÉ PIMENTA TEIXEIRA da imputação contida no artigo 240, do CPM.

JESUS DE NAZARÉ PIMENTA TEIXEIRA, Sd Ex, foi preso em flagrante delito em 22.04.08, ficando à disposição da Justiça Militar, por estar portando arma de fogo sem a devida autorização no interior do alojamento de Cabos e Soldados no Campo de Instrução do Gericinó (CIG), Rio de Janeiro-RJ (fl. 16).

Em Juízo, os autos foram com vista ao MPM, que se pronunciou da seguinte maneira, em 02.05.08:

“Os autos demonstram que o indiciado preso em flagrante, portava uma arma de fogo, Pistola 7,65mm, carregada e com inscrição da Marinha do Brasil.

Essa conduta, embora se enquadre na definição de porte ilegal de arma, configura, por especial, o delito de receptação, uma vez que as informações indicam que o objeto apreendido é de propriedade da Marinha do Brasil.

Assim, antes de qualquer manifestação se faz necessário proceder diligências para apurar a origem da arma, ouvindo-se, inclusive a mãe do indiciado.

Requer, pois, o MPM nos termos do disposto no art. 252 do CPPM, sejam os autos devolvidos a O.M. de origem para providenciar as diligências acima apontadas.

De outro lado, é de se conceder a liberdade provisória do indiciado em virtude do delito não estar incluído no rol daqueles em que há vedação para concessão do benefício, bem como não vislumbra o MPM, pelas informações nos autos, qualquer dos requisitos do disposto no art. 255 do CPPM, que fundamentam a prisão ou sua manutenção.” (fl. 24).

Em 5.5.2008, o Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM exarou o seguinte Despacho:

“Antes da baixa dos autos para a realização das diligências apontadas pelo MPM e de apreciar o benefício da liberdade provisória, determino que a autoridade policial militar esclareça, em 48 h, junto à Marinha, a questão do armamento, apurando todos os detalhes possíveis.” (fl. 25).

O Diretor do CIG, em 7.5.2008, em atendimento à solicitação do Juízo, informou que aquela OM recebeu um telefonema da Srª Luciana Maria, filha do Sr. Ilydio Lopes da Silva, indagando sobre a arma apreendida, pois havia recebido um telefonema do Sd JESUS NAZARÉ PIMENTA TEIXEIRA, dando-lhe conhecimento da apreensão da arma. O Diretor do CIG orientou a referida senhora, por telefone, que fizesse o registro da ocorrência, cuja cópia está anexada à informação, bem como a nota de Entrega da Arma ao 2º Ten Ilydio Lopes da Silva e o recadastramento do material (fls. 27 a 33). Por tratar-se de crime militar, a Polícia Civil encaminhou o procedimento à Justiça Militar (fl. 119).

O Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM, em 8.5.2008, concedeu liberdade provisória a Jesus de Nazaré Pimenta Teixeira (fl. 35).

À fl. 43, tem o Alvará de Soltura cumprido.

O representante do MPM, em exercício na 3ª Auditoria da 1ª CJM, em 26.5.2008, denunciou, perante aquela Auditoria, o Sd Ex JESUS DE NAZARÉ PIMENTA TEIXEIRA, como incurso no art. 240, do CPM (fls. 02 a 04).

A inicial acusatória foi deflagrada em face do apurado no APF nº 53/08, lavrado no CIG e está vazada nos seguintes termos:

“(…) No dia 22 de abril de 2008, o indiciado foi preso em flagrante delito no Campo de Instrução de Gericinó, nesta cidade, em razão da posse ilegal de uma Pistola calibre 7,65 mm, de marca Manurhin, Manufacture de Machines Du Haut-Rhin de fabricação francesa, licenciada pela Walter PPK, modelo PPK, número de série 121439, com inscrição da Marinha do Brasil com um carregador e seis munições, que estava guardada dentro de seu armário.

Após sua prisão o mesmo alegou que a arma pertencia a sua mãe (fl. 11).

Todavia, conforme documentos dos autos fls. 26/29, e depoimento do Sr. Ilydio Lopes da Silva, fls. 24/25, verifica-se que a arma pertence a Marinha do Brasil e está sob administração militar, tendo como possuidor o Oficial da Marinha Reformado acima nominado.

Verifica-se ainda que o furto ocorreu quando o indiciado, então namorado da neta do Oficial, frequentou sua residência, aproveitando-se da situação para subtrair o armamento.

Esta conduta configura o delito de furto definida no disposto no art. 240 do CPM, que pune com pena de um até seis anos quem subtrai para si coisa alheia móvel (...)” (fl. 032).

Na mesma data, o Parquet das Armas requereu que fosse reconhecida e declarada a incompetência da Justiça Militar da União, com a remessa de cópia autenticada dos autos para uma das Varas Criminais da Justiça Comum do Estado do Rio de Janeiro, no que pertine à conduta de porte ilegal de arma, posto que só encontra definição na legislação penal comum, não sendo objeto do CPM, razão pela qual não pode ser considerada crime militar, ainda que praticado no interior da Unidade Militar, como no caso vertente (fls. 45 a 48).

Em 9.6.2008, o Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM, acolhendo a exceção de incompetência da Justiça Castrense, arguida pelo MPM, julgou incompetente o Juízo para avaliação do caso, no que pertine ao porte ilegal de arma, determinando a remessa de cópia dos autos à Justiça Estadual e recebeu a denúncia quanto ao furto da arma (fl. 50).

O acusado foi citado em 24.6.2008 (fl. 65), qualificado e interrogado em 26.6.2008 (fls. 68 a 70).

Na mesma assentada foi ouvido o ofendido, Ilydio Lopes da Silva, CF (AA-Ref) (fls. 71 e 72) e a testemunha informante, Sra. Carla Maria Teixeira Pimenta, mãe do acusado (fls. 73 e 74).

A Defesa apresentou seu rol de testemunhas (Sra. Adriana da Silva, fl. 77).

Testemunhas numerárias:

- 1º Ten Luiz Afonso Rosa de Aguiar (fls. 88 e 89);
- Sd Valdir Ferreira Marques (fl. 90);
- Sd John Wesley da Silva Del Penho (fl. 91); e
- Cap Rita de Cássia Oliveira Gomes (fl. 92), testemunha de Defesa.

Em 6.8.2008, a defesa dispensou a testemunha Adriana da Silva, declarando-se satisfeita com a prova oral produzida (fls. 93 e 94).

O Parquet, em alegações escritas, às fls. 96 a 98, opinou pela condenação do acusado como incurso no art. 240, do CPM, mantendo os termos da exordial.

Já a Defesa, às fls. 102 a 106, pugnou pela absolvição do réu, com fulcro no art. 439, d), do CPPM. Em caso de aplicação de alguma pena restritiva de liberdade, pediu que fosse concedido o direito de apelar em liberdade e sursis.

No dia 18.9.2008, estando o processo em pauta para audiência de julgamento, aberta a sessão, em seguida, com manifestação favorável do MPM, decidiu o CPJ à unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para dar vista à DPU para que apresentasse no prazo de dez dias, cópia da ação movida pela Sra. mãe do acusado, referida em seu depoimento, relativa a agressões que sofrera de seu ex-namorado, Sgt Gerson Pereira da Costa, do 25º Batalhão de Infantaria Paraquedista, bem como quaisquer outros documentos que embasem suas declarações (fls. 111 e 112).

O MPM, em suas alegações orais, declarou restar comprovada a autoria e a materialidade, bem como a ausência da excludente de ilicitude do estado de necessidade, já que não havia atualidade na agressão alegada. Diante disso, pediu a condenação do acusado.

A defesa, por sua vez, pugnou pela absolvição fulcrada no art. 39, do CPM.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 3ª Auditoria da 1ª CJM, em 10/11/08, decidiu, à unanimidade de votos, absolver JESUS DE NAZARÉ PIMENTA TEIXEIRA, Sd Ex, com fulcro no art. 439, “e” do CPPM, assim o fez sopesando as informações prestadas pela Sra. mãe do acusado, bem como o depoimento às fls. 92 e, principalmente, os documentos às fls. 129 a 135 e por ter verificado que não foi possível certificar se o acusado agiu munido do ânimo de furtar.

E aduzindo o seguinte:

“Deve ficar registrado que não usou e nem se desfez do armamento durante o período em que permaneceu com o mesmo, cerca de um ano e meio a dois anos, segundo suas próprias declarações, circunstâncias não condizentes com quem de-

sejava realmente furtar a res em questão. Aliás nesse ponto, mesmo inexistindo data precisa da ação, é de se considerar que o acusado poderia ser menor de 18 anos por ocasião da conduta.

Não há como afastar a ideia de que pretendia buscar meios que julgava necessários para repelir injusta agressão iminente contra sua mãe, praticada por um militar da ativa, de forma reiterada (2000 a 2008), que provavelmente portava armamento no seu ir e vir.

.....  
Dessa forma, diante da dúvida intransponível, o melhor caminho é o decreto absolutório” (fls. 151 a 158).

O MPM, tempestivamente, recorreu do decreto absolutório (fl. 163).

Em suas razões recursais, o Parquet Militar requereu o recebimento e o provimento de seu recurso para, reformando-se a sentença a quo, decretar-se a condenação do réu pela prática do crime de furto, como descrito na inicial (fls. 163 a 166).

A defesa, em contrarrazões de apelo, pugna pela manutenção da sentença absolutória (fl. 170).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em 17.12.08, representada pelo Dr. José Garcia de Freitas Junior, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, pronunciou-se pelo desprovimento da apelação interposta pelo MPM, com a conseqüente manutenção da sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM (fls. 181 a 183).

A Defensoria Pública da União foi intimada de que o presente processo foi colocado em mesa para julgamento.

Relatados os autos, passou o Tribunal a decidir.

#### VOTO

Tratam estes autos de apelação interposta pelo MPM contra a absolvição do Sd Ex JESUS DE NAZARÉ PIMENTA TEIXEIRA da imputação do crime de furto, previsto no art. 240, do CPM.

**PRELIMINAR**

Suscita-se, de ofício, preliminar de nulidade da Sentença, isto porque à época do furto o agente era inimputável, conforme preceitua o art. 228, da Constituição Federal, sujeitando-se apenas ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990).

Na Justiça Militar da União (fls. 68 a 70), confessou, em decorrência da prisão em flagrante, que furtara a arma que portava há cerca de um ano e meio a dois anos, declarando a mesma coisa na 77ª Delegacia Civil da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro (fl. 117).

O Sd JESUS nasceu em 9.10.1989 (fl. 63) e, quando o furto da arma foi descoberto em 22.4.2008, contava ele com 18 anos, 6 meses e 13 dias de idade, o que leva à conclusão de que um ano e meio ou dois anos antes de 22.4.2008, o Sd JESUS era menor de idade, inimputável, de acordo com o art. 228, da CF. Em outras palavras, não dispunha da maioridade penal de 18 anos, como muito bem detectou o representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fl. 183).

Assim sendo, acolhe-se a preliminar, arguida de ofício, concedendo-se Habeas Corpus de ofício para anular-se a sentença questionada, por inimputabilidade do acusado, trancando-se a ação penal e, determinando-se seu arquivamento.

Nestas circunstâncias, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, nos termos do voto do Ministro-Relator, em acolher preliminar para conceder Habeas Corpus de ofício, anulando-se a Sentença questionada por inimputabilidade do acusado, com o trancamento da Ação Penal nº 32/08-1 (0000026-70.2008.7.01.0301) e determinando o seu arquivamento.

Brasília, 6 de maio de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto, Ministro-Relator – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Revisor.

---

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – MARIA CUSTÓDIA TAVARES SANTOS, civil, condenada à pena de 05 anos de reclusão, como incurso no art. 251 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime inicialmente semiaberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 04/02/2010.

Advogado – Dr. Fernando Amin de Carvalho.

---

EMENTA

ESTELIONATO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INADMISSIBILIDADE MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU REDUÇÃO À PENA MÍNIMA. IMPROCEDÊNCIA. Ao apor sua assinatura em recadastramento e mencionar que assim procedia por força de procuração pública ideologicamente falsa, manteve em erro a administração militar, com a finalidade de continuar recebendo, indevidamente, a pensão militar de ex-pensionista. Depreende-se dos depoimentos colhidos das testemunhas arroladas pelo MPM, dos documentos juntados aos autos e, ainda, da perícia grafotécnica realizada, que há consistência probatória apta a manter a condenação. Pena-base imposta de acordo com as circunstâncias judiciais amplamente desfavoráveis. Fundamentação legal escoreita. Rejeição da preliminar de inépcia da denúncia e desprovemento do apelo defensivo, ambos por unanimidade.

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de inépcia da denúncia arguida pela Defesa e, no mérito, negou provimento ao apelo defensivo para manter a Sentença a quo, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Por fim, o Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa de cópias da procuração juntada à fl. 292, do documento à fl. 293, do laudo pericial às fls. 447/455 e do Acórdão para a Procuradoria-Geral da Justiça

Militar, para que se proceda como entender de direito. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e William de Oliveira Barros. (Extrato da Ata da 95ª Sessão, 30.11.2010).

## RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar junto ao Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM ofereceu, em 20 de outubro 2008, fls. 02/04, denúncia contra a civil MARIA CUSTÓDIA TAVARES SANTOS, qualificada nos autos, pela prática do seguinte fato delituoso:

“Evidenciam os autos que a S<sup>a</sup> Isabel Ferreira de Carvalho, recebia proventos como pensionista do Exército, e veio a falecer no dia 26/07/1992 (fls. 113).

Sem ter conhecimento do óbito da pensionista, a Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica (era pensionista do Exército) continuou a realizar os depósitos dos proventos, indevidamente, até o mês de maio de 2008, implicando em prejuízo para a Administração Militar de R\$ 931.632,56 (novecentos e trinta e um mil, seiscentos e trinta e dois reais e cinquenta e seis centavos), conforme demonstrado no Laudo Pericial Contábil acostado ao presente IPM.

Ouvida no IPM, a acusada limitou-se a informar que se reserva ao direito de ser ouvida em Juízo no que se refere ao presente Inquérito Policial Militar (fls. 106).

Conforme depoimentos, provas técnicas e documentos juntados na presente investigação, conclui-se que a denunciada, durante aproximadamente quinze anos, continuou a receber os proventos oriundos do CEPEX, pois realizava regularmente a apresentação voluntária, a cada data marcada, de uma outra pessoa que se fazia passar pela S<sup>a</sup> Izabel Ferreira de Carvalho, e

por sua vez a denunciada era a procuradora da S<sup>a</sup> Izabel, e assim se apresentou mesmo depois da morte da pensionista.

A perícia feita na xerocópia da individual datiloscópica do Serviço de Identificação do Exército que se encontra no Laudo de Perícia Papiloscópica às fls. 177/184 demonstra que o datilograma apostado na referida ficha não pertence a Izabel Ferreira de Carvalho, tratando-se, portanto, de pessoas distintas.

A conduta ilícita da denunciada consistiu na apresentação de outra pessoa no lugar da pensionista falecida, apresentar-se na qualidade de procuradora da S<sup>a</sup> Izabel e assinar Ficha de Validação Cadastral, em recadastramento, na qualidade de representante legal, de interposta pessoa que se fazia passar pela falecida, e recebimento ilícito do montante acima apontado, próximo a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Esse fato configura o delito de estelionato, e falsidade ideológica uma vez que obteve vantagem ilícita com saques na conta-corrente da falecida pensionista, mediante fraude na utilização de cartão magnético e senha que não lhe pertencia, bem como na utilização de Procuração fraudulenta e uso de interposta pessoa para se fazer passar pela falecida, induzindo a instituição financeira e a Administração Militar em erro, causando vultoso prejuízo ao Patrimônio sob Administração Militar”.

Em 07 de novembro de 2008, decisão de fl. 215, o Juiz-Auditor da 1<sup>a</sup> Auditoria da 3<sup>a</sup> CJM, Dr. CLAUDIO AMIN MIGUEL, recebeu a Denúncia ofertada contra a civil MARIA CUSTÓDIA TAVARES SANTOS.

Constam dos autos: procuração ideologicamente falsa, outorgada em 07 de outubro de 2002 por alguém que se passou por Isabel Ferreira Carvalho após seu óbito, fl. 40;

Procuração outorgada em 17 de março de 1989 por Isabel Ferreira de Carvalho, fl. 47;

Título de pensão militar, fl. 46;

Certidão de óbito de Isabel Ferreira de Carvalho, fl. 118;

Relatório de IPM, fl. 119/122; e

Laudo de Perícia Papiloscópica (digitais da Sra. ISABEL FERREIRA), fls. 182/184.

Consta, do Apenso 01 destes autos, o Laudo Pericial do qual se constata que, até o dia 15 de outubro de 2008, o valor atualizado do pre-

juízo causado aos cofres públicos foi de R\$ 931.632,56 (novecentos e trinta e um mil, seiscentos e trinta e dois reais e cinquenta e seis centavos).

Devidamente citada, fl. 240, compareceu a denunciada perante o Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª C.M., para qualificação e interrogatório, declarando, verbis, fls. 251/253:

“... que a acusação não é verdadeira; que nunca respondeu a processo; que não conhece as testemunhas; que a pensionista era sua tia-avó; que a pensionista ISABEL recebia pensão em razão do falecimento de ISAURA; que a interroganda também era reconhecida como filha adotiva de ISAURA; que ISAURA faleceu no ano de 1986; que a interroganda procurou o advogado, Dr. PAULO ROCHA, que informou que ela só teria direito à pensão após o falecimento de ISABEL que era irmã solteira de DIMAS FERREIRA CARVALHO, que era casado com ISAURA; que ISABEL morava com a interroganda e o marido e os filhos; que ela era diabética e tinha problemas no coração; que a interroganda era procuradora de ISABEL; que sempre ia ao banco com ela para efetuar saques; que seu marido trabalhava; que a interroganda possuía o cartão e sabia a senha do banco; que ISABEL morreu num hospital civil; que levou todos os documentos para o Dr. PAULO ROCHA; que semanas depois o Dr. PAULO ROCHA informou que a interroganda não teria qualquer direito, mas teria que assinar alguns documentos para dar baixa; que quebrou o cartão do banco no escritório do advogado; que uma vez por ano se dirigia ao quartel para recadastramento de ISABEL; que dava aula particular na época; que seu marido é historiador; que possui apenas o apartamento onde mora; que nunca mais foi ao Palácio duque de Caxias após a morte de ISABEL; que os contracheques não foram mais encaminhados para sua residência após a morte de ISABEL, nem extratos do banco; que não contraiu qualquer empréstimo no banco após o falecimento. (...) que não conhece JOSE CARLOS MANHÃES; que nunca recebeu correspondência da Receita Federal em nome de ISABEL após o seu falecimento; que desconhece as declarações de imposto de renda feitas em nome de ISABEL até o ano de 2008; que fazia procuração num cartório de Niterói quando ISABEL era viva; que não reconhece a procuração anexada à fl. 35; que o e-mail online@starnews2001.com.br nunca pertenceu à interroganda, como consta à fl. 34; que não compareceu

no quartel de Niterói no dia 24 de outubro de 2007; até porque sua mãe havia falecido há dois dias; (...) que desde 1993 o condomínio de seu apartamento está em atraso; que o valor do condomínio é de aproximadamente R\$ 400,00; que existe um processo movido pelo condomínio”.

O Conselho inquiriu o 1º Sgt CLAUDIO MARCIO MOREIRA COROA, testemunha arrolada pelo MPM na denúncia, respondendo, verbis, fls. 260/261:

“... que viu acusada uma única vez; que no início do ano passado; que ela compareceu junto com uma senhora para recadastramento; que o depoente foi até o carro em que se encontrava essa senhora e colheu a digital; que verificou divergência entre aquela digital e a que constava na carteira de identidade; que era totalmente diferente; que nesses casos deve encaminhar a digital para o exame mais especializado; que ao retornar ao carro, verificou que as pessoas já tinham ido embora; (...) que é possível afirmar que existe semelhança entre a assinatura da Sra. MARIA CUSTODIA em seu depoimento e a assinatura constante do documento de fl. 34; (...) que não sabe se viu a acusada no dia do recadastramento ou se foi no dia em que ela esteve naquela unidade militar para prestar depoimento; que pode ter visto também no dia do recadastramento”.

Inquiriu também o 1º Sgt ROBERTO CARLOS CARVALHO MORAES, testemunha do MPM, respondendo, verbis, fls. 262/263:

“... que acredita que tenha visto a acusada durante um recadastramento no ano de 2007; que se recorda que a senhora da qual foi colhida a impressão digital encontrava-se no interior de um veículo; que ela era de pele escura; que foi o Sgt MARCIO o responsável pela coleta; que viu aquela senhora porque precisou se dirigir a uma outra sala e teve que em frente ao veículo; que embora não tenha certeza, teria visto a acusada nesse momento; que havia uma outra mulher no carro; que acha que o carro era do tipo utilitário; que houve uma divergência muito grande entre a digital colhida e a constante da carteira de identidade; que encaminhou a digital para o gabinete de identificação para um exame especializado; que ligou para a casa da pensionista três dias depois e que uma mulher que talvez fosse a empregada disse que não tinha ninguém em casa; que ligou três dias depois e falaram que não morava ninguém com o nome de

ISABEL; que na primeira vez perguntou por ISABEL e essa mulher falou que no momento ela não se encontrava”.

Terceira testemunha arrolada pelo MPM, fl. 263, o 3º Sgt GIL-MAR FERREIRA respondeu:

“... que se recorda de ter visto a acusada pelo menos duas vezes nesses quatro anos; que a atendeu em seu guichê; que no posto de atendimento as pessoas buscam não só o recadastramento, mas também contracheques e mudanças de banco; que não é possível afirmar que era a acusada quem acompanhava a pensionista ISABEL no dia do recadastramento. Que apenas a pensionista é identificada na entrada da SP, não sendo feito registro do veículo; que seis meses antes atendeu a pensionista com uma outra pessoa, mas não se recorda se era a acusada; que se recorda desse fato porque solicitou à época uma foto atualizada da pensionista; que nessa última apresentação, por não ter cumprido essa exigência, levou o fato ao conhecimento do CEL LARANJEIRA; que no recadastramento, chamado de atestado de vida, não se faz menção à procuradora; que se houver erro no endereço do contracheque, esse retorna para a OM a qual está vinculado, especificamente para a pasta da pensionista”.

A defesa arrolou três testemunhas, mas, após a juntada de novos documentos requeridos quando da apresentação da defesa prévia, retificou o pedido e desistiu de ouvi-las, fl. 300.

Na fase do art. 427 do CPPM, a defesa requereu, primeiro, a produção de perícia grafotécnica para comprovar que em nenhum momento a apelante procedeu ao recadastramento em nome da Sra. ISABEL, e, ainda, identificação e perícia papiloscópica da apelante com o intuito de demonstrar que o datilograma apostado na documentação analisada no Laudo de Perícia Papiloscópica não é da Sra. MARIA CUSTÓDIA, fls. 330/332.

Posteriormente, a defesa desistiu dos pedidos de perícias, afirmando, verbis, fl. 339, que: “a defesa desiste expressamente do pedido de perícia grafotécnica, dando-se por satisfeita com as provas colhidas no presente feito”.

Ultimada a instrução processual, na fase de alegações escritas, fls. 343/346, o Parquet transcreveu trechos dos depoimentos e concluiu que restou plenamente demonstrado que a acusada, por aproximadamente

15 anos, recebia proventos oriundos do CEPEX, pois realizava, regularmente, a apresentação voluntária, a cada data marcada, de uma outra pessoa que se fazia passar pela Sra. ISABEL FERREIRA DE CARVALHO, e, por sua vez, a ré era procuradora da pensionista, e assim se apresentou mesmo depois de seu óbito, ocorrido em 26 de julho de 1992, causando grande prejuízo ao erário.

Por fim, pugnou pela condenação da indiciada na forma descrita na denúncia.

Nessa mesma fase processual, fls. 352/358, a defesa suscitou preliminar de inépcia da denúncia, sob o entendimento de que não restaram esclarecidas cabalmente as condutas ilícitas praticadas. Argumentou que é necessário que a denúncia, sob pena de inépcia, descreva a conduta ilícita pormenorizadamente de cada um dos participantes do crime.

Quanto ao mérito, alegou que o MPM não logrou êxito em demonstrar sequer resquício de culpa ou de qualquer ato ilícito praticado pela Sra. Maria Custódia, tendo em vista a ausência de provas.

Aduziu que o MPM não conseguiu informação sobre qual veículo a pensionista e sua acompanhante ingressaram na OM no dia 24 de outubro de 2007, dia do cadastramento. Afirmou também que foi diligenciado em vários cartórios sobre a existência de bens em nomes dos seus familiares, com o intuito de demonstrar patrimônio incompatível com a renda da família, e que tais diligências também foram infrutíferas.

Por fim, aduziu sobre a aplicabilidade do princípio do in dubio pro reo, tendo em vista a ausência de provas, conforme alegado.

Em 04 de fevereiro de 2010, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 3ª CJM julgou procedente a denúncia, para condenar, por unanimidade, a civil MARIA CUSTODIA TAVARES SANTOS, pela prática do delito de estelionato, tipificado no art. 251 do CPM, fixando a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, tornando-a definitiva, ante a ausência de agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou diminuição de pena, em regime semiaberto.

A Sentença foi publicada em 09 de fevereiro de 2010 e a defesa foi intimada nessa data, fl. 383.

Inconformada com a decisão a quo, a Defesa recorreu tempestivamente, fl. 385.

Nas razões de apelação, fls. 387/401, suscita preliminar de inépcia da denúncia, ao argumento de que não restaram esclarecidas cabal-

mente as condutas ilícitas praticadas nem restou demonstrado o crime capitulado. Aduziu a necessidade de haver na exordial acusatória, sob pena de inépcia, a descrição da conduta ilícita pormenorizadamente de cada um dos participantes do crime.

Quanto ao mérito, alega que o MPM deveria ter requerido perícia grafotécnica para comprovar que as assinaturas apostas nos documentos citados na sentença condenatória são mesmo da Sra. MARIA CUSTODIA. Afirma que o Juiz-Auditor Dr. CLAUDIO AMIN MIGUEL não poderia atestar apenas de “viso” se uma assinatura é ou não é da apelante.

Em seguida, pugnou pela absolvição com fulcro no art. 386, IV, do CPP, requerendo a aplicabilidade do princípio do in dubio pro reo, tendo em vista a ausência de provas.

Por último, pugnou pela redução da pena, argumentando que o aumento de 150% sobre a pena mínima fere a razoabilidade e a isonomia. Ademais, afirma que é indispensável a fundamentação, com base em dados concretos em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 69 do CPM.

Requer ainda que, aplicada a pena mínima de 02 anos de reclusão, deve ser aplicado o sursis do processo, tendo em vista que o crime foi cometido antes da vigência da Lei 9839/99 que impediu a concessão do sursis processual aos crimes cometidos na esfera militar.

Dessa forma, requer seja acolhida a preliminar e, caso seja essa ultrapassada, pede a absolvição com fulcro no art. 386, IV, do CPP. Em caso de manutenção da sentença, postula pela aplicação da pena mínima, com a concessão da suspensão da pena.

Em Contrarrazões, fls. 406/408, o MPM sustenta que não há como prosperar a irresignação da defesa. Aduz que “seria ocioso alongar-se em considerações outras além das que foram apontadas, com lucidez e propriedade, na decisão atacada, que sepultou qualquer pretensão defensiva, objetivando uma melhor sorte para a Apelante”.

Quanto à dosimetria da pena, afirma que o juízo levou em consideração, conforme a fundamentação da sentença, no período de quase dezesseis anos em que efetuaram os saques, o enorme prejuízo causado de quase um milhão de reais, bem como os meios empregados, valendo-se de documentos falsos e utilizando pessoas que se passavam pela pensionista falecida.

A PGJM, em Parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ALEXANDRE CONCESI, fls. 419/423, opina pela re-

jeição da preliminar, e, quanto ao mérito, pelo desprovimento da apelação.

Por despacho de fls. 432/434, o Ministro-Relator ordenou a realização de perícia grafotécnica para verificar se foi proveniente do punho da civil MARIA CUSTÓDIA TAVARES SANTOS a assinatura aposta na Ficha de Validação Cadastral de Isabel Ferreira de Carvalho, à fl. 39, e se tal assinatura confere com a constante do seu documento de identidade.

Juntado aos autos, fls. 447/455, o referido laudo pericial concluiu que, verbis: “A assinatura contestada presente na ficha de validação cadastral da senhora Isabel Ferreira de Carvalho, foi emitida (sic) pelo punho escritor da senhora Maria Custódia Tavares Santos”.

Em 08 de outubro de 2010, a defesa se deu por intimada do resultado da perícia, conforme certidão à fl. 465.

Assim relatados, decide-se.

## VOTO

### Preliminar

Quanto à alegação de inépcia da denúncia, ao entendimento de que a conduta não perfaz o crime capitulado na sentença, pedido também alegado em defesa prévia e nas alegações finais, foi rechaçado pelo Conselho de Justiça e agora novamente ventilado como preliminar desse recurso, o qual, a toda evidência, trata-se de alegação desprovida de fundamento e não encontra amparo no conjunto probatório carreado aos autos.

A denúncia tipifica perfeitamente a conduta pela qual a ré responde neste processo, conforme se viu da transcrição no relatório.

Ademais, a análise dessa questão se confunde com o mérito, o que torna indevida a análise neste momento.

Portanto, indefiro a preliminar.

### Mérito

A defesa da civil MARIA CUSTODIA TAVARES SANTOS, inconformada com a r. sentença a quo, interpôs recurso de Apelação, fls. 382/396, pugnando, em síntese, pela reforma da decisão de 1ª instância perante esta Egrégia Corte, com pedido de absolvição, aos argumentos de que a conduta realizada não perfaz o tipo penal descrito no art. 251 do CPM ou de que não

há provas evidentes de que a ora apelante foi a autora da conduta criminosa objeto deste recurso.

Em seguida, obedecendo ao princípio da eventualidade, pugnou para, em caso de condenação, seja aplicada a pena mínima e concedido o sursis da pena.

O MPM ratificou os argumentos esposados em alegações finais e pugnou pela manutenção do decreto condenatório.

Como se verifica dos autos, não há dúvida de que o fato é típico, antijurídico e culpável.

A primeira prova a evidenciar a autoria da conduta ora analisada reside na identidade entre a assinatura constante da Ficha de Validação Cadastral remetida, em 2003, ao endereço da falecida Isabel Ferreira de Carvalho pelo Centro de Pagamento do Exército, sendo esse o mesmo endereço onde residia e ainda reside a ora apelante, e a assinatura constante da carteira de identidade e do CPF da civil MARIA CUSTODIA. Constata-se extrema e inequívoca semelhança, tudo corroborado pelo Laudo Pericial acostado às folhas 447/455.

Assim agindo, ao apor sua assinatura e mencionar que assim procedia por força de procuração pública, e, ainda, havendo explícita falsidade ideológica, manteve em erro a administração militar, com a finalidade de continuar recebendo, indevidamente, a pensão militar concedida a Isabel Ferreira de Carvalho.

Note-se que houve a produção de duas procurações, ambas lavradas no Cartório do 6º Ofício de Niterói, sendo uma ideologicamente verdadeira, pois assim reconhecida pela civil MARIA CUSTÓDIA, fl. 47, de 1989, e outra à fl. 292, em que há o falso ideológico e que a ora apelante afirma desconhecer.

Nessa última, datada de 07 de outubro de 2002, o Sr. ARNALDO FERRAZ DE CARVALHO SANTOS, marido da ora apelante, assina por rogo a procuração, ou seja, atesta que a Sra. ISABEL FERREIRA DE CARVALHO está viva e que se encontrava impossibilitada de assinar a referida procuração.

Ora, como poderia o esposo da ora apelante atestar que a Sra. ISABEL estava viva, em procuração, com a finalidade de manter em erro a Administração Militar, e, ainda, a civil MARIA CUSTODIA alegar que nada sabe sobre a produção do referido documento falso?

Mister lembrar que a defesa, em momento algum, alegou serem falsos tais documentos, ou por não haver correspondência entre as fotos apostas ou assinaturas. Assim, por via transversa, pode-se concluir que tais pessoas, quais sejam, a civil MARIA CUSTODIA e o Sr. ARNALDO FERRAZ, agiram com consciência e vontade e, portanto, estavam cientes do ato que praticavam.

Vê-se, assim, que o Sr. ARNALDO FERRAZ DE CARVALHO SANTOS participa da conduta criminosa de sua esposa, o que dá azo à hipótese de se perscrutar, por meio de futura atuação ministerial, seu grau de envolvimento no crime ora analisado, devendo, para isso, encaminhar cópias da procuração de fl. 292, da fl. 293, do laudo pericial de fls. 447-455 e deste acórdão à PGJM para providências que entender cabíveis.

Outro ponto: durante o período em que houve o recebimento indevido da pensão, o fraudador informava ao fisco as variações patrimoniais da Sra. ISABEL, por meio de declarações de imposto de renda (IR), com a finalidade de impedir qualquer irregularidade no CPF da pensionista.

Nessas declarações, constantes no Anexo 02 destes autos, além de o endereço informado ser o mesmo do da ora Apelante, consta da página inicial de identificação da declaração informada à Receita Federal um e-mail, qual seja, [online@starnews2001.com.br](mailto:online@starnews2001.com.br).

Esse mesmo e-mail consta de informação assinada pela civil MARIA CUSTODIA em Ficha de Validação Cadastral solicitada pelo Exército para ser entregue ao banco. Assim, por dedução, conclui-se que a civil MARIA CUSTODIA ou providenciou a entrega das declarações ou repassou informação para que terceiro as fizesse.

Não foi outro o entendimento do Conselho.

Transcrevem-se abaixo os principais argumentos utilizados na fundamentação da sentença condenatória a quo, em razão da sua clareza, concisão e objetividade, fls. 371/380:

“... Os depoimentos das três testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar revelam que todos já haviam visto a acusada na seção de recadastramento, inclusive no ano de 2007. Além disso, confirmam que a acusada, apesar de um deles não ter certeza, esteve presente ao lado de uma senhora no último recadastramento. Relatam que, após colherem as impressões dessa senhora, constataram as divergências e concluíram

que ela tentava se passar pela pensionista falecida. Entretanto, as duas, que aguardavam no carro, fugiram do local. (...) consta nos autos, à fl. 35, (atual fl. 40 após a renumeração dos autos) cópia de procuração por instrumento público datada de 07.10.2002, portanto, após o óbito da pensionista Isabel, na qual essa outorga diversos poderes para acusada, inclusive movimentar conta-corrente e praticar atos junto à 2ª CSM. Como poderia alguém falecido conceder poderes para a acusada? Observa-se que o Cartório é o mesmo onde foi lavrada uma procuração, nos mesmos moldes, antes do falecimento da pensionista em 1989, que se encontra acostada à fl. 42 (agora, fl. 47).

Outra prova contundente se vê à fl. 34, (atual fl. 39) que trata de correspondência encaminhada pelo Centro de Pagamento do Exército, no ano de 2003, no endereço da acusada, referente à pensão, que foi assinada pela própria acusada, inclusive inserindo a abreviatura de 'por procuração'. Aliás, não é necessária sequer a realização da perícia para constatar que promanou do punho da acusada, bastando comparar com suas assinaturas na carteira de identidade e no CPF, respectivamente, às fls. 40 e 43, (fl. 45 e 48) especialmente a letra S do sobrenome Santos".

Portanto, infere-se, de todo o exposto e, especialmente, dos depoimentos colhidos das testemunhas arroladas pelo MPM e dos documentos juntados aos autos e, ainda, da perícia grafotécnica realizada, que há consistência probatória apta a manter a condenação da civil MARIA CUSTODIA TAVARES SANTOS.

Quanto à dosimetria da pena, pugnou a defesa para a fixação no mínimo legal, qual seja, 02 anos de reclusão.

Vê-se que a pena-base aplicada à Ré foi fixada em 05 anos, ao fundamento de que houve saques por quase dezesseis anos, causando um prejuízo de quase um milhão reais, bem como os meios empregados, valendo-se de documentos falsos e utilizando pessoas que se passavam pela pensionista falecida, tornado-a definitiva em 05 anos de reclusão em regime semiaberto, ante a ausência de agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou diminuição de pena.

A pena máxima para o delito em tela é de 07 anos de reclusão. Em observância ao art. 69 do CPM, 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.

Dessa forma, não há reparos a fazer na pena aplicada tendo em vista a conduta criminosa praticada e comprovada pela subsunção dos fatos narrados às diretrizes fixadas pelo art. 69 do CPM.

Ex positis, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de inépcia da denúncia arguida pela Defesa e, no mérito, em negar provimento ao apelo defensivo para manter a Sentença a quo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, e por fim, por unanimidade, determinar a remessa de cópias da procuração juntada à fl. 292, do documento à fl. 293, do laudo pericial às fls. 447/455 e do Acórdão para a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, para que se proceda como entender de direito.

Brasília, em 30 de novembro de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Revisor.

---

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor – Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Apelante – Danilo Pereira da Mata, ex-Sd Ex, revel, condenado à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290, caput, do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 02 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª CJM, de 13/04/2009.

Advogado – Defensoria Pública da União.

---

EMENTA

APELAÇÃO DA DEFESA. ART. 290 DO CPM. ARGUMENTO DE PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR E DE NULIDADE DA DECISÃO QUE RECONSIDEROU A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE SANIDADE MENTAL DO APELANTE IMPOSSIBILIDADE Tese de ABSOLVIÇÃO FUNDADA NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICÁVEL. PREQUESTIONAMENTO DE PRECETOS CONSTITUCIONAIS. I - Não há que se falar em incompetência da Justiça Militar para processar e julgar militar que tenha praticado o crime capitulado no art. 290 do CPM, sob o argumento de que esse dispositivo já havia sido revogado pela Lei nº 6.368/1976 - diploma legal também já revogado pela Lei nº 11.343/2006 – tendo em vista que é firme a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei nº 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade”. (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 92462/RS, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Primeira Turma, Decisão publicada em 09/112007). II – Não se encontra eivada de nulidade a Sentença do Conselho julgador que reconsiderou a necessidade de realização do exame de insanidade mental do Apelante. Em consequência, deve ser rejeitado o pedido de suspensão do processo requerido pela Defesa. III – Ir-

retocável a Sentença do Juízo a quo, que condenou o Apelante à pena mínima prevista no delito descrito no art. 290 do CPM, considerando inaplicáveis, na espécie, os invocados princípios da igualdade, razoabilidade/proporcionalidade, ou da proibição de excesso, e da proporcionalidade das penas, bem assim o princípio da insignificância, posto que sobre a eficácia do referido dispositivo legal já se manifestou a Primeira Turma da nossa Excelsa Corte (Habeas Corpus nº 91759/MG). IV – Impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal, pela aplicação da atenuante genérica prevista no art. 72, inciso I, do CPM, em observância ao princípio da legalidade, conforme preconiza os arts. 73 e 76, ambos do CPM, e de acordo com o verbete de Súmula nº 231 do colendo Superior Tribunal de Justiça. 1ª e 2ª preliminares rejeitadas. Decisão unânime. Apelo Defensivo improvido. Decisão unânime.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito e de nulidade do processo arguidas pela Defesa. No mérito, por unanimidade, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença a quo por seus jurídicos fundamentos. Os Ministros SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e William de Oliveira Barros. (Extrato da Ata da 9ª Sessão, 22.02.2010).

#### RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Apelação interposto pelo ex-Soldado do Exército DANILO PEREIRA DA MATA, revel, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª CJM, de 13 de

abril de 2009, que o condenou à pena de 01 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 290, caput, do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 02 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

2. A Denúncia foi ofertada em 10/09/2007 e recebida em 12 de setembro de 2007 (fl. 60), com base no Auto de Prisão de Flagrante de fls. 09/13, em que o Ministério Público da União denunciou o Apelante pela prática do delito capitulado no art. 290 da Lei Substantiva Castrense.

3. Os fatos ocorreram da seguinte forma: no dia 09 de agosto de 2007, por volta das 17h, na carceragem do Pelotão de Investigações Criminais do Batalhão de Polícia do Exército, durante uma revista regulamentar para militares que seriam detidos disciplinarmente, foi encontrada no bolso da calça jeans do ora Denunciado uma 'trouxinha' contendo 500mg (quinhentos miligramas) da substância entorpecente cannabis sativa lineu, vulgarmente conhecida por 'maconha', a qual foi apreendida (fls. 14) e devidamente periciada, conforme o Laudo preliminar de fls. 31/32.

4. Às fls. 39/40, a Dr<sup>a</sup> ZILAH MARIA CALLADO FADUL PETERSEN, Juíza-Auditora da Auditoria da 11<sup>a</sup> CJM, concedeu liberdade provisória ao Apelante em 10 de agosto de 2007, com fulcro no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, c/c os art. 254 e 255, do CPPM. Em consequência, foi expedido o Alvará de Soltura de fl. 41.

5. Antes mesmo de a Denúncia ter sido recebida, a Unidade Militar informou que, em 17 de setembro de 2007, o Apelante tinha passado à condição de desertor (fl. 63), conforme o respectivo Termo de Deserção juntado à fl. 67.

6. O Apelante foi requisitado pelo Juízo para fins de citação, qualificação e interrogatório (fl. 72), porém deixou de ser apresentado, por se encontrar na situação de Desertor (fl. 78). Contudo, a sua citação foi realizada em sua residência (fl. 80), mas esse não compareceu para audiência de qualificação e interrogatório, oportunidade em que foi nomeada a Defensoria Pública da União para patrocinar sua defesa (Ata de fls. 81/82).

7. Ainda que na condição de desertor, o Apelante compareceu à audiência de qualificação e interrogatório que foi marcada para o dia 17 de março de 2008, a qual não foi realizada, "por motivo de força maior", ocasião em que foi designada nova data, ou seja, 31 de março de 2008 (fls. 97/99), mas neste dia o Acusado não se fez presente (fls. 103/104). Assim, a Secretaria do Juízo de origem, em 11 de abril de

2008, certificou que o Apelante ainda se encontrava na situação de desertor (fl. 110).

8. Em virtude disso, na Sessão de 14 de maio de 2008, o Conselho Permanente de Justiça, à unanimidade, determinou que o Processo seguisse à revelia do Réu e lhe nomeou curador, com fundamento no art. 412 do CPPM, de acordo com a Ata de fls. 122/124.

9. Foram ouvidas as seguintes testemunhas da acusação: 2º Sargento DAWSON GUIMARÃES FRANCO (fls. 118/119), Sd DAVI MARTINS BONFIM (fl. 120) e Sd CLEOMÁRIO FIGUEIREDO PEREIRA (fl. 121), que confirmaram as declarações prestadas no APF, declarando que o Apelante afirmou ser usuário de droga e que a substância encontrada durante a revista, juntamente com semente de café, era maconha e lhe pertencia.

10. Não foi arrolada testemunha pela Defesa (fls. 123).

11. De acordo com a cópia autenticada do Laudo de Exame de Material Vegetal de fls. 134/138, o exame realizado na substância apreendida constatou que se trata de espécie *cannabis sativa* lineu (maconha), em face de suas características e da identificação do Tetrahydrocabinol e de outros compostos canabinóides na sua composição.

12. Em 19 de setembro de 2008, o Conselho Permanente de Justiça indeferiu o pedido defensivo de instauração de incidente de sanidade mental, reconsiderando decisão anterior, atendendo ao pedido do Órgão Ministerial (Ata de fls. 166/167).

13. Nas Alegações Escritas de fls. 170/171, o Ministério Público Militar postulou a condenação do Apelante como incurso no art. 290, caput, do CPM, considerando que a conduta delituosa restou comprovada, tanto pela confissão no APF como pela conclusão do laudo pericial.

14. A Defesa, por sua vez, suscitou, preliminarmente, a incompetência da Justiça Militar e a nulidade da decisão que reconsiderou a necessidade de realização do exame de sanidade mental, requerendo a suspensão do feito até sua feitura. No mérito, pediu a absolvição com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM, ou, no caso de condenação, que fosse a pena fixada abaixo do mínimo legal, em razão da menoridade (fls. 174/196).

15. O Conselho julgador, na Sessão de 13 de abril de 2009, decidiu, por unanimidade, declarar a competência da Justiça Militar para processar e julgar o feito e indeferiu o pedido de suspensão requerido pe-

la Defesa, e, no mérito, condenou o ex-Soldado DANILO PEREIRA DA MATA à pena de 01 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 290, caput, do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 02 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime aberto para cumprimento eventual da pena.

16. A Sentença condenatória de fls. 224/234 foi publicada em 15/04/2009.

17. Inconformada com o teor de decreto condenatório, a Defesa do Apelante apresentou o recurso de fl. 240 e as razões do Apelo às fls. 246/268. Em suas razões, suscita, preliminarmente, a incompetência da Justiça Militar alegando a revogação tácita do art. 290 do CPM, para que o feito seja remetido para uma das Varas Criminais do Distrito Federal, bem assim a nulidade da decisão do Colegiado que negou a realização do exame de sanidade mental, dada a sua imprescindibilidade, devendo ser suspenso o feito até a captura do Réu. No mérito, alega violação aos princípios da igualdade, do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade das penas (art. 5º, caput, incisos LIV e XLVI), por entender que o art. 290 do CPM coloca em situação de igualdade o traficante e o usuário de substâncias entorpecentes, e propõe a aplicação do princípio da insignificância, por ter sido apreendida pequena quantidade de entorpecente, irrelevante para fins de persecução penal. Alfim, pugnou pela absolvição do Apelante, com fundamento no art. 439, alínea “b”, do CPPM; para que, no caso de ser mantida a condenação, seja fixada a pena abaixo do mínimo legal, em virtude da menoridade do apelante à época dos fatos, com a concessão do sursis; e para que esta Corte manifeste-se sobre todos os artigos constitucionais invocados, com intuito de ver o seu recurso prequestionado e comprovar a sua repercussão geral, para futura interposição de recurso junto ao Supremo Tribunal Federal.

18. Nas contrarrazões de fls. 272/277, o Ministério Público Militar pugnou pela rejeição das preliminares, como explicitado na Sentença hostilizada. No mérito, refutou os argumentos da Defesa, por entender que os princípios por ela invocados foram devidamente atacados na Sentença. Registrou que a jurisprudência dessa Corte ressalta as características próprias da legislação penal militar, que se ampara no princípio da especialidade, sublinhando o caráter verdadeiramente ofensivo que representa o uso de entorpecente, em local sujeito à Administração Militar. Além disso, salientou que a pena aquém do mínimo legal é inaplicável ao Direito Penal Militar. Por essas razões, requereu a manutenção do decreto condenatório.

19. O Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar de fls. 291/295, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA, foi no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas pela Defesa e de negar provimento ao Apelo Defensivo.

20. O nobre Ministro-Revisor Alte Esq RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA teve vista dos autos à fl. 298-verso, conforme o Despacho de fl. 299.

21. Em 02/02/2010, determinei fosse o presente processo colocado em mesa para julgamento, intimando-se, por conseguinte, a douta Defensoria Pública da União (fl. 302-verso), a qual se deu por intimada à fl. 303-verso.

É o relatório.

#### VOTO

Pretende o Apelante, portanto, a reforma da Sentença que o condenou à pena de 01 (um) ano de reclusão, pela prática do delito capitulado no art. 290, caput, do CPM.

2. A Defesa do Apelante foi intimada da r. Sentença de fls. 224/234 em 15 de abril de 2009 (fl. 235) e interpôs o recurso de apelação em 16 do mesmo mês e ano (fl. 240). Portanto, dele conheço, eis que tempestivo.

3. Vale destacar que o Apelante foi condenado à revelia pelo Conselho julgador. Nesse aspecto, apenas por apego à argumentação, em se tratando de Réu revel, tenho suscitado, nesta Corte, a nulidade do feito para suspender o processo e a prescrição pelo prazo da pena "in abstracto", em razão do contido nos Pactos de São José da Costa Rica e Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, aplicando-se subsidiariamente o disposto no art. 366 do CPP. Nesse caso, a consequência seria o afastamento do art. 292 do CPPM, o qual dispõe que "o processo seguirá à revelia do acusado que, citado, intimado ou notificado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado." Reafirmo que este último dispositivo só é aplicável nos casos em que o acusado, uma vez citado, deixe de comparecer, injustificadamente, aos atos subsequentes do processo em que a sua presença seja indispensável, ou proceda da mesma forma após ter constituído advogado.

4. In casu, percebe-se que o art. 292 do CPPM é perfeitamente aplicável à situação do Apelante, haja vista ter sido preso em flagrante

pelo delito capitulado no art. 290 do CPM e, mesmo tendo desertado antes do recebimento da denúncia, foi denunciado e citado, comparecendo inclusive à audiência para a sua qualificação e interrogatório, a qual foi adiada. Portanto, não haveria espaço para se alegar que o Apelante nunca teve conhecimento da ação penal contra ele formulada, o que já é suficiente para descartar a arguição de preliminar de ofício, nesse sentido.

5. No entanto, a Defesa suscitou duas preliminares: a de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o feito e a de nulidade da decisão que reconsiderou a necessidade de realização do exame de sanidade mental do Apelante.

#### Preliminar de incompetência da Justiça Militar.

6. Em relação à primeira preliminar, não tem qualquer consistência a alegação da Defesa de que a Justiça Militar é incompetente para processar e julgar o feito, ao argumento de que o art. 290 do CPM foi revogado, tacitamente, por ocasião da edição da Lei nº 6.368/76, de acordo com a cláusula revogatória contida no seu respectivo art. 46, que dispunha: “Revogavam-se as disposições em contrário, em especial o artigo 311 do Decreto-Lei número 1.004, de 21 de outubro de 1969, com as alterações da Lei número 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e a Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, com exceção do seu artigo 22.”

7. Ora, a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que entrou em vigor no dia seguinte, apesar de ter sido posterior ao Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), não suscitou qualquer conflito aparente de normas entre a lei penal comum e a lei penal castrense. Vale dizer, desde a edição do CPM, o seu art. 290 permanece dotado de plena eficácia, por se tratar de crime impropriamente militar, trazendo no seu núcleo inclusive a descrição da seguinte conduta: trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar... Por essa hipótese, não teria qualquer relevância se o agente chegasse a vender ou não a substância entorpecente, pois o delito já estaria perfeitamente consumado. Portanto, a Lei nº 6.368/76 – notadamente os seus arts. 12 e 16, que propunham a distinção entre usuário e traficante – nunca foi aplicada, subsidiariamente, por esta Justiça Castrense, considerando a incompatibilidade existente entre os dois subsistemas.

8. Causa mesmo estranheza a atuação da Defesa ao invocar um diploma legal que já foi revogado em 2006, por força da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, publicada em 24 do mesmo mês e ano, até porque o delito de que ora se cuida foi praticado sob a égide

desta última, que também é inaplicável ao caso, em virtude da especialidade do CPM. Ou seja, diversamente da norma penal comum, o art. 290 do CPM prevê um plus, ao preconizar que esse crime deve ser praticado “em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar,” ressalvados, evidentemente, os casos previstos no § 1º do comentado artigo.

9. Assim, considera-se irretocável a Sentença impugnada no tocante à rejeição da presente preliminar. Isso porque, ao contrário do que sustenta a Defesa, a aplicação da lei especial em detrimento da lei geral (*Lex specialis derogat generali*) não viola os preceitos constitucionais insertos no art. 5º, caput (princípio da igualdade) e no respectivo inciso LIV (princípio da proporcionalidade/razoabilidade), conforme demonstrado pelo conteúdo dos diversos julgados da nossa Excelsa Corte, transcritos, às fls.292/294, pelo douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA. Nota-se, a partir dos referidos julgados, que é firme a jurisprudência daquela Corte no sentido de que “o art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei nº 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 92462/RS, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Primeira Turma, Decisão publicada em 09/112007). Conclui-se, dessa forma, que a revogada Lei nº 6.368/1976 nunca teve o condão de revogar, tacitamente, o mencionado dispositivo legal.

10. Por essas razões, rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça Militar, posto que a competência da Justiça Castrense, neste caso, encontra respaldo no art. 9º do CPM, o qual tem como suporte de validade o art. 124 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Preliminar de nulidade – Decisão que reconsiderou a necessidade de realização do Exame de Insanidade Mental.

11. No tocante à segunda preliminar suscitada pela Defesa, não pode prosperar, também, a tese de nulidade da Decisão do Conselho julgador proferida em 19 de setembro de 2008 (fls. 166/167), que indeferiu o pedido defensivo de instauração de incidente de sanidade mental do Apelante.

12. Aliás, vale transcrever aqui as razões expendidas pelo Conselho, ao apreciar a presente preliminar, in litteris:

“Em relação à decisão sobre o incidente de sanidade mental, tem-se que, quando houve a deliberação pelo Conselho,

o acusado não tinha sido interrogado. Houve a tentativa da Defesa na realização do referido exame, e para não cercear a prova defensiva, houve o acolhimento do pedido.

Entretanto, a suspensão do feito, por tempo indeterminado, como requerido pela Defesa, em virtude da não realização da perícia seria como uma recompensa para o revel, que culminaria por ver a ação penal, ser alcançada pela prescrição.

Vale mencionar que a ausência do exame, ocorreu por conta exclusiva do acusado que inclusive foi devidamente citado para acompanhar todos os atos processuais até final julgamento. Na Decisão do Conselho restou patenteado que o pedido tinha sido deferido desde que não trouxesse prejuízo para o andamento do feito." (fl. 227).

13. Dessa forma, atuou corretamente o Conselho ao rejeitar a referida preliminar e com essa decisão se conformou a Defesa. Tanto foi assim que sequer buscou aviar o recurso próprio, no tempo oportuno, como bem asseverou o parecerista Dr. MARCELO WETZEL RABELLO DESOUZA, à fl. 295.

14. Portanto, rejeita-se, também, a preliminar de nulidade ora suscitada, ficando afastada qualquer possibilidade de suspensão do processo como requerido pela Defesa.

#### Mérito

15. No mérito, não assiste razão à Defesa do Apelante.

16. Com efeito, após a análise do conjunto probatório constante dos autos, verifica-se que a autoria e a materialidade do delito restaram amplamente provadas, tanto pela confissão, por ocasião do flagrante, como pelas demais provas acostadas aos autos (testemunhal e documental). Senão, vejamos:

16.1 Ora, ex-Sd DANILO PEREIRA DA MATA foi flagrado portando maconha, acondicionada numa "trouxinha" no bolso da calça que usava, quando da revista regulamentar na carceragem do Pelotão de Investigação Criminal. Pela conclusão do Laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística do Departamento de Polícia Federal, chegou-se ao resultado de que a substância examinada era maconha, por se tratar de espécie cannabis sativa lineu (maconha), com identificação do Tetrahidrocannabinol e de outros compostos canabinóides na sua composição (fls. 134/138).

16.2 De acordo com o Depoimento da primeira testemunha da acusação, 2º Sargento DAWSON GUIMARÃES FRANCO, esse de-

clarou que se encontrava de serviço de permanência ao Pelotão de Investigação Criminal, no dia dos fatos; que quando chegou à carceragem, percebeu que a substância entorpecente encontrada com o Acusado tinha sido misturada com semente de café; que o Soldado DANILLO falou ao depoente que aquela substância era maconha e que lhe pertencia; e que ele declarou ser usuário de substância entorpecente, sem especificar se a usava dentro da Unidade Militar (fls. 118/119).

16.3 O Sd DAVI MARTINS BONFIM, segunda testemunha da acusação, declarou que ao realizar revista no Réu, encontrou a substância entorpecente solta no bolso de sua calça, juntamente com semente de café e ponta de cigarro comum, pelo que acionou o Sargento; que o acusado, ao ser perguntado, disse que era maconha e que lhe pertencia; e que, ao chegar à carceragem, o réu aparentava estar sob o efeito de alguma substância ou bebida alcoólica, pois falava “enrolado” (fl. 120).

16.4 A terceira e última testemunha, por sua vez, o Sd CLEOMÁRIO FIGUEIREDO PEREIRA, declarou que o Sd BONFIM determinou que o réu retirasse a calça para que fosse feita a revista, tendo caído uma semente de café no chão; e que o BONFIM pôs a mão no bolso do acusado e achou a substância entorpecente, tendo ele dito tratar-se de maconha e ser usuário da droga (fl. 121).

17 Vê-se, pois, que a conduta do Apelante restou inteiramente subsumida ao tipo penal descrito no art. 290 do CPM, o que fragiliza a tese de absolvição levantada pela Defesa, sendo escorreita a Decisão do Juízo a quo, que reconheceu ser o fato antijurídico, dada a ausência de qualquer causa de exclusão de crime legal ou supralegal e não estar o Apelante acobertado por nenhuma das hipóteses destacadas no artigo 42 do CPM, além de estar comprovada a culpabilidade, pois esse agiu com dolo, configurado no núcleo guardar, no tipo penal previsto.

18. Entretanto, a Defesa prefere levantar a tese de inconstitucionalidade material da pena idêntica para usuário e traficante preconizada no referido dispositivo legal, retomando, quase que na sua inteireza, a preliminar de incompetência da Justiça Militar, quando invocou a violação dos princípios da igualdade (art. 5º, caput, da CF) e da proporcionalidade/razoabilidade (inciso LIV do mesmo artigo). Nesta oportunidade, a Defesa apenas acrescentou que o Conselho julgador violou, também, o princípio da proporcionalidade das penas,

implicitamente consagrado no citado art. 5º, inciso XLVI, e expressamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que também é aplicável ao nosso Ordenamento Jurídico por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

19. Com efeito, como já foi sustentado na análise da preliminar de incompetência da Justiça Militar, não há revogação nem qualquer conflito aparente entre a disposição contida no art. 290 do CPM e as disposições insertas na Lei nº 11.343/2006, se considerada a especialidade do Código Penal Militar, haja vista que a norma penal castrense dispõe de forma diversa da norma penal comum, quando prevê um plus, ao preconizar que o crime deve ser praticado “em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, ressalvados, evidentemente, os casos assimilados previstos no § 1º do comentado artigo.

20. Seguindo a mesma linha de raciocínio, deve ser afastada, neste caso, a discussão sobre a situação de inconstitucionalidade do conteúdo do art. 290 do CPM, em sede do controle difuso, até porque esse dispositivo é anterior à Carta Política vigente. Nesse aspecto, não há dúvida de que o nosso Ordenamento admite a declaração de inconstitucionalidade de direito pré-constitucional, pelo controle concentrado e tão somente em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, previsto no art. 102 da Constituição Federal e disciplinada pela Lei 9.882/1999, cujo parágrafo único do seu art. 1º preconiza que “caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Todavia, no controle difuso, só é possível elaborar análise acerca da revogação ou não recepção de tal dispositivo legal.

21. Nesse sentido, a jurisprudência da nossa Excelsa Corte já assestou o entendimento de que “o exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade”, sendo dignas de nota as transcrições das seguintes Ementas, in litteris:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPUGNAÇÃO DE ATO ESTATAL EDITADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - INOCORRÊNCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.

A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato.

A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado.

O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade 'in abstracto' - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.

A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.

O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 74/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ 25-09-1992, pp-16182).

“CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE IMPOSSIBILIDADE

1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.” (ADI 2/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, DJde 21/11/1997, pp. 60585).

22. Assim, com a jurisprudência anteriormente transcrita, é correito afirmar que, por se tratar de disposição legal anterior à constituição vigente, o referido dispositivo foi recepcionado pela Ordem Jurídica vigente, gozando de plena eficácia, segundo a firme jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, bastando transcrever, como exemplo, a Ementa do julgado já referido anteriormente, in litteris:

“EMENTA: HABEAS CORPUS PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA: NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR PRECEDENTES PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE PRECEDENTES HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade.

O fundamento constitucional do crime militar é o art. 124, parágrafo único, da Constituição da República: tratamento diferenciado do crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar.

2. Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal reverencia a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes.

3. Habeas corpus indeferido.” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 92462/RS, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Primeira Turma, Decisão publicada em 09/112007).

23. Portanto, consideram-se esvaziadas as alegações da Defesa concernentes à invocação dos princípios da igualdade, razoabilidade/proporcionalidade, ou da proibição de excesso, e da proporcionalidade das penas, sob o argumento de que a disposição contida no art. 290 do CPM vulnera o art. 124 da Constituição Federal e apresenta inconstitucionalidade material por fixar pena idêntica para usuário e traficante, até porque, acerca da plena eficácia mencionado artigo, como foi

demonstrado, já se manifestou a Corte responsável pela uniformização das normas constitucionais.

24. Relativamente à atipicidade da conduta do Apelante, segundo a aplicação do princípio da insignificância, tal alegação não pode prosperar.

25. Ora, apesar de não haver consenso entre as Turmas do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do princípio da insignificância no âmbito da Justiça Castrense, a Primeira Turma dessa Excelsa Corte tem mantido o entendimento do Superior Tribunal Militar, manifestando-se contrariamente à incidência do aludido princípio à espécie, afastando inclusive a aplicação da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no princípio da especialidade, de acordo com o julgado a seguir transcrito, de relatoria do Ministro Menezes Direito:

“Habeas corpus. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. Habeas corpus denegado.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado.

2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte.

3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica.

4. Habeas corpus denegado e liminar cassada.” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 91759/MG, Julgamento: 09/10/2007, Publicação: D.J de 30/11/2007).

26. Aliás, no caso em tela, não pode ser considerada ínfima a quantidade de 0,5g (meio grama), já que essa seria suficiente para a confecção de vários cigarros de maconha, sendo, pois, bastante significativa.

27. Por fim, não há possibilidade jurídica de se acolher o requerimento da Defesa para que seja fixado pena abaixo do mínimo legal previsto no art. 290 do CPM, em virtude da menoridade do Apelante à época dos fatos, nem tampouco revolver a discussão sobre a concessão do sursis; até porque este último já foi concedido pelo Conselho e permanecerá íntegro.

28. Contudo, em relação ao outro requerimento, percebe-se, claramente, o equívoco contido nas razões da Defesa, ao sustentar que a pena deveria ter sido atenuada aquém de 1 ano de reclusão, haja vista a existência da circunstância atenuante de que trata o art. 72, I, do CPM (menoridade do Réu). Acerca desse capítulo da Sentença, extraem-se os seguintes fragmentos referentes à dosimetria da pena, in litteris:

“Assim, na primeira fase da aplicação da pena, em relação ao artigo 290, caput, do Código Penal Militar, tem-se que, sopesando as circunstâncias judiciais do artigo 69, do Código Penal Militar, o fato de ser tecnicamente primário, além do fato de ser o acusado menor de vinte e um anos, à época do delito, as anotações das Folhas de Alterações, a presunção de arrependimento e de que não tomará a delinquir, é de se aplicar a pena base no mínimo legal. Conforme inteligência do artigo 58 do Código Penal Militar, e levando-se em consideração os motivos, acima expostos, fixa-se a pena, no mínimo legal, de (01) um ano de reclusão.

Na segunda fase, verifica-se que a atenuante da menoridade, não pode ser aplicada, eis que incapaz de trazer a pena aquém do mínimo legal, e o fato já ter sido devidamente analisado no item anterior.

Na terceira fase, examina-se, não há causas de aumento ou diminuição de pena a serem reconhecidas.

Resulta, assim, a pena final de um ano de reclusão, aplicando-se ainda a detração do tempo pelo qual pelo mesmo crime esteve preso.” (fl. 232).

29. Vê-se, pois, que no tocante à dosimetria da pena, o Órgão julgador não atuou em desacordo com qualquer preceito constitucional, mas se embasou no princípio da legalidade estrita, ao aplicar a pena mínima prevista no art. 290 do CPM (pena: reclusão de até 5 anos), motivando a sua decisão sobre a impossibilidade de, na segunda fase do cálculo da pena, a atenuante genérica, referente à menoridade do Apelante, servir para a redução da pena aquém do mínimo legal, em observância ao art. 73 do CPM e segundo a orientação estampada na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça:

“Art. 73. Quando a lei determinar a agravação ou atenuação sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-la entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.”

“Súmula STJ nº 231:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

30. Assim, pelo critério trifásico adotado pela legislação penal castrense, a fixação da pena abaixo do mínimo legal só seria possível se houvesse, em favor do Apelante, qualquer causa de diminuição da pena a ser aferida pelo Conselho na terceira fase do cálculo da pena, tendo em vista a autorização prevista no art. 76 do CPM.

31. Por essas razões, considerando refutadas todas as alegações da Defesa concernente à violação dos preceitos constitucionais ora invocados, sendo incabível a aplicação do princípio da insignificância à espécie como tese da absolvição do Apelante, forçoso é admitir o improvimento do Apelo Defensivo, mantendo íntegro o decreto condenatório.

Ante o exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em rejeitar as preliminares de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito e de nulidade do processo arguidas pela Defesa. E, no mérito, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença a quo, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 22 de fevereiro de 2010 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator – Alte Esq Rayder Alencar da Silveira, Ministro-Revisor – Dr. José Garcia de Freitas Junior, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, na ausência ocasional da titular.

---

---

APELAÇÃO Nº 0000051-53.2009.7.05.0005-PR

---

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor – Min. Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

Apelante – Alécio Pereira dos Santos, ex-Sd Aer, condenado à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 5ª CJM, de 02/06/2010.

Advogado – Defensoria Pública da União.

---

EMENTA

APELAÇÃO DA DEFESA. CRIME DE DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO MILITAR PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE FALTA DO PRESSUPOSTO SUBJETIVO PARA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA A CAUSA E PARA O PROCESSO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA TORNAR SEM EFEITO A SENTENÇA CONDENATÓRIA. I - Desertor condenado que, após recorrer da sentença, foi licenciado do serviço ativo, suprimindo-se a condição de prosseguibilidade da ação penal militar. II – Acolhe-se a preliminar de não conhecimento do Apelo defensivo, tendo em vista a ausência superveniente do pressuposto subjetivo para admissibilidade do recurso, ensejando inclusive a perda do objeto da Apelação por ilegitimidade de parte, haja vista que o Apelante passou a ostentar o status de civil. III – Concede-se Habeas Corpus, de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, com base nos arts. 470, c/c os arts. 467, 468 e 500, inciso II, tudo do CPPM. Preliminar de não conhecimento acolhida. Decisão unânime. Concessão de Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para tornar sem efeito a condenação imposta ao desertor e determinar o arquivamento dos autos. Decisão unânime.

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Relator), de ofício, acolheu a preliminar de não conhe-

cimento do Apelo defensivo, em virtude da ausência da condição de prosseguibilidade da ação e, conseqüentemente, pela falta de legitimidade de parte, como pressuposto subjetivo de admissibilidade do recurso. Por fim, o Tribunal, por unanimidade, concedeu Habeas Corpus, de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, com base no art. 470, c/c os arts 467, 468 e 500, inciso II, tudo do CPPM. Os Ministros MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata da 92ª Sessão, 24.11.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por ALÉCIO PEREIRA DOS SANTOS, ex-Sd Aer, contra a Sentença de fls. 202/211, que o condenou à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

2. Segundo a Denúncia de fls. 02/03, o Apelante ausentou-se, sem autorização da OM em que serve, no dia 05 de outubro de 2009 e, no dia 14 do mesmo mês e ano, transcorreram os dias necessários para a configuração do crime de deserção, de acordo com o Termo de Deserção de fl. 06, resultando na exclusão do referido militar do serviço ativo e estado efetivo do CINDACTA II, por força do art. 456, § 4º, do CPPM.

3. O Apelante apresentou-se, voluntariamente, em 02 de fevereiro de 2010 (fls. 59 e 92), foi submetido à Junta de Inspeção de Saúde, considerado apto na conformidade da Ata de Inspeção de Saúde assinada por 2 (dois) médicos peritos (fls. 83, 84 e 88) e reincluído ao Serviço ativo da Aeronáutica, conforme o Boletim Interno nº 25, de 05 de fevereiro de 2010 (fl. 112/116).

4. Às fls. 65/67, o Ministério Público Militar requereu a concessão de liberdade provisória ao desertor ou a concessão de Menagem em Quartel, no que foi acolhida a primeira alternativa pela Drª TELMA

QUEIROZ, Juíza-Auditora do Juízo de origem (fls. 69/70), com a expedição de Alvará de Soltura de fl. 72.

5. A Denúncia foi recebida em 3 de março de 2010 (fl. 119) e o Apelante regularmente citado (fl. 134-verso).

6. Interrogado às fls. 135/139, o Apelante declarou, em resumo, que: a) não sabia o que era crime de deserção, pois não foi orientado sobre tal delito, mas sabia que seria preso quando se apresentasse, devido às informações de algumas pessoas de fora que já tinham desertado; b) sobre a afirmativa de que não teve nenhuma orientação sobre o crime de deserção pela OM e por qual motivo afirmou que teve essa instrução no seu Termo de Declaração de fls. 78/79, ponderou que naquela oportunidade estava apavorado; c) ao tempo em que foi cometida a deserção, estava na cidade de Barbosa Ferraz/PR, na casa de sua mãe e, durante esse tempo, não teve notícia da infração; d) a imputação que lhe é feita é verdadeira; e) estava passando por dificuldades financeiras antes de desertar, mas não conseguiu falar com o Ten SARAIVA, pois queria informá-lo de que não estava recebendo o Vale-Transporte e que, com o valor de R\$ 553,00 (quinhentos e cinquenta e três reais), pagava aluguel de R\$ 283,00 (duzentos e oitenta e três reais), dependendo o valor de R\$ 96,00 (noventa e seis reais) para comprar o referido vale; f) a sua companheira estava grávida e faltava comida em sua casa; g) o time de futebol da OM ganhou o jogo e, assim como os jogadores, a torcida ganhou 5 (cinco) dias de dispensa; h) foi passar os dias com sua companheira na casa de sua genitora, contou-lhe a dificuldade que estava enfrentando e ficou residindo por lá, trabalhando na roça, carpindo e recebendo R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) por mês; i) ligou para o S2 VALTER para avisar a OM para que fosse buscá-lo em Barbosa Ferraz ou lhe emprestasse dinheiro para voltar, mas o colega não avisou a ninguém e somente quando voltou soube do comentário dos militares do Rancho, pois havia ligado e nenhum superior tinha tomado conhecimento do caso; j) pegou o telefone do CINDACTA II pela internet e ligou para a Ten TANIA comunicando que iria se apresentar; k) não entrou em contato com a OM porque não tinha dinheiro para a passagem e também não tinha cartão para fazer ligação telefônica; e l) sua dispensa em razão do jogo de futebol não foi oficializada, foi dispensado diretamente pelo Ten Saraiva, sem ocorrer nenhum registro.

7. De acordo com a Ata de fls. 141/143, por ocasião do interrogatório do Apelante, o Conselho julgador decidiu diligenciar junto ao Comando do CINDACTA II, a fim de que, mediante comprovação de

eventuais documentos, fosse informado se, no mês de outubro de 2009, esse militar teria recebido autorização do então Chefe do Rancho, Ten SARAIVA, para dispensa de 5 (cinco) dias, como recompensa por ter integrado a torcida do time de futebol daquela Unidade, em virtude de ter vencido o campeonato interno. Todavia, de acordo com o Relatório de fl. 180, o Encarregado das diligências concluiu que o Apelante não recebeu a referida autorização.

8. Conforme a Certidão de fl. 162, verificou-se que o aludido Ten SARAIVA tratava-se do Cap QUINT SUP NILO COELHO SARAIVA, que atualmente pertence à Comissão Coordenadora do Programa Aeronave de Combate – COPAC, na Esplanada dos Ministérios. Assim, a referida diligência desencadeou somente a oitiva do 3S TCO RAFAEL ADRIANO OSELLAME. No depoimento de fls. 169/170, essa testemunha declarou que, na época dos fatos, era encarregado direto do S2 ALÉCIO e que esse Apelante não recebeu dispensa de 5 (cinco) dias pelo Chefe do Rancho no mês de outubro de 2009, por ter integrado a torcida do time de futebol daquele setor. Declarou, ainda, que não sabe informar se alguém da torcida recebeu dispensa no referido mês, pois as dispensas eram dadas pelo Chefe do Rancho, conforme merecimento e o devido preenchimento no livro de dispensa.

9. Em relação à oitiva do Cap QUINT SUP NILO COELHO SARAIVA, esse procedimento não foi realizado formalmente nos autos, mas certificado à fl. 174, em que se observa que a declaração assinada pelo Cap SARAIVA, na presença de duas testemunhas, seria formalizada por autorização do Promotor de Justiça Dr. ALEXANDRE REIS DE CARVALHO.

10. À fl. 146, a Defesa manifestou-se para informar que não tinha testemunhas a serem ouvidas.

11. Na Sessão de Julgamento de 2 de junho de 2010, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 5ª C.J.M, por unanimidade de votos, condenou o ora Apelante à pena de 6 (seis) meses de prisão, como incurso no crime capitulado no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade. Na Sentença de fls. 202/211, publicada em 08 de junho de 2010, entendeu o Conselho julgador que a ação é típica e antijurídica, ofendendo diretamente os bens jurídicos tutelados pelo legislador castrense: o serviço militar e o dever militar. Além disso, sustentou que inexistem quaisquer outros indícios que importem consideração acerca de causa de exclusão de culpabilidade nem ocorrência de estado de necessidade.

12. Do referido Decisum, a Defesa foi intimada em 14 de junho de 2010 e, em 15 do mesmo mês e ano, interpôs a presente apelação. Nas razões de fls. 217/225, a Defesa requereu a absolvição do Apelante, com fulcro no artigo 439, alínea "e", do CPPM, sustentando a tese de que o Apelante agiu de tal forma somente em estado de necessidade, ou por estar impossibilitado de agir de maneira diversa ou, ainda, pela ausência de provas quanto à sua culpabilidade, cabendo a aplicação do princípio in dubio pro reo.

13. Nas contrarrazões de fls. 228/231, o Órgão Ministerial sustentou que não se faz presente, neste caso, o estado de necessidade, uma vez que era plenamente exigível conduta diversa adotada pelo acusado, uma vez que era viável que o Apelante deixasse a sua esposa na casa dos seus pais, assim como foi feito após a consumação da deserção. Além disso, não foi anexado aos autos nenhuma prova de que sua esposa estivesse realmente grávida, o que poderia trazer o mínimo de verossimilhança ao estado de necessidade alegado, para afastar a aplicação da Súmula nº 03 do STM. Por essas razões, manifestou-se para que seja negado provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a sentença impugnada.

14. À fl. 232, o Comandante Interino do CINDACTA II Cel Av LEONIDAS DE ARAÚJO MEDeiros JÚNIOR noticiou o licenciamento do Apelante.

15. Dada vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, essa se manifestou pelo Parecer de fls. 246/248, da lavra do Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, que, embora não tenha enfrentado a questão referente ao licenciamento do Apelante, opinou para que seja negado provimento ao recurso da Defesa, por entender que não há comprovação do perigo certo e atual, pressuposto básico para o enquadramento do estado de necessidade, eis que se trata de alegação genérica de dificuldades financeiras, até porque, durante a deserção, o Apelante recebia muito menos de salário trabalhando na cidade de Barbosa Ferraz.

16. À fl. 251, exarei o Despacho de 1º/10/2010 para baixar os autos ao Juízo de origem, a fim de que fosse providenciada a juntada do documento referente ao licenciamento do Apelante.

17. A diligência foi cumprida às fls. 258/267, ficando comprovado que o Apelante foi licenciado em 7/7/2010, conforme publicação no Boletim Interno nº 139, de 22 de julho de 2010 (fl. 266).

18. Dessa documentação, foi dada nova vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, que, às fls. 274/275, manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

19. O eminente Ministro-Revisor teve vista dos autos às fls. 277-verso e 278-verso.

20. Em 8/11/2010, coloquei os autos em mesa, determinando a intimação da Defensoria Pública da União, a qual se deu por intimada em 9/11/2010, nada requerendo (fl. 281).

É o relatório.

## VOTO

Embora o Apelo preencha o pressuposto da tempestividade recursal, cabe, neste caso, a arguição, de ofício, de uma preliminar de não conhecimento do recurso, seja pelo não preenchimento de uma das condições da ação, seja pela falta de pressuposto subjetivo de admissibilidade do recurso, pela ilegitimidade da parte.

Preliminar de não conhecimento – condição de prosseguibilidade.

2. Consta dos autos que, após a Sentença condenatória, bem assim da interposição do apelo e de suas respectivas razões, o Apelante foi licenciado, conforme noticiado no Ofício nº 90/SIJ/16144, de 5 de julho de 2010, expedido pelo Cel Av LEONIDAS DE ARAÚJO MEDeiros JÚNIOR.

3. Nesse passo, tem-se entendido que, enquanto não oferecida a Denúncia, por ser a deserção crime propriamente militar, a reinclusão do desertor no Serviço Ativo de sua respectiva Força é condição de procedibilidade da ação penal militar. No caso em que a pretensão punitiva estatal já foi deflagrada com o oferecimento da Denúncia, o status de militar da ativa passa a ser condição de prosseguibilidade para que o feito prossiga até a entrega da prestação jurisdicional perante a Primeira Instância ou em fase recursal.

4. Seguindo essa linha de raciocínio, uma vez devolvida toda a matéria para apreciação desta Corte, em sede de Apelação, conclui-se que o licenciamento do militar condenado suprime, indubitavelmente, uma das condições da ação, qual seja a legitimidade do civil para a causa e para o processo, dando causa à ausência da condição de prosseguibili-

dade do recurso interposto, até porque a legitimidade da parte é pressuposto subjetivo para admissibilidade do recurso, o que deixou de ocorrer na espécie.

5. Por essas razões, de ofício, acolhe-se a preliminar de não conhecimento do presente apelo defensivo arguida pelo Relator, em virtude da ausência da condição de prosseguibilidade da ação, bem assim pela falta do pressuposto subjetivo para admissibilidade do recurso, ante a ilegitimidade da parte recorrente.

#### Concessão de Habeas Corpus de ofício

6. Todavia, cabe, in casu, a análise acerca da concessão de Habeas Corpus, de ofício, tendo em vista que o Apelante foi condenado perante a Primeira Instância desta Justiça castrense. Isso porque, embora tenha entendimento em contrário, nessas situações, por óbvio, não se pode entregar a prestação jurisdicional por Decisão monocrática para reconhecer a perda do objeto da Apelação, deixando de fazer remissão aos efeitos do decreto condenatório.

7. Ora, já se afirmou que, para o processamento do crime de deserção no âmbito da Justiça Militar da União, o status de militar da ativa é condição de prosseguibilidade do feito, inclusive na fase recursal. Vale dizer, o licenciamento do militar para colocá-lo na condição de civil esvazia a legitimidade passiva do ex-militar para a causa e para o processo, seja antes de deflagrada a ação penal, seja durante o processamento do feito. No presente caso, o Apelante passou a ostentar a condição de civil logo após a sua condenação, em 2 de junho de 2010, perante a Primeira Instância, deixando, também, de existir justa causa para prosseguimento da ação penal militar, uma vez que o Apelante foi licenciado em 7/7/2010 (fls. 266).

8. Portanto, o único provimento, nesta oportunidade, para tornar sem efeito o decreto condenatório, é a concessão da ordem de Habeas Corpus, de ofício.

9. A esse propósito, pela sistemática processual penal militar, de acordo com o art. 470 do CPPM, esta Corte pode conceder Habeas Corpus se, no curso do processo submetido à sua apreciação, verificar a existência de qualquer dos motivos previstos no seu art. 467. Esta disposição legal, por sua vez, nas suas alíneas “c” e “i”, preconiza que haverá ilegalidade quando “não houver justa causa para a coação ou constrangimento ou quando o processo estiver evidentemente nulo”. O art. 468, alínea “c”, do mesmo diploma legal, dispõe que “poderá ser concedido ha-

beas corpus, não obstante ter havido sentença condenatória, quando o processo for manifestamente nulo”. E, por fim, arremata o inciso II do art. 500 do CPPM que a nulidade do processo ocorrerá por ilegitimidade de parte.

Ante o exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA (Relator), de ofício, acolher a preliminar de não conhecimento do Apelo defensivo, em virtude da ausência da condição de prosseguibilidade da ação e, conseqüentemente, pela falta de legitimidade de parte, como pressuposto subjetivo de admissibilidade do recurso. E, por unanimidade, conceder Habeas Corpus, de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, com base no art. 470, c/c os arts. 467, 468 e 500, inciso II, tudo do CPPM.

Brasília, 24 de novembro de 2010 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – José Coelho Ferreira, Ministro-Relator – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Ministro-Revisor.

---

Relator – Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior.

Revisor – Min. Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

Apelante – ISAIAS FERREIRA DE MARINS, Sd FN, condenado à pena de 03 meses de prisão, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, inciso I, primeira parte, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª C.M., de 27/01/2010.

Advogados – Defensoria Pública da União.

---

EMENTA

APELAÇÃO. DESERÇÃO. REJEITADA A PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. Soldado Fuzileiro Naval da Marinha do Brasil ausentando-se, por mais de oito dias, sem autorização, incorre no crime de Deserção entabulado no art. 187 do CPM. Rejeitada a Preliminar de Extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva. Nega-se provimento ao apelo. Decisão Unânime.

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa, de extinção do processo sem julgamento do mérito. No mérito, o Tribunal negou provimento ao apelo, mantendo integralmente a sentença hostilizada.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Júnior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata da 92ª Sessão, 24.11.2010).

**RELATÓRIO**

O MPM, em 27 de outubro de 2009, ofereceu denúncia em desfavor de ISAIAS FERREIRA DE MARINS, SD-FN, por incorrer no ilícito penal previsto no art. 187, c/c o art. 189, I, 1ª parte, tudo do Código Penal Militar.

A exordial acusatória de fls. 02/03 foi recebida em 19 de novembro de 2009 (fl. 84).

Ao ser interrogado, o acusado ISAIAS FERREIRA DE MARINS, SD-FN, declarou (fls. 92/93):

“que a imputação é verdadeira; que assim agiu porque sua irmã estava sendo ameaçada por traficantes e também em razão de ter resolvido ir para sua casa dar apoio a sua família, (...) que sua irmã em um lugar depois de Itaipava se envolveu com uma pessoa envolvida com tráfico de drogas; que então ela, juntamente com a tal pessoa veio morar em Xerém, chegando a morar por cerca de dois meses; que o namorado dela então foi morto em Xerém, o que levou sua irmã a morar em Niterói, na casa de sua tia; que após a morte de tal pessoa, elementos desconhecidos passaram a ligar para casa da tia do réu e a ameaçar a sua irmã, Priscila; que sua irmã então ligou para sua mãe informando o fato e assim a família toda ficou preocupada; que em razão disso o acusado ficou muito nervoso, foi se isolando no quartel, ficando angustiada e assim decidiu deixar de comparecer a bordo; que não chegou a falar com ninguém no quartel sobre isso; que ficou nove dias ausente, período em que ficou com sua família e foi orientado a retornar, o que fez espontaneamente; que não chegou a ser ameaçado por ninguém; que estava incorporado há dois anos e nunca recebeu deserção, daí porque não sabia por que cometia tal delito; que não chegou a informar a ninguém o motivo de sua deserção após o regresso; que nunca foi preso e nem processado; (...)”.

Inquirida a testemunha da Defesa PRISCILA FERREIRA DE MARINS, civil, declarou (fls. 117/118):

“que o motivo de o réu ter se ausentado da unidade foi o fato de a mãe da declarante e do réu ter ficado preocupada com os telefonemas, de ameaças, que a declarante recebia, ou melhor tomava conhecimento por intermédio de sua tia, que essa

situação levou o réu a ficar deprimido, vez que a família é muito unida; que a mãe do acusado só veio a tomar conhecimento que ele havia se ausentado, algum tempo depois; que a tia da declarante transmitia os avisos de ameaça dizendo que a pessoa do sexo masculino falava que era para a declarante sumir; que não sabe sequer dizer se isso era verdade, porque a declarante nunca recebeu diretamente os telefonemas; que achava que os telefonemas estavam ligados ao fato de ter se envolvido com um rapaz, que foi seu namorado, e assassinado; que quando o conheceu, ele não tinha vida 'torta', trabalhava normal; que não sabe dizer o motivo do assassinato dele, porém pode ter sido por alguma coisa do passado dele que não faz parte da vida da declarante, e por sinal nunca se envolveu com coisas erradas; que seu irmão retornou ao quartel por conta própria; (...)"

Inquirida a testemunha da Defesa ANA CRISTINA SILVA GOMES, civil, disse (fl. 119):

"que era namorada do réu na época do ocorrido; que ele ligava com frequência e falava das ameaças que a irmã dele sofria; que ele também dizia estar preocupado com a mãe dele por causa dessas ameaças que a irmã dele sofria; que o réu não comentou com a testemunha sobre o tempo em que faltou o quartel, e sim apenas do período em que estava preso; que o réu não chegou a comentar sobre os autores das ameaças e os seus motivos; que nada conversou com a irmã e a mãe do réu. (...)"

O MPM não arrolou testemunhas.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército condenou, por 3 votos a 2, julgar procedente o pedido contido na inicial para condenar o acusado ISAIAS FERREIRA DE MARINS, nas sanções do art. 187, c/c o art.189, inciso I, 1ª parte do CPM, aplicando a pena de 6 meses, que à míngua de agravante, atenuante e causa de aumento, fica reduzida da metade, tornando-se definitiva no referido quantum, de 3 meses de detenção, convertida em prisão, a teor do art. 59, também, do CPM; não concedendo sursis, com base no art. 88, inciso II, alínea "a", da Lei Substantiva Castrense, concedeu o direito de apelar em liberdade, ex vi do art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, fixou o regime aberto, com base no art. 33, § 1º, alínea "c", do CP, na hipótese de o réu vir a cumprir a pena em estabelecimento prisional comum e, por último, determinou a detração da eventual prisão provisória, na forma do art. 67 do CPM.

Diz, em síntese, a Sentença de fls. 122/125:

“(…)

Evidenciados tais aspectos, e examinando-se a sua culpabilidade, é de ver-se que o Acusado aponta, como causa de sua conduta, a preocupação que teve com sua família, em razão das ameaças da sua irmã.

Essa alegação, por sua vez, restou ratificada pelas pessoas ouvidas nesta Ação Penal, ANA CRISTINA SILVA GOMES, fls. 119 e PRISCILA FERREIRA DE MARINS, fls. 117/8, tendo esta asseverado que o motivo da deserção do acusado foi o fato de a mãe dele ter ficado preocupada com os telefonemas de ameaças que tomava conhecimento por intermédio de sua tia, situação que o levou a ficar deprimido, vez que a família é muito unida, sendo certo que seu irmão ficou muito nervoso e angustiado na época por ver a mãe preocupada.

Em face disso, o Réu, por intermédio de sua Defesa, sustenta que não podia agir de outra forma, e que, por isso, não cabe a sua punição. Com efeito, não se pode ignorar que os fatos alegados realmente restaram comprovados, no entanto, isto não é o suficiente para afastar o caráter criminoso do seu agir, visto que não traduzem nenhuma situação idônea a ponto de impossibilitar o seu comparecimento à Unidade.

Não desconhece este julgador que fatos como este, em certas situações, produzem grande impacto emocional na pessoa que tem fortes laços de parentesco, todavia, na hipótese em comento, apesar de o Réu alegar ter ficado deprimido e outras coisas, não procurou nenhum auxílio psicológico ou psiquiátrico, e superou a dificuldade por conta própria.

Outro aspecto que lhe é desfavorável é o fato de não ter comunicado nenhum problema ao seu superior e só ter retornado à OM por insistência de sua mãe e em razão da carta que recebeu do Quartel. Salienta-se que o tempo que ficou ausente foi muito curto, o que chegou a levar o MPM a entender que não teria ainda decorrido o lapso temporal de oito dias. Todavia, isso não acontece, e apesar do pouco tempo, entende este Colegiado que o réu faltou com suas obrigações militares, as quais decorrem do dever militar, segundo o saudoso jurista SÍLVIO MARTINS TEIXEIRA.

Desponta dessa forma a sua culpabilidade. Portanto, provadas a violação ao objeto protegido pelo direito, bem como, a

autoria e a culpabilidade, e sendo o crime um fato típico, antijurídico e culpável, fica a conduta do Acusado submetida ao juízo de censura social.

Por derradeiro, registra-se, com apoio nos critérios estabelecidos no Art. 69, do CPM, para fixação da pena. Que se trata de Réu primário e de bons antecedentes, consoante suas folhas de alterações, de fls. 113/4, e o dolo foi de intensidade normal, não havendo outros aspectos a se considerar, o que justifica sua penação no mínimo legal, sem qualquer circunstância gravosa, reconhecida a casa de diminuição do Art. 189, Inciso I, 1ª parte, do CPM, devido a sua apresentação logo após o fato. (...).

Em suas razões (fls. 134/147), a Defesa requer, preliminarmente, a extinção do processo, sem julgamento do mérito e, no mérito, a reforma da sentença condenatória, determinando-se a absolvição, nos termos do art. 439, alínea “b” ou “d”, respectivamente, do CPPM. Não acolhendo os pedidos anteriores, requereu a manutenção da pena mínima e a reforma da Sentença, determinando-se a concessão do benefício do sursis.

Requer o MPM, em suas contrarrazões de apelação (fls. 149/150), que seja reformada a Sentença do juízo a quo, com a consequente absolvição do Apelante.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Júnior, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar opina pelo provimento da apelação interposta, absolvendo-se o réu pela prática do crime previsto no art. 187 do Código Penal Militar, em razão da atipicidade da conduta ou, subsidiariamente, pela existência de causa exculpante (fls. 159/162).

Relatados, decide-se.

## VOTO

Apelo tempestivo, preenchendo os requisitos legais de admissibilidade, pelo que deve ser conhecido.

Não assiste razão à Defesa quando requer, preliminarmente, em suas razões de recurso de fls. 135/147, extinção do processo sem julgamento do mérito, sob o argumento, passem, aceito pelo MPM, de que o ex-militar não cumpria serviço militar obrigatório ao tempo da deserção.

Enfatizou, com propriedade, o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares, no parecer lavrado na Correição Parcial nº 0000009-53.2002.7.01.0201, situação equivalente à dos presentes autos:

“(...)

Os argumentos empregados são, data vênia, absurdos e excluiriam de tipicidade os crimes de deserção praticados por militares engajados, reengajados e até os da carreira militar, uma vez que parte do pressuposto que a permanência do militar nas FFAA depende de sua vontade, como se esta não tivesse um prazo certo e formalidades a serem cumpridos, permitindo o rompimento unilateral do vínculo do militar com a sua Força...”.

Portanto, rejeito a preliminar arguida pela Defesa.

Apura-se, destes autos, o crime de deserção cometido pelo acusado SD-FN ISAIAS FERREIRA DE MARINS. Consta da parte de ausência (fl. 05) que o indiciado encontrava-se faltando ao Quartel, desde a revista do recolher do dia 8 de setembro de 2009, consumando a deserção em 17.9.2010, incidindo, desta forma nas penas do artigo 187 do CPM.

Para efetuar a contagem do prazo de graça, contam-se 8 dias a partir da 00:00h do dia 9 de setembro, ou seja, até o dia 16 de setembro, o militar encontrava-se em seu prazo de graça, não podendo ser consumado o crime de deserção, que somente poderia sê-lo em 17 de setembro de 2009, como o fez.

O Conselho Permanente de Justiça para a Marinha condenou o acusado à pena de três meses de prisão, como incurso no artigo 187, c/c o 189, inciso I, 1ª parte, tudo do CPM, dizendo em síntese que (fls. 122/125):

“(...) Com efeito, não se pode ignorar que os fatos alegados realmente restaram comprovados, no entanto, isto não é o suficiente para afastar o caráter criminoso do seu agir, visto que não traduzem nenhuma situação idônea a ponto de impossibilitar o seu comparecimento à Unidade.

Não desconhece este julgador que fatos como este, em certas situações, produzem grande impacto emocional na pessoa que tem fortes laços de parentesco, todavia, na hipótese em comento, apesar de o Réu alegar ter ficado deprimido e outras coisas, não procurou nenhum auxílio psicológico ou psiquiátrico, e superou a dificuldade por conta própria.

Outro aspecto que lhe é desfavorável é o fato de não ter comunicado nenhum problema ao seu superior e só ter retornado a OM por insistência de sua mãe e em razão da carta que recebeu do Quartel.

(...)"

Destarte, comprovadas autoria e culpabilidade, impõe-se a manutenção do decisum condenatório.

Ex positis, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de extinção do processo, sem julgamento do mérito arguido pela Defesa e, no mérito, negar provimento ao Recurso de Apelação, mantendo integralmente a Sentença hostilizada.

Brasília, 24 de novembro de 2010 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Relator – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Ministro-Revisor.

---





Correção Parcial



---

CORREIÇÃO PARCIAL (FE) Nº 0000004-63.2005.7.03.0203-DF – (2062-9)

---

Relator – Min. Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes.

Requerente – O MM. Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União.

Requerida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 3/11/2009, que determinou o arquivamento dos Autos da IPD nº 305/05, referente ao ex-Sd Ex Gilberto dos Santos.

---

EMENTA

Correção Parcial. Arquivamento de IPD sem a observância dos pressupostos estabelecidos no CPPM. 1) Preliminar suscitada por Ministro do STM de não conhecimento da Correção Parcial, por falta de preenchimento dos requisitos previstos no art. 498, “b”, do CPPM. Rejeição. A competência do Juiz-Auditor Corregedor para opor Correção Parcial encontra respaldo na Lei nº 8.457/92 (LOJM), em seu art. 14, I, “c”. 2) Preliminar de prejudicialidade do mérito, arguida pela PGJM, para aplicação analógica do CPC, visando à citação do Indiciado. Rejeição. Tratando ainda de instrução provisória, não tendo sido instaurada a relação processual, inexistente parte para exercer a ampla defesa. 3) Mérito: Decisão de Juiz singular que arquivou IPD, considerando que o desertor não possuía capacidade moral e psicológica para ser reintegrado ao Exército Brasileiro, com base na Lei do Serviço Militar. A Decisão de arquivamento dos autos de IPD há que estar amparada na regra do art. 457, § 1º, do CPPM. Eventual comportamento desonroso do indi-

ciado não justifica o deferimento do arquivamento, por se tratar de apreciação de caráter administrativa afeta à autoridade militar. Por maioria, rejeitada a preliminar de não conhecimento da Correição Parcial suscitada por Ministro do STM; por unanimidade, rejeitada, por falta de amparo legal, a preliminar de prejudicialidade do mérito, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar; no mérito, por maioria, deferida parcialmente a Correição, para desconstituir a Decisão a quo, que arquivou a IPD nº 305/05, determinando-se que os autos retornem à Auditoria de origem, para os fins do disposto no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM e para que seja esclarecida a real situação de indiciado, junto à Justiça comum.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de não conhecimento da Correição Parcial suscitada pelo Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA, acompanhado dos Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, que a acolhiam por considerarem ausentes os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 498, alínea “b”, do CPPM. Por unanimidade, rejeitou, por falta de amparo legal, a preliminar de prejudicialidade do mérito, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar. No mérito, por maioria, deferiu parcialmente a presente Correição, para desconstituir a Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 03/09/2009, que arquivou a IPD nº 305/05, determinando que os autos retornem à Auditoria de origem, para os fins do disposto no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM, e para que seja esclarecida a real situação do ex-Sd Ex GILBERTO DOS SANTOS junto à Justiça comum. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, JOSÉ COELHO FERREIRA e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA votavam no sentido de determinar a baixa dos autos à Auditoria de origem para a realização de diligências junto à Justiça Estadual do Rio Grande do Sul para que fosse informado quanto à existência de processos e de condenações referentes ao requerido. O Ministro ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES não participou do julgamento. Presidência do Ministro MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Cláudia Márcia Rama-

Iho Moreira Luz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. (Extrato da Ata da 1ª Sessão, 1º.2.2010).

## RELATÓRIO

Em 24 de novembro de 2009, o Exmº Sr. Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar, com fundamento no art. 498, alínea “b”, do CPPM, e no art. 14, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 8.457/92, mediante tempestiva Representação, arguiu a presente Correição Parcial, objetivando o desarquivamento dos Autos da IPD nº 305/05, oriundos da 2ª Auditoria da 3ª C.M, em que figura como indiciado o ex-Sd Ex GILBERTO DOS SANTOS, do 10º Batalhão Logístico, sediado em Alegrete-RS.

Segundo os autos, em decorrência de diligências procedidas para a captura desse desertor, ao longo de cerca de quatro anos, conforme se vê às fls. 025/139, constatou-se que o mesmo estaria recolhido ao Presídido Estadual de Iraí/RS, cumprindo pena(s) por crime(s) de competência da Justiça Comum.

Pelo Despacho datado de 28/9/2009 (fls. 146), a Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 3ª C.M deu vista ao Representante do Ministério Público Militar junto àquela Auditoria, para que se pronunciasse quanto ao arquivamento, “tendo em vista que o mesmo [o desertor] perdeu as condições de retornar a ser militar pelo critério moral/psicológico” [sic].

Em 23 de outubro de 2009, o dominus litis requereu o arquivamento da IPD em tela, aduzindo que o ex-Sd Ex GILBERTO DOS SANTOS não possuía capacidade moral e psicológica para ser reintegrado ao Exército Brasileiro (fls. 161/164).

Pela decisão datada de 3/11/2009 (fls. 166/168), o Juiz-Auditor Substituto, acolhendo o pedido do Órgão Ministerial, determinou o arquivamento da referida IPD, com fulcro no art. 397, caput, do CPPM, c/c o art. 28, alínea “b”, da Lei nº 4.375/1964 (Lei do Serviço Militar), à seguinte fundamentação:

“(…) Não obstante, os militares que cumpriam Serviço Militar obrigatório, quando da deserção, conforme é o caso de

GILBERTO DOS SANTOS, devem retornar à Força Terrestre na mesma condição anterior. Em decorrência, devem observar outros requisitos, além daqueles estabelecidos no Diploma Adjetivo Castrense. Para tal, deve ser avaliado, também, se o desertor possui idoneidade moral, consoante o disposto no Art. 28, alínea 'b', da Lei nº 4.375/1964.

Ora, razão assiste ao sempre diligente Procurador da Justiça Militar em Bagé/RS. Atenta frontalmente contra o Princípio da Razoabilidade a reintegração de um desertor, com quase 43 anos de idade, cumprindo pena em estabelecimento Penal Civil e já com outro Mandado de Prisão expedido, com o intuito de submetê-lo a um processo de deserção. Isto importaria a necessária transferência do desertor, do Estabelecimento Penal Civil para a Organização Militar, impondo a convivência do mesmo com dezenas de jovens que ali se encontram prestando o serviço militar. Tal fato representaria a geração de um risco desnecessário, vilipendiando o Princípio da Razoabilidade. Ademais, conforme já exposto, o desertor não preenche o requisito básico para ser reinserido ao cotidiano castrense, devendo ser isento do serviço militar, a teor do art. 28, alínea 'b', da Lei nº 4.375/1964.

Portanto, entendemos que o requisito de procedibilidade extraído do art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM, não se encontra em posição solitária, considerando as peculiaridades que regem o processo de Deserção. (166/168). (...)"

De outro lado, em sua Representação, o Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União argumentou:

"(...) 2. Ocorre que, estando o desertor recolhido ao Presídio Estadual de Iraí/RS, desde janeiro de 2008, cumpria ao Juízo de origem comunicar o fato ao Comandante da respectiva Organização Militar, a qual compete decidir sobre a reinclusão ou não de GILBERTO DOS SANTOS, à luz da legislação em vigor;

3. Com efeito, nos precisos termos do art. 457, §1º, do CPPM, o desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando considerado apto, reincluído, o que ainda não foi feito no caso vertente;

4. Em tais condições, na ausência de qualquer recurso, impõe-se a presente CORREIÇÃO PARCIAL para evitar o irregular e prematuro arquivamento da IPD nº 305/05, determinado sem amparo legal e de modo tumultuário vez que o despacho ora hostilizado desconheceu o fato de que o desertor responde, também por deserção, à APELAÇÃO nº 2005.01.050013-0, antecipando-se ao Ministro Relator, eis que o status do acusado tem reflexo em todos os feitos em andamento. (...)" (fls. 176/177).

Concluiu o Requerente, pleiteando a desconstituição da Decisão do Juízo a quo, ora atacada, "para que, ouvida a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, retornem os Autos à origem para que, cumpridas as formalidades legais, tenha a Instrução Provisória o devido prosseguimento." (fl. 177).

Nesta Instância Superior, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 185/188, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, suscitou preliminar de aplicação analógica do CPC para fins de citação do Indiciado e, no mérito, manifestou-se pelo deferimento da Correição Parcial, para o fim de cassar a Decisão de arquivamento, remetendo-se os Autos à Câmara de Coordenação e Revisão do MPM.

Relatados, decide-se.

#### VOTO

Trata-se de Correição Parcial arguida pelo MM. Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União, com fulcro no Art 498, "b", do CPPM, contra a decisão do Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar que arquivou a IPD nº 305/05, na qual consta como indiciado o ex-Sd Ex GILBERTO DOS SANTOS.

(Preliminar de não conhecimento)

Os pressupostos de admissibilidade da presente Correição Parcial encontram-se presentes. Ela é tempestiva e, além disso, tem respaldo na Lei nº 8.457/92 (Lei de Organização Judiciária Militar - LOJM), em seu art. 14, inciso I, alínea "c", que confere legitimidade ao Juiz-Auditor Corregedor para corrigir arquivamento irregular, tendo sido este um dos fundamentos da presente Correição Parcial.

É de se observar que a LOJM, posterior ao CPPM, é mais consentânea às atribuições do Corregedor, podendo-se afirmar, inclusive, ser mais avançada do que a legislação processual comum, que não contempla a hipótese de desarquivamento ante a existência de indícios de crime e de autoria.

Em relação ao tema já se pronunciou a Suprema Corte, reconhecendo a legalidade do pedido do Corregedor de desarquivamento de IPM. É o que se extrai do seguinte fragmento do Acórdão do Habeas Corpus nº 78.309-0/MG, em que se acolhe Parecer da Procuradoria-Geral da República:

“(…) a cassação do arquivamento pelo provimento da correção parcial do corregedor é compatível com a legitimação exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública, inexistindo ofensa ao princípio da independência do Juiz por subordinar o órgão julgador de primeira instância do controle administrativo, até porque a decisão judicial que defender o arquivamento de inquérito policial não tem caráter jurisdicional (...)”.

Pelos argumentos expendidos, rejeita-se a preliminar de não conhecimento suscitada pelo eminente Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar também arguiu preliminar, esta de prejudicialidade do mérito, no sentido da necessidade de o Indiciado ser citado para a presente Ação, a fim de apresentar Defesa ou, pelo menos, que fosse ouvida a Defensoria Pública da União, caso a mesma já esteja atuando no feito. Argumentou o custos legis que deve ser aplicado, por analogia, o Código de Processo Civil, no procedimento ordinário, no que tange às condições da ação, os pressupostos processuais e o princípio do devido processo legal.

Nada obstante, tal preliminar não merece prosperar, uma vez que não se trata, ainda, de Ação Penal, pois não foi instaurada a relação processual, inexistindo, por conseguinte, Parte para exercer o contraditório e a ampla Defesa.

Pelos argumentos expendidos, também rejeita-se esta preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por falta de amparo legal.

Superada também essa preliminar do custos legis, passa-se ao exame do mérito.

De acordo com os Autos e informações do SAM, o ex-Sd Ex GILBERTO DOS SANTOS, logo após a Incorporação, consumou uma 1ª deserção em 9/5/1986 (Proc. 516/86-8), pelo que foi condenado a 6 meses de prisão, ainda ao tempo do funcionamento do Conselho na própria OM, depreendendo-se, pela ausência de qualquer informação em contrário, que tal pena foi integralmente cumprida. Em 28/1/1987, consumou a 2ª deserção (IPD 279/01), tendo sido condenado (Proc. 511/05-0), em 15/6/2005, à pena de 6 meses de prisão, cuja Apelação nº 2005.01.050013-0, da relatoria do Min. WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, encontra-se sobrestada, no aguardo da definição da situação militar do Acusado. Em 29/9/2005, consumou a 3ª deserção (IPD nº 305/05), que deu origem à presente Correição Parcial. Atualmente, acha-se recolhido ao Presídio Estadual de Iraí-RS, por suposto(s) crime(s) da competência da Justiça Comum.

Colenda Corte, como adiante se vê, com a devida vênia do ilustre magistrado a quo, é inteiramente procedente a presente Correição, uma vez que o arquivamento da IPD foi realizado sem o mínimo de respaldo legal. Senão vejamos.

Inicialmente, a simples leitura do dispositivo da Lei do Serviço Militar que embasou a decisão hostilizada já revela um equívoco, uma vez que ali se disciplina o processo de convocação, seleção, e incorporação para o Serviço Militar Inicial, e não a reinclusão de um desertor como é o caso vertente, conforme se vê na transcrição que se segue:

“(...) Art 28. São isentos do Serviço Militar:

a) por incapacidade física ou mental definitiva, em qualquer tempo, os que forem julgados inaptos em seleção ou inspeção e considerados irrecuperáveis para o Serviço Militar nas Forças Armadas;

b) em tempo de paz, por incapacidade moral, os convocados que estiverem cumprindo sentença por crime doloso, os que depois de incorporados forem expulsos das fileiras e os que, quando da relação, apresentarem indícios de incompatibilidade que, comprovados em exame ou sindicância, revelem incapacidade moral para integrarem as Forças Armadas.

Parágrafo único. A reabilitação dos incapazes poderá ser feita ex officio ou a requerimento do interessado, segundo normas fixadas na regulamentação desta Lei. (...)”.

De outro lado, assim reza o art. 457 do Código de Processo Penal Militar:

“(…) § 1º O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído.

§ 2º A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.

§ 3º Reincluída que seja a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. (...)”.

Conclui-se assim, sem qualquer margem de dúvida, que o desertor, ao se apresentar ou ser capturado, antes de qualquer outra medida, deve ser ele submetido à inspeção de saúde, para, dependendo das suas condições de higiene, ser reincluído ou não, para, só então, ser oferecida ou não a denúncia.

A decisão do Juiz-Auditor Substituto que arquivou a IPD, ignorando ambos os mandamentos legais supratranscritos, fundamentou-se, volto a citar resumidamente, na assertiva de que

“(…) Atenta frontalmente contra o Princípio da Razoabilidade a reintegração de um desertor, com quase 43 anos de idade, cumprindo pena em Estabelecimento Penal Civil (...) com o intuito de submetê-lo a um processo de deserção. Isto importaria a necessária transferência do desertor, do Estabelecimento Penal Civil para a Organização Militar, impondo a convivência do mesmo com dezenas de jovens que ali se encontram prestando o serviço militar. Tal fato representaria a geração de um risco desnecessário, (...) conforme já exposto, o desertor não preenche o requisito básico para ser inserido ao cotidiano castrense, devendo ser isento do serviço militar, a teor do art. 28, alínea ‘b’, da Lei nº 4.375/1964. (...)” (fl. 167).

À toda evidência, o ilustre Magistrado extrapolou os limites jurisdicionais do Juízo em que oficia, uma vez que não lhe cabia fazer juízo de valor acerca da conveniência ou não de um Ato Administrativo de competência da Administração Militar. Assim sendo, ao fundamentar sua Decisão de Arquivamento da peça instrutória na falta de idoneidade moral do desertor para sua reinclusão, deixou a Decisão atacada carente de fundamentação legal, impondo-se a sua desconstituição. Revela-se, portanto, bastante compreensível o inconformismo do ilustre Juiz-Auditor Corregedor, razão lhe assistindo.

Contudo, dadas as peculiaridades do caso, julgamos que de nada adiantará remeter os Autos à PGJM, posto que a análise do custos legis restringir-se-ia à verificação da existência ou não de indícios de crime militar para a propositura ou não da ação penal, caso estivessem satisfeitas as condições de procedibilidade, o que ainda não está configurado, pelo que se torna mais conveniente que os Autos da IPD retornem à Auditoria de origem, para os fins do disposto no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM.

Cabe observar, também, que os Autos ainda carecem de informações seguras sobre a real situação do desertor, no tocante ao(s) crime(s) que teria cometido, assim como à(s) pena(s) a que teria sido condenado pela Justiça Comum.

Por todo o exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em rejeitar a preliminar de não conhecimento da Correição Parcial suscitada por Ministro do STM; por unanimidade, em rejeitar, por falta de amparo legal, a preliminar de prejudicialidade do mérito, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, e no mérito, por maioria, deferir parcialmente presente Correição, para desconstituir a decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 3/9/2009, que arquivou a IPD nº 305/05, determinando que os Autos retornem à Auditoria de origem, para os fins do disposto no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM e para que seja esclarecida a real situação do ex-Sd Ex GILBERTO DOS SANTOS, junto à Justiça comum.

Brasília, 1º de fevereiro de 2010 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente – Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes, Ministro-Relator – Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz, Procuradora-Geral da Justiça Militar.

---

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Relator para o Acórdão – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Requerente – O MM. Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União.

Requerida – A Decisão da MMª Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 12/8/2010, que determinou o arquivamento dos autos do IPM nº 0000061-77.2010.7.01.0101, no qual figurou como indiciado o CIVIL ANTÔNIO DE PÁDUA SILVA ANDRADE

---

EMENTA

CORREIÇÃO PARCIAL AJUZADA PELO JUIZ-AUDITOR CORREGEDOR DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ACOLHIDA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS OBRIGATORIOS. Arquivamento regular determinado pela Juíza-Auditora Substituta após requerimento do Ministério Público. Inexistência de erro in procedendo. Correição não conhecida. Decisão majoritária.

---

DECISÃO

O Tribunal, por maioria, acolheu a preliminar de não conhecimento da Correição Parcial, suscitada pelo Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, por falta de preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 498, alínea “b”, do CPPM. Os Ministros FERNANDO SÉRGIO GALVÃO (Relator), FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES e MARCOS MARTINS TORRES rejeitavam a preliminar e prosseguiam no exame do mérito. Relator para o Acórdão Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. O Ministro FERNANDO SÉRGIO GALVÃO (Relator) fará voto vencido. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS e JOSÉ AMÉRICO DOSSANTOS não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Rita de Cássia Laport. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernan-

des, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 74ª Sessão, 6.10.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União, visando desconstituir a decisão proferida pela Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 12 de agosto de 2010, que, acolhendo a manifestação do Ministério Público Militar, determinou, com fundamento no art. 397 do CPPM, o arquivamento do IPM nº 0000061-77.2010.7.01.0101, no qual figura como indiciado o Civil ANTÔNIO DE PÁDUA SILVA ANDRADE.

Em 9 de novembro de 2009, foi instaurado o supracitado procedimento investigatório por determinação do Chefe da 2ª Circunscrição de Serviço Militar de Niterói – RJ, em razão do saque indevido na conta-corrente da ex-pensionista do Ministério da Defesa – Comando do Exército, GYLCA SILVA ANDRADE, após seu falecimento ocorrido em 20 de dezembro de 2007.

O óbito foi informado à Administração Militar somente em 20 de maio de 2008, por meio do Ofício Nº 274-S/3 AjC.3, do Ordenador de Despesa do Centro de Pagamento do Exército (fls. 28), e, a partir dessa data, o pagamento à ex-pensionista foi bloqueado.

Conforme consta do Relatório do IPM (fls. 48/51), em 16 de março de 2009, o Civil ANTÔNIO DE PÁDUA SILVA ANDRADE, único filho e herdeiro da ex-pensionista, realizou uma Transferência Eletrônica Disponível (TED) da conta-corrente da falecida para a sua conta, no valor de R\$ 9.999,99 (nove mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos), fls. 127.

O Relatório do IPM concluiu, em 8 de janeiro de 2010, pela existência do saque indevido, prejuízo ao erário e indícios de crime militar.

Em 28 de maio de 2010, o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM deferiu o pedido de quebra de sigilo bancário da conta-corrente da ex-pensionista apresentado pelo MPM (fls. 77, 79 e 80).

Nos termos do Laudo Pericial de fls. 90/93, a referida pensão foi paga indevidamente no período de 20 de dezembro de 2007 a 31 de março de 2008, totalizando R\$ 11.776,30 (onze mil, setecentos e setenta e seis reais e trinta centavos). Esse valor, acrescido de atualização monetária, calculada até 20 de maio de 2010, somou R\$ 16.696,40 (dezesseis mil, seiscentos e noventa e seis reais e quarenta centavos).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Militar opinou pelo arquivamento do IPM ante a ausência do dolo do agente (fls. 131/133). Concluiu o representante do MPM ser justificável a conduta do Civil ANTÔNIO DE PÁDUA SILVA ANDRADE ao efetuar um único saque na conta-corrente da ex-pensionista, mais de um ano após o óbito de sua mãe, por entender que o dinheiro, uma vez não revertido ao erário, lhe pertencia.

A Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, em decisão proferida em 12 de agosto de 2010, acolheu totalmente as razões apresentadas pelo MPM e determinou, “por falta de justa causa para a propositura da ação penal”, o arquivamento do IPM, na forma do art. 397 do CPPM (fls. 134/135). Acrescentou a Magistrada que, por força da Portaria 1.013/2003 do MPS, a União abdica de ajuizar ação de execução para cobrar dívida até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); e que o art. 1º da Medida Provisória nº 449/2008 estabelece que “são consideradas dívidas de pequeno valor os débitos vencidos até 31 de dezembro de 2005, cujo valor consolidado, por contribuinte, não ultrapasse R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Conforme certidão de fls. 136, houve transcurso do prazo para manifestação quanto ao teor da referida decisão sem que o Ministério Público tenha apresentado recurso.

O Juiz-Auditor Corregedor Dr. ALCEU ALVES DOS SANTOS, amparado nos termos do art. 498, alínea “b”, do CPPM, e no art. 14, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 8.457/92, requereu a presente Correição Parcial, argumentando ser improcedente o arquivamento do procedimento investigatório, mediante os seguintes argumentos:

1. a Medida Provisória nº 449/2008, citada pela Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM como fundamento de sua decisão, foi convertida na Lei nº 11.941/2009 e, em seu art. 14, dispõe:

“ficam remetidos os débitos com a Fazenda Nacional, inclusive aqueles com exigibilidade suspensa que, em 31 de dezembro de 2007, estejam vencidos há 5 (cinco) anos ou mais e cujo valor total consolidado, nessa mesma data, seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”;

2. a citada Lei, a qual alterou a legislação tributária federal, no que diz respeito ao parcelamento de débitos tributários, não se aplica ao caso ora analisado, e que o art. 5º da Portaria MPS nº 1.013/2003, igualmente referida pela Magistrada, ressalta que o disposto no art. 4º da Portaria MPAS nº 4.943/99 não se aplica aos créditos originários de crime, os quais serão ajuizados independentemente de seu valor;

3. havendo prova de fato que, em tese, configure estelionato, e confessada a autoria, cumpria à Magistrada remeter os autos à PGJM e não à Auditoria de Correição, o que resultou em error in procedendo; e

4. considerar insignificante um prejuízo de R\$ 10.000,00 importa afirmar que “as Forças Armadas podem ser roubadas, furtadas e vítimas de estelionato”.

Encaminhados os autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, a Subprocuradora-Geral Dr<sup>a</sup> RITA DE CÁSSIA LAPORT manifestou-se pelo deferimento da Correição Parcial requerida pelo Juiz-Auditor Corregedor (fls. 153/156).

Assim relatados, passou o Tribunal a decidir.

## VOTO

A preliminar de não conhecimento do presente feito foi suscitada de ofício pelas razões a seguir expostas.

A presente Correição Parcial tem por fundamento o previsto no art. 498, alínea “b”, do CPPM, in verbis:

“Art. 498. O Superior Tribunal Militar poderá proceder à Correição Parcial:

(...)

b) mediante representação do auditor-corregedor, para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo”.

Fundamenta-se, também, no art. 14, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 8.457/92, que preceitua:

“Art. 14. Compete ao Juiz-Auditor Corregedor:

I – Proceder às Correições:

(...)

c) aos autos de inquérito mandados arquivar pelo Juiz-Auditor, representando, ao Tribunal, mediante despacho fundamentado, desde que existentes indícios de crime e de autoria”.

A alínea “b” do art. 498 do CPPM teve sua redação alterada pela Lei 7.040/82, a qual, por sua vez, teve sua execução suspensa por força da Resolução nº 27/96 do Senado Federal. Aplica-se, então, a redação

antiga, que permite ao Juiz-Auditor Corregedor representar para corrigir arquivamento irregular.

Quanto ao aparente conflito das supramencionadas normas, já se pronunciou esta Corte na Correição Parcial (FO) Nº 2006.01.001923-8/DF, de relatoria do Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, verbis:

“Confrontam-se duas disposições legais, sendo a segunda delas mais contemporânea, de forma a exigir do intérprete o exame de eventual antinomia entre ambas, bem como a conformidade com a Constituição Federal.

Aparentemente, a lei posterior ampliou a legitimidade do Juiz Corregedor para insurgir-se contra o arquivamento do inquérito policial militar na hipótese de existência de indícios de crime e autoria, já que a lei anterior limitava o recurso à hipótese única de arquivamento irregular.

Nessa ótica, não há qualquer antinomia entre a lei nova e a anterior, permitindo a conclusão de que ambas coexistam em harmonia, já que não conflitam”.

No caso em tela, o arquivamento foi regular, uma vez que foi realizado por juiz competente, após o exame do requerimento elaborado pelo Ministério Público Militar, atendendo, dessa forma, ao previsto no art. 397 do CPPM, o que afasta, assim, a possibilidade da propositura da Correição Parcial com fundamento no error in procedendo.

Alega o Juiz-Auditor Corregedor que a Juíza-Auditora Substituta deveria ter encaminhado os autos à PGJM e não à Auditoria de Correição. No entanto, procedeu corretamente a Magistrada, pois, com base no art. 397, in fine, do CPPM, o encaminhamento à Procuradoria somente se dá quando o Juiz do feito discorda do requerimento do Ministério Público.

Esse pedido correicional sustenta-se em equívoco quanto ao tipo de vício ao qual uma decisão pode apresentar, error in procedendo, que enseja a anulação da sentença, ou error in judicando, que requer a reforma.

Verifica-se que o vício do error in judicando, ou de juízo, é de natureza substancial, refere-se ao conteúdo do ato, caracterizado pela aplicação equivocada do direito sobre os fatos apresentados, podendo, também, ocorrer quando se interpreta erroneamente a norma abstrata e aplica-se ao caso concreto.

Já o vício do error in procedendo, ou de atividade, apresenta natureza formal, relaciona-se aos pressupostos processuais, às condições da ação ou qualquer outro elemento que venha macular a prestação da tutela jurisdicional. Caracteriza-se, também, pela não observação ou até mesmo desobediência das normas que regulam a forma ou a modalidade que deve transcorrer o processo.

Delimitada a diferença entre os vícios, observa-se que o Juiz-Auditor Corregedor, ao analisar entre outros itens a prescrição da pretensão punitiva, tratou-a como error in procedendo, quando, de fato, trata-se de error in judicando.

Assim, ainda que, em tese, discorde da fundamentação da Juíza-Auditora Substituta, não há que se falar em error in procedendo, mas sim em error in judicando, haja vista referir-se ao conteúdo do ato, caracterizado pela aplicação equivocada do direito sobre os fatos apresentados.

Com efeito, não cabe Correição Parcial contra error in judicando, ainda mais em se tratando de sentença terminativa de mérito, em que é numerus clausus a previsão legal para recurso e legitimidade das partes, disciplinada pelos artigos 510 e 511 do CPPM e Capítulo V do RISTM.

Enseja salientar que os casos para proceder à Correição Parcial também são numerus clausus, sendo vedada a utilização da Correição quando há previsão legal de recurso, conforme estabelecem os artigos 498 do CPPM e 152 do RISTM.

É importante ressaltar, ainda, que, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o Ministério Público é quem detém, privativamente, a responsabilidade da ação penal pública.

Não se pode admitir a substituição das partes pela Corregedoria de Auditoria, em particular, no error in judicando.

Conforme ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

“De todo o exposto, conclui-se que, em matéria penal, cabe ao Ministério Público dizer definitivamente acerca do não ajuizamento da ação penal, isto é, em relação ao arquivamento de inquéritos policiais ou de peças de informação.

Até mesmo perante a Suprema Corte, uma vez requerido o arquivamento, a conclusão é a mesma: o Supremo Tribunal Federal estará compelido a determinar a providência assim encaminhada” (Pet 2509 AgR/MG e Pet 2820 Agr/RN, Relator Ministro Celso de Mello, 18/2/2004). Curso de Processo Penal, 4ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005, p. 37.

Não pode o Juiz-Auditor Corregedor invocar a Correição Parcial, adentrando no mérito do arquivamento do IPM, uma vez que cabe exclusivamente ao Ministério Público oferecer denúncia ou solicitar a reabertura da investigação diante de fatos novos.

Nesse sentido é a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”.

Não se pode, dessa forma, afastar a legalidade da decisão de arquivamento do IPM, por não se reconhecer nela erro procedimental, omissão, abuso ou ato tumultuário, requisitos estes para o conhecimento da Correição.

Conclui-se, pois, que:

- I) o arquivamento do IPM ante o reconhecimento da ausência de dolo do agente é matéria de mérito;
- II) a referida decisão é uma sentença terminativa de direito; e
- III) não há previsão legal para se proceder à Correição Parcial de error in iudicando.

Diante do exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em acolher a preliminar de não conhecimento da Correição Parcial suscitada pelo Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA, por falta de preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 498, alínea “b”, do CPPM.

Brasília, 6 de outubro de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator para o Acórdão.

#### DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO  
CORREIÇÃO PARCIAL Nº 0000061-77.2010.7.01.0101-DF

Votei vencido, discordando da douta maioria de meus nobres Pares, pelas razões a seguir expendidas.

Correição Parcial requerida pelo Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar, objetivando desconstituir a decisão de arquivamento proferida no IPM 0000061-77.2010.7.01.0101, oriundo da 1ª Auditoria da 1ª CJM em que figura como indiciado o civil ANTÔNIO DE PÁDUA SILVA ANDRADE.

A S<sup>ra</sup> Gylca Silva Andrade, pensionista do Ministério da Defesa – Comando do Exército, faleceu em 20.12.2007 (fl. 26) cuja participação só foi feita à Administração Militar em 20.05.2008, quando o pagamento da sua pensão foi bloqueado.

Antonio de Pádua Silva Andrade, filho da ex-pensionista, realizou, em 16.03.2009, uma Transferência Eletrônica Disponível (TED) (fl.127) no valor de R\$ 9.999,99 (nove mil, novecentos e nove reais e noventa e nove centavos) da conta da pensionista falecida (fls. 48 e 49).

O Chefe da 2<sup>a</sup> Circunscrição do Serviço Militar, Niterói – RJ Órgão onde a pensionista falecida estava vinculada, determinou a instauração de um IPM para apurar o saque indevido da conta-corrente da ex-pensionista (fl. 05), cuja solução foi o indiciamento do civil Antonio de Pádua Silva Andrade (fl. 53).

Em juízo, o MPM pediu a quebra do sigilo bancário da conta-corrente da Caixa Econômica Federal pertencente a ex-pensionista (fl.77). Em 28.05.2010, o Juiz-Auditor da 1<sup>a</sup> Auditoria da 1<sup>a</sup> CJM decretou a quebra do sigilo bancário na forma solicitada pelo Parquet Castrense (fls. 79 e 80).

Em 20.06.2010, o Chefe da 2<sup>a</sup> CJM remeteu ao Juízo o Laudo Pericial Contábil referente ao IPM em que figurou como indiciado Antonio de Pádua Silva Andrade (fl. 85).

O MPM, em manifestação de 27.07.2010, requereu o arquivamento dos autos nos termos do art. 397, do CPM, alegando que:

- o Sr. Antonio de Pádua Silva Andrade confirmou que efetuara um único saque na conta-corrente da falecida, após seu óbito, no valor de R\$ 9.999,99 (Nove mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos), propondo-se a ressarcir a importância e que assevera ter feito o saque entendendo que o dinheiro seria seu porque estava passando por dificuldades financeiras;

- é, perfeitamente, justificável que o agente entendesse que a importância lhe pertencesse, por ser filho único e pelo lapso temporal entre o óbito da ex-pensionista e o saque;

- a Administração Militar poderá cobrar, civilmente, a quantia indevidamente depositada; e

- a conduta do agente não chegou a atingir a sara penal, ante a ausência de dolo de ser cometido o delito contra a Administração Militar (fls. 131 a 133).

A Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, em 12.08.2010, acolhendo, totalmente, as razões de fato e de direito expendidas pelo MPM, que fez integrar sua decisão, determinou o arquivamento do IPM, na forma do art. 397, do CPPM, acrescentando que:

- se extrai dos autos falta de justa causa para a propositura da ação penal, e

- os valores, depositados na conta-corrente da ex-pensionista, após seu falecimento, somam R\$ 9.999,99 e lembrou que a Portaria 1013/2003 do INSS abdica de ajuizar ação de execução para cobrar dívida até R\$ 5.000,00. E, ainda mais, a Medida Provisória nº 449 de 12.12.2008, em seu art. 1º, estabelece que: "São consideradas dívidas de pequeno valor as débitos vencidos até 31 de dezembro de 2005, cujo valor consolidado, por contribuinte, não ultrapasse R\$ 10.000,00 (dez mil reais)." (fls. 134 e 135).

O Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar, em 03.09.2010, requereu Correição Parcial da decisão da Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, para evitar arquivamento irregular do Procedimento Investigatório (IPM) nº 0000061-77.2010.7.01.0101 (fls. 141 a 145).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em 17.09.2010, pelo Parecer de lavra da Drª Rita de Cássia Laport, Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, opinou pelo deferimento da Correição Parcial para, desconstituir a Decisão de arquivamento, por carecer de amparo legal e encaminhar-se os autos à Chefia do Parquet para os fins do art. 397, in fine, do CPPM (fls. 153 a 156).

É o relatório.

#### Voto

Cuidam estes autos de Correição Parcial requerida pelo Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar com fundamento no art. 498, b), do CPPM e no art. 14, I, c), da Lei nº 8.457/92, cuja constitucionalidade e pertinência já foram reconhecidas pelo STF mais precisamente no HC 44878-RJ, que está assim ementado:

"Quando não constituírem sentenças definitivas de absolvição ou condenação, as decisões de primeira instância podem ser apreciadas pela Auditoria de Correição."

E prossegue o Juiz-Auditor Corregedor argumentando que:

- apesar de demonstrada a autoria pela confissão e a materialidade pelo Laudo Pericial do delito em tese, de estelionato, o MPM de primeira instância requereu o arquivamento do IPM, alegando que só houve um saque na conta-corrente da pensionista após seu óbito e que o indiciado entendia ter direito ao dinheiro, embora o gerente da agência bancária tivesse alertado-lhe que não poderia efetuar saque sem liminar judicial;

- a Juíza-Auditora Substituta acolheu as razões ministeriais, determinou o arquivamento dos autos, citando legislação do INSS e a Medida Provisória 449, de 12.12.2008, aduzindo o Juiz-Auditor Corregedor que essa Medida Provisória foi convertida na Lei nº 11.741, de 27.05.2009, que, apenas, alterou a legislação tributária federal relativa ao parcelamento de débitos tributários;

- a quantia de R\$ 10.000,00 não é um prejuízo insignificante para as Forças Armadas; e

- houve error in procedendo por parte da Magistrada uma vez que havendo prova do fato, que em tese, configura o delito de estelionato, previsto no art. 251, do CPM e confessado, cumpria à magistrada, salvo melhor entendimento, remeter os autos à PGJM, em face da obrigatoriedade da ação penal de acordo com o art. 30, a) e b), do CPPM e não remetê-los à Auditoria de Correição; e que

- o deferimento desta Correição Parcial não implica em antecipação do mérito pelo STM.

Concluiu o Juiz-Auditor Corregedor pugnando que seja reconhecida e deferida a Correição Parcial para que, ouvida a PGJM, retornem os autos à Auditoria de origem, a fim de que possa ser intentada a ação penal (fls. 141 a 145).

Razão assiste a S. Ex<sup>a</sup>, o Sr. Juiz-Auditor Corregedor.

Verificando-se os autos, concluiu-se que existem indícios de autoria que apontam o indiciado como autor do saque por transferência eletrônica no valor de R\$ 9.999,99 (nove mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos) da conta-corrente da pensionista falecida para sua conta do Banco do Brasil.

Reforçam este entendimento a confissão do indiciado, o Laudo Pericial e o testemunho do gerente da agência bancária sacada, que alertou o indiciado no referente à impossibilidade de realizar o saque sem ordem judicial.

Pelo exposto, vê-se que estão presentes, no caso vertente, os pressupostos do art. 30, a) e b) do CPPM, que impõem a deflagração da ação penal em consonância com o princípio da obrigatoriedade.

A jurisprudência desta Corte de Justiça Militar é torrencial no sentido de que saques efetuados em conta-corrente de pensionista, após seu falecimento, configuram o delito de estelionato, capitulado no art. 251 da Lei Penal Militar.

Como assevera a douda representante da PGJM, em seu bom elaborado parecer, que, levando-se em consideração o princípio da separação das instâncias, o fundamento administrativo do valor irrisório de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se coaduna com a boa Política Judiciária Castrense, por não se subordinar a seus mais comezinhos princípios de rigidez científica, vez que aquele se orienta por razões de conveniência e oportunidade, o que, nesta seara, é inaceitável, principalmente, nesta fase deliberatória.

Nesse sentido, defiro a presente Correição Parcial para, desconstituindo a decisão atacada, remeter os autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, na forma do art. 397 do CPPM, para que proceda como entender de direito.

Brasília-DF, 06 de outubro de 2010.

General de Exército FERNANDO SÉRGIO GALVÃO  
Ministro do STM

---



Embargos



---

EMBARGOS (FO) Nº 0000008-43.2007.7.00.0000 (2009.01.000054-6)-AM

---

Relator – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Embargante – Cap Ex Paulo Nelson Lima Loureiro.

Embargado – O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 15/9/2009, lavrado nos autos da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade com o Oficialato nº 2007.01.000054-7.

Advogada – Dra. Marina das Graças Paula Araújo.

---

EMENTA

EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO. REPRESENTAÇÃO DE INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. RESTRIÇÃO DA INFRINGÊNCIA AOS CONCEITOS DE INDIGNIDADE E INCOMPATIBILIDADE. A Representação de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato é um processo vinculado a uma sentença transitada em julgado, com condenação de oficial na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, nos termos do inc. VI do § 3º do art. 142 da CF. São as circunstâncias e os fatos constantes dessa condenação que devem ser ponderados para se decretar ou não a indignidade ou incompatibilidade do Oficial apenado para com o Oficialato,

inexistindo razão para dilação probatória. A matéria foi objeto de apreciação desta Corte no julgamento da Representação de Indignidade referente ao presente recurso, não tendo o causídico trazido à baila elementos novos que possam modificar o entendimento do Plenário. Oficial condenado à pena superior a vinte e cinco anos de reclusão por homicídio contra ex-namorada. Conduta que em nada se coaduna com os preceitos da ética militar, sobretudo pela forma brutal com a qual ceifou a vida da jovem oficial, não demonstrando o menor respeito à dignidade da pessoa humana, nem mesmo após o cometimento da barbárie, lançando o cadáver da vítima num lixão. Declaração de INDIGNIDADE que decorre dos reflexos da gravidade do fato praticado em sua vida profissional, pessoal e social, os quais não condizem com a ostentação do posto de Oficial do Exército e com os preceitos da ética militar. Embargos de nulidade e infringentes rejeitados. Decisão uniforme.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou os Embargos de Nulidade do Julgado opostos pelo Cap Ex PAULO NELSON LIMA LOUREIRO, diante da ausência de vício prejudicial ao exercício da ampla defesa e, por unanimidade, rejeitou os Embargos Infringentes do Julgado, para manter na íntegra o Acórdão proferido na Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade com o Oficialato nº 2007.01.0000054-7, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Na forma regimental, usaram da palavra a advogada da Defesa, Dra. Marina das Graças Paula Araújo, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior. O Presidente deferiu requerimento da Defesa para que seja fornecida, pela Secretaria do Tribunal Pleno, cópia em CD do presente julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 85ª Sessão, 4.11.2010).

**RELATÓRIO**

Trata-se de Embargos do Julgado, opostos em favor do Cap Ex PAULO NELSON LIMA LOUREIRO, contra o Acórdão proferido nos autos da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade com o Oficialato nº 2007.01.000054-7, o qual, à maioria de votos, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pela Defesa, e, no mérito, também por maioria, acolheu a representação formulada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar para declarar o mencionado Oficial indigno do oficialato e determinar, em consequência, a perda do posto e da patente na forma do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal.

O Ministério Público Militar, por sua Procuradora-Geral, propôs Ação de Representação de Indignidade para o oficialato contra o Cap Ex PAULO NELSON LIMA LOUREIRO, condenado à pena definitiva de 25 anos, dois meses e doze dias de reclusão, pela prática do crime militar disposto no art. 205, § 2º, incisos II, III, IV e VI, e art. 70, inciso II, alínea “m”, c/c o art. 73, todos do CPM, com trânsito em julgado ocorrido em 26 de fevereiro de 2007.

O Capitão foi condenado em primeira instância à pena de 15 anos de reclusão pelo homicídio perpetrado contra a 2º Tenente Roxana Pereira Bonessi. Nesta instância, por maioria, foi negado provimento ao apelo da Defesa e dado provimento ao apelo ministerial para majorar a pena aplicada em 25 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, como incurso no art. 205, § 2º, incs. II, III, IV e VI, e art. 70, inc. II, alínea “m”, c/c o art. 73, todos do CPM, com a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena. Em sede de Embargos Infringentes, também por maioria, este Tribunal rejeitou o recurso interposto pela Defesa e manteve íntegro o Acórdão embargado.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar considerou que o Capitão, além de cometer um delito de natureza militar, violou frontalmente os preceitos da moral e da ética pelas circunstâncias do crime cometido, conduta incompatível com sua permanência nas Forças Armadas. Propôs a presente Representação, requerendo sua procedência, a fim de declará-lo Indigno do Oficialato e, por consequência, sentenciá-lo à perda do posto e da patente.

O Acórdão embargado, de 15 de setembro de 2009, da lavra do eminente Ministro-Relator Alte Esq Rayder Alencar da Silveira, encontra-se assim ementado:

“EMENTA. REPRESENTAÇÃO DE INDIGNIDADE OFICIAL CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO À PENA DE 25 ANOS, 02 MESES E 12 DIAS DE RECLUSÃO.

Preliminar de cerceamento de defesa suscitada em sustentação oral, em razão do indeferimento de oitiva de testemunhas.

O Processo de Representação de Indignidade não comporta dilação probatória, dentre outras razões, porque em tal feito analisa-se se o crime praticado pelo Representado, nos moldes e circunstâncias em que foi realizado, torna-o indigno ou incompatível para com o Oficialato, o que independe de qualquer prova testemunhal.

Preliminar rejeitada. Maioria.

O Representando foi condenado por homicídio qualificado, tendo sua pena sido elevada por Acórdão desta Corte.

O delito repercutiu tanto na caserna como na sociedade local, impossibilitando que o Executado seja considerado um bom exemplo aos seus comandados, como exigido de um Oficial das Forças Armadas.

As qualificadoras que permearam a prática do delito causam repulsa e demonstram a personalidade do Oficial. Ficou evidente o instinto de maldade e crueldade empregados na consumação do crime, cometido à traição, de emboscada e surpresa, tornando impossível a defesa da Vítima, atraída para o local do fato e abatida com um golpe mortal. Posteriormente, sem lhe prestar qualquer socorro, o Representado colocou o corpo no porta-malas de seu veículo, efetuou a limpeza do lugar, apagando os vestígios, e lançou o cadáver num lixão, sem mostrar qualquer arrependimento ou respeito pela morta. Tudo de forma a tornar indubitosa a decisão a ser prolatada na presente Representação.

A assertiva de que o crime de homicídio não se encontra no rol do art. 100 do CPM e por isso não pode ser objeto de declaração de indignidade para o oficialato não tem qualquer cabimento, pois aquele artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal, conforme disposição insita no seu art. 142, § 3º, incisos VI e VII.

De observar que alguns crimes referidos no art. 100 do CPM possuem pena máxima inferior ou igual a 02 anos, e, ain-

da, que a Constituição Federal não vincula a conduta que pode fazer incidir julgamento da indignidade, mas apenas o quantum da pena a que o Oficial foi condenado.

O Representado não possui condições ético-morais para continuar como detentor de posto e patente de Oficial da Força Terrestre. Acolhida a Representação para declará-lo indigno do Oficialato e determinar, em consequência, a perda de seu posto e patente. Maioria.”

Manifestando-se no tocante à preliminar arguida pela Defesa, durante a sustentação oral, em razão do indeferimento, pelo então Ministro-Relator (Alte Esq Rayder Alencar da Silveira), do pedido de oitiva de testemunhas, este Tribunal decidiu por sua rejeição frente à preclusão da matéria, haja vista a ausência de agravamento do respectivo despacho pela Defesa no prazo regimental previsto. Acrescentou que o Processo de Representação de Indignidade não comporta dilação probatória, pois não se analisa qualquer elemento novo, mas apenas se o crime praticado pelo Representado, nos moldes e circunstâncias em que foi realizado, o torna indigno ou incompatível para com o Oficialato.

No mérito, inicialmente ressaltou a presença dos pressupostos objetivos estabelecidos pela Constituição para o reconhecimento da indignidade ou incompatibilidade ao Oficialato, ou seja, o quantum punitivo superior a 02 anos e o trânsito em julgado da Sentença condenatória.

Quanto aos pressupostos subjetivos, entendeu este Tribunal que a conduta do Representado foi extremamente reprovável, ferindo os preceitos da ética militar, do pundonor e do decoro da classe. O desvalor ético-moral apresentado recomendou sua indignidade para com o oficialato, pois o delito repercutiu tanto na caserna como na sociedade local, impossibilitando que o Capitão seja considerado um bom exemplo para seus comandados, como o exigido de um Oficial das Forças Armadas.

Em sua Declaração de Voto, o eminente Ministro Dr. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, às fls. 482/483, não teceu comentário sobre seu voto divergente na preliminar. No tocante ao mérito, divergiu da maioria que considerou o Cap Ex PAULO NELSON indigno, para considerá-lo incompatível com o Oficialato. Entretanto, acompanhou o voto dos demais Ministros, no sentido da perda do posto e da patente, nos termos do art. 142, § 3º, inc. VI, da CF. Após breve diferenciação entre os dois institutos, justificou seu voto, discordando no sentido de que a

prática do crime de homicídio qualificado, cuja motivação prende-se ao desenlace de um relacionamento amoroso, seja ato atentatório à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decore da classe, de forma a torná-lo indigno do Oficialato, considerando-o incompatível com o dever militar, bem jurídico atingido por sua conduta.

Em sede de razões de Embargos, às fls. 489/494, a Defesa novamente pugnou pela produção de prova testemunhal e pelo reexame da decisão anterior fundamentando-se no voto divergente do Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH.

Ressaltou que o indeferimento da preliminar, naquela ocasião, foi um cerceamento explícito, pois a ampla defesa quer dizer oportunidade para esgotar qualquer meio de prova idôneo.

Explanando sobre a diferença entre indignidade e incompatibilidade, asseverou que o Capitão Paulo Nelson Lima Loureiro sempre pautou sua carreira nas colunas de sustentação do militarismo. Trata-se de um militar condecorado, elogiado e nunca punido, digno representante do Exército, não se podendo taxar de indigno um homem probo, cuja única mácula foi ter se apaixonado pela pessoa errada.

Por meio do despacho acostado à fl. 498, os presentes embargos foram admitidos por atender aos pressupostos dos arts. 538, 540 e 541, todos do CPPM, c/c os arts. 119, inciso I, § 1º e 120 do RISTM.

O eminente Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Júnior, pronunciou-se pela rejeição integral dos embargos opostos, mantendo-se incólume o acórdão combatido. No tocante à rejeição do requerimento de oitiva de testemunhas, asseverou que, longe de configurar ato prejudicial à ampla defesa, caracteriza o cumprimento do devido processo legal, nos termos dos arts. 112 e 114 do Regimento Interno deste Tribunal, que não autorizam a dilação probatória na Representação de Indignidade. Quanto ao mérito, ressaltou que esta Corte, de forma unânime, decretou a perda do posto e da patente, limitando-se a divergência apenas à declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o Oficialato.

Conforme manifestação expressa, no sentido de sustentar oralmente seus argumentos no Plenário desta Corte, a Defesa foi intimada da colocação do presente feito em mesa para julgamento.

Isso posto, passa o Tribunal a decidir.

## VOTO

## EMBARGOS DE NULIDADE DO JULGADO

Os presentes autos retornam a este Plenário para fins de apreciação das divergências ocorridas no julgamento da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade com o Oficialato nº 2007.01.000054-7, em 15 de setembro de 2009.

Inicialmente, a Defesa sustenta o cerceamento de defesa em razão da rejeição do pedido para oitiva de testemunhas no processo de Representação de Indignidade, pugnando, no presente recurso, pela produção da prova testemunhal. O presente inconformismo defensivo sugere o conhecimento da matéria como Embargos de Nulidade, diante da possibilidade de fulminar o Acórdão hostilizado em face do alegado cerceamento de defesa.

Contrário ao entendimento divergente do Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, a corrente majoritária desta Corte, acertadamente, entendeu ter havido preclusão da matéria, uma vez que o indeferimento do pedido não foi devidamente agravado no prazo regimental previsto, logo após o respectivo despacho do então Ministro-Relator do Acórdão ora embargado.

Soma-se a isso o fato de não haver previsão legal que autorize, na Representação de Indignidade, a dilação probatória perante este Tribunal. Nesse sentido, encontra-se decisão unânime desta Corte, de relatoria do Ministro Ten Brig Ar FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE com a revisão do Ministro Dr. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, in verbis:

“INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO. CORONEL DA RESERVA REMUNERADA DO EXÉRCITO. DILAÇÃO PROBATÓRIA PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL INDEFERIMENTO DA LIMINAR SUSCITADA PELA DEFESA. PERDA DO POSTO E DA PATENTE 1. DILAÇÃO PROBATÓRIA. Em sede de Representação para Declaração de Indignidade para o Oficialato, não se admite a abertura de prazo para a oitiva de testemunhas pretendida pela Defesa, perante o STM, por falta de previsão legal. 2. INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO. PERDA DO POSTO E DA PATENTE É imperativo constitucional que todo oficial condenado na Justiça Comum, ou Militar, à pena privativa de liberdade, por prazo superior a dois anos, cuja sentença tenha transitado em julgado, fica sujeito à

declaração de indignidade para com o oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, por decisão de tribunal de caráter permanente, em tempo de paz. 3. 'In casu', o Representado foi condenado pela Justiça Comum do Estado de São Paulo, por decisão transitada em julgado, à pena de 11 anos e 06 meses de reclusão, como incurso no artigo 316, c/c o artigo 71 e artigo 288, tudo do Código Penal. Preliminarmente, indeferido o pedido de dilação probatória formulado pela Defesa, por falta de amparo legal. No mérito, acolhida a Representação para declarar o Representado indigno do oficialato, determinando a perda de seu posto e patente. Decisão unânime." (REPRESENTAÇÃO DE INDIGNIDADE nº 2004.01.000044-0/DF).

Ainda neste norte, ressalta-se o oportuno comentário do Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar à fl. 503: "a rejeição do requerimento de oitiva de testemunhas, longe de configurar ato prejudicial à ampla defesa, caracteriza o cumprimento do devido processo legal, previsto nos artigos 112 a 114 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, os quais não autorizam dilação probatória no procedimento deflagrado por Representação de Indignidade."

A Representação de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato é um processo vinculado a uma sentença transitada em julgado, com condenação de Oficial na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, nos termos do inc. VI do § 3º do art. 142 da CF.

São as circunstâncias e os fatos constantes dessa condenação que devem ser ponderados para se decretar ou não a indignidade ou incompatibilidade do Oficial apenado para com o Oficialato, inexistindo razão para dilação probatória.

Não é demais reiterar que a matéria já foi objeto de apreciação desta Corte no julgamento da Representação de Indignidade referente ao presente recurso, não tendo o causídico trazido à baila elementos novos que possam modificar o entendimento do Plenário.

Ante o exposto, rejeitam-se os Embargos de Nulidade opostos pelo Cap Ex PAULO NELSON LIMA LOUREIRO, diante da ausência de vício prejudicial ao exercício da ampla defesa.

#### EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO

No tocante à divergência apontada, restringem-se os Embargos Infringentes à prevalência do voto vencido do Ministro-Revisor Dr. FLA-

VIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, somente no tocante ao instituto utilizado para condenação do Oficial à perda do posto e da patente. O Tribunal decidiu pelo reconhecimento da indignidade; o voto divergente aponta para a incompatibilidade do ora embargante com o oficialato. Todavia, a Corte foi unânime em condenar o Oficial à perda do posto e da patente.

Embora possa aparentar uma ligeira dificuldade para alguns operadores do direito, a diferenciação dos conceitos de indignidade e incompatibilidade para com o oficialato está pacificada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência desta Corte.

A dignidade refere-se ao caráter do militar, à sua formação ética, à observância de princípios e valores padronizados e acolhidos no meio social e profissional do indivíduo. Uma vez violadas essas regras, a exclusão do grupo torna-se inevitável, tendo em vista a necessidade de se preservar a regularidade do sistema, no caso, as instituições militares e o seu papel perante a sociedade.

As normas de condutas éticas a serem observadas pelos militares estão contidas no art. 28 do Estatuto dos Militares (Lei Federal nº 6.880/80), dos quais cabe destacar os seguintes, alguns mencionados no acórdão hostilizado: incisos I (amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal); III (respeitar a dignidade da pessoa humana); IV (cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes); XII (cumprir seus deveres de cidadão); XIII (proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular); 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); 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).

Decerto, a conduta perpetrada pelo embargante em nada se coaduna com os mencionados preceitos éticos, sobretudo pela forma brutal com que ceifou a vida da jovem Oficial, não demonstrando o menor respeito à dignidade da pessoa humana, nem mesmo após o cometimento da barbárie, quando lançou o cadáver da vítima num lixão. Eis a razão pela qual fora condenado por esta Corte à severa pena de 25 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, como incurso no art. 205, § 2º, incs. II, III, IV e VI, e art. 70, inc. II, alínea “m”, c/c o art. 73, todos do CPM, sendo fixado o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena.

A incompatibilidade, em algumas circunstâncias, pode se relacionar aos aspectos morais e éticos, porém a sua incidência se revela de forma mais acentuada na relação direta do Oficial com a Força em que se encontra vinculado, ou seja, na capacidade de servir e de se submeter às normas estabelecidas. Nesse sentido, cumpre trazer à colação a citação doutrinária no acórdão ora embargado:

“(…) o conceito de indigno ou incompatível com o oficialato no campo administrativo militar é amplo, genérico, bastando que se diga, como ponto de partida, que incompatível é o inconciliável com o oficialato, como o relapso, indulgente, irresponsável profissionalmente, o promíscuo de vida escandalosa, enquanto o indigno é o baixo, torpe, sórdido, não merecedor da condição de oficial, como o assaltante, o traficante, o especulatório, o esturpador etc.”

(JORGE CÉSAR DE ASSIS, in Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos, Ed. Juruá, 2ª ed., 2008, p. 81).

No que se refere à conceituação da incompatibilidade, acrescenta o eminente Ministro aposentado desta Corte Alte Esq JOSÉ JULIO PEDROSA, in verbis:

“Incompatível com o oficialato é o Oficial cuja índole e modo de proceder não se harmonizam com os requisitos de disciplina, liderança e cumprimento do dever militar, comprometendo irremediavelmente o seu desempenho profissional.”

(Direito Militar, História e Doutrina – Artigos Inéditos, 18ª edição, 2002, pela Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, nas páginas 89 e 98).

Diante da brilhante constatação doutrinária, verifica-se que a motivação desta Corte para decretação da perda do posto e da patente do Cap Ex PAULO NELSON LIMA LOUREIRO, acertadamente, foi fulcrada na declaração da indignidade, em face da comprovada violação dos preceitos éticos previstos no mencionado artigo 28 do Estatuto dos Militares.

A declaração de indignidade do Cap Ex PAULO NELSON LIMA LOUREIRO decorreu dos reflexos do grave fato praticado em sua vida profissional, pessoal e social, os quais não condizem com a ostentação do posto de Oficial do Exército e com os preceitos da ética militar. Assim, nenhum reparo merece o acórdão recorrido por estar regularmente amparado nos fatos trazidos ao processo e no dispositivo constitucional autorizador da sanção administrativa imposta.

Diante do exposto, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em rejeitar os Embargos de Nulidade do Julgado opostos pelo Cap Ex PAULO NELSON LIMA LOUREIRO, diante da ausência de vício prejudicial ao exercício da ampla defesa e, por unanimidade, em rejeitar os Embargos Infringentes do Julgado, para manter, na íntegra, o Acórdão proferido na Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade com o Oficialato nº 2007.01.000054-7, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 4 de novembro de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares,  
Ministro-Presidente – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator  
– Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Revisor.

---

Relator – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Embargante – José João de Azevedo Junior, 1º Ten Ex.

Embargado – O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 15/03/2007, lavrado nos autos da Apelação nº 2005.01.049902-4.

Advogado – Dr. Carlos Alberto Gomes.

---

EMENTA

INFRINGENTES MAUS-TRATOS QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE ART. 213, § 2º, DO CPM. TREINAMENTO INDIVIDUAL BÁSICO DE COMBATE. Demonstrado o nex causal entre as agressões e a morte do soldado, embora esta não fosse desejada. A doutrina denomina a situação ora analisada de crime preterdoloso, no qual o agente emprega a conduta inicial mediante dolo, vindo o resultado a ocorrer de forma culposa. A análise dos fatos trazidos à discussão permite a formação do juízo da culpabilidade do embargante, na exata dicção do § 2º do art. 29 do mencionado Codex, denominada de omissão penalmente relevante. Ao permitir que outros militares impingissem, de forma desproporcional, os denominados incentivos na vítima, a fim de prosseguir nos exercícios, o embargante deixou de observar o dever imposto em lei de zelar pela segurança dos seus comandados. Os fundamentos lançados no Acórdão embargado não autorizam, por si só, o estabelecimento da pena-base em quantum muito acima do mínimo estabelecido. A resposta estatal às condutas criminosas há de ser respaldada no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a impor a sanção na justa medida. Embargos parcialmente acolhidos para reduzir a pena imposta para o mínimo cominado. Declarada a extinção da punibilidade com fulcro no art. 123, inc. IV, art. 125, inc. VI, §§ 1º e 5º, inc. II e art. 133, todos do CPM. Decisão majoritária.

---

DECISÃO

Prosseguindo no julgamento interrompido na 87ª Sessão, em 11/11/2010, após o retorno de vista do Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, o Tribunal, por maioria obtida na forma do art. 80, § 1º, inciso II, do RISTM, acolheu os Embargos Infringentes do Julgado para, mantendo a

condenação, tão somente reduzir a pena imposta ao 1º Ten Ex JOSÉ JOÃO DE AZEVEDO JUNIOR para 02 anos de reclusão, como incurso no art. 213, § 2º, do CPM. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO acolhiam os Embargos defensivos, reformavam o Acórdão hostilizado, para restabelecer a Sentença condenatória de primeiro grau, que condenava o Embargante à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 213, caput, c/c o art. 53, ambos do CPM. Os Ministros RENALDO QUINTAS MAGIOLI, ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA e ALVARO LUIZ PINTO rejeitavam os Embargos e mantinham inalterado o Acórdão recorrido. Por fim, o Tribunal, por unanimidade, declarou a extinção da punibilidade do Embargante, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VI, §§ 1º e 5º, inciso II, e 133, todos do CPM. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA farão declarações de voto. O Ministro MARCOS MARTINS TORRES não participou do julgamento. O advogado da Defesa, em questão de ordem, solicitou a aplicação do art. 133 do RISTM.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 97ª Sessão, 2.12.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes do Julgado, opostos pela Defesa do 1º Ten Ex JOSÉ JOÃO DE AZEVEDO JUNIOR, contra o Acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar, de 15 de março de 2007, lavrado nos autos da Apelação nº 2005.01.049902-4/RJ, o qual proveu parcialmente o apelo do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR para, reformando a Sentença a quo, condenar o embargante à pena de 03 anos e 02 meses de reclusão como incurso no art. 213, § 2º, do CPM, com a fixação do regime prisional aberto para o cumprimento da sanção, com fulcro no art. 59, c/c o art. 33, § 2º, alínea “c”, ambos do CP comum.

Ao 1º Ten Ex JOSÉ JOÃO DE AZEVEDO JUNIOR foi imputada a prática de maus tratos contra o Sd Ex Wellington Alves da Fonseca, du-

rante um Treinamento Individual Básico de Combate, previsto na Ordem de Instrução nº 005/E3 da Brigada de Infantaria Paraquedista, realizado na Serra do Mendanha/RJ, na madrugada do dia 24 de julho de 2001, o qual veio a óbito em decorrência dos ferimentos descritos em laudo pericial. Assim foi-lhe imputada a conduta tipificada no art. 213, § 2º, c/c o art. 53 e art. 70, inc. II, alíneas “g” e “l”, todos do CPM.

O Treinamento Individual Básico de Combate objetivava preparar os recrutas incorporados com instruções sobre emprego de munições e armamentos, explosivos, granadas, marchas e técnicas especiais de combate. As equipes foram divididas em grupos denominados “Aviões”.

Segundo a Denúncia, num exercício de exfiltração, o embargante, na condição de responsável por um dos grupos participantes do treinamento, denominados “Aviões” (2º Avião), permitiu que outros militares agredissem fisicamente o ofendido com chutes e socos de forma desmedida, a título de incentivos para o cumprimento da missão, contrariando determinações expressas do Comandante da Brigada Paraquedista, dentre elas a preservação da integridade física dos instruídos.

O laudo pericial concluiu que a causa mortis decorreu de uma contusão na cabeça, concussão cerebral, complicada de edema cerebral, hemorragia subaracnóidea e hipotermia grave, esta provocada pela perda da consciência da vítima, ficando desacordada à mercê do frio e da chuva.

Juntamente com o embargante foram denunciados o 2º Ten Ex Felipe Bittencourt das Neves; o 2º Ten Ex Vinícius Nascimento Rocha; o 3º Sgt Ex Rui Leandro Alves Junior; o ex-3º Sgt Ex Marcos Antonio Mendes dos Santos; o ex-Cb Ex Jefferson Pereira Alves; o ex-Sd Ex Flaviano Machado dos Santos; o Sd Ex Anderson de Oliveira Moraes; o ex-Sd Ex Ilzo José Roberto Junior; e o Sd - RC Ex Adriano Fagundes da Silva.

Em 10 de janeiro de 2005, o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por maioria, julgou parcialmente procedente a Denúncia, para condenar o embargante à pena de 06 meses de detenção, como incurso no art. 213, caput, c/c os arts. 53 e 59, todos do CPM. Igualmente, quatro denunciados foram condenados pelo crime de maus tratos na forma simplificada (art. 213, caput, do CPM), sendo eles: o 2º Ten Ex Felipe Bittencourt das Neves (6 meses de detenção, como incurso no art. 213, caput, c/c os arts. 53 e 59, todos do CPM); 2º Ten Ex Vinícius Nascimento Rocha (10 meses de detenção, como incurso no art. 213, caput, por duas vezes, c/c o arts. 53, 59 e 79, todos do CPM); o ex-Cb Ex Jefferson Pereira Alves

(9 meses de detenção, como incurso nas sanções do art. 213, caput, por duas vezes, c/c o art. 53 e 79, todos do CPM); e o ex-Sd Ex Flaviano Machado dos Santos (6 meses de detenção, como incurso no art. 213, caput, c/c o art. 53, ambos do CPM). Os demais foram absolvidos com fulcro nas alíneas “b” e “e” do art. 439 do CPPM.

Um Juiz Militar e o Juiz-Auditor condenavam o embargante à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 213, § 2º, c/c o art. 53 e 59, todos do CPM (crime de maus-tratos qualificado pelo resultado morte). Com relação aos demais, o quantum das condenações ultrapassava a dois anos.

Em 15 de março de 2007, o Plenário desta Corte, por decisão majoritária, proveu parcialmente o apelo do Ministério Público Militar para, reformando a sentença guerreada, condenar o 1º Ten Ex José João de Azevedo Junior à pena de 03 anos e 02 meses de reclusão, como incurso no art. 213, § 2º, do CPM, além de majorar as penas dos demais envolvidos em tempo superior a dois anos, fixando para todos o regime prisional inicialmente aberto, com fulcro no art. 59, c/c o art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP comum. No tocante ao 2º Ten Ex Felipe Bittencourt das Neves, a Corte majorou a pena para 1 ano de reclusão, como incurso no art. 213, caput, c/c os arts. 53, caput, e 29, § 2º, convertida em prisão, na forma do art. 59, todos do CPM, sendo-lhe concedido o benefício do sursis pelo período de 2 anos, sob as condições estabelecidas no Acórdão.

O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior divergiu da doutra maioria para manter in totum a sentença hostilizada.

O Acórdão embargado traz a seguinte ementa in verbis:

“EMENTA. MAUS-TRATOS. PERPETRAÇÃO CONTRA INSTRUMENTOS DURANTE TREINAMENTO DE PARA-QUEDISMO. ÓBITO DE RECRUTA PARTICIPANTE. CABIMENTO DE QUALIFICADORA NÃO APLICADA NO 1º GRAU. Libelo acusatório calçado no art. 213, § 2º, do CPM. Inconformismo ministerial em face de absolvição e condenações prolatadas ‘in prima instantia’ sem considerar pelo resultado que qualificou o crime imputado aos réus. Sentença ‘a quo’ mantida na parte concernente ao réu absolvido. Quadro fático que revela, cristalinamente, no tocante aos demais apelados, por cometimento de ‘Maus-tratos’, com ocorrência de morte. Reforma do Decreto condenatório de 1ª Instância. Ditadas no grau ‘ad quem’, respectivas penas de três (03) anos e dois (02) meses, dois (02) anos e oito meses e dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão, ‘ex vi’ do Art. 213, ‘ca-

put', c/c os Arts. 53, 'caput', 29, § 2º, e 59, tudo igualmente do CPM, com concessão do 'sursis'. Decisões por unanimidade, para manutenção do 'decisum' absolutório recorrido, e por maioria, quanto ao provimento parcial do apelo do MPM." (fl. 1.424).

Em seus fundamentos, no que se refere ao embargante, o Acórdão hostilizado enfatiza a rigidez no treinamento dos recrutas integrantes das Unidades conhecidas como Forças Especiais, referindo-se a homens que se preparam para executar missões de alto risco, sob condições adversas e submetidos a elevado nível de estresse.

Ressaltou que alguns elementos subjetivos do tipo "maus-tratos" podem, em tese, parecer presentes nos treinamentos, mas, de fato, não estão, em virtude da necessidade de impingir maior rigidez no treinamento, haja vista a similitude dos exercícios com uma situação de combate real.

Aduziu a descrição dos ferimentos constantes do laudo cadavérico, indicando o traumatismo craniano, fruto de impacto violento, as contusões abaixo da axila esquerda, as placas nas costas na altura das omoplatas e, mais abaixo, arranhões exuberantes decorrentes de arrasto.

Tais arranhões, quando associados às declarações do médico responsável pelo atendimento do Sd W. Alves na Serra do Mendanha, e da Equipe de Resgate, demonstram ter sido a vítima arrastada pelo chão, desprovida da proteção da gandola, tanto que a pele ficou recoberta pela terra. Assim, concluiu a Corte, alternativamente, ter sido o Sd W Alves arrastado sem a gandola ou puxado pelos pés.

Por tais razões, o crime de maus tratos já estaria configurado, apontando como responsáveis aqueles que tinham o dever de evitar o resultado lesivo ao Sd W. Alves, em especial, o Comandante do "20º Avião", do qual fazia parte, no caso, o 1º Ten Azevedo.

Aduziu ter sido o reconhecimento da causa mortis pelos peritos a hipotermia, agravada pelos ferimentos, mormente traumatismo encéfalo craniano, com hemorragia subaracnoidal, além do frio a que estava submetido o soldado. Circunstâncias agravadas pela demora no atendimento médico (cerca de 18 horas).

Concluíram os Ministros pela existência de exageros nos meios de correção e disciplina, com base nos inúmeros depoimentos vindos ao processo, prestados tanto na fase de IPM quanto na ação penal, além de privar o Sd W. Alves de cuidados indispensáveis à sua sobrevivência, ex-

pondo-o a perigo de vida e da saúde. A soma dessas circunstâncias provocou-lhe a morte.

Não houve divergência no tocante à incidência do crime de maus tratos.

Especificamente em relação ao embargante, frisou estar patente a culpabilidade, configurada no dolo intenso. Não só descumpriu ordens superiores que proibiam o contato físico entre instrutores e instruendos, agredindo e arrastando o Sd W. Alves, como deu determinações aos subordinados para que o fizessem. Em relação aos cuidados devidos ao Sd W. Alves mostrou uma total omissão, o qual só foi assistido graças à intervenção de outro Oficial, o Ten Bragança, de outro grupo, ao verificar que outras praças conduziam a vítima de forma incorreta, orientando-os e ajudando-os a chegar até o ponto de resgate.

Concluiu a Corte que o Ten Azevedo possuía meios de oferecer socorro com maior agilidade ao Sd W. Alves, pois tinha comunicações e homens suficientes para conduzi-lo. Todavia, deixou de atendê-lo, causando-lhe a morte.

Por fim, frisou a indiferença do Ten José João de Azevedo Junior para com o ocorrido, marcando uma reunião com os mais antigos, a fim de se prepararem para eventuais indagações no IPM.

A pena-base ficou estabelecida em 03 anos e 02 meses de reclusão. O § 2º do art. 213 do CPM prevê a pena de reclusão de 02 a 10 anos. Para sua fixação, na pena mínima (dois anos), foram acrescidos 08 meses pela culpabilidade e dolo intenso e mais 06 meses pela insensibilidade, indiferença e ausência de arrependimento, demonstrados após a morte do militar. À míngua de causas de aumento ou de diminuição, a pena restou definida em 03 anos e 02 meses de reclusão, com o estabelecimento do regime aberto para o seu cumprimento, em caso de procedência do julgamento previsto no art. 142, incs. VI e VII, da CF/88.

A divergência decorreu do voto do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, o qual louvando-se dos argumentos lançados na sentença, alegou estar o fato devidamente provado quanto aos maus tratos.

Todavia, salientou ter o Sd W. Alves perdido a consciência num determinado ponto da exfiltração por debilidade orgânica, e em local desprovido de condições de socorro, sendo atendido somente após 12 horas de ter desfalecido. Também a forma de transportar o Sd W. Alves foi incompatível com o quadro clínico apresentado. Assim, concluiu pela

inocorrência da qualificadora pelo resultado morte, restando caracterizado apenas o delito em sua forma simplificada, razão pela qual manteve a sentença recorrida em todos os seus termos.

A Defesa foi intimada do Acórdão em 27 de agosto de 2008, interpondo os presentes embargos no dia 1º de setembro de 2008.

Em suas razões recursais, a Defesa rechaça o acolhimento da qualificadora constante do § 2º do art. 213 do CPM, haja vista a ausência de prova de ter o embargante colocado em risco a vida do Sd W. Alves.

Salientou que a semana do Treinamento Individual Básico de Combate fora programada inicialmente para um período de 05 dias, porém, por problemas administrativos, foi reduzida para 03 dias, acarretando maior desgaste dos instruídos e dos instrutores, por terem de realizar as tarefas em menor período, causando-lhes cansaço físico e mental, não lhes sendo permitido inclusive dormir. Por tais razões, tiveram os reflexos reduzidos em grau considerado.

Mencionou as condições adversas do local onde se realizou o treinamento, caracterizado por mata atlântica cerrada, com trilha sinuosa em terreno pedregoso, trechos de auge e declive em encosta da montanha e penedos perigosos, sendo permitida a passagem apenas em coluna.

Ressaltou que a exfiltração seria iniciada na Torre de Retransmissão do Mendanha e finalizada na Torre do CIG (Campo de Instrução do Gericinó), percurso dotado de 02 postos de controle, distantes aproximadamente de 06 quilômetros, os quais estavam desprovidos de médicos.

Em tais circunstâncias, alegou a impossibilidade de evacuar quem viesse a passar mal, situação que se agravou em decorrência da pouca conservação da trilha, já que mais de quinhentos homens haviam passado no local antes do grupo do embargante.

Alegou a incerteza de ter o embargante praticado as condutas descritas na Denúncia, pois, na noite do treinamento encontrava-se à frente do avião, não tendo como saber o que ocorria no outro extremo, onde se encontrava o Sd W. Alves, principalmente em face da escuridão, não sendo sequer possível identificar alguém sem antes iluminar o seu rosto. Ao contrário, frisou o cuidado do Ten Azevedo de indagar os instruídos se tinham condições de participar do treinamento.

Salientou ter a coluna reduzido a marcha, logo após avançar o primeiro posto de controle, em virtude de alguns recrutas não suportarem

as condições da trilha, devido ao grande número de quedas, desgaste físico ou mesmo desistência de prosseguir no deslocamento.

Sustentou ter o embargante tomado todas as precauções quando avisado que um recruta passara mal, retornando ao primeiro posto de controle e providenciado os primeiros socorros, trocando as roupas do Sd W. Alves e aquecendo-o com mantas, pois no local não havia médico. Ressaltou, ainda, não ter sido atendido pelo Comandante do 20º Batalhão L Pqdt, no sentido de encaminhar um médico para atender a emergência, pois o único disponível era aspirante com precária compleição física.

Diante dessa negativa, não houve outra opção a não ser transportar o Sd W. Alves até o Posto da Represa, distante 6 quilômetros, onde poderia ter atendimento médico.

Enfatizou a impossibilidade de transportar o Sd W. Alves com eficiência e segurança devido às condições do local já mencionadas, levando-o a cair por diversas vezes. Não restou demonstrado se o traumatismo craniano sofrido foi causado pelos maus-tratos, mas das quedas sofridas durante o transporte em busca de socorro. Por tal razão, não se pode imputar ao embargante a qualificadora do resultado morte prevista no § 2º do art. 213 do CPM.

Rechaçou o depoimento do perito, o qual, inicialmente, afirmou a impossibilidade de apontar a origem das lesões sofridas por W. Alves, porém, após a leitura da Denúncia, afirmou que as lesões decorreram das agressões por ele sofridas.

Por fim, pugnou pelo acolhimento dos embargos para, reformando o Acórdão guerreado, restabelecer a Sentença proferida pela 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 10 de janeiro de 2005, que o condenou à pena de 06 meses de detenção, como incurso no art. 213, caput, c/c o art. 53, ambos do CPM.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por sua Subprocuradora-Geral Drª Arilma Cunha da Silva, opinou pela rejeição dos embargos para manter na íntegra o Acórdão hostilizado.

Frisou que a Defesa tergiversa as circunstâncias fáticas do episódio, pois o embargante, como Comandante do grupo do treinamento, conhecido como “20º Avião”, tinha a obrigação de se portar adequadamente e não impingir violência e humilhações contra os recrutas, as quais

ceifaram a vida do Sd W. Alves, além do dano causado à formação psíquica e mental dos demais, por presenciarem a morte do companheiro.

Distribuídos os embargos em 17 de outubro de 2008, em despacho de 22 de outubro seguinte, foram eles admitidos, abrindo-se, na oportunidade, vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar. O feito retornou do Custos Legis no dia 3 de novembro de 2008, indo com vista ao então Ministro-Revisor Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach na mesma data. Em 15 de outubro de 2009, os autos foram remetidos à SEJD para nova redistribuição em virtude da aposentadoria do mencionado Ministro.

Foram juntados aos autos as inquirições dos ex-Sds Ex Carlos Henrique Guedes Leite e Rodrigo Vieira Gonçalves Machado, extraídos por meio de Justificação Judicial procedida no Juízo a quo, abrindo-se, por conseguinte, nova vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar e ao eminente Ministro-Revisor.

Em virtude da manifestação do Patrono do embargante, no sentido de expressar o desejo de fazer sustentação oral, foi ele intimado da designação da presente data para o julgamento do feito.

Isso posto, passa o Tribunal a decidir.

#### VOTO

Superada a fase de prelibação dos embargos, os quais foram regularmente admitidos, conforme despacho de fls. 1563, passa-se à análise de mérito.

A divergência cinge-se à aplicação da qualificadora prevista no § 2º do art. 213 do CPM, em razão da morte do Sd Ex W. Alves durante o treinamento individual básico de combate realizado na Serra do Mendanha.

Alega a Defesa a ausência denexo causal entre a conduta praticada pelo embargante, em companhia dos demais sentenciados, e a morte da vítima, aduzindo ter esse nefasto acontecimento decorrido das quedas sofridas pelo Sd W. Alves durante o transporte para o seu socorro, situação agravada pelas condições adversas de tempo e local. Rechaça a fundamentação da condenação com base em laudo pericial controvertido no tocante às origens das lesões causadas no Sd W. Alves, se decorrentes das supostas agressões contra o instruendo ou dos acidentes causados du-

rante o socorro, ou seja, as quedas sofridas que lhe causaram as lesões na cabeça.

O laudo pericial, em sua parte conclusiva, indica ter o Sd W. Alves sido vítima de algum ato violento, o qual lhe ocasionou os estigmas descritos, provocando a concussão cerebral e a hemorragia subaracnóidea, com a perda de consciência. Em razão disso, permaneceu à mercê das intempéries (frio e chuva), culminando na hipotermia grave. Apontou como causa mortis a contusão da cabeça com concussão cerebral, complicada de edema cerebral, hemorragia subaracnóidea e hipotermia grave (fls. 390/447 – data 25 de julho de 2001).

Após a leitura da Denúncia, em juízo, o perito afirmou que as lesões mencionadas, em especial a contusão na cabeça com concussão cerebral, agravada pela hemorragia subaracnóidea, decorreram de possíveis agressões infligidas no Sd W. Alves. Se essas não houvessem ocorrido, o militar não teria sido acometido por hipotermia.

As afirmações dos soldados participantes do treinamento conduzem à certeza de ter sido o Sd W. Alves alvo de incentivos em razão do seu baixo desempenho nos exercícios. Por outro lado, os depoimentos dos oficiais Cap Jansley Alves Chaves e Ronaldo Guedes negam qualquer ação brutal violenta contra o Sd W. Alves, mas não afastam a severidade e as exigências físicas para tal treinamento.

Não obstante as divergências nas declarações ora frisadas, faz-se necessário considerar as circunstâncias em que se deram os fatos. As condições climáticas e do terreno, por ocasião do evento, contribuíram sobremaneira para o nefasto resultado, haja vista o frio intenso e o lamaçal provocado pela forte chuva, a ponto de causar escorregões e quedas dos instruídos, os quais ainda eram obrigados a vencer a visibilidade quase nula. Alia-se a essas adversidades a redução do tempo para execução dos exercícios para apenas 03 dias, quando o período razoavelmente previsto é de 05 dias. Tal inobservância resultou em inequívoca sobrecarga de trabalho, além da suspensão das horas destinadas ao sono dos instruídos.

Outro fator de importante contribuição para o trágico episódio foi a precariedade da assistência médica disponibilizada aos participantes dos exercícios militares. Contudo, não obstante essas circunstâncias desfavoráveis, nada disso isenta o embargante da responsabilidade pelo tratamento dispensado ao Sd W. Alves.

Por tais razões, cabia aos instrutores avaliar as situações adversas e resolvê-las. Nesse sentido, cumpre trazer à baila as declarações dos Oficiais responsáveis pela imposição dos exercícios, in verbis:

“... que apesar das recomendações, em exercícios tais é comum a existência de contato físico; que no entender do deponente, o incentivo vem a ser uma forma do instrutor fazer com que o instruendo possa reagir a uma condição adversa; que o incentivo é proporcional ao estado físico do instruendo e do exercício; que um empurrão, uma sacudidela, inclusive para que o instruendo perca o medo de saltar do avião, pode ser considerado um incentivo...” (Ten Cel Rangel, fl. 1203 - 610).

“... é comum se empregar no exercício, coação física, sem a autorização do mestre de salto.” (fl. 1203 - 670).

A carreira militar exige de seus integrantes elevado sacrifício no desempenho de suas atividades, impondo-lhes o emprego de esforço sobre-humano para que as Forças Armadas atinjam sua finalidade e cumpram com eficiência o papel de defender a Pátria e os poderes constitucionais. Para tanto, é imprescindível que essas atividades se pautem pelos princípios da hierarquia e disciplina. Não foi por outra razão que o Estatuto dos Militares previu para essa categoria a imposição severa de observância aos deveres militares, dentre os quais “a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;” (Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, art. 31, inc. I).

Nenhum ramo de atuação no meio civil, salvo raríssimas exceções, exige tanto de seus profissionais.

Nesse sentido, vale frisar os bem lançados argumentos defensivos por ocasião das alegações escritas (fl. 1228), dos quais transcrevo, in verbis:

#### “DA FORMAÇÃO DOS PARAQUEDISTAS

É sabido que as Forças Armadas precisam, eminentemente, ser profissionais e aptas para pronto emprego. Existem tropas assim no Brasil. Uma delas é a Brigada Paraquedista.

A determinação do paraquedista é testada desde o começo, quando se apresenta como voluntário, e a rigidez inicial dos instrutores visa preparar os recrutas para os rigores do combate.

Seu adestramento, diferenciado das outras unidades do Exército Brasileiro, pressupõe exercícios físicos e treinamentos técnicos e prático árdus, sempre visando preparar os instruídos para o enfrentamento e superação de situações inesperadas.

A excepcionalidade da Unidade dos acusados, em que se busca, através de treinamentos rigorosíssimos, levar o militar aos

seus limites, faz com que se formem verdadeiros combatentes, exemplos de dedicação, bravura e capacidade operativa.

Se, porventura, vierem a ocorrer excessos, por certo, seus autores não ficarão isentos da avaliação por parte de seus superiores.

Os princípios que norteiam o direito penal e processual penal militar têm íntima relação com o direito ordinário, porém, procura-se preservar sempre a hierarquia e a disciplina.

Quando se lida com cidadãos comuns civis, uma ação penal pode causar-lhe sérios prejuízos; porém, em face da especialidade da vida dos militares, a simples denúncia e a instrução criminal causam aos mesmos, efeitos extrapenais irreparáveis tais como, impedimentos de participação em lista de promoções, não compor comissão no exterior e, até mesmo, exoneração de cargos e funções e desligamento da Força.”.

Não obstante a compreensível exigência da disciplina e da hierarquia no desempenho das atividades militares, sobretudo as de treinamento em simulação de combate real, os responsáveis pelos excessos praticados não estão isentos da ação repressora do Estado. Prova disso, foram as condenações de todos os envolvidos nas duas instâncias desta Justiça Militar. Assim, não há que se perquirir acerca da existência ou não do crime de “maus-tratos”.

As declarações juntadas aos autos, por meio da ação de justificação, só vieram a ratificar o que já havia sido provado. A testemunha civil Carlos Henrique Guedes Leite, à época participante do exercício de exfiltração no Morro do Mendanha, quando indagada se podia esclarecer a parte de seu depoimento prestado em juízo, em que viu o Sd W. Alves ser arrastado e por qual razão isso acontecia, respondeu:

“Chegou um momento do exercício em que os recrutas estavam num topo da montanha, inclusive o Sd W. ALVES, e todos os movimentos seriam em direção ao pé da montanha, isto é descendo a encosta; o SD W. ALVES foi arrastado para descer o precipício; Perguntado se em algum momento viu o Ten AZEVEDO junto ao SD W. ALVES, respondeu que sim, acreditando que foi no momento em que o Ten AZEVEDO se aproximou do SD W. ALVES para ver o que tinha acontecido com esse soldado, isso no início, depois o Ten AZEVEDO não apareceu mais como xerife do pelotão, tinha ido embora; Perguntado o que o depoente entende por ‘incentivo’, respondeu: que ‘incentivo’ durante o exercício foram chicotadas, chutes, em todos

os 78 recrutas que participavam do exercício; Perguntado em que parte do corpo eram dados os chutes, respondeu: nas pernas, nas costas, com o objetivo de que os recrutas seguissem em frente; dentre os recrutas do exercício, alguns faziam 'corpo mole', e era especialmente em direção a esses recrutas eram dirigidos esses 'incentivos'; Perguntado se viu o Ten NASCIMENTO dando chutes no SD. ALVES, respondeu que sim, mas nenhum chute dirigido à cabeça do recruta, e sim nas pernas e nas costas; viu o Ten NASCIMENTO receber ordem do Ten AZEVEDO para que desse 'incentivo' no SD W. ALVES para que ele seguisse, porque o SD W. ALVES não conseguia andar naquele momento..." (sem grifos no original).

O ex-militar Rodrigo Vieira Gonçalves Machado afirmou in verbis:

"o Tenente NASCIMENTO produziu também 'incentivos' no soldado W. ALVES e em outros, e também no depoente; pelo que presenciou não foram esses 'incentivos' maiores e de maior gravidade do que os produzidos pelos demais instrutores; Às perguntas do Dr. CARLOS ALBERTO GOMES, perguntado sobre em que consistiam esses 'incentivos', respondeu que eram tapas na região dos ombros, para que os instruendos prosseguissem a marcha e chutes nas pernas; o depoente não viu produzir lesões na cabeça..."

Mesmo estando a prova a revelar a ausência de agressões contra a cabeça do Sd W. ALVES, não se pode afastar a incidência da qualificadora prevista no § 2º do art. 213 do CPM, pois, se tais agressões fossem direcionadas à região cerebral, estar-se-ia diante de crime mais grave.

Há um nexo causal entre as agressões (incentivos) e a morte do soldado, embora esta não fosse desejada. A doutrina denomina a situação ora analisada de crime preterdoloso, no qual o agente emprega a conduta inicial dolosamente (as agressões infligidas no soldado W. Alves), vindo o resultado o ocorrer de forma culposa (a morte inesperada da vítima).

No momento em que o Sd W. ALVES apresentou os sintomas decorrentes dos "incentivos" recebidos, caberia aos instrutores ponderar sobre aquela situação, buscando identificar os limites de sua condição física e não o forçando a prosseguir. Tal percepção estava ao alcance dos instrutores, conforme se verifica do depoimento de Carlos Henrique Guedes Leite (1.588/1.589), quando afirma ter o Ten AZEVEDO se apro-

ximado do “SD. W. ALVES para ver o que tinha acontecido com esse soldado, isso no início, depois o Ten AZEVEDO não apareceu mais como xerife do pelotão...”

Não há dúvida de que o embargante tenha sido avisado da situação e, esgotadas as possibilidades, como a troca de uniforme do W. Alves por outro seco, fez contato rádio com o Ten Merendaz, um dos médicos do exercício, relatando os sintomas que acometiam o referido recruta e a necessidade de apoio médico. Foi orientado a providenciar o transporte do militar.

A forma pela qual foi efetuado o transporte do Sd W. Alves certamente causou as lesões que lhe provocaram a perda da consciência, as quais, juntamente com o quadro de hipotermia, sem o devido tratamento, acarretaram a sua morte. Nesse sentido, vale transcrever as declarações de algumas testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar:

– “que acredita que os ‘incentivos’ não tenham colaborado com a morte do SD. W. ALVES, até porque o depoente caiu com ele da ribanceira, vindo a bater com a costela em uma árvore e o SD. ADRIANO caiu sobre ele”;

- “que a testemunha, juntamente com o SD. DE PAULA, vinham carregando o SD. W. ALVES, quando escorregou e caiu na ribanceira”;

- “que o SD. W. ALVES estava amarrado por uma corda no peito e puxado pela testemunha e o SD. DE PAULA”;

- “que a seguir o SD. W. ALVES caiu e os dois soldados resolveram desamarrá-lo, colocando uma mão sobre o ombro de cada um, andaram mais 03 metros e caíram na ribanceira”;

(Depoimento do Sd SILVA SANTOS fl. 1208 – 626).

- “que a maior parte do tempo carregou o SD. W. ALVES juntamente com o SGT RUI LEANDRO ALVES”;

- “que caiu uma vez quando estava carregando o referido soldado”;

- “que viu o SD. W. ALVES cair durante o transporte 3 ou 4 vezes”;

- “que o militar que transportava o SD. W. ALVES o transportava nas costas e, nessa posição, o transportador caiu várias vezes, juntamente com o SD. W. ALVES”;

- “que no método maca, o SD. W. ALVES também caiu no chão com a maca, que com certeza, na ocasião citada, tinha muitas pedras no terreno”;

- “que em todo o percurso, o terreno apresentava pedras”. (Depoimento do TEN BRAGANÇA – fl. 1209/10 – 681).
- “que ajudou a transportar o SD. W. ALVES”;
- “que o depoente inclusive caiu algumas vezes no transporte”;
- “que chegou a cair no transporte e depois o corpo do SD. W. ALVES bateu no chão...” (Depoimento do SD MARCOS PAULO – fl. 1210 – 696).
- “que o TEN. NASCIMENTO em seguida pediu para soltar o SD. W. ALVES, que caiu em uma ribanceira”;
- “que nessa hora foi colocada uma corda em SD. W. ALVES, tendo o mesmo sido arrastado”;
- “que depois que o SD. W. ALVES caiu na ribanceira, verificou-se que o mesmo estava desmaiado” (Depoimento do SD. ALEGARIO – fl. 1211 – 566).

O laudo cadavérico aponta, ainda, o descaso com o Sd W. Alves, ao afirmar ter o paciente permanecido desacordado das vinte e duas horas de vinte e três de julho até as dezesseis horas e três minutos de vinte e quatro de julho de dois mil e um, evoluindo com hipotermia, devido às condições climáticas e de ambiência desfavoráveis. Um total de dezoito horas e três minutos sem o devido tratamento médico. Ressalta-se, ainda, a ausência de tratamento específico (técnica de reaquecimento) para corrigir a hipotermia, até a hora em que se deu o óbito, ou seja, uma hora e quarenta minutos, de vinte e cinco de julho de dois mil e um.

A análise dos fatos trazidos à discussão permite a formação do juízo da culpabilidade do embargante, na exata dicção do § 2º do art. 29 do CPM, denominada de omissão penalmente relevante. Ao permitir que outros militares impingissem, de forma desproporcional, os denominados incentivos na vítima, a fim de prosseguir nos exercícios, o embargante deixou de observar o dever imposto em lei de zelar pela segurança dos seus comandados. Nesse sentido, cumpre transcrever parte do mencionado dispositivo:

“A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância...”.

No pensamento de Jorge César de Assis: “A omissão parece ser mais relevante em relação aos policiais e aos militares, federais e estaduais. Nesse caso, o dever jurídico é cristalino, seja nas orientações constitucio-

nais (finalidade das Forças Armadas e das Polícias Cíveis e Militares), seja nas determinações dos Códigos processuais e penal militar...” (Comentários ao Código Penal Militar, Editora Juruá, Curitiba, 7ª edição, pág. 78). E por que não inserir as previsões estampadas no Estatuto dos Militares e nos Regulamentos das Forças acerca das responsabilidades dos superiores em relação a seus comandados.

Restando plenamente demonstrada a qualificadora do § 2º do art. 213 do CPM, não há como reformar o Acórdão hostilizado em relação ao aspecto da adequação típica.

Conforme frisado no relatório, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, em 03 anos e 02 meses de reclusão. Para tanto, o Acórdão hostilizado acresceu ao mínimo previsto no § 2º do art. 213 do CPM o período de 08 meses com fundamento na “culpabilidade e no dolo intenso e mais 06 meses em razão da insensibilidade, indiferença e ausência de arrependimento demonstrados após a morte do militar”. Tal metodologia merece reparos, haja vista inexistir razão plausível para fixá-la em quantum tão exacerbado. Pelas circunstâncias fáticas apresentadas, não se deve atribuir toda a responsabilidade, de forma irrestrita, ao embargante. Cumpre reiterar que as condições adversas contribuíram de forma relevante para o nefasto resultado, tais como a dificuldade de deslocamento nas trilhas, o lamaçal decorrente da forte chuva, as baixas temperaturas, a escuridão, a necessidade de se cumprir todas as tarefas num tempo exíguo (3 dias, quando o normal era 5 dias) e a falta de apoio médico imediato, situações que fogem do controle exclusivo do embargante, como comandante do “20º Avião”. Somam-se a isso a privação do sono, o possível déficit alimentar, as dificuldades de remoção, a hipotermia (devido às baixas temperaturas), acarretando a perda da consciência e o estado de coma, o qual culminou no óbito do Sd W. Alves. Tamanhas eram as dificuldades que a própria Força deixou de realizar os exercícios de treinamento na Serra do Mendanha após o ocorrido.

Os fundamentos ora lançados não autorizam, por si só, o estabelecimento da pena-base em quantum muito acima do mínimo estabelecido. Não se justifica sua elevação, haja vista a comprovada ocorrência de uma fatalidade. Ademais, devem ser consideradas a primariedade e os bons antecedentes do Oficial, cujas folhas de alterações juntadas ao processo revelam tratar-se de um militar exemplar, sendo o mencionado episódio um fato isolado em sua carreira.

A resposta estatal às condutas criminosas há de ser respaldada no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a impor a sanção na justa medida.

Diante dessas considerações, impõe-se a fixação da pena-base no grau mínimo da figura típica prevista no § 2º do art. 213 do CPM, ou seja, 02 anos de reclusão, tornando-a definitiva nesse quantum em virtude da ausência de circunstâncias genéricas e de causas de aumento e de diminuição da pena.

Importa frisar a incidência da prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente. Trata-se de embargos opostos exclusivamente pela Defesa. O fato consumou-se em 24 de julho de 2001, sendo a Denúncia recebida em 10 de junho de 2002. A sentença condenatória foi lida e assinada em 21 de janeiro de 2005. Assim, pela interpretação literal do art. 125, inc. VI, §§ 1º e 5º, inc. II, do CPM, e pela pena agora fixada, verifica-se ter sido o fato alcançado pela prescrição em 21 de janeiro de 2009, considerando o lapso superior a quatro anos, entre a última causa interruptiva da prescrição, ou seja, a sentença condenatória, e a data do presente julgamento, em virtude de não haver, ainda, transitado em julgado para o embargante. Ressalta-se, por fim, que o Acórdão hostilizado, mesmo majorando a pena imposta, não tem o condão de interromper o curso da prescrição, haja vista tratar-se de decreto confirmatório da condenação.

Diante do exposto, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria obtida na forma do art. 80, § 1º, inciso II, do RISTM, em acolher os Embargos Infringentes do Julgado para, mantendo a condenação, tão somente, reduzir a pena imposta ao 1º Ten Ex JOSÉ JÃO DE AZEVEDO JUNIOR para 02 anos de reclusão, como incurso no art. 213, § 2º, do CPM e, por unanimidade, em declarar a extinção da punibilidade do Embargante, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro no art. 123, inc. IV, c/c os arts. 125, inc. VI, §§ 1º e 5º, inc. II e 133, todos do CPM.

Brasília, 2 de dezembro de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Revisor.

#### DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR

EMBARGOS(FO) Nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8)-DF

A Defesa do 1º Ten Ex José João de Azevedo Junior interpôs Recurso de Embargos Infringentes contra o Acórdão proferido por esta Corte Castrense, o qual proveu parcialmente o Apelo do Ministério Público Militar.

Trata-se de crime de maus tratos durante treinamento de paraquedismo, ocorrendo inclusive óbito de um dos recrutas participantes.

A Sentença a quo não merece qualquer reparo.

Diz, em síntese, a Sentença de fls. 1265/1274:

“É inquestionável que o fato mais grave decorreu da morte do soldado W. ALVES..

...ressai claro, da prova oral produzida, que os acusados NASCIMENTO, AZEVEDO, FELIPE, ex-cabo ALVES e o ex-soldado FABIANO praticaram maus-tratos contra W. ALVES.

(...)

Nesse contexto, configurou-se o concurso de agente com a conduta dos sobreditos imputados, que, mediante comunhão de esforços, praticaram os atos executórios do crime de maus-tratos definido no art. 213 do CPM.

(...)

A nosso sentir, também ocorreu para o evento letal o fato de a vítima ter perdido a consciência num determinado ponto da exfiltração, por debilidade orgânica, num local em que não havia condições de socorro – W. ALVES somente foi atendido por médicos depois de mais de 12 horas de ter desfalecido. A forma como W. ALVES foi transportado (evacuado) não foi compatível com o quadro clínico apresentado...

(...)

Finalmente, descabe o pedido da majoração de pena pelas circunstâncias agravantes estatuidas no art. 70, inciso II, alíneas ‘g’ e ‘l’, do CPM...

In casu, ambas as citadas circunstâncias agravantes integram o próprio tipo-delito do art. 213 do CPM; a circunstância definida na alínea ‘g’ trata do excesso na conduta de quem tem ascendência contra alguém numa escala hierárquica ou numa relação de dependência, sendo certo que no tipo em apreço o agente viola um dever preexistente de educação ou proteção, maltratando a vítima; nessa direção de raciocínio, a circunstância antecitada não deve ser aplicada, por ser elemento constitutivo do tipo do art. 213. Outrossim, não deve ser aplicada a circunstância agravante da alínea ‘l’, dado que o delito em tela só pode ser praticado pelo militar, quando este se encontra em serviço num exercício ou instrução militar.

(...)

2º FATO: Maus tratos do Tenente FELIPE BITTENCOURT DAS NEVES contra o soldado MAURÍCIO RIBEIRO LIMA.

O acusado, durante o interrogatório, ..., negou a imputação...

O ofendido, ..., asseverou que, depois que ficara desacordado, o acusado 'lhe deu uns tapas e apertou seu pescoço'.

A requerimento do MPM..., foi ouvido como testemunha do Juízo EDICLEISON SALVADOR DE MELO que deixou consignado não ter visto o acusado agredir o ofendido.

Nessa ótica, a absolvição do citado acusado, quanto a este fato, deve ser decretada.

3º FATO: Segundo a denúncia, o acusado MARCOS ANTONIO MENDES DOS SANTOS mandou o soldado JULIO CÉSAR ALEGÁRIO lamber o seu bute, além de ter pisado em seu rosto.

(...)

JULIO CÉSAR ALEGÁRIO, em juízo, ..., confirmou a imputação...

Ainda quando indicativa de autoria, a palavra isolada do ofendido, não confortada por outro meio idôneo de prova, não autoriza uma condenação...

4º FATO: Imputação da prática, pelo acusado ILZO JOSÉ ROBERTO JUNIOR, de constrangimento ilegal e lesão corporal contra DAVID LAET MOUTINHO.

(...)

A agressão somente foi corroborada por MARCOS VINICIUS DOMINGUES CORREA na fase preliminar, sendo certo que tal testemunha não foi ouvida em juízo, sob o crivo do contraditório. Demais disso, dita testemunha relatou que o acusado mandara LEAT beijar a boca de BRANDÃO, o que não foi confirmado pelo citado ofendido em Juízo. Nessa ótica, além dos antecedentes de animosidade entre réu e ofendido, afigura-se nos uma prova deficiente, incompleta e contraditória, conducente a um decreto absolutório.

5º FATO: Consoante a exordial, o acusado FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS mandou ADRIANO FAGUNDES DA SILVA agredir MAURO MENEZES DA SILVA.

(...)

Apesar do depoimento da testemunha do MPM, ..., o próprio ofendido, ..., declarou que a agressão que sofrera foi a título de incentivo.

Destarte, não se vislumbra na conduta dos imputados o dolo exigido à configuração do crime de maus-tratos.

6º FATO: Maus-tratos simples praticados pelo Tenente VINICIUS NASCIMENTO ROCHA, JEFFERSON PEREIRA ALVES E FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS, contra JOSIAS CAVALCANTE SILVA.

No reinterrogatório, ..., o acusado NASCIMENTO negou ter agredido JOSIAS. Este por seu turno declarou ter recebido, do acusado, um tapa forte na cabeça... . As testemunhas confirmaram a versão do ofendido...

Do mesmo modo, o acusado JEFFERSON ALVES, também no reinterrogatório, ..., negou a imputação. O ofendido JOSIAS, ..., declarou que apanhara do citado réu, o então cabo ALVES. Esta asserção foi confortada pelas testemunhas. Desta sorte, provado resultou a presente imputação contra JEFFERSON PEREIRA ALVES pelos maus tratos contra JOSIAS, em co-autoria com o Tenente NASCIMENTO.

No tocante a FLAVIANO, a absolvição se impõe, haja vista que JOSIAS negou ter sido agredido pelo citado réu.”.

É o quantum satis.

Assim, votei diferente de meus pares para acolher os Embargos, reformar o Acórdão proferido em sede de Recurso Apelarório e restabelecer a Sentença proferida.

Superior Tribunal Militar, 2 de dezembro de 2010.

Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR  
Ministro do STM

#### DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA

EMBARGOS(FO) Nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8)-DF

Votei vencido ao rejeitar os Embargos e manter inalterado o Acórdão recorrido, pelas razões que passo a expor.

O Tenente JOSÉ JÃO DE AZEVEDO JÚNIOR, ora Embargante, foi designado para ser o Oficial Comandante do “avião” a que pertencia o Soldado W. ALVES, sendo responsável não só pela conduta de seus subordinados como pela integridade física dos recrutas sob o seu comando. Contava com o apoio dos seguintes militares: 1º Tenente FELIPE BITTENCOURT, 1º Tenente VINICIUS NASCIMENTO ROCHA, 3º Sargento MARCOS ANTONIO MENDES DOS SANTOS, 3º Sargento RUI LEAN-

DRO ALVES JÚNIOR; Cabo JEFERSON PEREIRA ALVES; Cabo ALEX MARINHO BARROS; Soldado ANDERSON DE OLIVEIRA MORAES; e então Soldado FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS (atualmente ex-3º Sargento).

Todas as testemunhas ouvidas, bem como os denunciados, foram uníssonos em afirmar que antes do início da exfiltração houve uma reunião com o Comandante do Batalhão, durante a qual o pelotão foi orientado de que não poderia haver, em hipótese alguma, agressões físicas dos instrutores aos instruídos.

Há efetivamente nos autos provas de que o Tenente AZEVEDO, como Comandante do “Avião”, descumpriu ordens expressas do General Comandante da Brigada Paraquedista, que proibiam contato físico entre instrutores e instruídos.

Durante a Instrução Provisória e a fase judicial, foram inquiridas diversas testemunhas, além dos denunciados. Das referidas oitivas, destaca-se a seguir algumas afirmações sobre a conduta dos militares responsáveis pelo acompanhamento do exercício:

1. Ouviram o Aspirante a Oficial NASCIMENTO falar ao Tenente AZEVEDO (Embargante) que: “AZEVEDO, tem um urubu aqui que não quer mais andar, já cansei de bater nele e ele não anda” - MÁRCIO BARRETO RIBEIRO (fls. 158/159, 631/632 e 1096/1098), WELLINGTON DA CONCEIÇÃO SILVA (fls. 160/161), MAURO MENEZES DA SILVA (fl. 182), ANDRÉ DA SILVA SANTOS (fls. 183/184), LEONARDO GOMES DE SOUSA (fls. 187/188), CARLOS HENRIQUE GUEDES LEITE (fls. 189/190), RAPHAEL NASCIMENTO DA CRUZ (fls. 199/200), RICARDO RAMOS ALVES (fls. 203/204), WELLINGTON FERREIRA ASSUNÇÃO (fls. 205/206), LUIZ FERNANDO MENDES LIMA (fls. 206/207), JEAN CARLO DOS SANTOS BARBOZA (fls. 211/212), ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS (fl. 237), MARCOS RIBEIRO DE ARAÚJO (fl. 239), RAFAEL BERNARDO DE SOUZA (fls. 241/242), MARCUS VINICIUS DOMINGUES CORREA (fls. 247/248), JÚLIO CÉSAR SILVA ALEGÁRIO (fls. 249/250), SOCRATES QUERINO QUEIROZ (fls. 251/252 e 627/628), JORGE LUIS PEREIRA DE OLIVEIRA (fls. 255/256), ANDERSON OLIVEIRA MORAES (fls. 257/258), JEFERSON PEREIRA ALVES (ACUSADO) (fls. 270/272), FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS (ACUSADO) (fls. 273/275), ALEX MARINHO BARROS (fls. 301/302), o próprio Aspirante a Oficial NASCIMENTO confirma que falou isso ao Tenente AZEVEDO (fls. 278/279);

2. Ouviram o Tenente AZEVEDO (Embargante) mandar o Tenente NASCIMENTO continuar dando “incentivos” no Soldado W. ALVES

para que ele andasse: MÁRCIO BARRETO RIBEIRO (fls. 158/159, 631/632 e 1096/1098), WELLINGTON DA CONCEIÇÃO SILVA (fls. 160/161), ANDRÉ DA SILVA SANTOS (fls. 183/184), LEONARDO GOMES DE SOUSA (fls. 187/188), CARLOS HENRIQUE GUEDES LEBTE (fls. 189/190), EDICLEISON SALVADOR DE MELO (fls. 193/194), RAPHAEL NASCIMENTO DA CRUZ (fls. 199/200), RICARDO RAMOS ALVES (fls. 203/204), WELLINGTON FERREIRA ASSUNÇÃO (fls. 205/206), LUIZ FERNANDO MENDES LIMA (fls. 206/207), JEAN CARLO DOS SANTOS BARBOZA (fls. 211/212), MARCUS VINICIUS DOMINGUES CORREA (fls. 247/248), SOCRATES QUERINO QUEIROZ (fls. 251/252 e 627/628), JEFFERSON PEREIRA ALVES (ACUSADO) (fls. 270/272), FLAVIANO MACHADO DOSSANTOS (ACUSADO) (fls. 273/275);

3. Viram o Soldado W. ALVES e outros recrutas (especialmente os soldados JOSIAS e MENEZES) serem espancados violentamente pelo Aspirante a Oficial NASCIMENTO, Cabo ALVES e Soldado FLAVIANO: MÁRCIO BARRETO RIBEIRO (fls. 158/159, 631/632 e 1096/1098), WELLINGTON DA CONCEIÇÃO SILVA (fls. 160/161), MAURO MENEZES DA SILVA (fl. 182), ANDRÉ DA SILVA SANTOS (fls. 183/184), DAVID LAERT MOUTINHO (fls. 191/192), EDICLEISON SALVADOR DE MELO (fls. 193/194), JOSIAS CAVALCANTE (fls. 197/198), RAPHAEL NASCIMENTO DA CRUZ (fls. 199/200), RICARDO RAMOS ALVES (fls. 203/204), WELLINGTON FERREIRA ASSUNÇÃO (fls. 205/206), ADRIANO SÁ FREIRE FEITOSA (fls. 214/215), RAFAEL BERNARDO DE SOUZA (fls. 241/242), LUIZ CARLOS ORMOND (fls. 243/244), MARCELO COSTA IZIDORO (fls. 245/246), SOCRATES QUERINO QUEIROZ (fls. 251/252 e 627/628), JORGE LUIS PEREIRA DE OLIVEIRA (fls. 255/256), ANDERSON OLIVEIRA MORAES (fls. 257/258), FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS (ACUSADO) (fls. 273/275), RODRIGO VIEIRA GONÇALVES MACHADO (fls. 311);

4. Confirmam que os referidos militares continuaram a bater no Soldado W. ALVES, mesmo depois de ele estar caído e desacordado: MÁRCIO BARRETO RIBEIRO (fls. 158/159, 631/632 e 1096/1098), WELLINGTON DA CONCEIÇÃO SILVA (fls. 160/161), ANDRÉ DA SILVA SANTOS (fls. 183/184), LEONARDO GOMES DE SOUSA (fls. 187/188), CARLOS HENRIQUE GUEDES LEBTE (fls. 189/190), DAVID LAERT MOUTINHO (fls. 191/192), FLAVIO MANOEL SILVA (fls. 195/196), JOSIAS CAVALCANTE (fls. 197/198), JEAN CARLO DOS SANTOS BARBOZA (fls. 211/212), ADRIANO SÁ FREIRE FEITOSA (fls. 214/215), ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS (fl. 237), RAFAEL BERNARDO DE SOUZA (fls. 241/242), LUIZ CARLOS ORMOND (fls. 243/244), MARCELO COSTA IZIDORO (fls. 245/246), JÚLIO CÉSAR SILVA ALEGÁRIO (fls. 249/250), SOCRATES

QUERINO QUEIROZ (fls. 251/252 e 627/628), FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS (ACUSADO) (fls. 273/275), RODRIGO VIEIRA GONÇALVES MACHADO (fls. 311);

5. Viram o Aspirante a Oficial NASCIMENTO arrastar o Soldado W. ALVES com uma corda amarrada em seu peito, quando ele ainda estava consciente: WELLINGTON DA CONCEIÇÃO SILVA (fls. 160/161), ANDRÉ DA SILVA SANTOS (fls. 183/184), RICARDO RAMOS ALVES (fls. 203/204), ADRIANO SÁ FREIRE FETOSA (fls. 214/215), RAFAEL BERNARDO DE SOUZA (fls. 241/242), MARCELO COSTA IZIDORO (fls. 245/246), JÚLIO CÉSAR SILVA ALEGÁRIO (fls. 249/250);

6. Viram o Aspirante a Oficial NASCIMENTO arrastar o Soldado W. ALVES pela jugular do capacete: ADRIANO MARINHO DE PAULA (fls. 185/186), LEONARDO GOMES DE SOUSA (fls. 187/188);

7. Viram o Aspirante a Oficial NASCIMENTO mandar que largassem o W. ALVES ribanceira abaixo: RAFAEL BERNARDO DE SOUZA (fls. 241/242), JÚLIO CÉSAR SILVA ALEGÁRIO (fls. 249/250);

8. Afirmou EM JÚZO ter visto o Tenente AZEVEDO (Embarcante) dar “incentivos” no Sd W. ALVES - MÁRCIO BARRETO RIBEIRO (631/632; 1096/1097);

9. Confirmam que receberam ordens expressas do Tenente AZEVEDO (Embarcante) para “incentivar” os recrutas – FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS (ACUSADO) (fls. 56/58, 273/275 e 522/526); ANDERSON OLIVEIRA MORAES (fls. 257/258), JEFERSON PEREIRA ALVES (ACUSADO) (fls. 270/272);

10. Confirmam que foi realizada uma reunião entre os mais antigos do avião, após o enterro do Soldado W. ALVES, para “combinar” o que seria falado no IPM: JORGE LUIS PEREIRA DE OLIVEIRA (fls. 255/256), FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS (ACUSADO) (fls. 273/275), JOSÉ JOÃO DE AZEVEDO JÚNIOR (ACUSADO) (fls. 280/281), FELIPE BITENCOURT DAS NEVES (ACUSADO) (fls. 290/291).

Destaco a seguir trechos dos depoimentos de dois acusados, dando conta do que aconteceu durante a exfiltração.

O Acusado ex-3º Sargento FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS (auxiliar de saúde do avião onde o Sd W. ALVES estava), em seu depoimento de fls. 273/275 declarou:

“(…) De tudo que ocorreu naquela noite gostaria de dizer o seguinte: o único militar antigo que não teve qualquer tipo de participação nas agressões foi o CB MARINHO, (...) O primeiro a passar mal foi o Sd MENEZES, com esse falto o TEN

AZEVEDO viu que o avião ia começar a atrasar daí ele deu ordem para que o pessoal fosse incentivado, após isso a porrada comeu solta dentro do avião. (...) Quando o W. ALVES começou a ficar para trás era só incentivo, depois como ele não estava andando virou porrada (...) recordo-me do ASP OF NASCIMENTO gritar para o TEN AZEVEDO: 'AZEVEDO tem um "urubu" aqui que não quer mais andar, já cansei de dar pancada nele e ele não anda', daí o TEN AZEVEDO respondeu: 'dá mais incentivo nele'. Após isso fui até o W. ALVES ver o seu real estado ao chegar lá, tanto eu, quanto o ASP OF NASCIMENTO e CB ALVES batemos no W. ALVES, e aqui deixo claro que o ASP OF NASCIMENTO não só viu tudo como também agrediu o W. ALVES com bastante violência. (...) Recordo-me do W. ALVES empurrando seus companheiros para se afastar dele, com isto fui até ele para ver se ele estava realmente acochambrando e o mesmo me empurrou, daí dei-lhe um chutão. Levaram ele para o OS e lá ele ficou desacordado, quando chegou o TEN FELIPE e dei-lhe uns tapas fortes e ele não reagiu (...) mandei o REC NR-05 dar um incentivo no Sd MENEZES, como eu também o fiz, digo que o TEN AZEVEDO estava ao lado e não disse nada após ver, com isto julguei que estava agindo corretamente (...)" (grifos nossos).

Já o Acusado Cabo JEFFERSON PEREIRA ALVES declarou em seu depoimento de fls. 270/272:

"(...) ao sairmos do acampamento já começaram os incentivos por parte dos militares antigos do avião, que eram: TEN AZEVEDO, TEN FELIPE, SGT RUY, SGT MENDES, SD MARCO, SD MORAES, SD FLAVIANO, SD LUIS, com exceção do CB MARINHO, ASP OF NASCIMENTO e de mim que até então não tinha intenção de bater em ninguém. Ao chegarmos na Torre do Mendanha o SD LIMA veio a passar mal e pelo que eu me lembro o TEN AZEVEDO não queria retirá-lo de forma, porque não queria de forma alguma baixas em seu avião, convencemos ele de que o SD LIMA não apresentava condições físicas de continuar. (...) todo mundo batia, inclusive o Aspirante; até então eu não bati em ninguém; só comecei a bater quando os recrutas começaram a atrasar, por ordem dos 03 (três) Oficiais que mandaram dar incentivo, ou seja que batêssemos nos recrutas para que estes andassem mais rápido (...) pude ouvir a ho-

ra em que o ASP OF NASCIMENTO disse para o TEN AZEVEDO: 'AZEVEDO tem um "urubu" aqui que não quer mais andar, já cansei de dar incentivo nele e ele não anda', daí o TEN AZEVEDO respondeu: 'dá incentivo nele'." (grifos nossos).

Em que pesem as afirmações dos demais Acusados de que fizeram o possível para socorrer o Soldado W. ALVES, o que realmente se verifica nos autos é que o Embargante abandonou o referido soldado na mata vestido somente com um short, sem camisa, com as pernas envoltas em uma manta (fls. 184; 204 e 606/610).

O Tenente AZEVEDO, como comandante da fração, tinha comunicações e homens suficientes para atender à emergência que se lhe apresentava (o Soldado W. ALVES passando mal). Não o fez, agindo com indiferença, determinando que fossem dados mais "incentivos" (maus tratos) à vítima.

Quem realmente acompanhou e socorreu o Soldado W. ALVES até a chegada da equipe de resgate foi o Tenente BRAGANÇA, que pertencia a outro "avião", conforme se verifica nos depoimentos do próprio Tenente BRAGANÇA, do Tenente-Coronel RANGEL (Comandante do 20º Batalhão de Logística Paraquedista) (fls. 606/6010), do Tenente WAGNER ANDRÉ MACHADO BATISTA (orientador da equipe de resgate), do Soldado MARCOS PAULA DA SILVA, e até mesmo de dois dos acusados, o Aspirante a Oficial VINÍCIUS NASCIMENTO ROCHA e o Cabo JEFERSON PEREIRA ALVES (270/272). A seguir transcrevo um trecho do depoimento deste último:

"(...) Gostaria de acrescentar que durante os momentos em que carregamos o SD W. ALVES o único Oficial que ficou conosco durante todo o tempo foi o TEN BRAGANÇA, inclusive nos ajudou a carregá-lo, o que me surpreendeu foi que os Oficiais do avião assim que amanheceu nos abandonaram (...)" (grifos nossos).

As versões apresentadas pela Defesa são contraditórias. Segundo o registro de ocorrência do Hospital da Guarnição da Vila Militar, o Soldado W. ALVES deu entrada naquele hospital às dezesseis horas do dia vinte e quatro de julho, trazido pela equipe de resgate do 20º Batalhão Logístico Paraquedista. Esta equipe relatou aos plantonistas "ter encontrado o militar desacordado, após ter se perdido de seu pelotão, na Serra do Mendanha, por volta das vinte e duas horas de vinte e três de julho". Segundo informação prestada pelo Co-

mando do 20º Batalhão Logístico Paraquedista, o Soldado W. ALVES, decorridas duas horas da exfiltração, teria se sentido mal, sendo carregado, numa maca improvisada, por aproximadamente oito horas.

Na tentativa de dissimular o que realmente aconteceu durante a exfiltração, o Tenente AZEVEDO promoveu uma reunião na Companhia de Intendência do 20º Batalhão Logístico, logo após a morte do Soldado W. ALVES, para que alinhassem seus depoimentos no Inquérito Policial que seria aberto. Quanto a este fato, assim se referiu o Soldado FLAVIANO:

“(...) houve uma reunião na Cia de Intendência na sexta-feira após o enterro do Sd W. ALVES com todo o pessoal antigo do avião, lá foi combinado o que seria dito no IPM, eu não pude comparecer mas fui procurado pelo Ten FELIPE que me disse o seguinte: FLAVIANO vai haver um IPM no Btl a respeito do ocorrido, (...) em hipótese alguma podemos dizer que rolou porrada, pois se falarmos vai dar merda (...)” (grifos nossos).

Todas as tentativas dos réus de dar uma nova versão ao ocorrido durante o citado exercício são desmitificadas pelos depoimentos das testemunhas e pelos laudos carregados aos autos. O Relator da Apelação, Eminentíssimo Ministro Almirante de Esquadra JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS, fez questão de frisar, em seu voto, duas declarações do voto vencido do MM. Juiz-Auditor que dão suporte à materialidade do crime (fl. 1295):

“(...) Com relação às declarações dos acusados (...) rejeito-lhes maior credibilidade. Isso porque todos vieram a Juízo com respostas automáticas, prontas, com a preocupação orquestrada de realçar que W. ALVES morrera de hipotermia e que foram vão os esforços para socorrê-lo.

Não é verdade. Na realidade, W. ALVES veio a falecer em decorrência de choques exógenos, ou melhor, covardes agressões dos Tenentes NASCIMENTO, FELIPE e AZEVEDO, do Sargento RUY LEANDRO ALVES JUNIOR e das praças JEFFERSON PEREIRA ALVES e FLAVIANO MACHADO DOS SANTOS.”

Depuseram em Juízo, na qualidade de ofendidos, MAURO MENEZES DA SILVA, ex-Soldado do Exército (fls. 555/557), JOSIAS CAVALCANTE SILVA, Soldado do Exército (fls. 558/561), JULIO CESAR SILVA ALEGÁRIO, ex-Soldado do Exército (fls. 564/567) e DAVID

LAERT MOUTINHO, ex-Soldado do Exército (fls. 598/600), os quais confirmaram o sofrimento de agressões físicas impostas durante o treinamento de Paraquedistas de que participaram na Serra do Mendanha, bem como de terem presenciado, naquela ocasião, o brutal tratamento a que os responsáveis pela condução do referido exercício submeteram o Soldado W. ALVES.

Apenas para ilustrar a inegável brutalidade do tratamento dispensado ao Soldado W. ALVES, destaco trechos dos seguintes depoimentos:

“DAVID LAERT MOUTINHO (fls. 191/192) – (...) em determinado momento o W. ALVES começou a ficar mais lento ficando na retaguarda, nessa hora o CB ALVES, ASP OF NASCIMENTO e o SD FLAVIANO começaram a bater no SD W. ALVES, até a hora em que este veio a cair no chão ficando de quatro, daí o ASP OF NASCIMENTO começou a dar pontapés no SD W. ALVES que estava estirado no chão, parecia que o ASP OF NACIMENTO estava possuído, também vi o SD FLAVIANO e o CB ALVES baterem nele sendo que as pancadas pegavam em qualquer lugar, depois disso o W. ALVES levantou e continuou a caminhar com dificuldade e mesmo assim continuou apanhando dos 03 (três) (...) as pancadas não eram para incentivar aquilo ali era de verdade (...) comecei a andar mais rápido porque estavam começando a me bater com mais força (...).

RAPHAEL NASCIMENTO DA CRUZ (fls. 199/200) – (...) por várias vezes pude ver o ASP OF NASCIMENTO agredindo fisicamente o W. ALVES, dando tapas e socos no seu rosto e pelo barulho que fazia parecia ser com muita força, batia também nas costas dele, era covardia o que estava sendo feito, como o W. ALVES estava passando muito mal ele virou o centro das agressões (...) pude ouvir o ASP OF NASCIMENTO falando para o TEN AZEVEDO o seguinte: ‘AZEVEDO tem um “urubu” aqui que não quer mais andar já bati bastante nele e não adianta’, daí o TEN AZEVEDO disse: ‘dá mais incentivo nele’, depois disso como estava muito escuro o que pude perceber era os barulhos de pancadas (...).

ADRIANO SÁ FREIRE FEITOSA (fls. 214/215) – Durante a exfiltração estávamos juntos eu, JOSIAS e o W. ALVES e só me lembro que nós três levamos muita porrada, sendo que

o W. ALVES por estar pior foi quem mais apanhou, levou socos, chutes, tapas do ASP OF NASCIMENTO, CB ALVES e do SD FLAVIANO, resumindo dava pena do W. ALVES, pois eles não estavam muito preocupados se estava machucando ou não, lembro que bateram até com ele desacordado e mesmo caído no chão continuou a levar muita pancada (...) As porradas que levamos eram de verdade, chegaram até a amarrar uma corda nele e começaram a arrastá-lo (...).

LUIZ CARLOS ORMOND (fls. 243/244) – (...) durante a exfiltração ele (W. ALVES) apanhou muito do ASP OF NASCIMENTO e do CB ALVES, teve uma hora a pior de todas que os dois, após o Aspirante falar com o TEN AZEVEDO que o W. ALVES não queria mais andar, onde este já desacordado levou uma surra do ASP OF NASCIMENTO e do CB ALVES, eles o chutaram, deram tapas, varadas com pedaço de madeira, pontapés, nesse momento W. ALVES não reagia mais. (...) Quando deram essa surra nele eu cheguei a me esconder de medo e pude ouvir claramente o W. ALVES pedir para que os dois parassem de bater nele, para mim, o W. ALVES já estava morto lá em cima de tanto que apanhou.

MARCELO COSTA IZIDORO (fls. 245/246) – (...) o ASP OF NASCIMENTO veio a frente arrastando o W. ALVES, que já estava muito mal, e neste momento o Aspirante falou para o TEN AZEVEDO que tinha um 'urubu' que não queria mais andar, depois disso o W. ALVES, já deitado, foi espancado pelo ASP OF NASCIMENTO, CB ALVES e o SD FLAVIANO, deram socos, chutes, pontapés, bateram de tudo que era jeito (...) ninguém apanhou da forma do W. ALVES, deu pena.

SOCRATES QUERINO QUEIROZ (fls. 251/252 e 627/628) – (...) me recordo da voz do ASP OF NASCIMENTO dizendo que o W. ALVES não queria mais andar e que já tinha batido muito nele, como o TEN AZEVEDO mandou que continuasse incentivando, o SD. FLAVIANO deu vários chutes na altura das costelas do W. ALVES, sendo que o W. ALVES já estava desacordado (...) parecia que já estava morto, pois estava todo duro e não se mexia.

RODRIGO VIEIRA GONÇALVES MACHADO (fls. 311) – (...) eu fazia parte do efetivo do avião do TEN ALEX, eu era o primeiro recruta do avião e em determinado momento meu avião encostou no avião da frente, então pude ver o SD W.

ALVES que era um dos últimos homens do seu avião, juntamente com ele estavam o ASP OF NASCIMENTO, CB ALVES e o SGT RUY. O W. ALVES dava dois passos e caía e pude ver estes militares que falei anteriormente dando tapas, socos e chutes no W. ALVES, mesmo caído no chão eles continuavam batendo com muita força, lembro do W. ALVES chorando e gemendo de dor, até um dado momento em que este ficou um bom tempo deitado e meu avião passou (...).”

A corroborar as declarações das testemunhas, que confirmam que o Soldado W. ALVES foi agredido violentamente durante a exfiltração na Serra do Medanha, está o detalhado Laudo de Exame Cadavérico (fls. 298/447), que é denso de conclusões sobre a violência de que foi vítima o Soldado W. ALVES e sobre a omissão de socorro ao referido militar. Mais ainda, deixa clara a constatação de que a hipotermia fora o final de um episódio em que a violência e os maus tratos oferecidos ao jovem foram os detonadores de todo o quadro. Note-se que estamos nos referindo a um laudo realizado por médicos especialistas, em um conceituado Instituto de Medicina Legal. Senão vejamos:

“(...) O fato é que o corpo do militar examinado em nosso Setor de Medicina Legal do HCE apresentava sinais externos de violência – ação contundente – traduzidos pelas escoriações e tumefações de partes moles, na região orbitária esquerda, além de extensas escoriações, em arrasto, no dorso do tórax, que traduzem exatamente que o ex-militar foi arrastado, como dorso do tórax em contato com o solo – diferente de alguém que, ao se sentir mal, tenha sido ‘prontamente transportado por seus companheiros’ (...) e que ‘teve suas roupas trocadas várias vezes’, bem como exibia pequenas infiltrações hemorrágicas no pericrânio e no músculo temporal direito, ao tempo em que mostrava discreta infiltração hemorrágica subaracnóidea. Quem dizer, houve indubitavelmente, algum ato violento – não revelado, omitido... (?), ao tempo em que nos permite afirmar que as versões dadas, de certo, dissimulam o que realmente ocorreu com aquele ex-militar.

(...)

A partir deste ponto, fortaleceu-se nossa tese, em consonância ao que pudemos apurar no Exame Cadavérico, que houve um traumatismo crânio-encefálico, e cursando com

concussão cerebral, além de hemorragia subaracnóidea, conseqüentes à contusão da cabeça. Em nosso discernimento científico, diante das versões inverossímeis prestadas, foi aquele ex-militar vítima de algum ato violento (acidental ou mesmo intencional), sofrendo contusão da cabeça com conseqüentes concussão cerebral e hemorragia subaracnóidea, e 'esquecido', quem sabe 'largado' ou até mesmo 'perdido', a mercê de intempéries vigentes naquela Serra do Mendanha, em vinte e três de julho de dois mil e um, culminando com hipotermia, que desfechou o quadro (...)"

Do depoimento do Major do Exército LEVI INIMÁ DE MIRANDA (fls. 713/715) que, como Médico Legista e Chefe do Serviço de Medicina Legal do HCE, prestou esclarecimentos na condição de perito acerca do referido Laudo de Exame Cadavérico, destaco os seguintes trechos:

"Perguntado sobre o laudo cadavérico do SD WELLINGTON ALVES FONSECA, constante dos autos a fls. 390/448, respondeu que as equimoses e escoriações reveladas nas fotos de fls. 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446 e 447 foram produzidas por agressões físicas. (...) que em decorrência da multiplicidade de lesões detectadas no SD W. ALVES, e de escoriações na forma de arrasto, o declarante não teve dúvidas de que ocorreu agressão física, isto é, da relação de causa e efeito entre as lesões e uma agressão física intencional; (...) que se W. ALVES tivesse sido apenas acometido de hipotermia o quadro mórbido apresentado teria sido diferente; que o quadro apresentado por W. ALVES de perda de consciência, não decorreu de hipotermia, mas dos traumas sofridos, principalmente no segmento encefálico; que W. ALVES, em que pese este quadro, ficou a mercê das intempéries, chuva, frio, lama, (...) que se W. ALVES não tivesse sofrido a contusão na cabeça com a conseqüente perda da consciência devido à concussão cerebral, o citado W. ALVES não teria se tornado hipotérmico; que a atividade física desenvolvida iria produzir calor no organismo e conseqüentemente sua recuperação; que a ação contundente foi a causa de todo o quadro mórbido do SD W. ALVES; que a causa da morte do SD W. ALVES foi a contusão em sua cabeça; que a ação

contundente, referente ao terceiro quesito, decorreu de uma energia mecânica externa, mais precisamente, uma agressão física. (...) o declarante afirmou que as lesões padecidas pelo SD W. ALVES, particularmente contusão na cabeça com concussão cerebral, agravada por hemorragia subaracnóide (sic) decorreram de agressões infligidas no questionado SD W. ALVES, que as lesões detectadas em W. ALVES, poderiam ter decorrido de quedas, isto é, de atos não intencionais, todavia, somando-se todas as lesões apresentadas no corpo, o declarante afirma que tais decorreram de agressão física; que as extensões das lesões reveladas, principalmente em decorrência de contusão na cabeça, o Perito, à primeira vista, tem condições de asseverar que tais decorreram de ações intencionais; (...) que as lesões existentes no cadáver eram quase que exclusivas, vale dizer, no segmento cefálico e no tronco o que, para os peritos, não se coaduna com a idéia simples de uma queda; que a resposta constante ao segundo quesito, exarada a fls. 432, de que a contusão na cabeça com a concussão cerebral, indubitavelmente, decorreu de agressão, ou melhor, que o declarante nunca teve dúvida que a contusão na cabeça com concussão cerebral, ocorreu por agressão; (...) a hipotermia, isoladamente, seria irrelevante, isto é, o soldado não teria morrido, valendo notar que a citada hipotermia resultou da contusão na cabeça, que gerou a concussão cerebral”.

A condução do treinamento, da maneira como foi comandada pelo Embargante, beirou à barbárie. Assim, não posso adotar outra posição que não seja a manutenção do Acórdão atacado, o qual faz amplo exame de como os fatos ocorreram entre 21 e 24 de julho de 2001, analisando todas as circunstâncias que envolveram o exercício final de Instrução Básica do Combatente, deixando clara a participação de cada um dos indiciados nos maus tratos e omissão de socorro que levaram à morte do Soldado WELLINGTON ALVES FONSECA. Adoto inteiramente as razões de decidir, nos exatos termos do voto exarado pelo Eminentíssimo Ministro-Relator Almirante de Esquadra JOSÉ ALFREDO LOURENÇO, in verbis:

“Sabemos que é duro o treinamento, nas Forças Armadas, de Unidades conhecidas como Forças Especiais, cujo significado militar, em verdade, se refere a homens que irão

executar missões de alto risco, sob condições extremamente adversas e submetidos a elevado estresse.

Alguns dos elementos subjetivos do tipo 'maus-tratos', à primeira vista, podem parecer presentes nos treinamentos, mas, de fato, não estão, porque o 'animus disciplinandi' não se ergue como dolo, porque não há vontade e consciência do abuso de poder pelos agentes. A rigidez é parte do treinamento.

Manter os homens no limite de suas forças físicas, com necessidades não supridas, fome e sede, exigir-lhes mais do que se tem como comum exigir, falar-lhes com rispidez, enfim, isso é comum na conduta dos instrutores e não configura maus tratos. Assim é feito, acima de tudo, pela necessidade de manutenção de um processo altamente seletivo, eliminando aqueles que não suportam as agruras do treinamento, evitando que venham a morrer sob combate real, cujas condições em muito se assemelharão às do treinamento.

Isto dito, deve-se lançar olhos a este Processo com os resguardos da profissão militar, observando as características do treinamento, acima resumidas.

Este Relator assim o fez, mas o que encontrou foram ações além do tolerável e omissão dolosa daqueles que tendo o poder e o dever de impedir o que ocorreu — em especial o Comandante do grupo — não o fizeram.

Vou destacar, como embasamento deste voto, alguns fatos, eventos e depoimentos, presentes nos autos, apondo observações e avaliações a respeito.

Início pelo Laudo de Exame Cadavérico, realizado no HCE, em 25 de julho de 2001. Uma primeira constatação é que o IPM, aberto na mesma data, requereu o laudo, sem recebê-lo até o dia 24 de setembro de 2001, quando o IPM foi enviado ao Juiz Auditor da 1ª CJM. Encerrou-se, assim, o IPM sem uma peça fundamental.

A 6 de novembro de 2001, o MPM requereu o laudo. O atendimento só veio a ocorrer em 8 de fevereiro de 2002, onde se notam as folhas carimbadas, no HCE, como conferindo com o original. Portanto, o exame cadavérico teve seu relatório produzido paralelamente ao IPM e, na busca da 'causa mortis', ali encerrando conclusões que não nos levam a dar crédito a várias declarações que foram prestadas tanto no IPM como na Ação Penal.

Vamos sublinhar algumas. O laudo pericial é minucioso, detalhado, técnico, dividido em dez (10) partes, cujo conteúdo, a meu sentir, é tanto esclarecedor como contundente.

No exame cadavérico, a face do soldado W. ALVES apresentava tumefação de partes moles (em especial no lado esquerdo junto ao olho), sangue surdindo nas narinas e boca (não afastada a hipótese de sangramento decorrente da introdução rápida, pelo nariz, de cânulas e aparelhos para conter uma parada cardíaca).

O laudo aborda o traumatismo craniano, fruto de impacto violento; as contusões abaixo da axila esquerda; as placas nas costas na altura das omoplatas e, um pouco abaixo, arranhões exuberantes, em arrasto.

Esses arranhões, quando associados às declarações do primeiro médico que o atendeu, ainda na Serra da Mendanha, e mais as da Equipe de Resgate, ambas constantes do laudo (fls. 401), demonstram que o 'de cujus' foi arrastado pelo chão, sem que a gandola o protegesse, ficando a sua pele recoberta de terra. Conclui-se que ou estava sem a gandola ou foi arrastado pelos pés, com o seqüente recolhimento da gandola.

São falsos, destarte, os depoimentos dos oficiais — em especial do 1º Ten Azevedo — quanto aos cuidados prestados ao falecido SD W. ALVES. Os depoimentos das testemunhas mostram que o soldado foi arrastado várias vezes e só veio a receber atenção quando não mais reagia, inerte, sem sentidos. Erecebeu atenção insatisfatória.

Aqui já estaria configurado o tipo de maus tratos, em um de seus elementos 'Expor a perigo a vida ou a saúde, (...) privando-a (a pessoa), de alimentação ou cuidados indispensáveis' (grifei), apontando diretamente para aqueles que tinham o dever de evitar o que ocorreu com o praça, em especial o Comandante da fração no exercício.

Pelo laudo, a 'causa mortis' de W. ALVES foi hipotermia, agravada pelos ferimentos, mormente traumatismo encefalo craniano (TEC), com hemorragia subaracnoidal, e pelo frio que atingiu o soldado desprotegido.

Nota-se, ainda, pelo tempo decorrido até a equipe de resgate o alcançar e chegar ao primeiro atendimento médico, o estado de abandono em que se encontrava a vítima. No re-

lato médico, W. ALVES estava 'comatoso', 'hipotérmico', com a 'pele recoberta por terra' (fls. 401).

O abuso de meios de correção ou disciplina está fundamentado em inúmeros depoimentos, prestados em IPM e na Ação Penal; também a privação de cuidados indispensáveis à pessoa, a exposição a perigo da vida e da saúde, tudo documentado no laudo e nos testemunhos. A soma de ações e omissões levaram o soldado W. ALVES à morte.

Em suas Razões de Apelação, a nobre Promotora Dra. Adriana Santos pugna pela prevalência do voto vencido do MM. Juiz-Auditor Dr. ANTONIO CAVALCANTI SIQUEIRA FILHO, com a condenação dos réus, naquele voto relacionados, pela prática do delito previsto no Art. 213, § 2º, do CPM.

(...)

Destacam-se, por fim, duas declarações do voto vencido do eminente Juiz-Auditor que dão suporte à materialidade do crime:

...'com relação às declarações dos acusados (...) rejeitamos maior credibilidade. Isso porque todos vieram a Juízo com respostas automáticas, prontas, com a preocupação orquestrada de realçar que W. ALVES morrera de hipotermia e que foram vão os esforços para socorrê-lo.

Não é verdade. Na realidade W. ALVES veio a falecer em decorrência de choques exógenos, ou melhor, das covardes agressões dos Tenentes Nascimento, Felipe e Azevedo, do SGT Ruy Leandro Alves Junior e das praças Jefferson Pereira Alves e Flaviano Machado dos Santos' (fls. 1295).

Adiante, refere-se o Magistrado ao depoimento do Major Médico do EB Dr. LEVI INIMÁ DE MIRANDA, Chefe do Serviço de Medicina Legal do HCE, que reproduz (fls. 1301), fazendo destacar em grifo final:

...'somando-se todas as lesões apresentadas no corpo, o declarante afirma que tais decorreram de agressão física'.

A Defesa, em contra-razões de Apelação do MPM, pugna pela manutenção da Sentença proferida, na instância 'a quo', aduzindo, como fizera nas razões escritas, que nas condições climáticas adversas foram as quedas do SD W. ALVES que lhe causaram os ferimentos, sobrevivendo a hipotermia

e morte devido à demora e a deficiências do atendimento médico.

Por último, dentro do quadro descrito na fase relatoral, destaque-se que o cerne do entendimento que isentou os Apelados da qualificadora do Art. 213, adotado por maioria (3x2), inscreveu-se assim na Sentença, fls. 1277/1278:

...’entendeu o Conselho a inexistência, *in casu*, da prática do crime preterdoloso contra NASCIMENTO, AZEVEDO, FELIPE, ALVES e FLAVIANO, isso porque a morte de W. ALVES estava fora da previsibilidade dos referidos réus, tendo ocorrido em decorrência do seguinte: W. ALVES foi submetido a um exercício vigoroso acima da capacidade física para a qual estava condicionado; demais disso, ao tempo da exfiltração, ele já estava privado do sono por noites seguidas (dormiu apenas 03 (três) horas em 48 (quarenta e oito horas). Acresça-se a isso as condições climáticas da ocasião (chuva, frio), todas, indiscutivelmente, desfavoráveis.

A nosso sentir, também concorreu para o evento letal o fato de a vítima ter perdido a consciência num determinado ponto da exfiltração, por debilidade orgânica, num local em que não havia condições de socorro – W. ALVES somente foi atendido por médicos depois de mais de 12 (doze) horas de ter desfalecido. (...)

‘Nessa perspectiva, os acusados NASCIMENTO, AZEVEDO, FELIPE, ALVES e FLAVIANO, na qualidade de instrutores, com vontade livre e consciente, praticaram no instruendo, o ex-recruta W. ALVES, apenas o crime de maus-tratos simples, recortado no caput do artigo 213 do Estatuto Repressivo Castrense, pelo que a condenação se impõe.’.

A materialidade do delito de maus-tratos é inuvidosa diante da riqueza dos relatos testemunhais que se harmonizam com o quadro descrito no exame cadavérico do Sd W. ALVES. Não há credibilidade nos relatos dos apelados (‘incentivos’ e não violência, providências para aquecer o corpo do soldado, transporte cuidadoso, etc.), porque se verdadeiros fossem não ocorreria a morte de um militar que detinha boa saúde e compleição física robusta (depoimentos e laudo).

Passemos, assim, a julgar as condutas dos apelados e as circunstâncias judiciais inscritas no Art. 69 do CPM, inerentes a cada um.

1º Ten JOSÉ JOÃO DE AZEVEDO JUNIOR

A culpabilidade deste oficial se apresenta com dolo intenso. A primeira ação que teve como Comandante da fração de tropa em exercício foi descumprir ordens superiores que proibiam o contato físico entre instrutores e instruídos; ordens que sabia emanadas do General Comandante da Brigada Paraquedista, transmitidas a todos, antes do treinamento, pelo Cel Comandante do Batalhão. Não só as descumpriu, agredindo o Sd. W ALVES, como deu determinações aos subordinados para que o fizessem. No que se refere ao tratamento, aos cuidados, às providências para a recuperação do Sd W. ALVES, mostrou uma omissão criminosa. Desacordado, sabe-se que o Sd foi agredido e arrastado. O Ten Bragança, de outro grupo, foi o oficial que mais se esforçou (fls. 61) para transportar o Sd ao ponto de resgate, desde quando encontrou praças que o levavam de forma incorreta. Disse que W. ALVES delirava. Aliás, foi este oficial o único a conduzir o soldado ao ponto de resgate.

No IPM (fls. 62/63) informou que encontrou o SD W. ALVES à 0h30min, ainda no chão. Perguntado o que lhe levou a decidir pela evacuação do SD W. ALVES, respondeu: 'foi uma decisão tomada em conjunto com o 1º Ten CLAUDIO, pois os militares do 20º B Log estavam somente fazendo a companhia do referido militar e no meu ver este precisava de cuidados médicos, pois estava delirando muito, apesar de seus sinais vitais estarem normais'. Esta declaração se torna mais impressionante ao ver-se que o 1º Ten AZEVEDO estava presente.

O Ten Azevedo comandava o grupo. Tinha comunicações, homens suficientes (mais de trinta) e, portanto, detinha os meios para atender à emergência que se apresentava. Não o fez; o que fez está nos autos relatado pelas testemunhas, omissão e descaso com a saúde da vítima.

Após a morte do Sd W. ALVES agiu com indiferença e sem arrependimento. Marcou uma reunião dos mais antigos, antes do IPM, para, segundo ele, 'recomendar que todos falassem a verdade'. Na versão do ex-Sd FLAVIANO (7º indiciado), dada no IPM (fls. 275), ocorreu o seguinte:

'Gostaria também de dizer que houve uma reunião na Cia de Intendência na Sexta-feira após o enterro do SD W. ALVES com todo o pessoal antigo do avião, lá foi combinado

o que seria dito no IPM, eu não pude comparecer mas fui procurado pelo TEN FELIPE que me disse o seguinte: FLAVIANO vai haver um IPM no Btl a respeito do ocorrido, eu já participei de um IPM e é sinistro; nós precisamos combinar o que vamos dizer e não pode haver contradição e em hipótese alguma podemos dizer que rolou porrada, pois se falarmos vai dar merda e mandou também eu avisar ao CB ALVES da reunião.'.

Destarte, não se arrependem aqueles que entram em conluio para esconder a verdade.

Nenhuma das circunstâncias judiciais é favorável ao apelado. Em seu favor militam a primariedade e bons antecedentes.

Assim, à pena mínima cominada ao crime do Art. 213, § 2º, acresçam-se oito (8) meses pela sua culpabilidade e dolo intenso e seis (6) meses pela insensibilidade, indiferença e ausência de arrependimento, demonstrados após a morte do militar.

A pena base é fixada em 3 anos e 2 meses (três anos e dois meses), tornado-se definitiva na falta de atenuantes e agravantes.

Em face da primariedade e bons antecedentes, fica estabelecido o regime aberto, se ocorrer procedência do julgamento previsto no Art. 142, incisos VI e VII, da CF/88". (grifos nossos).

Concordo integralmente com o Ministro-Relator da Apelação, o Eminentíssimo Ministro JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS, quanto à dificuldade e extrema cobrança durante o treinamento de recrutas. No entanto, não podemos esquecer que o principal objetivo desses treinamentos é preparar e formar guerreiros, e não bárbaros!

A conduta do Embargante é inescusável, especialmente se considerarmos que era o comandante da tropa e, ao invés de zelar pela integridade física de seus comandados, deu ordem expressa para que esses fossem agredidos pelos seus auxiliares.

Muitos foram os erros cometidos nesse fatídico exercício. Equívocos, ao nosso ver, que mereciam a apuração de responsabilidades de superiores do Tenente AZEVEDO. De todos eles, merecem destaque:

- o deficiente planejamento da instrução, na medida em que se tentou fazer em três dias quase tudo que estava programado para cinco;

- a inexistência, em pontos de controle devidamente planejados, de oficiais de maior experiência, capazes de inspecionar o desenvolvimento do exercício, coibir abusos e verificar o estado de higidez da tropa;

- o inócuo planejamento de apoio de saúde, que não previu evacuação aeromédica e disponibilizou poucos e inexperientes profissionais, capazes de recomendar, de longe, que o jovem Soldado que passava mal continuasse na marcha ou, no caso do médico que se encontrava no ponto final da exfiltração, de posicionar um profissional de saúde sem condições físicas sequer para acorrer a uma emergência.

No entanto, nada disso exime a responsabilidade cristalina daquele que comandava uma fração de tropa, que tinha sob sua responsabilidade a execução da instrução e, por consequência, o bem-estar de seus comandados. Antes de tudo, um comandante deve velar pelo estado físico e moral de seus homens. Esta responsabilidade é intransferível.

Os instrutores, e principalmente o comandante da tropa, estavam cientes que os seus instruendos estavam à beira da exaustão, seja pela exigência física intensa do treinamento, seja pelas poucas horas de sono e privação de alimentação adequada. No entanto, ao invés de auxiliarem seus instruendos, optaram por agir de forma contrária, agravando ainda mais o estado de debilidade dos recrutas.

Por fim, não é verossímil a versão de que o traumatismo crani-ano fora causado pelas diversas quedas durante o seu transporte, uma vez que seu resgate ocorreu somente APÓS, repito, APÓS a sua perda de consciência, a qual se deu em decorrência do referido traumatismo.

Considero que a pena aplicada em sede de Apelação poderia ter sido ainda maior, como bem destacou o Juiz-Auditor ANTONIO CAVALCANTI SIQUEIRA FILHO, ao apresentar seu voto vencido, in verbis:

“ Não fosse a roupagem dada ao fato pelo artigo 213, §2º, c/c o artigo 9º, II, ‘a’, ambos do CPM, o crime em apreço seria hediondo, de tortura, nos moldes preconizados na Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997” .

Isso posto, votei pela manutenção do Acórdão atacado, por seus próprios fundamentos.

Faço, desse modo, a presente declaração de voto, para que fique constando dos autos, nos termos do § 8º do art. 51, do Regimento Interno desta Corte.

Brasília, 2 de dezembro de 2010.

ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA  
Ministro do STM

---



Habeas Corpus



---

HABEAS CORPUS Nº 0000027-44.2010.7.00.0000-PA

---

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Paciente – CARLA DANIELE DOMINGUES GRILLI, civil, respondendo ao Processo nº 0000002-82.2010.7.08.0008, perante a Auditoria da 8ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MMª Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 11ª CJM, impetra o presente Habeas Corpus, requerendo, liminarmente, o sobrestamento do feito até o julgamento final do presente Writ. No mérito, pede a concessão definitiva do pedido liminar, o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União para processá-la e julgá-la, a anulação do Processo desde o recebimento da denúncia, a remessa dos autos à Justiça Comum e, alternativamente, o trancamento da ação penal.

Impetrante – Drs. Roberto Lauria e Lorena de O. Ferreira.

---

EMENTA

RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DELITO CONTRA A HONRA. INDEFERIMENTO DO PLEITO LIMINAR VISANDO OBSTAR A CITAÇÃO E O INTERROGATÓRIO DE PACIENTE CIVIL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. CRIME SUJEITO À JURISDIÇÃO COMUM. Esposa de militar acusada de propalar ofensas contra General, por meio da página virtual do Orkut. Dos fatos narrados, extrai-se que houve um desabafo feito via internet, motivado pelo fato de o Oficial-General haver punido disciplinarmente o marido

da paciente, ao se reapresentar no quartel a destempo, após fruição de licença-luto. A impetração do writ objetivou trancar a ação penal, sob a alegação de faltar justa causa, por atipicidade da conduta. Alternativamente, postulou-se a declaração de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar a civil. Com efeito, a conduta imputada à paciente não se amolda às hipóteses delineadas no inciso III do artigo 9º do CPM. Não agiu para macular a imagem da instituição militar, na figura do Comandante da Região Militar, mas apenas a da pessoa do Oficial-General, enquanto cidadão. Quanto ao trancamento da ação penal, por carência de justa causa, tem-se que tal propósito não se afigura recomendável, sob pena de criar coisa julgada material perante a Justiça Comum, foro competente para apreciar o fato imputado à paciente. Ordem concedida para declarar a nulidade da decisão que recebeu a denúncia e dos atos subsequentes, com a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Decisão unânime.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, com fundamento nos artigos 466 e 467, alínea "i", do CPPM, concedeu a ordem de Habeas Corpus em favor da civil CARLA DANIELE DOMINGUES GRILLI, para declarar, com lastro no art. 500, inciso I, do mesmo Diploma Legal, a nulidade da Decisão que recebeu a denúncia oferecida nos autos do Processo nº 0000002-82.2010.7.08.0008, que tramita perante a Auditoria da 8ª C.M, bem como a nulidade dos atos subsequentes, determinando a remessa do feito ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, para os fins de direito. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa, Dr. Roberto Lauria, e a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Rita de Cássia Laport.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Rita de Cássia Laport. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho e Alvaro Luiz Pinto. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 31ª Sessão, 27.4.2010).

**RELATÓRIO**

Trata-se de pedido de Habeas Corpus formulado pelos ilustres advogados Drs. Roberto Lauria e Lorena Ferreira, ambos inscritos na Seccional OAB/PA, em favor da civil CARLA DANIELE DOMINGUES GRILLI, que figura como acusada no Processo nº 0000002-82.2010.7.08.0008, em trâmite perante a Auditoria da 8ª CJM.

Apontaram os impetrantes como autoridade coatora, inicialmente, a MMª. Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 11ª CJM, pelo fato deste Juízo haver manifestado o propósito de efetuar a citação a paciente, em cumprimento à carta precatória citatória expedida pela Auditoria da 8ª CJM.

Por meio da petição de fls. 101/102, os impetrantes emendaram a inicial, para indicar como autoridade coatora o Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 8ª CJM, o qual, na realidade, havia recebido a denúncia oferecida contra a paciente.

Narram os impetrantes que, no dia 10 de junho de 2009, faleceu o genitor da paciente, sendo ela casada com o Tenente-Coronel do Exército Cássio Grilli, o qual havia obtido autorização do Comando da 8ª Região Militar para comparecer ao sepultamento do sogro, na cidade de Rosário do Sul/RS. A licença de luto deferida ao referido militar expirou no dia 19 de junho de 2009 (sexta-feira). Como não conseguiu encontrar passagens de regresso, tentou manter contato com o Comando a que estava subordinado, sem êxito, vindo a se apresentar somente na segunda-feira seguinte, dia 22, razão pela qual o referido Oficial Superior foi punido disciplinarmente.

O motivo principal que levou o Ministério Público Militar a denunciar a paciente perante a Auditoria da 8ª CJM, por delito previsto no art. 216 do CPM (injúria), decorreu do fato de ela haver disponibilizado no site de relacionamentos Orkut a seguinte mensagem (fl. 03):

“Gente, estou passada, abismada, além de todo o meu sofrimento ainda ter que ver meu marido passar por uma humilhação dessa por um General covarde, que age perante a fragilidade emocional... Sabe qual foi o apoio nesse momento, que está o pior momento da minha vida, do Exército, da guarnição do marido? Uma PUNIÇÃO. (...) Eu realmente e de coração desejo que vc esteja num ambiente bom, muito melhor que o meu, com humanidade, compaixão, solidariedade e principalmente que seus maridos estejam sendo comandados por HOMENS, e

não por vermes, nojentos e sanguessugas que têm como bordão pessoal 'Para os amigos TUDO! Para os inimigos até a injúria e a difamação!'. Só que para ser amigo dum traste desse imagine como deve ser o caráter do cidadão. Bem, minhas queridas, foi só um desabafo... Minha revolta, indignação só não é maior pq está ofuscada pela minha dor, minha tristeza de ter perdido uma das pessoas mais especiais da minha vida [...]"

Argumentam os impetrantes que os fatos em comento não configuram crime de natureza militar, por não se ajustarem a qualquer das hipóteses delineadas no art. 9º do CPM, uma vez que as expressões utilizadas foram dirigidas à pessoa do militar ofendido, não dizendo respeito à função militar que o mesmo exercia, não constituindo, portanto, ofensa à Instituição Militar.

Ademais, segundo os impetrantes, o meio informal de comunicação utilizado (página do Orkut), a título de desabafo, em momento de angústia e tristeza, pela morte do pai, sequer mencionaram o nome do General.

Essas questões e outras mais foram ventiladas pelos impetrantes para reforçar o pedido de incompetência desta Justiça Especializada.

Concluíram requerendo liminar para sobrestar o andamento do feito e desobrigar a paciente de comparecer aos atos processuais designados para 24 de março de 2010 perante a Auditoria da 11ª C.M, notadamente para fins de citação. No mérito, pugnou-se pela anulação do processo desde o recebimento da denúncia, sob o argumento de faltar justa causa, com o conseqüente trancamento da ação penal ou, alternativamente, o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar os fatos, com a remessa dos autos à Justiça Comum.

Instruem o pedido com os documentos acostados, por cópia, às fls. 16/22, a saber:

- fl. 16 – Dossiê extraído do Sistema de Acompanhamento de Processos do STM (SAM), onde consta que o Processo nº 0000002-82.2010.7.08.0008 tramita perante a Auditoria da 8ª C.M, distribuído ao Juiz-Auditor Substituto Dr. André Lázaro Ferreira Augusto que, em 15 de janeiro de 2010, recebeu a denúncia oferecida contra a civil CARLA DANIELE DOMINGUES GRILLI e determinou, no dia 4 de fevereiro de 2010, a expedição de carta precatória para a Auditoria da 11ª

CJM, onde deveriam ser efetivados os atos de citação, qualificação e interrogatório;

- fls. 17/21 – Denúncia oferecida contra a ora paciente perante a Auditoria da 8ª CJM, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 216 do CPM; e

- fl. 22 – Mandado de Citação expedido por ordem da Drª Vera Lúcia da Silva Conceição, Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 11ª CJM, determinando a citação da ora Paciente “(...) para, sob as penas da lei, responder até final julgamento ao Processo nº 0000002-82.2010.7.08.0008, instaurado contra a mesma na Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, considerando-a como incurso no Art. 216 do Código Penal Militar, em face da ocorrência dos fatos relatados na denúncia, anexa por cópia (...)”.

Pelas razões e fundamentos consignados na decisão de fls. 27/29, indeferi o primeiro pedido de liminar.

Pela Juíza-Auditora da Auditoria da 11ª CJM, apontada, inicialmente, de forma equivocada, como autoridade coatora, foram prestadas as informações acostadas às fls. 34/79, fazendo referência, unicamente, à carta precatória citatória cumprida por solicitação da Auditoria da 8ª CJM.

Num segundo momento, vieram aos autos os documentos acostados às fls. 104/162, remetidos pela Auditoria da 8ª CJM, dentre eles se destacando, como de efetivo interesse, a Representação formulada por meio de advogado constituído, em nome do General-de-Divisão NEWTON ÁLVARES BREIDE, Comandante da 8ª Região Militar, dirigida ao Ministério Público Militar, relatando os fatos já transcritos e relacionados à divulgação da mensagem supostamente injuriosa, instruído com cópias da “Página de recados de Smone G.”, extraídas do site de relacionamento Orkut (fls. 133/135) e outros documentos que permitiram a instauração do IPM nº 02/10, que serviu de lastro para oferecimento de denúncia contra a ora paciente, cujo recebimento ocorreu em 15 de janeiro de 2010 (fls. 156/157).

Por derradeiro, visando obstaculizar a realização dos atos de qualificação e interrogatório da ora paciente, que estavam programados para o dia 7 de abril de 2010, os ilustres impetrantes renovaram pedido de liminar (fl. 177), que foi indeferido por este Relator, por perda de objeto, diante da informação prestada pelo Juiz-Auditor Substituto da

Auditoria da 8ª CJM (fl. 188), esclarecendo que os atos processuais haviam sido adiados sine die, em razão do advogado do ofendido haver requerido sua habilitação para funcionar no feito como assistente de acusação.

Cabe relatar, por derradeiro, que a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar se manifestou no presente feito em duas oportunidades, em ambas por pareceres da lavra do insigne Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares, a saber:

1-) Da primeira feita, diante das informações prestadas unicamente pela Auditoria da 11ª CJM (fls. 83/89), o culto Parecerista, após tecer considerações em torno das circunstâncias em que os fatos ocorreram, opinou, em conclusão, pela concessão da ordem, de modo a declarar a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar a ora paciente, com remessa dos autos à Justiça do Estado do Pará, por ser competente para apreciação do feito; e, finalmente,

2-) Num segundo momento, diante dos esclarecimentos prestados pela Auditoria da 8ª CJM, opinou às fls. 166/170, ratificando o parecer anterior, pela concessão da ordem de Habeas Corpus, para determinar a remessa dos autos à Justiça do Estado do Pará.

E, para concluir, este Relator, atendendo pedido formulado pelos impetrantes, designou a presente data para julgamento.

Assim relatado, passou o Tribunal à decisão.

#### VOTO

Perseguem os nobres impetrantes, em verdade, dois pedidos distintos.

Num primeiro momento, requerem o trancamento da ação penal que tramita perante a Auditoria da 8ª CJM, em decorrência do recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar no bojo dos autos do Processo nº 0000002-82.2010.7.08.0008, onde se imputa à ora paciente a prática do delito previsto no art. 216 do Código Penal Militar (injúria). Invocam, como fundamento para o trancamento da persecução penal, a falta de justa causa, por atipicidade de conduta, uma vez que a paciente, na visão dos ilustres causídicos, não teria tido o propósito de injuriar o ofendido, considerando que o conteúdo da mensagem inserida no site de relacionamentos Orkut representava um mero desabafo, em momento de angústia, decorrente da perda do genitor, agravada pela punição sofrida pelo marido.

Como segundo tópico, pleiteiam a declinatoria fori em favor da Justiça Comum, uma vez que as propaladas ofensas não foram dirigidas ao Comandante de área, em razão da função militar que exercia, mas sim ao Oficial-General, enquanto cidadão e pessoa física.

Delineados os objetivos perseguidos pelos impetrantes, resta decidir a qual deles analisar com prioridade.

O prudente arbítrio recomenda que se proceda, em primeiro plano, à análise da questão relacionada à competência ou não desta Justiça Militar da União para apreciar os fatos, pois não poderia esta Corte adotar qualquer posicionamento em relação ao pedido de trancamento da ação, sem antes se assegurar de que a conduta imputada à paciente se afigure, mesmo que em tese, crime de natureza militar, de modo a justificar o exercício desta jurisdição especializada.

A questão da competência jurisdicional se sobreleva em grau de importância, uma vez que os atos praticados por juiz ou juízo incompetente são nulos de pleno direito (art. 500, inciso I, do CPPM).

Não se desconhece que o momento processual adequado para análise de arguições de incompetência e outras questões mais, a teor dos artigos 143 e 407, ambos da Lei de Ritos Castrenses, é aquele que ocorre logo após a qualificação ou o interrogatório do acusado.

Por outro lado, a despeito da existência de previsão legal sobre a ocasião própria para arguir ou opor exceção de incompetência, não se pode desconsiderar que a sujeição da acusada aos atos de qualificação e interrogatório perante juiz incompetente já configura, por si só, situação vexaminosa e desconfortável perante a opinião pública, sem falarmos nos consectários da situação jurídica de sub judice e de seus nefastos desdobramentos perante os atos da vida civil, configurando situação de constrangimento ao arrepio da lei.

Por tais razões e fundamentos é que, em situações semelhantes, justifica-se, em toda sua plenitude, a busca de solução pelo meio mais rápido e eficaz que as garantias fundamentais oferecem, ou seja, a do remédio heroico constitucional do Habeas Corpus.

Feitas estas breves digressões, passemos a analisar o pedido no que se refere à INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA PROCESSAR E JULGAR A PACIENTE PELOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA RECEBIDA.

De regra, a competência de nossos tribunais é fixada pela Constituição Federal.

Em escala vertical, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, específica a Lei Maior (art. 102 – CF) quais ações têm por gênese aquela augusta Corte, as chamadas ações originárias, além do julgamento, em sede de recursos ordinários e extraordinários, dos feitos específicos, ali elencados.

No que concerne à nossa Justiça Militar, preferiu o constituinte estabelecer critérios diferentes, transferindo para a legislação ordinária a questão pertinente à sua competência, quando estabeleceu:

“Art. 124 – À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.”.

As circunstâncias que definem a ocorrência de crimes militares em tempo de paz acham-se delineadas no art. 9º do CPM.

O civil somente pode figurar no polo ativo da ação penal quando ocorrer uma das hipóteses previstas no inciso III, do referido art. 9º do CPM.

Abstraindo as circunstâncias relacionadas ao local dos fatos (*ratione loci*), ao bem jurídico tutelado (*ratione materiae*) e àquelas pertinentes ao militar em formatura ou outras atividades específicas (*ratione personae*), o civil, estando fora de lugar sujeito à Administração Militar, somente comete crime de natureza militar quando a conduta é dirigida “contra militar em função de natureza militar”, nos precisos termos do art. 9º, inciso III, alínea “d”, primeira parte, do CPM.

O Oficial-General tido como ofendido, a despeito de ostentar o posto de General-de-Divisão, com grau hierárquico conferido por ato do Presidente da República e confirmado em Carta Patente (art. 16, § 1º, da Lei 6.880/80 – Estatuto dos Militares), exercia, por se encontrar em serviço ativo, cargo militar em Quadro de Efetivo ou Tabelas de Lotação das Forças Armadas (art. 20 do referido Estatuto).

De outra parte, em decorrência das obrigações inerentes ao cargo de Oficial-General da ativa, exercia a função de Comandante da 8ª Região Militar, que tem por sede a cidade de Belém, no Estado do Pará.

Nos termos do art. 23 do mencionado Estatuto do Militares, “Função militar é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar”.

Segundo a denúncia que impulsionou a ação penal, que se quer atacar pela ótica da incompetência, as ofensas morais assacadas, em tese, pela paciente, em ambiente virtual, na página de recados do site de relacionamentos ORKUT, foram dirigidas à pessoa do General-de-Divisão

NEWTON ÁLVARES BREIDE, não se referindo, em momento algum, conforme se observa das transcrições constantes daquela peça inaugural (fls. 19/20), à função de Comandante da 8ª Região Militar que esse Oficial-General exercia.

A respeito da questão bem se posicionou a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, ao se manifestar nos autos, em duas oportunidades, mediante pareceres da lavra do digno Subprocurador-Geral, Dr. Mário Sérgio Marques Soares, dos quais se extrai os seguintes fragmentos (fl. 88):

“Diferentemente de outras hipóteses em que a vítima, no exercício de sua função, é afrontada diretamente pelo ofensor e por ele tem sua honra atingida, ou mesmo indiretamente tal ocorre no âmbito castrense, a hipótese dos autos não permite, a nosso aviso, classificar-se fato como, em tese, crime da competência da Justiça Militar, cujos bens jurídicos tutelados no inciso III do art. 9º são as instituições militares.

Na hipótese, a Paciente não atingiu o cargo exercido pelo ofendido ou a sua instituição, mas o seu amor próprio, sua dignidade pessoal.”.

E, ainda, à fl. 168:

“De fato, a publicação no Orkut depende, para ser visualizada, estar o leitor cadastrado no site e conhecer a pessoa do publicador e ter com ele correspondência.

No caso, repita-se, a Paciente fez suas afirmações entre ‘amigas’ e uma delas diretamente por interposta pessoa deu conhecimento ao ofendido.

Como salientamos, no texto a Paciente sequer nominou o ofendido, vale dizer, que apenas um restrito rol de pessoas cientes do ocorrido poderiam ligar o fato à pessoa do Gen BREIDE.

Afigura-nos indubitável que os fatos narrados constituem crime contra a honra, mas não vislumbramos tal como crime militar”.

Como bem exposto pelo ilustre representante do Parquet das Armas, a não configuração de delito de natureza militar não afasta a possibilidade de o ofendido continuar insistindo, no âmbito da justiça ordinária, na persecução penal, ou, quem sabe, até mesmo obter indenização por eventuais danos morais sofridos.

De outra parte, o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, que constitui outro propósito dos impetrantes, não se afigura recomendável no momento, uma vez que poderia ensejar coisa julgada ma-

terial perante a Justiça Comum, impedindo o aproveitamento do vasto acervo documental colhido, bem como sejam os atos processuais já praticados revalidados, por termo, no juízo competente, conforme o permissivo legal do art. 507 do CPPM e 573 do Código de Processo Penal (comum).

Uma vez configurada a incompetência desta Justiça Castrense para processar e julgar a paciente pelos fatos narrados na peça vestibular já recebida, só resta reconhecer a incompetência desta Justiça Castrense e declarar a nulidade dos atos decisórios já praticados, com remessa do feito ao juízo competente.

Nessa conformidade, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, com fundamento nos artigos 466 e 467, alínea "i", do CPPM, conceder ordem de Habeas Corpus em favor da civil CARLA DANIELE DOMINGUES GRILLI, para declarar, com lastro no art. 500, inciso I, do mesmo Diploma Legal, a nulidade da decisão que recebeu a denúncia oferecida nos autos do Processo nº 0000002-82.2010.7.08.0008, que tramita perante a Auditoria da 8ª C.M., bem como a nulidade dos atos subseqüentes, determinando a remessa do feito ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, para os fins de direito.

Brasília, 27 de abril de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator.

---

Relator – Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior.

Paciente – Wallace Luis da Silva Maciel, Sd Ex, respondendo ao Processo nº 0000046-07.2007.7.01.0201, perante à 2ª Auditoria da 1ª CM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Conselho Permanente de Justiça do mencionado Juízo, impetra o presente Habeas Corpus, requerendo, liminarmente, o trancamento da ação penal. No mérito, pede a confirmação da ordem.

Impetrante – Defensoria Pública da União.

---

EMENTA

DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGAL CONSTRANGIMENTO. FALTA DE AMPARO LEGAL. Alega a Impetrante, que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o recebimento da Denúncia ocorreu em 13 de setembro de 2007 e que, após iniciada a instrução criminal, houve nova ausência do Paciente, cuja apresentação voluntária se deu em 05 de janeiro de 2010, ou seja, entre a data de recebimento da denúncia e a apresentação voluntária em 05/01/2010, transcorreu lapso temporal suficiente a ensejar a prescrição pleiteada. O art. 132 do CPM estabelece que no crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta. O art. 132 do CPM trata de norma taxativa impositiva e absoluta, onde o legislador, em crime de Deserção, tratou de diferenciar no tocante ao fenômeno da prescrição. As regras de caráter especial se sobrepõem as de caráter geral, e, portanto, não há como admitir a prescrição prevista no art. 125 do CPM, tendo em vista o tratamento especial conferido pelo art. 132 do mesmo Diploma Legal. Habeas Corpus denegado. Decisão por maioria.

---

DECISÃO

O tribunal, por unanimidade, conheceu do Habeas Corpus e denegou a ordem por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia

de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Maglioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares encontra-se em gozo de férias. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 37ª Sessão, 12.5.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor do Sd Ex WALACE LUIS DA SILVA MACIEL, requerendo, liminarmente, o trancamento da ação penal e, no mérito, pede a confirmação da Ordem.

Narra a denúncia acostada às fls. 46/47:

“... WALACE LUIS DA SILVA MACIEL,... por ter-se ausentado, sem licença, desde o dia 12 de janeiro de 2007 (fl. 2) completando no dia 23 de janeiro de 2007, o tempo necessário para a consumação do crime de deserção, previsto no art. 187 do Código Penal Militar, razão por que se lavrou o Termo de Deserção de fl.5.

O ora denunciado apresentou-se voluntariamente em 06 de agosto de 2007. Submetido à inspeção de saúde, foi declarado apto e reincluído ao serviço ativo do Exército, conforme documento de fls.31.

Isto posto, tendo se ausentado sem licença da Unidade em que serve por mais de 8 (oito) dias, incidiu no juízo de reprovação contido no art. 187 do CPM, pelo que requer o Ministério Público Militar, se instaure processo crime, citando-se o denunciado para todos os termos”.

O Paciente responde ao processo nº 538/07-6, em que se apura prática de crime de deserção. Verifica-se que a denúncia foi recebida pelo Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, em 13/9/2007.

Constata-se que iniciada a instrução criminal, houve nova ausência e o processo permaneceu aguardando a apresentação voluntária, ocorrida em 5/1/2010.

Acostadas aos autos a informação da apresentação voluntária do Paciente, bem como cópia da Ata de Inspeção de Saúde e do Ato de reinclusão, foram os autos 538/07-6 remetidos ao MPM e DPU, para o regular prosseguimento do feito.

Alega a Impetrante que ocorreu o transcurso de lapso temporal superior a 02 (dois) anos, desde o recebimento da denúncia em 13/09/2007, requerendo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Apreciado pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, o pedido foi indeferido, uma vez que restou decidido pela prevalência da regra do artigo 132 do CPM, em detrimento à regra do artigo 125 do mesmo Codex.

O Pedido Liminar foi indeferido à fl. 66, por não estarem presentes os pressupostos básicos indispensáveis à concessão da ordem antecipada.

Em parecer de fls. 59/63, a PGJM, entendendo não restar “configurado nos autos que transcorreu o lapso temporal da prescrição geral a que se refere o artigo 125 do CPM, por culpa exclusiva do Estado-Juiz na demora da prestação jurisdicional...”, opina pela denegação da Ordem.

Relatados, decide-se.

#### VOTO

Requer o Impetrante, em liminar, o trancamento da ação penal autuada sob o nº 538/07-6 e, no mérito, a confirmação da Ordem.

Indeferida a Liminar à fl. 66, por não restarem comprovados os necessários requisitos indispensáveis à concessão da Ordem antecipada.

Alega a Impetrante que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, afirmando que o recebimento da Denúncia ocorreu em 13 de setembro de 2007 e que, após iniciada a instrução criminal, houve nova ausência do Paciente, cuja apresentação voluntária se deu em 5 de janeiro de 2010, ou seja, entre a data de recebimento da denúncia e a apresentação voluntária em 5/1/2010, transcorreu lapso temporal suficiente a ensejar a prescrição pleiteada.

Contudo, apesar do esforço hercúleo da Defensoria Pública da União, razão assiste ao Decisum do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, pela prevalência da regra do artigo 132, em detrimento à do artigo 125 do CPM.

Diz o art. 132 do CPM:

“Prescrição no caso de deserção

Art. 132. No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta.”

Não há dúvida de que o Paciente desertou novamente, impedindo o Estado de julgá-lo e, agora, a Impetrante quer beneficiá-lo diante da regra geral estabelecida no art. 125 do CPM.

Entretanto, o art. 132 do CPM trata de norma taxativa impositiva e absoluta, onde o legislador, em crime de Deserção, tratou de diferenciar no tocante ao fenômeno da prescrição.

Releva destacar que, como é notório, as regras de caráter especial se sobrepõem as de caráter geral. Assim, não há como admitir a prescrição prevista no art. 125 do CPM, tendo em vista o tratamento especial conferido pelo art. 132 do mesmo Diploma Legal.

Ex Positis, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em conhecer do Habeas Corpus e denegar a ordem, por falta de amparo legal.

Brasília, em 13 de maio de 2010 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Relator.

---

Relator – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Paciente – Márcio Frankelson de Sousa Santos, 3º Sargento do Exército, alegando estar na iminência de sofrer constrangimento ilegal por parte do Sr. Chefe da 26ª Circunscrição do Serviço Militar, impetra o presente Habeas Corpus preventivo, requerendo, liminarmente, a expedição de salvo conduto até julgamento final do presente writ. No mérito, pede que seja resguardado o vínculo que possui com a Administração Pública, evitando que seja considerado desertor.

Impetrante – Dra. Roberta Andrade Ferreira.

---

EMENTA

TRANCAMENTO DE INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO. CONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DO MILITAR AMPARADA POR DECISÃO JUDICIAL. CONCESSÃO DE LIMINAR NÃO CONSUMAÇÃO DA DESERÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. A morosidade da Justiça em comunicar decisão não pode servir de argumento para prejudicar cidadão que legitimamente se encontra prestando assistência ao pai doente. 2. O crime de deserção não se consuma quando é concedida liminar determinado que a Administração Militar se abstenha de efetuar quaisquer medidas administrativas ou constritivas da liberdade do cidadão. Ordem conhecida e concedida, decisão unânime.

---

DECISÃO

O tribunal, por unanimidade, conheceu e, confirmando a liminar, concedeu a ordem de Habeas Corpus para trancar em definitivo a Instrução Provisória de Deserção nº 0000037-77.2010.7.03.0203, em curso na 2ª Auditoria da 3ª CJM, impedindo que o Paciente sofra constrangimento ilegal de responder a Ação Penal pelo crime de deserção.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães

Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira. (Extrato da Ata da 63ª Sessão, 26.8.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus preventivo impetrado em favor do 3º Sargento do Exército MÁRCIO FRANKELSON DE SOUSA SANTOS, que alega estar na iminência de sofrer constrangimento ilegal por parte do Chefe da 26ª Circunscrição do Serviço Militar, razão pela qual requer liminarmente, inaudita altera pars, a expedição de salvo conduto até o julgamento final do presente writ. No mérito, pede que seja resguardado o vínculo que possui com a Administração Pública, evitando que seja considerado desertor.

A Impetrante alega que o Paciente está afastado da OM em que serve (Dom Pedrito/RS) há mais de 18 meses para prestar assistência ao seu genitor que, nos últimos anos, apresentou transtornos mentais graves que o incapacitaram para a vida civil (fls. 2/7).

Por determinação judicial, em Ação de Interdição, o Paciente foi nomeado curador definitivo de seu pai (fls. 8 e 11).

Alega ainda o Paciente que o retorno a Dom Pedrito/RS acarretaria danos irreparáveis ao seu pai, uma vez que é ele quem fornece os cuidados necessários recomendados pelo médico.

O fato é que, no dia 17/11/2008, o Paciente impetrou Mandado de Segurança na Justiça Federal (Processo nº 2009.34.00.001896-2, fls. 14/19) requerendo sua transferência para Teresina/PI a fim de prestar assistência ao pai. O pedido foi julgado procedente em 24/2/2010 e, por este motivo, permaneceu em Teresina/PI aguardando o cumprimento da segurança para apresentar-se pronto para o serviço na cidade onde se encontrava.

No dia 26/4/2010, teve a sua Licença para Tratamento de Saúde de Pessoa da Família revogada, sendo informado (fl. 13) que deveria apresentar-se na 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada em Dom Pedrito/RS até o dia 3/5/2010.

Diante do não comparecimento na citada data, o Paciente foi notificado, em 6/5/2010 (fl. 12), que deveria apresentar-se na referida

Companhia em Dom Pedrito/RS até às 00h00min do dia 12/5/2010, para que não configurasse o crime de deserção.

Em 11/5/2010, foi impetrado o presente writ, note-se, antes da data prevista para consumação do crime de deserção, requerendo, liminarmente, a expedição de salvo-conduto até o julgamento final do presente writ. No mérito, pede que não seja considerado desertor, resguardando, desta forma, o vínculo que possui com a Administração Pública (fl. 6).

O Habeas Corpus veio instruído com as cópias dos seguintes documentos: Sentença da 3ª Vara de Família e Sucessões de Teresina no Processo nº 9.670/08 que decretou a interdição do genitor do Paciente e o nomeando como curador definitivo (fl. 8); Carteira de Identidade, Título Eleitoral e CPF do Paciente (fl. 9 e v); Procuração ad judicia (fl. 10); Termo de Compromisso de Curatela (fl. 11); Notificação para apresentação na 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada em Dom Pedrito/RS; Ofício nº 130 – S2 de apresentação de militar (fl. 13); Sentença do Mandado de Segurança Individual no Processo nº 2009.34.00.001896-2, determinando a remoção do Paciente para a cidade de Teresina (fls. 14/19); Quadro de Resumo LTSPF do Paciente (fls. 20/22); Ofício nº 190 – S1.2 versando sobre a suspensão do pagamento do Paciente a contar do dia 1º/8/2009 (fl. 23); Exames médicos do genitor do Paciente (fls. 24/27); Ofício nº 041 – S2 versando sobre a situação de LTSPF do Paciente (fl. 28).

O writ foi distribuído inicialmente ao Eminentíssimo Min. Almirante de Esquadra RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA que, pelo despacho de fls. 32/35, requisitou informações à autoridade apontada como coatora, reservando-se a apreciar o pedido de liminar após a chegada das informações.

O Comandante da 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada, Major VASQUES ROBINSON DIÓGENES VASQUES, prestou as informações em 14/5/2010 (fls. 41/52), destacando que: "(...) até a presente data, este comando não tinha ciência do Mandado de Segurança Nr 2009.34.00.001896-2 e tampouco foi intimado/notificado por órgão do Poder Judiciário competente sobre o cumprimento da sentença decorrente dos autos do referido Mandado de Segurança, expedido pelo Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal".

Com as informações, vieram aos autos as seguintes cópias: Termo de Deserção (fl. 42); Mensagens do Comandante da Guarnição de Tere-

sina ao Comandante da 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada informando a revogação da licença, a data de apresentação do militar à sua OM, e que o Paciente tomou ciência desses fatos (fls. 43/44); Parte de Ausência (fl. 47); Notificação ao Paciente informando a necessidade de apresentar-se à OM antes do dia 12 de maio de 2010 para não ser considerado desertor (fl. 50); e Boletim Interno que publicou o Termo de Deserção e a exclusão do Serviço Ativo (fl. 52).

Retornando os autos ao Ministro-Relator, pela decisão de fls. 54/59 foi deferido o pedido liminar para que “a Administração Militar se abstenha de efetuar quaisquer medidas administrativas ou constritivas da liberdade do Paciente, que tenham por base o Termo de Deserção lavrado em 12 de maio de 2010, até o julgamento de mérito do presente Habeas Corpus”.

O Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, em parecer de fls. 83/86, opinou pelo indeferimento do pedido, “na forma como veio proposto, por ausência de amparo legal, concedendo-se o HC para suspender os efeitos da IPD – captura do militar – até que se efetive a movimentação deste para Teresina-PI”.

Em 19/5/2010, veio aos autos o Ofício nº 158-S1.1 (fl. 89), de 18/5/2010, do Comandante da 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada de Dom Pedrito/RS, informando que:

“(...) esta OM recebeu, nesta data, por meio do Escalão Superior, o Mandado de Segurança Nr 2009.34.00.001896-2, no qual determina a movimentação do referido militar para a Guarnição Militar de Teresina/PI.

Outrossim, informo a V. Exa. que o referido Mandado de Segurança já foi encaminhado pelo Escalão Superior para o Departamento Geral de Pessoal do Exército para que sejam tomadas as medidas cabíveis.”.

No dia 10/6/2010, veio aos autos novo ofício do Comandante da 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada de Dom Pedrito/RS, datado de 2/6/2010, de nº 179-S1.3 (fl. 108), informando que foi efetivada a transferência do Paciente para a Guarnição de Teresina a contar do dia 31/5/2010.

Foi aberta nova vista ao MPM que, por intermédio do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, reiterou o pronunciamento de fls. 84/86 (fls. 112/113).

Em razão da aposentadoria do Ministro-Relator, Almirante de Esquadra RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA (fl. 116), os autos me foram redistribuídos em 4/8/2010 (fl. 118).

Em 5/8/2010, foram solicitadas informações sobre a atual situação militar do Paciente aos Comandantes da 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada (Dom Pedrito/RS) e do 2º Batalhão de Engenharia de Construção (Teresina/PI).

As informações prestadas pelos referidos Comandantes em 12/8/2010 (fls. 127/128) em suma dão conta que o Paciente fora transferido para a Guarnição de Teresina em 31/5/2010 e que, após gozar do período de trânsito regulamentar, apresentou-se pronto para o serviço no dia 2/7/2010.

Após a juntada das últimas informações, foi aberta nova vista ao MPM que, pelo parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. HERMÍNIA CÉLIA RAYMUNDO, se posicionou “pelo conhecimento e deferimento do presente Habeas Corpus” (fls. 145/149).

Assim relatados, decide-se.

#### VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente writ.

No mérito, assiste razão ao Impetrante. A conduta do Paciente é atípica.

Em que pese, em tese, a conduta do Paciente enquadrar-se no tipo penal descrito no artigo 187 do CPM, o seu modo de agir estava amparado por uma decisão judicial, exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.34.00.001896-2, expedida pelo Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em 22/2/2010, que determinou a sua remoção para a cidade de Teresina.

Neste ponto, adota-se a fundamentação do bem exarado parecer da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Hermínia Célia Raymundo, in verbis:

“(...) a Decisão Judicial proferida no Mandado de Segurança nº 2009.34.00.001896-2, da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, determinando a remoção de Márcio Frankelson de Sousa Santos é datada de 24 de feverei-

ro de 2010, fato que impossibilita a prática do delito de deserção imputado ao paciente, Instrução Provisória de Deserção Nº 0000037-77.2010.7.03.0203, em curso na 2ª Auditoria da 3ª C.M.” (fls. 148/149).

A morosidade da Justiça em comunicar a decisão no referido Mandado de Segurança não pode servir de argumento para prejudicar o Paciente que legitimamente se encontrava em Teresina/PI, prestando assistência ao seu pai doente.

Ora, o Paciente em nenhum momento tentou se furtar de exercer sua atividade militar. Muito pelo contrário, diante da situação em que se encontrava o seu pai, que necessitava de seus cuidados constantes, solicitou a transferência para Teresina/PI, o que foi indeferido.

A Administração Militar, em nenhum momento, deixou de ter conhecimento do paradeiro e da situação do Paciente. Tanto é que, em 3/3/2010, o Chefe da 26ª Circunscrição de Serviço Militar em Teresina/PI, Tenente-Coronel LUIZ EMANOEL DA SILVA GOMES, que estava acompanhando a situação do militar naquela cidade, encaminhou o Ofício nº 041-S2 ao Diretor de Cadastros Efetivos e Movimentações solicitando, in verbis:

“(…) a possibilidade de transferência do 3º Sgt Eng MÁRCIO FRANKELSON DE SOUSA SANTOS, Idt 040031185-8, servindo na 3ª Cia E Cmb MEC, localizada em Dom Pedrito-RS, para esta Guarnição.” (fl. 28).

Ora, o Paciente tentou resolver a sua situação administrativamente; porém, com o indeferimento do seu pedido, socorreu-se à Justiça, impetrando o Mandado de Segurança nº 2009.34.00.001896-2, na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que lhe garantiu, pela sentença de 22/2/2010, a remoção pretendida para Teresina/PI (fls. 129/134).

A decisão proferida pela Justiça Federal não foi conhecida pela autoridade coatora, o que proporcionou a instauração da Instrução Provisória de Deserção em desfavor do Paciente, o que mais uma vez obrigou o 3º Sargento MÁRCIO FRANKELSON DE SOUSA SANTOS a socorrer-se da Justiça, impetrando o presente writ nesta Corte.

É importante ressaltar que o crime de deserção não chegou a ser consumado, uma vez que foi concedida a liminar determinando que a Administração Militar se abstivesse de efetuar quaisquer medi-

das administrativas ou constritivas da liberdade do Paciente, até o julgamento final do presente writ.

Os efeitos da liminar retroagem à data da impetração do Habeas Corpus, que ocorreu no dia 11/5/2010, ou seja, ANTES da consumação do crime, que se daria em 12/5/2010.

Reconhecida a aparente ilegalidade do ato que determinava a apresentação do Paciente em Dom Pedrito/RS até o dia 12/5/2010, este não se sustenta e, como a ameaça de lesão ao direito do Paciente de permanecer em Teresina/PI se renova permanentemente, fica abrangida desde a propositura da ação, não podendo o Paciente ser considerado desertor.

O crime de deserção é definido no artigo 187 do CPM, in verbis:

“Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 (oito) dias.”

Ao analisar o caso concreto percebe-se que:

1º) A conduta é atípica. O militar não se ausentou sem licença, estava amparado por decisão judicial exarada nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.34.00.001896-2 que lhe garantia a transferência de Dom Pedrito/RS para Teresina/PI e por liminar concedida neste processo que se discute;

2º) O crime não se consumou, uma vez que a decisão que concedeu a liminar neste Habeas Corpus retroage à data de sua impetração, ou seja, ao dia 11/5/2010 – um dia antes da consumação do crime de deserção.

Isso posto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em conhecer e conceder a ordem de Habeas Corpus para trancar em definitivo a Instrução Provisória de Deserção nº 0000037-77.2010.7.03.0203, em curso na 2ª Auditoria da 3ª CJM, impedindo que o Paciente sofra constrangimento ilegal de responder a Ação Penal pelo crime de deserção.

Brasília, 26 de agosto de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.





---

Mandado de Segurança



---

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0000068-45.2009.7.00.0000  
(2009.01.000744-0)-DF

---

Relator – Min. Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes.

Impetrante – O Ministério Público Militar impetra o presente mandamus contra o Acórdão do STM, de 06/10/2009, lavrado nos Autos dos Embargos nº 2009.01.050088-3, requerendo a sua reforma para que seja confirmado o julgamento desta Corte nos Autos da Apelação nº 2005.01.050088-0.

---

EMENTA

Mandado de Segurança contra ato judicial. Writ impetrado pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar visando à reforma de Acórdão proferido em Embargos Infringentes, sob a alegação de conter vícios de ilegalidade. Preliminar: Direito líquido e certo. Condição da ação. Ausência. Entendimento da Corte no sentido de conceber o “direito líquido e certo” como pressuposto para o cabimento do mandamus. Conclusão decorrente do próprio direito invocado pelo Impetrante “em ver as decisões proferidas de acordo com a lei”, resultante “da sua atividade de custos legis”. Entretanto, o ato judicial impugnado refere-se à decisão prolatada em Acórdão unânime, fundamentado na lei processual penal militar, em cuja audiência de julgamento o Impetrante atuou como Parte, tendo a oportunidade de impugnar a tese defensiva, acatada pela Corte e tida como ilegal no pleito ministerial. A iniciativa do Parquet castrense contraria o princípio da igualdade e equilíbrio das Partes. A utilização do mandamus, sob a alegação de direito líquido e

certo, para atacar suposta nulidade processual, reveste-se de autêntica revisão criminal de decisão favorável ao réu, contrariando a natureza jurídica desse recurso. Preliminarmente, não conhecido o writ, por falta de amparo legal. Decisão unânime.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES (Relator), preliminarmente, não conheceu do mandado de segurança por falta de amparo legal. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira e o Advogado da Defesa Dr. Carlos Aureliano Motta de Souza que, na tribuna, solicitou e teve deferida pelo Presidente a gravação de todo o conteúdo do presente julgamento.

Presidência do Ministro Alcega Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Flávio de Oliveira Lencastre, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata da 15ª Sessão, 9.3.2010).

#### RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, com fulcro no artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009, contra ato judicial consistente no Acórdão proferido nos Embargos Infringentes 2009.01.050088-3, objetivando a reforma do mesmo, que, acompanhando o voto do eminente Relator Min. Gen Ex RENALDO QUINTAS MAGIOLI, unanimemente, acolheu preliminar de nulidade suscitada pela Defesa do civil LUIZ CARLOS MOURÃO LANDIM e, assim, afastou a agravante genérica do artigo 53, § 2º, inciso IV, do CPM, com a consequente declaração de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, sendo que nesta última parte houvera o dissenso e o extrato da ata não esclarece de quem foram os votos discordantes.

Alega o Impetrante que três são as ilegalidades que podem ser observadas no acolhimento da tese defensiva, que resultou na extinção da punibilidade pelo alcance do lapso prescricional, conforme vai exposto adiante.

A primeira, refere-se à tese levantada após o julgamento da Apelação nº 2005.01.050088-0, em sede de Habeas Corpus (nº 2009.01.034670-8), o qual foi denegado unanimemente. Sustenta que a tese então levantada esbarra, em primeiro lugar, na preclusão, pois, quando da análise da Apelação do embargante, o Tribunal, à unanimidade, convalidou a pena aplicada na v. Sentença, não observando qualquer nulidade que pudesse importar na retirada da citada agravante genérica, tese que sequer fora aventada por ocasião da interposição daquele Recurso. Assegura que o eminente Relator do citado HC nº 2009.01.034670-8, já de antemão vislumbrara a impossibilidade de se analisar o pedido do writ, diante de um recurso já julgado, cuja tese repousava sobre parte não UNÂNIME do recurso, restando ao impetrante do writ bater às portas do Excelso Pretório para conseguir a reforma do Acórdão, conforme se extrai do seguinte fragmento:

“(...) 4. Poder-se-ia, também, discutir se há possibilidade jurídica, nesse estágio, de este Tribunal apreciar e julgar habeas corpus contra a sua própria decisão, já que o capítulo da sentença ora atacado pelos impetrantes foi mantido por esta Corte, nos termos do Acórdão proferido nos autos da Apelação n. 2005.01.050088-0/CE (fls. 82/163) cuja decisão seria suscetível, em tese, de impugnação via perante a Excelsa Corte. (...)”

Assinala que tal medida não foi necessária, porquanto o Paciente, agora Embargante, alcançou seu objetivo em sede de Embargos Infringentes e de Nulidade, suprimindo instância do STF.

A segunda ilegalidade residiria quando da interposição dos Embargos, reiterando que a tese do afastamento da agravante genérica acima citada jamais poderia ser conhecida, posto que não baseada em votação discordante. Alega que o Tribunal inovou totalmente a sua jurisprudência, conhecendo do recurso nesse aspecto, à unanimidade, contrapondo-se à regra do artigo 539 do CPPM.

Destaca que, tal como acontece no CPP comum, os embargos de nulidade pressupõem também divergência na análise de teses preliminares de nulidade. Se isso não acontecer, a impugnação da questão só poderia ser feita por outro recurso ou mesmo em HC, cuja impetração deveria ocorrer perante o Excelso Pretório.

A terceira ilegalidade, na palavra do Impetrante, seria de fundo, sobre a qual assim discorreu (fl. 05):

“(…) Diz respeito à própria providência requerida, ou seja, o afastamento da agravante genérica acima citada. Para conseguir o afastamento da agravante o Embargante/Paciente conseguiu trazer para o cômputo final da decisão os votos que, PASMEM, o absolveram em número de dois. A argumentação é a seguinte: tratando-se de votação majoritária os votos que absolveram devem se somar aos que condenavam. Como assim? De forma menos gravosa... é claro. A tese, ao que sabemos, é única ... Caso prevaleça, grande número de acórdãos e sentenças de primeiro grau deverão ser reformados.”.

Sustenta, ainda, que o Acórdão proferido nos Embargos refere-se ao art. 435 do CPPM, porém, afirma que o que rege a matéria é o parágrafo único do citado dispositivo legal, que, a seu ver, não dá respaldo à pretensão do Embargante/Paciente e não fora citado na fundamentação. Aduz à fl. 7:

“Se viesse à baila o parágrafo único a tese defensiva não prosperaria. A começar, porque não se trata sequer de voto médio! Três foram os juízes que votaram para condenar e dois os que absolviam. É em face dos que votaram pela condenação que se deve aferir a maioria e não misturar esse pronunciamento de vontade com os que absolveram. E se os que absolveram quisessem agora votar pela condenação com agravação? Na ótica da tese esposada poderiam!”.

Continuando, àquelas mesmas fl. 7, o Impetrante assevera:

“O que está dito em clarividência solar no parágrafo único em questão é que a apuração de voto médio para dosimetria da pena é aferido, por óbvio, entre os que votaram pela condenação. Veja-se pela redação que é clara ao dizer que o ‘juiz que tiver votado por pena maior...’. Ora, não se apura voto médio utilizando-se do voto de quem absolveu. Tal conclusão esposada no acórdão atacado além de totalmente ferir a lógica não encontra respaldo na lei.”.

Por derradeiro, assinala o ilustre Subprocurador-Geral que o direito líquido e certo resulta do direito da PGJM em ver as Sentenças proferidas de acordo com a Lei, e isso resulta da sua atividade de custos legis. Além disso, afirma, o Recurso de Embargos Infringentes é tempestivo, adequado, houve sucumbência e há legitimidade de Parte.

Concluiu requerendo:

- “a) a intimação do eminente Relator dos Embargos Infringentes para que preste as informações requisitadas pelo relator do writ;
- b) que o presente writ seja conhecido e julgado procedente, para ver reformado o v. Acórdão proferido nos Embargos Infringentes acima citados, confirmando, assim, o julgamento proferido na apelação.” (fl. 08).

A Inicial veio instruída com cópias dos seguintes Acórdãos: Embargos nº 2009.01.050088-3, Apelação nº 2005.01.050088-0, e Habeas Corpus nº 2009.01.034670-8.

Em Despacho de fl. 150, considerando o que prescreve o enunciado da Súmula nº 701 do STF, e levando em conta que o presente mandamus versa sobre matéria processual, determinei, com respaldo no art. 12, II, parte final, do RSTM, a citação do civil LUIZ CARLOS MOURÃO LANDIM para que se manifestasse sobre a Impetração do Ministério Público Militar.

Na sua Contestação (fls. 154/166), a Defesa, na condição de litisconsorte necessário, rebate os três vícios alegados pelo Impetrante:

1º) “Manejo de uma tese não interposta no recurso de apelação e levantada após o julgamento desse recurso, estando, portanto, preclusa”;

- argumenta que o erro material na contagem dos votos do CPJEx somente foi descoberto por ocasião da interposição dos Embargos Infringentes, ao encontrarem o voto vencido da magistrada a quo, afastando a agravante, e quando tal espécie de erro conduz à nulidade não há possibilidade de aplicação da regra da preclusão.

2º) “A tese da agravante genérica não poderia ter sido conhecida, em sede de embargos, ‘posto que não baseada em votação discordante’, a teor do art. 539 do CPPM”;

- aduz que se a tese do erro material não foi trazida à discussão no recurso de Apelação, por desconhecimento das Partes, ficando evidente que não foi votada e, por conseguinte, impossível afirmar que a votação não fora discordante. Reitera o argumento de que, descoberto o erro material, cabe a qualquer uma das Partes ou ao Juiz, em qualquer tempo, apontar o vício e nulificar para sua correção.

3º) “O cálculo da votação no que se refere à agravante genérica não poderia levar em conta os votos dos juízes que absolveram o ora embargante”;

- afirma que, no caso sub examen, o voto médio foi exatamente o da Juíza-Auditora: nem a extremidade de cima com a imposição da agravante, nem a de baixo que absolvía o réu.

Ao final, requereu:

a) a designação, pela PGJM, de parecerista diverso do impetrante por assimetria com o pedido da inicial;

b) a desconsideração de todos os argumentos expendidos pelo impetrante por absoluta falta de amparo legal; e

c) o estudo pelo Tribunal sobre a viabilidade de elaboração de um enunciado sumular a respeito da inteligência do art. 435 e seu parágrafo único do CPPM e do art. 80 e seus parágrafos do RISTM, com o objetivo de orientar os Conselhos de Justiça e o MPM quanto à interpretação desta Corte relativa às normas de desempate.

Pelo Despacho de fl. 198, determinei que fossem requisitadas informações ao Exmº Sr. Ministro-Presidente, que instruiu o Processo com as informações constantes do Ofício de fls. 202-205, as quais reproduzem os mesmos documentos que instruem o writ.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por intermédio do Sub-procurador-Geral que subscreve a presente ação, requereu a sustentação oral do mandamus, com fundamento no artigo 20 da LC 75/93 (fls. 209). Em Despacho, de próprio punho, naquele mesmo requerimento, designei a data de 09 de março de 2010 para o julgamento do presente feito, determinando a intimação das Partes.

Pela manifestação de fls. 213, a Exma. Sra. Procuradora-Geral da Justiça Militar deu-se por intimada.

À fl. 218, a SEJUD certificou que o Dr. CARLOS AURELIANO MOTTA DE SOUZA também foi intimado.

Relatados, decide-se.

#### VOTO

O Impetrante foi intimado do Acórdão impugnado em 18/11/2009 e protocolou a presente ação mandamental em 20/11/2009, restando, assim, atendido o prazo estabelecido no art. 94, parágrafo único, do RISTM. Contudo, não é de ser conhecido, uma vez ausente importante requisito de cabimento, como a seguir será demonstrado em questão preliminar, ora suscitada por este Relator.

Pretende o Representante do custos legis ver reformado o Acórdão desta Corte, proferido nos Embargos Infringentes nº 2009.01.050088-3/DF, que acolheu preliminar de nulidade suscitada pela Defesa e afastou a agravante genérica do artigo 53, § 2º, inciso IV, do CPM, com a conseqüente declaração de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Registre-se, inicialmente, a erronia na indicação da autoridade coatora (Ministro-Relator dos Embargos Infringentes), o que poderia conduzir ao reconhecimento da carência da impetração, por ilegitimidade passiva ad causam. Isso porque a doutrina entende, em regra, que a autoridade deverá ter competência para desfazer o ato ou para realizar o ato reclamado.

No caso em tela, trata-se de Acórdão, cuja decisão traduz a vontade da maioria do Colegiado, que é representado pelo seu Presidente, autoridade que de fato tem competência para praticar o ato reputado coator. Adverte HELY LOPES MEIRELLES que “Nos órgãos colegiados considera-se coator o presidente, que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução”.

Conquanto o erro na escolha da suposta autoridade tida como coatora possa gerar a extinção do feito sem apreciação do mérito em razão do princípio da demanda, que atribui ao autor o ônus da escolha do réu, entendo ser possível e necessária a correção do endereçamento do mandamus, sempre que ficar evidenciado um erro na escolha da autoridade que teria praticado o ato ilegal ou abusivo.

Compartilhando o entendimento segundo o qual não deve o juiz extinguir o feito quando houver equívoco na identificação da autoridade coatora, assim leciona LUCIA VALLE FIGUEIREDO, verbi:

“A autoridade deve ser apontada corretamente, até mesmo porque o juiz não poderá prestar a tutela caso a autoridade designada não esteja sob sua jurisdição (...)

Todavia, desde que possível identificar-se a autoridade coatora, afigura-se nos preciosismo ater-se o magistrado a isso e extinguir o mandado de segurança.

Deveras, como já afirmado, à vezes, até o juiz tem dificuldade para identificar o cargo, se presidente, superintendente, gerente-geral, diretor-geral etc., em determinada empresa ou autarquia.

Desde que seja possível identificar quem é a autoridade competente, como já acentuado, para promover a constrição, para desconstituir o ato, pouco importa que esteja a praticá-lo em decorrência de ordem hierárquica. Se está a praticar o ato, é autoridade coatora, e, sem sombra de dúvida, deve ser notificado.” (Mandado de Segurança, Malheiros Editores, pág. 18).

No mesmo sentido é a lição de HELY LOPES MERELES, verbis:

“(…) Sustentamos que o juiz pode – e deve – determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2º) (...)”. (Mandado de Segurança, 31ª ED., Malheiros Editores, pág. 68).

De qualquer sorte, no presente caso, diante da matéria envolvida no mandamus, seria despicienda a prestação de informações pela autoridade coatora, já que os documentos que instruem o writ são suficientes para o deslinde da questão.

Feitas essas considerações, imperioso analisar outros aspectos a respeito das condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato jurisdicional.

Não resta dúvida quanto ao cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional de que não caiba recurso, conforme se extrai do próprio texto da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 (art. 5º, II).

De outro lado, o art. 1º daquela mesma Lei também prevê “para proteger direito líquido e certo”. Nesse sentido, bem observam ADA PELLEGRI NI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARAN CE FERNANDES, “a impetração será juridicamente possível, em princípio, quando o ato jurisdicional contiver manifesta ilegalidade ou abuso de poder, a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem necessidade de dilação probatória” (Recursos no Processo Penal, RT, 2ª Ed., pág. 396, sublinhei).

No caso, o Impetrante alega que se esgotaram os Recursos Ordinários e que do Acórdão impugnado não se extrai, de forma explícita, qualquer violação à dispositivo constitucional. Sustenta possuir direito líquido e certo em ver as Sentenças proferidas de acordo com a lei, como resultado da sua atividade de custos legis.

Verifica-se que a decisão dos Embargos Infringentes foi tomada por unanimidade, o que poderia ensejar, em tese, a interposição

de Embargos de Declaração perante esta Corte, mas que, certamente, encontraria óbice diante da ausência dos pressupostos recursais.

Quanto à possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário, também é certo, como alegado pelo Impetrante, que não se extrai do Acórdão embargado qualquer violação à dispositivo constitucional, que é pressuposto para a sua admissão.

Independente disso, vale anotar a advertência de HELY LOPES MIRELLES, verbis:

“(…) é importante ressaltar que a só existência de recurso processual cabível não afasta o mandado de segurança se tal recurso é insuficiente para coibir a ilegalidade do Judiciário e impedir a lesão ao direito evidente do impetrante. Os recursos processuais não constituem fins em si mesmos; são meios de defesa do direito das partes, aos quais a Constituição aditou o mandado de segurança, para suprir-lhes as deficiências e proteger o indivíduo contra os abusos da autoridade, inclusive da judiciária. Se os recursos comuns revelam-se ineficazes na sua missão protetora do direito individual ou coletivo, líquido e certo, pode seu titular usar, excepcional e concomitantemente, o mandamus (…”. (MANDADO DE SEGURANÇA – 31ª Ed., págs. 47/48, sublinhei).

Assim sendo, demonstra-se necessária, também, a análise acerca do “direito líquido e certo” como pressuposto processual e, por conseguinte, requisito exigido para o cabimento do mandado de segurança.

Consoante entendimento já pacificado, tanto na doutrina como na jurisprudência, o mandado de segurança só pode ser concedido diante de direito líquido e certo, ou seja, direito que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridade, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e incontestável.

Recorrendo-se, mais uma vez, às lições do renomado HELY LOPES MIRELLES, desta feita in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data”, Editora Malheiros, 20ª Edição, pág. 34, in verbis:

“(…) Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de seguran-

ça, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação pelo impetrante (...)

Indiscutível que é uma questão controversa entre os operadores do direito considerar o “direito líquido e certo” como sendo uma condição da ação ou como mérito do mandado de segurança.

Tendo por premissa que o que releva, para a superação do juízo de admissibilidade do mandado de segurança, é que os fatos sejam adequadamente provados de plano, sendo despicienda qualquer dilação probatória, o professor Cássio Scarpinella Bueno assinala que:

“Por isso mesmo é que direito líquido e certo não deve ser entendido como ‘mérito’ do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis. Mister entender o direito líquido e certo como a condição que torna o mandado de segurança a ação adequada para a tutela da afirmação de direito do impetrante. Sendo possível provar a ilegalidade ou o abuso de poder documentalmente, já com a inicial – ressalvada a hipótese do parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51 –, o caso é de mandado de segurança. Em termos práticos, a ausência de direito líquido e certo é obstativa somente do cabimento, do conhecimento ou da admissibilidade do mandado de segurança, sendo possível que, por outras vias, o impetrante busque a tutela jurisdicional da afirmação de seu direito, como, de resto, permite expressamente o art. 16 da Lei n. 1.533/51.

Direito líquido e certo, pois, é condição da ação e não corresponde à existência da ilegalidade ou do abuso de poder, mas, apenas e tão-somente, a uma especial forma de demonstração desses vícios que rendem ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança. Corresponde, pois, à adequação que faz parte do interesse de agir na escolha deste writ como ação própria para os fins descritos na petição inicial. Trata-se, friso, de condição da ação do mandado de segurança, instituto de caráter nitidamente processual. À sua falta, segue decisão de carência da ação, facultada a repropositura da mesma ação (do mesmo mandado de segurança), desde que superados os óbices que le-

varam à sua extinção ou que a mesma pretensão (o mesmo conflito de interesses) seja levada ao Estado-juiz por outro veículo processual, quando a hipótese reclamar dilação probatória, o que, saliente, é expressamente reconhecido pelo art. 16 da Lei n.1.533/51". (MANDADO DE SEGURANÇA, Saraiva, 5ª ed., 2009, págs. 17/18).

A bem da verdade, não se pode deixar de citar o entendimento diverso de JULIO FABBRINI MIRABETE, verbis:

“Apesar de ação, porém, tal como o habeas corpus, o mandado de segurança pode ser utilizado como recurso para provocar o reexame de uma decisão ou ato judicial. De acordo com Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, ‘o mandado de segurança contra ato judicial pode atuar como um verdadeiro recurso, fazendo o reexame, mantendo ou reformando o ato atacado quando: a) não houver recurso específico para atacar o ato; ou b) havendo o recurso, este não chegar a tempo de tornar reparável o dano’. A primeira hipótese funda-se no princípio do duplo grau de jurisdição; a segunda na idéia da irreparabilidade do dano. A reparabilidade do dano não é assegurada suficientemente pela previsão de recurso ou de correção, se estes não conferirem efeitos suspensivos à ilegalidade ou abuso de poder. A existência de outros meios legais para a proteção do direito (ou defesa) não basta para excluir o mandado de segurança; é ele admissível desde que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado. Deve-se também entender que o mandado de segurança pode atuar até com efeitos rescisórios, sendo oponível contra decisões já transitadas em julgado”. (PROCESSO PENAL, Atlas, 2ª ed., 1992, pág. 703).

Concessa venia àqueles que porventura adotem posicionamento diverso, alinhando-me à tese articulada pelo Prof. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO no sentido de conceber o “direito líquido e certo” como pressuposto para o cabimento do mandado de segurança, em particular no caso sub oculi.

Essa conclusão decorre do próprio direito invocado pelo Impetrante, no sentido de que “o direito líquido e certo resulta do direito da PGJM em ver as sentenças proferidas de acordo com a lei, e isso resulta da sua atividade de custos legis”. Ressalte-se, o ato judicial apontado como ilegal refere-se à decisão proferida por esta Corte nos Embargos Infringentes nº 2009.01.050088-3.

É certo que a Constituição Federal, em seu art. 127, estatui como prerrogativa do Ministério Público “a defesa da ordem jurídica”, porém, entendo que tal dispositivo não tem alcance tão abrangente a ponto de disponibilizar ao órgão ministerial, ainda que na função de custos legis, a possibilidade de utilização do mandamus como verdadeiro substituto recursal para atacar decisões fundamentadas de um colegiado.

Não se pode perder de vista que, no Recurso de Embargos, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar atuou como Parte, e foi nessa condição que teve a oportunidade de impugnar a tese defensiva (apontada agora como ilegal), inclusive durante a Audiência de Julgamento dos referidos Embargos, em que sustentou oralmente suas contrarrazões. A iniciativa do Parquet fere, a meu sentir, o princípio da igualdade e equilíbrio das Partes.

Além disso, admitir-se o presente mandamus, malgrado sua heterodoxia, também desperta certa perplexidade ver a instituição ministerial utilizar-se da via excepcional, sob alegação de direito líquido e certo, para atacar suposta nulidade processual, no que poderia ser considerada uma autêntica revisão criminal de uma decisão favorável ao réu, contrariando a natureza jurídica desse recurso.

Por tais razões, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES (Relator), preliminarmente, em não conhecer do mandado de segurança, por falta de amparo legal.

Brasília, 9 de março de 2010 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo – Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes, Ministro-Relator – Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado.

---

---

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0000082-29.2009.7.00.0000-DF

---

Impetrante – A Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB impetra o presente mandamus contra o Acórdão desta Corte, de 17/6/2009, lavrado nos autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2, requerendo, liminarmente, inaudita altera parte, a sustação dos efeitos do aludido Acórdão, para que seja cumprida a obrigação de fazer imposta nos arts. 578 a 610 da CLT. No mérito, pede a concessão definitiva da segurança.

Advogado – Dr. Bruno de Carvalho Galiano.

---

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO CORPORATIVA. PREVISÃO LEGAL AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OBSERVÂNCIA. DENEGAÇÃO. FALTA DE AMPARO LEGAL. Impetração de mandamus contra Acórdão desta Corte, de 17/6/2009, lavrado nos autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2. Requerimento da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB para que seja cumprida a obrigação de fazer imposta nos arts. 578 a 610 da CLT. Entendimento no sentido de a instituição da contribuição corporativa aos servidores públicos somente vir a ser objeto de regulação pela via legislativa. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME SEGURANÇA DENEGADA POR FALTA DE AMPARO LEGAL. DECISÃO UNÂNIME

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de não conhecimento do mandamus, suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, e, no mérito, conheceu e denegou a segurança, à míngua de amparo legal. Na forma regimental, usaram da palavra o representante da Advocacia-Geral da União, Dr. Maurício Muriack de Fernandes Peixoto, e a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Tei-

xeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 53ª Sessão, 1º.7.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB), em decorrência de Acórdão desta Corte, de 17/6/2009, lavrado nos autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2, reputado como ato ilegal, razão pela qual requer, liminarmente, inaudita altera parte, a sustação dos efeitos do aludido decisor colegiado, para que seja cumprida a obrigação de fazer imposta nos arts. 578 a 610 da CLT. No mérito, pede a concessão definitiva da segurança.

A impetrante alega haver formulado requerimento, sustentado em jurisprudência do STF e do STJ e protocolado neste Tribunal sob nº 013379/09-99.999, postulando o que se segue:

“(i) O desconto na remuneração de cada um dos servidores estatutários e dos empregados públicos vinculados ao E STM, efetivos, comissionados e inativos, sejam sindicalizados, sejam não sindicalizados, na folha de pagamento do mês de março de cada ano (inclusive 2009), o equivalente a um dia de trabalho, nos termos dos arts. 580, I, e 582 da CLT e da Instrução Normativa do Ministério do Trabalho e Emprego nº 01 de 30/9/2008;

(ii) O recolhimento da contribuição sindical prevista no art. 578 da CLT, exclusivamente por meio de Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical – GRCS, até o dia 30 de abril de cada ano (inclusive 2009), nos termos da Instrução Normativa do Ministério do Trabalho e Emprego nº 01 de 6/3/2002;

(iii) Obediência ao disposto nos artigos celetistas 589 a 591 quanto à distribuição da parcela da Contribuição Sindical devida a então Requerente.” (fl. 2).

Quanto ao conteúdo do que fora requerido à época, afirmou que, em manifestação uníssona, o Ilmo. Sr. Assessor de Legislação de Pessoal e a Ilma. Sra. Diretora de Pessoal pronunciaram-se pelo indeferimento do pleito por entenderem não ser o texto celetista base legal

suficiente para a instituição de taxa compulsória aos servidores públicos estatutários, havendo necessidade de lei específica nesse sentido.

Por seu turno, o Assessor de Legislação de Pessoal foi categórico em firmar posição dissonante com os julgados do STF e do STJ colacionados na Informação Técnica nº 05/2009 que reconhecem na CLT a lei instituidora do fato gerador, base de cálculo e alíquota específica da contribuição sindical (fls. 54/55).

O mencionado pleito foi transformado em Questão Administrativa, por força do art. 166 do RISTM, como matéria relevante, polêmica e merecedora de análise mais profunda, sendo o assunto relacionado com a ordem administrativa desta Justiça especializada (fls. 116/117).

A questão foi apreciada pelo Plenário do Tribunal, na 16ª Sessão Administrativa, realizada em 17 de junho de 2009. Na oportunidade, a Corte, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS (Relator), indeferiu o pedido formulado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, por não se aplicarem aos servidores deste Tribunal as disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho e os efeitos da Instrução Normativa nº 01/2008 do Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 122/130).

A Confederação foi intimada do inteiro teor do acórdão proferido nos autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2/DF, por intermédio do Ofício nº 701/SEJUD/SEEXE, de 26 de agosto do corrente ano (fl. 133). Conforme Certidão de fl. 131, a publicação deu-se no Diário de Justiça eletrônico, em 19/8/2009.

Manifesta a entidade impetrante que o fundamento da decisão plenária foi a falta de amparo legal para o desconto compulsório em folha de pagamento dos servidores desta E. Corte, no mês de março de cada ano, do valor correspondente à contribuição sindical. Alega tratar-se “de decisão claramente ilegal, a merecer reparo pelo Poder Judiciário”, razão pela qual impetrou o presente writ. Em reforço à pretensão, traz à colação os preceitos normativos regentes da pleiteada contribuição sindical (art. 578 da CLT e art. 8º, IV da CF/88), e do percentual de fracionamento a ser aplicado para fins de repasse a cada entidade sindical (art. 589 da CLT), em suas três etapas: desconto, recolhimento e distribuição. Especifica ter a contribuição sindical natureza tributária (atualmente entendida como “contribuição no interesse de categorias profissionais”, de competência exclusiva da União Federal, nos termos do art. 149 da CF/88), in-

vocando precedentes da 2ª Turma do STJ (REsp 442509/RS, Rel. Ministro JÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 14/8/2006; RMS 26254/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ de 25/11/2008), que versam sobre sua incidência na folha de pagamento dos servidores estatutários e empregados públicos. Invoca, igualmente, a regulamentação constante da Instrução Normativa do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) nº 1, de 30/9/2008 (DOU de 3/10/2008), asseverando que a mencionada norma impôs aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, direta e indireta, a obrigação de recolher a contribuição sindical prevista no art. 578 da CLT de todos os servidores e empregados públicos.

Alfim, esclarece que a concessão da segurança não trará qualquer prejuízo ao Erário, pois os descontos incidirão sobre os salários dos servidores desta Justiça especializada e, uma vez realizado o recolhimento, efetivar-se-ão os repasses às entidades sindicais cabíveis. Destaca, contudo, a eventual aplicação de multa, sobre os cofres públicos se o aludido recolhimento não ocorrer no prazo estabelecido pela Legislação Trabalhista, consoante o art. 600 daquele Diploma.

O mandamus veio instruído com os seguintes documentos: Acórdão nº 686/2009 do Plenário do TCU – Processo nº 029.221/2008-5 (fls. 28/41); cópia das peças que compõem os autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2/DF, bem como o respectivo Acórdão (fls. 42/130). Dentre as aludidas peças, destacam-se: requerimento (fls. 44/58); instrumento procuratório (fl. 60); comprovante de CNPJ da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB (fl. 61); Registro sindical no Ministério do Trabalho (fl. 62); certidão da Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 63); atas de 14/12/2007 e de 1º/1/2008, relativas, respectivamente, à eleição e posse da Diretoria Executiva e do Conselho Fiscal da CSPB, referente ao mandato de 2008 a 2012 (fls. 64/67); Estatuto Social da CSPB (fls. 68/83); Instrução Normativa do Ministério do Trabalho e Emprego nº 1, de 6/3/2002 (fl. 85); Instrução Normativa do Ministério do Trabalho e Emprego nº 1, de 30/9/2008 (fls. 86/87); Edital de Notificação da CSPB publicado no DOU de 10/2/2009, intimando todos os órgãos públicos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Ministério Público a proceder à arrecadação da contribuição sindical de seus respectivos servidores e empregados públicos (fl. 88). Integra, ainda, o processo, Certidão da Secretaria Judiciária (fl. 136) dando conta dos últimos andamentos da referida Questão Administrativa, finalizada com a remessa ao arquivo do Tribunal em 25/9/2009.

Firma, a impetrante, ser a única entidade máxima de 3º grau no sistema confederativo brasileiro, com registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego, intitulando-se

“representante da categoria profissional dos servidores públicos civis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, constituída exclusivamente por federações sindicais representativas da categoria profissional dos servidores públicos civis e dos empregados públicos, em âmbito nacional” (fl. 24).

Aduz, em argumento preambular, legitimidade e interesse ad causam, fazendo remissão aos julgados da 1ª e 2ª Turmas do STJ, a saber: REsp 703480/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 23/5/2005; REsp 656179/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 27/9/2007; RMS 24321/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 30/6/2008. Consigna que os arts. 589 e segs. da Consolidação das Leis do Trabalho garantem às confederações de trabalhadores um percentual da importância arrecadada a título de contribuição sindical, sendo este repasse a garantia de sobrevivência das entidades sindicais, bem como da própria Requerente. Esclarece que as instituições representativas da categoria econômica são escalonadas em: sindicato, federação, confederação e centrais sindicais.

Após, com esteio no art. 94 do RISTM, manifesta-se acerca da competência originária do Tribunal para apreciar o feito em detrimento da Justiça do Trabalho. Ancora seu entendimento em precedente da 1ª Turma do STJ CC 94.242/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 1/9/2008.

A autuação do presente mandamus deu-se no dia 17/12/2009.

Em Decisão de 18/12/2009 (fls. 139/143), foi indeferida a medida in limine requerida.

A Presidência do Tribunal, pelo Ofício nº 007/2010-PRES, de 8/1/2010, prestou as informações referentes à matéria, encaminhando o Acórdão lavrado nos autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2/DF (fls. 149/158).

Às fls. 163/170, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, nos termos do Parecer da lavra da Dra. Rita de Cássia Laport, insculpindo-se em julgados do STJ (RMS 10085/SP, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 1/8/2000; MS 6954/DF, 1ª Seção, Relator Ministro Paulo Gallotti,

DJ de 11/11/2002), infere estar a compulsoriedade do desconto sindical condicionada ao requisito indispensável da sindicalização do servidor. Havendo situação diversa, não restaria malferido direito líquido e certo a autorizar a concessão da ordem de segurança. Assim, posiciona-se o Parquet pelo não conhecimento do mandamus e, caso ultrapassada tal preliminar, pela sua denegação por carência de amparo legal.

Em Ofício da Secretaria Judiciária (fl. 173), foi encaminhada documentação relativa ao writ à Procuradoria-Geral da União, para fins de ciência e manifestação acerca do tema, caso houvesse interesse.

Após as férias forenses, os autos vieram-me conclusos.

Foi regularizada a representação judicial da impetrante, conforme documentos de fls. 180/182, em cumprimento a determinação desta Relatora (despacho de fl. 175).

Na forma do despacho de fl. 184, tendo em vista o pronunciamento da titular do órgão de pessoal deste Tribunal na Questão Administrativa, verbis: "(...) destaco que nem o Supremo Tribunal Federal e nenhum dos outros Tribunais Superiores desconta da remuneração de seus servidores a contribuição sindical reivindicada pela interessada.", determinei a verificação se permaneciam inalterados os termos daquela assertiva.

A Diretora de Pessoal do Tribunal, à fl. 188 (Memo nº 55-DIPES/GD), informou que no dia 1º de março do fluente ano encaminhou os Ofícios nº 127, 128, 129 e 130 aos gestores de recursos humanos do STF, STJ, TST e TSE, respectivamente.

Pelo documento de fl. 197, esclareceu que, até aquele momento, apenas o Secretário de Recursos Humanos do Supremo Tribunal Federal encaminhara resposta de não recolhimento, fazendo acostar os documentos que lastrearam a decisão da Presidência daquela Augusta Corte. Posteriormente, às fls. 217/218 e 225, foram juntados os demais ofícios das Secretárias de Gestão de Pessoas do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral, todos informando que os respectivos tribunais não efetuam o desconto relativo à contribuição sindical. O STJ contudo, avisou estar analisando a regulamentação do procedimento de cobrança da contribuição sindical compulsória dos seus servidores, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fl. 218).

Nessa altura, a impetrante, em 16/4/2010, por intermédio de seus advogados (com poderes para desistir), requereu a homologação de desistência voluntária e, conseqüentemente, a extinção do processo sem

juízo do mérito. Pugnou pela intimação da Advocacia-Geral de União para se manifestar sobre o referido pleito (fl. 219).

Em petição de fls. 231/234, a União declarou-se contrária ao pedido formulado. Aduziu somente concordar com a desistência se preenchido o requisito do art. 3º da Lei nº 9.469/97, segundo o qual se faz imprescindível a renúncia ao direito subjacente; do contrário, a impetrante poderia intentar nova ação, neste ou noutro juízo. Em abono à sua tese, transcreveu ementa do Recurso Especial nº 1174.137/PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6/4/2010 pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, o Advogado da União requereu a denegação do pedido por falta de amparo legal.

Acatei o pleito da AGU e não homologuei a desistência, em decisão de fls. 259/274, pelas razões adiante sinteticamente expostas.

Tem o writ mandamental, por escopo, a invalidação de ato de autoridade reputado ilegal ou abusivo. Está-se diante de instrumento processual que visa conferir máxima efetividade às liberdades fundamentais, todavia, a aferição judicial acerca da suposta ilegalidade não interessa apenas ao impetrante, importa, igualmente, ao Poder Estatal.

Sabido que a Administração Pública deve pautar-se acorde os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, a ela interessa confirmar a validade de seus atos, seja para responder aos anseios sociais, ratificando a eficiência e legitimidade de suas ações, seja como forma de controle judicial para corrigir, se necessário, possíveis falhas de seus agentes.

Sob esse prisma, a governança também se encontra constitucionalmente amparada para reivindicar em Juízo o direito da sociedade e, por consectário lógico, do próprio cidadão, à segurança jurídica.

Ademais, imperioso reconhecer a existência de direitos contrapostos, em sede mandamental, quais sejam: o direito da parte ré em ver resolvido o conflito, em firmar seu atuar dentro dos parâmetros legais, ou, ainda, em averiguar se seus órgãos e agentes estão conformes aos princípios constitucionalmente elencados.

É o caso dos autos, tendo o Advogado da União, por isso mesmo, reputado relevante o prosseguimento do feito. Afinal, o mandado de segurança não há de ser compreendido somente como uma garantia fundamental do impetrante, mas como um mecanismo que visa conferir à comunitas a certeza do atuar público de forma legal e impessoal. Nesses termos, excluí-la como destinatária desse direito violaria os princípios da

igualdade entre as partes e da inafastabilidade da jurisdição, mormente porque com o julgamento do mérito resguarda-se o próprio interesse público que se sobreleva ao individual.

Frise-se, por oportuno, ser o mandado de segurança ação civil de rito sumário especial, à qual se aplicam, subsidiariamente, as regras do Diploma Processual Civil.

A nova lei que regula o instituto – Lei nº 12.016/2009 – remete-o a integralidade dos ditames contidos no art. 267 do CPC. Leia-se:

“Art. 6º (...)

§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”.

Não excepcionou, portanto, o legislador, as hipóteses de aplicação do art. 267 da norma processual civil, salvaguardando o direito da parte contrária em receber a prestação jurisdicional devida. Aplicando o § 4º do art. 267 do CPC ao writ of mandamus, consta precedente do STJ o Recurso Ordinário em MS nº 11.174/MG, ao qual me filiei.

Desse modo, dei prosseguimento à ação e não homologuei a desistência em face de ausência do consentimento da parte contrária, aqui representada pela Advocacia-Geral da União, em acatamento ao art. 267, § 4º, do Código de Processo Civil.

Da decisão não houve interposição de Agravo (partes intimadas às fls. 276/278).

Relatados, decide-se.

## VOTO

### PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS

(Suscitada pela PGJM)

Prefacialmente, reportando-me ao Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 163/170), algumas considerações acerca do conhecimento do feito merecem destaque.

Vincula-se a quaestio à verificação do preenchimento dos pressupostos formais de constituição, desenvolvimento válido e regular do Mandado de Segurança no aspecto pertinente ao pedido formula-

do. Vários são os requisitos a serem contemplados; examinei-os por partes para, ao final, pronunciar-me sobre a preliminar arguida.

I - Competência para processar e julgar:

Estatui o art. 124 da Lei Fundamental:

“Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.” (grifos nossos).

Depreende-se, não obstante ser a Justiça castrense uma jurisdição de natureza criminal, prever a Carta Magna a possibilidade de ampliação de sua competência.

Como corolário do texto constitucional, a Lei nº 8.457/92 (Lei de Organização Judiciária Militar) estabelece:

“Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I – processar e julgar originariamente:

(...)

d) o mandado de segurança contra seus atos, os do Presidente do Tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar;” (grifos nossos).

A insurgência da impetrante dirige-se contra Acórdão prolatado por este Egrégio Superior Tribunal Militar nos autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2/DF, decidida em 17 de junho de 2009. Assim, dentro do espectro de delimitação jurisdicional, inequívoca a competência desta Corte para apreciar o pedido deduzido no presente mandamus.

Exemplificativamente, como demonstração de que o Tribunal em outras oportunidades decidiu mandado de segurança envolvendo matéria administrativa, transcrevo a ementa abaixo:

“MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CARÊNCIA DA AÇÃO OU PERDA DO OBJETO. DIREITO DE PETIÇÃO. ARTIGO 5º, XXXIV, ‘A’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PEDIDO APRECIADO E INDEFERIDO MOTIVADAMENTE INEXISTÊNCIA DE ESCUSA OU OMISSÃO DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. AUSÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA A DIREITO. AR-

TIGO 166 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. COMPETÊNCIA DO MINISTRO-PRESIDENTE PARA EXAMINAR O GRAU DE URGÊNCIA E EXCEPCIONALIDADE DA QUESTÃO A SER SUBMETIDA A PLENÁRIO. JÍZO SUBJETIVO. DECISÃO DISCRICIONÁRIA.

1 – Mandado de segurança contra ato do Ministro-Presidente do Tribunal, que indeferiu pleito do Impetrante, no sentido de que fosse submetida, ao plenário da Corte, questão administrativa cujo escopo era impedir a titularização do cargo de Juiz-Auditor por magistrado lotado há menos de dois anos em sua Auditoria.

2 – Preliminar de não conhecimento rejeitada. Descabe alegar, preliminarmente, carência da ação por ausência de direito líquido e certo. A verificação da liquidez e certeza do direito supostamente preterido diz respeito ao exame de mérito. Tampouco há que se falar em perda de objeto, decorrente de decisão administrativa da Corte, que determinou a remoção de Juiz-Auditor para a Auditoria da 8ª CJM. A remoção de Juiz-Auditor para titularizar a vaga existente na Auditoria diz respeito ao conteúdo da questão administrativa e não ao objeto do ‘mandamus’, que versa o direito de petição, constitucionalmente tutelado. Artigo 5º, inciso XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal.

3 – Não se verifica qualquer lesão ou ameaça ao direito de petição. A autoridade apontada como coatora – sem esquivas ou omissões – conheceu, examinou e despachou, fundamentadamente, a questão que lhe foi posta.

4 – Cabe ao Ministro-Presidente do Tribunal aferir se o pleito que lhe é apresentado tem ou não o grau de excepcionalidade exigido pelo artigo 166 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. Trata-se de decisão discricionária, norteadas pelo juízo de conveniência e oportunidade.

5 – Ação improcedente. Ordem denegada. Decisão unânime.” (Mandado de Segurança nº 2004.01.000631-1/PA. Relator Ministro Dr. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach. Julgamento: 28/10/2004. Publicação: DJde 9/2/2005, grifei).

Em reforço, trago à colação doutrina de Alexandre de Moraes:

“O Supremo Tribunal Federal carece de competência constitucional originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra qualquer ato ou omissão de Tribunal Judiciário, tendo

sido o art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) inteiramente recepcionado. Por essa razão, a jurisprudência do Supremo é pacífica em reafirmar a competência dos próprios Tribunais para processarem e julgarem os mandados de segurança impetrados contra seus atos e omissões.

Assim sendo, não se encontra no âmbito das atribuições jurisdicionais da Suprema Corte a apreciação do writ mandamental, quando ajuizado, por exemplo, em face de deliberações emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais e, ainda, dos Tribunais de Alçada.”<sup>4</sup>

A propósito, não há modalidade de recurso formal previsto na Lei Adjetiva Interna desta Corte para atacar decisão plenária tomada em sede de Questão Administrativa. Nesse diapasão, cito lição de Gilmar Mendes:

“É pacífica a orientação de que não é possível a interposição de mandado de segurança contra ato administrativo de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução (...). É que nesse caso dispõe o interessado de meio próprio e efetivo de impugnação do ato. Na mesma linha, entende-se não admissível o mandado de segurança contra decisão judicial de que caiba recurso apto a impedir a ilegalidade (...).”<sup>5</sup>

Tal como colocado e diante do vácuo recursal, o writ mandamental é o instrumento processual adequado para impugnar decisão colegiada prolatada por esta Casa Judiciária, razão pela qual reconheço o cabimento da interposição e a competência do STM para apreciar o Mandado de Segurança sub examine.

## II- Da Tempestividade:

O segundo requisito para o conhecimento do feito é a tempestividade.

A prefalada Questão Administrativa foi apreciada pelo Plenário da Corte na 16ª Sessão Administrativa, realizada em 17 de junho de 2009.

---

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 170-171.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 512.

Conforme certidão de fl. 131, o Acórdão respectivo foi publicado no DJ de 19/8/2009. Pelo Ofício nº 701/SEJUD/SEEXE, de 26/8/2009 (fl. 133), foi encaminhada cópia do referido Acórdão ao advogado, Dr. Tiago Cedraz, que, em conjunto com outros procuradores, representavam a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil.

A impetração do presente mandamus ocorreu em 17/12/2009.

Estabelece a Lei nº 12.016, de 7/8/2009, que disciplina o instituto:

“Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.” (grifei).

Semelhante disposição está aposta no parágrafo único do art. 94 do RISTM.

Isso é o suficiente para se concluir pela tempestividade da ação, uma vez ter-se dado a impetração no 120º dia após a publicação do Acórdão em referência. Não se descure, outrossim, ter a intimação do decisum sido formalizada pela Secretaria Judiciária em 26/8/2009, o que, em última hipótese, resultaria numa contagem de 113 dias até a data da interposição.

### III- Dos demais requisitos necessários para o cabimento do MS

Concernente aos demais pressupostos, examino-os a seguir. A natureza do mandado de segurança é eminentemente civilista. Sua impetração obedece ao delineamento do art. 282 do Código de Processo Civil, observando o juiz a quem é dirigido, a qualificação do impetrante, a indicação do coator, os fatos descritos, os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido, a prova pré-constituída (documentos instrutórios), dentre outras exigências.

Estabelece o art. 1º do diploma disciplinador - Lei nº 12.016/2009. Litteris:

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”.

Acorde a delimitação normativa, para conhecê-lo deverá, o órgão julgador, analisar as condições da ação na seguinte ordem:

- a) possibilidade jurídica do pedido;
- b) interesse de agir; e
- c) legitimidade ad causam.

Quanto à primeira exigência, inexistente vedação legal para a apreciação judicial da ordem pretendida nestes autos. Por outras palavras, é viável a análise do pedido, pois o pleito não se revela absurdo ou notoriamente incabível na órbita jurídica. Ao revés, entender por sua impossibilidade equivaleria a afirmar não ter o demandante o direito material alegado. Nessa dicção, provimento judicial que implique o não conhecimento do feito corresponderia a uma decisão com nuances de prévia análise de mérito, devido à desvinculação total do pleiteante com o direito vindicado.

Corroborando o esposado, colaciono julgado deste Tribunal:

“MANDADO DE SEGURANÇA. Inquérito policial. Constrangimento ilegal. Não se pode confundir o conhecimento do Mandado de Segurança com a sua apreciação de mérito, vez que aquele é questão a ser resolvida em função da presença dos requisitos legais autorizadores de sua utilização ou cabimento e esta dirige-se para o reconhecimento do direito líquido e certo a ser protegido. In casu, está patenteado que o impetrante, diante das perguntas que julgou impertinentes ao objeto do IPM e por ter se considerado pressionado, exerceu, por orientação de seu advogado, o seu direito de não mais responder às perguntas que lhe foram endereçadas, com vistas a não se auto-incriminar. Não é dado ao Impetrante o direito de interferir no rumo do procedimento investigativo. Eventuais desvios que possam ter sido cometidos pelo encarregado do Inquérito na apuração do fato que lhe é objeto devem ser corrigidos pelo MPM, órgão que requisitou sua instauração. Apesar de encontrarem-se presentes os pressupostos processuais e as condições gerais da ação, inexistente direito líquido e certo a proteger a pretensão deduzida na presente hipótese. Conhecimento do Mandamus. Denegação da Segurança. Unânime.” (Mandado de Segurança nº 2009.01.000728-8/DF. Ministro Relator Renaldo Quintas Magioli. Decisão: 13/5/2009. DJde 8/6/2009).

Concernente às demais condições da ação, verifica-se haver o impetrante empreendido judicialmente sua pretensão dentro de padrões de regularidade formal. Nesse prisma, consigno ter sido sanada a representação judicial conforme instrumento de mandato acostado à fl. 181.

A entidade impetrante sustenta ser a detentora de direitos subjetivos que se vertem, sobre a contribuição sindical de servidores desta justiça especializada. Nesse diapasão, como o pleito deduzido na esfera administrativa foi-lhe desfavorável, a Confederação reitera sua pretensão com a impetração desta ação mandamental, denotando interesse de agir.

Por derradeiro, a legitimidade ad causam deve-se ao fato de ostentar a Confederação dos Servidores Públicos do Brasil a condição de única entidade máxima de 3º grau no sistema confederativo nacional, representante dos servidores públicos civis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, com registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 24). Conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção nº 144, de 3.8.1992, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence), a contribuição sindical imposta por lei é inseparável do sistema de unicidade, a teor do disposto no art. 8º, II, da Constituição Federal. Daí resulta a imperatividade da existência de um organismo central que, na ausência de inovação legislativa, permanece obtendo o reconhecimento no Ministério do Trabalho e Emprego, a quem compete efetivar o registro das entidades sindicais a fim de salvaguardar-lhes a imposição da unicidade.

Ex positis, diante das argumentações anteriormente expendidas, o Superior Tribunal Militar, por unanimidade, rejeitou a preliminar de não conhecimento do mandamus suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

### MÉRITO

O Acórdão prolatado pelo Tribunal nos autos da Questão Administrativa nº 2009.01.000318-2/DF consignou, in verbis:

“O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS (Relator), indeferiu o pedido formulado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB, por não se aplicarem aos servidores deste Tribunal as disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho e os efeitos da Instrução Normativa nº 01/2008 do Ministério do Trabalho e Emprego”.

Discutiu-se, à ocasião, o teor da Instrução Normativa nº 1, de 30/9/2008, do Ministério do Trabalho e Emprego, que, em síntese, estabelece aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, direta e indireta, o recolhimento da contribuição sindical prevista no art. 578 da Consolidação das Leis do Trabalho, dos servidores e empregados públicos, observando-se os critérios instituídos no art. 580 e seguintes do Diploma Trabalhista.

Inicialmente, impende esclarecer possuir a contribuição sindical caráter de parafiscalidade e ter sido instituída pela Consolidação das Leis do Trabalho, com endereçamento compulsório aos empregados regidos pelo regime celetista, não se enleando com a chamada contribuição confederativa. Da dicção do artigo 8º, inciso IV, da Carta Magna, extrai-se a referência a dois institutos diversos, porém, correlatos: a contribuição sindical – de viés tributário – e a contribuição corporativa pró-sistema confederativo sindical. A primeira, objeto de discussão deste writ, é regida pelos princípios vetores da tributação; já a segunda rejeita a natureza tributária, inserindo-se no campo do Direito Coletivo do Trabalho.

A diferenciação é esclarecida por Eduardo Sabbag:

“Uma observação importante a ser feita refere-se à contribuição sindical. Trata-se de contribuição parafiscal, criada pela União, de caráter compulsório. Recebe o nome impróprio de ‘imposto sindical’, tendo respaldo no comando inserto nos arts. 578 e seguintes da CLT e no artigo 8º, in fine, da CF/88. Não se confunde com a contribuição confederativa. Essa não é tributo! É exigida com respaldo no art. 8º, IV, parte inicial, da CF/88, referindo-se ao custeio da representação sindical das categorias de empregados. Não é obrigatória, não sendo, portanto, tributo. Nesse sentido, faz-se mister mencionar a recente Súmula nº 666 do STF, segundo a qual ‘a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo’.”<sup>6</sup>

Previstas pelo art. 149, caput, da Constituição Brasileira, as contribuições sociais, dentre as quais se incluem as corporativas,

“(...) são instituídas por lei federal em favor de entidades que representam categorias profissionais (trabalhadores) ou econômicas (empregadores). Os recursos são utilizados no custeio

---

<sup>6</sup> SABBAG, Eduardo de Moraes. Elementos do Direito: Direito Tributário. 8. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 93.

de atividades representativas e sindicais das respectivas entidades. (...)

Não há que confundir a contribuição corporativa (compulsória) por vezes chamada vulgarmente de 'imposto sindical', com a contribuição sindical paga de forma voluntária pelos sindicalizados. A contribuição corporativa é tributo, instituída por lei e obrigatória (CLT, arts. 578 a 591), enquanto que a contribuição sindical voluntária é fixada pela assembleia da entidade e os membros têm sempre a faculdade de não pagá-la, desligando-se do sindicato, e, mesmo assim, continuam aptos a exercer a atividade profissional ou econômica respectiva.

O texto constitucional, art. 8º, IV, primeira parte, alude a tais contribuições natureza voluntária; já a parte final do mesmo inciso faz alusão à contribuição corporativa (compulsória). (...)

Em se tratando de contribuição corporativa, a União instituiu o tributo, não em seu próprio favor, mas no de entidades que representam certas categorias, devido a um interesse público enxergado pela lei, no sentido da subsistência de tais instituições. Os contribuintes desse tributo são as pessoas (trabalhadores ou empresas) que integram a categoria representada.

Vale referir, são instituídas apenas pela União, por lei ordinária, e respeitam a regra da anterioridade anual.”<sup>7</sup>

Avulta, neste mandamus, controvérsia acerca da contribuição sindical, disciplinada pela União nos artigos 578 e seguintes da CLT. O impasse está em se saber se diante da ausência de norma jurídica específica, dita obrigação tributária por força de interpretação judicial analógica e de normatização pelo Ministério do Trabalho e Emprego, alcançaria o servidor público estatutário.

Antes de adentrar na vexata quaestio, urge esmiuçar a natureza das contribuições parafiscais em face da teoria dos tributos vinculados – aqueles cujo fato gerador ou hipótese de incidência implica, inarredavelmente, uma atuação estatal – e os não-vinculados – os impostos – que “tem suscitado, ao longo das Constituições brasileiras, acerbadas disceptações doutrinárias e não menos tormentosas disputas judiciais”, na expressão de Sacha Calmon<sup>8</sup>. Para tanto, relegue-se o nominalismo, afinal não é

<sup>7</sup> In: ROCHA, João Marcelo. Direito Tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2005. p. 45-46.

<sup>8</sup> NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 42.

o nomen iuris que confere identidade aos institutos, mas a natureza ontológica deles emanada.

Aliomar Baleeiro, analisando as contribuições parafiscais sob a égide da Carta de 1967/69, assentou serem elas “tributos, e, como tais, não escapam aos princípios da legalidade e da anualidade, ressalvados os arts. 21, §2º, I, e 153, §29, da Constituição Federal.”<sup>9</sup> Indagou, então, o saudoso tributarista: “O que distingue a parafiscalidade?” Ao que respondeu:

“Considerando o aspecto objetivo de cada tributo – nada. Doutrinária e tecnicamente, é imposto com aplicação especial, como inúmeros outros empregados pelo Estado, ou taxa. Tanto faz manter universidades, hospitais, arsenais, faróis, bibliotecas com dotações orçamentárias que saem indistintamente do conjunto das receitas (...), quanto especializar um tributo para cada despesa. Isso não altera a natureza dos tributos, sejam ou não atribuídos a fins especiais.”

Misabel Derzi, em comentários atualizadores à obra do renomado Professor, asseverou:

“A Constituição de 1988 afastou, irrefutavelmente, a discussão sobre o caráter tributário das contribuições parafiscais. A tese que sempre foi defendida por Aliomar Baleeiro, mais uma vez, encontrou consagração indiscutível no atual sistema jurídico brasileiro.

O art. 149 da Constituição, inserido no Capítulo do Sistema Tributário Nacional, confere à União, com exclusividade, a competência para criar contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico, contribuições instituídas no interesse de categoriais profissionais ou econômicas. (...)

O citado dispositivo constitucional usou da seguinte técnica para, definitivamente, encerrar a polêmica e deixar claro e insofismável o caráter tributário dessas contribuições: ao invés de simplesmente inseri-las no Capítulo do Sistema Tributário Nacional, expediente de que já se valera a Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1, de 1969 (...),

---

<sup>9</sup> BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Edição revista e complementada à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996, por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 590.

o art. 149 manda de forma literal e expressa que se apliquem às contribuições os mais importantes princípios constitucionais tributários – da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade – além de todas as normas gerais em matéria de Direito Tributário. E, como se isso não bastasse, a Constituição nesse artigo remete o intérprete ao art. 195, encartado em outro título da Constituição denominado 'Da Ordem Social', e lá no art. 195, (...) remete, de novo, o intérprete ao Sistema Tributário Nacional.

(...) qual a razão de tamanha insistência constitucional?

As explicações são evidentes. A Constituição veio espancar vícios e corrigir equívocos (...): o primeiro deles é e sempre foi o de amesquinhar, reduzir o conceito de tributo constitucionalmente implícito na Constituição anterior, pressuposto na atual (...) e literalmente consagrado no art. 3º do Código Tributário Nacional: (...) é tributo toda a prestação pecuniária e compulsória que não decorra de sanção de ato ilícito, que deve ser instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (...)

O segundo equívoco resulta de um vício de interpretação na prática constitucional brasileira, segundo o qual a norma constitucional é interpretada de forma isolada através de compartimentos estanques, de modo que aquilo que se insere no Capítulo do Sistema Constitucional Tributário não guarde relação alguma com outros títulos e outros capítulos inseridos na Carta Constitucional. (...)

O terceiro vício, que na verdade a Constituição veio corrigir, se manifesta no mito do nome legal ou da denominação, até mesmo constitucional e da consideração da destinação legal do produto arrecadado. Embora o art. 4º do Código Tributário Nacional expressamente consagre a irrelevância tanto do nome legal quanto da destinação atribuída por ele ao produto da arrecadação, o caminho metodológico consagrado nesse dispositivo que é o de considerar fundamentalmente a hipótese normativa reguladora do tributo, os pressupostos legais, como critério seguro para definição do tributo e das espécies tributárias, não tinha sido ainda (...) correta e verdadeiramente assimilado pela doutrina nacional.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. Atualização da obra Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. op. cit., p. 592-594.

A doutrina é, pois, remansosa com relação à natureza jurídica dos parafiscais; são tributos afetados a fins predeterminados.<sup>11</sup> Igualmente a jurisprudência dos Tribunais assim os reconhece; RE nº 180.745-8/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE nº 146733-9/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Adin 1076-0/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; REsp nº 612.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon. Nesse diapasão, as ponderações da ilustre Subprocuradora da Justiça Militar de a compulsoriedade do desconto condicionar-se à indispensável sindicalização soçobram, pois as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas têm natureza tributária e, por conseguinte, obrigatória é a exação.

Com efeito, o sentido da mens legis revela-se na dicção do art. 149, oportunamente localizado no capítulo concernente ao sistema tributário nacional, e que impõe a observância do art. 150, I e III, conforme ressaltado. Observe-se, bem assim, o art. 217 do Código Tributário Nacional que dispõe:

“Art. 217. As disposições desta Lei, notadamente as dos arts. 74, §2º, e 77 parágrafo único, bem como a do art. 54 da Lei nº 5.025, de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade:

I- da ‘contribuição sindical’, denominação que passa a ter o Imposto Sindical de que tratam os arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (...)”.

O punctum saliens da questão não se cinge, contudo, à discussão acerca da natureza de parafiscalidade atribuída às contribuições em geral, e às sindicais ou profissionais, em especial; cinge-se à possibilidade jurídica de sua cobrança sem prévia lei que as institua.

E nesse aspecto, com clareza irrefragável, proíbe-a o art. 149 da Constituição Federal, ao atribuir à União competência para instituir tais tributos, determinando a observância das limitações estatuídas pelos princípios da legalidade e da anterioridade subscritas pelo art. 150, I e III, do Diploma Maior.

No caso sub oculi a disciplinação específica para instituir a contribuição sindical dos servidores públicos lato sensu não vigora na positividade, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo ter a Carta Política facultado a formação de sindicatos aos servidores públicos civis, valeu-se da Consolidação das Leis do Trabalho para consagrar a taxação sob o argumento

---

<sup>11</sup> No mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro Coêlho. op. cit., p. 41-46.

da isonomia tributária. Mutatis mutandi, valeu-se da analogia, para suprir o vácuo normativo exigido pelo artigo 149 da Lei Maior.

Certo é que, em matéria tributária, diante de lacunas a regra prevalente é a estabelecida no art. 108 do Código Tributário Nacional, verbis:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I - a analogia;
- II - os princípios gerais de direito tributário;
- III - os princípios gerais de direito público;
- IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”.

A disposição acima transcrita direciona-se tanto para a autoridade fiscal quanto para a autoridade judiciária que se depare com situação não estatuída expressamente na legis. Enumera o Codex das Finanças, as fontes do Direito Tributário, à semelhança do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, fornecendo mecanismos exegéticos ao intérprete diante do vácuo normativo. Destaque-se, porém, o teor do parágrafo 1º que veda a utilização de analogia para inovar a ordem juspositiva, impondo a observância de regras básicas para suprir lacunas, integrar a norma estabelecida, desenvolver preceitos latentes, sem criar direito novo, apenas, descobrir o existente.<sup>12</sup>

A doutrina tributarista é esclarecedora:

“A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica existente a um caso não previsto, mas essencialmente semelhante ao previsto. Em outras palavras, a regra existente não abrange explicitamente o caso concreto a ser resolvido, mas como este se assemelha com o previsto abstratamente pode desfrutar da mesma solução normativa prevista para aquele outro.

A analogia não deve ser confundida com a interpretação extensiva. Nesta, (...) o intérprete percebe que o legislador, ao redigir o texto, disse menos do que intentava, de forma a ser necessária uma ampliação do conteúdo aparente da norma, abarcando situações aparentemente não previstas. Na analogia, a si-

---

<sup>12</sup> SOARES DE MELO, José Eduardo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Curso de Direito Tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 149.

tuação a ser resolvida está indiscutivelmente fora do alcance da norma, pois o legislador não pensava em tratar de tal situação ao escrever o texto, mas, em virtude de a situação imprevista se assemelhar à expressamente prevista, acaba por compartilhar com esta a mesma solução.

O fundamento da utilização da analogia é o princípio da isonomia, pois aos casos semelhantes devem-se aplicar soluções análogas.”<sup>13</sup>

Tal como colocado, a analogia em matéria tributária não pode malferir a legalidade estrita, a traduzir-se na exigência de tributo mediante lei. Para ser gerada obrigação tributária sobreleva-se, inarredável, o princípio da reserva legal, consoante a inteligência do texto normativo magno e infraconstitucional.

Correlacionando a aplicação da analogia com a legalidade, preleciona Ricardo Alexandre:

“Em nenhum caso se abandona por completo a legalidade, tão rígida em matéria tributária, pois, em primeiro lugar, o próprio Código proíbe que da utilização da analogia decorra a cobrança de tributo não previsto em lei (CTN, art. 108, § 1º). Assim, por mais que uma manifestação de riqueza sem previsão de tributação se assemelhe a uma outra tributada, o tributo não pode ser cobrado.

(...)

Caso a cobrança fosse realizada, haveria agressão indireta ao princípio da legalidade (CF, art. 150, I) e direta à regra restritiva ora comentada (CTN, art. 108, § 1º).”<sup>14</sup>

Preceito antiquíssimo e universal, exsurge como a principal limitação constitucional ao poder de tributar.

As bases políticas do retraimento remontam a Idade Média quando os senhores feudais, por “vontade própria”, e não pela imposição de um Monarca já enfraquecido, anuem no pagamento de tributos. Rastello, em seu *Diritto Tributario*, já observava que as prestações patrimoniais do senhor do feudo, nos primeiros tempos, têm caráter voluntário e de subsídio oferecido ao Estado; posteriormente, com a decadência do feu-

---

<sup>13</sup> ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. p. 257.

<sup>14</sup> *Id.*, p. 259.

dalismo e o reforço da autoridade estatal, preponderou a conotação de dever.<sup>15</sup>

Por isso, o princípio da legalidade dos tributos, antes de afirmar-se na Revolução Francesa e soerguer-se como um dos pilares do constitucionalismo do século XIX, derivou, inicialmente, do corporativismo medieval, como registra Ottmar Buhler.<sup>16</sup>

Seus precedentes históricos datam do século XI, anteriores, portanto, à Carta Magna de João-Sem-Terra. Correlacionam-se à autotributação, ou seja, à ideia de que os encargos estatais deveriam ser previamente consentidos por aqueles que o suportassem, fazendo valer o brocardo: no taxation without representation.

Consignado na famosa Carta de 1215, o princípio da legalidade manteve-se intocado. Paulatinamente, alargou-se a concepção do prévio consentimento, antes limitado aos segmentos privilegiados da população, com a promulgação de significativos documentos jurídicos liberais, tais como o Act of Appropriation (1626), a compilação do Petition of Rights (1628) e o Bill of Rights (1688) que exigia a imposição de tributos por ato do Parlamento.

Finalmente na França, no ano de 1735, os Estados Gerais postularam a faculdade de aprovar os impostos, regra que integrou a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1789 e a Constituição de 1791.

Efetivamente, o postulado da legalidade e seu importante consectário, a reserva legal, espelham significativa garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Governança, voltado à instituição de tributos, somente terá validade se respaldado em lei, concebida em sua acepção ampla. Está-se diante de importante limite à atuação estatal, com vistas a proteger o cidadão de eventuais ilegalidades ou abuso de poder.

De perfil diverso no âmbito do Direito Privado, onde as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe, no Direito Público existe uma relação de subordinação perante a normatividade a ensejar o axioma de que Administração e administrados só poderão fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar. Célebre é a lição de Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a lei de ofício”.

---

<sup>15</sup> In: BALEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 48.

<sup>16</sup> Principios de Derecho Internacional Tributario, trad. Fernando Cervera Torrejin. Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1968. p. 200.

Tal como articulado, sinto dificuldades em compartilhar com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, em vista das argumentações expendidas. Divirjo, outrossim, da Excelsa Corte, quando concluiu pela autoaplicabilidade do art. 8º, IV, da Constituição Federal – AG.REG. no Agravo de Instrumento nº 456.634-7/RJ, 2ª Turma, Relator, Min. Carlos Velloso, RE 161.547/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 191.022/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Isso porque em matéria tributária o princípio da legalidade é exigência estatuída no art. 150, I, da Lei Maior; verbis:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça”.

O termo lei, expressão da vontade geral, há de ser entendido em toda a sua amplitude e generalidade. Trata-se de ato emanado do Congresso Nacional, foro de ressonância da vontade popular, pelo que não se pode imprimir à norma constitucional em apreço eficácia plena, sob pena de, ao dispensar a legítima intervenção legislativa, desprestigiar o Estado democrático de Direito.

Miguel Reale definia-a como a “norma escrita com poder de inovar o Direito já existente, por outras palavras, de introduzir algo novo com caráter obrigatório”.<sup>17</sup>

Fonte formal do Direito Tributário, está-se a falar da lei ordinária – ato proveniente do exaustivo processo legislativo especificado no art. 59 da Lei Maior – responsável pela instituição ou majoração de tributos, à exceção dos empréstimos compulsórios, dos impostos residuais da União e das contribuições a que alude o art. 195, § 4º, da CF subordinados à lei complementar.

Nesse sentido, só o Poder Legislativo, v.g.: o Congresso Nacional, a Assembleia Legislativa Estadual e Distrital e a Câmara dos Vereadores – pode instituir ou exceder a obrigação pecuniária sob forma de tributo, nas respectivas unidades federadas. Não há taxaço sem representação.

A propósito, Roque Carrazza enfatiza que

“lei ordinária (...) tem uma força própria: a força da lei. A força da lei consiste na possibilidade que ela tem de inovar a or-

---

<sup>17</sup> Apud: Yonne Dolacio de Oliveira. In: Curso de Direito Tributário. Ives Gandra Martins (Coord.). op. cit., p. 114.

dem legislativa não constitucional (...) preexiste (...), e ao mesmo tempo, de não ser afetada por norma de inferior hierarquia”.

Dita restrição explicita-se diante da tipicidade tributária ou reserva absoluta de lei, que na dicção de Ives Gandra da Silva Martins<sup>18</sup>:

“faz com que o fundamento da tributação não se restrinja à mera existência da lei formal, mas à existência de lei definidora do tributo e da obrigação tributária em todos os seus elementos essenciais, de forma a vincular, inteiramente, a conduta do Estado na persecução das receitas que lhe pertinem, limitando-a à mera atividade de subsunção do fato à norma.

(...)

A tipicidade da tributação, por ser desdobramento do princípio da legalidade e na medida em que tem por objetivo proteger direitos como liberdade e a propriedade, é também uma garantia fundamental – embora não esteja topograficamente elencada no dispositivo dedicado aos direitos e garantias fundamentais – a teor do que dispõe o § 2º do art. 5º. (...).”

Sobre o tema, na disciplina de Aliomar Baleeiro:

“Nos países de Constituição rígida e de controle judiciário das leis e atos administrativos, os princípios que a Ciência das Finanças apurou em sua compósita formação política, moral, econômica ou técnica são integrados em regras estáveis e eficazes. Funcionam como limitações ao poder de tributar.

Nenhuma Constituição excede a brasileira, a partir da redação de 1946, pelo zelo com que reduziu a disposições jurídicas aqueles princípios tributários. Nenhuma outra matéria contém tantas limitações expressas em matéria financeira. Por isso mesmo, a interpretação e a aplicação daqueles dispositivos não podem dispensar as elaborações da Ciência das Finanças, velha fonte de onde afinal promanaram.

O sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimimentos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais (...)

---

<sup>18</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da Livre Iniciativa. Liberdade de Associação e Exercício Profissional. Inaplicabilidade da Norma Anti-Eisão em Face dos Princípios da Estrita Legalidade e da Tipicidade Fechada em Matéria Tributária. Supremacia da Constituição. Parecer in Doutrina. Editora Portal Jurídico Ltda. Dezembro de 2005, nº 24, p. 460.

A violação dessas normas inexoráveis de competência caracteriza inconstitucionalidade pura e simples (...).<sup>19</sup>

Na espécie, busca-se a imposição de cobrança de contribuição sindical não prevista em lei específica e, sim, em regração distinta e em subalterna Instrução Normativa. A pretensa exação arreda-se não somente do postulado da estrita reserva legal; dissociada está, igualmente, do princípio da anterioridade, realçado pelo constitucionalismo pátrio desde a Carta de 1946.

A respeito, uma vez mais, Misabel Derzi:

“A anterioridade (...) limita-se a adiar a eficácia e a aplicação da lei, que institui tributo novo, ou majora um já existente, para o exercício financeiro subsequente ao de sua publicação, sendo irrelevante o fato de a lei orçamentária ter ou não previsto e autorizado a arrecadação do novo tributo, conforme art. 150, III, b.”<sup>20</sup>

Consagra, pois, a *Lex Magna*, em seu art. 150, III, “b”, a anterioridade da lei fiscal, vedando a qualquer dos entes políticos cobrarem tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

A garantia está associada à “não-surpresa tributária”, cujo fito é evitar que os contribuintes sejam apanhados com novas cobranças sem terem tido tempo suficiente para melhor conhecer a legislação, e, em função dela, programarem-se. Afinal, nas sociedades civilizadas, o Estado permite que o indivíduo planeje e organize suas atividades financeiras, empreendimentos, bem como o orçamento familiar.

Decorre daí a tributação sindical aos servidores públicos infringir não apenas o princípio da legalidade e seu importante consecutório, a reserva legal, em face da inexistência de lei autorizativa para a referida taxação, mas também o da anterioridade da cobrança. Nem se argumente, como fez a Excelsa Corte e o Superior Tribunal de Justiça, com as vênias devidas, ser a Consolidação das Leis do Trabalho - artigos 578 et seq - a norma que especifica os contornos da exação, inclusive o fato gerador, as formas de recolhimento e os sujeitos ativo e passivo (Resp nº 612.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon; Recurso em MS nº 26.254/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Resp nº 881.969/DF, Rel. Min. Luiz Fux; Resp. nº 442.509/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

<sup>19</sup> In: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. op. cit., p. 2.

<sup>20</sup> In: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. op. cit., p. 47-48.

Tanto a Constituição Federal quanto o Código Tributário Nacional são taxativos ao estatuir: a primeira, a reserva absoluta, a revelar a necessidade de se editar preceituacão inovadora, de caráter obrigatório, para ensejar a almejada tributação; a segunda, a proibição expressa do emprego da analogia para exigir tributo não previsto em lei. Por outra, não pode o magistrado tomar emprestado regramento destinado a regular os empregados celetistas e aplicá-lo aos servidores estatutários. As razões emergem da força normativa da Constituição.

Servidores públicos, na lição de Hely Lopes Meirelles,

“constituem subespécies dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviço à Administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária.”<sup>21</sup>

Certo é que as Emendas Constitucionais nº 19 e 20 de 1988, da Reforma Administrativa, classificaram em quatro espécies os servidores públicos em sentido amplo; vg: agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado.

In specie, está-se a versar sobre servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, definidos como os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar. Dito de maneira diversa, detentores de cargo público, não de emprego público, regidos pela Lei nº 8.112/90, categoria na qual se enquadram os servidores da Justiça Militar da União.

Com efeito, as diferenças entre os regimes jurídicos celetista e estatutário são marcantes, a ensejar tratamento díspar. Nomeie-se a acessibilidade ao cargo por meio de concurso público, ex vi do art. 37, I, da CF e, uma vez ingressos, ser-lhes dispensadas garantias e restrições tais como a irredutibilidade de vencimentos – art. 37, XV – e teto remuneratório; a estabilidade após três anos de exercício subsequentes à nomeação – art. 41, § 4º - ressalvadas as exceções constitucionais de desinvestidura; a vedação de cumulação de cargos, empregos e funções públicas e regime previdenciário peculiar. Eu poderia prosseguir, despicendo, contudo. Cumpre-me, não obstante, apontar concreta referência no mandamento constitucional que, por si só, corrobora a diligência interpretativa ora em-

---

<sup>21</sup> In: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros.

preendida. Refiro-me à ausência de remissão do art. 39, §3º, da Carta da República, ao artigo 8º, em especial, seu inciso IV, estatuidor da contribuição sindical, tendo-o feito somente em relação a dispositivos específicos do art. 7º. Quisesse o Colégio Formal da Soberania elastecer a exação ora reivindicada ao servidor público, tê-lo-ia feito, inclusive, em sede revisional, por intermédio das Emendas 19 e 20 de 1998, que promoveram mudanças significativas em todo o Capítulo VII da Constituição Pátria, oportunidade preciosa para o prolator secundário fulminar o silêncio da norma.

Indeclinável a juridicidade diferenciadora e a incongruência das situações correspondentes a impor o reconhecimento da não imposição tributária sindical aos estatutários, mas, tão somente, aos trabalhadores celetistas. A precisão constitucional revela-se, até, na disposição topográfica dos preceitos invocados: o art. 39, localizado na seção dedicada aos servidores públicos, e os artigos 7º a 11, encartados no Capítulo destinado aos Direitos Sociais, regulamentadores da relação capital/trabalho e responsáveis pela vivificação do art. 1º, IV, da Lex Fundamentalís que consagra, como fundamento da República, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Sustentáculos do Estado Nacional, o trabalho e a livre iniciativa ganharam densidade nos Direitos Sociais, erigidos a cânon constitucional pela primeira vez na historiografia jurídica pátria. Impossível dissociá-los do escopo protetivo da Carta Cidadã de 1988, que reservou ao obreiro, destituído do rol de garantias conferidas ao estatutário, e parte mais vulnerável na relação empregatícia, medidas assecuratórias destinadas a prover-lhe segurança mínima frente ao empregador. Exemplifico com o fundo de garantia por tempo de serviço, o piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho, a participação nos lucros da empresa e a contribuição sindical compulsória, medidas benfazejas que visam resguardar direitos sociais revestidos de fundamentalidade.

Nesta ordem de ideias, não foi por ter restado facultada pelo Constituinte a formação de sindicatos de servidores públicos, que o Colégio Formal da Soberania os submeteu ao instituto da contribuição sindical compulsória independentemente de previsão legal específica, ao reverso do sustentado em julgados do Pretório Excelso (RMS 21.758-1/DF, relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, D.J 04.11.94; Adin 962, Rel. Min. Ilmar Galvão, D.J.).

Mas, ad argumentandum, ainda que se considerasse estarem, celetistas e estatutários, em situação tributária semelhante, cumpriria extrair

da inteligência do art. 149 da CF o sentido concreto da sua determinação. Da leitura do dispositivo constitucional verifica-se a possibilidade de criação de contribuições sociais, desde que observados os incisos I e III do art. 150 da Carta. Atente-se, então, não ter o Constituinte Originário remetido-as ao inciso II, que obstaculiza, precisamente, o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, donde se depreende que, em se tratando de parafiscais, dita limitação não prevalece; sua exação pode se dar de forma diferenciada, até entre sujeitos passivos assemelhados.

Poder-se-ia argumentar arredarem-se as contribuições parafiscais das preceituações regentes dos tributos em geral. Não é o caso. Na lição de Geraldo Ataliba:

“A circunstância de o sujeito ativo não ser a entidade estatal (...) mas outra pessoa designada pela lei (...) em nada altera o regime tributário, que deverá persistir sendo observado.”<sup>22</sup>.

Forçoso, pois, reconhecer, o norte axiológico e a inclinação valorativa ínsita na Carta Republicana, no sentido de não impor a contribuição corporativa aos servidores públicos, senão por lei específica.

Entender, tal qual a Instância Superior e o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ser a Consolidação das Leis do Trabalho em seus arts. 578 et seq a norma adequada para dita tributação, posto estar eivada de todos os contornos da exação: fato gerador, formas de recolhimento e sujeitos ativo e passivo, já que devidamente recepcionada pela atual Constituição, é outro argumento que ousa divergir (REsp nº 612.842/RS, relatora Min. Eliana Calmon; REsp nº 442.509/RS, relator Min. João Otávio de Noronha; Recurso em MS nº 26.254/MG, relator Min. Mauro Campbell Marques). A uma, pela impossibilidade jurídica de correlação entre as categorias profissionais – celetista e servidor público – a obstaculizar a equiparação legal que os regem. A duas, pela inolvidável proibição vedatória de o magistrado “tomar emprestado” norma de regência diversa para fazê-la prevalecer em situações apartadas legalmente em direito tributário. Se o legislador quedou inerte, resta aguardar a devida manifestação. O que não se admite é que o Poder Judiciário supra o complexo orgânico normativo, inovando a positividade por meio de exegese em matéria tributária. *Primus*, por atentar contra o princípio da legalidade e a reserva absoluta de lei; *secundum*, por desacatar a anterioridade e o marco temporal de vigência da lei; *tercius*, pelo CTN ser imperativo ao estatuir que

---

<sup>22</sup> In: ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 6. tiragem, p. 85.

o emprego da analogia, viável e juridicamente factível, não endossa tributo não previsto em lei. Insisto, o processo analógico, em direito tributário, não pode ser utilizado como recurso extremo do hermeneuta de modo a solapar os princípios da legalidade estrita e promover danosa ingerência ao patrimônio do contribuinte. Por outras palavras, praetor jus facere non potest (o pretor não pode fazer o direito).

Nem se argumente ter o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção 712-8 do Pará, que versou sobre o direito de greve dos servidores públicos, haver removido o obstáculo criado pela omissão legislativa para tornar viável o artigo 37, VI, da Constituição Brasileira, tendo feito incidir, com parâmetros, a Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. Naquela oportunidade, discutia-se em sede adequada; o Mandado de Injunção, a ausência de regulamentação de direitos fundamentais de caráter instrumental e a amplitude do writ. Ao formular, o Pretório Excelso, supletivamente, a norma faltante, concretizou direitos negligenciados, assegurando-os. Inversamente, na hipótese vertente, subjugar o estatutário a desconto compulsório salarial não previsto em lei diante de exigência constitucional expressa para sua edição, amesquinha a cidadania e supera imperiosas balizas do Estado Democrático de Direito.

Articular ser o artigo 8º, IV, da Lex Magna preceito dotado de eficácia plena, tal como sustentou o Supremo Tribunal Federal, prescindível de lei integrativa e a ensejar, de pronto, competência para fixação da contribuição, destinação e forma de recolhimento, data maxima venia, repito, é negar vigência à parte final do dispositivo que vernacularmente menciona “contribuição prevista em lei”, bem como ao art. 150, inciso I, do Diploma Maior. A explicitação da ratio faz valer o conhecido o aforismo: *in claris non fit interpretatio*.

A autoaplicabilidade em matéria tributária, como bem ressaltou Sacha Calmon, refere-se às limitações ao poder de tributar, nunca à criação de tributos, a exemplo do art. 150, VI, “d”, da CF, que veda a instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. Nesse caso, o legislador regulará a limitação se quiser.<sup>23</sup>

Em sede infraconstitucional a densidade ôntica do discurso do art. 97, caput do Código Tributário Nacional, cuja letra inicia-se com o advérbio “somente”, elimina “qualquer interpretação conveniente no que concerne ao princípio da estrita legalidade. ‘Somente a lei’ significa que apenas, exclusivamente, nada mais do que a lei pode instituir ou majorar

---

<sup>23</sup> NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 89.

tributos.”, consoante a valorosa doutrina de Ives Gandra da Silva Martins.<sup>24</sup>

Reafirmo meu convencimento de ser o art. 8º, inciso, IV, preceito constitucional contido ou limitado, a demandar emissão de normativa futura para integrar-lhe a eficácia e dar-lhe capacidade de execução. Necessária para, sua incidência, a atuação do Parlamento, com vistas a dar concreção ao comando positivado na Constituição.

Sob outro viés, novas objeções merecem ser colocadas para infirmar a validade do recolhimento aqui pleiteado. Refiro-me à Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais), cujo art. 45 estabelece: “Salvo por disposição legal, ou mandato judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento”. (grifei).

Pondere-se o uso das interpretações sistemática e teleológica. Na primeira, a regra é analisada como parte de um sistema no qual está inserida; busca-se harmonizar e fazer uníssono o ordenamento jurídico, afastando antinomias (contradições) porventura patentes. Naqueloutra perquire-se o sentido legal pelo entendimento da finalidade (do propósito) de sua inserção no ordenamento jurídico, para que, no mundo dos fatos, seja concretizada a vontade abstrata do diploma normatizador.

Conjugando-se o princípio da legalidade e o postulado da reserva legal ao dispositivo constitucional inscrito no art. 5º, II, ao art. 108 do Código Tributário Nacional e à Lei 8.112/90, art. 45, depreende-se ter o Legislador Maior desonerado o cidadão, no caso vertente, o servidor público, do cumprimento de obrigação jurídica não prevista em lei.

Esta é a latitude exegética a ser valorada, por descortinar a indeclinável unidade da Ordem Normativa, fazendo convergir para o campo da integração as funções da Constituição e da positividade, posto a imparcialidade cognitiva derivar, obrigatoriamente, do exame das normas jurídicas em seu conjunto sistêmico e em relação à Ciência.

A impossibilidade de criação de tributo por qualquer elemento normativo diverso de lei em sentido estrito é irrefutável; exige-se para o estabelecimento da obrigação tributária a observância de critérios formais e materiais próprios.

---

<sup>24</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Reintrodução da Correção Monetária pelo Dec-Lei 2.323/87 em 5.3.87 e a Revogação do Dec-Lei 2.287/86, que Abolira, com Eficácia Plena até 4.3.87. Pretendida Outorga de Eficácia Retroativa a 31.12.86. Violação Dos Princípios da Anterioridade, Legalidade, Tipicidade, Reserva Absoluta, Irretroatividade e do Direito Adquirido. In: Revista de Direito Tributário. 1987. Nº 39. p. 171.

Dúvidas não restam ser a legalidade informada pelos ideais de justiça e de segurança jurídica, “valores que poderiam ser solapados se à administração pública fosse permitido, livremente, decidir quando, como e de quem cobrar tributos”<sup>25</sup>. Do contrário, como conciliar a proteção constitucional à propriedade privada, mesmo considerando não ser ela um direito absoluto, com a possibilidade de fixação ou majoração tributária sem o crivo parlamentar?

Frise-se, ademais, não se ignorar, in casu, a manifesta ilegalidade da Instrução Normativa nº 01/2008, do Ministério do Trabalho e Emprego que prevê a incidência da contribuição sindical aos servidores públicos.

É consabido que, não criam nem aumentam tributos, portarias ministeriais, interministeriais e demais atos de hierarquia inferior (instruções, circulares, atos declaratórios normativos<sup>26</sup>). Neste writ mandamental patenteia-se a seguinte problemática: normatização do jaez de Instrução Normativa, emanada pelo Poder Executivo – Ministério do Trabalho e Emprego – com pretensa força cogente perante o Poder Judiciário, poderia impor-lhe obrigação inerente a seus servidores em favor de entidades sindicais?

Parece-me que não, seja por desacato aos regramentos maiores que disciplinam a Finança Pública, seja por manifesta invasão de competência de um Poder em outro. Evidente é, pois, a exorbitância do poder regulamentar ao produzir efeitos tão abrangentes no mundo jurídico, à luz do art. 84, IV, da CF.

Conforme assentou o Ministro Celso de Mello, na ADI 365/DF:

“As instruções normativas, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância aos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Essas instruções nada mais são, em sua configuração jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade está diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexó de acessoriedade e de dependência.”.

---

<sup>25</sup> AMARO, Luciano da Silva. Direito Tributário Brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 109.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. In: Curso de Direito Tributário. op. cit., p.115-116.

Restritas a veicular ordem administrativa, traduzem-se em meras determinações de serviço que não detêm a envergadura das leis. A Instrução Normativa em comento cria efetiva exação tributária e gera obrigação direta aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, em âmbito federal, estadual, distrital e municipal, exacerbando os limites em que se haveria de conter.

Sobre os excessos da função regulamentadora executiva, Pontes de Miranda pontifica: “onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa.”<sup>27</sup> Na mesma ordem de ideias, Celso Antônio Bandeira de Mello ao versar sobre as resoluções, portarias e instruções complementa:

“Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento. Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, (...) manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade. A regra geral contida no art. 68 da Carta Magna, da qual é procedente inferir vedação a delegação ostensiva ou disfarçada de poderes legislativos ao Executivo, incide com maior evidência quando a delegação se faz em prol de entidades ou órgãos administrativos sediados em posição jurídica inferior à do Presidente e que vão se manifestar, portanto, mediante atos de qualificação menos.”<sup>28</sup>

Desse teor a ADI 1075 MC/DF; verbis:

“O PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO, EMBORA DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL, NÃO LEGITIMA A EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS DE CARÁTER PRIMÁRIO, ESTANDO NECESSARIAMENTE SUBORDINADO, NO QUE CONCERNE AO SEU EXERCÍCIO, CONTEÚDO E LIMITES, AO QUE PRESCREVEM AS LEIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. – A competência regulamentar de-

<sup>27</sup> In: MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969. Tomo III. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. p. 314.

<sup>28</sup> In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 365-366.

ferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis, compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, 'ope constitutionis', a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União. – As instruções regulamentares, quando emanarem do Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário.”

No caso em tela, a IN 01/2008 do Ministério do Trabalho e Emprego sequer transgrediu ou extrapolou os limites da lei já que, ab absurdo, não há norma vigente. À guisa de informação, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Decreto Legislativo nº 862/2008, de autoria do Deputado Federal Raul Jungmann, que visa sustá-la.

Destaque-se, outrossim, inexistir pronunciamento do STF nem, tampouco, do Conselho Nacional de Justiça, quanto à obrigatoriedade executória da referida normatização nos órgãos do Poder Judiciário.

Quanto à contribuição sindical em comento, pontua Leandro Paulsen:

“Contribuição sindical. Ônus exclusivo de servidores celetistas. Tendo em conta que o fundamento legal da contribuição sindical são os arts. 578 e 580 da CLT, só pode ser exigida de servidores celetistas, e não dos vinculados a regimes próprios de previdência, como a maioria dos servidores públicos, salvo dispositivo de lei específico que a institua.”<sup>29</sup>

À evidência, a matéria descortina nuances de diversas ordens, não podendo ser capitulada como direito líquido e certo.

Estivesse o tema pacificado, inexistiria dificuldade, por ocasião da apreciação da Questão Administrativa, em atender o pleito deduzi-

---

<sup>29</sup> PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 153.

do. Inconformada, contudo, a impetrante revolve a matéria sem adicionar argumentação que justificasse decisão diferente da tomada anteriormente por este Tribunal.

Aludiu a entidade confederativa à Decisão do TCU (Acórdão 686/2009), que, a despeito de não ter conhecido a Representação ofertada pelo Impetrante junto àquela Corte de Contas, teceu seu Relator considerações favoráveis à exação aqui vindicada. Ocorre que, conforme admitiu o próprio Ministro condutor, não compete àquele Tribunal

“manifestar-se sobre a pertinência da cobrança da contribuição sindical dos servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, tampouco sobre a forma adotada para estipular a obrigatoriedade da cobrança, no caso, por meio de instrução normativa.” (fl. 30).

Em reforço, saliento que em recente consulta formulada pela Diretora de Pessoal do STM, em atendimento a despacho por mim prolatado à fl. 184, recebeu ofício do Secretário de Recursos Humanos do Supremo Tribunal Federal, comunicando que o Excelso Pretório “(...) não efetua desconto na remuneração dos servidores, nos termos da decisão do Processo Administrativo STF nº 336.482 anexa.” (fl. 198), em contraposição ao assentado judicialmente.

Da documentação encaminhada pelo Senhor Secretário, extrai-se que em decisão de 9 de junho de 2009 o Exmo. Sr. Ministro GILMAR MENDES, na Presidência do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar requerimento autuado sob nº 336.482, de autoria do órgão confederativo proponente deste mandamus, manteve a decisão anterior exarada pelo então Presidente Ministro Maurício Corrêa, nos autos do Processo nº 168.785, que, na ocasião, acolheu posicionamento dos Ministros da Comissão de Regimento Interno do STF, sob os mesmos fundamentos que serviram de base à primeira decisão. Pela relevância, transcrevo a parte final da manifestação do Ministro Ilmar Galvão (fl. 207), acompanhado pelo Ministro Carlos Velloso, que consolidou o entendimento da Comissão de Regimento Interno do STF, quanto ao pleito formulado pelo SINDJUS-DF (Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal) e que serviu de lastro para a decisão prolatada. Litteris:

“(...) Devida aos sindicatos (daí a parafiscalidade), foi a contribuição sindical compulsória instituída pela CLT, que,

em seu art. 580, enumera, como contribuintes, os empregados, qualquer que seja a forma da remuneração, os agentes ou trabalhadores autônomos, os profissionais liberais e os empregadores (incs. I a III).

Como se vê, os funcionários públicos não estão abrangidos no dispositivo. Pela singela razão de que a sindicalização lhes era vedada. Não havia razão, por isso, para contribuírem para sindicatos.

A circunstância de a CF/88 haver afastado essa vedação não os converte, automaticamente, em contribuintes. Para tanto, é mister lei expressa. Assim exige o princípio de legalidade estrita, que rege o poder de tributar.

Dessa forma, enquanto lei nova não definir os funcionários públicos como contribuintes do tributo, a pretensão do SINDJUS é inteiramente descabida, não havendo espaço para atendimento de notificação em foco.” (fl. 207).

Desta maneira, entendo que a instituição da contribuição corporativa aos servidores públicos somente poderá vir a ser objeto de regulação pela via legislativa, decorrência lógica dos princípios da segurança jurídica e da legalidade, da separação dos poderes e do regime democrático. Aliás, tramita na Câmara dos Deputados a PEC nº 190/2007, cuja proposição estabelece a iniciativa do Supremo Tribunal Federal para elaborar anteprojeto de Lei Complementar dispondo sobre o Estatuto dos Servidores do Judiciário. O referido estatuto poderá, eventualmente, contemplar a matéria aqui versada.

Enfatizo que, se insisto em afirmar a preponderância da lei, é por perfilar o entendimento do eminente jurista Ives Gandra da Silva Martins, cujas memoráveis lições foram invocadas ao longo deste voto. Também eu estou convencida de que

“ao definir a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, em que todo o poder emana do povo – e onde os três Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, estabelece, como pedra angular, o princípio da legalidade.”<sup>30</sup>

Eu concluo citando a respeitável tributarista Mizabel Derzi quando conclama pela efetiva, concreta e real atuação deste relevante postulado:

---

<sup>30</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Id. op. cit., p. 460.

“Tenhamos consciência de que quando ele se abala dentro do Direito Tributário se abala a República e se abala a democracia. (...) não podemos permitir que através dessa porta se crie (...) um retrocesso gravíssimo somente existente e explicável à época do fascismo e do corporativismo. (...)”<sup>31</sup>

Sindicatos fortes, sim, mas com a lei.

Em face do exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de não conhecimento suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e, no mérito, conhecer do Mandamus e denegar a segurança à minguada de amparo legal.

Brasília-DF, 1º de julho de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Dr<sup>a</sup> Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

---

<sup>31</sup> In: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. op. cit., p. 656.

Relator – Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.

Relator para o Acórdão – Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli.

Impetrante – FOLHA DA MANHÃ SA e LUCAS DE FREITAS FERRAZ ARAÚJO, civil, impetram o presente Mandamus contra Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar, de 23/8/2010, que indeferiu pedido de acesso aos autos da Ação Penal Militar nº 366/70, requerendo a concessão da segurança para, liminarmente, inaudita altera pars, obter o direito ao imediato acesso e à extração de cópia reprográfica dos mencionados autos; no mérito, pedem a confirmação da Ordem.

Advogados – Drs. Taís Borja Gasparian, Virginia Veridiana Barbosa Garcia, Mônica Filgueiras da Silva Galvão, Carolina Arid Rosa Brandão, Jaime Magalhães Machado Júnior, Charlene Miwa Nagae, Rafael Valente Latorre, Gabriela Salomão Canton, Renato Spolidoro Rolim Rosa, Mayara Bernardo Zanini, Diego Vega Possebon da Silva, Igor Ramos Silva e Jorgina Silvia Viana Guimarães.

---

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. DESCABIMENTO DO EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ACESSO E EXTRAÇÃO DE CÓPIAS DE PROCESSO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. A circunstância de poderem ser afetadas negativamente pela Decisão a ser proferida no Mandamus não torna as pessoas referidas na Ação Penal Militar litisconsortes passivos necessários, uma vez que, in casu, não se faz presente qualquer das hipóteses previstas nos artigos 46 a 49 da Lei nº 5.869/1973 (art. 24 da Lei nº 12.016/2009). A apreciação da constitucionalidade das leis invocadas na hipótese é matéria de competência originária do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal. Descabe aceitar que o proclamado direito à intimidade das pessoas referidas na Ação Penal Militar teria

o condão de inibir a pretensão deduzida pelos Impetrantes, uma vez que se trata de processo público e que, ao longo do tempo, foi alvo de livre consulta por advogados, pesquisadores e historiadores; não incidência, no caso, da garantia ínsita no art. 5º, inciso X, da Carta Magna. O direito de ter acesso e obter cópias da Ação Penal Militar, invocado na pretensão deduzida pelos Impetrantes, indiscutivelmente assenta-se no art. 5º, incisos IX, XIV e XXXIII da CF, bem como nas leis ordinárias surgidas sob a inspiração desses preceitos maiores, quais sejam, as Leis 8.159/91 e 11.111/2005. Rejeição da primeira preliminar, por maioria. Não conhecimento da segunda preliminar, por maioria. Concessão da Segurança, por maioria.

---

#### DECISÃO

Prosseguindo no julgamento do processo suspenso na 78ª Sessão, em 19 de outubro de 2010, após a manifestação da Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, que declinou do seu pedido de vista requerido na 73ª Sessão, em 5/10/2010, o Presidente concedeu a palavra ao Ministro MARCOS MARTINS TORRES (Relator) para dar prosseguimento ao julgamento do feito. Na sequência, na forma regimental, concedeu a palavra às partes. Na oportunidade, levantou questão de ordem o Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, considerando desnecessária a produção de nova sustentação oral pelas partes. O Presidente resolveu a questão de ordem, esclarecendo que o processo foi suspenso em virtude do surgimento de questão nova e, em respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, passou a palavra à advogada dos impetrantes, ao Advogado da União e à Procuradora-Geral da Justiça Militar, pelo prazo regimental. Em seguida, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar arguida pela Advocacia da União, de imprescindibilidade de citação prévia dos litisconsortes passivos necessários. O Ministro MARCOS MARTINS TORRES (Relator) acolhia a preliminar suscitada pela Advocacia da União e, com fulcro no § 2º do art. 79 do RISTM, convertia o feito em diligência, para determinar aos impetrantes que, no prazo de 15 dias, promovessem a citação de todos os envolvidos no Processo Penal nº 366/70, na qualidade de litisconsortes passivos necessários, sob pena de extinção do feito. Os Ministros MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS e FERNANDO SÉRGIO GALVÃO acolhiam parcialmente a preliminar para intimar a impetrante para providenciar a citação de DILMA

VANA ROUSSEFF como litisconsorte passivo necessário, sob pena de extinção do processo, sem resolução do mérito. Em seguida, o Tribunal, por maioria, acolheu a preliminar suscitada pelo Ministro ALVARO LUIZ PINTO, de não conhecimento da preliminar de mérito levantada pela Advocacia da União, por entender que a apreciação da matéria é de competência exclusiva e privativa do Supremo Tribunal Federal. Os Ministros MARCOS MARTINS TORRES (Relator) e OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, com fulcro no art. 79, § 3º, do RISTM, não conheciam da preliminar arguida, por considerarem-na imbricada com o mérito. No mérito, por maioria, o Tribunal, concedeu a Segurança. O Ministro MARCOS MARTINS TORRES (Relator) denegava a Segurança, por falta de amparo legal. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR concedia a Segurança nos exatos termos em que foi pleiteada pela impetrante, ou seja, concedido o acesso aos autos do Processo nº 366/70, e que dele retire o material necessário, relativo apenas à Senhora DILMA VANA ROUSSEFF. Relator para o Acórdão Ministro RENALDO QUINTAS MAGIOLI. O Ministro MARCOS MARTINS TORRES (Relator) fará voto vencido. A Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA fará declaração de voto. Presidência do Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente. Na forma regimental, usaram da palavra a Advogada dos impetrantes, Dra. Taís Borja Gasparian, o Advogado da União, Dr. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto, e a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 89ª Sessão, 16.11.2010).

#### RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A e pelo jornalista LUCAS DE FREITAS FERRAZ ARAÚJO contra ato do Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar, Dr. Carlos Alberto Marques Soares, de 23/8/2010, que indeferiu o requerimento, protocolizado pelo segundo em 18/8/2010, para que fosse fran-

queado o acesso aos autos da Ação Penal Militar nº 366/70, em que figurou como Ré a S<sup>ra</sup> DILMA VANA ROUSSEFF, com o propósito de consulta e extração de cópias.

No ato impugnado, representado pelo Despacho acostado às fls. 22/23, o Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar assenta o indeferimento do prefalado pleito dos Impetrantes na fundamentação a seguir explicitada, in verbis:

“Primeiramente, os autos do Processo supramencionado perfazem mais de 30 (trinta) anos, são históricos e encontram-se em estado de fragilidade, de difícil manuseio.

Em razão do elevado estado de precariedade do processo supracitado, inclusive já tendo passado por processo de restauração, não há como permitir extração de cópias.

Conforme preconiza o artigo 10 do Ato Normativo nº 244, de 12/04/2007, deste Superior Tribunal Militar, in verbis:

‘É vedado o empréstimo e/ou reprodução de documentos e/ou processos findos que apresentem condições de fragilidade que acarretem risco a sua conservação em caso de manuseio.’

Além disso, a Lei 11.111/2005 que regulamentou a parte final do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal assim dispõe:

‘Art. 7º - Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata § 3º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.’

Como se vê, apesar de a legislação permitir o acesso a documentos públicos, ela também o restringe, concedendo esse direito apenas à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendente ou descendente, com o objetivo de resguardar o direito a intimidade, a honra, a imagem e a vida privada, o que não se observa no presente requerimento.”

Na sua Petição de fls. 2/13, afirmam os Impetrantes, em essência, que, no ato atacado, a autoridade impetrada violou direito que lhes seria líquido e certo, conforme “assegurado pelo inciso XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, bem como pelo artigo 4º da Lei nº 8.159/1991, e artigo 2º da Lei nº 11.111/2005” (fl. 3). Em abono dessa premissa assertiva, após a indicação de que o pedido que formularam fundamentou-se no artigo 5º, incisos IV, IX, XIV e XXXIII, e no artigo 220 da Constituição Federal, argumentam nos termos que se seguem, *ipsis litteris*:

“É evidente que o direito da impetrante de obter informações dos órgãos públicos está sendo flagrantemente violado. Segundo o inciso XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal ‘todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.’

A Sra. Dilma Roussef é candidata à Presidência da República no pleito que será realizado, em primeiro turno, em outubro deste ano (2010). Possuem os impetrantes, na qualidade de empresa editora de jornais e jornalista, o legítimo interesse de divulgar fatos que se refiram à vida da candidata à Presidência, por serem eles de evidente interesse público. É legítimo e lícito, por outro lado, que os cidadãos tenham a maior quantidade possível de informações sobre a candidata ao cargo de chefe do Poder Executivo da República, tendo em vista que, se eleita, será ela responsável pelos rumos do País.

Sabe-se que Dilma Roussef participou, na década de 70, de um grupo guerrilheiro e que esteve presa. Em manifestações públicas, a Sra. Dilma Roussef já se referiu à prisão e às perseguições de que foi vítima, inclusive tendo ressaltado que algumas de suas qualidades, sobretudo as que dizem respeito à liderança e à coragem, advêm dessas passagens de sua vida. De fa-

to, a redemocratização do País deu-se, em alguma medida, em razão de pessoas que, de um modo ou de outro, lutaram contra o regime autoritário. Não é crível que o Superior Tribunal Militar, que guarda consigo um processo penal militar de tal interesse, oponha óbices ao conhecimento de tais fatos. O assunto reveste-se de inegável interesse público, coletivo e geral, por dizer respeito à informação relevante de candidata a Presidente da República. A forma como dirigirá o País tem relação direta com a sua vida política e privada, que são, nesse sentido, de inequívoco interesse da população.

Veja-se que a legislação do país é toda ela no sentido de permitir o acesso a informações de interesse público. A Lei 8.159/1991, em consonância com o princípio constitucional de publicidade dos atos (art. 37, caput, CF), estabelece, no artigo 4º, que 'todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos ou arquivos'. Como se não bastasse, o artigo 22 do mesmo diploma legal dispõe que 'é assegurado o acesso pleno aos documentos públicos'.

A regra constitucional e legislativa é a da publicidade dos documentos públicos, sendo que as únicas ressalvas referem-se tão somente a informações em que 'o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança do Estado ou da sociedade' (art. 2º Lei nº 11.111/05 e também art. 4º da Lei 8.159/91) ou que digam respeito à 'inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas' (art. 7º Lei nº 11.111/05 e também art. 4º da Lei 8.159/91).

Nada justifica, então, a negativa da autoridade coatora, uma vez que a própria postulante ao cargo de Presidente da República já expôs os fatos a que se refere o processo a cujo acesso os impetrantes requerem.

A negativa da autoridade impetrada, fundamentada no inadmissível e improcedente argumento de que se trata de matéria revestida de caráter sigiloso, com o objetivo de resguardar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da candidata, não procede. Os documentos cujas cópias foram requeridas não são sigilosos, porque não dizem respeito à vida privada ou íntima da Sra. Dilma Roussef. Ao contrário, os documentos referem-se à sua vida pública, cujos detalhes já foram por ela mesma divulgados em inúmeras oportunidades.

O processo em questão estava acessível ao público até há poucos meses, ou seja, não está protegido pelo manto do sigilo. Incabível que, sem qualquer motivo processual, negue-se a autoridade coatora a permitir o acesso a documento que é público.

São públicos os documentos aos quais, em ato discricionário, a autoridade coatora negou acesso. Se nada disso bastasse, veja-se que o art. 93, IX, da Constituição Federal é expresso no sentido de que todos os julgamentos do Poder Judiciário são públicos.

Lembre-se que, no passado, as declarações de bens dos candidatos a cargos eletivos não era acessível aos cidadãos. Esse conceito mudou com a redemocratização do País, e atualmente a declaração de bens de todos os candidatos é pública. Isso demonstra a importância da transparência no trato da coisa pública. Sabe-se que a esfera de privacidade da pessoa pública é mais restrita do que a da pessoa comum, sobretudo quando essa pessoa é candidata à Presidência do País.

O Superior Tribunal Militar, criado há mais de dois séculos, é repositório de importantes decisões que, desde o Império, definem o rumo da Nação. Tanto isso é verdade que, sob a rubrica de 'Julgamentos Históricos', o site do Tribunal estampa relatos e nomes de pessoas que figuram nos processos julgados naquela Corte. Assim é que a Revolta Tenentista, a Revolução Paulista, a Revolução de 32, a Ação Integralista Brasileira, e a Intentona Comunista, dentre outros, são julgamentos que são divulgados pelo próprio STM. Qual a razão, então, para vedar o acesso a julgamento de atual candidata à Presidência, se tantos outros já são divulgados pelo próprio Tribunal?

Incabível, também, o argumento de que o processo referido está em estado de precariedade, apesar de ter passado por restauração. É inacreditável que em uma era em que todos os documentos são acessíveis de modo digital, em que processos judiciais são inteiramente digitalizados, inclusive os do STJ e do STF, e que a orientação do Conselho Nacional de Justiça é pela digitalização dos documentos e processos, que a fundamentação da negativa ao acesso a esse documento público repouse no fato de que o suporte físico está em 'estado precário' e que, então, por disposição de um Ato Normativo do Tribunal, o acesso a ele é proibido.

Mesmo que se tratasse, o que não é o caso, de documento 'sigiloso', ainda assim incidiria o parágrafo único do artigo 24

da Lei 8.159/91, ao dispor que 'nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto nesse artigo'.

A informação perseguida pelos impetrantes corresponde, de um lado, ao interesse particular do legítimo exercício de sua atividade, que é a de divulgar informações. Além disto, a obtenção da informação atende a um interesse coletivo e geral, uma vez que os cidadãos têm direito de conhecerem assunto de interesse público, como no caso vertente.

É necessário ressaltar a importância do direito à informação que está sendo violado, na situação apontada, pela autoridade impetrada. Nesse sentido, veja-se comentário de CELSO BASTOS acerca do inciso XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal:

'Nasce assim, ao lado das duas modalidades clássicas de informação, consistente uma em cada indivíduo poder externar livremente o seu pensamento e a outra na liberdade de prestar informações, sobretudo através dos meios técnicos com esta finalidade, uma terceira modalidade, consubstanciada em um direito de exigir informações.

Há, a nosso ver, uma dupla fundamentação para este direito. De um lado, a preocupação que não é nova - uma vez que advém do surgimento das próprias ideias liberais - de fazer do Estado um ser transparente, banindo-se as práticas secretas. De outro, do próprio avanço das concepções, uma democracia participativa. Se cada vez exige-se mais do cidadão em termos de participação da vida pública é natural que a ele também sejam conferidas todas as possibilidades de informar-se sobre as condições da res pública.

Trata-se, pois, de combater o princípio arcana praxis ou princípio do segredo que, sendo próprio do Estado de Polícia, não deixa, contudo, de manifestar a sua permanência no Estado de Direito, no atuar de uma burocracia que procura encerrar-se em uma prática esotérica de difícil acesso ao cidadão comum.

É, pois, instrumento indispensável no progresso da democratização.'

A negativa da autoridade impetrada atinge o direito líquido e certo dos impetrantes de obterem as informações requeri-

das. Trata-se, com clareza, de uma abusiva e ilegal negativa da autoridade impetrada em fornecê-las.

Demonstrada, portanto, a violação a direito líquido e certo dos impetrantes, impõe-se a concessão da segurança, para que seja determinado à autoridade impetrada que forneça e franqueie aos impetrantes o acesso e a extração de cópias reprográficas do processo nº 366/70, deste Superior Tribunal Militar, em que figura ré Dilma Rousseff.”

Ainda em sua Petição, pedem os Impetrantes que, à guisa de liminar, seja determinado à Autoridade impetrada que, de imediato, libere o acesso e a extração de cópias reprográficas do multicitado Processo nº 366/70, eis que, ao que entendem, presentes estariam o periculum in mora, em face da “urgência na divulgação da matéria jornalística sobre o assunto”, e o fumus boni iuris, em decorrência da relevância da fundamentação apresentada, com base em garantias constitucionais.

À guisa de fecho do seu Petitum, postulam os Impetrantes a concessão da Segurança, confirmando-se a medida liminar, conforme antes definida.

A Inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 14 usque 23.

O Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar prestou informações às fls. 33/35.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 41/51, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opinou no sentido da concessão da Segurança, ressaltando que, embora não tenha sido o pedido liminar analisado após a juntada das informações, deve de imediato ser deferido, com base nas razões de mérito expostas pelos Impetrantes e por estar presente de forma inequívoca o periculum in mora, conforme restou definido na Inicial.

O pleito liminarmente deduzido pelos Impetrantes foi indeferido pela via da Decisão do Ministro-Relator de 28/9/2010 (fls. 61/63).

Em face do indeferimento da liminar pleiteada, os Impetrantes, em Petição protocolizada em 30/9/2010, requereram que o Mandamus fosse colocado em pauta para julgamento (fls. 69/71).

Em 5/10/2010, teve início o julgamento do feito, o qual restou sobrestado por pedido de vista formulado pela Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (fls. 82v, 83 e 84).

Retomado o julgamento do Mandado de Segurança em 19/10/2010, o Ministro-Relator, reportando-se à Petição acostada às fls. 96/97, manifestou-se no sentido de que, para prevenir a não ocorrência de nulidade no porvir, fosse aberta vista à Advocacia-Geral da União, pelo prazo de 48 (quarenta e oito) horas, “com fulcro no art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009, combinado com o art. 12, incisos II e IX, do RISTM, e art. 177 do Código de Processo Civil” (fls. 99). Tendo em conta tratar-se de questão nova, o Ministro-Relator, com fulcro no art. 78-A do RISTM, solicitou e teve deferida pelo Plenário a suspensão do julgamento, a fim de que se aguardasse o retorno da prefalada vista.

Em 25/10/2010, a Advocacia-Geral da União ofertou a Petição de fls. 104/202, na qual pediu o seu ingresso no feito em nome da própria União, na condição de seu representante judicial. Sustentou, em passo seguinte, que, na hipótese, se mostra indispensável para o correto aperfeiçoamento da relação processual instaurada com a impetração do Mandamus o chamamento das pessoas que figuraram como Acusados na Ação Penal Militar nº 366/70 ou pelo menos da S<sup>a</sup> DILMA VANA ROUSSEF, na condição de litisconsortes passivos necessários, referindo, em abono desse posicionamento, escólios de doutrinadores e precedentes jurisprudenciais. Ao depois, suscitou “preliminar de mérito”, na qual, após exaustiva análise das leis nº 11.111/2005 e nº 8.159/1991, declara “que há interesse da União de manter juridicamente híidas” essas prefaladas leis, para, afinal, expor o seu posicionamento no sentido de que,

“para a concessão da segurança, no presente caso, há que se avaliar preliminarmente a constitucionalidade dos arts. 5º e 7º da Lei nº 11.111/2005 e 23, caput, e §§ 1º e 2º da Lei nº 8.159/91, uma vez que em nenhuma dessas normas há qualquer distinção entre ‘pessoa pública’ e ‘pessoa não-pública’, o que significa que a determinação de acesso restrito previsto nessas normas é aplicável ao mandado de segurança, somente se afastando a aplicação literal de uma lei se a mesma for devidamente declarada inconstitucional na forma do artigo 97 da Constituição e da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal”.

Quanto ao mérito, sustentou que não há direito líquido e certo a amparar a pretensão deduzida pelos Impetrantes, eis que, conforme bem teria sido fundamentado pela Autoridade impetrada, estão os autos da Ação Penal Militar nº 366/70 em acentuado estado de precariedade e de fragilidade, o que não recomendaria a extração de cópias, além do que, e

principalmente, entre os valores protegidos constitucionalmente e ora sob tensão dialética latente, não haveria que prevalecer o do direito à informação, mas sim os da dignidade da pessoa humana e da preservação da intimidade, diante da peculiar e constrangedora situação que, à época, teria sido imposta aos então Acusados. Ainda com relação ao mérito, trouxe a lume outros princípios, dentre eles o “do não-retrocesso histórico e da continuidade do processo democrático brasileiro” e o “da responsabilidade civil do Estado brasileiro”, os quais, a seu aviso, teriam sido bem observados na Decisão impugnada e que, agora, mereceriam ser igualmente prestigiados, com a requerida denegação da Segurança.

A manifestação da Advocacia-Geral da União veio seguida dos documentos de fls. 203/225.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em novel manifestação de fls. 234/235, mais uma vez da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, deu-se por ciente da Petição da Advocacia-Geral da União, requerendo, empós, o prosseguimento normal do feito.

Marcado o julgamento do Mandamus para 16/11/2010, foram procedidas as devidas intimações (fls. 250/251, 254/257 e 261).

Relatado o indispensável, decide-se.

#### VOTO

Examina-se, em primeiro lugar, a preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União, na qual reclama que sejam citados, na condição de litisconsortes passivos necessários, todos os mencionados na Ação Penal Militar, sob pena de, se assim não ocorrer, sobrevir a nulidade da Decisão que vier a ser proferida no Mandamus.

De logo, diga-se que, em tese, nenhum reparo há que se fazer na longa argumentação posta pela Advocacia-Geral da União, no que diz respeito à imprescindibilidade de que seja promovida a citação dos litisconsortes passivos necessários, em sede de Mandado de Segurança, sob pena de, se tal medida não for promovida pelo autor, vir o Magistrado a determinar a própria extinção do processo; e, pior, se não ordenada ou não cumprida tal citação e mesmo assim prosseguir o feito, vir a ser proferida Decisão potencialmente tizada por nulidade.

Com efeito, a Lei nº 12.016/2009 é absolutamente clara e precisa nesse sentido, ao dispor, no seu art. 24, que se aplicam ao Mandado de Segurança os ditames dos arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869/1973, ou seja, do Código de Processo Civil. Confira-se:

- Lei nº 12.016/2009

“Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

- Lei nº 5.869/1973

“Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo (incluído pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994).

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

Art. 49. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos.”

Nesse passo, ainda que alvo de críticas esparsas, é indiscutível que a figura do litisconsórcio passivo necessário é uma realidade possível em sede de Mandado de Segurança, com isso concordando a maioria dos luseiros do direito pátrio. Por seu turno, a jurisprudência dos tribunais, inclusive do Excelso Pretório, inclina-se para o mesmo norte.

Contudo, em que pese o antes exposto, não há que se entender que todos aqueles que possam vir a ser afetados negativamente por uma decisão proferida em um Mandamus sejam litisconsortes passivos necessários.

Como antes indicado, as hipóteses de litisconsórcio no Processo Civil estão demarcadas no art. 46 da Lei nº 5.869/1973, as quais, também como visto, são cabíveis no Mandado de Segurança, por força do art. 24 da Lei nº 12.016/2009.

Não basta, assim, para a configuração do litisconsórcio, que alguém possa ser potencialmente alcançado pela Decisão que possa vir a ser proferida no Mandamus, eis que, além disso, é indispensável que a sua vinculação ao thema decidendum se dê nos termos de qualquer das hipóteses referidas no multicitado art. 46 da Lei nº 5.869/1973.

É claro, pois, que, se a posição do interessado no desfecho do Mandado de Segurança não se ajustar a qualquer dessas prefaladas hipóteses, o seu status não será de litisconsorte, mas sim – e eventualmente – de assistente ou mesmo de opoente; porém, nestas últimas situações, não poderá de nenhum modo integrar a relação processual instaurada entre o Impetrante e a Autoridade impetrada, uma vez que, também como antes já indicado, a Lei nº 12.016/2009, no seu art. 24, preconiza tão só, como aplicáveis ao Mandado de Segurança, os arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil, isto é, somente os relativos ao litisconsórcio e, por conseguinte, aos litisconsortes.

A rigor, no tocante a essa limitação do ingresso na relação jurídica instaurada no Mandamus apenas aos litisconsortes, a Lei nº 12.016/2009 nada inovou com relação à Lei nº 1.533/1951, na medida em que esta, no seu art. 19, por exclusão, já continha disposição no mesmo sentido, in verbis:

“Art. 19. Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio.”

À evidência, tal limitação ao ingresso de terceiros no Mandamus deriva do seu caráter manifestamente sumário, tendente a responder apenas a demandas que tenham, como pressuposto fundamental para o seu desencadeamento, a existência de direito líquido e certo a amparar uma pretensão deduzida pelo Impetrante e denegada pela Autoridade impetrada, no contexto de uma relação processual linear e direta e, como regra, sem comportar dilação probatória.

In casu, observa-se, com clareza meridiana, que o aventado direito à privacidade, por parte das pessoas que figuram na Ação Penal Militar, apenas reflexivamente se faz presente na relação processual instaurada no Mandamus entre os Impetrantes e a Autoridade impetrada, ainda que esta o tenha invocado como um dos fundamentos do ato impugnado.

Concessa venia dos que entendem diversamente, nesses termos, ainda que potencialmente possam as pessoas referidas na Ação Penal vir a sofrer reflexos do desate do Mandamus, essa circunstância não as torna litisconsortes, eis que não as situa sob o abrigo das já referidas hipóteses elencadas no art. 46 do Código de Processo Civil.

Também por óbvio, não significa essa vedação de ingresso de tais pessoas na relação processual própria do Mandamus a impossibilidade jurídica de que venham a discutir, em seu próprio nome, o cogitado direito à privacidade que lhes foi reconhecido pela Autoridade impetrada; o que não lhes é deferido é fazê-lo no contexto do Mandado de Segurança, o qual, por sua especialidade, repele a aplicação do padrão ordinário do Código de Processo Civil referente à intervenção de terceiros interessados.

Ora, nesses termos, chamar para a lide todas as pessoas referidas na Ação Penal constituiria um total desvirtuamento do procedimento próprio do Mandado de Segurança, transmudando-o, a rigor, em uma ação sob o procedimento ordinário, o que, a toda evidência, é absoluta e juridicamente inaceitável.

Posto isso, rejeita-se essa primeira preliminar.

Examina-se, em passo seguinte, a “preliminar de mérito”, também suscitada pela Advocacia-Geral da União, na qual pretende que seja avaliada a “constitucionalidade dos arts. 5º e 7º da Lei nº 11.111/2005 e 23, caput, e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.159/91”.

Ao que se verifica, o Despacho atacado no Mandamus traz, como fundamento legal para o indeferimento do pedido formulado pelos Impetrantes, o art. 10 do Ato Normativo nº 244/2007 do Superior Tribunal Militar e o art. 7º e seu Parágrafo único, da Lei nº 11.111/2005, naturalmente sob a premissa da sua constitucionalidade.

Por seu turno, os Impetrantes em nenhum momento sequer aventaram a inconstitucionalidade desses prefalados dispositivos.

Ademais, não cabe ao Superior Tribunal Militar pronunciar-se sobre a constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, mas sim, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

Posto isso, decide-se pelo não conhecimento dessa segunda preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União.

No mérito.

Como visto, o ato impugnado assenta-se em dois fundamentos: o “estado de precariedade” em que se encontrariam os autos da Ação Penal Militar e o direito que teriam as pessoas referidas no prefalado processo ao resguardo de sua intimidade, honra, imagem e vida privada.

Do exame direto do estado físico do Processo, ressaí a notória conclusão de que, embora desgastado pelo tempo, possível é o seu manuseio e a sua reprodução por cópia reprográfica, naturalmente adotando-se os devidos cuidados.

À luz dessa conclusão, há que se ter, de plano, o primeiro fundamento como inteiramente superado.

No que concerne ao segundo fundamento, o caminho a percorrer, até a conclusão sobre a sua procedência ou não, não é, à evidência, igualmente simples, mas sim tortuoso e exigente de exaustivas reflexões, na medida em que, a antagonizá-lo, estão os vigorosos argumentos trazidos pelos Impetrantes, os quais também espelham direitos assegurados constitucionalmente.

À primeira vista, cogitou-se que a hipótese traduziria a sempre delicada colisão de direitos fundamentais, onde, de um lado, encontrar-se-iam os alusivos ao resguardo da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas referidas na Ação Penal Militar, conforme previsto no art. 5º, inciso X, da Carta da República, e, de outro, estariam os inerentes à obtenção, junto aos órgãos públicos, de informações de inte-

resse particular ou coletivo, inclusive para o exercício do labor profissional, e à livre expressão das atividades de comunicação, de acordo com o disposto nos incisos IX, XIV e XXXIII do mesmo artigo.

Nessa hipótese – e sob a inquestionável premissa de que não há direito fundamental absoluto ou sequer de estatura superior no contexto dos que se encontram consagrados na Carta Magna –, a solução para esse aventado conflito implicaria, necessariamente, a formulação de um juízo de ponderação sobre o significado de cada um dos direitos aparentemente em oposição, através do qual, acentuando-se uns e atenuando-se outros, chegar-se-ia a um resultado que melhor se harmonizasse com o fim último buscado pelo pacto constitucional, qual seja, o Bem Comum.

Contudo, em uma percepção mais aperfeiçoada da quaestio, verificou-se que, nos estritos limites da relação processual estabelecida entre os Impetrantes e a Autoridade indigitada coatora, os direitos que efetivamente se encontravam em jogo eram o dos primeiros de obter dos órgãos públicos o acesso a informações alegadamente indispensáveis ao exercício das suas atividades profissionais e, o da segunda, na qualidade de autoridade guardiã de tais informações, de decidir sobre a conveniência de liberá-las ou não, no exercício de seu munus de Presidente do Superior Tribunal Militar.

Nesses termos, à evidência, nos adequados limites da relação processual configurada no Mandamus, nenhuma comunhão existe entre o direito que, em tese e implicitamente, ampara a Decisão tomada pela Autoridade apontada coatora e o direito à preservação da intimidade, o qual seria próprio e exclusivo das pessoas referidas na Ação Penal Militar.

Nesse passo, ainda que tenha sido o direito dessas terceiras pessoas invocado como fundamento no ato impugnado, o seu antagonismo com o direito deduzido pelos Impetrantes é apenas reflexo, não cabendo, pois, examiná-lo no contexto de um clássico conflito de direitos fundamentais, como de início cogitado; daí – e isso não é demasia enfatizar – o descabimento de emprestar-se às pessoas referidas na Ação Penal Militar a condição de litisconsortes passivos necessários na relação processual própria do Mandamus.

Assim, visto adequadamente como fundamento da Decisão impugnada, não há como aceitar-se que o proclamado direito à intimidade das pessoas referidas na Ação Penal Militar teria o condão de inibir a pretensão deduzida pelos Impetrantes.

Ora, a Ação Penal Militar sob foco é pública. Ademais – e como é notório –, já foi alvo de consultas diversas ao longo dos seus quase quarenta anos de existência por advogados, pesquisadores e historiadores.

É inquestionável que a Lei nº 11.111/2005, em particular no seu art. 7º, estabelece limitações ao acesso de documentos públicos, mas o faz tão só nas hipóteses de que recaia a garantia prevista no inciso X, caput, do art. 5º, da Carta da República.

Porém, no caso sub examine, como antecipado, trata-se de uma Ação Penal Militar que, até pelo seu significado histórico, desde há muito ganhou ares de irrestrita publicidade, não cabendo, pois, agora, falar que sobre o seu conteúdo recairia a garantia constitucional antes apontada.

Ad cautelam, não é demais reconhecer que, acaso fosse de se admitir que a publicidade outrora concedida à Ação Penal Militar tivesse sido equivocada por contrariar a garantia constitucional da preservação da intimidade de qualquer de seus personagens, perfeitamente justificada estaria a Decisão impugnada, posto que irrazoada seria a ampliação de tal erro pela via de uma “nova” publicidade de seu conteúdo.

Todavia, à evidência, só se presta essa observação para argumentar, eis que, como antecipado e como amplamente sabido, a Ação Penal Militar foi pública desde o seu nascedouro, justamente porque os fatos que constituíram o seu objeto eram igualmente públicos, cortes da cena política de outrora e que hoje fazem parte da história do Brasil.

A propósito, cabe registrar que a Suprema Corte, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036-1/RJ, enraizado em ato da Presidência deste Superior Tribunal Militar semelhante ao ora impugnado, decidiu pelo seu provimento, acabando, destarte, por franquear o acesso e a obtenção de cópias de processos de mesmo jaez, bem como até mesmo dos registros dos áudios referentes às próprias sessões de julgamento. Confira-se:

“EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CÓPIA DE PROCESSOS E DOS ÁUDIOS DE SESSÕES. FONTE HISTÓRICA PARA OBRA LITERÁRIA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

1. Não se cogita da violação de direitos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XII, XIV e XV da L. 8.906/94), uma vez que os impetrantes não requisitaram acesso às

fontes documentais e fonográficas no exercício da função advocatícia, mas como pesquisadores.

2. A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público.

3. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações.

4. No caso, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público.

5. Não configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da L. 8.159/91) e do direito à informação.

Recurso ordinário provido.”

Conclui-se, diante de tudo quanto antes exposto, que também esse segundo fundamento ostentado na Decisão guerreada não está a merecer o endosso desta Corte.

Por outro lado – e na esteira desses precedentes diagnósticos –, há que se reconhecer a procedência do direito invocado pelos Impetrantes, com o fito de sustentar a pretensão que deduziram, no sentido de ter o acesso e obter cópias da prefalada Ação Penal Militar. Indiscutivelmente, assenta-se a pretensão dos Impetrantes não só no preceito constitucional invocado, vale dizer, no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, como também nos incisos IX e XIV desse mesmo artigo, e, ainda, nas leis ordinárias surgidas sob a inspiração desses preceitos maiores, isto é, na Lei nº 8.159/1991, em particular no seu artigo 4º, e na Lei 11.111/2005, em especial no seu artigo 2º.

Impende anotar, por derradeiro, que, na espécie, o direito invocado pelos Impetrantes na busca dos seus desideratos não lhes é exclusivo, na medida em que convive proximamente – ou até mesmo se confunde – com o direito natural da própria sociedade de não ter os seus olhos vendados sobre a sua própria história e até mesmo sobre o seu presente, como sói acontecer nos Estados autoritários, reversos do Estado Democrático de Direito.

É o quanto basta.

Posto isso.

Acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em rejeitar a primeira preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União, na qual reclama a citação, na condição de litisconsortes passivos necessários, de todos os mencionados na Ação Penal Militar, e em não conhecer da segunda preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União, por entender que a apreciação da matéria é de competência do Supremo Tribunal Federal; no mérito, também por maioria, em conceder a Segurança, nos termos em que foi pleiteada.

Brasília, 16 de novembro de 2010 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente – Gen Ex Renaldo Quintas Maglioli, Ministro-Relator para o Acórdão.

#### DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

ALTEESQ MARCOS MARTIN STORRES  
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0000141-80.2010.7.00.0000-DF

Votei vencido, discordando de meus eminentes pares, pelas razões de fato e de direito que passo a expor:

#### PRELIMINAR QUANTO À IMPRESCINDIBILIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA DOS LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS

A União suscita preliminar no sentido de que deve haver, no presente writ, a citação prévia de todas as pessoas mencionadas na Ação Penal nº 366/70, seja na condição de réus, partícipes ou integrantes do aparelho estatal de segurança. Funda seu pedido no disposto no artigo 24 da Lei 12.016/2009, visto que tais pessoas teriam interesse comum no polo passivo da demanda, oriundos da relação jurídica subjacente à lide.

Tal interesse se daria em razão de, no caso de concessão da segurança, ser desrespeitada a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas envolvidas no processo.

Argumenta que a ausência da citação dos litisconsortes determina a “nulidade do processo, tornando inválidos todos os atos processuais que forem realizados sem a integração formal e válida do pólo passivo da lide”, e requereu que o Tribunal determine “a intimação do impetrante para que este promova a citação dos litisconsortes passivos necessários, sob pena de nulidade e ineficácia judicial subjacente”.

Com efeito, entendo ter razão a União.

Já no despacho inicial, deveria ter determinado a intimação da impetrante para que promovesse a citação dos litisconsortes, sob pena de indeferimento da inicial.

Entretanto, alguns motivos, que passo a expor, me impediam de fazê-lo naquela oportunidade.

O primeiro, é que a causa tem reflexos institucionais para o Tribunal. O Presidente desta Corte, no meu entender, estava sendo criticado severamente pela imprensa, em razão de decisão que, no meu entender, data maxima venia, primo icto oculi, considerei legal, legítima e justa. Entendi, assim, que deveria ir logo ao mérito, não dando atenção à referida formalidade processual.

De outra volta, a impetrante, que é bom lembrar, deveria ter requerido a promoção da citação dos envolvidos no processo, já na inicial, insistia para que a causa fosse julgada antes do primeiro turno das eleições, e a determinação de citação dos litisconsortes seria entendida como uma negativa de jurisdição.

Por fim, como razão mais importante para que não intimasse os litisconsortes, tenho que não vislumbra como se daria a viabilidade prática disso, sem desprezar a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem dos envolvidos no processo em questão.

Mas, tais razões, que são mais justificativas do que, propriamente, argumentos jurídicos, não vêm ao caso agora, que é feito pedido preliminar com tal desiderato.

Com efeito, o artigo 24 da nova Lei do Mandado de Segurança impõe que sejam aplicados ao writ of mandamus o disposto nos artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil. Tais dispositivos tratam do instituto jurídico do litisconsórcio.

Observe-se que o artigo 47 do referido Código, e seu parágrafo único, dispõem que:

“Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza de relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”.

No presente feito é óbvio que, se for concedida a ordem, restará prejudicado o direito de todos os integrantes do Processo 366/70 de serem respeitada a inviolabilidade presente no inciso X do art. 5º da CF, uma vez que terão expostos publicamente fatos sigilosos e estigmatizantes, sepultados há quarenta anos, em flagrante agressão à sua privacidade.

Ou seja, a concessão da ordem, além de tachar de ilegalidade o ato do Presidente do Tribunal, de maneira inexorável, teria o condão de frustrar eventual interesse processual dos outrora acusados, partícipes ou servidores do aparato estatal de segurança, de ver os fatos descritos no referido processo em sigilo.

Os vários arestos colacionados na peça oferecida pela Advocacia-Geral da União são esclarecedores de que, ausente a citação dos litisconsortes passivos necessários, nulo será o julgamento.

Também, esse é o entendimento da melhor doutrina:

“O não chamamento de litisconsorte passivo necessário nos autos acarreta a nulidade do julgamento, e essa nulidade pode ser argüida e reconhecida até mesmo em recurso extraordinário interposto pelo terceiro prejudicado, no prazo comum para as partes” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e ações constitucionais. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74).

Prudente esclarecer que o litisconsorte passivo necessário pode integrar a lide a qualquer tempo, esponte próprio ou por determinação do Juiz. É o que se faz no caso.

Devem, portanto, os impetrantes indicar os cerca de 70 envolvidos no referido processo (este é o número de litisconsortes passivos necessários que a autoridade coatora vem mencionando em entrevistas já concedidas), bem como os de seus herdeiros, caso tenham vindo a óbito, e seus endereços, para, aditando a inicial, promoverem sua citação, sob pena de extinção do writ sem julgamento do mérito.

Assim, votei vencido para acolher a preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União e, com fulcro no § 2º do art. 79 do RISTM, converter o feito em diligência, para determinar aos impetrantes que, no pra-

zo de 15 (quinze) dias, promovam a citação de todos os envolvidos na Ação Penal nº 366/70, na qualidade de litisconsortes passivos necessários, sob pena de extinção do feito.

### MÉRITO

Superada a preliminar, passo ao mérito, deixando de conhecer a preliminar a questão referente à constitucionalidade das leis 11.111/2005 e 8.159/1991, por entender que se imbrica com o próprio mérito da presente causa. Isso porque, como não se suscita a inconstitucionalidade dos referidos diplomas e sim a sua constitucionalidade, não é de se aplicar o disposto no art. 79-A, e sim o disposto no § 3º do art. 79, que dispõe:

“Quando a preliminar confundir-se com o mérito, não deverá ser conhecida e será apreciada quando do exame do mérito”.

Passo ao exame do mérito.

Antes de descer às questões de direito do meu voto, devo tecer algumas considerações iniciais.

A primeira que, diante das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, cabe ao magistrado e, nessa esteira, a esta Corte, analisar a questão sem observar quem são as partes, sem se preocupar em desagradar a opinião pública ou ferir interesses dos detentores do Poder Executivo, sendo assim, imparcial.

A segunda é que, diante da importância da causa, não pelas partes envolvidas, mas pela magnitude dos direitos em cotejo, os Ministros do Superior Tribunal Militar não devem e não podem deixar de ter em mente e ser coerentes, com a Excelência com que esta Corte, por mais de duzentos anos, se portou nos momentos mais difíceis e importantes da Pátria, e que, por se tratar, o STM, de um Tribunal que julga crimes, e que, por exceção constitucional, no caso de guerra declarada, pode até decretar a morte de um indivíduo (art. 5º, inc. XLVII, letra a, da CF), deve-se ter maior preocupação com causas, como essa, em que há um embate entre o interesse público e garantias inerentes ao indivíduo.

É por aí que começo a votar.

A grande maioria dos feitos em trâmite e arquivados no Superior Tribunal Militar são processos criminais, ações penais condenatórias.

Quando em trâmite, exceto nos casos em que se deve decretar segredo de justiça, a publicidade de tais processos é a regra, sendo uma

garantia tanto para o acusado, de que arbitrariedades do Juiz não ocorrerão, como para a sociedade, que poderá fiscalizar a ocorrência de promiscuidades.

É o que expressa o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, in verbis:

“(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (...)”.

Sabido é, entretanto, que pela natureza reconhecidamente infamante da persecução penal, em dois momentos, para se resguardar a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, há que os autos fiquem em sigilo.

O primeiro momento é o da investigação. No nosso caso, o Inquérito Policial Militar, a sindicância, na Justiça Comum, o momento do Inquérito Policial.

Sobre o sigilo no Inquérito Policial, Adauto Suannes assim se expressa:

“O curso normal de apuração, no que se refere à colheita probatória, é essencialmente corroborador. Em geral, autoridade primeiro classifica (sempre, é claro, em caráter provisório, o que não lhe subtrai a feição de opinio preliminar) e, depois, parte em busca dos elementos de corroboração. Isto não só por razão jurídica (não se investiga fato penalmente ilícito), como também por um motivo lógico: ninguém sai a cata de nada. Nas diligências, empreendidas para a colheita de prova, a autoridade policial atende – nem poderia deixar de fazê-lo – ao prius lógico de toda e qualquer procura’.

Como se vê, a finalidade do inquérito policial não é nem pode ser a de causar vexames a pessoas, donde dever a autoridade policial agir com o máximo de discrição, pois tudo o que ele tem em mãos é uma hipótese de trabalho, uma classificação provisória (seja quanto ao enquadramento dos fatos, seja quanto ao possível autor deles) que somente após o crivo do Ministério Público e a concordância do Poder Judiciário justificará os inconvenientes de um processo judicial.

Todo e qualquer constrangimento, pois, imposto aos que participam dos atos investigatórios (seja o indiciado, seja a vítima, sejam as testemunhas) deve limitar-se àquilo que for indispensável à tentativa de confirmação daquela hipótese, que, diante da frustração das investigações, será sempre e apenas isso: uma hipótese.

Acresce que, não se admitindo a incidência do princípio do contraditório ao ensejo de tais investigações, fica o indiciado à mercê dos investigadores, com sérios transtornos a suas normais atividades.

Estranhamente, porém, o que se vê nos chamados periódicos e especialmente nos programas sensacionalistas da televisão é a submissão de meros suspeitos a toda sorte de desrespeito, violando-se até mesmo o direito constitucional de silenciar, que nada mais é do que a consagração do velho e revelho Nemo tenetur accusare se ipsum, violando-se o constitucionalmente prometido respeito à dignidade da pessoa humana” (SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 181, grifo nosso).

O outro momento é o posterior ao cumprimento da pena.

Explico. A atual Constituição, a Constituição Cidadã, impõe que a República Federativa do Brasil constitua Estado Democrático de Direito. Entre uma de suas vedações penais, instituiu a vedação à perpetuidade das penas. Trata-se de mandamento constitucional ao qual não só os aplicadores do Direito, como toda a sociedade, devem respeitar, quer aprovelem ou não aprovelem, sob pena de dissolução do pacto social e ilegitimidade de seus atos.

Se as penas não são perpétuas, seus efeitos não devem sê-lo, e, muito menos, os efeitos dos processos que serviram de instrumento para a sua imposição.

Ou seja, não se admite, no Estado Democrático de Direito, que um indivíduo fique “pagando” eternamente por um crime cometido no passado.

É essa a vontade do Poder Constituinte Originário, decorrência direta do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF).

Faço aqui algumas indagações:

Será justo, diante do nosso sistema constitucional, forçar alguém que já pagou sua dívida para com a sociedade a ficar, pelo resto da vida, tendo de explicar alguma falha cometida no passado?

Será que condiz com o nosso sistema constitucional prejudicar um indivíduo nessas condições eternamente?

E quando essa “conduta”, após passado algum tempo, é considerada, por alguns, como legítima. Seria correto prejudicar tal indivíduo, que já pagou sua dívida, que por alguns é entendida como injustamente cobrada pela sociedade?

Tais indagações, de fundo criminológico – a teoria do labelling approach – impedem que um Tribunal que tem a finalidade de julgar crimes, no caso militares, veja os autos findos de ações penais condenatórias em que extinta a punibilidade, como processos em que os dados podem ser escancarados ao público, como qualquer processo que versa sobre causa cível ou comercial.

Não por outra razão, o Legislador determinou, no artigo 202 da Lei de Execuções Penais, dispositivo que foi totalmente recepcionado pela nova ordem constitucional, que “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, qualquer notícia referente à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”.

Tal medida é “um direito do condenado, para estimulá-lo no processo de reintegração social, expedindo-se atestados e certidões dos livros do Juízo ou folha de antecedentes sem menção da condenação e permi-tindo-lhe o desempenho de atividades administrativas, políticas e civis das quais foi privado em decorrência da condenação. Protege-se, assim, o condenado da devassa pública ou particular que compromete o processo de ajustamento social” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 779, grifo nosso).

Estivesse essa regra em desuso, não teria o CNJ, em recente Resolução, proibido que fossem veiculados na rede mundial de computadores registros sobre os referidos processos.

Transcrevo excerto dos “considerandos” e o artigo 8º da referida Resolução, de nº 121, de 5 de outubro de 2010, para fim de demonstrar o argumento:

“(…) Considerando a exigência de tratamento uniforme da divulgação dos atos processuais no âmbito de toda a magistratura nacional, de molde a viabilizar o exercício da transparência sem descuidar da preservação do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas;

Considerando as dificuldades enfrentadas pela justiça brasileira em razão da estigmatização das partes pela disponibilização na rede mundial de computadores de dados concernentes aos processos judiciais que figuraram como autoras ou rés em ações criminais, cíveis ou trabalhistas; (…).”

“Art. 8º. A certidão judicial, cível ou criminal, será negativa quando não houver feito em tramitação contra a pessoa a respeito da qual foi solicitada.

§ 1º. A certidão judicial criminal também será negativa:

I – quando nela constar a distribuição de termo circunstanciado, inquérito ou processo em tramitação e não houver sentença condenatória transitada em julgado.

II – em caso de gozo do benefício de sursis (art. 163, § 2º, da Lei nº 7.210, de 1984) ou a pena já tiver sido extinta ou cumprida” (grifo nosso).

Ora, se é vedada, sob pena de quebra da garantia da privacidade e da não perpetuidade das penas, a expedição de uma mera certidão, quanto mais sejam expostos a público os documentos do processo.

É a esse tipo de processo, autos findos de ação penal condenatória, arquivada há cerca de 40 (quarenta) anos, que pretendem os impetrantes ter acesso, frise-se, sem autorização dos envolvidos, e tirar cópias, para fim de publicar matéria em jornal, fundando-se em direito legítimo, também de índole constitucional de acesso à informação e de liberdade de imprensa.

Digo legítimo, porque nenhuma Democracia existe sem que haja pluralismo de ideias, sem que as pessoas tenham informações suficientes para que possam tomar suas convicções, e sem que haja liberdade de veicular, sem restrições, opiniões, quer sejam favoráveis, quer desfavoráveis, ao governo, aos agentes políticos, às instituições, às pessoas públicas, etc. O princípio Democrático é inerente ao Estado Democrático de Direito e tem na liberdade de imprensa e no acesso à informação suas garantias.

A imprensa tem, portanto, e no caso também os impetrantes, legitimidade e liberdade tanto de informar como de investigar fatos relevan-

tes, principalmente os que tenham relação com o interesse público, e todo o Poder que, de forma equivocada, tentar restringi-lo, mostra-se autoritário e contrário ao sistema constitucional. Medida de tal índole contraria o pluralismo político.

Por outro lado, o traço diferenciador do atual modelo de Estado que tentamos implementar no Brasil com a Constituição de 1988, mais que a ideia grega de democracia, de um governo do povo para o povo, é o respeito à dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito, diferente dos modelos Estado de Direito, ou até mesmo do festejado, Estado Social de Direito, tem em si, como fundamento diferenciador, o respeito à autodeterminação da personalidade e a garantia do complexo de direitos inerentes à sua concretização.

Isso, porque, diante do nazismo, percebeu-se que não bastava que um Estado fosse apenas de “Direito”, fundado em uma constituição que tivesse um ordenamento jurídico, em que o governo estivesse legitimado pelo aval da maioria dos cidadãos, para ele deixasse de ser totalitário. Necessário seria que as minorias e os indivíduos viessem a ser respeitados, a fim de não serem extirpados, diante do interesse público, naquela situação, o “são sentimento do povo alemão”.

Foi por essa razão, que a Carta das Nações Unidas estruturou uma nova ordem mundial, hoje já sexagenária, fundada no respeito à dignidade da pessoa humana e no pluralismo político.

Entre as garantias destinadas a implementar tais fundamentos, está a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra das pessoas (art. 5º, inciso X, da CF).

Nesse sentido, Perez Luño: “El honor, la intimidad y la propia imagen han sido considerados por la teoría jurídica tradicional como manifestaciones de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana” (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 317)<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> “A honra, a intimidade e a própria imagem têm sido considerados pela teoria jurídica tradicional como manifestações dos direitos da personalidade, e no sistema atual de direitos fundamentais como expressões do valor da dignidade humana” (tradução livre).

Importa ressaltar nesse momento que assumir que o direito à privacidade seja expressão da dignidade humana é admitir que tal direito deva não ser mais encarado como um direito de propriedade, aferível monetariamente, mas como uma resolução de convivência sobre a qual se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito<sup>33</sup>.

Dessa forma, o direito à privacidade, no Estado Democrático de Direito, deixa de ser considerado manifestação dos direitos da personalidade, mas enquanto expressão do valor da dignidade humana torna-se resolução de convivência, garantia sem a qual são abalados os fundamentos da democracia.

É o que justifica, por exemplo, o provimento de ação de tutela inibitória, como aquela que originou a Reclamação nº 9428 do Supremo Tribunal Federal, na qual o Excelso Pretório não entendeu ver cerceada a liberdade de imprensa, e pela qual o jornal O Estado de São Paulo, até a presente data, ilegitimamente, se diz censurado.

Cabe aqui transcrever a ementa do referido aresto:

“EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitu-

---

<sup>33</sup> Perez Luño, op. cit., p. 326. “Em primer término, supone reemplazar El planteamiento privatista y estrictamente individual por um enfoque jurídico fundamental, em El que tal derecho - al igual que el valor de la dignidad humana que lo informa - no aparece como una facultad Del individuo aislado, sino como um derecho de la coexistencia. No em vano, la esfera de la personalidad no puede contemplarse unicamente desde Le punto de vista Del individuo, sino desde uma perspectiva relacional desde la que se considera que la violación de la personalidad humana comporta uma situación de pelogro para la solidaridad y la convivencia entre los hombres”.

cional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça” (STF – Reclamação nº 9428 / DF - TRIBUNAL FEDERAL, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, j. 10/12/2009, DJE 25/06/2010).

E por que decisão em tal sentido? Porque, diante de direito subjetivo público de tal magnitude, é legítimo que a autoridade estatal, e, no caso, o Poder Judiciário, o tutele diante de seu desrespeito – o que será feito mediante responsabilização criminal ou patrimonial – ou da sua ameaça – por meio de ação de tutela inibitória ou, como no presente caso, negando-se um requerimento administrativo, como fez a autoridade apontada como coatora, ou denegando uma segurança, como devia ter feito o Tribunal.

Perceba-se a profundidade do tema em questão.

Restringir a tutela da intimidade frente aos abusos da imprensa apenas aos momentos posteriores ao dano, além de negativa total da garantia de direito individual, visto que somente será possível a indenização, transmutando-se um direito público de convivência em simplesmente patrimonial, é a mais explícita negativa do inciso XXXV da Constituição que determina que nenhuma lesão ou ameaça de lesão serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário.

Ademais, como bem salientou a Advocacia-Geral da União, ao se proteger “a privacidade das pessoas, se está garantindo um ambiente de segurança para o Estado e para a sociedade”.

Eis a questão intrincada e relevante que está perante a Corte neste momento. Trata-se do cotejo entre a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem, de um lado, e do direito ao acesso à informação e liberdade de imprensa, de outro.

É das questões ao mesmo tempo mais complexas e mais emblemáticas da interpretação constitucional. É o velho embate entre o interesse Público e Privado, da coletividade em face do indivíduo, ou, no dizer do Sociólogo João Saldanha, da Praça e do Jardim<sup>34</sup>.

Para se ter uma ideia da complexidade do tema, tanto um, como outro, são considerados direitos individuais por nossa Constituição, e foram reconhecidos, repito, na Carta das Nações Unidas de 1948, e, da mesma forma, pelo Pacto de San José da Costa Rica.

---

<sup>34</sup> SALDANHA, Nelson. O Jardim e a Praça. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

Com efeito, a resolução do presente caso passa necessariamente pela difícil tarefa de hermenêutica constitucional.

Sobre o tema, trago a meu auxílio o magistério do Prof. Jorge Miranda:

“À função integradora da Constituição vem a corresponder a função racionalizadora da interpretação constitucional.

Partindo do princípio de que ela tem de ser objetivista e evolutiva – de maneira a assegurar a coerência e a substância do ordenamento – podem sugerir-se ou acentuar-se os seguintes pontos de apoio ou directrizes que se reputam de maior importância:

a) A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua interrelação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa;

b) Isto aplica-se particularmente ao chamado fenómeno das ‘contradições’ de princípios’, presente nas Constituições compromissórias e, não raro, noutros setores além do Direito Constitucional. Elas devem ser superadas, para lá da letra da lei, nuns casos mediante a redução proporcionada do respectivo alcance e âmbito e da cedência de parte a parte e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade, na efectivação, de certos princípios frente aos restantes – nuns casos, pois, através de coordenação noutros através de subordinação (assim, como já se disse, o princípio democrático, porque princípio de legitimidade da Constituição portuguesa, há-de presidir à concretização dos demais princípios e, como se verá, o respeito dos direitos, liberdades e garantias há-de ser o quadro de efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais). E pode ter de se solicitar, como critério final (mesmo sem aceitar todas as premissas do puro método valorativo) a ponderação dos valores inerentes aos princípios que deverão prevalecer;

c) Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais:

a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação;

d) Os preceitos constitucionais devem ser interpretados só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta. Contudo, a eficácia implícita de quaisquer preceitos deve, por seu lado, ser pensada em conjugação com a eficácia, implícita, ou explícita, dos outros comandos (é isso o que acontece, nomeadamente, no domínio das competências dos órgãos, onde é usual falar em poderes implícitos”);

e) Todas as normas constitucionais têm de ser tomadas como normas da Constituição atual, da Constituição que temos (conquanto com carácter prospectivo), e não como normas de uma Constituição futura, cuja execução não vincule, desta ou daquela maneira, os órgãos de poder e o legislador ordinário. E tão-pouco podem reconduzir-se ao absurdo ou impor aos seus destinatários não o possível, mas o impossível;

f) Todas as Constituições, pela própria natureza do objecto, rodeiam os seu conceitos de conceitos exógenos, vindos de outros sectores e ramos de Direito ou extrajurídicos, sejam políticos, económicos, filosóficos, etc.; e com estes entra largamente a realidade constitucional a agir. Sem embargo, todos esses elementos e conceitos, desde que apreendidos em disposições constitucionais, devem ser interpretados em conexão com os demais, situados no mesmo plano e, assim, analisados não tanto no seu sentido originário quanto no sentido que lhes advém da sua colocação sistemática”. (Manual de Direito Constitucional – tomo II – introdução à teoria da Constituição, 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1983. p. 227).

Assim, a Constituição deve ser interpretada de maneira que seja observada como um todo harmónico, com o máximo de amplitude, não podendo um princípio se sobrepor a outro de maneira que este perca sua eficácia, levando em conta o hermeneuta que o ordenamento deve ser aberto a fatores exógenos que não só os jurídicos, mas também os políticos, económicos, filosóficos, etc.

Nessa tarefa hermenêutica, observa-se que no ordenamento jurídico não há uma regra pronta para definir, em todas as hipóteses, qual

dos direitos deve prevalecer. A orientação doutrinária é no sentido de que a prevalência se dê caso a caso, levando-se em conta os critérios de interpretação.

Pois bem, nos casos em que se contrapõem a vida privada e a liberdade de imprensa quanto a fatos referentes à esfera privada de pessoas que não participam da vida pública, a orientação parece ser no sentido de se proteger-lhe mais a intimidade.

Nesse sentido, dissertou Sérgio Cruz Arenhart:

“Merece ainda referência a digressão feita por Orlando Gomes, que se manifesta dizendo que ‘o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, ou reproduzido, sem o consentimento dela, salvo se assim o justificarem sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou de fatos de interesse público, ou que em público hajam decorrido (Projeto de Código Civil Português, art. 79). Proíbe-se a reprodução, ou exposição, quando o fato atenta contra a honra, a boa fama, e a respeitabilidade da pessoa retratada, admitindo-se que, nesses casos, possa o ofendido requerer a proibição e pleitear indenização do dano que sofreu’.

Jean Carbonier, a propósito do limite à intervenção na vida privada, enfatiza a importância da distinção entre vida pública e a vida privada. Segundo compreende, a vida pública de alguém fica fora da tutela legal, ao passo que a vida privada da pessoa é intangível, mesmo diante do direito à informação”. (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 88).

Nessa esteira, diante do caso em apreço, não poderia deixar de trazer ao conhecimento dos meus eminentes pares interessante artigo de Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza e Rosimeire Ventura Leite, intitulado Sgilo no processo criminal e o interesse público (in FERNANDES, Antonio Scarance (coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Sgilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 225), o qual retrata caso bastante interessante ocorrido na Alemanha, em 1973:

“Não apenas na fase de investigações ou no curso do processo criminal pode haver conflito entre o interesse público à

informação e a necessidade de proteção da intimidade de envolvidos em fatos delituosos. Após uma eventual condenação, também na fase de execução penal deve ser assegurada a inviolabilidade da intimidade e da imagem dos condenados.

Exemplo paradigmático dessa necessidade de tutela dos direitos da personalidade se deu no chamado caso Lebach, ocorrido na Alemanha em 1973. Naquela oportunidade, um canal de televisão de abrangência nacional estava preparando um documentário sobre um famoso caso de homicídio conhecido como assassinato dos soldados de Lebach, ocorrido muitos anos antes. Um dos envolvidos no crime, prestes a ser beneficiado com livramento condicional, entrou com pedido de medida liminar para suspender a exibição da reportagem, alegando ofensa a seu direito à imagem e ao seu processo de ressocialização.

Julgado nas instâncias ordinárias, o pedido não foi acolhido em nenhuma delas. Entretanto, chegando ao Tribunal Constitucional, após profunda análise do caso concreto e extensa consulta a diversas entidades e especialistas em execução penal, a Corte decidiu por restringir a divulgação do documentário. Estruturando seu pensamento na identificação do conflito entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade, o Tribunal considerou que '(...) a divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional, ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social'.

A solução encontrada foi a de permitir a exibição do documentário com a vedação de se fazer menção expressa ao autor do delito, ainda que por meio de dramatização, em uma típica aplicação do princípio da proporcionalidade, característica do Bundesverfassungsgericht.

Hipótese semelhante é plenamente factível em solo pátrio. Permitirá nosso direito positivo solução idêntica? A resposta é afirmativa, se os pressupostos fáticos forem assemelhados. Uma interpretação ampliada dos incs. X e LX do art. 5º da CF, como recomendado pela hermenêutica constitucional em relação aos direitos fundamentais, permite visualizar, no término do

cumprimento da pena, o último e um dos mais importantes passos naquilo que se conhece como persecução penal em sentido amplo. Diante da disputa ferrenha da mídia pela audiência, não é apenas possível como muito provável que casos rumorosos do presente, daqui a alguns anos, sejam reconduzidos à tribuna da imprensa sem que haja qualquer justificativa apta a revelar um interesse público à informação que não a pura ânsia jornalística em devassar a vida privada de um recém-egresso das penitenciárias. Desvirtuado o interesse à comunicação objetiva de fatos de interesse público, não pode subsistir o pleito de liberdade de informação”.

Em contrapartida, como bem salientado pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em seu impecável parecer, nos casos em que se está diante da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, imagem e honra de pessoas públicas, essa é, de certa forma, mitigada, sobretudo se o tema que se pretende informar é inerente à vida pública daquela pessoa.

Para ilustrar tal assertiva, valho-me novamente da obra de Sergio Cruz Arenhart:

“Analisando a questão do conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de informação, especificamente quanto a pessoas públicas, invoca, com invejável atualidade, o autor a lição de Stefano Rodotà, segundo quem os critérios para a determinação da situação de abuso de direito de manifestação do pensamento, nestes casos, devem considerar a própria vida do homem público e suas práticas diante desta situação. Explica esta idéia, considerando que ‘mesmo o homem público tem o sagrado direito de ter resguardada sua vida sentimental ou sexual; a manter sigilo em relação a quem recebe ou frequenta. O mesmo não mais se pode dizer, contudo, se ele professa um moralismo exasperado e é visto, pela imprensa, em situação que contradiga sua pregação e a de seu partido. É aí, interesse do público e do eleitor ser bem-informado. Em situação não distante está um ministro de Indústria que mantenha reuniões privadas, ou estreita relação pessoal, com empresários da indústria química ou farmacêutica – a hipótese quem nos fornece é o jurista italiano, bem entendido. O público não pode deixar de ser informado disso” (op. cit., p. 91).

Explicita a doutrina, entretanto, que mesmo as pessoas públicas têm, ainda, um campo de sua privacidade que deve ser respeitado pela

imprensa e que essa deve se adstringir ao direito de informar e não ao de prejudicar a honra dos indivíduos, nesse diapasão, o direito a informar passa de um direito a um abuso ilegítimo.

Nessa esteira, o ensinamento de Alexandre de Moraes (citado pelo Custos Legis):

“Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexos causal com a atividade profissional realizada” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009).

Explicitando critérios para definir a incidência da proteção à privacidade das pessoas públicas, SERGIO CRUZ ARENHART disserta no sentido de que, no caso de dúvida quanto à possível lesão injusta ao referido Direito fundamental, esse deve prevalecer diante do direito à informação:

“(…) na dúvida, o privilégio sempre há de ser da vida privada. Diante da impossibilidade concreta de se encontrar a fronteira entre os conceitos, sempre é preferível tutelar a vida privada, em detrimento da informação. Isto por uma razão óbvia: este direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica; ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a posteriori, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto (op. cit., p. 93-96) (…)”.

Pois bem, no caso concreto, estamos diante de um pedido de um jornal de circulação nacional, reconhecido como um dos três maiores do país, que busca ter acesso e extrair cópias reprográficas de processo criminal findo, no qual se teria como envolvida candidata à Presidência da República, ex-chefe da Casa Civil. Hoje, eleita Presidente da República.

Observo aqui que a impetrante teve acesso anterior aos autos, o qual se deu em razão de pedido atendido a um corrêu, que extraiu cópia

dos autos e as entregou à jornalista dos quadros do jornal, de nome Fernanda Odilla. Perceba-se, desde já, que o jornal não veio, no caso, diretamente ao Tribunal, o que denota deslealdade.

Assim, pergunto:

Se os impetrantes já tiveram acesso aos autos, onde estaria o interesse na ação mandamental?

Por que, só agora, mês antes do pleito, sabedora da existência do processo e já tendo acesso a documentos deste, procuram os impetrantes o STM para o fim de ter vista dos autos, tendo conhecimento deste há tanto tempo?

Por que não procurou informar a população por outros meios, pedindo autorização à própria candidata, ou mesmo entrevistando-a, como em outras oportunidades?

Aliás, é de conhecimento público que outros candidatos tiveram em sua história remota passagens pela Justiça Militar da União. Por que não foi feito o mesmo pedido com relação a eles?

O comportamento processual dos impetrantes é, justamente, no sentido de que seu interesse, salvo melhor juízo, não seja propriamente informar, mas possivelmente causar um fato político, fato esse que nas vésperas das eleições que não é mais notícia e já faz parte da história do país, haja vista que sabedores das intenções da candidata há mais de ano, poderiam e deveriam tê-lo feito anteriormente.

Tendo em vista que deferida a vista e extração de cópias, os danos podem ser irremediáveis para a terceira interessada que, em tempo exíguo, não teria oportunidade de defesa, por mais isenta que seja a reportagem, não sendo suficiente a indenização do dano moral diante do abalo à dignidade da pessoa humana, diante da dúvida, há que se privilegiar o direito à privacidade.

Não se trata de censura prévia, mas sim de resguardo à intimidade, à vida privada, à imagem e honra das pessoas, valores reconhecidamente tidos como inerentes à convivência sadia entre os indivíduos. Que fique claro, não se está impedindo que o jornal impetrante veicule qualquer notícia, que expresse essa ou aquela opinião. O que se nega no presente caso é o acesso a dados que só interessam à vida privada de pessoas envolvidas em processo no qual a extinção da punibilidade se deu há mais de três décadas.

Penso ser essa a decisão mais coerente a ser dada, na esteira da liturgia desta Casa.

No contrapeso entre a força dos direitos e Poderes Estatais e da própria sociedade de uma banda, e os direitos e garantias individuais do cidadão, de outra, o juiz, no Estado Democrático de Direito, deve, a princípio, desde que a decisão não coloque a soberania do próprio Estado em risco, buscar garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

É assim que tem sido a tradição do Superior Tribunal Militar, servindo como garantia, até mesmo nos momentos em que o próprio ordenamento nada garantia.

Não fosse a garantia individual à intimidade e privacidade suficientes, há, ainda, outras razões de direito para que não se conceda a segurança, os quais passo a explicitar.

Ora, as Leis 11.111/2005 e 8.159/91, nas quais a autoridade coatora fundou sua decisão, são leis formalmente válidas e tratam do acesso a arquivos públicos, e que dizem quais dados são ou deixam de ser sigilosos.

Sendo formalmente válidas, seu acatamento, de acordo com os princípios mais elementares de Teoria Geral do Estado, mais que expressão do interesse público, são expressão da vontade do povo, vinda a lume pelo trabalho dos seus legítimos representantes, os membros do Congresso Nacional.

Em nenhum dispositivo das referidas leis, há qualquer diferenciação entre dados sigilosos referentes a pessoas públicas e não públicas.

Com efeito, o artigo 23 da Lei 8159/91 dispõe que:

“Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originalmente sigilosos.

§ 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo má-

ximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referentes à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção” (grifo nosso).

Ou seja, a norma que se extrai do disposto no texto legal é que, se no documento em consideração houver algum dado que possa dizer quanto à vida privada, honra e imagem das pessoas, esse documento pressupõe-se sigiloso, sendo seu acesso somente franqueado ao público após 100 (cem) anos da data de sua produção. Que diríamos, então, de autos de ação penal findos, que por sua própria natureza são estigmatizantes, aos quais o legislador e o CNJ vedam o acesso a simples certidões.

Ao juiz, diante dos dispositivos arrolados, não é dado avaliar se, para um grupo de pessoas, majoritário ou não na sociedade, a participação em tais eventos históricos do Brasil é motivo de orgulho ou de vergonha, mas sim preservar-lhes o sigilo, diante da vontade popular neles expressa.

Tais leis, consideradas válidas, ainda não foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, visto que, há mais de 02 (dois) anos, pende ação direta de inconstitucionalidade, ADIn nº 4.077, quanto às referidas leis, não havendo pronunciamento pela Suprema Corte.

Há de se ressaltar, ainda, que no recente julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Anistia, relatado pelo ilustrado Prof. Eros Grau, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, considerou as referidas leis perfeitamente válidas, como acentuado na manifestação da AGU.

Aliás, tais leis, bem como o ato impugnado buscam tutelar, aquelas em abstrato, este em concreto, a dignidade da pessoa humana, no que diz respeito à sua intimidade, vida privada, honra e imagem, que, no caso concreto, restariam ameaçados caso fosse deferido o pedido de vista e extração de cópias.

Agiu bem a autoridade coatora, visto que estaria em jogo eventual responsabilização civil do Tribunal por danos materiais e morais, caso a exposição à mídia fosse consumada. Isso, sem falar em recrudescimento

das animosidades em momento em que, naturalmente, os ânimos ficam exaltados, como o que antecede a eleição presidencial.

Isso posto, votei vencido para conhecer e denegar a segurança por falta de amparo legal.

Superior Tribunal Militar, 16 de novembro de 2010.

MARCOS MARTIN STORRES  
Almirante de Esquadra  
Ministro-Relator

#### DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

DRA. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA  
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0000141-80.2010.7.00.0000-DF

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela FOLHA DA MANHÃ S/A e LUCAS DE FREITAS FERRAZ ARAÚJO, civil, contra Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Presidente do STM, de 23/8/2010, que indeferiu pedido de acesso aos Autos da Ação Penal Militar nº 366/70, requerendo a concessão da segurança para, liminarmente, inaudita altera parte, obter o direito ao imediato acesso e à extração de cópia reprográfica dos mencionados Autos. No mérito, pedem a confirmação da ordem.

#### PRELIMINAR

#### DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

A ocasionar nulidade absoluta deste julgamento, está a ausência de formação do litisconsorte passivo necessário da S<sup>a</sup> Dilma Vana Rousseff.

De plano, trago à balha a Súmula nº 631 do STF: “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”, donde a omissão de citação de parte obrigatória para integrar o feito torna a decisão absolutamente inválida. Trata-se de providência imprescindível que deve ser apreciada nesse momento para o deslinde da questão.

Inicialmente, importa analisar o instituto jurídico do litisconsórcio, suas modalidades, hipóteses de configuração na ação mandamental e efeitos decorrentes da não observância dos preceitos legais que determinam a citação obrigatória em caso de litisconsórcio necessário.

Sobre o conceito, define-o Nelson Nery Junior:

“É a possibilidade que existe de mais de um litigante figurar em um ou em ambos os pólos da relação processual. Caracteriza a pluralidade subjetiva da lide.”<sup>35</sup>

Relacionado à “coligação das partes na relação processual”<sup>36</sup>, o litisconsórcio, na dicção de Dinamarco, “é um fenômeno de pluralidade de partes, em que o esquema da relação jurídica substancial vai além do mínimo indispensável para ter mais de uma pessoa no polo ativo, ou no passivo, ou em ambos.”<sup>37</sup>

A própria expressão, ao indicar a soma dos vocábulos “litis” mais “consórcio”, revela agitar-se de fenômeno verificável na hipótese em que, por determinação legal ou por opção dos interessados, há mais de um sujeito litigante em um dos polos do processo ou mesmo nos dois.

O litisconsórcio pode ser classificado como simples ou unitário; inicial ou ulterior; ativo, passivo ou misto; necessário ou facultativo. Há, ainda, o litisconsórcio multitudinário ou plúrimo, que culminou no renascimento do litisconsórcio recusável. Por sua vez, a tripartição adotada pela doutrina antiga, mas ainda adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, costumava referir-se ao litisconsórcio por comumhão, por conexão e por afinidade.

Na espécie, analisar-se-ão os efeitos sobre a necessidade de citação ou não de litisconsortes passivos necessários, importando apenas diferenciar o litisconsórcio facultativo (próprio e impróprio) do necessário, uma vez que a diferença entre o passivo e o ativo é por demais óbvia.

Sobre o tema, colaciono os ensinamentos de Hely Lopes Meilhes, em consagrada obra, “Mandado de Segurança e Ações Constitucionais”. Leia-se:

“Convém distinguir, desde logo, as três modalidades de litisconsórcio possíveis em nosso Direito Positivo: o necessá-

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 255.

<sup>36</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de Segurança Individual e Coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 229.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. II. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 329.

rio, o irrecusável e o recusável, sendo que estas últimas espécies são também chamadas facultativo impróprio (litisconsórcio irrecusável, mas não necessário) e facultativo próprio (o que não obriga a qualquer das partes e pode ser recusado por ambas).

No litisconsórcio necessário, a causa pertence a mais de um em conjunto e a nenhum isoladamente, razão pela qual a ação não pode prosseguir sem a presença de todos no feito, sob pena de nulidade do julgamento; no litisconsórcio irrecusável, a causa pertence a cada um isoladamente, mas, como é comum o interesse das partes e conexa a relação de direito, a decisão do pedido de um influirá na do outro, razão pela qual o litisconsórcio não poderá ser recusado por qualquer dos litigantes; no litisconsórcio recusável, as pretensões são autônomas, mas, como há afinidade entre as causas, por um ponto comum de fato ou de direito, permite-se a reunião das ações se com isto concordarem as partes, por economia processual e com o intuito de se evitar decisões teoricamente conflitantes.”<sup>38</sup> (grifei).

A doutrina é clara ao diferenciar o litisconsórcio facultativo do necessário, verbis:

“2. Litisconsórcio quanto à obrigatoriedade de sua formação. Sob esse critério, o litisconsórcio pode ser classificado em necessário e facultativo. É necessário quando a lei ou a natureza da relação jurídica discutida em juízo determina sua formação, independentemente da vontade da parte. É facultativo quando não há obrigatoriedade para sua formação.”<sup>39</sup>

No litisconsórcio necessário, a reunião das pessoas envolvidas é obrigatória, pois decorre de duas possibilidades: por expressa determinação legal; ou porque o litisconsórcio é unitário, hipótese em que a decisão sobre a relação discutida terá de ser a mesma para todos – decisão única e homogênea – fazendo-se indispensável o chamamento daqueles que suportarão o ônus do decum. É o caso dos autos.

---

<sup>38</sup> MERELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 72-73.

<sup>39</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 258.

Veja-se o art. 47 do Diploma Adjetivo Civil:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.” (grifos nossos).

Com relação à ação mandamental, frise-se estar há muito superada a tese de inaplicabilidade do Código de Processo Civil. Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>40</sup>, trata-se de ação civil de rito sumário especial, à qual incidem, subsidiariamente, as regras da Lex Processual.

Na redação vigente, a nova lei que regula a ação mandamental (Lei nº 12.016/2009) remete especificamente aos artigos do CPC que tratam do litisconsórcio, sendo tal remissão, segundo a doutrina, inclusive, despicienda, pois o citado Código sempre terá aplicação subsidiária. Para alguns autores<sup>41</sup>, a previsão legal pode até mesmo gerar uma interpretação restritiva equivocada no sentido de que as demais disposições do Diploma Processual Civil, não referidas na Lei nº 12.016/2009, não se aplicariam ao mandado de segurança.

De qualquer forma, seja pela existência de disposição expressa ou não, é pacífico o entendimento de aplicarem-se as disposições sobre o litisconsórcio (arts. 46 a 49 do CPC) ao writ mandamental. A propósito, leia-se o artigo da Lei nº 12.016/2009 que remete ao CPC:

“Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.” (grifei).

Assim, em decorrência do citado regramento, o mandado de segurança admite tanto o litisconsórcio ativo quanto o passivo, bem como todas suas modalidades (vg.: necessário ou facultativo, unitário ou simples).

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 30.

<sup>41</sup> MEDINA, José Miguel García; ARAÚJO, Fábio Caldas de. op. cit., p. 229; e TAVARES, André Ramos. Manual do Novo Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 76.

À guisa de informação, consigne-se que, mesmo sob a égide do dispositivo legal anterior (Lei nº 1.533/51), já eram observadas as prescrições da Lex Adjetiva acerca do instituto. Nesse diapasão, ilustrava Cassio Scarpinella Bueno:

“O litisconsórcio a que a lei faz remissão só pode ser aquele que se formar a partir da análise do ato impugnado no mandado de segurança e a aptidão de sua invalidação afetar direitos de outras pessoas que não a pessoa jurídica a cujos quadros pertença a autoridade coatora e que, por essa razão, é réu do mandado de segurança (...).

(...) o litisconsórcio a que se refere esse dispositivo da lei só pode ser aquele que se forma em casos em que interesses de outrem podem ser afetados pela concessão da segurança. Desde que ‘terceiros’ tenham direitos subjetivos contrapostos à pretensão do impetrante e que dependam da existência, validade e eficácia do ato a ser impugnado pelo mandado de segurança, serão eles litisconsortes.”<sup>42</sup>

Uníssono o entendimento doutrinário e jurisprudencial da configuração do litisconsórcio passivo necessário quando a decisão judicial perseguida por meio do mandamus importar a anulação do ato impugnado, de forma a afetar o interesse alheio, e não só o da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora<sup>43</sup>.

Leia-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

“(...) nas impetrações em que há beneficiários do ato ou contrato impugnado, esses beneficiários são litisconsortes necessários, que devem integrar a lide, sob pena de nulidade do processo<sup>44</sup>. Pode também o terceiro prejudicado pela sentença ou a entidade a que pertence o coator ingressar no feito com o recurso cabível.”<sup>45</sup> (grifei).

À evidência, está a tratar o presente writ de litisconsórcio passivo necessário unitário, hipótese em que a decisão sobre a relação discutida terá de ser a mesma para todos; decisão única e homogênea.

<sup>42</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de Segurança - Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 208-209.

<sup>43</sup> BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 49.

<sup>44</sup> STF, RTJ 64/777; T.BA, RT 419/366; TAMG, RT 438/253; T.JMG, RT 477/220; T.JSP, RT 391/192, 430/53.

<sup>45</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 73.

Em tese, não só Dilma Vana Rousseff como os demais acusados que figuraram na Ação Penal nº 366/70 deveriam ser obrigatoriamente citados para se manifestarem como partes, caso concedida a ordem para tornar públicos todos os dados constantes da Apelação, considerando que todos eles sofreriam o ônus da decisão. Todavia, como o pedido do Mandado impetrado refere-se especificamente à obtenção de informações sobre a candidata eleita à Presidência da República, restrita a publicidade em relação aos demais, ao menos ela deverá ser citada.

Imperioso, desse modo, seu chamamento para integrar a lide, seja para aduzir os argumentos pelos quais poderia ter interesse em guardar o sigilo das informações pessoais contidas no referido processo, seja para concordar com a publicidade dos autos, estando em debate, diretamente, direitos da personalidade.

Por certo, o pronunciamento judicial acerca da validade do ato impugnado transcende o interesse singular daquele que propôs a ação. A ação constitucional sub examine tem por escopo a invalidação de ato de autoridade reputado ilegal ou abusivo. Constitui garantia que visa conferir máxima efetividade às liberdades fundamentais, porém não se pode descurar dos direitos e garantias individuais de terceiros que sofrerão os imediatos efeitos do mandamus.

A ratio essendi do art. 47 do CPC queda na relação jurídica formada a partir da citação, donde exsurge o direito do sujeito passivo à justa composição do litígio. Do contrário, aflora a insegurança jurídica para as partes.

Destarte, a citação da litisconsorte passivo necessário, nesta ação, é medida que se impõe.

A propósito da obrigatoriedade da citação dos litisconsortes passivos necessários, destacam-se os excertos a seguir transcritos das doutrinas de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Cassio Scarpinella Bueno:

“(...) em sendo o caso de litisconsórcio necessário, é obrigatória a citação de todos para comporem o pólo da relação processual.”<sup>46</sup> (grifei)

“(...) Para todos esses casos, o regime do art. 47 do Código de Processo Civil aplica-se em sua inteireza. Tratando-se de li-

---

<sup>46</sup> CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 219.

tisconsórcio necessário, em que a 'eficácia da sentença' depender da citação de todos, deverá o impetrante providenciar sua citação no prazo que lhe for assinado, sob pena de extinção do processo, como determinado pelo parágrafo único daquele dispositivo. É nesse sentido que deve ser aplicada, à espécie, a Súmula 631 do Supremo Tribunal Federal, (...). Ao contrário do que prevaleceu em alguns dos precedentes dessa Súmula, no entanto, impende destacar que a extinção do processo por falta de prática de atos processuais do autor (impetrante, em se tratando de mandado de segurança), nos termos do art. 267, II ou III, do Código de Processo Civil, impõe a sua intimação pessoal nos termos do art. 267, § 1º, do mesmo Código, insuficiente, para tanto, a intimação de seu advogado pela imprensa."<sup>47</sup>

Nesse sentido, vale repetir o dispositivo legal que regula a matéria:

Código de Processo Civil - "Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo." (grifei).

Da inteligência da norma transcrita, depreende-se ser absolutamente ineficaz sentença prolatada sem a obrigatória citação litisconsorcial. Constitui vício de formalidade que fulmina o decism de forma inequívoca.

Em compasso com o mandamento legal, doutrina e jurisprudência conclamam a nulidade absoluta da sentença que não observá-la:

"O não chamamento de litisconsorte passivo necessário nos autos acarreta a nulidade do julgamento, e essa nulidade pode ser argüida e reconhecida até mesmo em recurso extraordinário interposto pelo terceiro prejudicado, no prazo comum para as partes".<sup>48</sup>

Corroborando o exposto, assinala José Miguel Garcia Medina:

"É importante frisar que o defeito quanto à formação da relação processual, na hipótese de ausência de litisconsorte necessário, é

<sup>47</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 209-210.

<sup>48</sup> MIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 74.

gravíssimo, ao ponto de a melhor doutrina classificar o comando judicial como inutiliter data.”<sup>49</sup>

É esse também o posicionamento de Nelson Nery Junior em “Comentários ao Código de Processo Civil”, que pontua vários tópicos sobre o tema, a seguir transcritos:

“ 13. Eficácia da sentença. Caso se trate de litisconsórcio necessário (simples ou unitário), todos os litisconsortes devem ser citados para a ação, sob pena de a sentença ser dada inutilmente (inutiliter data), isto é, não produzir nenhum efeito, quer para o litisconsorte que efetivamente integrou a relação processual como parte, quer para aquele que dela não participou (TJSP-RT 602/92). A sentença dada sem que tenha sido integrado o litisconsórcio necessário não precisa ser rescindida por ação rescisória, porque é absolutamente ineficaz, sendo desnecessária sua retirada do mundo jurídico. (...)”

15. Eficácia da sentença. Influência na esfera jurídica de outrem. Toda vez que se vislumbrar a possibilidade de a sentença atingir, diretamente, a esfera jurídica de outrem, a menos que a lei estabeleça a facultatividade litisconsorcial (v.g., CC 1314 caput, 1642 III e V; CC/1916 623 II), deve ser aquele, citado com litisconsorte necessário, a fim de que possa se defender em juízo. Neste sentido: STF-RT 594/248. Exemplo disso é o MS impetrado por concursado, objetivando nomeação em detrimento dos candidatos classificados à sua frente. Estes terão de ser citados necessariamente para integrarem o pólo passivo da ação de segurança. Se a sentença tiver potencialidade para atingir reflexamente direito de outrem, este poderá ingressar no processo como assistente simples (CPC 50), mas não será litisconsorte necessário. (...)”

21. Ineficácia da sentença e ação rescisória. Tendo sido dada inutilmente, a sentença ineficaz, como é curial, não produz nenhum efeito. Com isso, não há necessidade de ser impugnada por recurso, nem por ação rescisória, pois não se formou sobre ela a autoridade da coisa julgada. Não existe problema de crise nem de pacificação social, porque o processo chegou ao fim por sentença sem aptidão para produzir efeitos. Ninguém pode ser compelido a submeter-se aos efeitos da sentença que não

---

<sup>49</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. op. cit., p. 50.

tem efeitos. A pacificação social pela atividade jurisdicional virá quando da execução da sentença inutiliter data (ou com eventual ação declaratória, cabível em tese – CPC 4.º) e não com a ação rescisória, desnecessária. Executada a sentença, a parte pode opor defesa de direito material (exceptio plurium consortium) (Pollak, *System*, § 35, IV, p. 197), com reflexos cumulativos de natureza processual (CPC 47 caput in fine), independentemente de segurança do juízo ou de providência equivalente, objetivando o reconhecimento pelo juiz de que a sentença não pode produzir nenhum efeito, extinguindo-se pura e simplesmente a execução daquela sentença. Em sentido contrário, dizendo ser nula e, portanto, sujeita à ação rescisória: Dinamarco, *Litisc.*, n. 65, p. 300 et seq. e *Inst.*, v. II, n. 576, PP.355/357. Não se pode fugir do regime legal da sentença dada sem a presença de todos os litisconsortes necessários no processo. V. por exemplo, a ampla discussão de Proto Pisani sobre as várias situações decorrentes da sentença em processo no qual não houve a integração do litisconsórcio necessário (Andrea Proto Pisani, *Opposizioni di terzo ordinária*, Jovene, Napoli, 1965, Cap. IV, §§ 22 a 27, PP.608/651) e as soluções ali propostas (Cap. IV, § 28, PP. 651/672), que valem, frise-se, para o direito italiano mas não para o brasileiro, cuja consequência a lei determina expressamente que seja a da ineficácia da sentença. Neste sentido: Barbosa Moreira, *Litisc. unit.*, n. 147, nota 25, p. 232.”<sup>50</sup>

Em sede jurisprudencial, cito decisão proferida pela Suprema Corte nos autos do HC 76660/PR, em que anulou processo de mandado de segurança a partir da concessão da liminar para determinar a citação de corréus com a finalidade de integrarem a relação processual como litisconsortes passivos necessários. Litteris:

“EMENTA: HABEAS CORPUS TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PERANTE O TRIBUNAL DE ALÇADA, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA ANULAR SENTENÇA DE JUIZ QUE NÃO MAIS EXERCIA JURISDIÇÃO, ABSOLVENDO A PACIENTE E ALGUNS CO-RÉUS E CONDENANDO OUTROS. SEGURANÇA CONCEDIDA PELO TRIBUNAL A QUO SEM QUE ESTIVESSEM INTEGRADOS À LIDE OS CO-RÉUS, NA QUALIDADE DE LITISCONSORTES PASSIVOS

---

<sup>50</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 261-263.

**NECESSÁRIOS, SEGUINDO-SE NOVA SENTENÇA QUE CONDENOU A PACIENTE E OUTROS CO-RÉUS.**

1. Aplicam-se ao processo do mandado de segurança as disposições do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio (art. 19 da Lei nº 1.533/51, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.071/74). Há litisconsórcio passivo necessário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todos os interessados (CPC, art. 47). A não citação de litisconsorte passivo necessário para integrar a lide impede a formação de relação processual válida e, em consequência, obsta a eficácia da decisão que venha a ser lavrada, porque influi nas relações jurídicas de interessados estranhos à demanda (CPC, art. 47).

2. Habeas-corpus conhecido e deferido, em parte, para anular o processo do mandado de segurança a partir da concessão da liminar, exclusive, ficando ressalvados os seus efeitos, e determinar a citação dos co-réus para integrarem a relação processual como litisconsortes passivos necessários. Em consequência, é anulada a segunda sentença, que condenou a paciente, estendidos os efeitos desta decisão aos demais co-réus.” (STF, HC 76660/PR, 2ª Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, Decisão de 9/6/1998, publicada em 14/8/1998).

Nesse diapasão, outras decisões perfilando idêntico posicionamento:

“EMENTA: PROCESSO PENAL. PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO: LEGITIMIDADE CPP, arts. 271, 584, § 1º, e 598. MANDADO DE SEGURANÇA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR: AUSÊNCIA: NULIDADE C.F., art. 5º, LV.

I. - O assistente do Ministério Público tem legitimidade para recorrer da sentença de pronúncia. Precedente do Supremo Tribunal Federal: HC 71.453/GO, Ministro Paulo Brossard, “DJ” de 27.10.94.

II. - Mandado de Segurança, impetrado pelo assistente do Ministério Público, contra ato que inadmitiu seu recurso em sentido estrito. Sua denegação. Interposição de recurso ordinário para o STJ, que o proveu. Acontece que o réu não foi citado para integrar a lide como litisconsorte necessário. Tampouco o seu defensor foi intimado para apresentação de razões finais. Nuli-

dade reconhecida. III. - H.C. deferido.” (STF, HC 84022/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Decisão de 14/9/2004, publicada no DJem 1º/10/2004).

Nos autos, a nulidade é patente, tendo em vista que a própria Dilma Vana Rousseff pediu vista dos processos em que figurou como parte, sendo-lhe negado. Indubitável, pois, seu interesse, vez que, além de não ter sido citada para integrar a lide, teve violado o direito à informação acerca de dados pessoais, assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, que reproduzo:

“Art. 5º. ....

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Tamanha importância atribuiu o Constituinte a essa garantia que, densificando-a, alçou a canon constitucional o habeas data, a fim de “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”, ex vi do art. 5º, LXXII, da Norma Fundamental. Seu disciplinamento pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, repete o dispositivo magno no art. 7º.

Frise-se, outrossim, não terem os impetrantes, na inicial, realizado a indicação, ao menos de Dilma Vana Rousseff, como litisconsorte passivo necessário. Sendo ela pessoa pública sobre a qual o jornal deseja obter as informações contidas no Processo nº 366/70, seu chamamento à lide é imprescindível em respeito ao contraditório.

Igualmente, importa ressaltar que a Ação Penal nº 366/70 sempre esteve aberta à consulta do público interessado – pesquisadores, cientistas políticos, historiadores, jornalistas, dentre outros profissionais.

Aliás, a própria Folha de São Paulo, em período anterior, já teve acesso ao processo sob litígio, conforme consta do “termo de compromisso para uso de dados da documentação sob custódia da seção de arquivos, bem como ‘cópia da solicitação’ da Jornalista Fernanda Odilla ao STM” nos meses de fevereiro e março de 2009, e que se encontram na Internet, respectivamente, nos sítios:

[http://www.slideshare.net/LuisNassif/5-termo-de-compromisso-assinado-pela-jornalista-fernanda-odilla-junto-ao-stm/t\\_blank](http://www.slideshare.net/LuisNassif/5-termo-de-compromisso-assinado-pela-jornalista-fernanda-odilla-junto-ao-stm/t_blank), e  
[http://www.slideshare.net/LuisNassif/3-cpia-da-solicitao-da-jornalista-fernanda-odilla-ao-stm-de-acesso-a-informaes-sobre-antonio-espinosa/t\\_blank](http://www.slideshare.net/LuisNassif/3-cpia-da-solicitao-da-jornalista-fernanda-odilla-ao-stm-de-acesso-a-informaes-sobre-antonio-espinosa/t_blank).

A diferença entre o dantes e o agora é a judicialização do acesso, até então inexistente, tendo por foco um dos acusados naquele processo e por autoridade coatora o Presidente deste Superior Tribunal Militar.

Nesses termos, o questionamento, em sede mandamental do ato administrativo impugnado, há de seguir o rito judicial previsto na legislação que rege a matéria. Daí, os impetrantes, ao perseguirem direito líquido e certo, devem obedecer às formalidades legais, não podendo descuidar de questões processuais indispensáveis à composição do litígio. Efetivamente, deveriam ter requerido a citação de Dilma Rousseff como litisconsorte necessário e, não o tendo feito, deverá ela ser intimada para tanto, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

É o que a doutrina mais balizada conclama:

“Parágrafo único: 16. Citação determinada pelo juiz. Ninguém é obrigado a litigar contra quem não deseje. Mas, no caso de litisconsórcio necessário ou unitário, para que possa o autor obter sentença de mérito, deve providenciar a citação de todos os litisconsortes. Como em nosso sistema processual não existe a intervenção forçada no processo, determinada por obra do juiz (*iussu iudicis*), não pode o magistrado agir de ofício e mandar citar o litisconsorte necessário. No regime revogado, embora doutrina e jurisprudência não tivessem se dado conta disso, a intervenção *iussu iudicis* não era permitida, conforme resulta da clara e inequívoca disposição do CPC/39 91. Da mesma forma como ocorria no regime do CPC/39, no sistema vigente o juiz deve determinar ao autor que promova a citação do litisconsorte necessário, ou seja, que o autor manifeste a sua vontade de querer mover a ação também contra o litisconsorte passivo necessário ou de querer que o litisconsorte necessário ativo integre a relação processual. Pelo princípio da demanda, deve haver sempre manifestação inequívoca do autor no sentido de querer a citação do litisconsorte necessário (Dinamarco, *Litisc.*, n. 58.3, p. 224). Caso este não providencie a citação do li-

tisconsorte necessário, a lei lhe impõe a sanção da extinção do processo sem resolução do mérito, argumento suficiente para que se extraia a conclusão, pelo sistema legal do CPC, de que ao juiz não é dado, ex officio, determinar a citação de litisconsorte necessário. Promover a citação significa requerê-la, indicar o nome e o endereço do citando e pagar as despesas dela decorrentes (diligências, editais etc.) Em sentido contrário, entendendo deva ser determinada ex officio: RJTJSP 105/316.”<sup>51</sup>

Ainda:

“19. Extinção do processo. A sanção para a parte que não providencia a citação do litisconsorte necessário ou unitário, no prazo assinado pelo juiz, é a extinção do processo sem resolução do mérito. O fundamento para a extinção é a ausência de pressuposto processual (CPC 267 IV), já que a não integração do litisconsórcio necessário ou unitário enseja a falta de legitimatio ad processum. Não se trata de ilegitimidade de parte (CPC 267 VI), porque o litisconsorte que se encontra sozinho no processo é parte legítima para nele figurar; apenas não pode obter o provimento jurisdicional de mérito, se desacompanhado de seu litisconsorte necessário ou unitário.”<sup>52</sup>

Acerca do momento em que o litisconsorte passivo poderá integrar a lide, admite-se sua participação a qualquer tempo, seja espontaneamente ou por determinação judicial. Assim posiciona-se Hely Lopes Meirelles:

“Quanto ao litisconsorte passivo, há que se distinguir o necessário e o facultativo. Aquele terá que integrar a lide e poderá fazê-lo a qualquer tempo, espontaneamente ou por determinação do juiz.”<sup>53</sup> (grifei).

Por todo o exposto, votei vencida no sentido de o Ministro-Relator intimar a impetrante para providenciar a citação de Dilma Vana Rousseff como litisconsorte passivo necessário, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito. Do contrário, entendi que a decisão prolatada por esta Corte Militar constituir-se-ia inutiliter data.

---

<sup>51</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 261-262.

<sup>52</sup> Ibid., p. 262.

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 74.

PRELIMINAR DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS  
LEIS Nº 8.159/91 E Nº 11.111/2005

(Arguida pela AGU)

Com relação à preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União de declaração incidental de inconstitucionalidade das Leis nº 8.159/91 e nº 11.111/2005, objeto da ADI 4077-DF perante o Supremo Tribunal Federal, importa ressaltar que, em sede de controle abstrato, as leis permanecem válidas enquanto não declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Os nobres advogados da União enfatizaram que somente com uma declaração formal de inconstitucionalidade das mencionadas normas poder-se-ia reputar como arbitrário e ilegal o ato administrativo, fundado, exatamente, nesses diplomas legais. Desse modo, entenderam ser matéria de enfrentamento obrigatório para o exame posterior do mérito.

Certo é, porém, que, apesar de a AGU suscitar preliminar de inconstitucionalidade, buscou efetivamente a certificação de validade das leis refutadas, por meio de decisão declaratória desta Corte.

Com isso, o que de fato pretende é uma declaração de constitucionalidade transvertida de preliminar de inconstitucionalidade, a meu ver descabida neste feito e nesta Justiça Militar.

Segundo Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento que lhe será ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”. Não se cuida, contudo, de uma relação lógica ou intelectiva, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.<sup>54</sup>

Em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade pois, somente assim, logra-se firmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente.<sup>55</sup>

A regra é a constitucionalidade, sendo a incompatibilidade com a Lei Maior a exceção. Esse exercício de jurisdição constitucional homenageia a segurança jurídica.

---

<sup>54</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 2001. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 951.

<sup>55</sup> Id.

Tal como colocado, as decisões podem fundar-se em leis questionadas perante o Pretório Excelso, e que, enquanto não forem decretadas inválidas, continuarão a produzir efeitos normalmente. Na medida em que as normas vigem e têm eficácia, o que se há de discutir é serem elas aplicáveis ou não ao caso concreto, bem como serem elas compatíveis ou não com a Carta da República.

Na espécie, a declaração de constitucionalidade almejada é da competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, ex vi do art. 102, inciso I, alínea “a”, da CF, nunca deste juízo por meio de controle difuso.

Ex positis, voto pelo não conhecimento da preliminar suscitada pela Advocacia-Geral da União, por entender que a apreciação da constitucionalidade das Leis nº 8.159/91 e nº 11.111/2005 é, originariamente, de competência exclusiva e privativa do Supremo Tribunal Federal.

### MÉRITO

No mérito, o pedido deve ser parcialmente provido.

Realça, o presente writ, relevantes questões que norteiam as garantias depositárias do ideal de legitimidade da democracia participativa.

Início meu voto com o direito de informação e de liberdade de imprensa, consagrados pela Constituição da República, que propicia a autorrealização do indivíduo como ser coletivo, maximizando suas potencialidades.<sup>56</sup> A liberdade de expressão, gênero no qual a liberdade de imprensa e o direito à informação são espécies, corresponde a uma das mais antigas exigências que a humanidade ousou reivindicar.

No vigente estatuto constitucional brasileiro, a liberdade de expressão encontra-se elencada no artigo 5º, IV, ao viabilizar a “livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, complementado pelo inciso XIV, do mesmo dispositivo, segundo o qual: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Para além, o enunciado no artigo 220 da Lei Magna densifica as normativas anteriores ao prever que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Mais, seus parágrafos 1º e 2º enaltecem a disposição contida no ca-

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 349.

put, coibindo o embaraço à plena liberdade de informação jornalística, assim como a censura de natureza política, ideológica e artística.

Pontua a doutrina de José Afonso da Silva que, na liberdade de informação jornalística, se:

“(...) centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se encontra a liberdade de informar e é nela ou através dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado”.<sup>57</sup>

Em obra dedicada ao tema, acrescenta René Dotti:

“O direito à informação é considerado também sob a perspectiva de um direito à notícia e de um direito ao fato. A notícia pode ser definida como a relação de conhecimento entre um sujeito e uma realidade (a manifestação, o fato, um documento). É o resultado de uma atividade informativa em cujo desenvolvimento surge tal ‘relação de conhecimento’.”<sup>58</sup>

Tais ensinamentos ilustram de modo satisfatório e em meio às exigências sufragadas pelos Estados Democráticos a relevância da informação nas relações humanas e sociais. Isso porque é ela quem permite o amadurecimento da opinião pública, devidamente esclarecida, capacitando-a a se posicionar e defender a legitimidade de seus interesses, ora por meio da consciência crítica, ora por intermédio da valoração do que é posto sob análise. Viabiliza, igualmente, a transparência e a moralidade, tanto nos negócios estatais quanto nas decisões sociais capazes de surtir efeitos sob garantias elementares.<sup>59</sup>

Nesse diapasão,

“O direito de ser informado tem por conteúdo o recebimento de informações fidedignas do Estado sobre quaisquer fatos de interesse público, bem como o pleno acesso a elementos mantidos em arquivos públicos, de interesse público ou particular. O Estado é devedor da prestação de comunicar aos cidadãos sobre todos os fatos relevantes que são do seu domínio, sem

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 239.

<sup>58</sup> DOTTI, René Ariel. Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 169.

<sup>59</sup> MIRANDA, Rosângela Rodrigues de. A Proteção Constitucional da Vida Privada. São Paulo: Editora de Direito, 1996. p. 145-146.

prejuízo de franquear acesso a quem buscar outros elementos. É o direito à verdade, que obriga também aos meios de comunicação, os quais devem prestar informações de interesse público, desde que verossímeis e decorrentes de apuração responsável”.<sup>60</sup>

A função social da liberdade de informação destina-se a “colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia (...), para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, (...) tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante”.<sup>61</sup> Paralelamente, o exercício do direito à crônica, conexo ao de receber informações, pressupõe o interesse da coletividade de ser informada, pois é assim que se forma a opinião pública.<sup>62</sup>

Extensas decisões autografadas pelo Supremo Tribunal Federal caminham em prol da liberdade de expressão, em suas mais variadas latitudes. Deveras elucidativo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na qual se discutiu a vedação infraconstitucional à publicação de pesquisas eleitorais. De sua ementa se extrai:

“Lei 11.300/2006 (minirreforma eleitoral). (...) Proibição de divulgação de pesquisas eleitorais quinze dias antes do pleito. Inconstitucionalidade. Garantia da liberdade de expressão e do direito à informação livre e plural no Estado democrático de direito.” (Julgamento em 6-9-2006, Plenário, DJde 23-2-2007).<sup>63</sup>

Partilham idêntico posicionamento os debates protagonizados no Mandado de Segurança 24.725, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello. Leia-se:

“O direito de receber, dos órgãos integrantes da estrutura institucional do Estado, informações revestidas de interesse geral ou coletivo, qualifica-se como prerrogativa de índole constitucional. Sujeita, unicamente, às limitações fixadas no próprio texto da Carta Política”. (Julgado em 28.11.03. DJJ 09.12.2003).

<sup>60</sup> WECHERT, Marlon Alberto. Dicionário de Direitos Humanos: Informação. Disponível em: < <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Informa%C3%A7%C3%A3o> > .

<sup>61</sup> DE CARVALHO, Castanho. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 88.

<sup>62</sup> JÚNIOR, Paulo José da Costa. O Direito de Estar Só. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67.

<sup>63</sup> Nesse mesmo sentido, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 3.742 e 3.743, também da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Matéria semelhante a que ora se discute também foi apreciada no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.036/2006 por meio do qual se determinou a este Superior Tribunal Militar a entrega de informações relativas a advogados defensores de acusados de crimes políticos, em face de sua recusa. Os documentos subsidiaram obra literária sobre o regime de exceção. Este é o teor da ementa:

“EMENTA: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CÓPIA DE PROCESSOS E DOS ÁUDIOS DE SESSÕES. FONTE HISTÓRICA PARA OBRA LITERÁRIA. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO (ART. 5º, XIV, DA CF). (...). A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações. No caso, tratava-se da busca por fontes a subsidiar elaboração de livro (em homenagem a advogados defensores de acusados de crimes políticos durante determinada época) a partir dos registros documentais e fonográficos de sessões de julgamento público. Não configuração de situação excepcional a limitar a incidência da publicidade dos documentos públicos (arts. 23 e 24 da Lei 8.159/1991) e do direito à informação.” (RMS 23.036, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 28-3-2006, Segunda Turma, DJde 25-8-2006, grifos originais).

Certo é que a história do Brasil enveredou rumo a caminhos diversos, inaugurando uma ordem jurídica que prestigia o Estado Democrático de Direito. Os cânones constitucionais outrora mencionados, à semelhança do art. 220, caput, e §§ 1º e 2º, ilustram o avanço consignado pelo Constituinte Originário à positividade pátria.

Ora, a livre circulação de ideias conjectura com a liberdade de imprensa. Não se vislumbra uma, se a outra não for resguardada. Oportuna a lembrança registrada por Thomas Jefferson, ainda no século XVIII, ao proclamar: “entre um Estado sem governo e um sem imprensa, prefiro o primeiro”. Palavras atemporais, fiadoras do discurso independente, primordial nos regimes políticos que reconhecem a pluralidade de ideias e o primado da tolerância.

Não há que se cogitar em tolher o pronunciamento midiático, nomeadamente aquele atento aos valores que norteiam a profissão, quais sejam: o comprometimento com a verdade, a lisura e a boa-fé na propagação de notícias de interesse coletivo. Afinal, como aludiria Jean François Revel: “a livre manifestação de pensamento deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o direito de informar, diferentemente, deve ter por objetivo proporcionar informação exata e séria”.<sup>64</sup>

Comunga da mesma inteligência a Carta de Princípios Internacionais da Ética Profissional no Jornalismo, divulgada pela Associação Brasileira de Imprensa, ao prescrever: “A responsabilidade social do jornalista requer que ele ou ela agirão debaixo de todas as circunstâncias em conformidade com uma consciência ética pessoal”.

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, reexaminado nos últimos anos e aprovado em Assembleia da Federação Nacional dos Jornalistas, em agosto de 2007, explicita seu art. 2º:

“Art. 2º - Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que: [...]

III - a liberdade de imprensa, direito e pressuposto do exercício do jornalismo, implica compromisso com a responsabilidade social inerente à profissão.”

A liberdade de imprensa é essencial para o exercício da profissão. Inexistindo conduta atentatória aos bons costumes, não há que ceifar a atuação jornalística e coibir que temas emergentes sejam desfrutados pelo corpo social. Não cabe ao Estado ser algoz do livre discurso e retroceder às ordenações ínsitas dos regimes totalitários.

Novamente, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a favor do juízo ora sedimentado, cumprindo destacar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, relatada pelo Ministro Ayres Britto. Por sete votos a quatro, o Pretório Excelso julgou que o Estatuto da Imprensa, consagrado na Lei 5.250/67, não fora recepcionado pela Lex Magna, sendo, conseqüentemente, revogado. A fundamentação do Acórdão enveredou pela incompatibilidade daquela legislação com a Carta de 1988, porquanto concebido sob a ótica punitiva e cerceadora da liberdade de expressão.

---

<sup>64</sup> REVEL, Jean François. El Conocimiento Inutil. Madri: Austral, 2007. p. 207.

Nas palavras do Ministro-Relator:

“A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloqüente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados (...).” (Julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009).

Na mesma oportunidade, o Ministro Ayres Britto pontuou:

“A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome ‘Da Comunicação Social’ (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de ‘atividades’ ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. Por força dessa invencível parceria com o tempo, a ciência e a tecnologia, se projetam em patamar verdadeiramente global, ou seja, a imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade. O que já significa visualizar a imprensa como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.”

A análise jurisprudencial que se propôs levar a cabo poderia prosseguir, haja vista a vasta gama de julgados proferidos pela Suprema Corte, em sua maioria, favoráveis à liberdade de imprensa. Importa acres-

centar, entretanto, antes de avançar a outros temas, o magistério do Ministro Celso de Mello ao apreciar o Agravo de Instrumento 505.595:

“Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220). Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas (...) o Estado – inclusive o Judiciário – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social.” (Decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, D.E de 23-11-2009).

E, justamente nesse contexto, aflora o desafio deste Judiciário ponderar direitos pontificadores de valores republicanos, como a liberdade de imprensa e o direito difuso à informação, com outros não menos determinantes para as sociedades abertas e democráticas, os referentes à personalidade que abordarei a seguir.

Definidos como aqueles inerentes ao ser humano, concebido não apenas em si mesmo, mas na forma como sua imagem se projeta na sociedade, os direitos da personalidade, por serem inatos, são meramente reconhecidos pelo Estado, do contrário, a Pessoa inexistiria como tal.<sup>65</sup>

Proclamados pela primeira vez no artigo XXVII, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, espraiaram-se pelas Constituições de cunho liberal e pelos Códigos contemporâneos.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. In: Revista de Informação Legislativa, n. 125, Senado Federal, jan./mar. 1995. p. 46.

<sup>66</sup> SABOIA, Marcelo Rocha. O direito moral do autor e do inventor no quadro dos direitos da personalidade. In: Revista de Informação Legislativa, n. 125, Senado Federal, jan./mar. 1995. p. 278.

Irrenunciáveis e de caráter erga omnes<sup>67</sup>, subdividem-se em dois grandes grupos: o primeiro relativo à integridade física e o aspecto material da pessoa humana nos quais se concentram o direito à vida e à integridade corporal; o segundo, referente à integridade moral da pessoa, que abarca o direito à intimidade, privacidade, imagem, honra e liberdade.

In casu, interessa ao deslinde da questão a última categoria. Abrigados na Lex de 1988, os direitos à intimidade e à privacidade são disciplinados pelo inciso X do art. 5º, verbis:

“Art. 5º .....

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Nessa esteira protetiva, a Constituição portuguesa também os resguarda em seu art. 26. Litteris:

“Artigo 26.º .....

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

Tais garantias, oponíveis ao Estado e à sociedade em geral, visam proteger a individualidade, vedando intromissões na vida particular que possam causar constrangimentos, do mais singelo ao mais vexatório.

Na lição de Alexandre de Moraes:

“Os direitos à intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.”<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Sobre o tema, aduz Carlos Alberto Bittar: “(...) esses direitos são oponíveis erga omnes (e, portanto, devem ser respeitados por todos os integrantes da coletividade). Trata-se, pois, de relação de exclusão, que impõe a todos a observância e o respeito a cada pessoa, em seus componentes citados, sob pena de sancionamento pelo ordenamento jurídico”. In: Os Direitos da Personalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 30.

<sup>68</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 81.

À luz do Direito, a preservação da intimidade traduz-se em obstaculizar o conhecimento de terceiros da esfera mais pessoal da vida do indivíduo e de seu mundo intrapsíquico. Fatos ocorridos no domicílio, no seio familiar, relativos à vida amorosa ou conjugal, segredos, convicções de repercussão social, hábitos, dentre outros dados confidenciais da personalidade preservados ou compartilhados com um círculo social limitado, não devem ser revelados porque degradam a imagem e causam sofrimento. A propósito escrevem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Branco:

“A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo, inibiria toda tentativa de auto-superação.”<sup>69</sup>

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>70</sup>, a intimidade reúne três elementos: a vontade de estar sozinho; o sigilo e a autonomia de decidir livremente a respeito de si.

Embora inexista distinção precisa entre intimidade e vida privada, são conceitos interligados. Diria Manuel Gonçalves Ferreira Filho<sup>71</sup>, a intimidade refere-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, bem como seus relacionamentos familiares e de amizade. Já o conceito de vida privada engloba as demais relações humanas, cujas informações, embora compartilhadas com um pequeno grupo de pessoas, não devem ser foco da observação pública.

Na lição de Luís Roberto Barroso:

“(...) são espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, es-

---

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 368.

<sup>70</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: Revista da Faculdade de Direito da USP. v. 88, São Paulo, 1999, p. 442-443.

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

colhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação”<sup>72</sup>.

Já a dignidade, direito natural devido ao homem em razão de sua humanidade, foi aclamada como fundamento da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso III, da CF/88, adquirindo consagração formal nas Cartas Políticas de matriz ocidental depois de séculos de absolutismo e totalitarismo<sup>73</sup>. Correlaciona-se com os direitos autônomos da personalidade porque constitui atributo inerente e indispensável ao ser humano.”<sup>74</sup>

Acerca da temática, uma vez mais Alexandre de Moraes:

“Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais (...).”<sup>75</sup>

O que está em questão é a dignidade do Homem concebida como princípio, valor e norma, cerne das garantias fundamentais e meio pelo qual são asseguradas as múltiplas dimensões da vida. Qualidade intrínseca do Ser, ela transcende a normatividade, porque dignidade é acima de tudo valor, valor da pessoa humana.

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: Revista de Direito Administrativo, n. 235. Rio de Janeiro: Editora Renovar, jan./mar. 2004. p. 13.

<sup>73</sup> “O ser humano, como pessoa, fundamento do direito e razão de toda ordem normativa, rodeado se encontra de um arcabouço jurídico que o garante nos compostos basilares de sobrevivência social e desenvolvimento moral próprio.” ARRIBAS, Bruno Felipe da Silva Martin de. Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade. In: Revista de Informação Legislativa, n. 164. Senado Federal, out./dez. 2004. p. 363-364.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 12.

<sup>75</sup> MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 82.

Diante desta tripla dimensão – normativa, principiológica e valorativa – sustenta a doutrina germânica que

“a norma consagradora da dignidade da pessoa revela uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais, justamente pelo fato de não admitir uma ponderação no sentido de uma colisão entre princípios, já que a ponderação acaba sendo remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade.”<sup>76</sup>

Sobre o tema, impossível não exaltar Paulo Bonavides, quando assevera que:

“(...) sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser (...) máxima; se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.”<sup>77</sup>

Nesse sentido, a proteção à intimidade e à privacidade decorre do próprio direito à dignidade.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 73. (Neste sentido, a crítica de T. Geddert-Steinacher à Alexy. Sustenta que este último autor acabou embasando sua tese em decisões que não representam a tendência dominante no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, além de argumentar não ser a dignidade uma norma de direito fundamental, mas, sim, princípio).

<sup>77</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233. Para Alexandre de Moraes: “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na auto-determinação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.” MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 60.

<sup>78</sup> “Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é tratada como objeto, como meio para a satisfação de algum interesse imediato. O ser humano não pode ser exposto - máxime contra a sua vontade - à mera curiosidade de terceiros, para satisfazer instintos primários, nem pode ser apresentado como instrumento de divertimento alheio, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá

Inevavelmente, o presente writ articula com o juízo de ponderação desta Corte no sentido de concretizar preceitos revestidos de fundamentalidade que aparentemente colidem.

Certo é que, por força da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica entre suas normas. Os direitos fundamentais não apenas detêm o mesmo nível jurídico-positivo, como também ocupam idêntica envergadura axiológica. Por vezes, contudo, descortina-se um aparente conflito quando as garantias são invocadas em interesses contrapostos.

A técnica da subsunção, em princípio, poderia ilidi-lo. Porém, tal como se apresenta o mandamus, sua aplicação não terá o condão de dirimi-lo. A oposição entre os direitos à liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, tutelados por valores distintos, apontam para soluções que não presumem a escolha pura e simples de um direito em sobreposição a outro; verdadeira afronta à Constituição que os resguarda. Inadmitte-se hermenêutica que opte por uma norma, como se houvesse hierarquia entre dispositivos *magno* revestidos de fundamentalidade.

A solução está na ponderação, técnica jurídica que embasa a decisão judicial nos casos onde a subsunção mostrou-se insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta enseja a aplicação de regras de categoria jurídica idêntica, mas que indicam soluções diferenciadas.

“De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas:

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. (...) – insuperável pela subsunção.(...)

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. (...) Assim, será possível apontar com maior clareza o papel de cada uma das normas e a extensão de sua influência. (...)

Na terceira etapa, (...) a fase decisória, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso.”<sup>79</sup>

---

exercício legítimo da liberdade de expressão.” In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. op. cit., p. 365.

<sup>79</sup> BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 10-11.

Essa dialética intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. À vista do conflito, necessária a aplicação dos referidos princípios, vez que somente no caso concreto poder-se-á sopesá-los. Analisar a matéria vertente sob tal enfoque é essencial para não postergar a eficácia das determinações maiores.

Embora não explicitado pela Grande Norma, o Supremo Tribunal Federal vem adotando a proporcionalidade e a razoabilidade sob o entendimento dos postulados decorrerem do sentido indeclinável de unidade da Constituição.

A tensão que se observa nesta ação mandamental: direito à liberdade de expressão e comunicação versus direito da personalidade, geram a chamada colisão de direitos fundamentais (na doutrina alemã - Grundrechtskonflikte).

Frente a tal impasse, a jurisprudência do STF tem se pautado no sentido de que

“a vedação constitucional de norma que constitua, a priori, embaraço à liberdade de expressão e de imprensa, concebida no mesmo nível constitucional dos outros direitos fundamentais, não pré-exclui a análise casuística que compete ao Poder Judiciário.” (ADPF nº 130, Relatora Min. Ellen Gracie).

Em seu voto, no julgado acima mencionado, o Ministro Celso de Mello aduziu que o Supremo Tribunal Federal:

“(…) já acentuou que não há no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.

(…) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à liberdade de informação, de um lado, e à preservação da honra, de outro – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar em cada caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entan-

to, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.”

No histórico julgamento da ADPF nº 130, já mencionada neste voto, a Suprema Corte assentou a plenitude da liberdade de imprensa dentro dos limites constitucionais conceituais.

Em que pesem divergências doutrinárias, certo é que o Colégio Formal da Soberania jamais concebeu a liberdade de expressão como direito insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Não é correto afirmar que houve destaque à liberdade de informação pelo simples fato de ela estar disciplinada no capítulo dedicado à comunicação social.

De forma idêntica, os direitos à honra, à privacidade e à imagem não se revestem de caráter absoluto quando confrontados com a liberdade de informação.

A invocação da inviolabilidade constitucional dos direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, em contraposição ao direito de divulgar, configura contraste teórico e linear entre as estatuições contidas no art. 5º, incisos IV, IX e no art. 220, caput, frente aos incisos V e X do mesmo art. 5º da CF.

Distingue a doutrina brasileira as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de deles ter conhecimento e, a segunda, destina-se a tutelar o extravasamento de ideias, opiniões, juízos de valor. Não obstante, impera um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar, sobretudo, na veracidade.

Ocorre, porém, que o conceito clássico de justiça funda-se, precisamente, em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. Consoante ilustra Bulos:

“Os homens nunca foram iguais e jamais o serão no plano terreno. A desigualdade é própria da condição humana. Por possuírem origem diversa, posição social peculiar, é impossível afirmar-se que o homem é totalmente idêntico ao seu semelhante em direitos, obrigações, faculdades e ônus. Daí se buscar uma igualdade proporcional, porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais.”<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78.

Vislumbram os autos candidata eleita ao cargo de mandatária do Poder Executivo e ex-Chefe de dois Ministérios, pessoa notória e, portanto, não equiparável ao cidadão comum.<sup>81 82</sup>

Frente a tal contexto, a Suprema Corte norte-americana, em 1895, no caso *Schuyler vs. Curtis*<sup>83</sup>, firmou o entendimento de que a proteção à intimidade e à vida privada - the right to be alone - diferencia-se em relação às pessoas públicas quando confrontada com a liberdade de expressão.

Os chamados “homens públicos”, definidos como aqueles de renome regional, nacional ou internacional, quer se trate de um ator, músico, magistrado, atleta, político ou pessoa que de alguma forma destaca-se na sociedade devido à celebridade, submetem-se, sob a luz do Direito, a tratamento especial no tocante à privacidade, razão pela qual o âmbito de interdição da curiosidade popular sobre suas vidas privadas diminui. Pressupõe-se que eles, tacitamente, consentem na propagação e uso da própria imagem como consequência natural da notoriedade.<sup>84</sup> Daí porque, sempre que o interesse público sobre eles for legítimo e justificável, não haverá de questionar-se o exercício da liberdade de informação e expressão.

Matérias e entrevistas que versem sobre a Administração Pública, seus gestores ou ex-gestores são comuns, bem como sobre parlamentares e demais protagonistas conhecidos pela sociedade. Na verdade, os políti-

<sup>81</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. El derecho a la propia imagen. 1997. p. 120.

<sup>82</sup> CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. 1997. p. 99.

<sup>83</sup> *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434 – 1895, Court of Appeals of the State of New York, argued October 22, 1895, decided November 26, 1895.

<sup>84</sup> Bastante conhecido o caso da princesa Caroline de Mônaco que teve divulgadas fotos em revistas alemãs. A controvérsia perdurou por mais de dez anos e foi julgada pela Corte Européia de Direitos Humanos, que assentou não ter sido estabelecido um interesse legítimo a justificar a interdição de publicações posteriores. A justificativa foi que, para personalidades da sociedade contemporânea, o direito à proteção da vida privada cessa na porta de entrada de sua residência. A publicação de fotos tiradas em locais públicos não pode ser impedida, exceto quando a pessoa estiver em local retirado, afastado do olhar do público, deixando claro desejar estar a sós e onde, certa de estar longe da curiosidade alheia, pode comportar-se de maneira diversa da que adotaria em local público. Em suma, a Corte Européia de Direitos Humanos entendeu que, por tratar-se de personalidade pública, Caroline de Mônaco deveria suportar certos dissabores, tendo que aceitar ser fotografada sistematicamente e praticamente a qualquer momento e ter as fotos publicadas, mesmo que essas e os artigos que as acompanharem tratassem exclusivamente de pormenores de sua vida privada. Corte Européia de Direitos Humanos. Terceira Seção. Autos nº 59320/00. Caso Von Hannover v. Alemanha. Direito Público, a. II, n.7, jan./fev./mar. 2005, Jurisprudência. p. 100-135.

cos e os agentes públicos, pela atividade que desempenham, são permanentemente notados e monitorados pela mídia. De igual forma, os atos do chefe do Executivo sempre terão repercussão na vida da população, sendo de se esperar que sua atuação seja constantemente noticiada, bem assim a de candidata que pretende substituí-lo.

Debatida com profundidade no Supremo Tribunal Federal, merece destaque a Reclamação 9.428, de 10/12/2009, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, quando se registrou que a liberdade de imprensa, sendo projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, é abrangente, compreendendo prerrogativas relevantes como o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar e o direito de criticar, que atinge especialmente os que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar a pessoas de destaque. Para além de meramente informar fatos ligados à figura pública, os meios de comunicação social podem emitir opinião e críticas, mesmo duras e veementes, sem sofrer as limitações externas que ordinariamente impõem os direitos de personalidade.

O Ministro Sepúlveda Pertence apreciando, no TSE, Agravo Regimental na Representação 416, que cuidava de direito à imagem de candidato a cargo eletivo, afirmou ser necessário diferenciar cena coberta pela intimidade e privacidade, daqueloutra ligada à posição na vida pública ou ao posto que almeja. Na oportunidade, lembrou o caso Profumo, exemplo clássico dos manuais, verbis:

“Em princípio, relações extraconjugais de um cidadão são coisas da área da intimidade. Mas, se se trata, como no episódio célebre, das relações extraconjugais de um Ministro de Estado, salvo engano Ministro da Defesa, com jovem senhora que dividia o seu tempo de lazer entre o leito do Ministro de Sua Majestade e o de um agente do serviço secreto da embaixada soviética em Londres, o interesse público envolvido no fato supera o direito à intimidade. Se, no entanto, se cuida de candidato em ato público, só em casos extremos, creio, seria invocável o seu direito à imagem, enquanto tal.”

Asseverou o magistrado que “o homem público, mormente o candidato em pleno período de campanha eleitoral, amplia, por sua própria decisão, o que os teóricos italianos do Direito de Imprensa – chamam de zona de iluminabilidade de sua própria vida.”

Com efeito, Pietro Nuvolone, em sua obra *Il Diritto Penale della Stampa*<sup>85</sup> leciona:

“Oportuno sublinhar que, quanto mais alta é a posição pública da pessoa e do ente, mais larga deve ser a zona de ‘illuminabilità’: uma notícia atinente à vida privada de um homem público pode se revestir de interesse social, ao passo que o mesmo pode não ser verdade em um homem do povo.”

E prossegue:

“No campo político onde, como já dissemos, a zona de ‘illuminabilità’ é mais ampla quanto maior o destaque do agente podem ser objeto de crítica os órgãos e instituições do Estado, em seu próprio funcionamento, os partidos e, em geral, toda manifestação do pensamento e todo ato que, transcendendo a pura esfera individual, ostente direta ou indiretamente interesse para a coletividade.”<sup>86</sup>

Com razão o jurista italiano. O indivíduo que escolhe postular cargo público eletivo há de ter em mente que, excetuando-se os fatos de sua vida íntima, todos os demais despertam o interesse da coletividade que necessita conhecê-los a fundo, porquanto a eleição pressupõe uma concessão tácita ao detentor de mandato para agir em nome do povo.

Por isso, no Brasil, deve o político fornecer à Justiça Eleitoral seus dados pessoais, disponíveis à consulta pública, neles incluídos informações sigilosas como a declaração de bens.

Esse é também o entendimento do Ministro Marco Aurélio, como se depreende do voto proferido no julgamento da Petição STF 2.702, em 18/9/2002, verbis:

---

<sup>85</sup> Na língua original: “Anzi, è opportuno sottolineare fin d’ora che più alta è la posizione pubblica della persona e dell’ente, più larga dev’essere la zona di illuminabilità: una notizia attinente alla vida privada di un homo publicus può rivestire interesse sociale; mentre lo stesso può non essere vero per un quivis de populo.” NUVOLONE, Pietro. *Il Diritto Penale della Stampa*. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971. p. 68-69.

<sup>86</sup> “Nel campo politico, dove – come abbiamo detto – la zona de iluminabilità è più ampia quanto più è collocata una persona, possono essere oggetto di critica gli organi dello Stato, le istituzioni dello Stato nel loro concreto funzionamento, i partiti e, in genere ogni manifestazione di pensiero ed ogni atto che, transcendendo la pura sfera individuale, rivesti direttamente o indirettamente un interesse per la collettività.” NUVOLONE, Pietro. *Il Diritto Penale della Stampa*. Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971. p. 68-69.

“O interesse coletivo, a meu ver, porque vivemos em uma sociedade aberta, sobrepõe-se ao interesse individual. Não posso admitir que alguém – repito – que se coloque como candidato a um cargo de direção, como o de Presidente da República, simplesmente receie que alguma coisa venha à balha e acabe prejudicando a campanha.”

Por tal razão, a privacidade de uma pessoa pública, especialmente de um ocupante ou postulante a cargo eletivo, há de conviver em harmonia com os princípios constitucionais da moralidade, probidade, publicidade, antes e durante o exercício do mandato.

Violada a premissa básica do sistema representativo – o direito do cidadão de escolher livremente aqueles que exercerão parcela de poder em seu nome – restará atingida a essência da res publica, formando-se círculo vicioso interminável, no qual os representantes do povo patrocinam interesses alheios aos dos mandantes. Tal violação instalaria verdadeira crise no sistema republicano, subjugado pela ausência de legitimidade da investidura, a contaminar todo o processo eleitoral.

Urge enfatizar ser a legitimidade da democracia participativa o meio pelo qual o povo interage na vontade política e na formação do governo. O sufrágio gera, a favor do eleito, mandato político representativo, que constitui o elemento básico de sustentação do aparato democrático.

A atuação midiática durante as eleições revela-se crucial, porque contribui significativamente para a edificação da opinião pública. Sua influência ocorre em todos os meios e setores da sociedade.

Com efeito, há muito se conhece a força e a capacidade quase ilimitada que os meios de comunicação têm de conceber ou moldar o convencimento social. Hodiernamente, o cenário vem se tornando cada vez mais complexo, pois, além da imprensa escrita e das emissoras de rádio e de televisão, há a Internet, que agiliza e torna disponíveis textos, imagens e sons praticamente em tempo real.

Indene de dúvidas intensificar a mídia o potencial crítico do leitor, ao tempo em que o sociabiliza, colocando ao seu alcance a informação. Na política, dá conta do passado dos candidatos, de suas plataformas de campanha e das questões eleitorais, aprimorando a escolha consciente.

Nesse sentido, o pluralismo das fontes de comunicação e a possibilidade efetiva da contestação pública são requisitos fundamentais aos

sistemas liberal-democráticos.<sup>87</sup> O acesso a vários pontos de vista possibilita o debate, o confronto de ideias e opiniões, permitindo a formação de uma convicção livre. Na expressão de Tocqueville, a opinião pública não deve ser “atingida sempre do mesmo lado”, o ideal é a diversificação de maneiras do pensar.

A relevância dos meios de comunicação social no processo eleitoral foi reconhecida pelo próprio legislador quando editou a Lei Eleitoral - Lei 9.504/97, regulando distintamente as emissoras de rádio e televisão, da imprensa escrita.

Com relação às primeiras, dependentes da autorização estatal, as determinações são rígidas, se lhes impondo uma série de vedações, em especial, a partir de 1º de julho do ano das eleições, com fito de conferir tratamento igualitário aos concorrentes do pleito. Isso se deve ao grande alcance e à influência que tais meios exercem sobre a sociedade. No que se refere à imprensa escrita, a regra existente centra-se no tamanho da propaganda paga publicada por edição de jornal, tabloide ou revista, constante do art. 43 da Lei nº 9.504/97.

A justificativa para a disparidade legal foi equacionada, com a proficiência habitual, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em voto exarado no Acórdão 19.438, do qual destaca:

“Parece-me que a própria natureza da comunicação social veiculada pelo jornal, em contraposição àquela veiculada pela radiodifusão, impõe a legítima diversidade de tratamento que, a meu ver, com absoluto respeito ao princípio da proporcionalidade e à ponderação de interesses constitucionais em causa, fez a Lei 9.504/97: basta frisar a voluntariedade do acesso ao veículo impresso em contraposição à invasão quase compulsória que os outros veículos representam.”

Realmente, as características e o alcance dos diversos meios de comunicação justificam a dessemelhança contida na normatividade, porquanto o acesso dos eleitores ao rádio e à televisão é infinitamente maior do que aos jornais e às revistas.

Em contrapartida, a imprensa escrita que independe de concessão pública, pode assumir livremente posição político-partidária em relação aos pleitos eleitorais e seus participantes, emitindo opinião

---

<sup>87</sup> STOPPINO, Mario. In: Dicionário de Política. BOBBIO, Norberto; MATTECCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Coord. trad. João Ferreira. 12. ed. Brasília: UnB/LGE, 2004. p. 731.

favorável ou contrária a candidato ou a partido político, sem que essa prática configure ilícito eleitoral. Quer isso significar que a mídia impressa tem liberdade para adotar determinada posição ideológica, tal como o fez o jornal Estado de São Paulo e a revista Carta Capital nestas eleições presidenciais de 2010, sem restar caracterizado propaganda irregular ou uso indevido de comunicação. Uma vez mais citando o Ministro Sépulveda Pertence:

“A diversidade de regimes constitucionais aos quais submetidos, de um lado, a imprensa escrita - cuja atividade independe de licença ou autorização (CF, art. 220, § 6º) -, e, de outro, o rádio e a televisão - sujeitos à concessão do poder público - se reflete na diferença marcante entre a série de restrições a que estão validamente submetidos os últimos, por força da legislação eleitoral, de modo a evitar-lhes a interferência nos pleitos, e a quase total liberdade dos veículos de comunicação escrita.”<sup>88</sup>

A tentativa de persuasão nada tem de ilegal, desde que, é bom ressaltar, o jornal assuma a posição ideológica que adota, agindo às claras, de forma que a população, sabendo qual a sua linha política, tenha condições de avaliar e sopesar as matérias publicadas. Inadmissível é que, sob o manto de presumidas imparcialidade e independência, possam os jornais e revistas sugerir e insinuar ao eleitor qualificações de partidos e atributos de candidatos de modo a desigualar a concorrência do pleito.

Esse também é o entendimento de Pedro Roberto Decomain, quando afirma que, mesmo podendo externar sua própria opinião, o veículo de comunicação social deve distinguir o espaço editorial, no qual divulga seu próprio pensamento, do espaço informativo ou noticioso, no qual presta informações sobre o que se passa. Noutras palavras, deve ficar patente o que é notícia e o que é opinião.<sup>89</sup>

Infere-se, por consequência, que a mídia escrita possa assumir a defesa eleitoral de candidato ou partido, contanto que o faça expressamente, sem subterfúgios, a fim de possibilitar ao leitor a distinção entre matérias editoriais, nas quais a preferência é manifestada, e as notícias e peças narrativas de acontecimentos.

---

<sup>88</sup> Acórdão TSE 1.241, de 25/10/2002.

<sup>89</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Abuso do poder econômico ou de autoridade. In: Revista do Colégio de Corregedores Eleitorais. Ano I. n. 2 nov. 2002. p. 18.

No mais, a jurisprudência pátria rechaça firmemente qualquer censura prévia aos veículos impressos de comunicação, valendo destacar trechos da decisão, anteriormente citada, proferida na MC TSE 1.241, Acórdão 1.241, de 25/10/2002, verbis:

“53. (...) Para proteger a liberdade de imprensa, a Constituição, num juízo de valor, consagrou o princípio absoluto da sanção posterior à publicação danosa.

54. ‘A inexistência de possibilidade de restrição prévia da liberdade de imprensa, no sistema da Constituição do Brasil’ (...) repele qualquer decisão judicial, liminar ou definitiva, que pretendesse impedir uma publicação jornalística.” (grifos do original).

Não se ignore, outrossim, que nas disputas eleitorais determinados candidatos chamam mais atenção do que outros, como é o caso de políticos sucessivamente eleitos e os que têm maiores chances de sucesso nas urnas. As notícias e reportagens, neste contexto, decorrem do interesse público.

Tal como explanado, os consagrados direitos da personalidade podem sofrer relativização se tratar de pessoa pública, notória, mormente de candidata à Presidência da República, que desperta o interesse do eleitor e de quem a sociedade busca aferir os atributos éticos e morais para a formação do convencimento que antecede o sufrágio.

Na espécie, não há como negar a presença de decisivo elemento na intensidade da proteção ao direito de personalidade; o grau de exposição da senhora Dilma Rousseff devido aos cargos que ocupou e que pretende ocupar. Sob tal circunstância, sua privacidade se sujeita a parâmetros de aferição menos rígidos, tendo em vista o interesse social na divulgação de acontecimentos relativos à sua vida pregressa – respeitado, evidentemente, o núcleo essencial dos direitos restringidos. Isso porque, em uma sociedade aberta, a informação é pressuposto da cidadania, cabendo ao interessado na não divulgação da notícia demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que se sobrepuja à liberdade de expressão e informação.

Nesta ação mandamental, não vislumbro ofensa à privacidade ou à intimidade na veiculação de fato já exposto, em data anterior, e que não foi contestado em Juízo. Nessa hipótese, inexistente justo receio

a oferecer guarida ao poder geral de cautela, visto ter a imprensa divulgado à larga o conteúdo pretendido neste mandamus.

Compulsando a Apelação nº 39.093/72 em que figura como parte Dilma Vana Rousseff Linhares, verifiquei versarem os autos sobre sua participação na resistência ao regime militar, narrado por ela própria aos diversos órgãos de comunicação, donde impossível vislumbrar-se que o seu acesso pela imprensa, cientistas políticos, historiadores, juristas, caracterizaria eventual lesão à privacidade e à imagem da candidata eleita.

Trata-se de processo histórico, que não tramitou sob segredo de justiça, e no qual figuram como acusados personagens expressivos como Carlos Lamarca e Lara Lavelberg. Mais, relata a criação e a debacle da organização VAR – PALMARES (Vanguarda Armada Revolucionária – Palmares), detalha os meandros da Operação OBAN, revela nomes e participações, tanto da guerrilha, quanto da repressão, descortinando a atuação do Poder Judiciário naquele período e lançando luzes sobre a historiografia pátria. Só essa razão seria suficiente para disponibilizá-lo à sociedade.

Não tenho dúvidas de que todos os documentos relativos ao movimento de 1964 devem cair no domínio público, mormente por não ter havido no Brasil Comissões da Verdade e Conciliação, razão pela qual entendo inaplicáveis à espécie as Leis 8.159/91 e 11.111/2005.

Relembre-se que, no ano de 2006, por ordem da Presidência da República, os arquivos do extinto Serviço Nacional de Informações foram transferidos para o Arquivo Nacional para serem catalogados e, posteriormente, disponibilizados à consulta dos interessados.

Some-se a circunstância de serem verdadeiros os fatos que se quer divulgar, sendo a informação obtida lícitamente (até porque o processo é um procedimento público) o que afasta, por si só, a alegação de ofensa à honra.<sup>90</sup> Por outras palavras, há licitude em informar assunto veraz, de interesse da coletividade.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 15.

<sup>91</sup> É o que já afirmou a Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Lingens*, *Castells* *Open Door* – Vide: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 364.

À evidência não estou a defender a total superação dos direitos da personalidade. Imprescindível a preservação de um núcleo essencial mínimo sem o qual a dignidade humana é mortalmente violentada.

Segundo Canotilho:

“A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.”<sup>92</sup>

Importante parâmetro de valoração constitucional, cláusula nuclear de proteção, urge assegurar ao indivíduo a preservação de sua intimidade, a despeito do status político ou social que detém.

Se às pessoas públicas fosse negada a intangibilidade desse núcleo essencial, violar-se-ia frontalmente a dignidade humana por obliterar-se fidedigno direito sob a alegação daquela pessoa não ser merecedora.

Discorre Alexandre de Moraes:

“(...) essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia (...). Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causal com a atividade profissional realizada.”<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 630. Propugna o autor que o valor absoluto ou relativo do núcleo essencial dos direitos, garantias e liberdades é inequívoco e que a Constituição não confunde o princípio da proporcionalidade com a exigência de salvaguarda do núcleo essencial. Sendo certo que o âmbito de proteção de um direito deve obter-se caso a caso. Tendo em conta outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, a proibição da diminuição da extensão do núcleo essencial só será sentida se constituir um reduto último intransponível por qualquer medida legal restritiva. *Ibid.*, p. 631-632.

<sup>93</sup> MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 82-83.

E não poderia ser diferente. A história do constitucionalismo é a história da emancipação do Homem. Inadmissível retrocesso que prive o cidadão de garantias personalíssimas. Conforme acentua Bobbio: “o problema fundamental em relação aos direitos do Homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”<sup>94</sup>

Os princípios fundamentais que ornaram a personalidade concorrem com o direito a liberdades subjetivas iguais e o direito humano único e original, provindo, segundo Jorge Miranda, da “condição essencial ao seu ser e devir” e cujo “objecto, não é algo de exterior ao sujeito”, mas “modos de ser físicos e morais da pessoa, manifestações da personalidade humana.”<sup>95</sup>

Daí, a essencialidade da ponderação como metodologia judicial de definição e aplicação de princípios fundamentais, pois revela-se um instrumento efetivo de ordenação da sociedade ao estabelecer marcos delimitadores das controvérsias principiológicas.<sup>96</sup>

Ressalte-se, porém, num outro giro, que a zona de “iluminabilidade” lança luzes sobre a vida de pessoas notórias, famosas, conhecidas, nunca sobre a do homem médio. Para este, prevalece de forma absoluta, sem juízo de ponderação, a proteção à individualidade e o “direito de estar só”, por ser-lhe devido espaços preservados da curiosidade alheia. É o caso de grande parte dos acusados na Apelação que este Mandado de Segurança visa ter acesso.

Longa é a lista dos indiciados que figuram no Recurso nº 39.093/72 – setenta e dois para ser precisa. Em seus 15 volumes e 1 anexo, os autos delineiam particularidades da vida íntima e de acontecimentos ocorridos no

<sup>94</sup> In: BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Editora Campus, 1992. p.25.

<sup>95</sup> In: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, 2008, Tomo IV, 4. ed. p. 66-67. Sobre a sua importância escreve André Pires Gontijo: “A dignidade humana, predominante nas constituições da sociedade ocidental, torna-se um valor ético fundamental, uma garantia de validade universal que afeta todo o sistema jurídico em seu conjunto. Ela não pode ser considerada um direito fundamental de caráter subjetivo, mas uma norma de cunho objetivo, sem qualquer limitação, em que se determina uma base para todo o sistema de valores, que serve como critério interpretativo de todos os direitos fundamentais” In: A Sociedade Aberta Universal. A (re)discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos no contexto de uma sociedade pluralista de risco. Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a conclusão do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Área de Concentração: Direito das Relações Internacionais. Brasília, 2009. p.195-196.

<sup>96</sup> BRANCO, P. G. Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 306.

passado de pessoas, em sua maior parte, desconhecidas. Pessoas que não exerceram, exercem ou almejam exercer cargos públicos e que, cobertas pelo manto da inviolabilidade do direito da personalidade, devem ser resguardadas de eventuais importunações em sua privacidade.

Estou a me referir, em particular, às narrativas de tortura e degradação a que muitos réus foram submetidos, descritas ao longo do processo sub judice. Com relação a eles, não se evidencia o interesse público, pelo que vedada está a reprodução xerográfica das folhas que as relatam e que, de resto, quedarão arquivadas em órgão de imprensa. Proteger a vida íntima do cidadão mediano é dever do Poder Judiciário. Há que se mantê-la na esfera exclusiva do indivíduo, preservando-a da exposição e da repercussão social, razão pela qual, nesta parte, o pedido formulado no Mandado de Segurança sub oculi não merece acolhida.

Por derradeiro, cumpre perquirir as normas e a jurisprudência internacional acerca da questão sub examine.

Os mecanismos regionais de proteção das garantias elementares tutelam, de modo generoso, a liberdade de pensamento e expressão. Nas Américas, avanços são produtos do constante trabalho da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como das organizações não-governamentais e de jornalistas que litigam, continuamente, na esfera regional. Por meio de sua persistência, progressos são colhidos e delineiam as feições jurisprudenciais subjacentes ao tema.

A proteção da liberdade de expressão e seus consectários – o direito de informação e a liberdade de imprensa – no sistema interamericano, são integrados por dois elementos: o normativo, constituído pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declaração e a Convenção Americana, e pela Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da Relatoria Especial e o jurisprudencial, representado pelas decisões da Comissão e da Corte Interamericana.

Concernente ao primeiro, a Carta da OEA atua com desenvoltura na defesa dos direitos em tela, vez ser a responsável pelo estabelecimento dos fundamentos e pilares sob os quais se alicerça a Organização. Dispõe o artigo 34 do documento:

“Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvol-

vimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral”.<sup>97</sup>

No mesmo sentido, o artigo 45, alínea f, do Estatuto da OEA enaltece o dispositivo anterior ao consagrar que os Estados membros acordam fomentar:

“A incorporação e crescente participação dos setores marginais da população, tanto das zonas rurais como dos centros urbanos, na vida econômica, social, cívica, cultural e política da nação, a fim de conseguir a plena integração da comunidade nacional, o aceleração do processo de mobilidade social e a consolidação do regime democrático. O estímulo a todo esforço de promoção e cooperação populares que tenha por fim o desenvolvimento e o progresso da comunidade”.<sup>98</sup>

Tais enunciados caminham em defesa da liberdade de expressão em sua mais ampla latitude, haja vista viabilizarem a inclusão social por meio da propagação de ideias, do livre discurso e, ao mesmo tempo, da censura à pobreza crítica e do repúdio à indigência intelectual.

A seu turno, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, acolhida em 1948, possui dispositivo específico destinado à liberdade de expressão:

“Artigo IV - Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”.<sup>99</sup>

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor desde julho de 1978, fortalecendo o sistema ao dar marco convencional às obrigações de direitos humanos, explicita em seu artigo 13:

“Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm> > . Acesso em: out. 2010.

<sup>98</sup> Id.

<sup>99</sup> DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeaddl.htm> > . Acesso em: out. 2010.

<sup>100</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm) > . Acesso em: out. 2010.

O tratado inaugurou o preâmbulo de novos tempos para o exercício das garantias elementares nas Américas, uma vez ter modificado a natureza jurídica dos instrumentos em que repousa a estrutura institucional do sistema interamericano. Inovou, ademais, ao sublimar proteção judicial às vítimas de violações de direitos humanos no continente, autografando contornos inéditos para a apuração de práticas abusivas e o conseqüente reajustamento de condutas, conforme preceitua seu artigo 25.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, a liberdade de expressão (sempre incluído o direito à informação e à liberdade de imprensa) é garantia fundamental reconhecida na Declaração Universal de Direitos Humanos, consagrada em seu artigo 19; na Resolução 59(I), erigida pela Assembleia Geral; na Resolução 104, adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); bem como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, subscrito no artigo 19 daquele estatuto.

Além, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, em seu artigo 10, parágrafo 1º, estabelece:

“toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias, sem que possa haver a ingerência da autoridade pública e sem consideração de fronteiras”. (Grifei).

É certo, por outro lado, que ditos dispositivos não lograriam os êxitos alcançados na defesa de garantias elementares se não fossem os enunciados jurisprudenciais forjados ora no plano regional, ora no âmbito internacional, que proveem o repertório normativo de solidez e o aproximam da realidade jurídica contemporânea. Elucidativa, a Corte Interamericana, no caso *La Última Tentación de Cristo Vs. Chile*, quando afirmou:

“(...) em relação ao conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, os que estão sob a proteção da Convenção têm não só o direito e a liberdade de expressar o seu próprio pensamento, mas, também, o direito e a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de toda índole. É por isso que a liberdade de expressão tem dimensão individual e social.”<sup>101</sup> (Grifei).

---

<sup>101</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros). Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C, n. 73, parágrafo 64.

Em ocasião semelhante, relativa ao Ensino Obrigatório de Jornalistas, a Corte assentou decisão de expressivo significado axiológico:

“Dentro de uma sociedade democrática é necessário que sejam garantidas as maiores possibilidades de circulação de notícias, idéias e opiniões, assim como o mais amplo acesso à informação por parte da sociedade em seu conjunto (...). Tal como está concebido pela Convenção Americana, é necessário que seja respeitado escrupulosamente o direito de cada ser humano de se expressar livremente e o da sociedade em seu conjunto de receber informação.”<sup>102</sup> (Grifei).

Ainda no mesmo episódio, o Acórdão prolatado no âmbito regional asseverou:

“(...) quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não é só o direito do indivíduo que está sendo violado, mas, também, o direito de todos a ‘receber’ informações e idéias (...). Põem-se, assim, de manifesto, as duas dimensões da liberdade de expressão. Com efeito, esta requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente menoscabado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e representa, portanto, direito de cada indivíduo; mas implica, também, por outro lado, direito coletivo a receber qualquer informação e a conhecer a expressão do pensamento alheio.”<sup>103</sup> (Grifei).

No que tange à função social da liberdade de expressão, visível o posicionamento favorável da Corte Interamericana à difusão de informações para o amadurecimento da voz popular. Nesse sentido, a entidade pondera:

“(..) [a liberdade de expressão] é indispensável para a formação da opinião pública. É também, *conditio sine qua non*, para que partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, os que desejem influenciar sobre a coletividade, possam se desenvolver plenamente. É finalmente, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Como conseqüência, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.”<sup>104</sup>

<sup>102</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-5/85. Proferida em: 13 de novembro de 1985.

<sup>103</sup> Id.

<sup>104</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-5/85. Proferida em: 13 de novembro de 1985.

A contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos à liberdade de expressão ganha amparo na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, firmada no âmbito da OEA, em outubro de 2000, que reconhece a liberdade de imprensa como elemento essencial:

“(...) para a realização do pleno e efetivo exercício da liberdade de expressão e instrumento indispensável para o funcionamento da democracia representativa, mediante a qual os cidadãos exercem seu direito de receber, divulgar e procurar informação.”<sup>105</sup>

Para além, o documento preceitua:

“A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.”<sup>106</sup>

Em complemento, o acesso às informações em poder do Estado é tema sob o qual Cortes transnacionais têm se debruçado nos últimos anos. Esses Tribunais têm materializado novos arranjos hermenêuticos e teorias múltiplas marcadas pelo ineditismo.

A propósito, a Comissão Interamericana, ao tempo em que erigia o Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos, verbis:

“O direito à liberdade de expressão inclui o direito a divulgar e o direito a procurar e receber idéias e informação. Sobre a base deste princípio, o acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental dos indivíduos e os Estados têm a obrigação de garanti-lo.”<sup>107</sup>

Especificamente às obrigações do Estado, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão pontuou:

“O controle efetivo dos cidadãos sobre as ações públicas requer não somente uma abstenção por parte do Estado de censurar informação, mas, também, requer a ação positiva de pro-

<sup>105</sup> DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Disponível em: < <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=4> > . Acesso em: out. 2010.

<sup>106</sup> Id.

<sup>107</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos. Parágrafo 281.

porcionar informação aos cidadãos. É evidente que sem esta informação, a que todas as pessoas têm direito, não se pode exercer a liberdade de expressão como mecanismo efetivo de participação cidadã, nem de controle democrático da gestão governamental.”<sup>108</sup>

Acrescentou que “o acesso à informação em poder do Estado é um dos pilares fundacionais da democracia”.<sup>109</sup> Quanto ao objeto a que se destina referida garantia, o órgão ponderou: “as pessoas têm direito de requerer documentação e informação registrada em arquivos públicos ou processada pelo Estado, ou seja, informação considerada de uma fonte pública ou documentação oficial do Estado”.<sup>110</sup>

Por sua vez, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao interpretar o art. 10, parágrafo 2º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, apresenta ampla jurisprudência e campo fértil ao debate. Três casos paradigmáticos norteiam a liberdade de informação como consectária dos direitos humanos naquele continente: *Leander vs. Suíça*, controvérsia de 26 de Março de 1987; *Gasking vs. Reino Unido*, datada de 7 de julho de 1989; e *Guerra e Ors vs. Itália*, de Fevereiro de 1998.

Embora o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos proíba os Estados de furtarem-se do dever de transmitir informações aos postulantes, a Corte defendeu a flexibilização do enunciado. O significativo é que, em todos os três casos, a falha em prover informações foi considerada atentatória à vida privada e familiar dos interessados, vez estarem as nações imbuídas da obrigação positiva de garantir respeito a esses direitos.<sup>111</sup>

Nos dois últimos episódios, o Tribunal considerou que a recusa de acesso não poderia ser justificada, representando violação às “obrigações de direitos humanos”.<sup>112</sup> No caso *Gasking vs. Reino Unido*, foi assegurado o direito de acesso a registros mantidos sob o controle de autoridade local referentes a período no qual o postulante, quando menor, es-

---

<sup>108</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2001. Capítulo III, parágrafo 16.

<sup>109</sup> *Ibid.* Parágrafo 17.

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> MENDEL, Toby. Freedom of Information as an Internationally Protected Human Right. Disponível em: <<http://www.article19.org/pdfs/publications/foi-as-an-international-right.pdf>> . Acesso em: out. 2010.

<sup>112</sup> *Id.*

tava incluído em programa de acolhimento familiar<sup>113</sup>, e no episódio Guerra e Ors vs. Itália, a Corte Europeia sustentou o dever estatal de fornecer informações ambientais para residentes em área de risco.<sup>114</sup>

Na Commonwealth, movimentos semelhantes conduzem a horizontes largos ao reconhecer o caráter relevante e essencial da liberdade de informação às democracias. O Secretariado da Organização, em março de 1999, estabeleceu painel destinado a discutir a importância do aludido direito em suas múltiplas dimensões. Como resultado, aprovou-se documento contemplativo dos vários princípios inerentes à liberdade de informação, destacando-se como primeiro, litteris:

“A liberdade de informação deve ser garantida como direito legal e executável que permite, a cada indivíduo, obter os registros e as informações em poder do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como qualquer empresa de propriedade do governo e qualquer outro órgão que exerçam funções públicas”.<sup>115</sup>

Num giro global, Tribunais de outros países, especialmente da Ásia, têm assentado o acesso a informações em poder do Estado como direito humano fundamental. Já em 1969, a Corte Suprema Japonesa assegurou tal princípio em dois casos relevantes, garantindo a liberdade de expressão, insculpida no artigo 21 da Constituição nipônica, como o direito de saber.<sup>116</sup>

De igual modo, em julgamento datado de 1982, a Corte Suprema da Índia estabeleceu:

“O conceito de um governo aberto é a emanção direta do direito de saber, o que parece estar implícito no direito à liberdade de discurso e de expressão (...). Divulgação de informações no que diz respeito ao funcionamento do governo deve ser

---

<sup>113</sup> Nesse sentido, leia-se excerto da decisão: “A liberdade de expressão constitui um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática, uma das condições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de cada indivíduo. (...) Tais são as demandas de pluralismo, tolerância e abertura mental sem os quais não existe uma ‘sociedade democrática’ (...) (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Handyside vs. The United Kingdom*. Julgamento em 7 de Dezembro de 1976. Parágrafo 49.)”

<sup>114</sup> Id.

<sup>115</sup> COMMONWEALTH FUNCTIONAL CO-OPERATION. In: Commonwealth Heads of Government Meeting Communiqué. Doc. 99/68. Parágrafo 20.

<sup>116</sup> REPETA, L. Local Government Disclosure Systems in Japan. National Bureau of Asian Research. Paper Number 16, October 1999. p. 3.

a regra e o sigilo uma exceção justificada apenas quando a estrita necessidade de interesse público assim ordena”.<sup>117</sup>

Mencione-se, ademais, ter a Corte Suprema do Sri Lanka, em maio de 1996, erigido posicionamento sobre a matéria. O cancelamento abrupto de programa transmitido regularmente pela emissora estatal, o Sri Lanka Broadcasting Corporation, cujas reportagens incluíam material crítico da atuação estatal, deu ensejo a ação judicial instaurada por telespectador. O peticionário alegou que sua liberdade de expressão, como ouvinte, havia sido violada pela suspensão do noticiário, ceifando-lhe o governo o acesso à informação. Reconhecendo a garantia, o Tribunal constatou que “a informação é o alimento básico do pensamento, sendo o direito àquele corolário da liberdade deste”.<sup>118</sup>

No que tange à liberdade de expressão em sentido amplo, o Direito Comparado provê jurisprudência tão vasta quanto complexa. A nação norte-americana, por exemplo, apresenta casos julgados por sua Suprema Corte que exaltam densidade e sofisticação.

Episódio ontológico ocorreu na década de 80, quando o empresário norte-americano Larry Flynt, editor da revista pornográfica Hustler, chamou a atenção ao militar em favor da liberdade de expressão. O caso foi levado a julgamento em 2 de dezembro de 1987, propugnando a Suprema Corte Americana:

“485 U.S 46 - Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell

Recurso de Certiorari contra decisão do Tribunal de Apelação do 4º Circuito dos EUA no 86-1278

Sessão de 2 de dezembro de 1987 - Decisão de 24 de fevereiro de 1988

O então Ministro Presidente REHNQUIST redigiu a opinião da Corte:

Devemos decidir se uma figura pública tem o direito de ser indenizada por danos emocionais causados pela publicação de uma paródia de anúncio ofensiva a ela e, sem dúvida, grosseira e repugnante aos olhos de muitos. (...) No cerne da Primeira Emenda está o reconhecimento da importância fundamental do livre fluxo de idéias e opiniões em matéria de interesse e preocupação públicos. A liberdade de se dizer o que se pensa é não só um aspecto da liberdade individual – e, portanto, um bem

<sup>117</sup> Gupta vs. President of India and ors. 1982. AIR (SC) 149, p. 234.

<sup>118</sup> Fernando vs. Sri Lanka Broadcasting Corporation and others. 30 de Maio de 1996, SC Application n. 81/95.

em si mesmo – mas, também, essencial à busca comum da verdade e à vitalidade da sociedade como um todo. O fato de a sociedade achar o discurso ofensivo não é motivo suficiente para suprimi-lo. (...) O governo deve manter-se neutro quanto à discussão de idéias.<sup>119</sup> (Grifei).

Vislumbram-se, por conseguinte, avanços que emergem desde os meridianos mais afastados até hemisférios que se aproximam da realidade pátria. Em comum, progressos delineados no plano mundial convergem no prestígio ao direito à informação e à liberdade de imprensa, pilares de sistemas democráticos genuinamente consolidados.

Salutar estabelecer que tais conquistas, tributárias de valores essenciais ao aprimoramento da formação humana, conduzem à inafastável certeza de que, em Estados de Direito, nos quais a pluralidade se apresenta candente, a existência de imprensa forte para exercer suas potencialidades reveste-se de requisito eficaz na garantia de liberdades e no prestígio à tolerância.

Ex positis, votei pelo conhecimento e concessão parcial da segurança, vencida nesta parte para disponibilizar aos impetrantes o acesso e a extração de cópia reprográfica da Ação Penal Militar nº 366/70, ressalvadas as fls. 1594 a 1597 e fls. 1617 do vol. 8º, as fls. 2408 a 2412 do 11º volume, as fls. 2941 a 2944 do vol. 12º, bem como todo e qualquer relato de tortura a que foram submetidos os demais acusados nomeados no processo retro, quer sob forma de depoimento, quer narrado em peça processual produzida pelos advogados, a não ser mediante expresso consentimento, em acatamento ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Brasília-DF, 16 de novembro de 2010.

Dr<sup>a</sup> MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA  
Ministra do STM

---

<sup>119</sup> Hustler Magazine and Larry C. Flynt, Petitioners vs. Jerry Falwell. Disponível em: < <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/hustler.html> > . Acesso em: out. 2010.



---

Questão Administrativa

---

QUESTÃO ADMINISTRATIVA Nº 000024-89.2010.7.00.0000-PR

---

Relator – Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.

Assunto – Em cumprimento ao r. Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Presidente, de 03/03/2010, é autuado como Questão Administrativa, ex vi do art. 166 do RISTM, o Requerimento da MMª Juíza-Auditora da Auditoria da 5ª CJM, Dra. TELMA QUEBROZ, versando sobre o reconhecimento de direitos relativos ao período em que ficou em disponibilidade não punitiva, de 03/03/2002 a 10/04/2008.

---

EMENTA

MAGISTRADO EM DISPONIBILIDADE NÃO PUNITIVA. FÉRIAS E SEU RESPECTIVO ADICIONAL. É indevida a concessão de férias, ou indenização pela não fruição destas, a magistrado em razão do período em que esteve em disponibilidade não punitiva, haja vista que o instituto é diretamente relacionado ao efetivo trabalho. Os adicionais de férias, por sua volta, são devidos, visto que pertencem à remuneração dos magistrados, sendo impossível a sua redução quando em disponibilidade não punitiva. Precedente. Unânime.

---

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro MARCOS MARTINS TORRES (Relator), conheceu e deferiu parcialmente o requerimento da Exma. Sra. Juíza-Auditora da Auditoria da 5ª CJM, Dra.

Telma Queiroz, concedendo-lhe, tão somente, os adicionais de férias referentes aos anos de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Maglioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. (Extrato da Ata da 26ª Sessão, 16.12.2010).

## RELATÓRIO

Trata-se de requerimento da Exma. Juíza-Auditora da Auditoria da 5ª CJM, Dra. TELMA QUEIROZ, versando sobre o reconhecimento de direitos relativos ao período em que ficou em disponibilidade não punitiva, de 03/03/2002 a 10/04/2008, autuado como Questão Administrativa, por Despacho do Exmo. Sr. Ministro-Presidente, de 03/03/2010.

Em petição protocolada neste Tribunal, em 21/12/2009, a Exma. Juíza-Auditora, doravante requerente, requer sejam concedidas férias e o pagamento do terço constitucional de férias do período em que a d. magistrada esteve em disponibilidade em decorrência da extinção da 6ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, de onde era a Juíza-Auditora Titular, período este compreendido entre o dia 03 de março de 2002 e o dia 10 de abril de 2008, ou seja, os exercícios de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

Argumentou, com base na Constituição, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e na Lei nº 8.112/90, que, colocada em disponibilidade, no período em que passou por tal situação, esteve em efetivo exercício e que, pelo fato de ter de estar em contínua prontidão, devendo se apresentar em 15 (quinze) dias, em caso de aproveitamento, este lapso temporal deve ser contado como tempo de efetivo trabalho, sem que fossem gozadas as férias de 60 (sessenta) dias, prerrogativa de todo magistrado.

Asseverou que passou por verdadeiro pesadelo em razão de ter força de trabalho e de ter de ser mantida no ócio improdutivo e pelo fato de, em razão de serem os quadros da Justiça Militar da União bastante reduzidos, ver sua chance de aproveitamento, cada vez mais, reduzida.

Ressaltou que a jurisprudência é no sentido de que ao servidor que estiver em disponibilidade não punitiva devem ser asseguradas todas as garantias inerentes àqueles que efetivamente estão trabalhando.

Ao final requereu “a) o reconhecimento ao direito à fruição do 1º período aquisitivo de férias relativos aos anos de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007; b) o reconhecimento ao direito à fruição do 2º período aquisitivo de férias, relativos aos anos de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007; c) a conversão em pecúnia dos 1º e 2º períodos de férias, não gozados, relativos ao ano de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007; e d) a concessão dos respectivos terços de férias constitucionais, referentes aos anos de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007”.

Acostado à petição, protocolada via fax em 18 de dezembro de 2009, veio certidão (fls. 42) exarada pela Diretora de Pessoal do STM, Dra. Ana Cristina Pimentel Carneiro, na qual informa que a Dra. Telma Queiroz, “foi colocada em disponibilidade, não punitiva, a partir de 03/03/2002, pelo ato nº 15.836, de 29/01/2002, em virtude da extinção da 6ª Auditoria da 1ª CJM, e que fruiu as férias relativas ao exercício de 2002, nos períodos de 02 a 31/01/2002 e 01/02 a 02/03/2002, com percepção do respectivo terço constitucional em ambas as parcelas. Em relação aos exercícios de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, não houve fruição de férias nem pagamentos de vantagens delas decorrentes. A Juíza-Auditora retornou ao exercício das atribuições de seu cargo em 10/04/2008, por motivo de aproveitamento por interesse da Administração na Auditoria da 5ª CJM, conforme decisão deste Tribunal, por maioria, na 5ª Sessão Administrativa de 18/03/2008. Fruiu férias relativas ao exercício de 2008, nos períodos de 24/09 a 12/10/2008, 28/10 a 07/11/2008 e 09/02 a 10/03/2009, com percepção das respectivas vantagens pecuniárias”.

Os originais do requerimento e certidão foram apresentados em 21/12/09, e estão acostados respectivamente às fls. 43/77 e 78.

Às fls. 79/81, está acostada informação exarada pela Supervisora II da Seção de Cadastro da Diretoria de Pessoal do STM, no sentido de que o Plenário desta Corte já analisou caso similar na Questão Administrativa nº 2008.01.000316-6/BA (em decorrência da disponibilidade punitiva do Juiz-Auditor Dr. Antonio Monteiro Seixas), e juntou documentos (fls. 82 a 98).

Às fls. 99/101, a Diretora de Pessoal, mediante Informação nº 12/2010-GD, relata o feito e o encaminha ao Diretor-Geral da JMU.

Às fls. 101, despacho do Exmo. Sr. Diretor-Geral submetendo a análise dos autos à ASPRE/ADM.

O Assessor Jurídico-Administrativo da Presidência, em seu parecer (fls. 102/103), opina pela autuação do feito como Questão Administrativa, haja vista entender que o pedido é similar ao decidido na Questão Administrativa aventada, na qual foi decidido pedido do Juiz-Auditor Dr. Antonio Monteiro Seixas, com a única diferença que a disponibilidade naquele caso se deu em razão de punição, e entender que a questão não ficou bem definida anteriormente.

Às fls. 103, despacho do Exmo. Ministro-Presidente aprovando o parecer e determinando a autuação do procedimento como Questão Administrativa.

Em 05 de março de 2010, os presentes autos foram distribuídos ao Exmo. Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo (fls. 105), que, em razão da sua aposentadoria, em 30 de junho de 2010 (fls. 107), foram redistribuídos a este Relator, em 02 de setembro de 2010 (fls. 109).

Relatados, decide-se.

#### VOTO

O cerne da presente questão administrativa envolve a possibilidade do reconhecimento ao direito de fruição de férias e de seu respectivo adicional a magistrado colocado em disposição em razão da extinção da Auditoria em que trabalhava.

A complexidade do tema é evidente, já que no caso concreto diversos subsistemas normativos do nosso ordenamento jurídico se entrelaçam, a saber, o da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), da Lei nº 8.457/92 (Lei de Organização da Justiça Militar da União), da Lei nº 8.112/90 (Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), o da Consolidação das Leis do Trabalho e, até mesmo, o da Lei Complementar nº 93/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público). Todos esses sistemas ressalte-se, sob a diretriz e fundamentos da Constituição, sobretudo, no que diz respeito aos artigos 7º e 37.

Ora, o direito às férias é um direito fundamental de 2ª geração garantido a todos os trabalhadores. Quer sejam servidores públicos, agentes políticos quer trabalhadores da iniciativa privada.

Amauri Mascaro Nascimento leciona, quanto às férias e seu respectivo adicional, que:

“Por férias anuais remuneradas entende-se um certo número de dias consecutivos durante os quais, cada ano, o trabalhador que cumpriu certas condições de serviço suspende o seu trabalho, recebendo, não obstante, sua remuneração habitual.

Gottschalk, que critica a definição por falta de indicação da finalidade higiênico-social das férias, as define como ‘o direito do empregado de interromper o trabalho por iniciativa do empregador, durante um período variável em cada ano, sem perda da remuneração, cumpridas certas condições de tempo no ano anterior, a fim de atender aos deveres de restauração orgânica e de vida social’.

Observa-se que as férias não são apenas direito, mas dever do empregado, proibindo nossa lei que trabalhe durante as férias. A doutrina sustenta a irrenunciabilidade, pelo empregado, das férias. Há definições segundo as quais as férias têm natureza jurídica de direito público subjetivo (...).

(...) A utilização das férias adquire cada vez mais características de compulsoriedade, e para esse fim, além da proibição de trabalho durante as férias, outras medidas foram instituídas, como o pagamento antecipado da remuneração das férias e da metade do décimo terceiro salário, destinadas a proporcionar condições econômicas para o lazer.

Se as férias não são efetivamente gozadas, para que assim seja possível o descanso do trabalhador, e se este não dispuser de recursos econômicos para enfrentar os gastos com o lazer, as férias não atingiram os seus normais objetivos.

A remuneração das férias e a metade do décimo terceiro salário por antecipação não são as únicas medidas previstas pela legislação, uma vez que é comum, nos contratos coletivos de trabalho, outras vantagens como gratificações especiais de férias. A Constituição de 1988 (art. 7º, XVII) ordena o gozo das férias, acrescendo a sua remuneração em um terço”. (Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 696 e 697).

Observa-se, assim, que, trabalhado um ano, todo trabalhador tem o direito a certo tempo de descanso, sendo remunerado por esse período, da mesma forma que estivesse trabalhando, acrescida de um terço,

com a finalidade de que enfrente gastos com o lazer, essencial para que se cumpra a função “higiênico-social”, defendida por Gottschalk.

No caso específico dos magistrados, esse período é de sessenta dias, conforme dispõe o artigo 66, caput, da LOMAN:

“Os magistrados terão direito a férias anuais, por sessenta dias, coletivas ou individuais”.

Justifica a doutrina que:

“(…) diante da importância e da natureza de suas funções, o legislador concedeu aos integrantes do Poder Judiciário o período de sessenta dias de férias anuais, que vem suscitando infundadas críticas.

Os sessenta dias de férias são necessários ao bom e correto desempenho das funções jurisdicionais, que devem ser exercidas com responsabilidade, serenidade, atenção, cuidado, aplicação e eficiência, diante dos fundamentais interesses que se encontram em jogo. Assim, para que a função jurisdicional seja corretamente desempenhada é necessário que os Juízes estejam no gozo e na plenitude das capacidades psico-orgânicas.

As funções judicantes decerto submetem os Magistrados a elevados níveis de estresse, com estafa física, mental e emocional acima da média das demais profissões, devidos a inevitáveis pressões exercidas pelas partes e seus Advogados; a prazos exíguos nos casos em que demandam decisões e medidas urgentes; a uma avalanche invencível de serviços judiciais e administrativos, até porque acumulam inúmeras outras funções; a um grande número de audiências que, não raras vezes, se estendem por horas e são emocionalmente árduas como o são as audiências criminais, de família, da infância e adolescência etc.

Se não bastasse, os Magistrados não cumprem somente a jornada de trabalho de oito horas diárias como todos os demais trabalhadores, antes chegam a cumprir diariamente jornada muito maior e extenuante, além da prática corriqueira de levar muito trabalho para residência para estudos e prolação de sentenças, em período que deveria ser utilizado para o descanso e o convívio familiar; o fato de muitos Juízes, após o fim do expediente regular fazerem plantões de vinte e quatro horas nos dias de semana e nos finais de semana; serem obrigados a acumular outras Varas, por escassez de Juízes; a judicar junto aos Juizados

Especiais nos Colégios Recursais e na Justiça Eleitoral, sem prejuízo de sua própria Vara, geralmente em horários diferenciados dos do período forense; etc.

Portanto, inegável que tal rotina de trabalho gera elevados níveis de estresse e estafa física, mental e emocional, os quais somente o gozo de férias poderá levar à necessária recuperação das energias e regularização das funções psico-orgânicas” (Viniçius de Toledo Piza Peluso e José Wilson Gonçalves, Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar 35/1979 – LOMAN. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.134).

Dos excertos de doutrina citados, percebe-se que é inerente ao gozo das férias o efetivo trabalho, haja vista que essas se traduzem no merecido descanso após um ano de árduo trabalho que, no caso dos magistrados, é pelo prazo de 60 (sessenta) dias, diante das dificuldades inerentes à sua atividade.

Importante ressaltar que, diante de recente decisão do CNJ que considerou inconstitucional a deficiência, determinada pela LOMAN, da carreira da Magistratura em relação à do Ministério Público da União, tornou-se possível ao magistrado receber indenização de 1/3 das férias quando não gozadas. Eis a ementa do Acórdão ao qual me refiro:

“PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA. SIMETRIA CONSTITUCIONAL COM O MINISTÉRIO PÚBLICO (ART. 129, § 4º DA CONSTITUIÇÃO). RECONHECIMENTO DA EXTENSÃO DAS VANTAGENS PREVISTAS NO ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (LC 73, de 1993, e Lei 8.625, de 1993). INADEQUAÇÃO DA LOMAN FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. REVOGAÇÃO DO ARTIGO 62 DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA FACE AO NOVO REGIME REMUNERATÓRIO INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19. APLICAÇÃO DIRETA DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS VENCIMENTOS, JÁ RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE PARA QUE SEJA EDITADA RESOLUÇÃO DA QUAL CONSTE A COMUNICAÇÃO DAS VANTAGENS FUNCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL À MAGISTRATURA NACIONAL, CO-

MO DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DIRETA DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE GARANTE SIMETRIA ÀS DUAS CARREIRAS DE ESTADO.

I – A Lei Orgânica da Magistratura, editada em 1979, em pleno regime de exceção, não está de acordo com os princípios republicanos e democráticos consagrados pela Constituição Federal de 1988.

II – A Constituição de 1988, em seu texto originário, constituiu-se no marco regulatório da mudança de nosso sistema jurídico para a adoção da simetria entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público, obra complementada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mediante a dicção normativa emprestada ao § 4º do art. 129.

III – A determinação contida no art. 129, § 4º, da Constituição, que estabelece a necessidade da simetria da carreira do Ministério Público com a carreira da Magistratura é auto-aplicável, sendo necessária a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público, previstas na Lei Complementar 75, de 1993, e na Lei nº 8.625, de 1993, à Magistratura e vice-versa sempre que se verificar qualquer desequilíbrio entre as carreiras de Estado. Por coerência sistêmica, a aplicação recíproca dos estatutos das carreiras da magistratura e do Ministério Público se auto define e é auto suficiente, não necessitando de lei de hierarquia inferior para complementar o seu comando.

IV – Não é possível admitir a configuração do esdrúxulo panorama segundo o qual, a despeito de serem regidos pela mesma Carta Fundamental e de terem disciplina constitucional idêntica, os membros da magistratura e do Ministério Público brasileiros passara a viver realidades bem diferentes, do ponto de vista de direitos e vantagens.

V – A manutenção da realidade fática minimiza a dignidade da judicatura porque a independência econômica constitui um dos elementos centrais da sua atuação. A independência do juiz representa viga mestra do processo político de legitimação da função jurisdicional.

VI – Não existe instituição livre, se livres não forem seus talentos humanos. A magistratura livre é dever institucional atribuído ao Conselho Nacional de Justiça que vela diuturnamente pela sua autonomia e a independência, nos exatos ditames da Constituição Federal.

VII – No caso dos Magistrados e membros do Ministério Público a independência é uma garantia qualificada, instituída pro societatis, dada a gravidade do exercício de suas funções que, aliadas à vitaliciedade e à inamovibilidade forma os pilares e alicerces de seu regime jurídico peculiar.

VIII – Os subsídios da magistratura, mais especificamente os percebidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, representam o teto remuneratório do serviço público nacional, aí incluída a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes (art. 37, XI), portanto, ao editar a norma do art. 129, § 4º (EC 45, de 2004), o constituinte partiu do pressuposto de que a remuneração real dos membros do Ministério Público deveria ser simétrica à da magistratura.

IX – Pedido julgado procedente para que seja editada resolução que contenha o reconhecimento e a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público Federal à Magistratura Nacional, como decorrência da aplicação direta do dispositivo constitucional (art. 129, § 4º) que garante a simetria às duas carreiras de Estado” (CNJ – Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, Rel. José Adônis Callou de Araújo Sá).

A possibilidade da indenização pelas férias não gozadas, embora não expressa na ementa, ficou clara no corpo do acórdão:

“Assim, não há dúvida de que o pagamento de férias não gozadas tem natureza indenizatória, não incidindo, portanto, imposto de renda sob tal valor, não podendo, por óbvio, ser considerada verba salarial.

Aliás, todo e qualquer trabalhador, sob o regime da CLT, faz jus, tal como os membros do Ministério Público, a no mínimo à indenização de dez (10) dias de férias em pecúnia. É certo também que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu este direito indenizatório (RE 588.937, Rel. Min. Eros Grau; RE 324.880 - AgR. Rel. Min. Carlos Britto).

É certo ainda que a Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Justiça em seu artigo 8º, inciso I, alínea ‘e’, previu expressamente o cabimento da indenização de férias não gozadas, ao excluir, inclusive, tal verba do limite do teto constitucional.

Por outro lado, não há sentido algum, que uma determinada categoria profissional, regulada por lei própria, como a Magistratura, não tenha, no mínimo, os direitos básicos assegurados a todos os trabalhadores”.

De tudo que foi analisado até o presente momento, o que pode se extrair é que os magistrados, como todos os trabalhadores, após um ano de efetiva labuta, têm direito a férias (no seu caso especial, por 60 (sessenta) dias) e seu adicional de 1/3, que podem ser indenizadas no caso de não serem gozadas.

Contrário senso, a conclusão que se tira do que foi expresso é que, se não houve trabalho, não haveria direito ao descanso, ou seja, às férias, visto que essas são decorrência daquele. E, sendo assim, também não seria possível a sua indenização.

No caso concreto, não obstante, não tenham sido concedidas as férias, está-se diante de uma peculiaridade: a requerente não exerceu sua atividade, haja vista que estava em disponibilidade.

A Constituição é clara em seu art. 95, inciso I, que os juízes gozam da garantia da vitaliciedade, que impõe a perda do cargo somente por sentença transitada em julgado.

O instituto da disponibilidade surge exatamente em razão da impossibilidade de, diante da vitaliciedade, nos casos dos magistrados, e da estabilidade, no caso dos servidores civis, de ser exonerado o servidor, no caso o magistrado, somente nos casos em que haja sentença transitada em julgado, com tal desiderato, mesmo que o cargo que ocupa seja extinto, por discricionariade da Administração, no caso, do Poder Judiciário.

Nesse sentido, é expressa a Constituição Federal em seu art. 41, § 3º:

“Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”.

É justamente da interpretação do referido dispositivo que se extrai a solução do caso em comento.

Marcos Antonio Fernandes ensina que a “disponibilidade configura uma situação fática de inatividade transitória em que o servidor é colo-

cado por que o seu cargo de origem ou foi extinto por lei ou foi declarado desnecessário pela administração de qualquer dos Poderes estatais. (...)

Insta observar que durante essa inatividade forçada, a que o servidor não deu causa, os vencimentos e a remuneração respectivos a que faz jus ser-lhe-ão pagos proporcionalmente, na razão direta do tempo de serviço que já tenha prestado ao serviço público federal” (Regime Jurídico do Servidor Público Civil da União Comentado. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.47).

No mesmo sentido, aliás, os arestos colacionados à petição da requerente, dos quais apenas cito as referências: STJ REsp nº 173092/AL; Rel. Min. Edson Vidigal; 5ª Turma; julgado em 04/03/1999; TRF 2ª Região; AC nº 2000.020.102.385-25; Relator Desembargador Federal Paulo Espírito Santo; j. 07/05/2008.

Assim, também, é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“Extinguindo-se o cargo em que se encontrava o servidor estável ou declarada sua desnecessidade, ficará ele em disponibilidade remunerada proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava (CF, art. 41, § 3º), diversamente do que ocorre com o vitalício inamovível, que não é obrigado a aceitar outro cargo, embora idêntico ao seu que fora extinto” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 454, grifo nosso).

Ou seja, durante o prazo em que o servidor estiver em disponibilidade não punitiva, mantém remuneração e vencimentos compatíveis com o cargo que ocupava, embora em inatividade.

Ora, a LOMAN não traz nenhuma regra específica que explicita no que consistiria remuneração ou vencimentos.

Por sua volta, a Lei de Organização da Justiça Militar é expressa no sentido de que “aplicam-se aos Ministros do Superior Tribunal Militar, Juizes Auditores e Juizes Substitutos as disposições do Estatuto da Magistratura, desta lei e, subsidiariamente, as do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União” (art. 32).

É justamente na Lei nº 8.112/90 que se extraem tais conceitos.

Versa o art. 40 que “vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei”.

Observa-se que “remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei” (art. 41).

Dispõe o art. 49, caput, do mesmo diploma que

“além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens: I – indenizações; II – gratificações; III – adicionais”. Esclarecendo seu § 2º que “as gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei”.

Assim, os adicionais são vantagens pecuniárias acrescidas ao vencimento, e fazem parte da remuneração.

Ao tratar das gratificações e adicionais a Lei nº 8.112/90 assim se expressa, no art. 61:

“Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

I – gratificação pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

II – gratificação natalina;

III – (Revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4-9-2001);

IV – adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V – adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI – adicional noturno;

VII – adicional de férias;

VIII – outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho”. (grifo nosso).

Portanto, dentre os elementos que compõem a remuneração, está, sem sombra de dúvidas, o adicional de férias, haja vista que é considerado vantagem permanente.

Dessa forma, pelo só fato de estar em disponibilidade não punitiva a digna magistrada recorrente já deve ter o direito ao adicional de férias.

Frise-se: não pelo fato de ser consequência das férias, mas pelo fato de ser incorporado à remuneração e haver impossibilidade de redução desta quando da disponibilidade.

Esclarecido que tem direito ao adicional de férias, haja vista que compõe a remuneração, a questão que se faz é se a requerente teria direito às férias propriamente ditas, ou seja, o descanso, e, no caso da impossibilidade deste, por razão de discricionariedade administrativa, da indenização pela sua não fruição.

Deve-se aqui lembrar os eminentes pares que esta Corte já decidiu Questão Administrativa análoga, relatada pela Exma. Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, assim ementada: (Questão Administrativa nº 2008.01.000316-6/BA).

“EMENTA: QUESTÃO ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DO EXERCÍCIO DO CARGO. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DIREITO ADQUIRIDO.

- A medida disciplinar imposta deve restringir-se aos limites estritos da reprimenda, in casu, a remoção compulsória.

- Cômputo do período em que esteve afastado do cargo em virtude de Processo Disciplinar e do cumprimento de punição disciplinar imposta pelo Plenário desta Corte como tempo de efetivo exercício, retificando-se as Listas de Antiquidade de 2006 e 2007. Reconhecimento dos períodos de férias relativos a esses exercícios.

- Indevida a fruição do descanso. O instituto das férias insere-se em um contexto de tutela de higiene, saúde e segurança do trabalho, visando o restabelecimento da condição física e mental do servidor/trabalhador, para a continuidade de seu esforço funcional.

- PEDIDO ACOLHIDO PARCIALMENTE

- DECISÃO MAJORITÁRIA”.

A divergência da Corte restou resumida justamente na discussão quanto à possibilidade do magistrado em disponibilidade ter direito às férias.

Para uma corrente, composta pelos ministros Flávio de Oliveira Lencastre, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparício Ignácio Domingues e Rayder Alencar da Silveira não seria devido o pagamento das férias, acrescidas do terço constitucional, ao argumento de que não teria ocorrido a realização do trabalho, não devendo, portanto, haver a respectiva retribuição pecuniária.

Por sua volta, a corrente minoritária encabeçada pelo Ministro Carlos Alberto Marques Soares acolhia o pedido de forma integral, para deferir, inclusive, o direito à fruição das férias pleiteadas.

E, por fim, a corrente vencedora se estabeleceu no sentido de conceder o adicional de férias, negado o descanso.

Para justificar a decisão no sentido da não fruição do descanso, a Exma. Ministra-Relatora assim se pronunciou:

“Indevida, contudo, é a fruição do descanso. O instituto das férias insere-se em um contexto de tutela de higiene, saúde e segurança do trabalho, visando o restabelecimento da condição física e mental do servidor/trabalhador, para a continuidade de seu esforço funcional.

Revela-se afrontosa à moralidade administrativa a fruição de férias de servidor que permaneceu sem desempenhar qualquer espécie de atividade laboral por dois anos e dois meses (...).”

Entendo ser este fundamento válido, também, para indeferir a fruição do descanso e, da mesma forma, a indenização pela sua não fruição.

Com efeito, seja no primeiro caso analisado pela Corte, seja neste caso, os magistrados não trabalharam.

Deferir as férias, ou a indenização pela sua não fruição, sem que a requerente tenha trabalhado contraria a Constituição, a legislação e tudo quanto a doutrina estabeleceu, no que concerne à natureza e às peculiaridades do instituto.

Ora, é requisito para a concessão de férias que o trabalhador efetivamente tenha trabalhado durante o período aquisitivo. Como bem apontado pela lição de Marcos Antonio Fernandes, acima citada, a “disponibilidade configura uma situação fática de inatividade transitória em que o servidor é colocado por que o seu cargo de origem ou foi extinto por lei ou foi declarado desnecessário pela administração de qualquer dos Poderes estatais. (...)” (op. cit., p. 47). Se estava em disponibilidade, não exercia atividade, não trabalhou, e, por isso, não tem direito à fruição do descanso, no prazo de 60 (sessenta) dias, haja vista que esteve interrompido seu período aquisitivo.

E não se diga que estava em efetivo exercício, como quer argumentar em seu requerimento.

O autor acima citado afirma que “na acepção jurídica do termo, ‘dar exercício’ significa autorizar o servidor nomeado ou designado a iniciar o desempenho das atribuições pertinentes a seu cargo ou função, indicando-lhe seu local de trabalho, os equipamentos e materiais que estar-lhe-ão disponibilizados para tanto e quais e como serão exercidos suas obrigações, deveres e direitos” (op. cit. p. 30).

E explica que o artigo 16, caput, da Lei nº 8.112/90, dispõe que:

“(…) o início, a suspensão, a interrupção e o reinício do exercício deverão ser registrados no assentamento individual do servidor.

Para maior clareza e com o objetivo de facilitar o entendimento do leitor, explicitaremos, a seguir, cada uma dessas expressões:

a) início – é o termo inicial, a partir do qual o servidor passa a efetivamente desempenhar as atribuições do cargo para o qual haja sido nomeado. Nos termos do artigo 15, § 3º, já abordado, é contado da data em que a autoridade competente lhe dá o exercício;

b) suspensão – muito embora o diploma legal em comento não tenha se preocupado em defini-la, significado diverso não pode ter-se não o de que representa uma penalidade imposta ao servidor, como decorrência do cometimento de faltas funcionais que hajam sido cometidas. De todo modo, evidencia um paralisação de cunho momentâneo e passageiro no exercício do cargo, com reflexos na contagem do tempo;

c) interrupção – de igual modo, a lei em comento aborda essa figura de forma bastante superficial, nos artigos seguintes, sob os números 16 e 17, tendo omitido quanto a sua definição. Diante da gravidade desta falha técnico-legislativa, julgamos tratar-se, a interrupção do exercício, de gênero diverso da suspensão, melhor detalhada em regulamentos e instruções normativas. Como seria temerário tecer considerações mais profundas sobre tais figuras entendemos conveniente tomar emprestado esses conceitos do Direito do Trabalho. Assim, nos termos da legislação trabalhista, na hipótese figurada de suspensão, o empregado, ao lhe dar causa – em virtude do cometimento de certas infrações disciplinares –, fica desobrigado de trabalhar; entretanto, deixa de receber salário e de fazer jus à contagem do tempo correspondente. Já na interrupção – a que o contratado não dá causa –, o cômputo do

tempo e o pagamento do salário são de rigor, ainda que seja inexigível a prestação do serviço pelo empregado;

d) reinício – ocorre a partir do momento em que, cessadas que sejam as causas suspensivas ou interruptivas do trabalho, o servidor retorna ao desempenho normal das atribuições de seu cargo” (op. cit., p. 32-31, grifo nosso).

Entendo, dessa forma, que o instituto da “disponibilidade” se insere na figura da interrupção do exercício, e, dessa maneira, não há que se cogitar em férias.

Não fosse assim, não estava expresso na Certidão dos Assentos Funcionais da Exma. Magistrada requerente: “A Juíza-Auditora retornou ao exercício das atribuições do seu cargo em 10/04/2008 (...)” (fls. 78).

Fazendo uma analogia, é o mesmo que acontece quando, na iniciativa privada, suspende-se o trabalho, tema sobre o qual, de maneira lapidar, doutrina Amauri Mascaro Nascimento:

“A suspensão do trabalho pode influir de três modos sobre as férias.

Há suspensões que fulminam o direito fazendo-o desaparecer, caso em que, após o retorno do empregado ao trabalho, inicia-se a contagem de novo período aquisitivo. É o que ocorre no caso de percepção de auxílio-doença ou de auxílio-acidentário por mais de 6 meses, paralisação da empresa, total ou parcial, por mais de 30 dias, e licença por mais de 30 dias com percepção de salário. Quanto a esta última hipótese, a licença remunerada, observa Sussekind que, aludindo a ‘percepção de salários’, quis a lei que, durante o licenciamento, o empregado receba o seu salário contratual. Se a licença for deferida com redução desse salário ou sem remuneração alguma, não há que se cogitar da extinção do período aquisitivo. No primeiro caso, o ciclo de 12 meses não sofrerá interrupção, sendo a ausência do empregado considerada justificada pelo próprio ato empresarial concessório da licença. A licença a que aqui se refere a lei é a deferida pelo empregador. Não se confunde com as suspensões previstas em lei nos casos de doença, acidente do trabalho e gestação.

Outras suspensões não atingem o direito, que fica mantido. É o caso do afastamento para o serviço militar. Após a liberação, e com o retorno do empregado para o serviço, prossegui-

rá o ciclo do período aquisitivo já iniciado, com o aproveitamento dos meses em que o empregado trabalhou antes do afastamento, desprezando-se os meses do afastamento e continuando a contagem com o reinício da atividade. O direito não é prejudicado também na suspensão do trabalho com a percepção de auxílio-doença ou de auxílio-acidentário por período de até 6 meses, casos nos quais sequer o fluxo do período aquisitivo é interrompido. O mesmo critério é aplicado nos casos de licença e paralisação da empresa de até 30 dias e de afastamento da gestante.

Há, ainda, suspensões do trabalho que podem ou não atingir o direito e também a duração das férias. As faltas ao serviço, se justificadas, não prejudicam o direito e a duração. Porém, se injustificadas, podem prejudicar o direito, se em número de mais de 32 no período aquisitivo, e a duração das férias, que ficará reduzida de acordo com o número dessa faltas (CLT, art. 130), se em número inferior ou igual a 32” (op. cit., p. 700, grifo nosso).

Ora, o caso em comento não seria bastante semelhante ao da suspensão da atividade da empresa por mais de trinta dias, recebendo o trabalhador o seu salário contratual, sem o rompimento do vínculo?

Utilizo aqui as palavras da Exma. Ministra Maria Elizabeth, no sentido de que “é afrontoso à moralidade administrativa” dar férias a quem não realizou nenhum trabalho durante 5 (cinco) anos, e que recebeu a integralidade de seus vencimentos em tal período, exceto o adicional de 1/3.

Finalmente, cumpre abordar o argumento segundo o qual a requerente estaria de prontidão durante todos esses 5 (cinco) anos, em razão do que dispõe o artigo 32 da Lei nº 8.112/90. Assim versa o referido dispositivo:

“Será tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade se o servidor não entrar em exercício no prazo legal, salvo doença comprovada por junta médica oficial”.

Tal argumento de que nunca teve como descansar durante esse período, haja vista que, com receio de ser exonerada se não retornasse, no prazo de 15 (quinze) dias, data vênua, revela desconhecimento quanto às suas próprias prerrogativas.

Ora, após cumprido o estágio probatório, todo juiz passa a ser vitalício, e não estável. No que concerne à disponibilidade, a grande dife-

rença é que a regra do art. 32 não é aplicável nos casos de vitaliciedade. Ou seja, extinta a vara ou, como no caso, a Auditoria, se não for do interesse do magistrado, este não tem o dever de reiniciar o exercício. Aliás, é essa a lição de Hely Lopes Meirelles, a qual novamente cito, para repisar o argumento:

“Extinguindo-se o cargo em que se encontrava o servidor estável ou declarada sua desnecessidade, ficará ele em disponibilidade remunerada proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava (CF, art. 41, § 3º), diversamente do que ocorre com o vitalício inamovível, que não é obrigado a aceitar outro cargo, embora idêntico ao seu que fora extinto” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 454, grifo nosso).

Pelo exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, à unanimidade, em conhecer e deferir parcialmente o requerimento da Exm<sup>a</sup> Sra. Juíza-Auditora da Auditoria da 5ª CM, Dra. Telma Queiroz, concedendo-lhe, tão somente, os adicionais de férias referentes aos anos de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

Brasília, 16 de dezembro de 2010 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Alte Esq Marcos Martins Torres, Ministro-Relator.

---



---

Recurso em Sentido Estrito

---

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0000060-22.2009.7.08.0008-PA

---

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, de 18/06/2010, proferida nos autos do IPM nº 0000060-22.2009.7.08.0008, que declarou a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o 3º SG Mar GILBERTO GIL PEREIRA DE ALMEIDA.

Advogado – Defensoria Pública da União.

---

EMENTA

CONCUSSÃO. I- Policiamento Naval. Atribuição subsidiária da Marinha, que não lhe retira a condição de Força Armada e de Administração Militar. II- O agente do delito, em tese, é um militar da ativa, a serviço de sua Força que, agindo nessa qualidade, exigiu para si vantagem indevida em prejuízo de um civil, circunstâncias suficientes para definir a existência de crime militar. Inteligência do art. 9º, II, c), do CPM. III- Recurso conhecido e provido para, desconstituindo-se a decisão recorrida, reconhecer a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito, determinando-se a baixa dos autos ao Juízo de origem para que a denúncia seja examinada quanto aos aspectos pertinentes. IV- Decisão uniforme.

## DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, desconstituindo a decisão recorrida, reconhecer a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o presente feito, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para que a denúncia seja examinada sobre os aspectos pertinentes.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Mário Sérgio Marques Soares. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Renaldo Quintas Maglioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Olympio Pereira da Silva Junior e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 79ª Sessão, 20.10.2010).

## RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, verifica-se que tratam de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MPM junto à Auditoria da 8ª CJM, objetivando a reforma da decisão do Juiz-Auditor daquele Juízo, de 18.06.2010, prolatada nos autos do IPM nº 0000060-22.2009.7.08.0008, que, com fulcro no art. 146, do CPPM, declinou de sua competência em favor da Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado do Pará.

No início do mês de julho de 2009, os SO Caio Lucius Durães da Silva, CB Cleuciano do Nascimento, CB Gilberto Gil Pereira de Almeida e o SG Edwaldo Rosane da Costa, todos servindo na Delegacia da Capitania dos Portos em Santana-AP, que integravam uma guarnição de inspeção naval de serviço, chegaram ao Porto de Santa Inês, Macapá-AP, em uma viatura, para realizar vistorias nas embarcações que estavam atracadas naquele Porto.

Todos saíram da viatura, exceto o SG Costa, que era o motorista. Os Cabos Cleuciano e Almeida, por ordem do SO Caio, dirigiram-se ao interior da embarcação “Fé em Deus de Afuá”, Santana-AP de proprieda-

de do civil Jbzivaldo Almeida Batista, que estava atracada naquele Porto, para realizarem uma inspeção naval.

Os cabos constataram que havia carga sobre o convés da embarcação e estava faltando o despacho autorizador da viagem.

O civil Jbzivaldo alegou que não poderia colocar a carga no porão, pois não havia espaço e tentou, sem êxito, contactar com o despachante a respeito do documento faltante.

Os Cabos retornaram à viatura militar e informaram ao SO Caio sobre o que fora constatado na Embarcação.

O SO Caio ligou para a Capitania dos Portos e confirmou a realização do despacho, já que a embarcação possuía mercadorias perecíveis em seus porões e o tempo limite de lâmina de água estava chegando ao fim para o barco sair.

Após isso, o SO Caio disse que liberaria a saída da embarcação, sem apresentação do documento, mas que era preciso inspecionar o material de Salvatagem do barco, determinando que os Cabos Cleuciano e Almeida realizassem a referida inspeção.

O material de Salvatagem não estava regular, em face disso, os Cabos retornaram a viatura para participarem tal fato ao SO Caio.

Depois de darem ciência da inspeção ao SO Caio, os Cabos retornaram à embarcação e disseram ao civil Jbzivaldo que a embarcação poderia sair, mas que era necessário resolver o problema do material de Salvatagem.

O civil Jbzivaldo apanhou bolsas rígidas na embarcação Arapari II e questionou os militares se havia alguma forma de resolver a situação, pois, caso não pudesse realizar a viagem, iria ter prejuízos, uma vez que havia carga no convés.

Diante disso, os graduados retornaram à viatura para falar com SO Caio.

Em seguida, o CB Almeida voltou para falar com o civil Jbzivaldo oportunidade em que pediu-lhe e foi atendido a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para liberar a embarcação (fls. 706 a 709).

Em 08.06.10, o MPM junto à Auditoria da 8ª CJM denunciou o CB Mar Gilberto Gil Pereira de Almeida, como incurso no art. 305, do CPM (Concussão), tendo em vista que o Sr. Jbzivaldo retirou de uma ga-

veta a quantia exigida entregando-a ao denunciado na presença da Sra. Keila Conceição Pacheco Avelar (fls. 706 a 709).

O Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, em 18.06.2010, declarou-se incompetente para conhecer do feito e, por consequência, determinou o envio dos autos à Seção Judiciária Federal em Belém-PA.

O MPM, em 15.07.2010, recorreu em sentido estrito da decisão que declarou a Justiça Militar da União incompetente para o conhecimento do feito (fl.720).

Em suas razões recursais, o MPM requereu o provimento do presente recurso para, desconstituindo-se a decisão recorrida, remeter-se os autos ao Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM para apreciar a denúncia (fls. 722 a 726).

A Defesa, em contrarrazões de recurso, requereu que seja negado provimento ao recurso (fls. 745 a 749).

No Juízo de Retratabilidade, o Juiz-Auditor manteve a decisão atacada (fls. 751 e 752).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em 28.09.10, opinou que o recurso seja conhecido e deferido, para o fim de ser determinado o recebimento da inicial, como objetivo de evitar-se o arquivamento implícito. Opinou, também, que os autos sejam restituídos à origem para que a autoridade judiciária determine a abertura de vista ao MPM, a fim de pronunciar-se, em definitivo, sobre eventual crime de corrupção passiva, ou o envolvimento de outras pessoas, vez que não está claro se o denunciado agiu sozinho. Esclarecendo que, quanto ao crime comum referente à liberação da embarcação sem que estivesse segura para navegação, o parecerista já determinou a extração de cópias e remessa ao Membro do MP Federal com atribuição para atuar no caso, perante a Seção Judiciária competente (fls. 762 a 766).

A Defensoria Pública da União foi intimada de que o presente recurso foi colocado em mesa para julgamento.

Assim relatados, passou o Tribunal a decidir.

#### VOTO

Tratam estes autos de recurso em sentido estrito interposto pelo Parquet das Armas contra a decisão do Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª

CJM que declarou a incompetência de Justiça Militar para processar e julgar o 3º SG Mar Gilberto Gil Pereira de Almeida do crime de concussão, em tese, que teria sido praticado.

O Jiz-Auditor, ao declarar a incompetência da Justiça Militar da União, argumentou que não resta dúvida de que os autos revelam indícios de autoria do crime de concussão em fiscalização naval ou polícia naval, atividade subsidiária da Marinha do Brasil e acrescentou que nesses casos o STM já decidiu que inexistente crime militar, sendo competente, para o processo e julgamento, a Justiça Federal, citando jurisprudência a respeito.

Aduziu que esta Corte, em decisão unânime, em questões relativas à atividade da Marinha, em casos de polícia naval, sempre decidiu em favor da Justiça Federal, como competente para julgar tais lides, assim o fazendo até o ano de 2003, com entendimento idêntico ao STF.

E que a partir do Recurso Criminal nº 2003.01.07117-8-AM, passou esta Corte Castrense a entender, majoritariamente, que tais questões são da competência da Justiça Militar da União.

Findou ressaltando que o entendimento do STF é no sentido de que o policiamento naval, embora privativo da Marinha, de caráter subsidiário por força de lei, não é de molde, por sua índole, a caracterizar essa atividade como função militar, podendo seu exercício ser atribuído a servidores não militares da Marinha, trazendo à colocação jurisprudência do STF (fls. 711 a 714).

O MPM, em suas razões recursais, alega que a compreensão, expendida na decisão hostilizada, sobre as decisões do STF, é precária e, por essa razão, não pode ser aplicada à espécie.

Acrescenta que os Acórdãos referidos, para sustentarem, tratam de fatos envolvendo atividades de fiscalização naval a cargo da Marinha do Brasil e versam a respeito de casos em que o agente do delito é civil, tendo como sujeito passivo do crime ou o militar da ativa ou a própria Administração Militar.

Aduz que é diametralmente oposto, quando o sujeito ativo do delito é militar da ativa, não cabe distinguir-se entre atividade-fim e atividade-meio das Forças Armadas, porquanto o CPM – diferentemente do tratamento dado ao agente militar da reserva, reformado, ou civil – não exige que a conduta seja dirigida com o objetivo especial de deprimir as instituições militares.

Razão assiste à Representante do MPM, a jurisprudência, referida na decisão atacada, não guarda relação com a hipótese dos autos, que trata de um crime militar definido no art. 9º, inciso II, alínea c), do CPM, onde basta a qualidade especial do agente – ser militar da ativa –, e estar de serviço ou atuando em razão de função, não cabendo criar-se distinção entre funções principais e subsidiárias das Forças Armadas.

No caso concreto, o agente do delito é um Cabo da Marinha, um militar da ativa, agindo nessa qualidade e, em razão de sua função, exigiu para ele vantagem indevida em prejuízo de um civil, circunstâncias suficientes para caracterizar um crime militar e, conseqüentemente, determinar a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito.

Cabe ressaltar-se que a Lei Complementar nº 97, de 09.06.1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, expressamente, declara, em seu art. 17, II que cabe à Marinha como atribuição subsidiária particular prover a segurança da navegação aquaviária, o que atrai a competência da Justiça Militar para o feito.

Quanto ao opinamento do representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar no sentido de que se retornassem os autos à origem para que a autoridade judiciária determinasse a abertura de vista ao MPM, a fim de pronunciar-se, em definitivo, sobre eventual crime de corrupção passiva ou envolvimento de outras pessoas no evento, este pedido não é passível de atendimento, por não integrar o recurso interposto.

Nesta conformidade, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em conhecer e em dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, desconstituindo a decisão recorrida, reconhecer a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o presente feito, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para que a denúncia seja examinada sobre os aspectos pertinentes.

Brasília, 20 de outubro de 2010 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro Vice-Presidente no exercício da Presidência – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, Ministro-Relator.

---



---

Revisão Criminal

---

REVISÃO CRIMINAL (FO) Nº 000012-80.2007.7.00.0000-PA  
(2007.01.001323-3)

---

Relator – Min. Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

Revisora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Requerente – JÂNIO CARLOS ALVES, 3º Sgt Mar, requer Revisão Criminal da Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, de 27/02/2007, lavrada nos autos do Processo nº 28/05-4, que o condenou à pena de 2 anos de prisão, como incurso, por desclassificação, no art. 240, § 5º, do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar em liberdade.

Advogado – Dr. José Otávio Nunes Monteiro.

---

EMENTA

CRIME DE FURTO SIMPLES (POR DESCLASSIFICAÇÃO).  
PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA  
PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. Requerente postula pela reforma da sentença com esteio na alegação de inexistência de provas de sua participação na ação delituosa. Pleiteia a desconstituição da sentença, com a absolvição ou desclassificação do crime que lhe foi imputado, alegando ser a decisão revidenda contrária à evidência dos autos. Argumentação incabível, pois busca tomar a Revisão Criminal um instrumento processual hábil como meio de se impugnar a Sentença, equiparável à “apelação da apelação”. Despicienda a afirmação de decisão revidenda contrária à evidência dos autos, por carecer de amparo legal e fe-

rir postulados consubstanciados nos arts. 550 e 551, ambos do CPPM. Preliminar de não conhecimento suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar acolhida. Decisão unânime.

---

#### DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, acolheu a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar de não conhecimento da presente Ação Revisional Criminal, por carecer de amparo legal, consoante o disposto nos arts. 550 e 551 do CPPM.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares encontra-se em gozo de férias. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 39ª Sessão, 17.05.2010).

#### RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal requerida com o intuito de reformar a sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, de 27 de fevereiro de 2007, lavrada nos autos do Processo nº 28/05-4, que condenou o 3º Sgt Mar Jânio Carlos Alves à pena de 2 (dois) anos de prisão, como incurso, por desclassificação, no art. 240, § 5º, do CPM.

O requerente foi denunciado em 16 de novembro de 2005, sendo a Exordial recebida em 25 subsequente, pelos fatos descritos a seguir (fls. 02/05), in verbis:

“(…) No dia 04 de julho de 2005, aproveitando-se da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de Sargento da Marinha e de servir no CIABA, o ORA DENUNCIADO subtraiu do laboratório virtual de máquinas e motores os equipamentos que havia declarado a entrada anteriormente, bem como os demais periféricos retromencionados, e deixou as instalações do CIABA, levando-os dentro de dois sacos plásticos pretos, sendo autori-

zado a sair da Unidade Militar pelo contramestre de serviço, uma vez que o equipamento tivera seu registro regularmente lançado no Livro pertinente (fl. 12v; 37/38).

Durante verificação de rotina realizada em 12 de julho de 2005, o Professor Francisco José Gonçalves Ferreira percebeu a falta dos equipamentos citados, tomando as providências cabíveis para verificar o desaparecimento desses bens, fazendo a pertinente comunicação à Administração Militar.

A partir de uma informação do 3º Sgt RAIMUNDO NONATO DA CUNHA CID, esclarecendo ao Sr. Imediato que as características do material subtraído coincidiam com aquelas constantes de uma lista manuscrita pelo ORA DENUNCIADO, cujos equipamentos teriam sido objeto de consulta quanto à possibilidade de serem submetidos a reparo (fl. 07), foi solicitado que o ORA DENUNCIADO levasse os equipamentos a bordo para o esclarecimento da questão.

Atendendo à solicitação, o ORA DENUNCIADO conduziu os equipamentos que se encontravam em sua residência ao CIABA, os quais, após serem periciados (Laudo de fls.144/149), foram identificados como sendo o MONITOR e a CPU que haviam sido subtraídos do Laboratório do CIABA.

Questionado sobre tal situação e solicitada a nota fiscal de compra do equipamento ao ORA DENUNCIADO, ele não juntou documento ou conseguiu provar a origem lícita dos objetos, afirmando que não recebeu nenhum comprovante ou recibo de compra e não conhecia o vendedor, não tendo como identificá-lo. Explicou também que levou tais equipamentos para o Quartel com o fito de solicitar a realização de alguns reparos nos mesmos, o que não correspondia à verdade.

Assim procedendo, incidiu o ORA DENUNCIADO no delito de peculato-furto, previsto no artigo 303, § 2º do Código Penal Militar, porque, embora não tivesse a posse, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de militar, de forma consciente e voluntária, subtraiu para si (...) equipamentos que se encontravam sob a posse da Marinha do Brasil, com vistas à formação dos alunos do Centro de Instrução Almirante Braz de Aguiar - CIABA.”

O Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, em sentença de 27 de fevereiro de 2007 (fls. 27/39), condenou o requerente à pena de 2 (dois) anos de prisão, como incurso, por desclassificação, no

art. 240, § 5º, do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade.

O requerente sustenta a hipótese de ser a sentença contrária à evidência dos autos, ex vi do art. 551, alínea a, do CPPM, segundo alega, pela inexistência de provas robustas de sua participação na atividade delituosa.

Afirma que a CPU e o Monitor foram subtraídos do CIABA por pessoa (as) ignorada (as) e vendidos dias após ao requerente, por um cidadão desconhecido, na feira da Barreira, conforme relatou durante o interrogatório (fls. 395/401); e, assim, refuta a imputação pela autoria do evento.

Admite, alternativamente, a tese da receptação culposa, na forma do art. 255 do CPM, mais plausível de ser acatada do que uma outra arguindo a impossibilidade do requerente ter conseguido violar o forte esquema de segurança eletrônico das chaves do CIABA.

Por fim, pleiteia que, não sendo admitida pelo Conselho de Justiça a tese da defesa de ausência de prova da autoria, seja feita a desclassificação do crime de peculato-furto para o delito de receptação culposa, já que se tratava de produto de crime.

A vista de tais argumentos, o requerente postula, em síntese, que seja a Revisão Criminal julgada procedente para (fl. 22):

- absolver o recorrente pela negativa da autoria, em razão de não existirem provas nos autos de que foi o Acusado responsável pelo crime capitulado na denúncia, na forma do art. 439, alínea c ou e, do CPPM; ou então

- desclassificar o tipo penal apresentado na sentença para o delito de receptação culposa, capitulado no art. 255 do CPM, porque há indícios de que o acusado adquiriu o produto da subtração dos equipamentos descritos na denúncia, sem que tivesse conhecimento de que se tratava de produto de crime.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Rita de Cássia Laport (fls. 75/79), opina pelo não conhecimento da ação por carecer de amparo legal e, no mérito, pelo indeferimento do pedido por ferir postulados consubstanciados nos arts. 550 e 551, ambos do CPPM.

Em Despacho de 16 de outubro de 2009, foi o presente feito retirado de pauta, em razão da aposentadoria do então Ministro-

Revisor Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, e redistribuído à Ex-ma. Sra. Ministra-Revisora Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha em 18 de dezembro de 2009.

Relatados, decide-se.

## VOTO

### PRELIMINAR

Examina-se preliminar de não conhecimento da presente Revisão Criminal, suscitada pela representante da Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

O pleito revisional não merece ser conhecido, pois somente em casos excepcionais, estritamente previstos pelo legislador, exsurge a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada por meio da ação revisional.

Admite-se tal fato quando a sentença condenatória apresenta-se maculada por vícios graves que orientam na prevalência do valor “justiça” sobre o valor “certeza”, conforme ensina Grinover (Recursos no Processo Penal. Grinover e outros – 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 309).

No caso, pugna a defesa pela desconstituição da sentença exarada em 27 de fevereiro de 2007, nos autos do Processo nº 28/05-4; o requerente postula a absolvição ou a desclassificação do crime que lhe foi imputado, alegando ser a decisão revidenda contrária à evidência dos autos.

Contudo, é possível verificar que a defesa não trouxe a lume fatos ou provas novas, como, também, não apontou a existência de erros processuais consistentes, que fundamentem o pedido de revisão da condenação do 3º SG Mar Jânio Carlos Alves, ex vi dos arts. 550 e 551 do CPPM.

O próprio teor da argumentação defensiva faz saltar aos olhos a inocorrência, in casu, de quaisquer das hipóteses permissivas da Revisão Criminal, previstas no art. 551, e suas alíneas, do CPPM, que dispõem, in verbis:

“Art. 551 - A revisão dos processos findos será admitida:

- a) quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;
- b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

c) quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena.”

Depreende-se, assim, o equívoco da defesa ao pugnar pela absolvição do Réu a partir da mera reiteração de argumentos já apresentados em alegações escritas e durante o julgamento, do qual decorreu a sentença ora hostilizada.

É pacífico na jurisprudência o entendimento contrário a tal procedimento, como se pode observar nos seguintes arestos, in verbis:

TJMT: “Revisão - Reexame de prova que serviu de apoio à decisão condenatória confirmada em sede de apelação - inadmissibilidade, mormente quando não se restringe às hipóteses elencadas no art. 621 do CPP e evidencia tão-somente reavaliação das provas produzidas. (...). O simples reexame de prova que serviu de apoio à decisão condenatória confirmada em sede de apelação é inadmissível em revisão criminal, mormente quando não se restringe às hipóteses elencadas no art. 621 do CPP e evidencia tão-somente a reavaliação das provas produzidas” (RT 769/644) (sem grifo no original).

TJSP: “A revisão criminal não se presta para uma nova valoração de provas, visando absolvição por insuficiência probatória, e muito menos para redução de penas dosadas pelos critérios normais, segundo a discricionariedade do Juiz, sem erro técnico, pois nos termos do art. 621 do CPP seus objetivos são bem delimitados, não proporcionando aos julgadores a amplitude do recurso de apelação” (RJ 764/542) (sem grifo no original).

Por outro lado, ao sustentar que a sentença teria se baseado na inexistência ou mesmo em insuficiente arcabouço probatório, o que deixaria patenteada sua contrariedade com relação à evidência dos autos, revela o requerente interpretação equivocada do alcance do instituto da Revisão Criminal.

A Revisão Criminal fundada na hipótese de decreto condenatório contrário à evidência dos autos, nas palavras de Mirabete (Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1608), pressupõe, in verbis:

“(…) a sentença que não se apóia em nenhuma prova existente no processo, que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo.

A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase do julgamento, não autoriza a revisão em face de nosso sistema processual.” (sem grifo no original).

A jurisprudência, igualmente, é uníssona em rebarbar qualquer postulação que busca desconstituir a sentença e substituí-la por outra do juízo revisório, como se constata nos seguintes arestos, in verbis:

“Em sede de Revisão Criminal, somente é considerada contrária à evidência dos autos a decisão que não se apoia em nenhum elemento probatório, constituindo conceito rígido, que não se confunde com interpretação da prova” (RJTA-CRIM 47-479) (sem grifo no original).

TACRSP: “Uma condenação criminal só pode ser considerada contrária à evidência dos autos, a fim de ser rescindida através de Revisão, quando não encontrar apoio em nenhum elemento de convicção. Uma condenação só pode ser alterada ou rescindida através de Revisão, se presentes as hipóteses elencadas no art. 621 do CPP” (RJTACRIM 43-421).

“Em sede de Revisão Criminal, tão-somente se deve qualificar como contrária à evidência dos autos a decisão inteiramente despojada de lastro probatório, não estando incluídas neste conceito as decisões que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório, sob pena de se dilatar incurialmente as fronteiras desestabilizadoras sobre os domínios da coisa julgada.” (RDTACRIM 40-444) (sem grifo no original).

Por oportuno, ressaltam-se os seguintes argumentos extraídos do parecer da ilustre representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, os quais, pela pertinência, acolho como razões para fundamentar a presente Decisão (fls. 77-79), in verbis:

“Em Razões limita-se o Recorrente a discorrer sobre o acervo probatório constante do processo findo e a fazer juízo de valor sobre o veredicto proferido, aduzindo ao final genericamente que ‘não foi feita a melhor justiça’, pois a sentença condenatória foi contrária à evidência dos autos.

Em seu arrazoado, não há pedido de matéria virgem, que entra no conceito de 'novas provas', tampouco aponta, objetivamente, qual o elemento constante dos autos que contraria a r. sentença condenatória, cingindo-se a meras alegações e rediscussão aleatória de fatos.

(...)

Consabido que a admissão da Ação de Revisão possui a finalidade de corrigir erro judiciário e encontra-se vinculada à existência de uma das hipóteses previstas no artigo 551 do CPPM, devendo vir instruída e fundamentada em fatos ou provas novas, ou não apreciadas por ocasião do julgamento do primeiro ou segundo graus.

A toda evidência, a Revisão não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau, exigindo que o requerente apresente, com o pedido, elementos probatórios de que a r. sentença é contrária a texto legal ou desprezou a prova existente nos autos.

A ação do autor deve ser positiva e demonstrar a evidência do que se pretende provar, havendo em verdade a inversão do ônus da prova, devendo possuir os elementos probatórios apontados poder conclusivo para demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilizem a prova ou causem dúvidas no espírito dos Julgadores.”

É evidente estar a Defesa fazendo uso da Revisão Criminal como se fosse um recurso, visando à nova análise do mérito para corrigir “pretensa injustiça”. Enfim, sem apresentar provas novas, mas apenas alegando que a decisão revidenda é contrária à evidência dos autos.

Logo, é inadmissível ver na Revisão Criminal um instrumento processual como meio hábil de se impugnar a Sentença, equiparável à apelação.

Nesse sentido, denota-se a inviabilidade jurídica do pleito revidendo sub examen, o qual, mediante sofisma, está sendo utilizado como “apelação de apelação”, caracterizando desinformação em relação à natureza jurídica desse instrumento processual.

Isso posto, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em acolher a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar de não conhecimento da presente Ação

Revisional Criminal, por carecer de amparo legal, consoante o disposto nos arts. 550 e 551, ambos do CPPM.

Brasília, 17 de maio de 2010 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Ministro-Relator – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Revisora.

---



## ÍNDICE NUMÉRICO

**APELAÇÃO**

0000006-91.2006.7.07.0007  
(2007.01.050766-3)-PE

0000007-09.2006.7.06.0006-BA  
(2009.01.051248-9)

0000017-33.2007.7.12.0012  
(2008.01.050985-2)-AM

0000020-21.2008.7.03.0103  
(2009.01.051466-0)-RS

0000026-70.2008.7.01.0301  
(2008.01.051209-8-RJ)

0000034-47.2008.7.01.0301-RJ

0000048-83.2007.7.11.0011-DF  
(2009.01.051375-2-DF)

0000051-53.2009.7.05.0005-PR

0000111-31.2009.7.01.0201

**RELATOR**

Min. Alte Esq Marcos Martins  
Torres .....STM 19/15

Min. Gen Ex Raymundo Nonato  
de Cerqueira Filho.....STM 19/31

Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto .... STM 19/39

Min. Ten Brig Ar José Américo  
dos Santos .....STM 19/52

Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves  
Conforto.....STM 19/61

Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto ....STM 19/68

Min. Dr. José Coêlho Ferreira..... STM 19/81

Min. Dr. José Coêlho  
Ferreira.....STM 19/97

Min. Dr. Olympio Pereira da  
Silva Junior .....STM 19/105

**CORREÇÃO PARCIAL**

0000004-63.2005.7.03.0203-DF –  
(2062-9) Min. Gen Ex Francisco José da  
Silva Fernandes.....STM 19/115

0000061-77.2010.7.01.0101-DF  
Min. Gen Ex Fernando Sérgio  
Galvão.....STM 19/124

**EMBARGOS**

0000008-43.2007.7.00.0000  
(2009.01.000054-6)-AM Min. Ten Brig Ar William de  
Oliveira Barros.....STM 19/137

0000010-81.2001.7.01.0101  
(2008.01.049902-8)-DF Min. Ten Brig Ar William de  
Oliveira Barros.....STM 19/148

---

**HABEASCORPUS**

0000027-44.2010.7.00.0000-PA	Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos .....STM 19/189
0000051-72.2010.7.00.0000	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior .....STM 19/199
0000072-48.2010.7.00.0000-PI	Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira...STM 19/203

**MANDADO DE SEGURANÇA**

0000068-45.2009.7.00.0000 (2009.01.000744-0)	Min. Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes.....STM 19/213
0000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8-DF)	Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha .....STM 19/225
0000141-80.2010.7.00.0000	Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.....STM 19/261

**QUESTÃO ADMINISTRATIVA**

0000024-89.2010.7.00.0000-PR	Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.....STM 19/349
------------------------------	---

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

0000060-22.2009.7.08.0008-PA	Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.....STM 19/369
------------------------------	--

**REVISÃO CRIMINAL**

0000012-80.2007.7.00.0000-PA (2007.01.001323-3)	Min. Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.....STM 19/377
--	--



## ÍNDICE DE ASSUNTO

Acesso a documento público. Acesso a processo judicial. Extração de cópia de processo judicial. Candidato a cargo público. Litisconsortes passivos necessários. Inexistência. Preliminar de imprescindibilidade de citação prévia. Não acolhimento. Constitucionalidade de lei. Competência. Supremo Tribunal Federal. Preliminar de mérito. Não acolhimento. Direito à informação. Processo público. Garantia constitucional. Mandado de segurança. Concessão. Decisão majoritária. Art. 46 a 49, Lei 5.869/1973. Art. 24, Lei 12.016/2009. Lei 8.159/1991. Lei 11.111/2005. Art. 5º, IX, XIV, XXXIII, CF. MS nº 0000141-80.2010.7.00.0000.

Acesso a processo judicial. Extração de cópia de processo judicial. Acesso a documento público. Candidato a cargo público. Litisconsortes passivos necessários. Inexistência. Preliminar de imprescindibilidade de citação prévia. Não acolhimento. Constitucionalidade de lei. Competência. Supremo Tribunal Federal. Preliminar de mérito. Não acolhimento. Direito à informação. Processo público. Garantia constitucional. Mandado de segurança. Concessão. Decisão majoritária. Art. 46 a 49, Lei 5.869/1973. Art. 24, Lei 12.016/2009. Lei 8.159/1991. Lei 11.111/2005. Art. 5º, IX, XIV, XXXIII, CF. MS nº 0000141-80.2010.7.00.0000.

Acidente de trânsito. Lesão corporal culposa. Homicídio culposo. Inexigibilidade de conduta diversa. Apelação. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime. Art. 206 § 2º, CPM. Ap. nº 0000017-33.2007.7.12.0012 (2008.01.050985-2) – AM.

Apelação. Deserção. Engajamento militar. Preliminar de extinção do processo. Não acolhimento. Apelo defensivo improvido. Decisão unânime. Art. 187 c/c art. 189, I. Ap. nº 0000111-31-2009.7.01.0201 – RJ

Apelação. Deserção. Preliminar de não conhecimento. Licenciamento do serviço ativo. Fase recursal. Perda da condição de prosseguibilidade da ação. Ilegitimidade passiva. Habeas Corpus de ofício. Nulidade. Sentença condenatória. Apelo defensivo provido. Decisão unânime. Art. 470 c/c art. 467, art. 468, art. 500, II, CPPM. Ap. nº 0000051-53.2009.7.05.0005 – PR

Apelação. Estelionato. Pensão militar. Falsidade ideológica. Crime contra a previdência militar. Preliminar de inépcia da denúncia. Indeferimento. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 69, CPM. Ap. nº 0000034-47.2008.7.01.0301 – RJ

Apelação. Estelionato. Pensão militar. Previdência social. Pensionista. Óbito. Administração militar. Indução ao erro. Depósito indevido. Dolo. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 251 c/c art. 53, CPM. Ap. (FO) nº 0000007-09.2006.7.06.0006 (2009.01.051248-9) – BA.

Apelação. Furto qualificado. Impedimento da consumação. Prisão em flagrante. Crime impossível. Tentativa inidônea. Inocorrência. Restituição do bem. Ausência de voluntariedade. Provimento parcial. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Ap. (FO) nº 0000020-21.2008.7.03.0103 (2009.01.051466-0) – RS

Apelação. Furto. Prisão em flagrante. Menoridade penal. Inimputabilidade do réu. Habeas Corpus de ofício. Trancamento de ação penal. Nulidade. Sentença absolutória. Porte ilegal de arma. Incompetência. Justiça militar da União. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Art. 228, CF. Ap. nº 0000026-70.2008.7.01.0301 (2008.01.051209-8) – RJ

Apelação. Homicídio culposo. Lesão corporal culposa. Acidente de trânsito. Inexigibilidade de conduta diversa. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime. Art. 206 § 2º, CPM. Ap. nº 0000017-33.2007.7.12.0012 (2008.01.050985-2) – AM.

Apelação. Peculato. Condenação por desclassificação. Apropriação indébita. Preliminar de intempestividade. Rejeitada por unanimidade. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime. Art. 248, parágrafo único c/c art. 73, CPM. Ap. nº 0000006-91.2006.7.07.0007 (2007.01.050766-3) – PE

Apelação. Porte de entorpecente. Área sujeita à administração militar. Condenação à revelia. Preliminar de incompetência. Superveniência da Lei n.º 11.343/2006. Revogação tácita art. 290, CPM. Inocorrência. Prevalência do princípio da especialidade. Justiça Militar da União. Preliminar de nulidade do processo. Decisão de reconsideração. Exame de sanidade mental. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Apelo defensivo improvido. Decisão unânime. Art. 9º; art. 290, CPM. Art. 366, CPP. Art. 292, CPPM. Art. 9º, CPM. Ap. n.º 0000048-83.2007.7.11.0011 – DF (2009.01.051375-2 – DF).

Apropriação indébita. Peculato. Condenação por desclassificação. Apelação. Preliminar de intempestividade. Rejeitada por unanimidade. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime. Art. 248, parágrafo único c/c art. 73, CPM. Ap. n.º 0000006-91.2006.7.07.0007 (2007.01.050766-3) – PE

Atipicidade de conduta. Deserção. Constrangimento ilegal. Ação preventiva. Ausência de militar. Autorização. Decisão judicial. Trancamento de instrução provisória de deserção. Habeas Corpus preventivo. Concessão. Decisão unânime. HC n.º 0000072-48.2010.7.00.0000 – PI.

Candidato a cargo público. Acesso a documento público. Acesso a processo judicial. Extração de cópia de processo judicial. Litisconsortes passivos necessários. Inexistência. Preliminar de imprescindibilidade de citação prévia. Não acolhimento. Constitucionalidade de lei. Competência. Supremo Tribunal Federal. Preliminar de mérito. Não acolhimento. Direito à informação. Processo público. Garantia constitucional. Mandado de segurança. Concessão. Decisão majoritária. Art. 46 a 49, Lei 5.869/1973. Art. 24, Lei 12.016/2009. Lei 8.159/1991. Lei 11.111/2005. Art. 5º, IX, XIV, XXXIII, CF. MS n.º 0000141-80.2010.7.00.0000.

Código de Processo Civil. Aplicação analógica. Deserção. Instrução Provisória. Legitimidade. Juiz-Auditor Corregedor. Representação. Preliminar de não conhecimento. Não acolhimento. Citação de Indiciado. Preliminar de prejudicialidade do mérito. Não acolhimento. Desertor. Comportamento desonroso. Irrelevância. Correição Parcial. Arquivamento. Decisão de arquivamento desconstituída. Correição parcial deferida parcialmente. Decisão majoritária. Art. 457, §§ 1º e 2º, CPPM. CP (FE) n.º 0000004-63.2005.7.03.0203 – DF (2062-9).

Competência. Justiça Militar da União. Questão Administrativa. Contribuição corporativa. Contribuição parafiscal. Contribuição sindical compulsória. Servidor judiciário. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Falta de amparo legal. Mandado de segurança denegado. Decisão unânime. Art. 149, CF. Art. 578 a 610, CLT. MS nº 0000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8 – DF).

Competência. Justiça Militar da União. Recurso em Sentido Estrito. Fiscalização naval. Agente militar. Corrupção. Crime militar. Decisão unânime. Art. 9º, II, c, Art. 305, CPM. RSE nº 0000060.22.2009.7.08.0008 – PA.

Competência. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade de lei. Candidato a cargo público. Acesso a documento público. Acesso a processo judicial. Extração de cópia de processo judicial. Litisconsortes passivos necessários. Inexistência. Preliminar de imprescindibilidade de citação prévia. Não acolhimento. Preliminar de mérito. Não acolhimento. Direito à informação. Processo público. Garantia constitucional. Mandado de segurança. Concessão. Decisão majoritária. Art. 46 a 49, Lei 5.869/1973. Art. 24, Lei 12.016/2009. Lei 8.159/1991. Lei 11.111/2005. Art. 5º, IX, XIV, XXXIII, CF. MS nº 0000141-80.2010.7.00.0000.

Condenação à revelia. Porte de entorpecente. Área sujeita à administração militar. Apelação. Preliminar de incompetência. Superveniência da Lei n.º 11.343/2006. Revogação tácita art. 290, CPM. Inocorrência. Prevalência do princípio da especialidade. Justiça Militar da União. Preliminar de nulidade do processo. Decisão de reconsideração. Exame de sanidade mental. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Apelo defensivo improvido. Decisão unânime. Art. 9º; art. 290, CPM. Art. 366, CPP. Art. 292, CPPM. Art. 9º, CPM. Ap. nº 0000048-83.2007.7.11.0011 - DF (2009.01.051375-2 – DF).

Condenação por desclassificação. Peculato. Apropriação indébita. Apelação. Preliminar de intempestividade. Rejeitada por unanimidade. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime. Art. 248, parágrafo único c/c art. 73, CPM. Ap. nº 0000006-91.2006.7.07.0007 (2007.01.050766-3) – PE

Constitucionalidade de lei. Competência. Supremo Tribunal Federal. Candidato a cargo público. Acesso a documento público. Acesso a processo judicial. Extração de cópia de processo judicial. Litiscon-

- sortes passivos necessários. Inexistência. Preliminar de imprescindibilidade de citação prévia. Não acolhimento. Preliminar de mérito. Não acolhimento. Direito à informação. Processo público. Garantia constitucional. Mandado de segurança. Concessão. Decisão majoritária. Art. 46 a 49, Lei 5.869/1973. Art. 24, Lei 12.016/2009. Lei 8.159/1991. Lei 11.111/2005. Art. 5º, IX, XIV, XXXIII, CF. MS nº 0000141-80.2010.7.00.0000.
- Constrangimento ilegal. Ação preventiva. Deserção. Ausência de militar. Autorização. Decisão judicial. Atipicidade de conduta. Trancamento de instrução provisória de deserção. Habeas Corpus preventivo. Concessão. Decisão unânime. HC nº 0000072-48.2010.7.00.0000 – PI.
- Constrangimento ilegal. Ausência. Deserção. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Contagem do prazo. Regra do art. 132, CPM. Trancamento de ação penal. Impossibilidade. Habeas Corpus denegado. Decisão majoritária. Art. 132, CPM. HC nº 0000051-72.2010.7.00.0000 – RJ
- Contribuição corporativa. Contribuição parafiscal. Contribuição sindical compulsória. Servidor judiciário. Questão Administrativa. Competência. Justiça Militar da União. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Falta de amparo legal. Mandado de segurança denegado. Decisão unânime. Art. 149, CF. Art. 578 a 610, CLT. MS nº 0000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8 – DF).
- Contribuição parafiscal. Contribuição corporativa. Contribuição sindical compulsória. Servidor judiciário. Questão Administrativa. Competência. Justiça Militar da União. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Falta de amparo legal. Mandado de segurança denegado. Decisão unânime. Art. 149, CF. Art. 578 a 610, CLT. MS nº 0000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8 – DF).
- Contribuição sindical compulsória. Contribuição corporativa. Contribuição parafiscal. Servidor judiciário. Questão Administrativa. Competência. Justiça Militar da União. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Falta de amparo legal. Mandado de segurança denegado. Decisão unânime. Art. 149, CF. Art. 578 a 610, CLT. MS nº 0000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8 – DF).
- Correição Parcial. Deserção. Instrução Provisória. Legitimidade. Jiz-Auditor Corregedor. Representação. Preliminar de não conheci-

- mento. Não acolhimento. Citação de Indiciado. Código de processo civil. Aplicação analógica. Preliminar de prejudicialidade do mérito. Não acolhimento. Desertor. Comportamento desonroso. Irrelevância. Decisão de arquivamento desconstituída. Correção parcial deferida parcialmente. Decisão majoritária. Art. 457, §§ 1º e 2º, CPPM. CP (FE) nº 0000004-63.2005.7.03.0203 – DF (2062-9).
- Correção Parcial. Inquérito Policial Militar. Arquivamento. Requerimento. Ministério Público Militar. Erro de procedimento. Inexistência. Preliminar de não conhecimento. Acolhimento. Decisão majoritária. Art. 498, b, CPPM. CP nº 0000061-77.2010.7.01.0101 – DF.
- Corrupção. Agente militar. Fiscalização naval. Crime militar. Recurso em Sentido Estrito. Competência. Justiça Militar da União. Decisão unânime. Art. 9º, II, c, Art. 305, CPM. RSE nº 0000060.22.2009.7.08.0008 – PA.
- Crime contra a previdência militar. Falsidade ideológica. Pensão militar. Estelionato. Apelação. Falsidade ideológica. Preliminar de inépcia da denúncia. Indeferimento. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 69, CPM. Ap. nº 0000034-47.2008.7.01.0301 – RJ.
- Crime impossível. Furto qualificado. Impedimento da consumação. Prisão em flagrante. Tentativa inidônea. Inocorrência. Restituição do bem. Ausência de voluntariedade. Apelação. Provimento parcial. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Ap. (FO) nº 0000020-21.2008.7.03.0103 (2009.01.051466-0) – RS.
- Crime militar. Corrupção. Agente militar. Fiscalização naval. Recurso em Sentido Estrito. Competência. Justiça Militar da União. Decisão unânime. Art. 9º, II, c, Art. 305, CPM. RSE nº 0000060.22.2009.7.08.0008 – PA.
- Crime militar. Inexistência. Delito contra a honra. Réu civil. Ofensa a oficial militar. Divulgação. Rede social eletrônica. Habeas Corpus. Incompetência. Justiça Militar da União. Recebimento da denúncia. Nulidade. Trancamento de ação penal. Remessa dos autos. Justiça comum. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 466, 467, i, art. 500, I, CPPM. HC nº 0000027-44.2010.7.00.0000 – PA.
- Crime Preterdoloso. Resultado morte. Lesão corporal. Maus tratos. Treinamento militar. Omissão. Princípio da razoabilidade. Princípio da

- proporcionalidade. Violação. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.
- Crime. Furto simples. Desclassificação. Revisão Criminal. Preliminar de não conhecimento. Falta de amparo legal. Deferido. Decisão unânime. Art. 550,551, CPPM. RevCri (FO) nº 000012-80.2007.7.00.0000 – PA (2007.01.001323-3).
- Delito contra a honra. Réu civil. Ofensa a oficial militar. Divulgação. Rede social eletrônica. Habeas Corpus. Crime militar. Inexistência. Incompetência. Justiça Militar da União. Recebimento da denúncia. Nulidade. Trancamento de ação penal. Remessa dos autos. Justiça comum. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 466, 467, i, art. 500, I, CPPM. HC nº 0000027-44.2010.7.00.0000 – PA.
- Deserção. Constrangimento ilegal. Ação preventiva. Ausência de militar. Autorização. Decisão judicial. Atipicidade de conduta. Trancamento de instrução provisória de deserção. Habeas Corpus preventivo. Concessão. Decisão unânime. HC nº 0000072-48.2010.7.00.0000 – PI.
- Deserção. Constrangimento ilegal. Ausência. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Contagem do prazo. Regra do art. 132, CPM. Trancamento de ação penal. Impossibilidade. Habeas Corpus denegado. Decisão majoritária. Art. 132, CPM. HC nº 0000051-72.2010.7.00.0000 – RJ
- Deserção. Engajamento militar. Preliminar de extinção do processo. Não acolhimento. Apelação. Apelo defensivo improvido. Decisão unânime. Art. 187 c/c art. 189, I. Ap. nº 0000111-31-2009.7.01.0201 – RJ
- Deserção. Instrução Provisória. Legitimidade. Juiz-Auditor Corregedor. Representação. Preliminar de não conhecimento. Não acolhimento. Citação de Indiciado. Código de Processo Civil. Aplicação analógica. Preliminar de prejudicialidade do mérito. Não acolhimento. Desertor. Comportamento desonroso. Irrelevância. Correição Par-

- cial. Arquivamento. Decisão de arquivamento desconstituída. Correição parcial deferida parcialmente. Decisão majoritária. Art. 457, §§ 1º e 2º, CPPM. CP (FE) nº 0000004-63.2005.7.03.0203 – DF (2062-9).
- Deserção. Preliminar de não conhecimento. Licenciamento do serviço ativo. Fase recursal. Perda da condição de prosseguibilidade da ação. Ilegitimidade passiva. Habeas Corpus de ofício. Nulidade. Sentença condenatória. Apelação. Apelo defensivo provido. Decisão unânime. Art. 470 c/c art. 467, art. 468, art. 500, II, CPPM. Ap. nº 0000051-53.2009.7.05.0005 – PR.
- Desertor. Comportamento desonroso. Irrelevância. Deserção. Instrução Provisória. Legitimidade. Juiz-Auditor Corregedor. Representação. Preliminar de não conhecimento. Não acolhimento. Citação de Indiciado. Código de Processo Civil. Aplicação analógica. Preliminar de prejudicialidade do mérito. Não acolhimento. Correição Parcial. Arquivamento. Decisão de arquivamento desconstituída. Correição parcial deferida parcialmente. Decisão majoritária. Art. 457, §§ 1º e 2º, CPPM. CP (FE) nº 0000004-63.2005.7.03.0203 – DF (2062-9).
- Embargos. Homicídio. Sentença condenatória. Representação de indignidade para o oficialato. Perda do posto e patente. Dilação probatória. Ausência de novos elementos. Embargo de nulidade. Rejeitado. Embargo infringente. Rejeitado. Decisão unânime. Art. 142, § 3º, VI, VII, CF. Art. 205, § 2º, II, III, IV, VI, art. 70, II, m c/c art. 73, CPM. Emb. (FO) nº 0000008-43.2007.7.00.0000 (2009.01.000054-6) – AM.
- Embargos. Maus tratos. Lesão. Resultado morte. Treinamento militar. Omissão. Crime Preterdoloso. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.
- Engajamento militar. Deserção. Preliminar de extinção do processo. Não acolhimento. Apelação. Apelo defensivo improvido. Decisão unânime.

nime. Art. 187 c/c art. 189, I. Ap. nº 0000111-31-2009.7.01.0201 – RJ

Erro de procedimento. Inexistência. Correição Parcial. Inquérito Policial Militar. Arquivamento. Requerimento. Ministério Público Militar. Preliminar de não conhecimento. Acolhimento. Decisão majoritária. Art. 498, b, CPPM. CP nº 0000061-77.2010.7.01.0101 – DF.

Estelionato. Apelação. Pensão militar. Falsidade ideológica. Crime contra a previdência militar. Preliminar de inépcia da denúncia. Indeferimento. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 69, CPM. Ap. nº 0000034-47.2008.7.01.0301 – RJ

Estelionato. Pensão militar. Previdência social. Pensionista. Óbito. Administração militar. Indução ao erro. Depósito indevido. Dolo. Apelação. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 251 c/c art. 53, CPM. Ap. (FO) nº 0000007-09.2006.7.06.0006 (2009.01.051248-9) – BA.

Exame de sanidade mental. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Porte de entorpecente. Área sujeita à administração militar. Apelação. Condenação à revelia. Preliminar de incompetência. Superveniência da Lei nº 11.343/2006. Revogação tácita art. 290, CPM. Inocorrência. Prevalência do princípio da especialidade. Justiça Militar da União. Preliminar de nulidade do processo. Decisão de reconsideração. Apelo defensivo improvido. Decisão unânime. Art. 9º; art. 290, CPM. Art. 366, CPP. Art. 292, CPPM. Art. 9º, CPM. Ap. nº 0000048-83.2007.7.11.0011 - DF (2009.01.051375-2 – DF).

Extinção de punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Redução da pena. Mínimo legal. Lesão corporal. Maus tratos. Resultado morte. Treinamento militar. Omissão. Crime Preterdoloso. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Falsidade ideológica. Pensão militar. Estelionato. Apelação. Falsidade ideológica. Crime contra a previdência militar. Preliminar de inépcia

- da denúncia. Indeferimento. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 69, CPM. Ap. nº 0000034-47.2008.7.01.0301 – RJ
- Férias. Magistrado. Disponibilidade. Questão Administrativa. Concessão de férias. Indeferimento. Concessão de adicional de férias. Deferido. Decisão unânime. QA nº 0000024-89.2010.7.00.0000 – PR
- Fiscalização naval. Agente militar. Corrupção. Crime militar. Recurso em Sentido Estrito. Competência. Justiça Militar da União. Decisão unânime. Art. 9º, II, c, Art. 305, CPM. RSE nº 0000060.22.2009.7.08.0008 – PA.
- Furto qualificado. Impedimento da consumação. Prisão em flagrante. Crime impossível. Tentativa inidônea. Inocorrência. Restituição do bem. Ausência de voluntariedade. Apelação. Provimento parcial. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Ap. (FO) nº 0000020-21.2008.7.03.0103 (2009.01.051466-0) – RS.
- Furto simples. Crime. Desclassificação. Revisão Criminal. Preliminar de não conhecimento. Falta de amparo legal. Deferido. Decisão unânime. Art. 550,551, CPPM. RevCri (FO) nº 0000012-80.2007.7.00.0000 – PA (2007.01.001323-3).
- Furto. Prisão em flagrante. Menoridade penal. Inimputabilidade do réu. Habeas Corpus de ofício. Trancamento de ação penal. Nulidade. Sentença absolutória. Porte ilegal de arma. Apelação. Incompetência. Justiça militar da União. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Art. 228, CF. Ap. nº 0000026-70.2008.7.01.0301 (2008.01.051209-8) – RJ
- Habeas Corpus de ofício. Menoridade penal. Furto. Prisão em flagrante. Inimputabilidade do réu. Trancamento de ação penal. Nulidade. Sentença absolutória. Porte ilegal de arma. Apelação. Incompetência. Justiça militar da União. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Art. 228, CF. Ap. nº 0000026-70.2008.7.01.0301 (2008.01.051209-8) – RJ
- Habeas Corpus. Delito contra a honra. Réu civil. Ofensa a oficial militar. Divulgação. Rede social eletrônica. Crime militar. Inexistência. Incompetência. Justiça Militar da União. Recebimento da denúncia. Nulidade. Trancamento de ação penal. Remessa dos autos. Justiça

comum. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 466, 467, i, art. 500, I, CPPM. HC nº 0000027-44.2010.7.00.0000 – PA.

Habeas Corpus. Deserção. Constrangimento ilegal. Ação preventiva. Ausência de militar. Autorização. Decisão judicial. Atipicidade de conduta. Trancamento de instrução provisória de deserção. Habeas Corpus preventivo. Concessão. Decisão unânime. HC nº 0000072-48.2010.7.00.0000 – PI.

Habeas Corpus. Deserção. Constrangimento ilegal. Ausência. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Contagem do prazo. Regra do art. 132, CPM. Trancamento de ação penal. Impossibilidade. Habeas Corpus denegado. Decisão majoritária. Art. 132, CPM. HC nº 0000051-72.2010.7.00.0000 – RJ.

Homicídio culposo. Lesão corporal culposa. Acidente de trânsito. Inexigibilidade de conduta diversa. Apelação. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime. Art. 206 § 2º, CPM. Ap. nº 0000017-33.2007.7.12.0012 (2008.01.050985-2) – AM.

Homicídio. Sentença condenatória. Representação de indignidade para o oficialato. Perda do posto e patente. Dilação probatória. Ausência de novos elementos. Embargos. Embargo de nulidade. Rejeitado. Embargos infringentes. Rejeitado. Decisão unânime. Art. 142, § 3º, VI, VII, CF. Art. 205, § 2º, II, III, IV, VI, art. 70, II, m c/c art. 73, CPM. Emb. (FO) nº 0000008-43.2007.7.00.0000 (2009.01.000054-6) – AM.

Incompetência. Justiça Militar da União. Crime militar. Inexistência. Delito contra a honra. Réu civil. Ofensa a oficial militar. Divulgação. Rede social eletrônica. Habeas Corpus. Recebimento da denúncia. Nulidade. Trancamento de ação penal. Remessa dos autos. Justiça comum. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 466, 467, i, art. 500, I, CPPM. HC nº 0000027-44.2010.7.00.0000 – PA.

Inquérito Policial Militar. Correição Parcial. Arquivamento. Requerimento. Ministério Público Militar. Erro de procedimento. Inexistência. Preliminar de não conhecimento. Acolhimento. Decisão majoritária. Art. 498, b, CPPM. CP nº 0000061-77.2010.7.01.0101 – DF.

Lesão corporal culposa. Homicídio culposo. Acidente de trânsito. Inexigibilidade de conduta diversa. Apelação. Apelo ministerial improvi-

do. Decisão unânime. Art. 206 § 2º, CPM. Ap. nº 0000017-33.2007.7.12.0012 (2008.01.050985-2) – AM.

Lesão corporal. Maus tratos. Resultado morte. Treinamento militar. Omissão. Crime Preterdoloso. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Licenciamento do serviço ativo. Fase recursal. Deserção. Preliminar de não conhecimento. Perda da condição de prosseguibilidade da ação. Ilegitimidade passiva. Habeas Corpus de ofício. Nulidade. Sentença condenatória. Apelação. Apelo defensivo provido. Decisão unânime. Art. 470 c/c art. 467, art. 468, art. 500, II, CPPM. Ap. nº 0000051-53.2009.7.05.0005 – PR.

Litisconsortes passivos necessários. Inexistência. Candidato a cargo público. Acesso a documento público. Acesso a processo judicial. Extração de cópia de processo judicial. Preliminar de imprescindibilidade de citação prévia. Não acolhimento. Constitucionalidade de lei. Competência. Supremo Tribunal Federal. Preliminar de mérito. Não acolhimento. Direito à informação. Processo público. Garantia constitucional. Mandado de segurança. Concessão. Decisão majoritária. Art. 46 a 49, Lei 5.869/1973. Art. 24, Lei 12.016/2009. Lei 8.159/1991. Lei 11.111/2005. Art. 5º, IX, XIV, XXXIII, CF. MS nº 0000141-80.2010.7.00.0000.

Mandado de Segurança. Acesso a processo judicial. Extração de cópia de processo judicial. Acesso a documento público. Candidato a cargo público. Litisconsortes passivos necessários. Inexistência. Preliminar de imprescindibilidade de citação prévia. Não acolhimento. Constitucionalidade de lei. Competência. Supremo Tribunal Federal. Preliminar de mérito. Não acolhimento. Direito à informação. Processo público. Garantia constitucional. Mandado de segurança. Concessão. Decisão majoritária. Art. 46 a 49, Lei 5.869/1973. Art. 24, Lei 12.016/2009. Lei 8.159/1991. Lei 11.111/2005. Art. 5º, IX, XIV, XXXIII, CF. MS nº 0000141-80.2010.7.00.0000.

Mandado de Segurança. Contribuição corporativa. Contribuição parafiscal. Contribuição sindical compulsória. Servidor judiciário. Questão Administrativa. Competência. Justiça Militar da União. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Falta de amparo legal. Mandado de segurança denegado. Decisão unânime. Art. 149, CF. Art. 578 a 610, CLT. MS nº 00000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8 – DF).

Mandado de Segurança. Ministério Público Militar. Nulidade processual. Falta de amparo legal. Preliminar de não conhecimento. Acolhida. Decisão unânime. MS0000068-45.2009.7.00.0000 (2009.01.000744-0).

Maus tratos. Lesão corporal. Resultado morte. Treinamento militar. Omissão. Crime Preterdoloso. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Menoridade penal. Furto. Prisão em flagrante. Inimputabilidade do réu. Habeas Corpus de ofício. Trancamento de ação penal. Nulidade. Sentença absolutória. Porte ilegal de arma. Apelação. Incompetência. Justiça militar da União. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Art. 228, CF. Ap. nº 0000026-70.2008.7.01.0301 (2008.01.051209-8) – RJ

Nulidade processual. Falta de amparo legal. Mandado de Segurança. Ministério Público Militar. Preliminar de não conhecimento. Acolhida. Decisão unânime. MS 0000068-45.2009.7.00.0000 (2009.01.000744-0).

Ofensa a oficial militar. Divulgação. Delito contra a honra. Réu civil. Rede social eletrônica. Habeas Corpus. Crime militar. Inexistência. Incompetência. Justiça Militar da União. Recebimento da denúncia. Nulidade. Trancamento de ação penal. Remessa dos autos. Justiça comum. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 466, 467, i, art. 500, I, CPPM. HC nº 0000027-44.2010.7.00.0000 – PA.

Peculato. Condenação por desclassificação. Apropriação indébita. Apelação. Preliminar de intempestividade. Rejeitada por unanimidade. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime. Art. 248, parágrafo

único c/c art. 73, CPM. Ap. nº 0000006-91.2006.7.07.0007 (2007.01.050766-3) – PE

Pensão militar. Estelionato. Apelação. Falsidade ideológica. Crime contra a previdência militar. Preliminar de inépcia da denúncia. Indeferimento. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 69, CPM. Ap. nº 0000034-47.2008.7.01.0301 – RJ

Pensão militar. Previdência social. Estelionato. Pensionista. Óbito. Administração militar. Indução ao erro. Depósito indevido. Dolo. Apelação. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 251 c/c art. 53, CPM. Ap. (FO) nº 0000007-09.2006.7.06.0006 (2009.01.051248-9) – BA.

Pensionista. Óbito. Administração militar. Indução ao erro. Depósito indevido. Estelionato. Pensão militar. Previdência social. Dolo. Apelação. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 251 c/c art. 53, CPM. Ap. (FO) nº 0000007-09.2006.7.06.0006 (2009.01.051248-9) – BA.

Perda do posto e patente. Homicídio. Sentença condenatória. Representação de indignidade para o oficialato. Dilação probatória. Ausência de novos elementos. Embargos. Embargo de nulidade. Rejeitado. Embargos infringentes. Rejeitado. Decisão unânime. Art. 142, § 3º, VI, VII, CF. Art. 205, § 2º, II, III, IV, VI, art. 70, II, m c/c art. 73, CPM. Emb. (FO) nº 0000008-43.2007.7.00.0000 (2009.01.000054-6) – AM.

Porte de entorpecente. Área sujeita à administração militar. Apelação. Condenação à revelia. Preliminar de incompetência. Superveniência da Lei nº 11.343/2006. Revogação tácita art. 290, CPM. Inocorrência. Prevalência do princípio da especialidade. Justiça Militar da União. Preliminar de nulidade do processo. Decisão de reconsideração. Exame de sanidade mental. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Apelo defensivo improvido. Decisão unânime. Art. 9º; art. 290, CPM. Art. 366, CPP. Art. 292, CPPM. Art. 9º, CPM. Ap. nº 0000048-83.2007.7.11.0011 - DF (2009.01.051375-2 – DF).

Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Redução da pena. Mínimo legal. Lesão corporal. Maus tratos. Resultado morte. Treinamento militar. Omissão. Crime Preterdoloso. Princípio da ra-

zoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Contagem do prazo. Regra do art. 132, CPM. Deserção. Constrangimento ilegal. Ausência. Trancamento de ação penal. Impossibilidade. Habeas Corpus denegado. Decisão majoritária. Art. 132, CPM. HC nº 0000051-72.2010.7.00.0000 – RJ

Previdência social. Pensão militar. Estelionato. Pensionista. Óbito. Administração militar. Indução ao erro. Depósito indevido. Dolo. Apelação. Apelo improvido. Decisão unânime. Art. 251 c/c art. 53, CPM. Ap. (FO) nº 0000007-09.2006.7.06.0006 (2009.01.051248-9) – BA.

Princípio da proporcionalidade. Violação. Crime Preterdoloso. Resultado morte. Lesão corporal. Maus tratos. Treinamento militar. Omissão. Princípio da razoabilidade. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Princípio da razoabilidade. Crime Preterdoloso. Resultado morte. Lesão corporal. Maus tratos. Treinamento militar. Omissão. Princípio da proporcionalidade. Violação. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Prisão em flagrante. Furto qualificado. Impedimento da consumação. Crime impossível. Tentativa inidônea. Inocorrência. Restituição do bem. Ausência de voluntariedade. Apelação. Provimento parcial. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Ap. (FO) nº 0000020-21.2008.7.03.0103 (2009.01.051466-0) – RS.

Prisão em flagrante. Furto. Menoridade penal. Inimputabilidade do réu. Habeas Corpus de ofício. Trancamento de ação penal. Nulidade. Sentença absolutória. Porte ilegal de arma. Apelação. Incompetência. Justiça militar da União. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Art. 228, CF. Ap. nº 0000026-70.2008.7.01.0301 (2008.01.051209-8) – RJ

Questão Administrativa. Competência. Justiça Militar da União. Contribuição corporativa. Contribuição parafiscal. Contribuição sindical compulsória. Servidor judiciário. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Falta de amparo legal. Mandado de segurança denegado. Decisão unânime. Art. 149, CF. Art. 578 a 610, CLT. MS nº 0000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8 – DF).

Questão Administrativa. Férias. Magistrado. Disponibilidade. Concessão de férias. Indeferimento. Concessão de adicional de férias. Deferido. Decisão unânime. QA nº 0000024-89.2010.7.00.0000 – PR

Recurso em Sentido Estrito. Competência. Justiça Militar da União. Fiscalização naval. Agente militar. Corrupção. Crime militar. Decisão unânime. Art. 9º, II, c, Art. 305, CPM. RSE nº 0000060.22.2009.7.08.0008 – PA.

Rede social eletrônica. Delito contra a honra. Réu civil. Ofensa a oficial militar. Divulgação. Habeas Corpus. Crime militar. Inexistência. Incompetência. Justiça Militar da União. Recebimento da denúncia. Nulidade. Trancamento de ação penal. Remessa dos autos. Justiça comum. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 466, 467, i, art. 500, I, CPPM. HC nº 0000027-44.2010.7.00.0000 – PA.

Redução da pena. Mínimo legal. Lesão corporal. Maus tratos. Resultado morte. Treinamento militar. Omissão. Crime Preterdoloso. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Representação de indignidade para o oficialato. Homicídio. Sentença condenatória. Perda do posto e patente. Dilação probatória. Au-

sência de novos elementos. Embargos. Embargo de nulidade. Rejeitado. Embargos infringentes. Rejeitado. Decisão unânime. Art. 142, § 3º, VI, VII, CF. Art. 205, § 2º, II, III, IV, VI, art. 70, II, m c/c art. 73, CPM. Emb. (FO) nº 0000008-43.2007.7.00.0000 (2009.01.000054-6) – AM.

Resultado morte. Lesão corporal. Maus tratos. Treinamento militar. Omissão. Crime Preterdoloso. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.

Réu civil. Delito contra a honra. Ofensa a oficial militar. Divulgação. Rede social eletrônica. Habeas Corpus. Crime militar. Inexistência. Incompetência. Justiça Militar da União. Recebimento da denúncia. Nulidade. Trancamento de ação penal. Remessa dos autos. Justiça comum. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 466, 467, i, art. 500, I, CPPM. HC nº 0000027-44.2010.7.00.0000 – PA.

Revisão Criminal. Crime. Furto simples. Desclassificação. Preliminar de não conhecimento. Falta de amparo legal. Deferido. Decisão unânime. Art. 550, 551, CPPM. RevCri (FO) nº 0000012-80.2007.7.00.0000 – PA (2007.01.001323-3).

Servidor judiciário. Questão Administrativa. Contribuição corporativa. Contribuição parafiscal. Contribuição sindical compulsória. Competência. Justiça Militar da União. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Falta de amparo legal. Mandado de segurança denegado. Decisão unânime. Art. 149, CF. Art. 578 a 610, CLT. MS nº 00000082-29.2009.7.00.0000 (2009.01.000745-8 – DF).

Trancamento de ação penal. Nulidade. Habeas Corpus de ofício. Menoridade penal. Furto. Prisão em flagrante. Inimputabilidade do réu. Sentença absolutória. Porte ilegal de arma. Apelação. Incompetência. Justiça militar da União. Decisão unânime. Art. 240, § 6º, inciso I, CPM. Art. 228, CF. Ap. nº 0000026-70.2008.7.01.0301 (2008.01.051209-8) – RJ

Treinamento militar. Omissão. Resultado morte. Lesão corporal. Maus tratos. Crime Preterdoloso. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. Violação. Redução da pena. Mínimo legal. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção de punibilidade. Decisão unânime. Embargos infringentes. Provimento parcial. Decisão majoritária. Art. 80, § 1º, II, RISTM. Art. 213, § 2º, CPM. Art. 123, IV c/c art. 125, VI, §§ 1º, 5º, II, art. 133, CPM. Emb. (FO) nº 0000010-81.2001.7.01.0101 (2008.01.049902-8) – DF.