

Jurisprudência do Superior Tribunal Militar



volumes 18
números 1-2

Janeiro/dezembro - 2009

ISSN 0104-0952

Superior Tribunal Militar

JURISPRUDÊNCIA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL MILITAR

v. 18
nº 1-2
jan.– dez. 2009

Brasília – DF

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
2009

PRESIDENTES:

Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre (De 29.02.2008 a 19.03.2009)
Dr. Carlos Alberto Marques Soares (A partir de 19.03.2009)

VICE-PRESIDENTES:

Dr. José Coêlho Ferreira (De 29.02.2008 a 19.03.2009)
Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo (A partir de 19.03.2009)

MINISTROS:

Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Flavio Flores da Cunha Bierrenbach (Aposentado em 17.10.2009)
Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos
Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues
Alte Esq Rayder Alencar da Silveira
Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto
Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ten Brig Ar William de Oliveira Barros
Gen Ex Renaldo Quintas Magioli
Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes
Ten Brig Ar José Américo dos Santos

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

(Sessão Administrativa nº 14, de 05.09.2007)
(Expediente Administrativo nº 18, de 09.09.2007)
(Sessão Administrativa nº 8, de 25.03.2009)
(Expediente Administrativo nº 07, de 25.03.2009)

PRESIDENTES:

Dr. Carlos Alberto Marques Soares (09.09.2007 a 25.03.2009)
Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre (A partir de 25.03.2009)

MEMBROS:

Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues (De 09.09.2007 a 25.03.2009)
Alte Esq Rayder Alencar da Silveira (De 09.09.2007 a 25.03.2009)
Alte Esq Rayder Alencar da Silveira (A partir de 25.03.2009)
Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes (A partir de 25.03.2009)

SUPLENTES:

Dra. Maria Elizabeht Guimarães Teixeira Rocha (De 09.09.2007 a 25.03.2009)
Ten Brig Ar William de Oliveira Barros (A partir de 25.03.2009)

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
Telefax: (061) 3224-1299
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 e formatação: DIDOC/SEDIV
Ficha Catalográfica: DIDOC/SEBIB

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

Apelação	09
Correição Parcial	142
Desaforamento	149
Habeas Corpus	153
Mandado de Segurança	203
Questão Administrativa.....	210
Recurso Criminal	236

ÍNDICES

Numérico	291
Assunto	295

Jurisprudência

APELAÇÃO Nº 2008.01.050993-3-RJ

APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL. REVOGAÇÃO DO ART. 305 DO CPPM EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988. EFEITO INTER PARTES. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA CORRÉUS MENORES. A prescrição foi verificada quanto aos corréus menores à época do fato delituoso. Tendo em vista a incompatibilidade com os ditames constitucionais, declara-se a revogação do art. 305 do Código de Processo Penal Militar pela Constituição Federal, pois o silêncio do acusado, por ocasião do interrogatório, não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em seu prejuízo, a teor do disposto no art. 5º, LXIII, da Lei Maior. Efeito inter partes. A doutrina e a jurisprudência entendem que há de ser considerada como causa interruptiva, para o cálculo da prescrição, não a data constante da Sentença em si, mas a de sua publicação. Mantida a condenação do réu maior por ocasião do crime, restando provada autoria e materialidade acerca do cometimento de lesões corporais. Concessão de sursis. PRELIMINARES ACOLHIDAS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Relatora – Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Revisor – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Apelantes – JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA, ex-Sd Aer, condenado à pena de 5 meses de detenção, como incurso no art. 209; ANDERSON DA SILVA, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA e SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JÚNIOR, ex-Sds Aer, condenados à pena de 3 meses de detenção, como incursos no art. 209, c/c o art. 72, inciso I; RONALDO RODE RESENDE, Sd Aer, condenado à pena de 3 meses de prisão, como incurso no art. 209, c/c o art. 72, inciso I, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos; e RAFAEL DE ANDRADE SILVA, Sd Aer, condenado à pena de 3 meses de prisão, como incurso no art. 209, c/c o art. 72, inciso I, com o direito de apelar em liberdade. Todos os dispositivos do CPM e todos os apelantes com o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 3/12/2007.

Advogada – Dra. Janete Zdanowski Ricci, Defensora Pública da União.

Decisão – O Tribunal, **por maioria**, nos termos do voto da Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (Relatora), acolheu a preliminar arguida pela Defesa e, tendo em vista a incompatibilidade com os ditames constitucionais, declarou a revogação do art. 305 do CPPM, visto que o silêncio do acusado, por ocasião do interrogatório, não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em seu prejuízo, contra os votos dos Ministros SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO, que rejeitava a preliminar, e JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS, que determinava o retorno dos autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar para manifestação quanto à preliminar suscitada pela Defesa; **por unanimidade**, em preliminar, declarou extinta a punibilidade dos Apelantes ANDERSON DA SILVA, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA, SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JÚNIOR, RONALDO RODE RESENDE e RAFAEL DE ANDRADE SILVA, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, do crime previsto no art. 209, c/c o art. 72, inciso I, ambos do CPM, imputado aos Apelantes, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII, § 1º, 129 e 133, todos do Código Penal Militar. Outrossim, manifestamente, não foi reconhecida a ocorrência da prescrição em favor do ex-Sd Aer JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA e, **no mérito, por unanimidade**, deu provimento parcial ao apelo da Defesa desse Apelante para, mantendo

a condenação imposta no Juízo **a quo**, conceder-lhe o benefício do **sursis** pelo prazo de 02 anos, com fulcro no art. 84 do CPM, determinando a observância das condições estabelecidas no art. 626, exceto a alínea "a", do CPPM, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM para presidir a audiência admonitória, **ex vi** do art. 611 da Lei Adjetiva Castrense. 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, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignácio 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. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 97ª sessão, 09.12.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar em, **por maioria**, nos termos do voto da Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (Relatora), acolher a preliminar arguida pela Defesa e, tendo em vista a incompatibilidade com os ditames constitucionais, declarar a revogação do art. 305 do CPPM, visto que o silêncio do acusado, por ocasião do interrogatório, não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em seu prejuízo; **por unanimidade**, em preliminar, declarar extinta a punibilidade dos Apelantes ANDERSON DA SILVA, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA, SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JÚNIOR, RONALDO RODE RESENDE e RAFAEL DE ANDRADE SILVA, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, do crime previsto no art. 209, c/c o art. 72, inciso I, ambos do CPM, imputado aos Apelantes, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII e § 1º, 129 e 133, todos do Código Penal Militar; outrossim, manifestamente, não foi reconhecida a ocorrência da prescrição em favor do ex-Sd Aer JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA e, **no mérito, por unanimidade**, dar provimento parcial ao apelo da Defesa

desse Apelante para, mantendo a condenação imposta no Juízo *a quo*, conceder-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, com fulcro no art. 84 do CPM, determinando a observância das condições estabelecidas no art. 626, exceto a alínea "a", do CPPM, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 da Lei Adjetiva Castrense.

Brasília-DF, 9 de dezembro de 2009 – Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Dr^ª. *Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, Ministra-Relatora – Ten Brig Ar *William de Oliveira Barros*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA, ANDERSON DA SILVA, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA, SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR, RONALDO RODE RESENDE e RAFAEL DE ANDRADE SILVA interpõem Recurso de Apelação contra decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar que os condenou pela prática do crime previsto no art. 209, *c/c* o art. 72, I, (exceto para o primeiro), e 59 (apenas para o quinto [Ronaldo] e o sexto [Rafael]), todos do CPM, respectivamente, à pena de detenção de 5 meses, o primeiro, e os demais de 3 meses, com direito de apelar em liberdade (fls. 245/253).

De acordo com a Denúncia ofertada com base nos Autos do Inquérito Policial Militar nº. 113/06, oriundos da Prefeitura de Aeronáutica do Galeão (fls. 2/4):

*“No dia 20 de agosto de 2006, por volta das 07h00min, o ofendido, Soldado Marcus Vinicius Ferreira da Silva, entrou, em aparente estado de embriaguez, no alojamento da Prefeitura de Aeronáutica do Galeão, onde já se encontravam os denunci-
ados.*

Não é possível determinar com certeza se foi ele vítima de brincadeiras por parte dos colegas, as quais refutou com impropérios, ou se já se dirigiu a eles de forma indevida, com palavras de baixo calão. No entanto, o fato é que o primeiro denun-

ciado, Soldado Jefferson de Medeiros Dutra, aproximou-se dele e, colocando a mão em seu ombro, perguntou-lhe se havia bebido, tentando acalmá-lo. O ofendido afastou, de forma brusca, a mão do primeiro denunciado de seu ombro, dizendo não querer conversar e continuando a dirigir improperios contra os presentes.

Os seis denunciados resolveram, então, dar-lhe uma lição. O primeiro denunciado deu-lhe uma rasteira, jogando-o no chão, e utilizou um balde para jogar água em seu rosto. Todos se armaram de pedaços de madeira e cabos de vassoura e passaram a agredir o ofendido. A seguir, o colocaram de pé e o obrigaram a se despir, colocando um balde plástico em sua cabeça. Forçaram-no, então, a entrar nos chuveiros, abrindo as torneiras e o molhando, alternadamente, com jatos de água quente e fria, ao mesmo tempo em que continuavam a bater em suas pernas e no balde que cobria sua cabeça, com os pedaços de madeira e cabos de vassoura. O corretivo se encerrou com os denunciados ordenando ao ofendido que gritasse repetidamente o brado de guerra da Prefeitura de Aeronáutica do Galeão.

Após os agressores se afastarem e deixarem o local, o ofendido procurou o 3º Sargento Sebastião Fernandes da Silva, a quem solicitou um remédio, pois estava sentindo dores pelo corpo. Inquirido pelo Sargento, acabou relatando o que se passara, alegando ter sido vítima de um trote aplicado pelos companheiros. O fato foi então levado ao conhecimento da Oficial-de-Dia às Vilas, Aspirante Michele Fatime Michelin, que percebeu que o ofendido apresentava dificuldades para andar e se queixava de muitas dores pelo corpo, acionando então a Seção de Investigação e Justiça da Base Aérea do Galeão e encaminhando o ofendido ao Hospital da Força Aérea do Galeão, para realização de exame de corpo de delito.

Do exame resultou o laudo de fls. 95 e 96, que pode ser complementado pelas fotos de fls. 24 a 29, e 32."

A Denúncia foi recebida em 31/10/2006 (fls. 102/103), deixando o Ministério Público Militar de oferecê-la contra o ofendido MARCUS VÍNÍCIUS FERREIRA DA SILVA, pela suposta embriaguez em serviço (art. 202 do CPM), por não dispor de laudo pericial específico, tendo sugerido que a conduta do militar fosse apreciada na esfera disciplinar (fl. 101).

Os acusados foram devidamente citados em 30/11/06 (fls. 111/116) e qualificados e interrogados (fls. 118/127 e 139), com a assistência da Defensoria Pública da União. Foram ouvidos o ofendido e duas testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar (fls. 152/153 e 154/156).

Pela defesa, prestaram depoimento duas testemunhas (fls. 174/175 e 176). Vieram aos autos as Certidões do Foro (fls. 87/92) e as Folhas de Antecedentes Criminais (fls. 219/227 e 229/231).

Constam, ainda, no processo, o Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 99/100) e as fotografias alusivas às lesões perpetradas pelos Ape-lantes (fls. 28/36).

A Procuradoria de Justiça Militar (fls. 184/186) e a Defesa (fls. 191/194), nos arrazoados de Alegações Escritas, pugnaram pela absolvição considerando não terem os denunciados confirmado, em juízo, suas confissões manifestadas no IPM, permanecendo em silêncio. Nesse particular, soma-se o fato de que a Acusação apenas apresentou prova circunstancial em relação à situação descrita na Denúncia, sem discriminar as condutas delitivas nem, tampouco, indicar os efetivos autores da agressão (fl. 186).

Na data do julgamento, o Órgão Ministerial e a Defesa ratificaram os pedidos anteriormente formalizados (fls. 241/242).

A Sentença (fls. 245/253) da 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, de 3 de dezembro de 2007, por unanimidade de votos, julgou procedente a Denúncia e condenou os acusados JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA, ANDERSON DA SILVA, RONALDO RODE RESENDE, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA, SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR e RAFAEL DE ANDRADE SILVA, como incurso nas sanções do art. 209, c/c os arts. 72, I (exceto para o primeiro), e 59 (apenas para RONALDO RODE RESENDE e RAFAEL DE ANDRADE E SILVA), todos do CPM, às seguintes penas: JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA, à pena de 5 (cinco) meses de detenção; ANDERSON DA SILVA, RONALDO RODE RESENDE, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA, SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR e RAFAEL DE ANDRADE SILVA, à pena de 3 (três) meses de detenção.

Considerou o *decisum* que JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA, ANDERSON DA SILVA, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA e SÉRGIO FER-

REIRA DOS SANTOS JUNIOR deixaram de ostentar o "status" de militar, assim o Conselho, sem divergência de votos, fixou-lhes o regime aberto para cumprimento inicial da pena, a teor do art. 62 do CPM, c/c o art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum.

Tendo em vista que RONALDO RODE RESENDE ostentava a condição de militar e preenchia os requisitos previstos no inciso II do art. 84 do Código Penal Militar, o Conselho concedeu-lhe o benefício da Suspensão Condicional da Pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante o cumprimento, no que couber, das condições previstas no art. 626 do CPPM, acrescidas da obrigação de comparecimento trimestral ao Juízo de execução.

Por fim, no tocante a RAFAEL DE ANDRADE SILVA, que durante a instrução probatória desertou, o Conselho, unanimemente, negou-lhe o *sursis*, com arrimo no art. 84, inciso II, do CPM.

A referida Decisão entendeu que o silêncio dos Acusados em juízo embora não representasse confissão e, portanto, não pudesse ser interpretado contra eles, serviu para esclarecer a controvérsia, *"porquanto dito silêncio, à luz do contexto fático probatório, longe de apontar para a dúvida ou suas inocências, corroborou a situação desenhada na peça vestibular"* (fl. 248).

A justificativa da fixação da pena-base acima do mínimo legal, ou seja, 5 meses, deu-se em virtude das circunstâncias judiciais do art. 69 do COM serem, em sua maioria, desfavoráveis aos acusados. No entanto, em razão da atenuante da menoridade a pena definitiva foi fixada em três meses, com exceção do acusado JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA que, à época do delito, tinha mais de 21 anos.

A Sentença foi lida e publicada na Sessão do Conselho de Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 1ª Auditoria da 1ª CJM, realizada em 18/12/07. A Defesa foi intimada em 16/1/08, conforme Certidão de fl. 259.

A Defensoria Pública da União, em 16/1/08, (fls. 257/258) interpôs Recurso de Apelação. Nas Razões de recurso (fls. 266/271) postulou a absolvição dos Apelantes fundada no argumento de a Sentença ter interpretado o silêncio dos acusados em desfavor de suas defesas e que, o art. 305 do CPPM, tornou-se inconstitucional com o advento da Carta de 1988, em face do art. 5º, LXIII, que assegura o direito do acusado de permanecer calado sem qualquer restrição. Sustentou que os sentenci-

dos, por serem primários e com bons antecedentes, eram merecedores da pena mínima de três meses de detenção estabelecida para o delito de lesões corporais.

O Ministério Público Militar, em Contrarrazões de Apelação, em 19 de maio de 2008 (fls. 273/279) requereu a reforma parcial da sentença condenatória. Alegou que a Decisão deveria ser mantida no mérito, posto ter se fundamentado em provas rígidas e nas confissões dos acusados durante a fase inquisitorial as quais não sofreram retratação em juízo. Todavia, concordou com a Defesa no tocante à negativa da suspensão condicional da pena ao réu RAFAEL DE ANDRADE SILVA, em razão de não ter havido condenação, com trânsito em julgado, pelo crime de deserção supostamente praticado no curso da instrução criminal.

O Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 288/292), foi no sentido do não provimento do recurso.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

Cumprе ressaltar que a Apelação em apreço, foi posta em mesa no dia 9/11/2009. Os autos foram à Defensoria Pública da União para ciência de que o feito estava em mesa. De forma deliberada membro da Defensoria Pública da União procedeu à retenção dos autos até o dia 4/12/2009, quando, após intimada para restituí-los ao Tribunal (fl. 302), assim o fez.

Na oportunidade do retorno do feito ao Tribunal, a Defensora Pública apresentou petição requerendo, preliminarmente, *“se digne declarar a PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA, como medida de direito e justiça. Outrossim, requer o prosseguimento do feito, ratificando as razões de apelação.”* (fl. 306)

A postulação trazida pelo órgão de Defesa tem como pressuposto que a Sentença condenatória foi prolatada pelo Conselho de Justiça a quo em Sessão realizada no dia 03/12/2007. Também, considerou-se que o fato delituoso ocorreu em 20/8/2006 e a Denúncia foi recebida no dia 31/10/2007.

Relatados, decide-se.

VOTO

PRELIMINAR DE REVOGAÇÃO DO ART. 305 DO CPPM PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (Suscitada pela Defesa)

O ensejo é propício para alavancar uma reflexão sobre a inconstitucionalidade material do art. 305 do CPPM em face da Lei Maior e sua consequente revogação pela Carta Política. O dispositivo prescreve, em suma, que o silêncio do acusado, por ocasião do interrogatório, poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

O recurso interposto sustentou, como mote central, repúdio por ter o Conselho de Justiça sopesado em desfavor dos acusados a utilização do direito constitucional ao silêncio, por ocasião do interrogatório em juízo, conferindo valor probante às confissões feitas na fase inquisitorial para subsidiar um decreto condenatório. A Defensoria, contudo, não suscitou corretamente o incidente de inconstitucionalidade do versado artigo da lei adjetiva castrense, padrão formal apropriado nos termos previstos pelo Regimento Interno desta Corte e a Legislação Processual Civil.

Não obstante, assimila-se o intento defensivo estribado nas Razões recursais, reputando haver pertinência para suscitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 305 do CPPM, que passa a ser tratado em sede preliminar.

A propósito, transcreve-se parcela da manifestação recursal (fls. 266/271), *in verbis*:

*“Em sua fundamentação, o culto Magistrado, relator, aponta o silêncio dos réus como meio de abdicação às respectivas autodefesas e como espécie de pano de fundo para dirimir controvérsia, muito embora tenha, quanto ao referido procedimento, reconhecido ‘que não representa confissão e, por isso mesmo, não pode ser interpretado contra eles ...’. Todavia, **data venia**, paradoxalmente, para subsidiar o entendimento voltado à condenação deu valor probante às confissões feitas na fase do IPM, por mostrarem-se, consoante explicitou, coerentes ‘com a palavra do ofendido, com relatos das testemunhas e com o resultado da prova pericial’.*

Em primeiro, deve ser observado que é inaceitável interpretar o silêncio do acusado em desfavor de sua defesa. Somente com o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana poderemos almejar a conquista da verdadeira ‘liberdade’.

Doutrina e jurisprudência têm se posicionado no sentido de impossibilidade da condenação ser baseada em silêncio do réu no ato do interrogatório. (...)

Vale ainda lembrar, que o artigo 305, *in fine*, do CPPM, tornou-se inconstitucional com o advento da Carta Magna de 1988. Esta, no art. 5º, LXIII, incluiu entre os direitos do acusado, o de 'permanecer calado', sem qualquer restrição. Não pode a lei prever que o silêncio possa ser interpretado em prejuízo do acusado, já que a Constituição, não fazendo qualquer reserva, proíbe, como corolário, que dele decorra qualquer consequência desfavorável. 'O princípio de que ninguém é obrigado a acusar-se (*nemo tenetur se detegere*), adotado irrestritamente pela norma constitucional, impede qualquer consequência adversa ao acusado pelo seu silêncio no interrogatório.' (Processo Penal, 1991, p. 268). Comungam da mesma opinião Celso Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição, Saraiva, 1989, p. 295) e Tourinho Filho (Processo Penal, Saraiva, 4º volume, 1990, pp. 240-246).” (sem grifos no original)

A seu turno, em Contrarrazões (fls. 274/279), o órgão ministerial rebateu os termos das Razões do apelo defensivo, aduzindo:

“Há, na mencionada peça, várias referências ao direito ao silêncio, exercido pelos réus em juízo, e ao princípio basilar de que do exercício de tal direito não pode advir prejuízo. O que a defesa prefere ignorar é que a sentença condenatória não está fundamentada, em absoluto, no fato de os acusados terem permanecido em silêncio.

Ao contrário: as provas colhidas contra os réus – que nada têm a ver com o fato de terem exercido o direito ao silêncio – são numerosas. (...)

No que se refere ao direito ao silêncio exercido pelos réus, é evidente que não serve para comprovar coisa alguma. No entanto, o que fez o Juízo, na sentença de fls. 245 a 253, foi apenas repetir o que a jurisprudência unânime de nossos tribunais jamais contestou, dando validade à confissão extrajudicial, nos casos em que encontra ela respaldo em outras provas colhidas em juízo.”

Por fim, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira (fls. 288/292), quanto ao tema, sustentou:

“A materialidade vem descrita no laudo de exame de corpo de delito de fls. 99/100. A autoria também é incontestada, embora ao serem interrogados, fls. 117/127 e fl. 139, todos, sem

exceção tenham permanecido em silêncio quando indagados sobre detalhes das agressões descritas na inicial.

A v. sentença considerou que o quadro probatório autorizava a condenação, a despeito do silêncio dos acusados. (...)

Quanto ao veredicto condenatório nenhum reparo merece a sentença. Na verdade, não se trata de considerar o silêncio como presunção de delinquência. (...)

Permaneceram em silêncio em Juízo, mas não na fase de inquérito, quando então, naquela oportunidade, confessaram a prática delitiva, embora tenham dado uma versão peculiar, de que supostamente foram agredidos de forma verbal pelo ofendido, o que, caso fosse isso verdade, jamais autorizaria as agressões noticiadas."

Nesse prisma, entende-se minimamente observado o rito traçado nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, que regula o incidente de inconstitucionalidade perante Tribunais, bem como o art. 79-A do RISTM.

Efetivamente, a Sentença sopesou o silêncio dos acusados, em seu desfavor, donde exsurge a necessidade de pronunciamento deste Tribunal acerca do incidente de inconstitucionalidade suscitado. Retrato, a seguir, a partícula da fundamentação do *decisum* atacado:

"No caso dos autos, por orientação da Defensoria Pública da União, os réus, quanto à imputação, durante os seus interrogatórios, resultaram silentes, abrindo mão de suas autodefesas.

Nada obstante, o silêncio deles, que não representa confissão e, por isso mesmo, não pode ser interpretado contra eles, mais serviu para esclarecer a controvérsia, porquanto dito silêncio, à luz do contexto fático probatório, longe de apontar para a dúvida ou suas inocências, corroborou a situação desenhada na peça vestibular." (fl. 248)

Transcreve-se a aludida disposição do CPPM, ora impugnada:

"Art. 305. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa."

A expressão contida na parte final do transcrito artigo possui forte carga subjetiva. Adentra na esfera teleológica da dicotomia do po-

der/dever presente no âmbito jurídico. Por certo há uma linha tênue a distinguir as duas possibilidades.

Reza o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal que:

"Art. 5º (Omissis)

.....
...
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

A transcrita disposição da Carta Magna trata de uma garantia fundamental do cidadão, de aplicação imediata, conforme § 1º do art. 5º da CF. Alia-se aos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV) e da presunção apriorística da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII), arcabouço jurídico de resguardo aos direitos do acusado.

O dito popular *"quem cala consente"* não tem guarida na esfera jurídica. A presunção de inocência, consoante o preceito constitucional esculpido no art. 5º, inciso LVII, deve lastrear o processo penal até que se dê a formação de conjunto probatório que conduza à irrefutável culpabilidade do denunciado.

Afirma Ada Pellegrini Grinover:

*"Do silêncio não podem deduzir-se presunções que superem a presunção de inocência do réu."*¹

Nesses parâmetros, o acusado tem o direito de permanecer calado bem como de produzir prova ampla a seu favor sem que tal prerrogativa, lhe cause prejuízo de qualquer espécie.

Sobre a ampla defesa, resalto o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que garante

"(...) todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 109.

Historicamente, a consolidação de tal princípio na normatividade jurídica brasileira percorreu as várias Cartas Políticas. A Constituição Imperial de 1824, estatuiu em seu art. 179, inciso XIX, a abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e penas cruéis; reprimindo o uso de meios opressores irregulares para forçar a produção de prova oral.

Por seu turno, a Constituição de 1891, da primeira República, preconizou o princípio da ampla defesa de forma explícita no § 16 do art. 72:

“Aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusado e das testemunhas”.

Semelhantemente, a Lei Fundamental de 1934, em seu art. 113, nº 24, dispôs:

“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.

Positivou-se na Constituição de 1937 (art. 122, nº 11) o princípio do contraditório, consubstanciado na Carta Política de 1946 (art. 141, § 25), que o associou à ampla defesa no curso da instrução criminal resguardando, ainda, a possibilidade de autodefesa do investigado/acusado.

Quanto à Constituição de 1967, emendada em 1969, evidencia-se os institutos da ampla defesa e do contraditório, além de outras garantias. Porém, foi somente com a promulgação da Carta Magna de 1988 que se imprimiu uma amplitude, sem precedentes, dos direitos e garantias individuais e dos direitos sociais básicos do cidadão.

De forma efetiva, portanto, coube a *Lex Fundamentalis* promulgada em 1988, incrementar o rol de garantias, em sede de processo-crime, com o explícito direito ao silêncio.

À guisa de informação, convém consignar que anteriormente à Constituição de 1934², o Código de Processo Penal de Minas Gerais impunha limitação ao juiz de, unicamente, fazer duas perguntas ao acusado:

² A partir da Constituição de 1934, a competência para legislar sobre processo penal tornou-se privativa da União.

uma sobre os dados pessoais do interrogado e outra em que se convidava o acusado a fazer alguma alegação a bem da defesa.³

Ironicamente, na contramão do processo evolutivo de fixação da normatização garantista ao cidadão, o Código de Processo Penal de 1941, recrudescceu o tratamento jurídico sobre o direito de calar em juízo. A disposição codificada previa, semelhantemente ao vigente CPPM, que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Tal disposição processual penal assim estabelecia, *verbis*:

“Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Àquele tempo, a disposição processual conduzia à utilização do silêncio do acusado como presunção de culpabilidade, formatando-o em prejuízo da defesa. Por tal razão, provectoros doutrinadores, antes mesmo da vigência da novel Carta Constitucional, insurgiam-se contra tal sistemática processual, à vista da presunção desta prerrogativa reverter em seu prejuízo.⁴

As opiniões, no entanto, colidiam, pois outros juristas aduziam *“que a decorrência do prejuízo pelo exercício do silêncio ensejaria apenas uma faculdade judicial, à vista de ter dispositivo legal mencionado que o seu silêncio apenas poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”*.⁵

A vigência da Carta Cidadã, contudo, dissipou as divergências e estabeleceu um consenso doutrinário: a invocação e/ou o exercício do silêncio não acarreta presunção de interpretação desfavorável ao acusado/investigado. Assim, ninguém seria privado da defesa por calar em seu próprio favor. Sintetiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“[...] III. Nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio.

³ HADDAD, Henrique Bortido. **Interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 52.

⁴ FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 7ª ed, vol. 1. p. 222/226.

⁵ ROSA, Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, 3ª ed, p. 298.

IV. Ordem concedida, para cassar a condenação.⁶

A propósito, o Ministro Celso de Mello aduziu:

*“Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual **nemo tenetur se detegere**, nada mais fez senão consagrar desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o **Bill of Rights** norte-americano”.⁷*

Igualmente, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou:

“Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito”.⁸

Recente decisão, unânime, da 2ª Turma da Suprema Corte, tomada na sessão de 23/6/09, nos autos do HC nº 99.289, relatada pelo Ministro CELSO DE MELLO, anulou decreto de prisão preventiva fundamentado na falta de colaboração da acusada, ré em ação penal referente a homicídio duplamente qualificado, que evocou seu direito constitucional de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si durante interrogatório.

Sobre a caracterização do silêncio na esfera penal, preleciona Rogério Lauria Tucci:

⁶ STF, HC nº 84.517/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: 1ª Turma. Julgamento: 19/10/04. Publicação: DJ, de 19/11/04.

⁷ STF, Decisão ref. medida cautelar no HC nº 80.530/PA, Relator Ministro Celso de Mello, Public. DJ de 17/11/2000, p. 0040.

⁸ STF, HC nº 78.708/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julgamento: 9/3/99. Publicação: DJ, de 16/4/99.

*“Com efeito, essa opção concedida ao preso, investigado ou indiciado, já no início da persecução penal, ou a partir da instauração da **informatio delicti**, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e por outro, o reconhecimento de que ela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório”.*⁹

A doutrina mais balizada tem identificado o direito ao silêncio como um mecanismo de autodefesa e eventualmente como meio de prova. Dessa forma, o ápice do momento processual se dá no interrogatório, o primeiro ato de instrução criminal elevado a estandarte para o julgador uma vez que, a partir daquele momento, são traçados os rumos que nortearão o processo penal. A autodefesa está marcadamente presente no fato de que o acusado não é obrigado a oferecer elementos probatórios que lhe sejam desfavoráveis. Por outro lado, é entendida como meio de prova, pois, exsurge das respostas do interrogado fundamentos de convencimento para o juiz proferir seu veredicto.

Para Guilherme Nucci¹⁰, o interrogatório é a oportunidade que tem o réu de apresentar a sua versão sobre a acusação. Sintetiza o autor: *“O momento é de autodefesa, primordialmente. Em segundo plano, forma-se a prova, contra o réu ou em seu benefício, caso deseje falar.”*

Nessa vertente, tem-se que o interrogatório foi inicialmente reconhecido como meio de prova, porquanto ser o primeiro ato de instrução criminal. Porém, numa releitura contemporânea do instituto, prevalece sua expressiva natureza defensiva, apesar de, topologicamente, estar no início da instrução penal.

No rito dos processos submetidos ao Juizado Especial Criminal, com maior ênfase, o interrogatório é concebido como defesa, porquanto posto no final da instrução, após a coleta das provas testemunhais.

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 2ª edição revista e atualizada, p. 368.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 5ª ed, pp. 422/423 e 432.

Acirrando, contudo, o tratamento jurídico conferido ao interrogatório, o STF¹¹ o concebe tanto como prova, quanto como defesa, numa vertente mista, ao passo que o STJ¹² aliando-se à doutrina, guardada a especificidade do tema, pronuncia-se por empregar a esse ato processual meio de defesa e fonte de prova. Entendo ser a posição do STJ a mais acurada com os postulados jurídicos em questão, pedindo *venia* ao Pretório Excelso.

Didaticamente, Julio Fabbrini Mirabete comentando o art. 185 do Código de Processo Penal aduz ser o interrogatório um ato de instrução, sob a presidência do Juiz, no qual o réu é indagado sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa, dando-lhe a oportunidade para defender-se. Considera-o, portanto, a lei como meio de prova e a doutrina como meio de defesa.¹³

Por certo, o exercício do direito ao silêncio pelo acusado não fica adstrito ao interrogatório. Nesse diapasão, perfeitamente aceitável se alastre tal prerrogativa por todo *iter* processual, dentro dos parâmetros de um processo justo, onde seja assegurado ao denunciado o pleno exercício das garantias peculiares ao Estado Democrático de Direito.

O acusado exercerá a garantia da ampla defesa se adotar uma postura ativa ou passiva, de modo a atender à conveniência de seus propósitos. Nesses termos, ativamente poderá exprimir suas manifestações por gestos ou palavras, utilizando-se, inclusive, do expediente da mentira. Ao revés, postar-se-á em uma postura passiva se recorrer à prerrogativa do silêncio.

Em singular abordagem acerca da matéria, o Ministro Sepúlveda Pertence sintetizou em ementa de julgado do STF:

“Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de perma-

¹¹ RTJ 73/758. STF, RHC nº 53.195. Relator Ministro Antonio Nader. Órgão julgador: 1ª Turma. Julgamento: 6/5/75.

¹² RT 731/542. STJ, REsp nº 62.515. Relator Ministro Vicente Leal. Órgão julgador: 6ª Turma. Julgamento: 4/12/95. Public.: DJ, de 11/3/96.

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999, 6ª ed, p. 262.

*necer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito”.*¹⁴

Luiz Régis Prado enfaticamente preleciona sobre a situação do denunciado frente ao tipo legal do falso testemunho:

*“Ressalte-se, nessa trilha, que a condição de imputado exclui a de testemunha. Além de ser parte no processo penal, não tem ele a obrigação de dizer a verdade – limite da punibilidade de uma declaração falsa. No delito em foco a condição de testemunha – em sentido material – é elemento do tipo penal [falso testemunho]. E tal condição não possui o imputado, ainda que declare como testemunha. Por conseguinte, é força concluir que há na hipótese ausência de tipicidade da ação. De igual modo, também não ocorre falso testemunho em se tratando de declaração mendaz do acusado relativa aos fatos atribuídos ao seu co-réu.”*¹⁵

A seu turno, afirma José Frederico Marques:

*“O réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga”.*¹⁶

Semelhantemente, aduz Fernando da Costa Tourinho Filho:

*“(...) se o réu tem o direito ao silêncio (CF, art. 5, LXIII); (...) se não há lei que obrigue o réu a falar a verdade, é indubitado que o interrogatório (melhor seria denominá-lo declaração) é meio de defesa e não de prova”.*¹⁷

¹⁴ STF, HC nº 78.708/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: 1ª Turma. Julgamento: 9/3/99. Publicação: DJ, de 16/4/99.

¹⁵ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** - Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4, p. 653.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2000, 2ª ed. atualizada, v. II, p. 389.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, 29ª edição revista e atualizada, v. 3, p. 272.

A mentira possui uma particularidade: mesmo se corolário de um discurso ativo do acusado, está protegida pelo seu direito ao silêncio; isto se dá, por exemplo, quando é afirmado um fato falso, intentando obscurecer ou encobrir algo acerca do que deseja silenciar.

A jurisprudência tem se firmado no sentido de que *“tem o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não se auto-incriminar-se com as declarações prestadas”*.¹⁸

Por sua vez, forçar a quebra do silêncio deve ser entendido como tortura. Fere mortalmente os princípios estruturais do Estado Democrático de Direito. A propósito, o Marquês Cesare de Beccaria, em obra clássica *“Dos Delitos e das Penas”*, escrito por volta de 1764, sustentava:

*“Direi ainda, é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz!”*¹⁹

Incontestemente a garantia do direito ao silêncio proteger o acusado, tendo por desiderato impedir que o réu facilite a própria condenação pela inquirição ou produção de provas contra si. Representa os princípios básicos de liberdade do ser humano. Preciosa síntese é fornecida por Alexandre de Moraes:

*“O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do **due process of law** e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio pu-*

¹⁸ STF, HC nº 75.257-8/RJ. Relator Min. MOREIRA ALVES. Órgão julgador: 1ª Turma. Julgamento: 17/6/1997. Publicação: DJ, de 29/8/1997. [Obs.: Este julgado refere-se ao caso de indivíduo que mente sobre haver assinado termo de declaração. Não configuração, *in casu*, o delito do art. 299, do CP. O STF entendeu tratar-se de um direito de não auto-incriminação, derivado do direito ao silêncio].

No mesmo sentido:

STJ, HC nº 52.370/SP. Relator Min. GILSON DIPP. Órgão julgador: 5ª Turma. Julgamento: 9/5/2006. Publicação: DJ, de 5/6/2006.

STJ, REsp. nº 54.781/SP. Relator Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. Órgão julgador: 6ª Turma. Julgamento: 9/10/1995. Publicação: DJ, de 26/2/1996.

¹⁹ BECCARIA, Cesare de. *Del Delitti e Delle Pene*, vol. único. Torino: Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1874, p. 44.

*ro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio [para o acusado]”.*²⁰

A propósito, o Pacto de São José da Costa Rica²¹ já estabelecia o direito do cidadão em não incorrer na autoincriminação. É o que pode ser confirmado na dicção de Paulo Rangel abaixo:

*“De acordo com o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g), toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada e, portanto, não está o indiciado obrigado a fornecer os escritos à autoridade policial. O ônus da prova, no processo penal moderno, pertence todo ao Ministério Público, não sendo admissível que o indiciado tenha que suportar o encargo de municiar o órgão de acusação para que este ofereça denúncia contra aquele”.*²²

Internalizado na ordem jurídica pátria pelo Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992, o Pacto de São José da Costa Rica vigora na positividade com o status de norma supra legal.

Ora, não se admite na normatividade vigente confrontos ou distorções entre os diversos dispositivos legais existentes. O direito processual há de estar intimamente alinhado aos ditames da Lei Maior, dando azo a existência de um direito processual constitucional. No magistério de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco:

“É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. (...)

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucio-

²⁰ MORAES, Alexandre de. **A evolução do direito ao silêncio**. Revista Jurídica Consulex – Ano XII – Nº 281, de 30/9/2008, p. 66.

²¹ O Pacto de São José da Costa Rica foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1992, por intermédio do Decreto Legislativo nº 27/1992 e com cumprimento integral determinado pelo Decreto nº 678/1992.

²² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 784/785.

nal, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários; em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências (...).

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. (...)

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios. (...)

O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais – habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular. (...)

Mas a tutela constitucional do processo é matéria atinente à teoria geral do processo, pelo que passamos a examiná-la em sua dúplice configuração: a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal).

O antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões: 'nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país'.

Cláusula semelhante, já empregando a expressão **due process of law**, foi jurada por Eduardo III; do direito inglês passou para o norte-americano, chegando à Constituição como V Emenda.

A análise da Constituição brasileira em vigor aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo.

Nota-se, inicialmente, que a própria Constituição se incumbem de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.²³

O arcabouço jurídico-normativo deriva de um sistema hierarquizado e deve primar pela unidade. Caso ocorram situações de confronto de disposições legais, mesmo que no âmbito principiológico, existem ferramentas adequadas para sanar as antinomias, pois o ordenamento jurídico sustenta-se, tão somente, sobre bases harmônicas.

Acerca da matéria, esclarece o jurista Norberto Bobbio:

*"Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Essa **reductio ad unum** não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem.*

Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1992, 9ª edição revista, e atualizada, pp. 72/74.

regulamentos, decisões judiciais, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o **ubi consistam**, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro. (...)

A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontravam os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que o Direito não tolera antinomias. Em nossa tradição romanística o problema das antinomias já foi posto com muita clareza nas duas célebres constituições de Justiniano, e com ele se abre o Digesto; aqui Justiniano afirma imperiosamente que no Digesto não há normas incompatíveis e usa a palavra antinomia. (...)

As regras fundamentais para a solução das antinomias são três:

- a) o critério cronológico;
- b) o critério hierárquico;
- c) o critério da especialidade.

O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: **lex posterior derogat priori**. (...) Textualmente: 'As leis não são revogadas a não ser ... por incompatibilidades entre as novas disposições e as precedentes'.

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: **lex superior derogat inferiori**. (...)

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: **lex specialis derogat generali**. (...) lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo **genus**) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma **species do genus**) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. (...)

(...) Quando se aplica o critério cronológico ou o hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas. Diferentemente dos relacionamentos cronológico e hierárquico, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. (...)

Uma regra que se refere às normas de um ordenamento jurídico, como o é a proibição de antinomias, pode ser dirigida apenas àqueles que têm relação com a produção e aplicação das normas, em particular ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência. Dirigida aos produtores de normas, a proibição soa assim: 'Não deveis criar normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema'. Dirigida aos aplicadores, a proibição assume esta outra forma: 'Se vocês esbarrarem em antinomias, devem eliminá-las'. Trata-se agora de ver se e em quais situações existem uma ou outra dessas duas normas, ou ambas.²⁴

A fim de ajustar-se à Carta Magna, o Código de Processo Penal comum foi alterado em seu art. 186 pela Lei nº 10.792/2003, com a seguinte redação:

"Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

Acertadamente reafirmou-se o direito ao silêncio com uma garantia inarredável ao acusado. Nesse sentido, foi sendo sedimentada a jurisprudência, acorde se lê na RT 709/313, verbis:

"(...) não mais prevalece a advertência final do art. 186 do CPP, pois não será lícito ao Juiz considerar culpado o réu, simplesmente porque permaneceu silente. À acusação é que cumpre produzir a prova da culpabilidade lato sensu do acusado."

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos; Revisão técnica João Ferreira. São Paulo: Polaris; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. pp. 59/114.

Em boa hora, a mencionada Lei nº 10.792/2003 foi sancionada, comentou Tourinho Filho²⁵, reformulando a disposição processual penal ordinária.

Efetivamente, não deve ser o silêncio do interrogado encarado como forma de dificultar a apuração dos fatos nem, tampouco, empecilho para a punição penal. Ao revés, o Estado deve se valer de sua estrutura e dos mecanismos jurídicos cabíveis para comprovar a materialidade e a autoria do fato típico, antijurídico e culpável.

Nesse diapasão, o julgado do STF, *in litteris*:

*“A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do **jus libertatis** titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. (...) Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar sua inocência, o direito de defender-se (...). A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coação do Estado”.*²⁶

Ao fazer o devido ajuste na codificação processual penal comum operou-se, *a prima facie*, a adequação pertinente ao mencionado postulado constitucional.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, 29ª edição revista e atualizada, v. 3, p. 280.

²⁶ STF, HC nº 73.338/RJ. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julgamento: 13/8/96. Publicação: DJ, de 19/12/1996.

Tem-se que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas hierarquicamente estruturadas, conferindo a Constituição o fundamento de validade para todas as espécies normativas vigentes no sistema jurídico.

Sustenta Paulo Bonavides que:

“A relação (...) estabelecida entre a Constituição e a lei é a relação dispositiva, estipulativa ou de vinculação. A norma mais alta, regula o ato, mediante o qual se produz a norma inferior, e não só define o procedimento de produção da norma mais baixa senão que determina também eventualmente o conteúdo da norma a ser produzida”.²⁷

De indiscutível relevância, outrossim, para a preliminar ora levantada, é a análise do fenômeno da recepção. Sendo a lei totalmente compatível com o texto constitucional, diz-se que será recepcionada pela nova Carta. Ocorre que, para os atos normativos editados anteriormente à vigência da Lei Maior, inidônea a ação direta de inconstitucionalidade. Verificando-se, porém, a desconformidade hierárquica do dispositivo legal pretérito, configura-se o fenômeno da revogação, acorde o brocardo *“lex posterior derogat priori”*.

Destaque-se que o juízo negativo de recepção dá ensejo à revogação de norma materialmente desconforme ao ordenamento constitucional superveniente, em substituição ao fenômeno da “não-recepção” de outrora.

A propósito, a decisão da Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 74-8/RN, que respalda a “revogação” acima explicada. Leia-se:

“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

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 12ª ed, p. 409.

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 abstrato** – 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.”

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 74-8/RN. Relator Min. Celso de Mello. Órgão julgador: Pleno do STF. Data julgamento: 7/2/1992. Public.: DJ de 25/9/92).²⁸

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal assentou jurisprudencialmente que “a incompatibilidade entre a lei infraconstitucional anterior em face da Constituição posterior se resolve pela revogação da primeira e não por sua inconstitucionalidade (...)”, conforme se colhe, igualmente, no Acórdão proferido em sede da ADIn nº 2-1/DF, cuja ementa segue transcrita:

“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

²⁸ RTJ 143/355.

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.*"

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2-1/DF. Relator Min. Paulo Brossard. Órgão julgador: Pleno do STF. Data julgamento: 6/2/92. Public.: DJ de 21/11/1997).

Por pertinente, cito lição de Paulo Brossard para quem:

"(...) as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham".²⁹

Exige-se, então, relação de contemporaneidade entre a edição da lei e a vigência da Constituição com o desiderato de propiciar a fiscalização da verticalidade fundamentadora.

À vista do exposto, e tendo em vista a incompatibilidade com os ditames constitucionais, declara-se a revogação do art. 305 do Código de Processo Penal Militar pela Constituição Federal, pois o silêncio do acusado, por ocasião do interrogatório, não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em seu prejuízo, a teor do disposto no art. 5º, LXIII, da Lei Maior.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DO CRIME DE LESÃO CORPORAL.

Não obstante a Defensoria Pública da União haver postulado em fls. 304/306, quando teve vista do feito posto em mesa, a declaração da

²⁹ BROSSARD, Paulo. **A constituição e as leis a ela anteriores**. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez.1992, p. 127.

extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição em favor de todos apelantes indistintamente, cumpre esclarecer que a matéria já fazia parte do voto que esta Relatora apresentaria na ocasião do julgamento.

Em reforço, por ser matéria de ordem pública, a prescrição da pretensão punitiva deve ser reconhecida de ofício, mesmo quando não suscitada pelas partes.

Os apelantes ANDERSON DA SILVA, nascido em 28 de janeiro de 1987, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA, nascido em 12 de abril de 1987, SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR, nascido em 18 de abril de 1987 e RAFAEL DE ANDRADE SILVA, nascido em 27 de maio de 1987 contavam todos, na data do delito de lesão corporal (20/8/06), com 19 anos de idade. Ao passo que RONALDO RODE RESENDE, nascido em 23 de junho de 1986, à época do delito, possuía 20 anos. A Denúncia foi recebida em 31/10/2006 (fls. 102/103). Foram condenados pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar à pena de 3 (três) meses de detenção. A sentença condenatória, contra a qual apenas a defesa interpôs recurso, foi publicada em 18/12/2007 (fls.254/255), **mais de 1 (um) ano** após a última causa interruptiva da prescrição (recebimento da denúncia).

Consoante o artigo 125, § 1º, do Código Penal Militar:

“§ 1º Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente.”
(grifos nossos)

A pena imposta, 3 (três) meses de detenção, leva à aplicação do prazo prescricional do artigo 125, inciso VII, reduzido pela metade, em razão do que dispõe o artigo 129, todos do Código Penal Militar, *in verbis*:

“Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

VII - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano;”.

“Art. 129. São reduzidos de metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos ou maior de setenta.”

Portanto, o prazo prescricional, no caso em tela, é de apenas **1 (um) ano** para os apelantes: ANDERSON, DANIEL SÉRGIO, RAFAEL e RONALDO.

Com efeito, comprovado o transcurso do lapso temporal superior a 1 (um) ano entre o recebimento da denúncia oferecida contra acusados menores de 21 (vinte e um) anos de idade ao tempo do crime, e a sentença condenatória, contra a qual apenas a defesa interpôs recurso, deve ser reconhecida, de ofício, a prescrição retroativa, nos termos do artigo 123, inciso IV, c/c os artigos 125, inciso VII e § 1º, 129 e 133, todos do Código Penal Militar.

A justificar a não ocorrência da prescrição quanto ao apelante JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA convém destacar o que segue.

Para o acusado JEFFERSON (nascido em 31/1/85), subsistiu a pena de cinco meses de detenção, tendo em vista que, à época do delito, tinha mais de vinte e um anos. Para ele, a contagem do prazo prescricional será de 2 anos, a contar da publicação da sentença condenatória proferida pelo juízo a quo.

Resta, apenas, declarar a prescrição da pretensão punitiva retroativa, posto que a pena inferior a 1 (um) ano leva à aplicação do prazo prescricional de 2 (dois anos), diminuído da metade, por serem os acusados menores ao tempo do crime, com exceção de JEFFERSON, tendo decorrido mais de 1 (um) ano entre o recebimento da denúncia (31/10/2006) e a publicação da sentença (18/12/2007).

Com relação à Sentença como causa interruptiva, a doutrina e a jurisprudência entendem que há de ser considerada, para o cálculo da prescrição, não a data constante da Sentença em si, mas a de sua publicação.

Celso Delmanto, na obra Código Penal Comentado, observa:

“Data da publicação: A jurisprudência atual não mais aceita a data da sentença como o momento da interrupção da prescrição. Exige a data da publicação em cartório da sentença ou, na sua ausência, ato oficial do cartório que comprove, ine-

quivocamente, que a sentença se tornou pública (STF, RT 529/391, 522/481; TJSP, RJTJSP 108/512, RT 625/276; TACrSP, Julgados 67/386), e não a data de sua publicação na imprensa oficial (...)”³⁰¹¹

De igual modo, esta Corte já decidiu que o prazo prescricional interrompe-se na data da publicação da Sentença, como se verifica nos Acórdãos abaixo transcritos:

“INGRESSO CLANDESTINO. ART. 302 DO CPM. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. PRELIMINAR EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUSCITADA PELA DEFESA EM MEMORIAL. ART. 125, VII, C/C ART. 129, AMBOS DO CPM. 1. **O curso do prazo prescricional é interrompido na data da publicação da sentença condenatória recorrível, isto é, a partir da lavratura do respectivo termo, vez que, "antes da sua publicação, a sentença não existe juridicamente, constituindo simples trabalho intelectual do juiz."** 2. A circunstância de os réus serem menores de 21 anos reduz o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela metade. Desse modo, tendo transcorrido um ano entre o dia do recebimento da denúncia e a data da audiência de publicação da sentença de 1º grau, operou-se a prescrição da pena em abstrato. 3. Apelação da Defesa conhecida para declarar, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Decisão unânime.” (STM, Apelação (FO) nº 2005.01.049882-6/CE, Rel. Min. José Coêlho Ferreira, Decisão de 22/11/2005, publicada no DJ em 16/2/2006)

“EMENTA. APELAÇÃO. DESERÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA NÃO COMPROVADA. Alegações defensivas de que a deserção foi praticada em virtude de ameaças feitas ao Réu por traficantes, além de não provadas, não elidem o delicto, mesmo porque o local mais seguro para a proteção do Apelante seria a própria OM. Tendo o recurso ficado sobrestado em virtude de nova deserção praticada, aguardando-se a ata de inspeção de saúde e a reinclusão do desertor, operou-se a prescrição da pretensão punitiva, conforme arts. 123, inciso IV, 125, inciso VII e § 1º, e 129, tudo do CPM, **verificada entre a data**

³⁰¹¹ DELMANTO, Celso [et al.]. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 239.

da publicação da Sentença condenatória e o julgamento da apelação. Improvido o apelo defensivo à unanimidade e declarada extinta a punibilidade do crime, por maioria.” (STM, Apelação (FE) nº 2006.01.050204-3/PA, Rel. Min. Rayder Alencar da Silveira, Decisão de 3/4/2007, publicada no DJ em 5/9/2007)

Nesse passo, a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva impede o exame de mérito, conforme já decidiu o STF, *verbis*:

“EMENTA: PRESCRIÇÃO PENAL. EXAME DE MÉRITO. Verificada a prescrição da pretensão punitiva, as demais questões desenvolvidas no recurso da defesa quedam prejudicadas.” (Habeas Corpus nº 63.765, 2ª Turma, julgado em 04/04/1986, Relator Ministro Francisco Rezek, publicado no DJU de 18/04/1986)

Posto isso, em preliminar, declara-se a extinção da punibilidade de ANDERSON DA SILVA, DANIEL FONTES DE OLIVEIRA, SÉRGIO FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR, RONALDO RODE RESENDE e RAFAEL DE ANDRADE SILVA quanto ao delito previsto no art. 209, c/c o art. 72, inciso I, ambos do CPM, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, com fundamento no artigo 123, inciso IV, c/c os artigos 125, inciso VII e § 1º, 129 e 133, todos do Código Penal Militar. Outrossim, não se verifica o incremento temporal atinente à prescrição em favor do ex-Sd Aer JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA.

VOTO

O Recurso é tempestivo, proposto por parte legítima e dele conhecido.

Declarada a prescrição, resta apreciar o apelo no que tange à condenação de JEFFERSON DE MEDEIROS DUTRA, à pena de 5 (cinco) meses de detenção, como incurso no art. 209 do CPM. Sopesando a circunstância dele não mais ser militar, foi-lhe fixado o regime aberto para cumprimento inicial da pena, a teor do art. 62 do CPM, c/c o art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal comum.

O apelante insurgiu-se contra a r. Decisão com fulcro em duas alegações. A primeira, que a sentença considerou a confissão extrajudicial como fundamento para sua condenação. A segunda que o seu silêncio, na fase judicial, foi interpretado em prejuízo de sua defesa. Argumentou

ser incabível a aceitação da chamada confissão presumida decorrente do silêncio, uma vez que é flagrante a incompatibilidade desse “elemento probante” com a maioria dos princípios norteadores do processo penal constitucional.

Aduziu não ser o conjunto probatório suficientemente robusto para sustentar a condenação pela prática do delito de lesões corporais, razão pela qual postulou a absolvição.

Inicialmente, mister aclarar ter o Recorrente durante a fase de inquisitorial confessado expressamente a prática delitiva, bem como tê-la justificado alegando agressões verbais por parte do ofendido que se encontrava embriagado, conforme consta do Termo de Inquirição de Indiciado de fls. 50/51. Mais, durante a fase judicial, dita confissão não foi contestada por outros meios de prova nem, tampouco, houve retratação por parte do Apelante que se limitou a permanecer em silêncio. Nesse particular, tem-se que a confissão guardou coerência com a palavra do ofendido, com a prova pericial e com o depoimento das testemunhas arroladas.

A própria jurisprudência posicionou-se no sentido de que:

“A confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial se esta se apresenta divorciada do conjunto probatório. A jurisprudência é uníssona quando confere maior credibilidade à confissão extrajudicial que à retratação em juízo, desde que a primeira esteja amoldada às demais provas e circunstâncias dos autos, e a segunda totalmente inverossímil e divorciada do conjunto probatório” (TRF 3ª Região – Apelação – rel. Célio Benevides – RT 726/755)

“A confissão vale não pelo local em que é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém, pelo que não pode ser desprezada a extrajudicial, quando se harmoniza com a prova colhida na instrução.” (TACRIM, Rel. Bento Mascarenhas, RT, 729:583)

Para além, o *decisum* fundamentou-se no Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 99/100), e nas fotografias das lesões sofridas pela vítima e dos instrumentos utilizados para agredi-la (fls. 28/36). A testemunha MICHELE FATIME MICHELIN, Oficial de Dia, atestou em juízo que o ofendido: *“se apresentava (...) com dificuldade para andar e se queixava de muita dor pelo corpo.”* (fl. 155)

No tocante ao direito ao silêncio exercido pelo réu, evidente não se poder utilizá-lo como elemento de prova em seu desfavor. Por isso mesmo, a Sentença limitou-se, apenas, a deixar consignado que não houve retratação em face da confissão realizada na fase inquisitorial, posto ter o apelante feito uso do seu direito constitucional de permanecer calado. Porém, todo o conjunto probatório que integra os autos não foi contraditado, evidenciando a prática delituosa intentada pelo ora Recorrente.

Importa, ainda, assinalar, que a referida Decisão entendeu que o crime de constrangimento ilegal, na forma da subsidiariedade expressa, foi absorvido pelo de lesão de corporal, porquanto este é mais grave do que aquele (fl. 250).

No entanto, a rigor, a condenação deveria ter ido além, devendo ter imputado a prática do crime de constrangimento, na medida em que, mesmo que a violência tivesse sido utilizada somente como meio para a prática de constrangimento ilegal, o princípio da subsidiariedade expressa, inscrito no tipo secundário do art. 222 do CPM, não seria aplicável ao caso. Tem-se, sim, uma situação de concurso entre o constrangimento ilegal e a prática de violência da qual resultaram lesões corporais, constituindo a violência crime-meio para o constrangimento ilegal.

O preceito prevalecente, portanto, seria o do § 2º do art. 222 da Lei Material castrense que afasta, expressamente, as regras do concurso aparente de normas para impor a cumulação das penas correspondentes ao crime de constrangimento ilegal e o de violência, esta última praticada como meio para obtenção do constrangimento da vítima. No entanto, como não houve interposição de recurso pela Acusação, nessa vertente, fica-me vedada a aplicação da *reformatio in pejus*.

A Defesa alegou, igualmente, que na hipótese de manutenção da Sentença deve ser revista a dosimetria e a fixação da pena. Ora, a fixação da pena base em cinco meses, acima do mínimo legal, portanto, que é três, levou, sabiamente, em consideração as circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM que são, em sua maioria, desfavoráveis ao réu: os motivos injustificáveis do delito, as agressões terem sido perpetradas em local afastado, sem a presença de outros militares e o modo torpe e covarde de execução.

APELAÇÃO 2008.01.051099-0-RS

APELAÇÕES. FURTO QUALIFICADO. RECEPÇÃO. Acusados condenados, respectivamente, co-

mo incurso nas penas dos arts. 240, § 4º, e 254, ambos do CPM, pleiteiam sua absolvição com fundamento na insuficiência de provas. Inconformismo do **MPM**, no tocante à dosimetria da reprimenda imposta aos três primeiros **Acusados** condenados pelo crime de furto qualificado. **Preliminar** suscitada pelo **Relator** para anular a condenação imposta aos dois últimos **Acusados**, condenados pelo delito de receptação, em face da decretação, na Justiça Comum, da extinção da punibilidade pelo mesmo fato, em virtude do cumprimento do chamado **sursis** processual. Acatamento da **Preliminar** suscitada, reconhecendo a supremacia do princípio do **ne bis in idem**, uma vez que os dois últimos **Acusados** já receberam do Estado resposta para a conduta que lhes foi atribuída em sede penal. Hipótese de crime de furto qualificado, no qual a **co-autoria** e a **materialidade** encontram-se delineadas e provadas, restando devidamente caracterizado o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o **dolo**. Majoração das penas aplicadas aos três últimos **Acusados**, pois, sendo o furto duplamente qualificado, a faixa penal a ser adotada é a da qualificadora mais grave, isto é, a do concurso de duas ou mais pessoas. Acolhimento da **Preliminar**, por unanimidade. Improvimento do **Apelo** da **Defesa** dos três primeiros **Acusados**, por unanimidade. Provimento do **Apelo** do **MPM**, por maioria.

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

Revisor e Relator

Para o Acórdão – Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli.

Apelantes – O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR e LELIANE DA SILVA BRUM, ARLINDO RODZINSKI e JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, Cíveis, condenados à pena de 03 anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 4º, do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto; e EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, Cíveis, condenados à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 254 do mesmo *Codex*, 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 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 12/05/2008.

Advogado – Dr. EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA, Defensor Público da União.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, acolheu a preliminar suscitada pelo Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR (Relator), reconheceu a nulidade absoluta da Sentença condenatória com relação aos Cíveis EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA e determinou o arquivamento da Ação Penal com relação a esses Apelantes. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao apelo da Defesa dos Cíveis remanescentes e, **por maioria**, deu provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, mantendo a condenação dos Cíveis LELIANE DA SILVA BRUM, ARLINDO RODZINSKI e JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, majorar-lhes a pena para 04 anos de reclusão, com o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos estipulados na Sentença condenatória. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR (Relator), com relação a esses Apelantes, negava provimento a ambos os apelos e mantinha na íntegra a Sentença recorrida. Relator para o Acórdão Ministro RENALDO QUINTAS MAGIOLI (Revisor). O Ministro-Relator fará voto vencido. O Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparício 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. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 22ª Sessão, 26.03.2009).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em acolher a **Preliminar** suscitada pelo Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e reconhecer a nulidade absoluta da **Sentença** condenatória com relação aos **Acusados** EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA e determinar o arquivamento da Ação Penal com relação a esses **Apelantes**. **No mérito, por unanimidade**, em negar provimento ao **Apelo da Defesa** dos Civis remanescentes e, **por maioria**, em dar provimento ao **Apelo** do Ministério Público Militar para, mantendo a condenação dos Civis LELIANE DA SILVA BRUM, ARLINDO RODZINSKI e JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, majorar a pena que lhes foi imposta para 04 anos de reclusão, com o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, nos termos estipulados na Sentença condenatória.

Superior Tribunal Militar, 26 de março de 2009 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Gen Ex Renaldo Quintas Magioli, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

Em 01/06/2004 a **Denúncia** foi oferecida contra os **Acusados** LELIANE DA SILVA BRUM, ARLINDO RODZINSKI, JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA por terem, os três **primeiros**, furtado armas militares que se encontravam, sob cautela, na residência do Cb. LUIZ CARLOS DE SOUZA BRUM e, os dois **últimos**, por terem adquirido essas mesmas armas, sabendo-as provenientes de crime (fls. 02/06).

A **Exordial** está escorada no **IPM** de fls. 07/88, com seu anexo de fls. 89 (**Solução** às fls. 93), e nos resultados das diligências do **Parquet**, notadamente os de fls. 246/247, 274/275 e 282.

Paralelamente ao **IPM**, foi instaurado **Inquérito** pela **Polícia Civil**, onde toda a trama para matar o Cb. BRUM foi devidamente apurada,

bem como restou desvendado o destino que foi dado às armas furtadas (*Relatório às fls. 214/220*).

Logo após o oferecimento da *Denúncia (ainda em decorrência das diligências do Parquet)*, aportou ao *Processo o Termo de Interrogatório* na Justiça Comum do *Acusado* JOSÉ FERNANDO RODZINSKI (fls. 286/288).

Em 30/06/2004 a *Denúncia* foi aditada às fls. 291, tendo o *MPM*, na oportunidade, indicado que a receptação das armas ocorreu, aproximadamente, no dia 26/11/2002, no Município de Nova Santa Rita, ou seja, cerca de 15 dias após terem sido subtraídas da casa do Cb. BRUM.

Em 19/07/2004 a *Exordial* foi regularmente recebida às fls. 292.

No período de 28/10/2004 a 05/11/2004 todos os *Acusados* foram regularmente citados (fls. 347/356).

Em 09/11/2004 os *Acusados* ARLINDO RODZINSKI (fls. 357/359), JOSÉ FERNANDO RODZINSKI (fls. 360/362) e LELIANE DA SILVA BRUM (fls. 363/364) foram qualificados e interrogados.

Em 11/11/2004 os *Acusados* EVANDRO PINTO MADEIRA (fls. 367/369) e LUCIANO DA SILVA (fls. 370/372) foram qualificados e interrogados.

Ainda em 11/11/2004 foram inquiridas as *Testemunhas do Parquet* LUCIANA SANTOS (fls. 373/375) e Cb. LUIZ CARLOS DE SOUZA BRUM (fls. 376/378).

Em 19/04/2005 o *CPJ* deixou de reconhecer a exceção de litispendência argüida pelos *Acusados*, sob o fundamento de que já estavam respondendo pelos mesmos crimes na órbita da Justiça Comum (fls. 460/461).

Em 28/04/2005 os *Acusados* apresentaram os seus inconformismos com relação à *Decisão* antes mencionada, os quais foram recebidos pelo Juiz-Auditor como "*Recurso em sentido estrito*" (fls. 465).

Em 01/07/2005 o STM, ao julgar o *Recurso Criminal* nº 2005.01.007270-2/RS, decidiu, por unanimidade, deferir o recurso de ofício para desconstituir a *Decisão* do CPJ "*que reconheceu a exceção de coisa julgada em relação aos Cívís EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, determinando a baixa dos autos para o prosseguimento do feito na Justiça Militar da União*" (fls. 500 e 501/505).

Em 14/03/2006 foram inquiridas as **Testemunhas**: REJANE SANTOS TELLES às fls. 556/558; ELIO RODZINSKI às fls. 559/561; e ALEXSANDRO DA SILVA RODZINSKI às fls. 562/564 (**Ata** às fls. 565/566).

Em 19/07/2006, em razão de postulação da **Defesa**, foi feita **ACAREAÇÃO** entre LUCIANA SANTOS e REJANE SANTOS TELLES às fls. 600/602 (**Ata** às fls. 603/605).

Em 28/11/2006 foram inquiridas as **Testemunhas** da **Defesa** NARA SANTOS DOS SANTOS às fls. 627/629; MICHELE MELLO DA SILVA às fls. 630/631; e CERLEI DA SILVA às fls. 632/633.

Em 17/12/2006 o **MPM** ofertou as suas **Alegações Escritas** de fls. 638/646. Na oportunidade foi juntada a **Sentença de Pronúncia** dos **Acusados** JOSÉ FERNANDO, ARLINDO e LELIANE na Justiça Comum e o pertinente **Acórdão** que denegou o **Recurso** interposto. Também foi juntada a **Decisão** do Tribunal do Júri, condenando a **Acusada** LELIANE à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, pela tentativa de homicídio contra o Cb. BRUM e, também, pelo furto das armas. Por fim, foram juntadas as **Apelações do Parquet** civil e de LELIANE (fls. 647/683).

Em 05/01/2007 a **Defesa** de LELIANE DA SILVA BRUM apresentou as suas **Alegações Escritas** de fls. 767/768.

Em 17/01/2007 a **DPU** ofereceu as suas **Alegações Escritas**, em favor dos **Réus** ARLINDO RODZINSKI, JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA às fls. 686/697 (**com anexos de fls. 698/700**).

Em 08/08/2007 o Superior Tribunal de Justiça decidiu o **Conflito Positivo de Competência**, suscitado pelos **Acusados** ARLINDO RODZINSKI, JOSÉ FERNANDO RODZINSKI e LELIANE DA SILVA BRUM, dando a Justiça Militar da União como competente para julgá-los pelo furto das armas (fls. 705/712, 786/788, 793/800, 802/808 e 900/909).

A **Defesa** de LELIANE impetrou **Habeas Corpus** no Supremo Tribunal Federal, buscando, liminarmente, a suspensão do processo na Justiça Militar e na Justiça Estadual até que fosse resolvido o **Conflito** e, após, que fosse trancada uma das **Ações** em curso (fls. 824/827). O STF, pelo Relator Min. Sepúlveda Pertence, negou seguimento ao **HC** (fls. 874/875).

Em 12/05/2008 o **Julgamento** foi realizado nos termos da **Ata** de fls. 1120/1127, encontrando-se a **Sentença** às fls. 1120/1125.

Em 14/05/2008 o **MPM** ofereceu o seu tempestivo **Apelo**, pugnando pela majoração da pena imposta aos **Acusados** LELIANE, ARLINDO e JOSÉ FERNANDO (fls. 1129).

Em 23/05/2008 foi certificado o "**recebimento**" dos autos da **DPU**, presumindo-se que já com a **Petição** de **Apelo** (fls. 1130/1131).

Em 12/06/2008 o **MPM** ofereceu as suas **Razões de Apelação** de fls. 1134/1138. Nessas **Razões** o **MPM** sustenta que, com relação aos **Acusados** LELIANE, ARLINDO e JOSÉ FERNANDO, a individualização da pena encontra-se equivocada e que, no passo certo, a reprimenda que lhes deveria ser imposta seria de 04 anos, conforme votaram vencidos dois Juízes, e não a de 03 anos, de acordo com o que foi determinado pela maioria. Em favor desse posicionamento, discorre sobre os diversos pontos do equacionamento da reprimenda. Ao fim, pede pelo aumento da pena para 04 anos de reclusão.

Em 07/07/2008 a **Defesa** dos **Sentenciados** apresentou as suas **Razões de Apelação** de fls. 1140/1163. Nessas **Razões**, a **Defesa**, após breve exposição da **questão**, asseverou que a prova colhida é insuficiente para amparar a condenação imposta aos **Acusados** LELIANE, ARLINDO e JOSÉ FERNANDO. Em favor dessa assertiva, discorreu sobre o contingente probatório e citou precedentes jurisprudenciais e escólios de doutrinadores pátrios. Quanto aos **Acusados** EVANDRO e LUCIANO, insistiu na tese da insuficiência probatória, comentando fragmentos de prova que lhes são alusivos. Pediu, afinal, pela absolvição de todos os **Acusados**.

Em 04/08/2008 a **DPU** ofereceu as suas **Contra-Razões** de fls. 1166/1182, nas quais, **mais uma vez**, contestou os fundamentos da condenação imposta aos **Acusados**, para concluir que sequer haveria que se falar "**em incremento da pena**" na vertente **questão**.

Em 13/08/2008 o **MPM** ofereceu as suas **Contra-Razões** de fls. 1184/1194. Em tais **Contra-Razões**, após discorrer sobre o acervo probatório e pinçar fragmentos específicos, contestou a tese defensiva da insuficiência de provas para a condenação imposta aos **Acusados**, pugnando, afinal, pelo improvimento do **Apelo** defensivo.

Em 19/09/2008 a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em **Parecer** de fls. 1208/1215, da lavra do Vice-Procurador-Geral Dr. José Garcia de Freitas Júnior, requereu **preliminarmente** "**a anulação da condenação imposta aos Réus EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, uma vez reconhecida por essa Egrégia Corte a ocorrência de "bis in**

idem”, manifestando-se outrossim pelo desprovemento da Apelação interposta pela Defesa e pelo provimento do Apelo apresentado pelo Ministério Público Militar, com a conseqüente correção na aplicação da pena aos Réus LELIANE DA SILVA BRUM, ARLINDO RODZINSKI e JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, nos moldes das Razões acostadas às fls. 1134/1138”.

Relatado o suficiente, decide-se.

VOTO

Cabe conhecer, *como Preliminar*, conforme suscitada pelo Relator, o requerimento da PGJM para que seja anulada a condenação imposta aos Réus EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, “porquanto noticiam os autos que ambos os Apelantes, após terem sido denunciados pelo mesmo fato perante a Justiça Comum (fls. 412/421), obtiveram a suspensão condicional do processo e viram julgada extinta sua punibilidade na data de 05 de julho de 2005 (fls. 981 e 1018/1019).

Em que pese a existência de precedentes relativamente recentes desta Corte – *indicando que a Decisão proferida por Juiz incompetente enseja nulidade absoluta* – entendo que, *nesse caso*, a vertente *Preliminar* deva ser acolhida (RC nº 2002.01.00702-6/RJ, RC nº 2004.01.007140-4/DF, RC nº 2005.01.007235-2/RJ, HC nº 2006.01.034156-0/DF, à guisa de exemplos).

Não ignoro que, *em desfavor desse meu entendimento*, podem ser invocadas lições de doutrinadores pátrios, preconizando que as decisões proferidas por autoridade judiciária incompetente são manifesta e absolutamente nulas ou mesmo, para alguns, inexistentes; e, daí, nenhum seriam os seus efeitos no mundo jurídico.

Sei também que, *como inclusive particularmente referido no exemplificado HC nº 2006.01.034156-0/DF*, o próprio Supremo Tribunal Federal já prestigiou *Decisão* desta Corte, no sentido de não reconhecer o trânsito em julgado “*dada a incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o feito*” (in HC nº 84.027-2/RJ, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 27/04/2004).

Contudo, *como já antecipei*, observo que – *repito, nesse caso* – esse regramento geral sobre a questão da incompetência e sobre a coisa

julgada merece temperamentos, o que, aliás, já foi feito por este Tribunal em um passado não muito distante e, precisamente, diante de hipóteses do mesmo jaez. Confiro:

“- RECURSO CRIMINAL Nº 5.830-9/RJ

Rel.: Min. JORGE FREDERICO MACHADO DE SANTANA

“COISA JULGADA. I - Réu civil, que pelo mesmo fato, respondeu a processos paralelos, perante a Justiça Militar e Comum.

II - Delito que inobstante se circunscrever na cidadela de competência da Justiça Militar, face sua ocorrência em área sujeita à Administração Militar, contra militar em situação de atividade, fez por experimentar ‘decisum’, por juízo estranho, cujo trânsito em julgado, se operou, face a não suscitação, em tempo hábil, do imperativo Conflito Positivo de Competência.

III - Presente *in casu* o fenômeno da Coisa Julgada’, posto que guarda a similitude do fato irrogado e a do mesmo sujeito passivo da pretensão punitiva.

IV - À unanimidade, improvido o recurso de ofício e mantida íntegra a decisão recorrida.” (Sessão de 17/08/1988)

- APELAÇÃO Nº 43.858-0/DF

Rel.: Ministro JORGE ALBERTO ROMEIRO

“Exceção de coisa julgada. Ninguém pode ser novamente processado e julgado, (...) pela mesma coisa, pedida pelo mesmo autor contra ele e sob o mesmo fundamento do fato, quando já absolvido em processo anterior por sentença da qual não foi interposto qualquer recurso. Pouco importa o acerto ou desacerto da sentença transitada em julgado, pois res judicatae facit de albo nigrum et de quadrato rotuntum. (...)”. (Sessão de 22/05/2004).

- HABEAS CORPUS Nº 32.565-4/PA

Rel.: Min. EVERALDO DE OLIVEIRA REIS

“Ementa: COISA JULGADA. Réu que pelo mesmo fato, respondeu a processos perante a Justiça

Comum e Militar Federal, simultaneamente. Delito que embora da competência da Justiça Castrense, foi julgado pela Justiça Comum, cujo trânsito em julgado, se deu, face à não suscitação do Conflito Positivo de Competência. Reconhecida a existência da coisa julgada, foi concedida a ordem, pelo Ministro-Presidente 'ad referendum' do Plenário para trancar a Ação Penal em curso na Auditoria da 5ª CJM. Despacho Presidencial irretocável, razão pela qual foi homologado de forma unânime." (Sessão de 03/08/1989)

- HABEAS CORPUS Nº 33.291-0/MS

Rel.: Min. ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA

(...)

'A sentença expressa a vontade do Estado, que tem o dever de exercer a função jurisdicional. Satisfeita a prestação jurisdicional e transitada em julgado a decisão, não pode o agente ser novamente processado e julgado pelo mesmo fato, pouco importando o acerto ou desacerto da sentença. Se nenhum dos Juízos envolvidos suscitou conflito a tempo, isto é, antes da sentença de um deles se tornar imutável, não há mais que se falar em juiz incompetente, pois a coisa julgada impossibilita a indagação sobre competência.

Embora o crime tenha sido praticado por militar em situação de atividade, em local sujeito à administração militar, contra civil, a sentença do juízo comum homologando a transação, nos termos da Lei nº 9.099/95, e a conseqüente extinção da punibilidade, fez coisa julgada em relação ao fato.

Concedida a ordem para trancar a ação penal perante o juízo castrense, com fulcro no art. 467, alínea 'c' do CPPM. Unânime." (Sessão de 10/02/1998)"

E é desses precedentes um pouco mais distantes que retiro o primeiro – **mas não o mais importante** – dos fundamentos que me levam a acolher a **Preliminar** aventada pelo **Parquet** nesta Superior Instância.

Trato, pois, da circunstância de não ter sido suscitado **oportuno tempore** o indispensável **Conflito Positivo de Competência**, com relação a esses **Acusados (relembre-se, EVANDRO e LUCIANO)**, conforme foi proposto pelo Juiz-Auditor Substituto e rejeitado pelo CPJ por 3x2 em 19/04/2005 (**Ata**, fls. 460/461).

Esgotado esse primeiro fundamento, abordo, **agora**, o segundo (a **meu sentir, o mais importante**), qual seja, o da supremacia, **in casu**, da figura do **ne bis in idem**.

Como já salientei, os **Acusados EVANDRO e LUCIANO** já cumpriram o chamado **sursis** processual que lhes foi ofertado na Justiça Comum; e, mais, por conta disso, tiveram extintas as suas punibilidades em 05/07/2005 (fls. 981 e 1018/1019).

Em suma, já receberam do Estado – **diga-se, da Justiça** – a devida resposta para a conduta que lhes foi atribuída em sede penal.

Nesses termos, **concessa venia dos que possam entender diversamente**, não pode o Estado – **que, embora com as suas ramificações competenciais, é indiscutivelmente ente único sob a ótica da Justiça** – impor aos **Acusados EVANDRO e LUCIANO** uma nova punição penal.

E, **data venia**, não cabe sequer invocar as figuras do Juiz-natural ou referir o art. 5º, inciso LIII, da Carta da República, com o mote de invalidar a figura do **ne bis in idem**, conforme antes retratado. É que, por óbvio, essa garantia constitucional está orientada para o indivíduo e não para o Estado, daí, **inclusive e não por acaso**, a sua inserção no Capítulo **“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”**. Aliás, precisa lição nesse sentido é a ofertada pelos renomados mestres Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, na sua consagrada obra **As Nulidades no Processo Penal, in verbis**:

*“Como já se viu, a coisa julgada exerce o papel de sanatória geral dos atos nulos, e até dos inexistentes praticados no processo, antes da sentença; só mediante revisão criminal ou **habeas corpus** poderá ser argüida a nulidade ou a inexistência de atos processuais, cobertos pela coisa julgada material (CPP, art. 621, I). Não haverá, assim, possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu. Mas, em se tratando de **sentença inexistente** (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o art. 5º, LIII, CF), esta simplesmente não transitaria em julgado, sendo nenhuma sua eficácia. Poderia o vício ser declarado **pro societate**, formulando a acusação nova pretensão punitiva e, na argüição de coisa julgada oferecida pela defesa (arts. 95, V, e 110, CPP), argumentar com a não ocorrência desta, por ser a sentença inexistente?”*

Não. Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios mai-

ores do favor rei e do favor libertatis. E o dogma do ne bis in idem deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal.

É certo que o *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa. E que, na hipótese de sentença juridicamente inexistente, não se forma a coisa julgada. **Mas, no terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo valores supremos do indivíduo - vida, liberdade, dignidade -, o ne bis in idem assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada.**" (obra citada, 3ª edição, malheiros, São Paulo, 1994, p. 46). Sem grifos no original.

Enfatizo que o próprio Supremo Tribunal Federal não mais trilha resolutamente a linha do entendimento esposado no prefalado *Acórdão* da lavra do eminente Ministro Carlos Velloso, recorrentemente citado em precedentes desta Corte (**recordo, HC nº 84.027-2/RJ, de 27/04/2004**). Ressalto, a propósito, os seguintes precedentes:

- **"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.**

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva.

2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos.

A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.

3. Habeas Corpus concedido." (HC nº 86.606-9/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 22/05/2007). Sem grifos no original.

- "EMENTA: **AÇÃO PENAL**. Crime militar. Causa processada perante a Justiça estadual. Suspensão condicional do processo. Aceitação. Benefício não revogado. Instauração de nova ação penal na Justiça castrense, pelo mesmo fato. Inadmissibilidade. Preclusão consumada. HC concedido. Voto vencido. Estando em curso suspensão condicional do processo penal, não pode, pelo mesmo fato, outro ser instaurado, ainda que em Justiça diversa." (HC nº 91.505-1/PR, Rel. p/ o Acórdão Min. Cesar Peluso, julgado em 24/06/2008)

Mas é do corpo do primeiro desses julgados da Suprema Corte que emerge a lição definitiva, em favor do acatamento dessa **Preliminar do Custos Legis**. Diz, pois, a eminente Min. Cármen Lúcia no seu **Voto Conductor, ipsis litteris**:

"1. O núcleo da impetração está em que, segundo se alega, haveria constrangimento ilegal na continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas de Coxim-MS, **com decisão penal definitiva**.

2. A exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na presente impetração convencem-me de que o caso é de concessão da ordem de habeas corpus ora requerida.

A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos.

A adoção do princípio do **ne bis in idem** pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar.

Por essa razão, a extinção da punibilidade do Paciente - com o trânsito em julgado -, decorrente do cumprimento das condições estabelecidas em transação penal no Juizado Especial de Pequenas Causas de Coxim-MS, impede que se dê prosse-

guimento ao processo que tramita na Auditoria da 9ª Circunscrição Judiciária Militar de Mato Grosso do Sul, mesmo quando se trate, em hipótese, de nulidade absoluta.”

Por fim, não constitui óbice para o reconhecimento da procedência da **Preliminar** ora **sub examine** a circunstância de ter esta Corte, em 2005, no RC nº 2005.01.007270-0/RS, reconhecido a competência da Justiça Militar para julgar os civis EVANDRO e LUCIANO; **a uma** porque, **quando decidiu esta Corte**, não havia sido ainda declarado o **trânsito em julgado** na Justiça Comum; e, **a duas**, porque, à evidência, o que se discute agora não é mais matéria competencial, mas sim o problema do **ne bis in idem**, ou seja, se podem ou não os Civis EVANDRO e LUCIANO cumprirem, eventualmente, uma **nova** reprimenda por esse mesmo fato.

É o bastante.

Isso posto.

VOTO

Acolho a **Preliminar**, concedendo **Habeas Corpus de Ofício** para trancar a **Ação Penal**, na parte que se refere aos **Acusados** EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA.

No mérito.

De logo, **diante da Decisão exarada na Preliminar**, tenho como prejudicado o **Apelo** da **Defesa**, em relação aos **Acusados** EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA.

No que diz respeito aos **Apelos** dos **Acusados** LELIANE DA SILVA BRUM, ARLINDO RODZINSKI e JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, vejo-os como improspéráveis.

A prova – **inclusive a que veio do processo de tentativa de homicídio** – é absolutamente harmônica e consistente, no sentido de que os três (**LELIANE, ARLINDO e JOSÉ FERNANDO**), de forma articulada, subtraíram as armas militares que se encontravam no carro do Cb. BRUM.

É evidente que, **in casu**, o agir de LELIANE foi diferenciado, isto é, não atuou diretamente na subtração das armas; contudo, criou as facilidades (**chaves, etc**) para que os demais **Acusados** alcançassem as armas e as subtraíssem.

Nesses termos, todos atuaram com consciência, identidade de desígnios e de forma articulada, o que é o bastante para caracterizar a co-autoria.

Importante salientar que – *embora tenham negado em Juízo* – os três confessaram a prática do delito na fase inquisitorial, nada havendo que autorize a alegação que ora fazem de que foram pressionados pela Delegada.

Por outro lado, as demais provas se compatibilizam com as confissões dos três na *Inquisição*, o que já é bastante para sustentar o decreto condenatório.

Não é demais frisar que somente a confissão “*ilhada*” no *Inquérito* é que não é suficiente para amparar uma condenação. Como visto, não é o caso.

Com relação ao *MPM*, o *Apelo* deve ser acolhido.

De fato, como sustenta o *Parquet*, a dosimetria da pena foi calculada de forma equivocada. Sendo o furto duplamente qualificado, a faixa penal a ser adotada é a da qualificadora mais grave, isto é, a do “*concurso de duas ou mais pessoas*” (art. 240, § 6º, inciso IV, do CPM). Assim, a pena-base deveria partir de 03 anos e não de 02.

In casu, pois, tendo em vista que os *Acusados* LELIANE, ARLINDO E JOSÉ FERNANDO, embora primários e possuidores de bons antecedentes, atuaram com dolo intenso, arquitetando previamente a ação criminosa e dando-lhe orquestrado e cuidadoso andamento; agiram na calada da noite e também deixaram de reparar o dano causado, à luz das previsões ínsitas no art. 69 do CPM, fixa-se a pena-base em 04 anos de reclusão, por incursão no art. 240, § 6º, inciso IV, do CPM. À minguia de agravantes e atenuantes de causas especiais de aumento ou diminuição, torna-se a reprimenda definitiva em 04 anos de reclusão.

Para o início do cumprimento da pena ora imposta aos *Acusados* LELIANE, ARLINDO e JOSÉ FERNANDO, fixa-se o regime aberto, com supedâneo no art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR
APELAÇÃO Nº 2008.01.051099-0-RS

Trata-se de Apelações interpostas pelo Ministério Público e pelos Cíveis Leliane da Silva Brum, Arlindo Rodzinski e José Fernando Rodzinski, todos condenados à pena de 3 anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 4º do CPM e pelos, também civis, Evandro Pinto Madeira e Luciano da Silva, condenados a 1 ano de reclusão, como incursos no art. 254 do CPM.

Diz a Denúncia que, no dia 10 para o dia 11 de novembro de 2002, Arlindo e José Fernando Rodzinski, devidamente disfarçados, invadiram o próprio residencial do Cabo do EB Luiz Carlos de Souza Brum, alvejando-o com dois tiros, provocando neste ferimentos de natureza grave. Agiram em conluio com a esposa da vítima Leilane da Silva Brum, que havia prometido a eles uma recompensa pela morte de seu marido, para receber o valor de prêmio de benefício assegurado em seu nome.

Antes de perpetrarem o ataque à vítima, os dois denunciados Arlindo e José Fernando já haviam furtado do interior do veículo oficial, pertencente ao EB, que estava estacionado na garagem da residência da vítima, motorista militar do 3º Batalhão de Suprimentos de Nova Santa Rita, um revólver Rossi 5 tiros, calibre 38 e uma pistola Taurus calibre 380, tudo pertencente à Administração Militar que se encontrava sob cautela da vítima, sendo avaliadas em R\$1.137,50.

As armas subtraídas foram vendidas por Arlindo e José Fernando para outro denunciado, Evandro Pinto Madeira, venda essa intermediada por outro denunciado Luciano da Silva.

Assim, Arlindo, José Fernando e Leliane foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 240, §§ 4º e 6º, inciso IV, c/c art. 53, todos do CPM, sendo certo que Evandro e Luciano praticaram o crime previsto no art. 254, c/c art. 53, do mesmo diploma legal.

Insta ressaltar que à fl. 381 dos autos, a Defesa de Evandro e Luciano apresentam requerimento de exceção de coisa julgada, alegando que pelo mesmo fato foram denunciados na Justiça Comum e promovido a suspensão condicional do processo e estão cumprindo uma série de condições impostas pelo Juízo, com a promessa de extinção da punibilidade ao fim de 2 anos (doe, de fls. 387/339).

À fl. 400, os réus Arlindo, José Fernando e Leilane requerem uma arguição de litispendência, alegando que estão respondendo perante o Juízo da 1ª Vara do Júri de Canoas pelo mesmo fato (doc. de fls. 409/427).

Com relação aos réus Evandro e Luciano, o CPJ decidiu julgar procedente a exceção e recorreu de ofício a esta Egrégia Corte. Com relação aos outros Réus, decidiu julgar improcedente a exceção de litispendência. Dessa Decisão, recorre Leilane.

Em Decisão unânime, esta Corte, em 01 de julho de 2005:

“acolheu a preliminar suscitada pelo MPM não conhecendo do recurso interposto por Leilane da Silva Brum e no mérito de-

feriu o recurso de Ofício para desconstituir a Decisão do CPJ que reconheceu a exceção de coisa julgada em relação aos civis Evandro Pinto Madeira e Luciano da Silva determinando a baixa dos autos para prosseguimento do feito na Justiça Militar da União...."

Acontece, no entanto, que posterior a essa Decisão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em Conflito de Competência (fl. 794), que:

"mesmo havendo a conexão entre o crime de homicídio e de furto de armas de patrimônio sob administração militar, não é possível a reunião do processo diante de vedação expressa. Conflito conhecido para declarar competente para o julgamento do crime de furto de armas o Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM..."

Com toda a instrução realizada, procedeu-se, assim, o julgamento dos acusados, tendo sido a R. Sentença prolatada nos seguintes termos:

"condenar Leliane da Silva Brum, Arlindo Rodzinski e José Fernando Rodzinski, à pena de 3 (três) anos de reclusão, por infração ao art. 240, § 4º do CPM e condenar Evandro Pinto Madeira e Luciano da Silva à pena de 1 (um) ano de reclusão, por infração ao art. 254 do CPM..."

Da respectiva Decisão, recorre o MPM, em relação aos Réus Leliane, Arlindo e José Fernando, especificamente ao *quantum* da pena aplicada, alegando, em síntese, que a tese vencedora do CPJ (3X2), encontra-se equivocada, restando, em descompasso com a Lei, o critério utilizado para se chegar à pena aplicada.

Na primeira fase de cálculo da pena, foi opção do escabinato o reconhecimento da qualificadora menos grave (§ 4º do art. 240), que prevê pena de reclusão de 2 a 8 anos. Na fixação da pena-base, para os três réus, a mesma foi elevada para 2 anos e 6 meses de reclusão: *"considerando desfavorável a circunstância acima mencionada e o dano, que não foi reparado. Na segunda etapa fez-se incidir a qualificadora do art. 240 § 6º, aumentando a pena em 1/5 e perfazendo um total de 3 anos de reclusão, tornando-se definitiva por inexistir causas de aumento ou diminuição..."*

No entanto, continua o Apelo Ministerial, é aqui que reside o fundamento do recurso, existe grave equívoco, que se faz notar na definição do tipo qualificado definidor da pena-base, bem como na aplicação da qualificadora do concurso de pessoas, como se agravante fosse, restando

dizer que não ficou obedecido o critério trifásico, redundando em pena inferior à que efetivamente deveria ter sido aplicada frente ao fato delituoso. Encerra o Apelo, requerendo seja dado ao mesmo provimento para, mantendo-se a condenação dos réus, seja corrigida a sentença na parcela referente à aplicação e dosimetria da pena, sendo aplicado, ao final, 4 anos de reclusão.

Em suas razões, diz a Defesa de Arlindo, Evandro, José Fernando e Leiliane, fundamentando seu pedido na insubsistência das provas, para fins de condenação penal, em face à desconexão do acervo probatório, inábil a ensejar a perquerida procedência da pretensão veiculada. Conforme se infere da acurada leitura do processo, são insuficientes as provas a se concluir, tenham os denunciados efetivamente praticado condutas caracterizadas como delituosas. Continua a defesa, alegando que as provas produzidas na fase administrativas devem ser judicializadas, o que *venia concessa* não ocorreu *in casu*.

Simplees comprovações produzidas no âmbito inquisitorial/administrativo não são hábeis a determinar uma condenação. Na situação concreta, a prova produzida em Juízo, com fito de estear a acusação é absolutamente insuficiente. Não há como, de modo coerente, sustentar-se uma condenação criminal, sem satisfatória produção de provas em Juízo.

Continua a Defesa: Quanto aos acusados Evandro e Luciano, não tiveram contra si direcionada qualquer prova, a não ser as declarações dos próprios co-réus. Não há que condenar-se com base em chamada de co-réu.

Nesse contexto, inexistindo quaisquer provas capazes de demonstrar a prática do delito capitulado no artigo 254, por parte de Evandro e Luciano, impõe-se a reforma da Sentença, com a conseqüente absolvição dos acusados.

Subindo os autos a essa Superior Instância, com vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, na pessoa de seu Vice-Procurador-Geral Dr. José Garcia de Freitas Júnior, que, em parecer, declarou:

"...Preliminarmente é de se levantara ocorrência de Bis In Idem com relação aos Réus Evandro e Luciano. Não há como prosperar a condenação imposta pela Justiça Militar, porquanto noticiam os autos que ambos os apelantes, após terem sido denunciados pelo mesmo fato perante a Justiça Comum, obtiveram

a suspensão condicional do processo e viram julgada extinta sua punibilidade na data de 06 de julho de 2005 (fls. 981 e 1018/1019).

A condenação, portanto, pela Justiça Militar, ainda que o órgão competente para apreciar e julgar o crime de receptação das armas, traduz-se em flagrante *bis in idem*, uma vez que os réus já cumpriram as condições impostas, afigurando-se impossíveis a desconstituição da decisão lavrada pela Justiça Estadual e a reversão da situação já consolidada há mais de três anos. Está-se diante, na realidade, de dois *sursis* (um processual na Justiça Comum e outro da pena na Justiça Militar), ambos em decorrência do mesmo fato, razão pela qual se impõem a anulação da condenação proferida pela Justiça Castrense, imposta quase 3 anos após a decretação da extinção da punibilidade na Justiça estadual e o competente trancamento, sem renovação, da ação penal, com relação a esses Réus.

Com relação aos demais acusados, razão assiste ao Apelo Ministerial, devendo a pena ser aumentada para 4 anos de reclusão, na forma das Razões apresentadas pelo Parquet de primeiro grau."

Preliminarmente, necessário se faz reconhecer, com relação aos Réus Evandro Pinto Madeira e Luciano da Silva, a ocorrência de nulidade absoluta da sentença condenatória, tendo em vista terem sido os mesmos julgados e condenados pela Justiça Comum, pelos mesmos fatos (receptação) e, por conseqüência, terem, em 06 de julho de 2005, declarada extinta a punibilidade por cumprimento de pena.

Vem certo o Ilustre Subprocurador-Geral, quando aponta para a existência do *bis in idem*, afirmando que afigura-se impossível a desconstituição da Decisão lavrada pela Justiça Estadual e a reversão da situação consolidada há mais de 3 anos.

Assim, deve ser a R. Sentença anulada e trancada a ação penal, sem renovação.

Com relação aos demais acusados, é de negar-se provimento a ambos os Apelos, devendo ser a R. Sentença Recorrida mantida em todos seus fundamentos.

Optou o Conselho em aplicar a qualificadora menos grave e considerou a outra como circunstância agravante.

Fundamentou, em todos os sentidos, a condenação imposta, seguindo o sistema trifásico, chegando a uma pena final de 3 anos de reclusão.

Assim sendo, votei diferente de meus pares para, preliminarmente, anular a Sentença, por ocorrência de nulidade insanável e trancar a ação penal com relação aos Réus Evandro Pinto Madeira e Luciano da Silva e com relação aos demais Réus, negar provimento a ambos os Apelos para manter, na íntegra, a R. Sentença Recorrida.

Devem os Réus iniciarem o cumprimento da pena fixada, em regime aberto.

Superior Tribunal Militar, 26 de março de 2009.

OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR
Ministro do STM

APELAÇÃO 2008.02.049721-8-SP

APELAÇÃO DA DEFESA. TENTATIVA DE LATROCÍNIO (ART. 242, § 3º, C/C O ARTIGO 30, INCISO II, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CPM). APLICAÇÃO DA PENA DO CRIME CONSUMADO PELA EXCEPCIONAL GRAVIDADE DA CONDUTA CRIMINOSA. PRELIMINAR SUSCITADA POR MINISTRO DA CORTE, EM SESSÃO DE JULGAMENTO, DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE "INCIDENTER TANTUM" DA PARTE FINAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 30 DO CPM. IMPOSSIBILIDADE. I – A disposição contida no parágrafo único do art. 30 do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969) é anterior à ordem constitucional vigente e, nesse caso, não se discute situação de inconstitucionalidade, mas de revogação ou não-recepção de norma anterior à Constituição Federal. II – A preliminar de declaração de inconstitucionalidade

*“incidenter tantum” suscitada por Ministro da Corte, em sessão de julgamento, deve ser rejeitada, posto que o parágrafo único do art. 30 da Lei Substantiva Castrense foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil e não viola os princípios da legalidade e da proporcionalidade. III - Civil invade o Serviço Regional de Proteção a Vão de São Paulo portando arma de fogo, com intenção de roubar armamento militar e, após ferir gravemente o Sargento de Dia, é preso em flagrante. IV - **Requerimento de redução da pena ao seu mínimo legal por conta da primariedade e dos bons antecedentes do apelado ou aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista na primeira parte do parágrafo único do art. 30 do CPM.** V - A autoria e a materialidade do crime foram exaustivamente demonstradas em todas as fases do processo e não são objetos do pedido recursal. A excepcional gravidade do delito autoriza a aplicação da pena do crime consumado prevista no parágrafo único do artigo 30 do CPM. Embora primário, a sentença encontra-se bem fundamentada no tocante ao seu “quantum”, devendo ser confirmada. Preliminar de declaração de inconstitucionalidade rejeitada. Maioria. Apelo defensivo improvido. Decisão majoritária.*

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira, por prevenção.

Revisor – Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto.

Apelante – Alandoaldo dos Santos Ferreira, Civil, condenado à pena de 20 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inciso II, parágrafo único, ambos do CPM, fixando-

se o regime prisional fechado para o início do cumprimento inicial da pena.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 16/10/2007.

Advogado – Dr. Elzano Antonio Braun, Defensor Público da União.

Decisão – Prosseguindo no julgamento interrompido na 29ª Sessão, em 23/04/2009, após o retorno de vista da Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA que proferiu voto no sentido de acolher a preliminar de inconstitucionalidade proposta pelo Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, também em voto de vista apresentado na 74ª Sessão, em 21/10/2008, do art. 30, parágrafo único, do Código Penal Militar, por afronta aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, consoante o art. 5º, inciso XXXIX, e arts. 1º, inciso III, 3º, inciso I, 5º, **caput** e incisos II, XXXV e LIV, todos da Constituição Federal, declarando a revogação da parte final do parágrafo único do inciso II do art. 30 do CPM, com fulcro no art. 6º, inciso III, da Lei nº 8.457, de 04/09/1992, e no art. 97 da Constituição Federal. Consoante o art. 67, inciso I, do RISTM, proferiu voto o Ministro MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, Vice-Presidente, no exercício da Presidência, acompanhando os votos de vista dos Ministros FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, acolhendo a preliminar. Em seguida, o Tribunal, **por maioria**, conheceu da preliminar de declaração de inconstitucionalidade arguida e rejeitou-a, por entender que o parágrafo único do art. 30 da Lei Substantiva Castrense foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, não violando os princípios da legalidade e da proporcionalidade. O voto do Ministro-Presidente CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, proferido na 29ª Sessão, em 23/04/2009, quanto à rejeição da preliminar, foi computado na forma do art. 78, §1º, c/c o art. 67, inciso I, do RISTM. **No mérito, por maioria**, o Tribunal negou provimento à apelação da Defesa para manter na íntegra a Sentença **a quo**. Os Ministros FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA davam provimento parcial ao Apelo defensivo e fixavam a pena imposta ao Civil ALANDOALDO DOS SANTOS FERREIRA em 14 anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial fechado, por estar incurso no art. 242, § 2º, incisos I, II, IV e V, c/c o art. 30, parágrafo único, primeira parte, todos do CPM. O Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH fará declaração de voto. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR 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 Júnior, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, 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. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 31ª Sessão, 29.04.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em conhecer e rejeitar a preliminar de declaração de inconstitucionalidade arguida, por entender que o parágrafo único do art. 30 da Lei Substantiva Castrense foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, não violando os princípios da legalidade e da proporcionalidade, e, no mérito, por maioria, negar provimento à apelação da Defesa para manter na íntegra a Sentença *a quo*.

Superior Tribunal Militar, em 29 de abril de 2009 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente – No exercício da Presidência, Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator – Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União contra sentença exarada pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que condenou o civil ALANDOALDO DOS SANTOS FERREIRA à pena de 20 anos de reclusão, como incurso no artigo 242, § 3º, *c/c* o artigo 30, inciso II, parágrafo único, ambos do CPM, fixando o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §§1º, alínea “a”, e 2º, alínea “a”, *c/c* o artigo 34, todos do CP.

2. Cumpre esclarecer que o apelante foi condenado, em um primeiro julgamento, à pena de 30 anos de reclusão.

3. A sentença condenatória foi reformada, por maioria, no julgamento da Apelação nº 2004.01.049721-8/SP, em que fui Revisor e Relator para o Acórdão (fls. 726/743), fato que ocasionou a distribuição do presente processo por prevenção. Naquela ocasião, o Tribunal acompanhou o meu voto e procedeu à reclassificação do crime de "tentativa de latrocínio", conforme denunciado, para "tentativa de roubo qualificado por lesão corporal grave", conforme pedido da Defesa. Isso trouxe reflexos para a pena, que sofreu diminuição para 22 anos e 06 meses de reclusão. Transcrevo a ementa da decisão extraída da referida apelação, *in litteris*:

"TENTATIVA DE LATROCÍNIO. APELO DEFENSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO (ART. 242, § 2º, INCISOS I, II, IV E V, DO CPM, C/C ART. 30, INCISO II, PARÁGRAFO ÚNICO, IN FINE).

I. Civil invade o Serviço Regional de Proteção a Vão de São Paulo para roubar armamento militar e, após troca de tiros em que fere gravemente o Sargento de Dia, é preso em flagrante;

II. Não há legítima defesa quando o próprio agente provoca a injusta agressão;

III. A materialidade e autoria estão provadas a partir das conclusões dos laudos de exame de armas de fogo e exame de corpo de delito realizado na vítima;

IV. Alegação de estado de necessidade exculpante afastada por ausência de provas e porque, in casu, era exigível conduta diversa.

V. O Código Penal Militar prevê a figura do roubo qualificado por lesão corporal dolosa, devendo a tentativa de latrocínio ser desclassificada para o tipo penal descrito nos incisos I, II, IV e V do § 2º do art. 242 do CPM.

VI. Recurso provido parcialmente, na forma do art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM."

4. Em razão da divergência de votos, a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar Dr^a. Adriana Lorandi interpôs os Embargos Infringentes nº 2005.01.049721-1 (fls. 804/811), tendo sido relator o Ministro Gen Ex APPARICIO IGNÁCIO DOMINGUES. Os Embar-

gos Infringentes foram providos, por maioria de votos (fls. 819/832), restaurando-se a condenação proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, que incursionou o embargado no tipo penal descrito no art. 242, § 3º, c/c o artigo 30, inciso II, parágrafo único, parte final, tudo do CPM, ou seja, tentativa de latrocínio com a pena do crime consumado por sua excepcional gravidade. A ementa do resultado do julgamento dos Embargos Infringentes encontra-se vazada nos seguintes termos, *in litteris*:

“Ementa. Embargos. Tentativa de latrocínio.

Réu que troca tiros com a vítima, que reage ao roubo, se não quis o resultado morte, ao menos assumiu o risco de produzi-lo, o que configura o dolo eventual, e como a subtração e a morte deixaram de ocorrer por razões alheias à vontade do agente, caracterizada está a tentativa de latrocínio.

A aplicação à tentativa da pena correspondente ao crime consumado encontra-se perfeitamente justificada, face à excepcional gravidade do crime, tentativa de subtração de armamento militar, com invasão de sede de Serviço Regional de Proteção ao Voo, quase resultando na morte de Sargento da Aeronáutica.

Embargos acolhidos.

Decisão Majoritária.”

5. A Defesa do Apelante impetrou Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal Federal requerendo a redução da pena prevista para o crime tentado, na forma do art. 14, II, do Código Penal comum. Segundo o relator do feito, o eminente Ministro Joaquim Barbosa (HC nº 88.261-7/DF), a inconformidade do Paciente cingiu-se ao *quantum* da condenação aplicada, que teria sido excessivo tendo em vista que o crime não ultrapassou a forma tentada.

6. A ordem, tal como requerida, foi denegada. No entanto, a Turma concedeu Habeas Corpus de ofício para, mantendo a condenação, anular a sentença de 1º Grau, restabelecida em face do provimento dos Embargos Infringentes, por insuficiência de fundamentação. Transcrevo a ementa do Acórdão da 2ª Turma do STF, juntado às fls. 950/973, da lavra do mencionado Ministro Joaquim Barbosa, no HC nº 88.261-7/DF, julgado em 08/05/2007, que transitou em julgado em 06/08/2007 (fl. 962), *in litteris*:

“HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÁXIMO LEGAL. ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INOBSERVÂNCIA.

*Insuficiência de fundamentação na aplicação da pena.
Ausência de análise de todas as circunstâncias judiciais do
art. 69 do Código Penal Militar.*

*Discricionariedade que encontra limites na individualização
da pena, quanto à fundamentação das circunstâncias judiciais.*

Nulidade parcial da condenação.

Ordem denegada.

Habeas Corpus concedido de ofício.”

7. Diante do teor da ordem de Habeas Corpus concedida pelo STF a ALANDOALDO, o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 2ª CJM Dr. Ricardo Vergueiro Figueiredo convocou o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica e realizou novo julgamento em 16/10/2007, cuja sentença condenatória é objeto do presente recurso de apelação.

8. Com esses esclarecimentos preliminares, passo à recapitulação da narrativa dos fatos que deram origem ao presente processo criminal.

9. Em 06/03/2003, o “Parquet” Militar ofereceu denúncia contra o civil ALANDOALDO DOS SANTOS FERREIRA por tentativa de latrocínio. O réu foi autuado em flagrante, após ter adentrado as dependências do Serviço de Proteção ao Vôo no aeroporto de Congonhas, São Paulo, em companhia de Alexandre Ribeiro, fazendo-se passar por entregador de pizza e portando arma de fogo, com o intuito confessado de subtrair armamento militar. Os dois comparsas renderam uma Sentinela e um Cabo e reagiram a tiros à interferência do Sgt de Dia PAULO GUEDES DA SILVA, que foi atingido por seis projéteis deflagrados do revólver TAURUS empunhado pelo apelante, como também por um tiro da pistola empunhada por Alexandre Ribeiro. Esse último perdeu a vida na empreitada ilícita, sendo que o Sgt PAULO GUEDES restou gravemente ferido. Os fatos aconteceram no dia 25/02/2003, por volta das 21h15min.

10. A exordial acusatória foi recebida em 18/03/2003, conforme decisão prolatada pelo MM. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 2ª CJM, à fl. 116.

11. Ao ser interrogado perante o Juízo, o civil ALANDOALDO DOS SANTOS FERREIRA confessou a prática delituosa ao declarar que (fls. 273/275):

"(...) Alexandre Ribeiro o chamou para ir então ao local dos fatos narrados na denúncia; que a intenção de ambos era apenas a de pegar armamento. Que como estava precisando de dinheiro acabou aceitando o convite. (...) Que esclarece que atirou no militar infelizmente, para não morrer, vez que estava em legítima defesa, pois a vítima já havia matado o seu companheiro Alexandre Ribeiro."

12. O ofendido e Sentinela da hora S2 SNE DIEGO LOPES, às fls. 285/287, declarou:

"(...) Que o acusado aqui presente veio caminhando em sua direção, e ao se aproximar apontou-lhe uma arma de fogo. (...) Que esclarece que após ouvirem os tiros, o réu lhe jogou ao chão, quando então percebi que o réu dirigiu-se até a porta desse local e começou a disparar alguns tiros. (...) Que provavelmente os tiros disparados pelo réu teriam sido feitos contra o Sgt Guedes."

13. Às fls. 289/290, o também ofendido Cabo ANTÔNIO CARLOS ROCHA informou:

"(...) Que estava sentado na sala de estar do Corpo-da-Guarda quando então avistou um indivíduo vindo ao seu encontro, ao mesmo tempo em que apontava a arma de fogo para a cabeça do soldado Diego. Que tal indivíduo que assim agia era o réu aqui presente. Que então o réu na forma acima descrita disse-lhe para levantar-se, soltar o coldre, não colocar a mão na arma, caso contrário morreriam eu (o declarante), bem como o Soldado Diego."

14. Durante a fase criminal foram inquiridas as seguintes testemunhas arroladas pelo MPM: Delegado de Polícia Federal SÉRGIO ANTÔNIO TRIVELIN (fls. 276/278); 1º Ten ANDRÉ DA CUNHA FONTES (fls. 279/281) e S2 SNE JOSÉ GILIARD RODRIGUES (fls. 282/284).

15. A Defesa não arrolou testemunhas (fl. 473-v).

16. Em alegações escritas (fls. 578/580), o MPM pleiteou a condenação do acusado nas penas do artigo 242, § 3º, c/c o artigo 30, inciso II, do CPM, por entender que restaram perfeitamente delineadas a autoria e a materialidade da conduta delituosa em comento (fls. 578/580).

17. A Defesa requereu, às fls.587/599, a absolvição do réu, com fulcro no artigo 439, letra “d”, do CPPM, por entender que o mesmo agiu sob o amparo da excludente de culpabilidade consubstanciada na “inexigibilidade de conduta diversa”, uma vez que estava sob fogo cruzado. Alternativamente, requereu a absolvição com fulcro no artigo 439, alínea “e”, porquanto existiriam dúvidas a respeito da intenção do réu de matar o referido Sargento. Por fim, na hipótese de condenação, requereu a desclassificação do crime de tentativa de latrocínio para o delito de tentativa de roubo qualificado com base no artigo 242, §2º, inciso V, c/c o artigo 30, todos do CPM.

18. Em 24/06/2004, sobreveio a Sentença condenatória, cuja pena foi cassada pelo Supremo Tribunal Federal em razão de sua insuficiente fundamentação.

19. Em 16/10/2007, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 2ª CJM reuniu-se novamente para julgar procedente a Denúncia, conforme Sentença publicada em 23/10/2007 (fl. 994), cujo dispositivo transcrevo (fls. 983/984):

“Resolve o CPJ-Aer, por unanimidade de votos, uma vez mantida a condenação de ALANDOALDO DOS SANTOS FERREIRA, pelo Supremo Tribunal Federal, impor ao referido acusado em razão da prática dos fatos descritos na denúncia, a pena de 20 anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 242, parágrafo 3º, c/c o artigo 30, inciso I, parágrafo único, ambos do Código Penal Militar.”

20. Pelo Ofício nº 2507 (fl. 986), a Diretora de Secretaria do Juízo informou ao Diretor da Penitenciária “Nestor Canoa”, Mirandópolis/SP, local onde o réu cumpre pena em regime fechado, desde 2004, sobre o inteiro teor da condenação. O apenado foi intimado pessoalmente em 13 de novembro de 2007 (fl. 999v).

21. Em seu apelo (fls. 1008/1017), a Defensoria Pública da União pugna pela reforma da decisão “a quo”, visando à diminuição da pena imposta ao apelante. Sustenta que a fixação da pena-base em 20 (vinte) anos fere os princípios da proporcionalidade e individualização da pena. Afirma que a primariedade e os bons antecedentes do sentenciado requerem a fixação da pena no seu mínimo legal, ou seja, 15 anos. Alega que a sentença carece de fun-

damentação no tocante à aplicação do quesito “excepcional gravidade do crime”, que afastou a possibilidade de redução da pena por se tratar de crime tentado, conforme preceitua o art. 30, II, do CPM. Requer, assim, a diminuição da pena, seja em razão da tentativa, seja em respeito aos princípios constitucionais da individualização da pena, pois o réu é primário e tem bons antecedentes.

22. As Contra Razões do Órgão Ministerial foram acostadas às fls. 1020/1033. No tocante ao pedido de redução da pena por conta da tentativa, salienta o representante do Parquet Militar a inoportuna rediscussão de matéria, solucionada nas instâncias judiciais castrenses e no voto do Ministro Joaquim Barbosa que assim se manifestou:

“Vê-se que a conceituação, o caso em tela, da excepcional gravidade do crime, de forma a autorizar a aplicação da pena do crime consumado, está amparada em lei e encontra-se devidamente fundamentada, sendo, pois, improcedente o pedido formulado no presente Habeas Corpus.”

23. O representante do Ministério Público Militar rechaçou, também, a possibilidade de reforma da sentença por inobservância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Afirmou que a pena-base encontra-se satisfatoriamente fundamentada, tendo sido apreciadas as circunstâncias judiciais preconizadas pelo artigo 69 do CPM e que houve rígida observação ao sistema trifásico de aplicação da pena, não havendo possibilidade de reforma da sentença recorrida.

24. Às fls. 1042/1050, encontra-se acostado o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, da lavra da douta Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dr^a Adriana Lorandi, que se manifestou pelo improvimento do recurso de apelação, tendo em vista que a condenação do Apelante é definitiva, lembrando, também, que a Suprema Corte determinou a anulação da sentença apenas no que concerne à dosimetria da pena, para que outra fosse proferida motivadamente conforme os preceitos legais, em especial a apreciação das circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM, o que de fato ocorreu.

25. Os autos foram colocados em mesa e, na Sessão de julgamento de 10/09/2008, após a apresentação do relatório e do vo-

to do Ministro-Relator, o julgamento foi interrompido em razão do pedido de vista do eminente Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH.

26. Em prosseguimento ao julgamento interrompido, os presentes autos retornaram ao Plenário, na Sessão de 21/10/2008, oportunidade em que o Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH - após sustentar que, por ocasião da apreciação do Habeas Corpus STF nº 88.261-7, não fora oposto nenhum incidente de inconstitucionalidade - formulou o seu voto de vista, arguindo a inconstitucionalidade do art. 30, parágrafo único, do Código Penal Militar, para que esse dispositivo seja declarado, *ipso facto*, não recepcionado pela Constituição Federal, por violar flagrantemente os princípios da legalidade e da proporcionalidade (art. 5º, inciso XXXIX, e arts. 1º, inciso III, 3º, inciso I, 5º, *caput* e incisos II, XXXV e LIV, todos da Constituição Federal).

27. O voto de vista foi autuado em apartado, como apenso, e reaberto o prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, a qual apresentou a sua manifestação às fls. 1.079/1.084, da lavra do Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. JOSÉ GARCIA DE FREITAS JÚNIOR, opinando pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e, no mérito, pelo não provimento do apelo, com a consequente manutenção da r. Sentença, considerando-se as razões já apresentadas às fls. 1042/1050.

É o relatório.

VOTO

O apelo da Defesa preenche os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Preliminar de Declaração de inconstitucionalidade “incidenter tantum” do art. 30, parágrafo único, do CPM.

2. O eminente Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH - após sustentar que, por ocasião da apreciação do Habeas Corpus STF nº 88.261-7, não fora oposto nenhum incidente de inconstitucionalidade - formulou o seu voto de vista, arguindo a inconstitucionalidade do art. 30, parágrafo único, do Código Penal

Militar, para que esse dispositivo seja declarado, *ipso facto*, não recepcionado pela Constituição Federal, por violar flagrantemente os princípios da legalidade e da proporcionalidade (art. 5º, inciso XXXIX, e arts. 1º, inciso III, 3º, inciso I, 5º, *caput* e incisos II, XXXV e LIV, todos da Constituição Federal).

3. Em virtude disso, o julgamento foi convertido em diligência, na forma do art. 82 do Regimento Interno do STM, para que fosse dado vista dos autos à Procuradora-Geral da Justiça Militar, para se manifestar quanto à referida arguição, com fulcro no art. 79-A, parágrafo único, do RISTM.

4. Autuado em apartado, como apenso, foi reaberto o prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

5. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar apresentou a sua manifestação às fls. 1.079/1.084, da lavra do Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. JOSÉ GARCIA DE FREITAS JÚNIOR, que opinou pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade do art. 30, parágrafo único, do CPM.

6. Com efeito, a arguição de inconstitucionalidade em apreço sugere o enfrentamento inevitável de três questões: a) Partindo-se da premissa de que o Regimento Interno do STM dispõe que essa matéria há de ser tratada como preliminar, cabe tal arguição após a leitura do relatório e a apresentação do voto do relator quanto ao mérito, ocasião em que também foram registrados os votos de mais oito Ministros desta Corte? b) Em sendo conhecida a referida arguição, o nosso Ordenamento Jurídico Constitucional permite tergiversar sobre situação de inconstitucionalidade quando a controvérsia resume-se em saber se houve revogação ou não-recepção de norma pré-constitucional em face da Constituição em vigor? e c) O conteúdo do parágrafo único do art. 30 do CPM viola os princípios da legalidade e da proporcionalidade e, em consequência, deve ser declarado não recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil?

7. Relativamente ao primeiro questionamento, o nosso Regimento Interno, no parágrafo único do seu art. 79-A, preconiza que *se a inconstitucionalidade for arguida na sessão de julgamento, pelo Relator ou por outro Ministro, o julgamento será interrompido e o Relator abrirá vista dos autos ao Procurador-Geral da Justiça Mili-*

tar, pelo prazo de dez dias, para parecer; recebidos os autos com o parecer, o julgamento prosseguirá na sessão ordinária que se seguir, apreciando-se, na sequência, a **arguição de inconstitucionalidade e o mérito da causa.**

7.1 Importa relembrar que o mérito da causa já havia sido explicitado por este Relator, na Sessão de julgamento de 10/09/2008, oportunidade em que foram registrados os votos dos Ministros SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO (Revisor), JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS, ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA, WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, RENALDO QUINTAS MAGIOLI, FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES e JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS.

7.2 A esse respeito, insta observar que, de acordo com o art. 79, *caput*, e seu § 1º, do RISTM, **as questões preliminares serão julgadas antes do mérito, ainda que suscitadas pelo Relator, após o relatório, ou por outro Ministro.** *In casu*, nota-se que a arguição de declaração de inconstitucionalidade foi suscitada após a leitura do relatório e apresentação do voto do Ministro-Relator e apresentação de mais oito votos sobre o mérito na Sessão de Julgamento. Essa verificação justificaria, em tese, o não conhecimento da mencionada arguição, por ser extemporânea.

7.3 Contudo, esse exame já se encontra superado a partir do momento em que o eminente Ministro-Presidente converteu o julgamento em diligência. Assim, é de se conhecer da Arguição de Declaração de Inconstitucionalidade ora suscitada.

8. No tocante ao segundo questionamento, não há dúvida de que o nosso ordenamento jurídico 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 na Lei nº 9.882/99, 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.***

8.1 Ressalte-se que a jurisprudência da nossa Excelsa Corte já assentou 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 CO-NHECIDA.

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 dispõem, 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, DJ de 21/11/1997, pp. 60585).

8.2 No que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de direito pré-constitucional, pelo controle incidental ou difuso, o colendo Superior Tribunal de Justiça, orientando-se pela jurisprudência do STF, apreciou a matéria no julgamento dos autos do Recurso Especial nº 439.606/SE, cuja Ementa tem a seguinte redação, *in litteris*:

“PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 481 DO CPC. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVOGAÇÃO OU NÃO-RECEPÇÃO. SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO TRIBUNAL PLENO. DESNECESSIDADE.

A cláusula de reserva de plenário somente é aplicável na hipótese de controle difuso em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, **não se aplicando aos casos (como o dos**

autos) em que se reputam revogadas ou não-recepcionadas normas anteriores à Constituição vigente. Nestes casos, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas sim em revogação ou não-recepção. Precedentes do colendo Supremo Tribunal e desta Corte.

Recurso não conhecido." (os destaques não são do original).

8.3 Da interpretação da jurisprudência citada, extrai-se a conclusão de que não haveria necessidade de o julgamento ter sido transformado em diligência, com o intuito de ouvir a Procuradoria-Geral da Justiça Militar sobre o incidente de inconstitucionalidade ora suscitado. Poder-se-ia ter dado prosseguimento ao julgamento, colocando em votação, preliminarmente, a questão acerca da revogação ou não-recepção da parte final do parágrafo único do art. 30 do CPM, segundo a idéia de compatibilidade material dessa norma com a Constituição vigente. Não se tratava de situação de inconstitucionalidade, nesse caso, mas apenas de análise da matéria, limitando-se à resposta negativa ou positiva desta Corte quanto à revogação ou não-recepção da referida norma pela Ordem jurídica em vigor.

8.4 Embora seja possível o controle incidental ou difuso de norma pré-constitucional, conclui-se, com a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, que a atuação mais consentânea com o nosso Ordenamento Jurídico Constitucional será aquela que venha admitir tão-somente a declaração negativa ou positiva da revogação ou não-recepção da norma suscitada como incompatível com a Constituição vigente, sem, contudo, tergiversar sobre situação de inconstitucionalidade.

9. No tocante ao terceiro e último questionamento, a resposta deve ser imediatamente negativa.

9.1 Vale dizer, o conteúdo do parágrafo único do art. 30 do CPM guarda inteira conformidade com os princípios da legalidade e da proporcionalidade. Entende-se que o seu texto foi perfeitamente recepcionado pela nova Ordem constitucional, nos termos da sua redação original desde a edição do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, *in verbis*:

"Art. 30.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços,

*podendo o juiz, **no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado.***”

9.2 Do ponto de vista do princípio da legalidade da referida norma, ao contrário do que pensa o eminente Ministro BIERRENBACH, não se vislumbra qualquer violação do parágrafo único do art. 30 do CPM ao princípio da legalidade ou da reserva legal insito no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (*nulla poena sine praevia lege*). Para todos os fins e por dedução lógica, não se pode negar que essa disposição foi recepcionada pela Ordem vigente, em que o Decreto-Lei nº 1.001/1969 passou a adquirir a roupagem de Lei Ordinária e a subsistir no Sistema como lei formal anterior ao fato sancionado (*lex praevia*), contendo descrição específica de um determinado fato (*lex certa*). Não é por outra razão que o mencionado dispositivo permanece dotado de plena eficácia, gerando os seus regulares efeitos, apesar de editado sob a égide da Ordem constitucional anterior.

9.3 Tanto é assim que a nossa Excelsa Corte já teve diversas oportunidades para examinar a aplicação dessa norma, reconhecendo a sua plena aplicabilidade, reiterando a sua recepção pelo Sistema vigente. Nesse sentido, a decisão proferida nos autos do Habeas Corpus nº 66.938-7/SP, publicada no DJ de 28.02.1992, de relatoria do eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, com a seguinte Ementa, *in litteris*:

*“Habeas Corpus. Código Penal Militar. Latrocínio consumado e latrocínio tentado. **Decisão com apoio no art. 30, parágrafo único, do CPM. Caso de excepcional gravidade.** Código Penal Militar, art. 242, § 3º. Não cabe, na espécie, em habeas corpus, alterar a decisão, ou anulá-la parcialmente. Habeas Corpus indeferido.” (os destaques não são do original).*

9.4 Nesse julgado, ao se apegar à expressão **caso de excepcional gravidade**, na acepção vislumbrada pelo legislador, o Ministro-Relator assim se manifestou, *in litteris*:

*“Em realidade, está no Código Penal Militar, art. 30, parágrafo único, **verbis**: ‘Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, **no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado**’.*

(..).

No mesmo sentido, a redação do art. 14, II, e parágrafo único, da nova Parte Geral do Código Penal, de acordo com a Lei nº 7.209/1984.

*Vê-se, dessa maneira, que a decisão encontrava apoio no art. 30, parágrafo único, do Código Penal Militar. **Pela gravidade do evento**, em que três as vítimas, referida com ênfase na sentença, bem de entender é que se aplicou a pena relativa ao crime consumado, inclusive na hipótese de latrocínio tentado, sendo de vinte (20) anos, para cada um dos delitos (...)*. (os destaques não são do original).

9.5 A mesma análise mereceu o Habeas Corpus nº 88.261-7, impetrado pelo Apelante, cujo Acórdão encontra-se acostado nos presentes autos às fls. 963/967, no qual o Ministro-Relator JOAQUIM BARBOSA, assim se manifestou, *in litteris*:

“Vê-se que a conceituação, no caso em tela, da excepcional gravidade do crime, de forma a autorizar a aplicação da pena do crime consumado, está amparada em lei e encontra-se devidamente fundamentada, sendo, pois, improcedente o pedido formulado no presente habeas corpus.” (os destaques não são do original).

9.6 Sob o pálio do princípio da proporcionalidade, não há qualquer preceito fundamental que iniba a atuação do legislador ordinário, na tarefa de produzir normas tendentes a eleger critérios que permitam a aplicação da pena do crime consumado ao crime tentado. Por isso, não há como reconhecer a incompatibilidade material do parágrafo único com o postulado do princípio da proporcionalidade, revestido dos fundamentos da adequação e da necessidade. Ao contrário, o regramento contido no parágrafo único do art. 30 do CPM demonstra que o legislador preocupou-se em eleger os meios adequados e necessários para graduar a pena em razão da gravidade do evento.

9.7 Nessa esteira, ao discorrerem sobre a punição da tentativa com a pena correspondente ao crime, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, obra **Da Tentativa – Doutrina e Jurisprudência**, 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 127-129 e 131, pontuam que:

*“(...) 7.2 A doutrina da pena aplicável à tentativa
A doutrina da pena a ser aplicada à tentativa pode ser agrupada em três posicionamentos: a) a tentativa deve*

ser sancionada com pena igual à do crime consumado; b) a tentativa deve ser sancionada de acordo com a periculosidade revelada pelo delinquente; c) a tentativa deve ser sancionada com pena inferior à do delito consumado.

a) Para a primeira corrente nenhuma distinção deve ser feita, para efeitos de punibilidade, entre delito consumado e delito tentado pois que em ambos existe um igual grau na representação do autor, cuja diferença se estabelece apenas no aspecto objetivo, pois que, na tentativa, o resultado buscado não é conseguido por causas independentes da vontade do agente. Tal era o posicionamento de Filangieri, ao estabelecer que a vontade de violar a lei não constitui delito senão quando se manifesta através do ato proibido pela própria lei, e só nesta hipótese a tentativa deve ser apenada com as mesmas penas atribuídas ao crime consumado e perfeito. Para esta corrente, portanto, a pena deve atingir o delinquente porque este, através do seu ato de execução, manifestou a vontade de ofender a ordem jurídica, e no delito deve-se precipuamente o ato de vontade, pois que a parte objetiva constitui apenas o sinal revelador daquela. **Assim, o agente que consumasse o delito e aquele que não lograsse consumá-lo, por circunstâncias independentes da sua vontade, deveriam ser igualmente apenados. Era o que sustentavam as chamadas Escolas 'Moralista' e 'Política'.**

Uma variante desses posicionamentos preconizava, contudo, que as penas deveriam ser equivalentes quando se tratasse de tentativa perfeita ou acabada ou, ainda, de crime falho, porquanto, na tentativa perfeita, o agente praticou todos os atos necessários à consumação e só não atingiu a meta optata por circunstâncias fortuitas, inteiramente independentes da sua vontade, causas que não diminuem a sua responsabilidade. A redução da pena, em tais casos, afigura-se como injusta e a identidade da sanção resulta de uma imposição lógica e de justiça social.

b) Uma variante da Escola Positiva entende que a tentativa deve ser sancionada de acordo com a periculosidade do agente. Em matéria de tentativa, segundo esta corrente, o que se deve considerar é a periculosidade do delinquente, a qual deve orientar a medida da pena. Enrico

Ferri, na Relação do seu projeto de 1921 sustentou que a sanção de uma tentativa de crime deve estar na dependência da maior ou menor periculosidade do delinquente, manifestada esta através dos atos realizados. Portanto, dentro desta corrente doutrinária, a pena deve ser infligida quando os atos cometidos revelarem a temibilidade do seu autor. A defesa social constitui, portanto, a base racional de um sistema punitivo científico, proporcionado exclusivamente à periculosidade do delinquente.

c) A corrente que sustenta que a tentativa deve ser sancionada com pena inferior à do crime consumado encontra em Carrara o seu grande defensor, que justifica em termos bastante convincentes. Assinala que, em razão de um princípio de adequação entre o fato e a pena, sendo esta uma tutela jurídica, deve estar de acordo com a gravidade da infração penal, disto resultando a justificação de se sancionar a tentativa com pena inferior. Um delito compõe-se de uma série de momentos físicos, representado cada um deles por um ato com que o autor se dirige ao fim proposto. Quanto menor for a série de atos que restarem por praticar, no afã de consumir o delito, tanto maior será a qualidade da tentativa, tanto maior terá sido o perigo e tanto maior deverá ser, por consequência, a imputação nesse sentido. A diminuição da imputação da tentativa caminha sempre numa relação proporcional à imputação que seria dada ao delito se perfeito fosse e em relação à qualidade e quantidade da própria tentativa. A qualidade determina o grau maior ou menor da força moral da tentativa; a quantidade grau de força física. A primeira aumenta ou diminui segundo as causas que impediram a consumação; a segunda, cresce ou diminui à medida que o momento em que parou a ação era mais ou menos próximo do último ato da consumação, concluindo Carrara que a menor gravidade do fato delituoso é o princípio jurídico que sustenta a disparidade de pena. A medida da pena, porém, não pode ser confiada senão aos juízes, pois que seria impossível a um Código determinar para cada tentativa os graus diversos de pena correspondentes aos atos de tentativa praticados. 'Desse modo, imputamos menos, a tentativa não por atenuação ou por benignidade, mas porque ne-

la encontramos um menos em relação ao crime consumado e porque, naturalmente, o menos nas condições de um ser deve acarretar um menos no respectivo valor.'

(...).

7.4 A disposição do art. 14, parágrafo único, do

CP

O parágrafo único do art. 14 do CP dispõe que: **'Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços'**. Os antecedentes legais dessa disposição encontramos nos arts. 34 do Código imperial e 63 do Código de 1890 e com idêntica redação, no art. 12, parágrafo único, do CP de 1940. Desde essa época, o método para a realização do cálculo de redução da pena tem sido uniformemente aceito pela doutrina, e Basileu Garcia assim o expõe: *'Suponha-se uma tentativa de homicídio. O juiz precisa verificar qual a pena que aplicaria se a vítima tivesse morrido e, depois, diminuí-la de um a dois terços, para, infligi-la ao agente'*.

O Código Penal argentino, que, no art. 44, possui disposição bem semelhante à do nosso Código, onde se determina a redução da pena da tentativa de um terço até a metade, deu origem a entendimentos que se refletem, ainda hoje, tanto na doutrina como na jurisprudência. Fundamentalmente, três foram os caminhos da interpretação: a) fazer uma escala em que o mínimo seja reduzido da metade e o máximo de um terço; b) elaborar uma escala em que o mínimo seja reduzido de um terço e o máximo da metade; c) o critério da quantidade da pena da tentativa seguido pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

A própria disposição enfocada - art. 14, parágrafo único - estabelece a possibilidade de exceções ao consignar a ressalva 'salvo disposição em contrário'. E que há casos em que a tentativa é punida com a mesma pena cominada ao crime consumado, vale dizer, sem a redução obrigatória consignada pelo parágrafo. Tal ocorre, v. g., no delito tipificado no art. 352 do CP - evadir-se ou tentar evadir-se. (os grifos não são do original).

9.8 São também dignas de nota as razões expendidas no Parecer de fls. 1.078/1.084, da lavra do ilustre Procurador-Geral da

Justiça Militar, em exercício, Dr. JOSÉ GARCIA DE FREITAS JÚNIOR, *in litteris*:

"(...) A controvérsia trazida incidentalmente neste caso encerra-se no fato de o juiz, em caso de excepcional gravidade, poder aplicar no caso de crime tentado a pena do crime consumado.

Assim diz o parágrafo único do art. 30 do CPM, verbis:

Art. 30. Diz-se o crime:

(omissis)

Pena de tentativa

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado. (grifo nosso)

Inicialmente, importa afirmar que não há malferimento do princípio da legalidade. Senão vejamos.

Este postulado estabelece, a teor da CRFB/88, que 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'.

Ora, estamos diante de sofisma, porquanto há uma lei anterior que define parâmetros para a aplicação da pena ao fato. Sobre isso, asseverou o eminente Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto nos autos de Habeas Corpus impetrado pelo apelante, o qual não se conformou, à época, com a pena imposta a ele, visto que o delito não se consumou (latrocínio tentado).

Cabe aqui dizer que o colendo STF deferiu a ordem para, mantida a condenação do paciente, anular a sentença condenatória tão-somente quanto à dosimetria da pena, para que fosse exarada de forma motivada, observados os princípios concernentes à individualização da pena, em obediência ao art. 69 do CPM.

No entanto, é de se ver que em nenhum momento aquela Corte Constitucional deixou de reconhecer a vigência da norma agora vergastada. Ao contrário, vale citar parte do voto do ilustre relator Ministro Joaquim Barbosa, fl. 968, verbis:

(...)

Vê-se que a conceituação, no caso em tela, da excepcional gravidade do crime, de forma a autorizar a

aplicação da pena do crime consumado, está amparada em lei e encontra-se devidamente fundamentada, sendo, pois, improcedente o pedido formulado no presente habeas corpus.

Desconsiderar a circunstância, 'excepcional gravidade', é afastar indevidamente o 'desvalor do resultado' e retirar efetividade do sistema punitivo penal e diminuir a tutela dos bens jurídicos mais caros afetos à sociedade.

De outro lado, o dispositivo em suspeição não fere o princípio da taxatividade, como pretende demonstrar o nobre ministro, dado que a norma confere ao aplicador do direito espaço discricionário para que estabeleça sanção mais gravosa em face do resultado.

Demais disso, forçoso dizer que o juiz, em limites legais, poderá aplicar a pena do crime consumado ainda que diante de hipótese fática de tentativa. Aliás, sobre essa faculdade, está o magistrado jungido à lei e aos princípios, observadas as garantias individuais, e não poderá se afastar dessas balizas sob pena de incursionar no terreno da ilegalidade, quando sua decisão poderá sujeitar-se ao habeas corpus.

Vale dizer que o indivíduo poderá lançar mão de instrumentos contra o excesso repressivo, mas estará sujeito a penas mais duras em face de conduta que mereça um juízo de desvalor ético-social.

Afastar a incidência da norma em tela é dar guarnição à crescente onda de violência que grassa na nossa sociedade, que não se intimida mais com o símbolo das Forças Armadas.

Reconhecer a não recepção da norma é deixar a sociedade à mercê da delinquência, pois as armas que serão objeto de delito (vide o caso concreto, latrocínio tentado visando a apropriação de armas) alimentam e multiplicam exponencialmente os crimes que de forma difusa atingem bens jurídicos tutelados pelo Direito, além dos muros das organizações militares.

Raciocínio diverso é extrair do sistema penal, em especial o Direito Penal Militar, a efetividade para uma

atuação preventiva. O sancionamento que quis o legislador é a proteção de bens jurídicos sensíveis.

O caso fático, objeto da apelação, é emblemático e nos leva a pensar a seguinte situação: o 'sargento, vítima do latrocínio tentado, teve lesão grave. E se, por hipótese, estivesse a vítima hoje respirando por aparelhos? E o valor da vida, como a pensaríamos diante de tal gravidade do resultado?

Sobre a possível violação do princípio da proporcionalidade implícito na Carta Magna de 1988, importa dizer que quando aferimos a constitucionalidade de uma determinada lei, o princípio da proporcionalidade é de suma relevância. É regra de interpretação das normas infraconstitucionais, em conformidade com a Constituição, e isso significa que devemos interpretá-las num sentido que favoreça o mais possível o seu conteúdo, restringindo-o ao estritamente necessário. **Indubitável que os órgãos do Poder Judiciário, guardiães(sic) indiretos da constitucionalidade, em sede difusa, certamente não conferirão validade à lei, excepcionalmente, quando esta contradiz princípio constitucional.**

A principal função do princípio da proporcionalidade é preservar os direitos fundamentais, resguardando-os de restrições desnecessárias. O princípio da proporcionalidade, em matéria penal, estabelece que deve haver uma razoável correspondência entre a intensidade da sanção que se pretende aplicar e a ação que se objetiva punir.

Os casos que evidenciam maior grau de culpabilidade e extrema gravidade na ação merecem reprimenda mais gravosa, porquanto esta medida punitiva assegura, sobretudo, a eficácia concreta da tutela penal. **Assevera-se que em face de condutas que demonstram maior lesividade ao bem jurídico, há que se impor maior reprimenda.**

A tese levantada pelo douto ministro, sob os princípios confrontados, não encontra ressonância sob o enfoque da inconstitucionalidade.

Sobre a doutrina da pena aplicável à tentativa, não é demais lembrar a sua origem nas Escolas Moralista e Polí-

tica. Uma variante desses posicionamentos preconizava que, verbis:

(...) as penas deveriam ser equivalentes quando se tratasse de tentativa perfeita ou acabada ou, ainda, de crime falho, porquanto, na tentativa perfeita, o agente praticou todos os atos necessários à consumação e só não atingiu a meta optata por circunstâncias fortuitas, inteiramente independentes da sua vontade, causas que não diminuem a sua responsabilidade. A redução da pena, em tais casos, afigura-se como injusta e a identidade da sanção resulta de uma imposição lógica e de justiça social.

O arcabouço jurídico penal, e em especial o Direito Penal Militar, é um sistema de escolhas valorativas. Dentro do espaço discricionário que o julgador opera, este agente estatal oferece critérios para sua decisão. Assim, todo decísum, a teor do parágrafo único do art. 30 do CPM, deverá ser fundamentado, razoável e proporcional, acrescido da análise sopesada do juízo sob os critérios do art. 69 do mesmo Código.

A decisão do juiz que aplica o critério da gravidade para equiparar o crime tentado ao consumado está sob o controle da legalidade, e poderá ser revista perante os órgãos judiciários superiores. Nesse viés, data venia, não há como sustentar a violação dos princípios da legalidade e da proporcionalidade como pretende o membro desse egrégio Sodalício para o fim de extrair a norma do mundo jurídico.

Vale lembrar que a doutrina da pena aplicável à tentativa nos mesmos moldes da sanção do crime consumado encontra parâmetros no Direito Comparado, exempli gratia no Código Penal Alemão e no Código Penal Australiano.

Deduz-se, com esteio nos elementos valorativos presentes em todo o processado, que os argumentos trazidos pelo destacado magistrado, embora louváveis, não merecem ser acolhidos do ponto de vista da inconstitucionalidade da norma insculpida no parágrafo único do art. 30 do Código Penal Militar.

Posto isso, opina a Procuradoria-Geral da Justiça Militar pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade.

dade exarada pelo Ministro Flávio Flores da Cunha Bierenbach e, no mérito, pelo não provimento do Apelo, com a consequente manutenção da r. Sentença, considerando-se as razões já apresentadas às fls. 1042/1050.” (os destaques não são do original).

10. Por essas razões, forçoso é conhecer da preliminar de declaração de inconstitucionalidade arguida para rejeitá-la, posto que o parágrafo único do art. 30 da Lei Substantiva Castrense foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, não violando os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Mérito

11. A autoria e a materialidade do crime foram exaustivamente demonstrados em todas as fases do processo, motivo pelo qual aprecio diretamente os dois pedidos da Defesa: 1) redução da pena ao seu mínimo legal, por conta da primariedade e dos bons antecedentes do apelado; e 2) aplicação da causa especial de diminuição da pena, prevista na primeira parte do parágrafo único do art. 30 do CPM.

12. Transcrevo trecho do acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 88.261-7/DF, a fim de bem esclarecer os motivos que levaram o Excelso Pretório a anular a sentença de 1º grau, *in verbis*:

“Vê-se que a conceituação, no caso em tela, da excepcional gravidade do crime, de forma a autorizar a aplicação da pena do crime consumado, está amparada em lei e encontra-se devidamente fundamentada, sendo, pois, improcedente o pedido formulado no presente habeas corpus.

O mesmo não se pode afirmar, entretanto, em relação à aplicação e individualização da pena-base, operada pelo Conselho Permanente de Justiça.” (f. 955).

(...).

“No caso concreto, a fixação da pena-base pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, no máximo da pena legalmente cominada, além de genérica e insuficientemente fundamentada, foi manifestamente descabida diante dos fundamentos apresentados, inerentes quase que em sua totalidade às circunstâncias do crime de latrocínio, não se apresentando,

dessa forma, adequados para justificar tal exasperação, na primeira fase de aplicação da pena. De observar que não foi considerada, ainda, quando da análise do artigo 69 do Código Penal Militar, a **primariedade, nem os bons antecedentes do réu**, que sempre militam em seu favor; tampouco foram mencionados aspectos de sua personalidade que poderiam ser considerados em seu desfavor; a decisão condenatória nada fala sobre os motivos determinantes do crime; a fixação da pena-base não refere na consideração da **extensão do dano** que nada chegou a ser subtraído do local e desconsiderou por completo o fato de que não houve morte dos militares que estavam de serviço no dia". (fls. 958/959).

13. Como bem asseverou o representante do Ministério Público Militar em suas Contra Razões de apelação "Da leitura de tal excerto do acórdão proferido pelo STF se verifica que ele já decidiu pelo cabimento, na espécie, da aplicação da pena do crime consumado, embora se trate de hipótese de latrocínio tentado. E tal decisão transitou em julgado, tornando-se imutável". Assim, entende-se que não cabe mais discussão a respeito da aplicação da causa de diminuição da pena por conta da tentativa.

14. A alegação de inobservância dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, também não merece prosperar. Ademais, a pena cominada ao crime de latrocínio previsto no art. 242 do Código Penal Militar é de 15 a 30 anos de reclusão. Nesse segundo julgamento, o Conselho Permanente de Justiça fixou a pena-base em 20 anos de reclusão, com a seguinte fundamentação (fls. 991/992), *in verbis*:

"É certo que o acusado é primário. No entanto a primariedade, por si só, não obriga o juiz à fixação da pena no mínimo legal, principalmente, como é o caso, se as demais circunstâncias judiciais são totalmente desfavoráveis ao réu. Assim, em uma primeira fase, sopesando todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 69, do CPM, temos que, embora primário, a conduta do réu acabou por revelar uma imensa vocação para a vida criminosa. (...) Ou seja, o modo de execução do crime, que desde a entrada dos agentes no quartel, desenrolou-se de forma violenta, bem como os meios empregados, no caso, dissimular uma entrega de pizza, revelaram audácia e astúcia por parte do

rêu. O acusado deixou claro ser uma pessoa fria e insensível, diga-se, de personalidade destemida. Matar ou morrer lhe é indiferente. Não se intimidou em atacar um quartel da Aeronáutica. Como motivo do crime argumentou que precisava de dinheiro. Ou seja, mais fácil obtê-lo na vida do crime do que na honestidade. Repita-se, demonstrou o acusado propensão à vida criminosa. Não esboçou o mínimo sentimento de arrependimento por sua conduta. Ao menos em seu interrogatório judicial nada mencionou neste sentido. Se por um lado nenhum armamento foi roubado, não há como se ignorar que com os fatos praticados vidas se colocaram em risco. Na verdade, a vida da vítima, qual seja, do Sargento Paulo Guedes da Silva ficou por um triz. Basta-se ler o relatório médico acostado às fls. 574/575 dos autos. Aliás, tão grave o quadro de saúde da vítima, que bem possivelmente não terá a mesma vida de antes. Enfim, temos que a criminalidade de hoje é arrogante, quer intimidar. Para tais criminosos como o réu o crime não tem barreiras. Seja qual for o local, seja qual for a vítima, nada disso importa. Diz o art. 59 do Código Penal comum, que o Juiz deve fazer o que for necessário e o suficiente para a reprovação e prevenção do crime. E é isto que se pretende fazer aqui. Punir-se adequadamente como forma de prevenção. O que se quer fazer é que ações deste tipo, como é o caso dos autos, têm uma característica marcante, qual seja, a da índole agressiva por parte de seus praticantes. Sabem o que vão enfrentar e enfrentam a todo custo. Tudo isso faz com que a pena-base do réu seja fixada em vinte (20) anos de reclusão."

15. Vê-se que a pena aplicada ao apelante procedeu à análise das circunstâncias elencadas pelo artigo 69 do Código Penal Militar, observando os princípios concernentes à individualização da pena. Foram abordados aspectos da personalidade do réu, dos meios de execução com planejamento, premeditação e dissimulação, a violência da abordagem, o risco de morte em relação aos três ofendidos (Sentinela, Cabo e Sargento de Dia), a extensão do dano causado no Sargento Paulo Guedes da Silva, a ausência de arrependimento e a necessária repressão aos ataques dessa natureza aos quartéis.

16. Verifica-se que a sentença não se restringiu a referências genéricas, conforme afirma a Defesa, revelando-se proporcional e adequada.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
APELAÇÃO Nº 2008.02.049721-8-5P

Votei vencido, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Observo, desde logo, que não consta dos autos principais o **VOTO DE VISTA** que proferi na 74ª Sessão, em 21/10/2008, com preliminar de inconstitucionalidade do art. 30, parágrafo único, do Código Penal Militar, por afronta a dispositivos da Constituição Federal. Esse **VOTO DE VISTA**, embora rejeitado pela d. maioria, foi acompanhado por dois outros votos, como está na ata da sessão extraordinária de julgamento realizada em 29 de abril de 2009. Aliás, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se expressamente acerca da preliminar de inconstitucionalidade nele suscitada, sendo certo que o respectivo parecer, subscrito pelo Dr. José Garcia de Freitas Júnior, está às fls. 1078/1084 dos autos.

Assim, quanto à aplicação da pena do crime consumado à tentativa, reitero os argumentos constantes da matéria argüida em sede preliminar, no aludido **VOTO DE VISTA**, constante do Apenso, por determinação do Ministro Relator do feito.

A defesa afirma que a r. decisão impugnada feriu os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, não há dúvidas. Se o próprio dispositivo legal utilizado para fundamentar a pena é inconstitucional, portanto, desproporcional, como já expresso na argüição de inconstitucionalidade, muito mais a decisão que dele decorre.

No que concerne à individualização da pena, também entendo que tenha havido erro da parte do julgador ao aplicar a pena do crime consumado ao crime tentado.

Ensina Sérgio Salomão Schecaira que *“a individualização consiste, basicamente, em mensurar a pena de acordo com o caso concreto”*.

Ora, a pena a ser aplicada ao caso concreto, nunca poderia ser a pena do crime de latrocínio consumado (§ 3º do art. 242 do CPM), e sim a do roubo qualificado (§ 2º, V, do art. 242 do CPM). Ou seja, a tipificação está incorreta.

O legislador penal militar, é importante que se diga, diferenciou muito bem as duas hipóteses.

O caso de roubo, em que a violência determina a morte da vítima, configura a hipótese penal que recebe o *nomen juris* de latrocínio. A pena a ser aplicada é de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos, pouco importando se houve, ou não, lesão ao patrimônio. A circunstância da morte é tão grave que passa a ser elementar de um novo tipo penal: o § 3º do art. 242 do CPM, assim como ocorre, por exemplo, com o tipo do homicídio simples e o qualificado no Código Penal comum.

O tipo do § 3º do artigo 242 do Código Penal Militar, entretanto, é delito que não comporta tentativa, tal como ocorre com o crime de auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio, no Código Penal comum. Ou há morte, circunstância elementar do tipo do § 3º, havendo ou não subtração de coisa alheia móvel, ou o tipo é outro, o do art. 242, *caput* ou § 1º, aumentando ou não pelas causas previstas no § 2º.

No caso em que há lesão grave, por outro lado, havendo também lesão patrimonial, o tipo penal é o do art. 242, *caput*, cuja pena a ser aplicada é de reclusão 4 (quatro) a 15 (quinze) anos, aumentada de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade), causa específica de aumento de pena. Quando não há subtração, aplica-se à causa geral de diminuição da tentativa.

Dessa forma, entendo que o julgador incorreu em erro na individualização da pena, não no que diz respeito à circunstância de ser o réu primário ou não, mas sim, quanto à própria tipificação da conduta.

Já, no que diz respeito a aplicar-se o mínimo legal cominado ao roubo qualificado, pela lesão corporal grave tentada, reputo que não há razão por parte da defesa.

Ora, é certo que o réu é primário e que as alegações de que seria pessoa insensível e com personalidade voltada para o crime não teriam o condão de determinar uma exacerbação da pena além do mínimo legal, haja vista que eivadas de inegável subjetivismo da parte do julgador. Tampouco entendo haver prova de que a motivação da prática delitiva por parte do acusado tenha sido a alegada ameaça à sua família.

Entretanto, não posso negar que a circunstância de adentrar uma base da Aeronáutica, arma em punho, com o fito de subtrair armamento militar, é circunstância objetiva que demonstra inegável desrespeito à autoridade e impõe sério risco à manutenção da segurança das instituições militares. Reprimir tal conduta, como se fosse um simples roubo qualificado tentado comum, seria admitir que se coloque em risco a própria **soberania** do Estado Democrático de Direito, o que a Corte não tolera. Assim, os motivos da prática delituosa e o *modus operandi* da empreitada criminosa são circunstâncias que, *per se*, autorizam a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Some-se a esse fator a conclusão lógica de que o acusado é pessoa destemida, que, se não teme sequer a força estatal, consubstanciada no aparato bélico da base da Força Aérea localizada em São Paulo, a qual tentou invadir, arma em punho, muito menos temerá a lei.

Assim, fixo a pena base em 14 anos de reclusão, portanto ainda abaixo do máximo cominado no *caput* do art. 242 do CPM.

Na segunda fase do raciocínio de fixação da pena, não vislumbro qualquer causa de aumento ou diminuição a ser considerada, devendo a reprimenda manter-se no mesmo patamar de 14 anos.

Aumento a pena da metade, ante a existência de várias causas de aumento dos incisos I (se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma), II (se há concurso de duas ou mais pessoas), IV (se a vítima está em serviço de natureza militar) e V (se é dolosamente causada lesão grave). A pena passa a 21 anos de reclusão.

Diminuo a pena em 1/3 (um terço), que é o mínimo possível, haja vista que, na tentativa, o acusado percorreu a quase totalidade do *inter criminis*, chegando bem próximo a consumação, que só não ocorreu tendo em vista a corajosa intervenção do Sargento Paulo Guedes da Silva, que reagiu ao roubo disparando contra o acusado e seu comparsa. Fixo assim a pena definitiva em 14 (quatorze) anos de reclusão a ser cumprida, em regime inicial fechado, que é o mais apropriado para ser aplicado a crimes patrimoniais cometidos mediante violência e grave ameaça à pessoa.

Isto posto, votei vencido para dar provimento parcial ao apelo da defesa, fixando a pena de ALANDOALDO DOS SANTOS FERREIRA em 14 (quatorze) anos de reclusão a serem cumpridos em regime inicial fechado, por estar incurso no art. 242, § 2º, incisos I, II, IV e V, c/c art. 30, parágrafo único, primeira parte, todos do CPM.

Brasília – DF, 29 de abril de 2009.

FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
Ministro do STM

APELAÇÃO 2009.01.051349-5-RS

APELAÇÃO. DESERÇÃO.
PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE.
Comete o crime de *Deserção* o militar que se ausenta, sem licença, da unidade em que serve ou do lugar

que deve permanecer, por mais de oito dias. Afastamento da **preliminar** de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, tendo em conta que, ao estabelecer a vedação ínsita nesse prefalado artigo para determinados crimes, **dentre eles o de Deserção**, sopesou o legislador, certamente, a especial repercussão de tais delitos na vida castrense, sobretudo na preservação dos seus pilares fundamentais, a hierarquia e a disciplina, criando, assim, um **requisito objetivo negativo**, perfeitamente ajustado ao significado e aos efeitos deletérios que os delitos enumerados no prefalado dispositivo penal projetam na Organização Militar. Delito, **in casu**, delineado e provado em todos os seus elementos, inexistindo traços materiais suficientes pra desenharem a figura do alegado **Estado de Necessidade**. Incidência, na hipótese, da causa especial de aumento de pena previsto no art. 189, inc. II, do CPM, uma vez que o delito foi praticado em área de fronteira. Rejeição da **preliminar**. Improvimento ao **Apelo da Defesa**. Decisão unânime.

Relator – Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli.

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

Apelante – FERNANDO FERRADOR FIDÉLIS, Sd. Ex., condenado à pena de 08 meses de prisão, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, inciso II, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A **Sentença** do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 17/03/2009.

Advogado – Defensoria Pública da União.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defesa de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Apelo, mantendo na íntegra a Sentença **a quo**. O voto do Ministro MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, Vice-Presidente, no exercício da Presidência, foi computado na forma do art. 67, inciso I, do RISTM. OS Ministros FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH 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, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, 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. Ausente, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Flávio de Oliveira Lencastre. (Extrato da Ata 56ª Sessão, 06.08.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em rejeitar a **preliminar** suscitada pela Defesa de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM e, **no mérito**, negar provimento ao **Apelo**, mantendo íntegra a **Sentença a quo**.

Superior Tribunal Militar, 06 de agosto de 2009 – Alte. Esq. Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Gen Ex Renaldo Quintas Magioli, Ministro-Relator – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação** interposta por FERNANDO FERRADOR FIDÉLIS, Sd. Ex., inconformado com a **Sentença** do CPJ da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 17/03/2009, que o condenou à pena de 08 meses de prisão, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, inciso II, tudo do CPM.

Narra a **Denúncia** de fls. 02/03, em essência, que o **Acusado**, sem autorização, ausentou-se de sua Unidade / 22^º Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado / Uruguaiana/RS no dia 05/01/2009, tendo sido capturado no dia 23 do mesmo mês.

A **Exordial** foi recebida às fls. 44/45.

A **Citação** foi regularmente procedida às fls. 55.

O **Acusado** foi qualificado e interrogado às fls. 63/64.

A **Defesa** não arrolou **Testemunhas** (fls. 71).

Estão nos autos:

- a **Parte de Ausência** às fls. 09;

- a **Parte Acusatória** às fls. 08;

- o **Termo de Deserção** às fls. 10;

- o **Ato de Exclusão** às fls. 11 (BI, fls. 80/81);

- o **Inventário de Bens** às fls. 12/13;

- a **Comunicação de Captura** às fls. 33 e 39/40;

- a **Ata de Inspeção de Saúde** às fls. 34 e 41;

- o **Ato de Reinclusão** às fls. 40; e

- a **Certidão de Sorteio e Compromisso do CPJ** às fls. 53.

O **Julgamento** foi realizado nos termos da **Ata** de fls. 98/99, com a prolação do **veredictum** condenatório do **Acusado**, **por unanimidade**, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, inciso II, tudo do CPM.

A **Sentença** encontra-se às fls. 88/97.

O tempestivo **Apelo** da **Defesa** está às fls. 104.

Em suas **Razões de Apelação** de fls. 108/117, a **Defesa** sustenta, em essência, que o **Acusado** agiu sob o manto do **Estado de Necessidade** previsto no art. 39 do CPM. À guisa de provocação da manifestação desta Corte, discorre sobre a vedação da concessão do **sursis** no caso de **Deserção**, afirmando que tanto **“provoca o que se costuma nomear de CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, vale dizer, especificamente, uma colisão entre os Princípios da Proporcionalidade e da Individualização da Pena versus os Princípios da Hierarquia e da**

Disciplina Militares". Discorre, a seguir, sobre as razões que, *segundo o seu entendimento*, determinariam a solução de tal conflito, em favor da concessão do *sursis* em casos que tais. Pede, por fim, pela absolvição do *Acusado* ou, se assim não decidir a Corte, pela concessão do *sursis*.

Em suas *Contra-Razões* de fls. 119/123, o *MPM* argumenta que os alegados problemas familiares do *Acusado* não foram sequer comprovados, não constituindo, ademais, razões suficientes para caracterizar o aventado *Estado de Necessidade*. Sustenta que, ao revés do que afirma a *Defesa*, não há conflito entre os princípios constitucionais destacados, os quais devem ser interpretados harmonicamente, sem a idéia de primazia de qualquer deles. Salienta que o legislador, ao vedar a concessão do *sursis* no crime de *Deserção*, "*levou em consideração a gravidade deste delito e a sua repercussão no seio da Caserna, posto que ofende diretamente a hierarquia e a disciplina militar pela explícita manifestação de desinteresse e descaso com o dever militar*". Pede, enfim, pela preservação da *Sentença "por seus próprios e jurídicos fundamentos"*.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em *Parecer* de fls. 133/136, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, opina pelo improvimento do *Apelo*.

Relatado o suficiente, decide-se.

VOTO

Seguindo a linha jurisprudencial desta Corte, examino, como *preliminar da Defesa*, a alegada inconstitucionalidade do disposto no art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM.

Trata-se de questão já pacificada nesta Corte, pela via da solução no sentido de que a impossibilidade de concessão do *sursis* nos crimes de *Deserção* e outros, *ex vi* da disposição legal antes apontada, não maltrata de nenhum modo a Carta da República.

Ora, ao estabelecer a vedação ínsita no art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, para determinados crimes, *dentre eles o de Deserção*, levou o legislador em conta, certamente, a especial repercussão de tais delitos na vida castrense, sobretudo na preservação dos seus pilares fundamentais, a hierarquia e a disciplina; criou, assim, um *requisito objetivo negativo*, perfeitamente ajustado ao significa-

do e aos efeitos deletérios que os delitos enumerados no prefalado dispositivo penal projetam na Organização Militar.

Nesses termos, à evidência, não se cuida de restrição iníqua, fruto da desatenção do legislador ordinário com os ora aventados princípios da “*proporcionalidade*” e da “*individualização da pena*” ou com qualquer preceito constitucional.

Ademais, é inquestionável que a própria Constituição preconiza o tratamento diferenciado que deve ser deferido ao jurisdicionado militar, sobretudo nos seus artigos 122, 123 e 124, ao criar uma Justiça Militar própria para julgá-los, de acordo com uma codificação especialmente orientada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna.

E, especialmente quanto ao preceito recortado no art. 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, a própria Suprema Corte, como guardiã da Carta da República, já se pronunciou sobre a sua constitucionalidade em mais de uma oportunidade, valendo referir, à guisa de exemplo, a *Decisão* lançada no *Habeas Corpus nº 79.824-1 – MS, Relator o eminente Ministro Maurício Corrêa*:

“EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME MILITAR: PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR, EM CONCURSO (CPM, ARTIGOS 235 E 237). ALEGAÇÃO DE CASSAÇÃO INDEVIDA DO REGIME ABERTO E DO *SURSIS* CONCEDIDOS PELA AUDITORIA MILITAR.

1. O Parquet não apelou da decisão da Auditoria Militar nem houve manifestação do Tribunal a quo sobre o regime prisional aberto aplicado aos pacientes: matéria preclusa.

Se os pacientes estão em regime fechado, o coator não é o Superior Tribunal Militar, e, assim, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para examinar a matéria.

Habeas-corpus não conhecido nesta parte.

2. Não há incompatibilidade entre o artigo 88, II, *a*, do CPM, que veda a concessão de *sursis* aos condenados pelo crime do artigo 235, e outros, do mesmo Código, e o artigo 5º, XLVI, da Constituição.

3. *Habeas-corpus* conhecido, em parte, mas, nesta parte, indeferido.” (in DJ de 30/06/2000, sem grifos no original)

Assim, *concessa venia*, não há que se ver qualquer ofensa ou conflito com os apontados princípios da “*proporcionalidade*” e da “*individualização da pena*”, até porque, *somente pela via de eleva-*

díssima abstração, seria de se reconhecer e discutir a aplicabilidade de tais princípios, em face da criação – *repita-se, pelo legislador penal militar* – de tal tipo de limitação na concessão do *sursis*.

É o bastante.

Posto isso, rejeito essa *preliminar*.

No mérito, não melhor sorte assiste ao *Apelante*.

O *Acusado*, conforme denotam especialmente o *Termo de Deserção* de fls. 10 e a *Comunicação de Captura* de fls. 33 e 39/40, ausentou-se de sua Unidade, sem autorização, durante o período de 05/01/2009 até o dia 23 do mesmo mês, oportunidade em que foi capturado.

O *animus* do *Acusado* de realizar tal conduta é evidente, uma vez que somente retornou à Caserna mediante a força de uma captura.

A tese aventada pela *Defesa* de que teria o *Acusado* agido sob a premência do *Estado de Necessidade* é insustentável; *a uma* porque os alegados problemas familiares encontram-se em total orfandade probatória, não tendo a *Defesa* sequer produzido prova testemunhal para comprová-los (*Súmula nº 3, do STM*); e, *a duas, e agora só para argumentar*, porque, *conforme descritos*, os apontados problemas de saúde do sogro do *Acusado* e a aventada gravidez de sua companheira não teriam os traços materiais suficientes para desenhar a figura do *Estado de Necessidade* prevista no art. 39 do CPM, sobretudo por não atenderem aos requisitos do perigo certo e iminente e da inexigibilidade de conduta conforme o Direito.

Tem-se, pois, na hipótese, o delito de *Deserção* desenhado e provado em todos as suas elementares, inexistindo, por outro lado, qualquer causa que exclua a culpabilidade do *Acusado* ou a ilicitude desse seu proceder.

Quanto à dosimetria da pena, nada há igualmente a reparar, posto que foi a reprimenda fixada no mínimo legal, nos termos do art. 187 do CPM, com o cabível acréscimo por ter sido a *Deserção* praticada em área de fronteira, *ex vi* do art. 189, inciso II, do mesmo Código.

No que concerne à não-concessão do *sursis*, igualmente nada há a retocar, diante do mandamento ínsito no art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM.

DESACATO. CRIME PRATICADO POR ADVOGADA CONTRA COMANDANTE DE ORGANIZAÇÃO MILITAR, LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. LIMITAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO. *Incorre no crime militar de desacato, tipificado no art. 299 do CPM, advogada que se recusa a se submeter às normas internas de visita de presos no quartel e, sendo convidada para sair do gabinete da autoridade, afirma não "existir homem para retirá-la do local", além de dizer que também era autoridade tanto quanto o Oficial Superior. Por mais assegurado que seja o exercício da advocacia, sobretudo no campo da defesa dos menos favorecidos, as prerrogativas conferidas a esses profissionais não se confundem com condutas abusivas perante órgãos públicos civis e militares, haja vista a doutrina e a jurisprudência consagrarem que tal imunidade é limitada, sendo o advogado penalmente responsável por seus excessos de linguagem, nos crimes contra a honra e no desacato (Constituição da República, art. 131, e Estatuto dos Advogados – Lei Federal n.º 8.906/94, art. 7º, § 2º). Precedentes do STF e do STJ. Provido o recurso do Ministério Público Militar para reformar a sentença absolutória e condenar a apelada nas penas cominadas na lei substantiva castrense. Decisão majoritária.*

Relator – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

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

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de JANAÍNA DE JORDÃO E SILVA, Civil, do crime previsto no art. 299 do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª CJM, de 03/03/2009.

Advogado – Dr. Sergimar David Martins.

Decisão – O Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença, condenar a Civil JANAÍNA DE JORDÃO E SILVA à pena de 06 meses de detenção, como incurso no art. 299 do Código Penal Militar, concedendo-lhe o benefício do **sursis** pelo prazo de 02 anos, nas condições estabelecidas no art. 626, exceto a alínea "a", do CPPM, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juízo da Auditoria da 11ª CJM para presidir a audiência admonitória, **ex vi** do art. 611 da Lei Adjetiva Castrense, e fixando o regime aberto para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, em caso de renúncia ou revogação do benefício do **sursis**. Os Ministros JOSÉ COELHO FERREIRA e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA negavam provimento ao Apelo e mantinham inalterada a Sentença absolutória a **quo**. A Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA fará declaração de voto. Os Ministros JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS e RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coelho Ferreira, 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. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 96ª Sessão, 03.12.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em dar provimento ao

apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença, condenar a Civil JANAÍNA DE JORDÃO E SILVA à pena de 06 meses de detenção, como incurso no art. 299 do Código Penal Militar, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 anos, nas condições estabelecidas no art. 626, exceto a contida na alínea "a", do CPPM, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando-se o Juízo da Auditoria da 11ª CJM para presidir a audiência admonitória, ex vi do art. 611 da Lei Adjetiva Castrense e fixando o regime aberto para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, em caso de renúncia ou revogação do benefício do *sursis*.

Brasília-DF, 03 de dezembro de 2009 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 11ª CJM, de 03 de março de 2009, que, por maioria de votos, julgou improcedente a acusação contida na denúncia para o fim de, com fulcro no artigo 439, alínea "b", do CPPM, absolver a civil JANAÍNA DE JORDÃO E SILVA.

Com base no APF nº 4.194/07, o Ministério Público Militar ofereceu denúncia em desfavor da referida civil, como incurso no art. 299 do CPM, por ter desacatado o Comandante da Organização Militar, procurando deprimir-lhe a autoridade, da qual estava investido em razão de suas funções.

A exordial acusatória encontra-se nos seguintes termos:

*"No dia 13 de setembro de 2007, por volta das 15 horas, nas dependências do Quartel do 41º Batalhão de Infantaria Motorizado (41º BIMtz), sediado em Jataí/GO, a ora Denunciada se apresentou no Corpo da Guarda, com o desiderado de entrevistar-se com o Soldado **ELVIS FERREIRA FRANCO**, que se encontra preso disciplinarmente e de quem era Advogada. Atenden-*

do às normas internas daquela OM, foi-lhe solicitada pelo Capitão **ROBSON GUEDES ACIOLI TOSCANO** a apresentação de sua carteira da **OAB**, a qual estava com a data de validade vencida. Ato contínuo, o Cap **TOSCANO** se dirigiu à sala do Comandante do Batalhão, Tenente-Coronel **JOSÉ RICARDO HAIKEL**, a quem expôs o fato. Este, de imediato, ligou para o Presidente da Seccional da **OAB** local, Advogado **MÁRIO IBRAHIM DO PRADO**, que informou estar regular a situação profissional da ora Denunciada. Para propiciar a entrada da Advogada in casu no Batalhão, o Ten Cel **HAIKEL** pediu ao Cap **TOSCANO** que a conduzisse ao seu gabinete de trabalho, a fim de informar-lhe as regras internas daquela **Unidade Militar**. Quando o Ten Cel **HAIKEL** iniciou suas palavras de orientação à Advogada, esta o interrompeu, de forma grosseira, dizendo: “eu não preciso ser orientada, quem é você para me orientar”, ao que o Ofendido respondeu que era o Comandante do Batalhão e que era necessário orientá-la quanto aos procedimentos internos, para que ela pudesse visitar seu cliente. Interrompendo-o, mais uma vez, a Denunciada, já com o tom de voz alterado disse: “eu também sou autoridade, esse Quartel não é seu, é nosso, quem você pensa que é?”. Novamente o Ten Cel **HAIKEL** ponderou com as seguintes palavras: “se a senhora não me escutar, vou pedir para que a senhora se retire do Batalhão”. Irresignada, a Advogada sub oculi, agarrando-se a uma cadeira, retrucou “eu não vou sair desse Quartel, quero ver quem vai me tirar daqui? não tem homem nesse quartel para me tirar daqui”. Nesse momento, o Comandante do 41º BIMtz deu voz de prisão à ora Denunciada, que ainda tentou resistir ao ato, jogando-se no chão e, em seguida, simulando um desmaio (...).”

A denúncia foi recebida em 14 de dezembro de 2007.

Regularmente citada às fls. 275/ 275v, em 22 de janeiro de 2008, a Acusada foi qualificada e interrogada em 12 de fevereiro seguinte. Afirmou não ser verdadeira a acusação contida na denúncia, reiterando as declarações feitas por ocasião da lavratura do APF. Dirigiu-se ao quartel em Jataí/GO, entre 13h e 14h, em companhia de um estagiário, para visitar seu cliente, Sd. Elvis, que se encontrava preso disciplinarmente. Por volta de 18h, foi autorizada a se dirigir ao Gabinete do Ten Cel José Ricardo sem o estagiário. Ao entrar no gabinete, o Coronel se encontrava de pé e pediu, aos gritos, para ela sentar-se. Aos berros, ainda, deu-lhe

duas opções, ou ficava calada e ouvia ou seria dali tirada por ele à força dizendo que deveria ser respeitado porque era o dono do quartel e a autoridade do local. Em resposta, a acusada disse não ser sua subordinada e não iria ouvi-lo enquanto não parasse de gritar. Apesar de reconhecer a autoridade do Coronel, estava investida em função que não reconhecia essa autoridade. Por ordem do Coronel foi arrastada por três homens de seu gabinete, e carregada escadaria abaixo. Confirmou seu desmaio, disse não ter recebido voz de prisão, mas ficou presa numa sala onde colocaram o aviso de “prisão especial”.

Nas vezes anteriores em que foi ao quartel para tratar de questões concernentes a clientes não teve que falar com o Comandante. No entanto sempre teve problemas diante da negativa de reconhecimento desse direito. Certa vez necessitou impetrar um mandado de segurança para ver seu cliente, outra necessitou levar consigo o presidente da OAB.

Foram arroladas, além do Ofendido, quatro testemunhas pelo Ministério Público Militar, todos militares do Exército lotados no 41º BIMtz.

O Ofendido, Tenente-Coronel José Ricardo Haikel, depoimento de fls. 305/308, declarou que não conhecia a Acusada pessoalmente, só de nome, em decorrência de processos movidos por ela contra o Batalhão e contra militares da OM. Tinha conhecimento de que era companheira de um ex-Sargento do Exército. A Acusada esteve diversas vezes no quartel para tratar de questões concernentes a seus clientes, mas não a recebeu em virtude de uma norma no quartel, atribuindo tal incumbência ao Oficial-de-Dia. No dia dos fatos narrados na denúncia a Acusada chegou ao quartel e ao ser identificada constatou-se que sua carteira da OAB estava vencida, motivo pelo qual não poderia entrar no Batalhão. A Acusada esbravejou e pressionou com ameaças tanto o Capitão Toscano quanto o Sargento Rômulo. Ao saber do fato, ele telefonou para o Sr Mário Ibrahim, Presidente da OAB da Seção de Jataí, e recebeu a informação de que a carteira era válida, havendo apenas um pequeno problema formal relacionado à Subseção de Goiânia. Em outra ocasião, a Acusada já havia ameaçado de prisão o Capitão Brandão, e, ao saber das palavras proferidas ao Oficial-de-Dia e ao Sargento, mandou conduzi-la ao seu gabinete para orientá-la sobre seus atos com relação a militares daquele Batalhão. Quando da entrada da Acusada em seu gabinete, pediu-lhe que se sentasse, mas foi recusado. Ao dizer que pretendia orientá-la, opôs-se dizendo não precisar de qualquer orientação. O depoente achou que a acusada entendeu que a orientação seria jurídica. Sem permitir nova ar-

gumentação, a Acusada foi informada que deveria deixá-lo falar ou iria mandar retirá-la do seu Gabinete e do Batalhão, sendo retrucado que no quartel não havia homem capaz de retirá-la dali e que o Batalhão não era dele, mas de todos. Sentindo-se ofendido, deu voz de prisão à Acusada, fato presenciado pelo Capitão Toscano e pelo Sargento Rômulo. Ato contínuo, chamou os Tenentes Ricardo e Manetta, determinando retirá-la do local. A Acusada tentou reagir, agarrando a cadeira, mas foi retirada da sala carregada. Quando disse que era autoridade máxima do quartel, ela replicou dizendo “não reconheço a sua autoridade”. Durante a formatura militar, falou, sem vincular nomes, acerca da conduta dos advogados em geral, mostrando que assim como os militares deveriam tratar bem os advogados, deles deveriam receber tratamento semelhante. A Acusada chegou a fazer uma reportagem para uma revista local, afirmando que os Oficiais daquele Batalhão não eram dignos de usar a farda de Caxias, e isso motivou ações interpostas por ele e outros militares do Batalhão contra ela e outros dois advogados responsáveis pelas declarações. Durante o período em que foi mantida presa, a Acusada foi acompanhada pelo Presidente da Seccional, do Vice-Presidente e do Tesoureiro da OAB, e por um médico do Batalhão. Por força de mandado de segurança, passou a entrar no quartel além da hora estabelecida. Para concluir, o Ofendido afirmou que nunca usou a expressão “advogada vagabunda”, referindo-se à advogada.

Segundo o Sargento Rômulo Teixeira Soares, depoimento acostado às fls. 302/304, testemunha presencial do fato, declarou ter percebido muito nervosismo por parte da Acusada, e a pretensão do Comandante era orientá-la sobre sua conduta no quartel como Advogada de militares. Ouvia o Comandante dizer que gostaria que ela se calasse e o escutasse. Ao dizer que era o Comandante do Batalhão e autoridade do quartel, ela respondeu-lhe que também era autoridade. O Comandante queria ler alguns trechos do Código de Ética do Advogado, mas a Acusada não permitiu. O Comandante novamente pediu-lhe que se calasse e escutasse o que ele tinha para dizer ou iria pedir para se retirar do Batalhão. Recusou-se respondendo que dali não sairia e que não havia homem que a fizesse sair. Diante disso, recebeu do Comandante voz de prisão, sendo retirada carregada pelos braços por dois oficiais. Recebeu ordens para manter a Acusada presa na sala do Adjunto. O tom de voz do Comandante é naturalmente alto e grave, sendo nesse tom ter se dirigido à Acusada, tratando-a como “senhora” ou “doutora”, e que a Acusada chegou a chamar o Comandante de “você”. Não tem conhecimento da fala do Comandan-

té à tropa. Conhece a Acusada de fora do quartel por ser esposa de um ex-Sargento da OM.

Tenente-Coronel Fernando Augusto de Castro Mendes Corrêa, fls. 315/317, declarou conhecer a Acusada de nome. No momento em que entrou no Gabinete encontrou o Comandante e a Acusada falando alto. O Comandante procurava explicar as normas a serem respeitadas como horário de visita, local de reunião, enquanto a Acusada falava ao mesmo tempo. Não se recorda bem toda a sequência da conversa, mas lembra ter ouvido a Acusada dizer que o quartel não era do Comandante, era seu e de todos. A discussão permaneceu e o Coronel pediu para ela se retirar de sua sala, mas a Acusada respondeu negativamente e que não tinha homem no quartel que a tirasse dali. Em seguida recebeu voz de prisão, sendo chamados alguns militares para retirá-la do local.

Capitão Robson Guedes Acioli Toscano, fls. 318/320, também testemunha presencial, revelou que quando a Acusada chegou ao quartel o Comandante disse que poderia prosseguir com as medidas estabelecidas para a visita de qualquer Advogado, sendo conduzida à sala de relações públicas onde lhe foi solicitada sua carteira da OAB. Verificado estar vencida, o Comandante ligou para o Presidente da Subseção da OAB em Jataí, recebendo a informação de que a inscrição estava em ordem. Solicitou encaminhá-la ao seu Gabinete para as instruções cabíveis. Em todo o momento o Comandante tratou-a de forma educada, mas enérgica, não deixando dúvidas acerca do que estava falando. Ao tentar repassar as instruções à Acusada, esta disse não precisar de orientação e que não reconhecia sua autoridade, indagando quem era ele. Foi solicitado à Acusada para ouvir a recomendação ou se retirasse do Batalhão, mas respondeu que não havia homem que a retirasse daquele local e nesse momento recebeu voz de prisão.

O 1º Ten Antônio Manetta Neto, fls. 321/322, Oficial-de-Dia na ocasião, declarou não ter assistido à discussão entre a Acusada e o Comandante, sendo chamado para conduzir a Acusada até a sala do Adjunto.

Embora intimada, a Defesa não arrolou testemunhas até a data de 28 de junho de 2008, ficando os autos conclusos conforme certidão acostada à fl. 328.

- Constam dos autos os seguintes documentos:
- Auto de Prisão em Flagrante (fls. 08/09);

- Nota de Culpa (fl. 16);
- Exame de Corpo de Delito (fls. 17/19);
- Decisão de concessão de liberdade provisória (fls. 26/27);
- Alvará de Soltura (fl. 29);
- Ofício s/nº Aj-Sect, de 1º de novembro de 2007, do 1º Ten OCT Mont'Serrat ao Cap Décio, contendo informações sobre a conduta da Acusada (fls. 99/104);
- Artigo publicado na Revista Foccus intitulado "41º BIMTz arranha a imagem do Exército Brasileiro" (fls. 107/108);
- Normas de Procedimentos com Advogados, do 41º Batalhão de Infantaria Motorizado (fls. 342/345);
- Escritura Pública de Declaração (fls. 381/382); e
- Relatório Médico (fl. 383).

Aberta vistas às partes para fins do artigo 427 do CPPM, nada foi requerido.

Em alegações escritas às fls. 351/354, o Ministério Público Militar pugnou pela condenação da Acusada, por incursão no art. 299 do CPM, aplicando-se a pena em seu mínimo legal, com o benefício do *sursis*.

Por sua vez a Defesa, às fls. 372/380, requereu a absolvição da Acusada por ausência de dolo, alegando ter ocorrido apenas uma resposta à provocação e à resistência do Comandante em cumprir a previsão legal que dá direito ao preso e ao advogado de se comunicarem.

No dia 03 de março de 2009, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por maioria de votos, julgou improcedente a acusação contida na denúncia para absolver a Acusada com fulcro na alínea "b" do artigo 439 do CPPM. As diversas versões apresentadas constantes dos autos não correspondem ao fato ocorrido, pois foram visualizadas sob um foco valorativo parcial, voltado exclusivamente à autoridade do militar. Esqueceu-se da função específica e das prerrogativas da Advogada, bem como do direito do militar preso de ter assistência de profissional de Direito. Não se identifica dolo configurador do delito na conduta da Acusada. Os ânimos estavam exaltados. Acusada e Ofendido escudados nos respectivos direitos, ultrapassaram limites da urbanidade e da gentileza social. O fato é criminalmente atípico.

A Sentença foi lida e assinada no dia 13 de março de 2009, ficando as partes intimadas na ocasião. A decisão transitou em julgado para a Defesa em 23 seguinte, conforme certidão de fl. 429.

O Ministério Público Militar, por meio do seu Procurador Dr. Giovanni Rattacaso, interpôs o tempestivo recurso em 17 de março de 2009, pugnando em suas razões às folhas 434/436 pela reforma da Sentença de 1ª Instância com a consequente condenação da Acusada como incurso no artigo 299 do CPM, em seu *quantum* mínimo, com o benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos.

Aduziu que os argumentos e fundamentos contidos na sentença mostram-se deveras equivocados, por depreender inexistência de dolo na conduta da Acusada. A unanimidade das testemunhas assevera ter o Ofendido mantido perene atitude respeitadora e educada relativamente à Acusada, a qual, por sua vez, não mediu palavras, provocou e desrespeitou a autoridade ali presente. Ressaltou seu comportamento aguerrido e o desprezo para com as instituições militares, notadamente contra o 41º BIMtz, valendo-se de peça informativa sobre o perfil da advogada, bem como um artigo por ela assinado e divulgado na Revista Foccus na cidade de Jataí, quando foram utilizadas expressões características e, igualmente, desrespeitosas contra a autoridade militar (Comandante da 41º BInf Mtz), demonstrando que os termos expressos na denúncia são fidedignos e consentâneos.

Em contrarrazões de fls. 440/442, a Defesa rechaçou os argumentos ministeriais da existência de dolo, asseverando que a Apelada nunca teve a intenção de desacatar o militar, mas fazer jus ao seu trabalho, atuando arduamente para defender um cidadão. Ao contrário do alegado pelo Procurador da Justiça Militar, afirmou ter a Requerente respeito e admiração pelos Órgãos Militares, estando ali cumprindo seu dever, na defesa dos direitos de seu cliente.

Concluiu requerendo a manutenção da sentença de 1º grau, por estar demonstrado que a Apelada não praticou nenhuma infração penal, conforme determina o disposto no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Subindo os autos a esta instância superior, a Secretaria Judiciária certificou nada constar com relação à Apelada.

Instado a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral Dra. Rita de Cássia Laport,

às fls. 454/472, opinou pelo desprovimento do Recurso, mantendo-se na íntegra a r. sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Sustentou existir flagrante desvio de finalidade por parte do TC Haikel, sendo atípica a conduta da Apelada, frente à ausência de dolo de desacatar autoridade militar ao proferir a frase constante da denúncia. De uma leitura atenta, infere-se o despreparo do TC Haikel para o Comando, em particular no trato com a sociedade civil e seus representantes. O acervo probatório, construído com base em depoimentos prestados por militares subalternos e comandados do TC Haikel, Comandante do 4º BIMtz, confere a certeza moral de que o atuar da Advogada Janaína configurou justa reação aos sucessivos constrangimentos públicos a que fora submetida pelo Tenente-Coronel.

Isso posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima e interessada, devendo, pois, ser conhecido.

Busca o Ministério Público Militar a reforma da Sentença absolutória para condenar a apelada na pena cominada no artigo 299 do CPM, em face do episódio narrado na denúncia, ocorrido em 13 de setembro de 2007, no interior do 41º Blnf Mtz.

Consta do interrogatório da Acusada: *“(...) que ao entrar no gabinete do Coronel, este já se encontrava em pé, e aos gritos disse à depoente para se sentar; que a depoente pretendia dizer ao Coronel que seu cliente, que havia sido punido por não participar de uma marcha militar, tendo em vista que havia sido submetido a várias cirurgias no joelho e andava mal, quase se arrastando e que a depoente queria ver o seu cliente, não foi sequer possível dizer sua pretensão, pois o Coronel, aos berros, disse que a depoente tinha duas opções, ou ficava calada e ouvia ou seria dali tirada por ele à força e disse também que a depoente deveria respeitá-lo, porque ele era do (sic) dono do quartel e a autoridade do local; que a depoente disse não ser subordinada ao Coronel e que não iria ouvi-lo enquanto gritasse com ela; que disse também que reconhecia a autoridade do Coronel, mas que ali a depoente estava investida em uma função e que reconhecia essa autoridade sobre sua pessoa, pois a ele não era subordinada; que então o Coronel mandou três homens arrastarem a depoente do gabinete; (...)” fl. 280.*

Por sua vez declara o Ofendido: "(...) que quando a Acusada entrou no PC do depoente, este pediu a ela que sentasse, tendo a mesma recusado a fazê-lo; que o depoente disse então que havia pedido a ela que entrasse porque pretendia orientá-la; que o depoente não teve sequer a oportunidade de explicar o tipo de orientação, porque, a partir desse momento, a Acusada se opôs, dizendo não precisar de qualquer orientação do mesmo; que o depoente acha que a Acusada entendeu que a orientação seria jurídica; que num segundo momento, a Acusada atendeu ao pedido do depoente e sentou-se; que então, quando o depoente recomeçou a dizer que queria orientá-la, novamente ela se opôs; que o depoente falou com a Acusada em tom de voz normal, embora tenha o tom normal ligeiramente alto; que a Acusada falava com o tom de voz mais alto que o do depoente, sem permitir a este que argumentasse; que a Acusada não permitia que o depoente falasse, dizendo-lhe que não precisava de qualquer orientação; que, sem conseguir falar, o depoente lhe disse que ou ela deixava que ele falasse ou ela seria convidada a se retirar do Batalhão; (...) que o depoente em determinado momento disse que ela estava no PC do Comandante do Batalhão, que era a autoridade ali; que quando o depoente disse à Acusada que se não o escutasse iria mandar retirá-la de seu PC e do Batalhão, esta disse que no quartel não havia homem capaz de retirá-la daquela cadeira; que o depoente se sentiu Ofendido, pois dentro de seu PC, Comandante do Batalhão, ouviu a Acusada dizer-lhe pessoalmente que naquele quartel não havia homem para retirá-la daquela cadeira; que nesse momento o depoente deu voz de prisão à Acusada; (...) que a Acusada dizia que o Batalhão era de todos, não era do depoente, como se o depoente estivesse dizendo que o Batalhão lhe pertencia (...)" fls. 305/307.

Perfeitamente comprovado que a conversa iniciou-se de forma tensa, conforme se extrai do depoimento do ofendido: "(...) que pessoalmente o depoente não conhecia a Acusada, mas a conhecia de nome, em decorrência dos processos que a mesma moveu contra o Batalhão, contra militares integrantes do Batalhão; que a Acusada é advogada na defesa de vários militares daquela Unidade; que a Acusada também era companheira de um ex-Sargento do Exército; (...) que aquela advogada chegou ao ponto de fazer uma reportagem para uma revista local, afirmando que os Oficiais daquele Batalhão não eram dignos de usar a farda de Caxias; que a advogada e dois outros advogados que fizeram tais declarações estão sendo alvo de diversas ações interpostas pelo depoente e outros militares daquele Batalhão (...)" fls. 305/307.

A Apelada se dirigiu ao Gabinete do Comandante envolvida por um escudo protetor, em virtude das dificuldades encontradas nas vezes

anteriores que precisou entrar naquela Organização Militar. Assim declarou em seu interrogatório: "(...) que na vez pretérita que a depoente havia ido ao quartel, necessitou impetrar um mandado de segurança para ver seu cliente, porque tal direito havia sido impedido de realização (...); que todas as vezes que procurou falar com seus clientes naquele quartel, teve problemas diante da negativa de reconhecimento desse direito; que já necessitou levar consigo o presidente da OAB, para ver reconhecido esse direito (...)" fls. 280/281.

Em juízo, a Apelada afirmou: "que o TC JOSÉ RICARDO havia dito aos Soldados em formatura matinal, que a próxima vez que a depoente pusesse os pés no quartel, ela seria presa; que na ocasião o TC JOSÉ RICARDO usou a expressão 'advogada vagabunda'" fl. 280. Por sua vez o Ofendido asseverou: "(...) que sem vincular nomes, o depoente falou em formatura militar acerca da conduta de advogados em geral, mostrando que, assim como os militares deveriam tratar bem os advogados, deles deveriam receber tratamento semelhante, desde o Soldado mais moderno até o Comandante do Batalhão (...); que jamais o depoente usou a expressão 'advogada vagabunda', referindo-se à advogada." fls. 307/308.

O Comandante estava imbuído no ideal de defender a OM pela qual era responsável, bem como aos seus comandados, pois julgava estarem sendo ultrajados. Por sua vez, a profissional primava pelo direito constitucional de seu cliente.

Após a constatação da regularidade da carteira de identificação profissional da acusada junto à Seccional da OAB, o Ofendido declarou tê-la chamado em sua sala para explicar as normas do quartel a serem respeitadas pelos advogados, tais como horário de visita e local da reunião com seus clientes, enquanto a acusada falava ao mesmo tempo, impedindo-o de prosseguir na orientação. Não se recorda bem de toda sequência da conversa, mas lembra ter ouvido a apelada dizer que o quartel não era do Comandante, mas de todos. A discussão se estendeu e o Coronel pediu para ela se retirar de sua sala, tendo a acusada respondido negativamente, além de pronunciar não haver homem no quartel que a tirasse dali, quando recebeu voz de prisão, sendo chamado alguns militares para retirá-la do local.

As Normas de Procedimentos com Advogados, acostadas às fls. 342/345, mencionadas pelo Ofendido e pelo Cap. Toscano, são procedimentos internos. Trata-se de orientações aos militares do 41º Batalhão

de Infantaria Motorizado sobre como proceder no trato com tais profissionais.

Por mais assegurado que seja o exercício da advocacia, sobretudo no campo da defesa dos menos favorecidos, as prerrogativas conferidas a esses profissionais não se confundem com condutas abusivas perante os órgãos públicos civis e militares. No presente caso, em nenhum momento a acusada foi privada de visitar o seu cliente, apenas houve a tentativa, sem êxito, por parte do Comandante, de orientar a acusada sobre as normas internas quanto à presença de advogados em visita a seus clientes.

Tal iniciativa se deu em razão das reiteradas atitudes da causídica, quando em visitas anteriores a seus clientes.

Deve-se ressaltar ter a apelada, no dia dos fatos ora em apreciação, tentado pressionar o Capitão Toscano e o Sargento Rômulo quando da descoberta que sua carteira da OAB estava vencida.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público demonstram não ter o ofendido proferido expressões agressivas contra a acusada. É bem verdade que possa ter se expressado de forma enérgica, porém sem desrespeitá-la. Nesse sentido, tem-se as declarações do Cap Robson Guedes Acioli Toscano (fls. 318/320), o qual presenciou o ofendido, a todo momento, tratar de forma educada a acusada, não deixando dúvida acerca do que estava falando, chamando-a de "Doutora" ou "Senhora", enquanto esta tratava o Coronel de "você".

Depreende-se dos autos não ter havido por parte da acusada uma visão harmoniosa sobre a iniciativa do Comandante em tentar orientá-la sobre as normas internas para visitas de advogados. Na verdade, houve comprovado excesso por parte da acusada, quando recusou-se a ouvir tais orientações, desafiando e desrespeitando a autoridade militar regularmente constituída, afirmando que o quartel não era do Comandante, mas de todos, e que não havia homem para retirá-la de sua sala, numa flagrante tentativa em menosprezá-lo diante dos subordinados presentes.

Com a sua experiência profissional, poderia ter agido de forma a harmonizar o diálogo com a autoridade militar, evitando, assim, as consequências finais narradas na denúncia.

No entanto, o dolo de desacatar o oficial restou plenamente evidenciado diante do seu comportamento, conforme se depreende das declarações das testemunhas colacionadas nos autos.

Na qualidade de advogada, presumivelmente experiente, era exigido da acusada postura condigna com o exercício da profissão, pois, mesmo admitida a possibilidade de ser tolhida em seu direito de falar com seu cliente, caber-lhe-iam outros meios regulamentados em lei, ao invés de insultar e depreciar o Comandante do 41º Blnf Mtz. Aliás, os autos revelam ser ela sabedora dessa possibilidade, tanto que, em outra ocasião, impetrou mandado de segurança objetivando o acesso no mencionado quartel fora do horário de expediente.

Os argumentos lançados pelo Ministério Público Militar em alegações escritas (fls. 351/354) bem expressam a limitação das prerrogativas do Advogado no exercício da função, sendo de valiosa contribuição transcrevê-los: *“Cumprе ressaltar que a Acusada não pode escudar-se na inviolabilidade e imunidade judiciária conferida aos advogados pela Constituição Federal (art. 133) e pela Lei nº 8.906/94, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB (art. 7º, § 2º), haja vista que a doutrina e a jurisprudência já consagram que tal imunidade é limitada, sendo o advogado penalmente responsável por seus excessos de linguagem, nos crimes contra a honra e no desacato.”*

Na mesma linha de pensamento, tem-se o julgado proferido, à unanimidade, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso de Habeas Corpus nº 4.056-4/RJ, em 21/11/94, tendo como relator o Ministro Assis Toledo, *in verbis*:

“ADVOGADO. Inviolabilidade e imunidade judiciária (art. 133 da CF, 142, I, do CP, e 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, Lei 8.906/94).

O advogado que utiliza linguagem excessiva e desnecessária, fora de limites razoáveis da discussão da causa e da defesa de direitos, continua responsável penalmente.

Alcance do § 2º do art. 7º da Lei 8.906/94 frente à Constituição Federal (arts. 5º, caput, e 133). Suspensão parcial do preceito pelo STF na Adin nº 1.127-8.

Jurisprudência predominante no STF e STJ, a partir da Constituição de 1988.

Seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor da nobre classe dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta, nos crimes contra a honra e até no desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão brasileiro, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores.

O nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas.

Recurso de habeas corpus a que se nega provimento."

Restou Demonstrada a inequívoca intenção da apelada de desrespeitar a autoridade do Comandante do 41º BIMtz, com posicionamentos indevidos e exagerados, demonstrando o dolo de ofender a dignidade de um Oficial superior e Comandante da Organização, além de insultá-lo com a expressão de não haver "homem" que a retirasse do mencionado recinto. A condenação se impõe, devendo ser dado provimento ao apelo do Ministério Público Militar.

Ressalta-se estar a conduta perfeitamente inserida na figura do art. 299 do CPM, tendo em vista a ofensa ter sido praticada na presença do ofendido e diante de seus subordinados.

Reitera-se, ainda, mesmo estando a apelada no exercício da sua função, conforme já explanado, o crime de desacato não se encontra amparado pela imunidade conferida aos delitos de injúria e difamação. Além de tal imunidade não ser absoluta, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIN nº 1.127-8/1, 29/06/2001, concedeu liminar suspendendo a eficácia da expressão "ou desacato" contida no § 2º do art. 7º da Lei nº 8.906/94 (EOAB), de modo a afastar a imunidade penal do advogado quando cometer, em tese, o delito de desacato, em juízo ou fora dele (Rui Stoco *in Código Penal e sua Interpretação*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, pág. 1552).

Nesse sentido, registra-se o julgamento proferido no Habeas Corpus nº 84.795/GO, em 30/11/2004, sendo relator o eminente Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. 2. DESACATO. 3. Alegação de ausência de justa causa e imunidade profissional do advogado. 4. A imunidade do advogado não é absoluta. 5. O crime de desacato não está englobado pela imunidade do advogado. 6. Precedentes. 7. Ordem denegada."

A primariedade e os antecedentes da apelada orientam a fixação da pena-base no mínimo legal, ou seja, 06 meses de detenção, tornando definida nesse *quantum* em face da ausência de circunstâncias genéricas e de causas de aumento e de diminuição da pena. Não obstante a divergência verificada no inc. II do art. 88 do CPM e da alínea "a" do inc. II do

art. 617 do CPPM, a apelada faz jus ao benefício do *sursis*, conforme o entendimento desta Corte, haja vista tratar-se de matéria de direito substantivo, além de mais benéfico ao réu (Apelação nº 2008.01.051026-5/RJ, julgado em 30/10/2008, Rel. Ministro Lourenço e Rev. Ministro Carlos Alberto).

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA
Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
APELAÇÃO Nº 2009.01.051353-1-DF

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Militar, contra a absolvição de JANAÍNA DE JORDÃO E SILVA, civil, do crime previsto no art. 299 do CPM.

Não merece o recurso, ser provido.

Apesar de as circunstâncias do caso fazerem supor que JANAÍNA DE JORDÃO E SILVA praticou o ilícito penal consubstanciado no tipo de desacato a militar, o que ocorreu na verdade foi uma discussão onde os ânimos exaltados ultrapassaram os limites da civilidade, da gentileza e da cortesia. De um lado uma profissional da área jurídica fazendo valer seus direitos constitucionalmente garantidos e de outro um militar no Comando. Nas palavras da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar (fl. 471), *“...infere-se objetivamente o despreparo do TC Haikel para o Comando, em particular no que diz respeito ao trato com a sociedade civil e seus representantes”*.

Primeiramente, cumpre notar que o crime de desacato requer o dolo na conduta delituosa. Há a real necessidade de comprovar-se a intenção do agente em alcançar o resultado ou de assumir o risco de produzi-lo.

Não há nos autos prova capaz de afirmar que a acusada quis ofender o decoro ou a dignidade do Comandante, ou que pretendeu deprimir sua autoridade no Quartel, como lhe foi imputado na peça acusatória.

Ademais, conforme se extrai da Sentença à fl. 422, *verbis*:

“(...) Analisando a ocorrência através das diversas versões constantes dos autos, constatamos que provavelmente a valoração dada aos fatos, inclusive em seu relato na peça denunciató-

ria, não correspondeu exatamente àquela que efetivamente estava presente na ocasião, pois tais fatos foram visualizados sob um foco valorativo extremamente parcial, voltado exclusivamente à autoridade do militar aqui considerado ofendido. Esqueceu-se da função específica e prerrogativas da Advogada que ali se encontrava, bem como do direito do militar, então preso, de ter a assistência de profissional de Direito, nos termos constitucionalmente reconhecidos. (...) o fato é criminalmente atípico, impondo-se a absolvição da Acusada, nos termos do artigo 439, alínea "b", do Diploma Processual Penal Militar."

Nesse contexto, havendo dúvidas e considerando os elementos de prova insuficientes ao meu convencimento, não me permito atribuir à acusada o fardo de uma condenação criminal.

Ante a fragilidade do quadro probatório, impõe-se a absolvição, pois se configuraram em excesso os constrangimentos públicos a que a acusada fora submetida no exercício pleno de sua profissão.

Posto isso, votei vencida pelo não provimento ao recurso do Ministério Público Militar, mantendo inalterada a Sentença absolutória a quo por seus próprios fundamentos.

Brasília-DF, 3 de dezembro de 2009.

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Ministra-Revisora

APELAÇÃO 2009.01.051361-2-DF

APELAÇÃO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. FURTO. (ART. 240 DO CPM). A Preliminar de incompetência desta Justiça Castrense para conhecimento do feito aventada pela Defesa não prospera por falta de amparo legal, já que se trata de crime no qual autor e vítima eram membros em atividade das Forças Armadas, ou seja, militar contra militar, hipótese contida no artigo 9º, inciso II, alínea "a", do Código Penal Militar. Preliminar rejeitada à Unanidade. Militar que subtrai equipa-

mento de som avaliado em R\$1.860,00 (um mil, oitocentos e sessenta reais) e confessa a autoria do furto no dia seguinte incorre no crime previsto no art. 240 do CPM. A autoria e a materialidade encontram-se devidamente comprovadas nos autos, havendo provas materiais e testemunhais que as corroboram. Negado provimento ao Apelo da Defesa. Decisão Unânime.

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

Revisor – Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

Apelante – WELBERT ALMEIDA GOMES DE SOUZA, ex-Aluno do NPOR, condenado à pena de 04 meses de detenção, como incurso no art. 240, “caput”, §§ 1º e 2º, tudo 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 16/02/2009.

Advogados – Dr. Wendell do Carmo Santana.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defesa de incompetência da Justiça Militar da União para conhecer do feito. No mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo inalterada a Sentença hostilizada.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, 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. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Rayder Alencar da Silveira. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 81ª Sessão, 20.10.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada pela Defesa de Incompetência da Justiça Militar da União para conhecer do feito, e no mérito, por unanimidade, negar provimento ao Apelo Defensivo para manter inalterada a Sentença recorrida.

Superior Tribunal Militar, em 20 de Outubro de 2009 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Relator - Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Em 23 de novembro de 2007, o MPM ofereceu denúncia contra o ex-Aluno do NPOR WELBERT ALMEIDA GOMES DE SOUZA, como incurso nas penas do art. 240, “caput”, c/c o art. 80, todos do CPM. Narra a exordial acusatória (fls. 02/04):

“(…)

No dia 29 de outubro de 2007, por volta das 18h00 horas, o Aluno Welbert Almeida Gomes de Souza furtou o veículo marca Fiat, modelo Palio ELX, ano de fabricação 2001, cor verde, placa DEW 2263, de propriedade do também Aluno do NPOR Guilherme Henrique Anjos Meireles. Nessa oportunidade, o Aluno Welbert abriu esse carro, que se encontrava no estacionamento externo do 32º GAC (fl. 67- Reprodução Simulada dos Fatos), utilizando a chave original do veículo, que tinha sido subtraída sorrateiramente do Aluno Guilherme, na manhã daquele dia.

Na sequência, o ora Denunciado conduziu o veículo furtado até um acostamento na Via Estrutural, atrás da Rodoferroviária, próximo ao CEASA, e ali o deixou, estacionado e trancado. Deslocou-se, novamente, para o Setor Militar Urbano, pegou o seu carro, um Fiat Uno, placa JEU 1343, e retornou para onde havia deixado o carro anteriormente furtado.

Lá chegando, furtou todo o equipamento de som do Fiat Palio do Aluno Guilherme, a saber: um toca CD da marca

Pionner, modelo DEH-1850, numeração 1256277510; dois alto-falantes da marca Pionner, modelo TS-W306C, na cor preta de 100W; dez auto falantes da marca Trio, modelo Spyder, de cor predominante branca, todos de numeração 8TS100P, 100W/RMS; quatro tweeter da marca Selenium, ST 200, de cor preta; um amplificador da marca Roadstar, modelo Platinum Line, RMS 1200W/PMPO 2500W, de cor preta; e um amplificador da marca Pirâmide, Gold Series, modelo PB810GX, na cor roxa (fl. 63). Ato contínuo, seguiu no seu carro para Ceilândia e deixou todo esse equipamento de som na casa de uma prima, de nome Amanda, informando-lhe que havia comprado aquele “som”, mas sua mãe não poderia saber de nada.

No dia seguinte, após chegar no 32º GAC e ser questionado a respeito do furto do carro do Aluno Guilherme, o Aluno Welbert procurou o 1º Tenente Rafael Silva Ruiz e confessou as condutas delituosas que havia praticado, ou seja, o furto do carro e da aparelhagem de som do Aluno Guilherme (fl. 78).

Cumpra registrar que todos os objetos furtados já foram restituídos para o Aluno Guilherme (fls. 60 e 63).

Verifica-se, dessa forma, que a conduta acima narrada subsume-se ao tipo penal previsto no artigo 240, caput c/c o artigo 80, tudo do Código Substantivo Castrense, pois o Aluno Welbert, de forma livre e consciente, subtraiu para si bens pertencentes a outro militar, passando a ter a posse tranquila desses bens.

Por todo o exposto, este representante do Parquet Militar protesta pelo recebimento da presente Denúncia, com a citação do Aluno Welbert Almeida Gomes de Souza, para ser processado, julgado e condenado perante esse Juízo, como incurso nas sanções do crime previsto no artigo 240, caput c/c o artigo 80, tudo do Código Penal Militar. (...).

Interrogado, o acusado, ex-Aluno do NPOR WELBERT ALMEIDA GOMES DE SOUZA, esclarece (fls. 159/160):

“...que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; (...); que na parte da manhã do dia dos fatos, viu a chave do carro do ofendido na cama; Que já sabia que a chave pertencia ao carro do Aluno GUILHERME; que sua intenção era de fazer uma

brincadeira com referido colega; que teve pouca desavença com o mesmo, esclarecendo que já houve discussão entre ambos; que ao final do expediente, pegou seu automóvel próprio levando-o para estacionar na quadra residencial dos oficiais; (...) que voltou a pé da rodoferroviária para o SMU, pegou seu carro e encaminhou-se para o local onde está estacionado o carro do ofendido; que neste percurso teve a idéia de tirar o equipamento de som do carro do ofendido, para instalá-lo em seu automóvel; que pegou todo equipamento de som do carro do ofendido, colocou em seu automóvel próprio e foi para Ceilândia; que deixou o som na casa de uma prima, explicando que havia comprado o equipamento, mas que sua mãe não poderia saber; que posteriormente voltou para sua residência; (...); que no dia seguinte quando chegou, procurou o 1º Tenente RAFAEL SILVA RUIZ e confessou os fatos; (...); que a intenção do depoente não era de vender o equipamento; que não contou com o auxílio de ninguém para retirar todo o equipamento de som do veículo; (...); que esclarece em relação a sua defesa que todo o prejuízo causado foi ressarcido; (...).”

Em depoimento de fls. 176/177, a Testemunha arrolada pelo MPM, 1º Ten. RAFAEL SILVA RUIZ, afirmou que:

“... que as diligências voltadas à localização do autor continuaram e vários alunos estavam sendo chamados para serem inquiridos; que dentre os alunos chamados estava o próprio acusado, que voltou a negar seu envolvimento; que as diligências continuaram com o chamamento de outros alunos, até que o acusado chamou o depoente para falar a sós numa outra sala e ali, chorando, confessou ser o autor do furto.”

Em depoimento de fls. 199/200, o Ofendido, ex-Aluno do NPOR GUILHERME HENRIQUE ANJOS MEIRELES, afirmou que:

“(..); que o relacionamento do depoente com o acusado (...) era bom; (...); que não havia inimizade entre eles; (...) que o carro do depoente foi encontrado aberto, com o estepe para o lado de fora e porta aberta; que havia tecido de banco rasgado, painel quebrado, (...) que talvez tenha decorrido do fato de estar o carro num acostamento na Estrutural, um pouco baixo e pára-brisa trincado; que no dia seguinte o depoente recebeu a apare-

lhagem de som, através da delegacia; que não recebeu a chave do carro, pois, ao que parece, o acusado a jogou fora, no mato; que no dia seguinte ao fato, na delegacia de polícia, o pai do acusado foi falar com o depoente, este acompanhado de seus pais, pediu desculpas e disse que indenizaria tudo que houvesse sido danificado; que os pais do acusado pagaram a franquia do seguro e, durante os 32 dias em que o depoente ficou sem o carro, sobretudo porque, este, na oficina, teve problemas relacionados a nova chave, já que era codificada, pagaram aluguel de carro para uso pelo depoente; (...); após ter o acusado confessado o ato, pediu para o depoente ser chamado e, diante deste, pediu desculpas pelo ato praticado, (...)"

Em alegações escritas, às fls. 213/215, o MPM declara que ao final da instrução criminal restou plenamente comprovada a autoria e a materialidade da conduta delituosa perpetrada pelo agente. Por fim, pugna pela condenação do acusado pela prática do crime previsto no artigo 240, "caput", c/c o art. 80, tudo do Código Substantivo Castrense.

A Defesa, em alegações escritas, alegou preliminarmente a incompetência da Justiça Militar da União e dentre outros argumentos pleiteou a absolvição de seu defendido, ou em caso de entendimento diverso pelo Conselho de Justiça, a desclassificação para o crime previsto no artigo 241 do Código Penal Militar.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, constituído para o trimestre em curso, DECIDIU:

"I - DECIDIU o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, julgar PROCEDENTE a acusação contida na denúncia, para o fim de considerar o ex-Aluno WELBERT ALMEIRDA GOMES DE SOUZA, já devidamente identificado, como incurso nas sanções do Art. 240 caput combinado com os parágrafos 1º e 2º do Código Penal Militar, CONDENANDO-O à pena final de quatro meses de detenção, pena essa a ser eventualmente cumprida em regime aberto, com a possibilidade de apelar em liberdade.

II - DECIDIU ainda o egrégio Conselho conceder ao Sentenciado a suspensão condicional da execução da pena, pelo prazo de dois (02) anos, desde que aceitas as condições a seguir descritas: (...)" (fls. 259/260).

Não se conformando com a sentença proferida, recorre a Defesa às fls. 271/293, alegando preliminarmente a incompetência da Justiça Militar e a inépcia da denúncia; no mérito, requer a aplicação do § 2º do art. 240 do CPM, para considerar a infração como disciplinar, absolvendo o acusado nos termos do art. 439, b, do CPPM; ou, caso não seja esse o entendimento, a desclassificação para o crime de furto de uso (art. 241, CPM), mantendo a pena no mínimo legal. Se mantida a sentença, que seja ratificada a pena aplicada na sentença da audiência de julgamento da sessão de julgamento do Conselho Permanente de Justiça, ou seja, 30 (trinta) dias de detenção.

Em Contrarrazões, o MPM diz que provada a conduta atribuída ao apelante, com a imposição da pena em seu mínimo legal, e ausentes quaisquer circunstâncias que excluam a ilicitude ou a culpabilidade, não merece reforma a decisão do Colegiado *a quo*, propugnando pelo não provimento do recurso interposto (fls. 296/303).

Em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Marisa Terezinha Cauduro da Silva, a PGJM manifesta-se pelo conhecimento e não provimento da Apelação, mantendo-se inalterada a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª CJM (fls. 359/365).

Relatado, decide-se:

VOTO

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

É de negar-se provimento ao Apelo da Defesa para confirmar, em todos seus termos, a r. Sentença recorrida.

A exame da Apelação, esta pugna pela absolvição do acusado, impugnando o *quantum* apenatório aplicado pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 11ª CJM, que fixou a pena em 04 meses de detenção ao *ex-Aluno WELBERT ALMEIDA GOMES DE SOUZA*, como incurso nas penas do art. 240, "caput", combinado com os parágrafos 1º e 2º do Código Penal Militar, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade, sendo fixado o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

O Acusado foi denunciado pela prática de furto (artigo 240, "caput" do CPM, c/c o artigo 80 do mesmo diploma legal).

Apura-se destes autos, que o acusado subtraiu para si o automóvel Fiat placa DEW-2263, pertencente a seu colega de farda Guilherme Meireles. O carro encontrava-se no estacionamento do 32º GAC, no Setor Militar Urbano, foi levado para rua próxima à estação rododiferroviária de Brasília, onde o acusado efetuou a subtração do equipamento de som avaliado em R\$ 1.860,00 (um mil, oitocentos e sessenta reais). No dia seguinte ao furto, o apelante confessou a autoria do fato, fazendo a restituição do equipamento, quando o veículo já havia sido encontrado.

A autoria e a materialidade encontram-se devidamente comprovadas nos autos, havendo provas materiais e testemunhais que as corroboram.

A Defesa alega preliminarmente incompetência desta Justiça Castrense para conhecimento do feito. Esta tese não prospera por falta de amparo legal, pois trata-se de crime no qual autor e vítima eram membros em atividade das Forças Armadas, ou seja, militar contra militar, hipótese contida no artigo 9º, inciso II, alínea "a", do Código Penal Militar.

Alega também a inépcia da Denúncia, o que não podemos aceitar, haja vista esta conter todos os requisitos exigidos pela lei processual.

Vem com muita propriedade a sentença, quando afirma que não pode prosperar a tese defensiva que aponta para a insignificância da lesão ao patrimônio, em face de sua inexpressividade econômica. O valor atribuído ao equipamento de som foi de R\$ 1.860,00 (hum mil, oitocentos e sessenta reais), que quando comparado ao salário de um aluno do NPOR, não pode ser tido como insignificante.

A devolução do material furtado não exclui a tipicidade da conduta, uma vez que a *res* somente foi recuperada em razão de ter sido o apelante inquirido, não tendo havido a iniciativa do militar em restituir espontaneamente os bens subtraídos. Vale citar a sentença quando esta declara:

"A vítima não espera do Estado a reparação do dano, mas anseia sim, pela inviolabilidade de seu patrimônio. Quando o autor de um delito patrimonial repara o dano, ele não está sendo punido moralmente e nem financeiramente. É simplesmente o retorno do bem ao estado inicial, quando este mesmo bem saiu da esfera de disponibilidade de seu legítimo proprietário. A atitude do acusado que repara o dano, não é contudo menos-

prezada. É muito bem ponderada, sendo inclusive motivo de atenuante como dispõe a legislação, e no caso concreto, fazendo jus ao enquadramento no Parágrafo 2º do artigo 240 do Código Penal Militar.” (fl. 257).

A Defesa alega erro quanto à aplicação da pena, referindo-se ao conteúdo da Ata que condenava o apelante a 30 dias de reclusão, transformando-a em infração disciplinar. No entanto, trata-se de erro material já corrigido.

Não há como se acolher a tese do furto de uso, o apelante após subtrair o aparelho de som do carro abandonou o veículo, jogando inclusive as chaves fora, não teve em momento algum a intenção de restituir, seja o carro, seja o aparelho de som, ao seu legítimo proprietário.

No que se refere à pena aplicada, é de se confirmar também o acerto da Sentença, quando vem firmada nos aspectos principais da fixação de pena privativa de liberdade, seguindo os princípios da individualização e da proporcionalidade.

Adotando o sistema trifásico e analisando as circunstâncias do artigo 69 do CPM, entendeu o Colendo CPJ, na 1ª fase da aplicação da pena, serem estas favoráveis ao réu, cuja primariedade determinou a fixação da pena-base em seu mínimo legal – 01 (um) ano de reclusão – para o crime previsto no art. 240, caput, do CPM.

No tocante à segunda fase, não foram encontrados agravantes ou atenuantes, a pena inicialmente fixada permanece igual, isto é, em 1 ano de reclusão.

Considerando a restituição do bem, antes de instaurada a ação penal, aplica-se a atenuação do Parágrafo 2º do artigo 240 do CPM, que remete ao parágrafo 1º que disponibiliza a diminuição da mesma de um a dois terços, após transformação desta de reclusão em detenção. Sendo assim, substitui-se a pena de um ano de reclusão, por um ano de detenção, e por ser primário e de bons antecedentes, diminui-se em dois terços, fixando até aqui a pena em quatro meses de detenção.

Quanto à última fase de aplicação da pena, não há causas de aumento e diminuição, a sanção penal fixada ao réu permanece a mesma, ou seja, 4 meses de detenção, com o direito de apelar em liberdade, regime aberto para cumprimento da pena, concede-se a Suspensão Condicional da Execução da Pena, pelo prazo de 2 (dois) anos.

Assim, examinados todos os fatos, todas as circunstâncias e todas as provas carreadas aos autos, comprovada a materialidade, bem como a autoria, mantenho a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

APELAÇÃO 2009.01.051373-6-AM

TÓXICO (COCAÍNA). PEQUENA QUANTIDADE. EX-SOLDADO DO EXÉRCITO. POSSE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. 1. Restando comprovado que o acusado **trazia consigo**, em lugar sujeito à Administração Militar, substância entorpecente vulgarmente conhecida como “**Cocaína**”, a conduta do mesmo é caracterizada como crime, em uma das modalidades previstas no artigo 290 do Código Penal Militar. 2. É pacífico o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal e desta Corte no sentido de que, no caso de posse e/ou uso de substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar, a circunstância de ter sido pequena a quantidade de tóxico apreendida **não descaracteriza o delito capitulado no artigo 290 do CPM, não se aplicando à hipótese o Princípio da Insignificância ou da Bagatela.** Negado provimento ao apelo da Defesa, para manter integralmente a Sentença “**a quo**”. **Decisão unânime.**

Relator – Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre.

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

Apelante – Rodolfo Marques Gomes, ex-Soldado do Exército, condenado à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290, “**caput**”, do CPM, com o benefício do “**sursis**”, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 06/03/2009.

Advogado – Defensoria Pública da União.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao apelo da Defesa, para manter integralmente a Sentença **a quo**. Presente o Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

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, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. Ausente, justificadamente, os Ministros Marcos Augusto Leal de Azevedo e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata 52ª Sessão, 01.07.2009).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, na forma do Voto do Relator, em negar provimento ao apelo da Defesa, para manter integralmente a Sentença **“a quo”**.

Superior Tribunal Militar, 1º de julho de 2009 – Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Presidente – Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*, Ministro-Relator – Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Revisor

RELATÓRIO

Verifica-se que a Representante do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 12ª CJM, com base no Auto de Prisão em Flagrante lavrado em 09 de junho de 2007, no 1º Batalhão de Infantaria de Selva (Manaus-AM), ofereceu denúncia contra o então Soldado do Exército RODOLFO MARQUES GOMES, já qualificado nos autos, como incurso no artigo 290, **“caput”**, do CPM, por trazer consigo substância entorpecente conhecida como **cocaína**, no interior da referida Unidade Militar (fls. 02/03).

A Exordial Acusatória foi recebida em 17 de agosto 2007 (fls. 54), sendo o Réu regularmente citado (fls. 62).

Foram juntados ao processo os documentos a seguir enumerados:

1) **Auto de Prisão em Flagrante** (fls. 09/10);

2) **Termo de Apreensão da Droga** (dois papélotes supostamente de pasta base de cocaína, em embalagens das cores preta e azul, com aproximadamente dois centímetros de comprimento) – fls. 11;

3) **Decisão de Relaxamento da Prisão em Flagrante** (fls. 37/38);

4) **Alvará de Soltura** – cumprido em 25 de julho de 2007 (fls. 44). Portanto, por este processo, o Acusado já cumpriu 01 mês e 15 dias de prisão;

5) **Laudo de Exame Pericial**, subscrito por Peritos da Polícia Federal – Diretoria Técnico-científica – da Superintendência Regional do Estado do Amazonas, cuja conclusão transcrevemos (fls. 49/52):

“... As análises realizadas na substância enviada a exame, revelaram a presença do alcalóide **COCAÍNA**, sob a forma de **base livre** (...).

Têm por bem os Peritos esclarecido o assunto, informando que para bem e fielmente permitir uma adequada sistemática de análises, **0,89 g (oitenta e nove centigramas)** da substância descrita, foi consumido nos exames realizados, sendo o conteúdo líquido de **0,10 g (dez centigramas)** encaminhado em envelope identificado...”.

6) **Nada Consta Criminal** (fls. 59 e 74);

7) **Folhas de Alterações do ex-Sd RODOLFO**, onde consta que o mesmo foi incorporado ao Exército em 1º de março de 2007 (fls. 79/80).

Qualificado e interrogado pelo Conselho, disse o ora Apelante (fls. 64/65):

“... ao contrário do quanto informado no APF nº 74/07, não fez uso de entorpecentes no dia 08.06, sendo que nunca fez uso de entorpecentes dentro do quartel; que confirma que os papélotes contendo a substância entorpecente de cor preta e de cor azul estavam no seu armário; que é usuário de cocaína e iria fazer uso do entorpecente que estava no seu armário, mas este uso ia se dar fora do quartel; que nada tem a declarar contra o laudo de fls. 49/53; que já foi punido disciplinarmente, por duas vezes, por ter faltado ao expediente; que faz uso de substância entorpecente desde o ano passado...”.

O MPM arrolou como suas testemunhas o 3º Sargento do Exército THIAGO CARNEIRO TESTA e o Cabo do Exército ALCEMIR DA SILVA ANDRADE, os quais confirmaram integralmente os fatos descritos na Denúncia (fls. 82/84).

Às fls. 90/91, Ofício endereçado pelo Comandante do 1º Batalhão de Infantaria de Selva à Auditoria da 12ª CJM, solicitando autorização para licenciar o ora Apelante das fileiras do Exército no dia 04 de janeiro de 2008, por conclusão do Serviço Militar Inicial.

Entendendo não haver óbice a tal providência, o Juiz-Auditor Substituto da 12ª CJM autorizou o licenciamento do então Soldado RODOLFO, Acusado nos autos do Processo nº 30/07-7, em curso naquele Juízo (fls. 93). Devidamente autorizado pela Justiça Militar da União, o Soldado RODOLFO MARQUES GOMES foi licenciado do efetivo do 1º BIS, a contar de 04/01/2008 (fls. 98).

Na condição de testemunha de Defesa, foi inquirido o Sr. PAULO ROBERTO DOS SANTOS DOCE, nada dizendo que pudesse exculpar o Acusado do crime a ele atribuído na Inicial (fls. 129/130).

Em Alegações escritas, o MPM ratificou os termos da Denúncia (fls. 136/137).

Também, em Alegações, a DPU requereu a absolvição de seu constituinte, com base no artigo 439, alínea "b", do CPPM, argumentando que a pequena quantidade de droga apreendida afasta a tipicidade do crime descrito na Denúncia (fls. 139/141).

Às fls. 150, Certidão do Sorteio e Compromisso do Conselho julgador.

Em Sentença de fls. 157/171, decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, julgar procedente a Denúncia e condenar RODOLFO MARQUES GOMES à pena definitiva de 01 (um) ano de reclusão, mínima prevista no artigo 290 do CPM, com o benefício do "Sursis", o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto para o cumprimento da pena.

A Ata da Sessão de Julgamento, datada de 06 de março de 2009, encontra-se às fls. 151/154.

A Sentença recorrida foi lida e publicada no dia 19 de março de 2009 (fls. 172).

Inconformada com a Sentença condenatória, tempestivamente, a DPU interpôs o presente recurso (fls. 174), requerendo, em suas Razões (fls. 178/183), a absolvição do Condenado nos termos do artigo 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar, por atipicidade da conduta que lhe atribui a Denúncia, ante o **Princípio da Insignificância**, uma vez que a quantidade de entorpecente apreendida em seu poder foi de apenas 1,19g (um grama e dezenove centigramas). Em sustentação à sua tese, o Representante da DPU anexou às suas Razões Recursais o inteiro teor do Acórdão prolatado pela 2ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do HABEAS CORPUS nº 94.809/RS, julgado em 12/08/2008 (fls.184/202).

Referida Sentença TRANSITOU EM JULGADO para o MPM em 06 de abril de 2009 (fls. 175).

Contra-arrazoando a DPU, pugna o MPM pela manutenção da Sentença condenatória recorrida (fls. 207/209).

Nesta Instância, a Diretoria Judiciária certificou NADA existir registrado em relação ao Apelante (fls. 215).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 220/223, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI, opina pelo improvimento do apelo da Defesa.

Por tratar-se de feito em que atua a DPU, foi determinada a intimação pessoal do Representante da Defensoria Pública-Geral da União, junto a esta Corte, de que este processo foi incluído em pauta para julgamento (fls. 227V).

Isto Posto.

Passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Não tem razão a Defesa de RODOLFO MARQUES GOMES.

Primeiro, porque estão plenamente comprovadas nos autos a **autoria do delito** (fls. 09/10 e 82/84) e a **tipicidade** do crime previsto no artigo 290 do CPM, na modalidade de **"trazer consigo, ainda que para uso próprio, (...) substância entorpecente, (...) em lugar sujeito à administração militar"**.

Segundo, porque a **materialidade** do crime exsurge do **Termo de Apreensão** (fls. 11) e do **Laudo de Constatação**, representado pelo Laudo de Exame de Substância (Cocaína) acostado às fls. 49/52, que analisou a quantidade de 1,19 gramas da substância recebida do 1º Batalhão de Infantaria de Selva, tendo os Peritos da Polícia Federal concluído que o resultado foi **POSITIVO** para presença do alcalóide **COCAÍNA**, substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, capaz de causar dependência física e psíquica em seus usuários.

Finalmente, não merece acolhida a alegação da Defesa de que, por ter sido pequena a quantidade de **COCAÍNA** apreendida, deva a conduta de **RODOLFO** ser considerada insignificante e penalmente irrelevante.

É que a Jurisprudência deste Tribunal consagrou o entendimento de que o **Princípio da Insignificância** não se aplica no caso de **posse de substância entorpecente, em lugar sujeito à Administração Militar**. É o caso dos autos.

Como precedentes do Superior Tribunal Militar podemos citar, a título de exemplo, as **APELAÇÕES Nºs 2007.01.050592-0/RS, 2008.01.050952-6/DF e 2008.01.051098-2/SP**.

De igual modo, trazemos à colação Ementas dos seguintes julgados do Excelso Pretório:

1. HABEAS CORPUS Nº 91.759/MG

Relator: Min. MENEZES DIREITO – 1ª Turma.

Ementa: “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 Dro-

gas, 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.” (DJe nº 152, de 30.11.2007, página 77) (GRIFAMOS).

2. HABEAS CORPUS Nº 91.356/SP

Relatora: Min. ELLEN GRACIE – 2ª Turma.

Ementa: “DIREITO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 290, CPM. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRELEVÂNCIA. ART. 2, § 1º, LICC. NORMA ESPECIAL E NORMA GERAL (...). 1. Habeas Corpus impetrado contra ato do Superior Tribunal Militar que, no julgamento de embargos infringentes, manteve a condenação do paciente pela prática do crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar. 2. Tratamento legal acerca da posse e uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei nº 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda na vigência da Lei nº 6.368/76. 3. Direito Penal Militar pode albergar determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum. 4. Bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290 do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares. 5. Art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não altera a previsão contida no art. 290, CPM. 6. Art. 2º, § 1º, LICC: não incide qualquer uma das hipóteses à situação em tela, eis que o art. 290 do CPM, é norma especial e, portanto, não foi alterado pelo advento da Lei nº 11.343/06. 7. **Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM...**” (DJe nº 157, de 22.08.2008, página 370) (GRIFAMOS).

Como se vê, não há o que reparar na Sentença recorrida, que bem aplicou o direito objetivo ao caso concreto, reconhecendo, em favor do Réu, todas as circunstâncias pessoais e judiciais que lhe são favoráveis.

APELAÇÃO 2009.01.051452-1-RJ

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. APELAÇÃO. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA OCORRÊN-

CIA DA PRESCRIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. Nos termos do art. 514 do CPPM, a parte recorrente não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, exceto se litigante de má-fé. Em relação aos delitos de deserção e in-submissão, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que, enquanto os infratores se encontram trânsfugas, contam-se os prazos prescricionais por implemento de idade (prescrição especial). Apresentando-se ou sendo capturados os infratores, os prazos prescricionais passam a ser regidos pela contagem normal (prescrição ordinária). Enquanto ausente o infrator, os autos de IPD/IPI devem permanecer em cartório, até a apresentação voluntária ou captura do desertor. Preliminarmente, por unanimidade de votos, conhecido o apelo como Recurso em Sentido Estrito. No mérito, por maioria, provido o recurso, para cassar a decisão hostilizada.

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Revisor – Min. Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

Apelante – O Ministério Público Militar

Apelada – A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 14/05/2009, que declarou extinta a punibilidade de Marciano de Lima Silva, ex-Sd Ex, com fulcro no art. 125, inciso VI, c/c o art. 129, tudo do CPM.

Advogado – Dr. Agostinho Campos, Defensor Dativo.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, preliminarmente, conheceu do Recurso como Recurso em Sentido estrito, na forma da alínea "j" do art. 516 do CPPM. **No mérito, por maioria**, deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público Militar, para cassar a Decisão recorrida e determinar a baixa dos autos à Audi-

toria de origem, devendo os autos permanecer em cartório até à apresentação voluntária ou captura do desertor ex-Sd Ex MARCIANO DE LIMA SILVA ou a ocorrência de outro fato que justifique o prosseguimento da Ação Penal já instaurada. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, JOSÉ COELHO FERREIRA, RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA negavam provimento ao Recurso e mantinham inalterada a Decisão hostilizada. O Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH fará declaração de voto.

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, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, 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. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 79ª Sessão, 13.10.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo como recurso em sentido estrito, na forma do art. 516, alínea “j”, do CPPM e, no mérito, por maioria, em dar provimento ao presente recurso de apelação para cassar a decisão recorrida e determinar a baixa dos autos à Auditoria de origem, devendo os autos permanecer em cartório até a apresentação voluntária ou captura do desertor MARCIANO DE LIMA SILVA, ou a ocorrência de outro fato que justifique o prosseguimento da ação penal já instaurada.

Superior Tribunal Militar, 13 de outubro de 2009 – Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Presidente – Ten Brig Ar *José Américo dos Santos*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Militar contra a decisão proferida, em 14 de maio de 2009, pe-

lo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, declarando extinta a punibilidade do ex-Soldado do Exército MARCIANO DE LIMA SILVA, com fundamento no art. 125, inciso VI, c/c o art. 129, tudo do CPM.

Tendo em vista que a questão *sub judice* se reveste de certa complexidade, será feito um relato dos fatos, por ordem cronológica, na forma que se segue:

1-) Em 12 de janeiro de 2006, o referido ex-militar fez consumir o delito de deserção (fl. 07), gerando a IPD nº 513/06, que passou a tramitar perante a 2ª Auditoria da 1ª CJM;

2-) Em 16 de fevereiro de 2006, foi capturado (fl. 23) e reincluído às fileiras do Exército;

3-) Em 09 de março de 2006, foi recebida a denúncia oferecida pelo MPM (fls. 39/40), tendo-o como incurso no art. 187 do CPM, data em que o desertor foi colocado em liberdade (fl. 44);

4-) Após ser interrogado (fls. 61/62), passou novamente à condição de desertor, em 03 de maio de 2006 (fl. 71), gerando a IPD nº 516/06-4, que passou a tramitar na mesma Auditoria;

5-) Ainda que ausente o desertor, em 22 de abril de 2008, o Juiz-Auditor, Dr. Edmundo Franca de Oliveira, proferiu decisão monocrática (fls. 139/141) que declarou, de ofício, a extinção da punibilidade do desertor, haja vista a ocorrência da prescrição;

6-) Desafiando referida decisão, o Órgão Ministerial interpôs recurso em sentido estrito, autuado nesta Corte sob o nº 2008.01.007547-9, em que tive a honra de funcionar como Relator;

7-) Ao julgar o referido recurso, em sessão plenária de 16 de setembro de 2008, decidiu este Tribunal, por unanimidade de votos (fls. 190/197), acolher preliminar suscitada pelo Relator, para declarar nula a decisão monocrática proferida pelo Juiz-Auditor, determinando a remessa dos autos à instância de origem, com vistas a fazer o Conselho Permanente de Justiça decidir como entendesse de direito; e, finalmente,

8-) Em 14 de maio de 2009, ao ser o feito submetido à apreciação do Conselho Permanente de Justiça daquela 2ª Auditoria da 1ª CJM, foi proferida a decisão ora apelada (fls. 214/216) que, na parte conclusiva, assim fez consignar:

“RESOLVE, o Conselho Permanente de Justiça, para o Exército, por unanimidade de votos, nos termos do Art. 125, inciso VI, c/c o Art. 129, do Código Penal Militar, DECLARAR extinta a punibilidade do referido Desertor, reconhecendo a incidência da prescrição, extinguindo, pois, em consequência o Processo.” (fl. 215).

O Órgão Ministerial foi intimado em 25 de maio de 2009, interpondo, na mesma data, o presente recurso de apelação.

Sustenta o ilustre representante do Órgão Ministerial em suas razões recursais (fls. 222/223), em síntese, que se trata de desertor que ainda se encontrava ausente, quando teve declarada, em seu favor, a extinção da punibilidade pela prescrição que, nas circunstâncias do caso, regulava-se pela regra do art. 132 do CPM.

Enfatizou o recorrente (fl. 223) que, *“... em hipóteses como a dos presentes autos, acaba por premiar o desertor contumaz, o que estimula a prática de novos delitos desta espécie.”*

Concluiu, requerendo a reforma da decisão apelada, de modo que os autos permaneçam em cartório até a captura ou apresentação voluntária do desertor.

Chamada à colação, manifestou-se a defesa (fl. 226) pelo desprovimento do presente recurso.

Oficiou em nome da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar o insigne Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, pelo Parecer de fls. 235/237, opinando pelo provimento do presente recurso.

Assim relatado, passou o Tribunal à

VOTO

Recebe-se o apelo interposto como recurso em sentido estrito, segundo o disposto no art. 516, alínea “j”, do CPPM, por aplicação do princípio da fungibilidade (art. 514, parágrafo único, do CPPM).

No mérito, verifica-se que a questão relacionada à extinção da punibilidade, por ocorrência da prescrição, nos casos que envolvem crimes de deserção, reveste-se de certa complexidade.

Por um lado, há previsão legal (art. 132 do CPM), no sentido de que a prescrição, em se tratando de crime de deserção, embora decorri-

do o prazo de prescrição, referindo-se, evidentemente, aos prazos estabelecidos no art. 125 do CPM, **somente extingue a punibilidade pelo advento da idade-limite**, ou seja, quando o agente completa quarenta e cinco anos de vida, relativamente aos praças, ou quando o desertor completa sessenta anos, caso seja Oficial.

De outro modo, existem situações normais em que os desertores se apresentam voluntariamente, depois de decorridos poucos dias da consumação do delito, e ficam sujeitos a demoras, muitas vezes injustificadas, de manifestação judicial, quer pelo cumprimento de formalidades pertinentes aos prazos processuais, ou mesmo desídia de integrantes da máquina judiciária.

Nessa última hipótese, não parece razoável que o desertor fique a mercê do poder jurisdicional do Estado por prazo excessivamente longo, até ver finalmente definida sua situação de *sub judice*, tolhido na plenitude de sua liberdade de locomoção, com consideráveis prejuízos ao exercício de suas garantias fundamentais de cidadão.

Nossos Tribunais registram precedentes que delimitam procedimentos para ambas as situações, quer se trate de praça, quer se trate de Oficial.

Observe-se, para exemplificar, as ementas extraídas de julgados desta Corte Superior Militar:

"EMENTA. Habeas Corpus. Deserção (CPM, art. 187). Prescrição. Paciente condenado pelo crime de deserção, mas cuja execução da pena não se iniciou em virtude da prática de nova deserção. Insuficiência do lapso temporal para o reconhecimento da prescrição da pretensão executória. A circunstância de o Acusado permanecer na condição de trãnsfuga, em relação à outra deserção, faz incidir-lhe a regra especial da prescrição contida no art. 132 do CPM. Denegada a ordem. Decisão unânime."

(HC 2005.01.034038-6/RJ). Julg. 02/06/2005. Rel. Min. Gen Ex Valdésio Guilherme de Figueiredo)

"EMENTA: Apelação. Delito de deserção. Prescrição da pretensão punitiva. No crime de deserção, já estando o militar submetido a processo, os prazos prescricionais a serem observados são os do art. 125 do CPM. Hipótese em que se encontra

operada a prescrição da pretensão punitiva, impondo-se a sua declaração de ofício, em sede preliminar, com o conseqüente prejuízo da apreciação do meritum causae. Decisão por maioria."

(Apelação nº 2003.01.049340-0/SP. Julg. 19/08/2003. Rel. Gen.Ex. Max Hoertl. Rev. Min. Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach)

"EMENTA. RECURSO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO. DESERÇÃO. O CPM configura duas hipóteses para a prescrição, em caso de deserção. A primeira se refere ao militar que deserta e posteriormente é reincorporado, porque se apresentou voluntariamente ou foi preso. A este é aplicável uma norma qual relativa à prescrição prevista no artigo 125 do CPM. A segunda refere-se ao trãnsfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção. A ele é aplicável a norma especial contida no artigo 132 do CPM. Nessa situação, só poderá ter decretada a extinção da punibilidade ao atingir o limite de idade. No presente caso, aplica-se a primeira hipótese, sendo a contagem da prescrição iniciada na data da reincorporação do militar, quando ele, efetivamente, deixa de ser considerado desertor, e não da data da deserção, como quer o recorrente. Recurso do MPM negado. Decisão uníforme."

(Recurso Criminal nº 2002.01.006954-1/RS. Julg. 18/04/2002. Rel. Min. Gen Ex José Luiz Lopes da Silva)

O Excelso Supremo Tribunal Federal, inovando entendimento até então predominante em relação aos delitos de deserção e insubmissão, preconiza que, enquanto os infratores encontrarem-se ausentes, contam-se os prazos prescricionais por implemento de idade (prescrição especial). Apresentando-se ou sendo capturados, consideram-se regulados os prazos prescricionais pela contagem normal (prescrição ordinária).

Registre-se, nesse sentido, os seguintes fragmentos de julgados da Suprema Corte:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. DESERÇÃO. PRESCRIÇÃO. O sistema do CPM configura duas hipóteses para a questão da prescrição, em caso de deserção. A primeira se refere ao militar que deserta e posteriormente é reincorporado, porque se apresentou voluntariamente ou foi preso. A este é aplicável uma norma geral relativa à prescrição prevista no CPM,

art. 125. A segunda, é dirigida ao trãnsfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção. A ele é aplicável a norma especial do CPM, art. 132. Nessa situação, só gozará a extinção da punibilidade ao atingir os limites de idade. O prazo prescricional só se configura com o advento dos 45 anos para os praças e 60 anos para os oficiais. Habeas Corpus deferido.”

(HC 79432 / PR – Rel. Min. NELSON JOBIM – Julg. 14/09/1999 – 2ª Turma – DJ 15-10-1999)

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO: INOCORRÊNCIA. I. – Delito militar de deserção: crime permanente. Precedente: HC 80.540-AM, Ministro S. Perence, 1ª T, 28.11.2000, “DJ” de 02.02.2001. II. – A norma geral do art. 125 do CPM é aplicável ao militar desertor que se apresenta ou é capturado, contando-se daí o prazo prescricional. Precedente: HC 79.432-PR, Ministro N. Jobim, 2ª T, 14.11.99, “DJ” de 15.10.99. III. – Inocorrência da prescrição, no caso, porque não decorridos 4 (quatro) anos da data da captura do paciente. IV – H.C. indeferido.”

(HC 82075 / RS – Rel.: Min. CARLOS VELLOSO – Jul.: 10/09/2002 – 2ª Turma – DJ 11-10-2002)

De outro modo, a teor do art. 128 do CPM, uma vez interrompida a prescrição pela nova ausência do desertor, todo o prazo começa a correr, integralmente, a contar do dia da interrupção.

No caso vertente, os prazos prescricionais tiveram os seguintes cursos:

1) Ao passar à condição de desertor, em 12 de janeiro de 2006 (fl. 07), o prazo prescricional começou a ser computado segundo as regras inscritas no art. 132 do CPM, ou seja, por implemento de idade;

2) Ao ser capturado em 16 de fevereiro de 2006 (fl. 23), por se encontrar na condição de *sub judice* e à disposição do poder jurisdicional, a prescrição passou a ser regida pelas regras da prescrição ordinária, regulada pelos prazos previstos no art. 125 do mesmo Codex;

3) Ao passar novamente à condição de desertor, em 03 de maio de 2006 (fl. 71), tornou a se sujeitar à prescrição por implemento de idade (art. 132 do CPM), situação esta que, pelo que consta dos autos, perdura até a presente data.

Como se observa, efetivamente não ocorreu circunstância que justifique a declaração da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, sob qualquer enfoque, como equivocadamente reconhecido, *data venia*, pela decisão recorrida.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
DR. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
APELAÇÃO Nº 2009.01.051452-1-RJ

Votei vencido, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Em que pesem os entendimentos contrários, cabe esclarecer ser inaplicável a regra especial de prescrição do artigo 132 do CPM, para o crime de deserção apurado no presente feito.

A regra especial é dirigida ao trãnsfuga, ao militar que permanece ausente. Instaurado o processo, após a apresentação voluntária ou captura do acusado, passa a ser aplicável a regra geral de prescrição, do artigo 125, do Código Penal Militar. É essa a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

I – Delito militar de deserção: crime permanente. Precedente: HC 80.540-AM. Ministro S. Pertence. 1ª T. 28.11.2000, “DJ” de 02.02.2001.

II – A norma geral do art. 125 do CPM é aplicável ao militar desertor que se apresenta ou é capturado, contando-se daí o prazo prescricional. Precedente: HC 79.432-PR. Ministro N. Jobim, 2ª T, 14.11.99, “DJ” de 15.10.99.

III – Inocorrência da prescrição, no caso, porque não decorridos 4 (quatro) anos da data da captura do paciente.

IV – HC indeferido” (HC 82075-1/RS – Rel. Carlos Velloso – j. 10/09/2002 – DJ 11/10/2002).

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. DESERÇÃO. PRESCRIÇÃO. O sistema do CPM configura duas hipóteses para a questão da prescrição, em caso de deserção. A primeira se refere ao militar que deserta e posteriormente é reincorporado, porque se apresentou voluntariamente ou foi preso. A este é aplicável uma norma geral relativa à prescrição prevista no CPM, art. 125. A segunda é dirigida ao trãnsfuga, ou seja, aquele que permane-

ce no estado de deserção. A ele é aplicável a norma especial do CPM, art. 132. Nessa situação, só gozará a extinção da punibilidade ao atingir os limites de idade. O prazo prescricional só se configura com o advento dos 45 anos para os praças e 60 anos para os oficiais. Habeas corpus deferido (HC 79432/PR – Rel. Nelson Jobim – j. 14/09/1999 – DJ 15/10/1999).

E nesse sentido era o entendimento unânime desta Corte.

“RECURSO CRIMINAL. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A regra do art. 132 do CPM é aplicável ao militar que permanece no estado da deserção. Se, entretanto, apresentou-se ou foi capturado antes de completar a idade prevista no dispositivo, cessa a condição de desertor e o prazo prescricional começa a fluir, de acordo com as regras do art.125.

Os §§ 4º e 5º dispõem, taxativamente, sobre os casos de suspensão e interrupção da prescrição, os quais não incluem a hipótese de uma nova deserção do agente.

Recurso ministerial improvido. Unânime” (Recurso Criminal nº 2001.01.006915-0/RJ), em 01/02/2002, para o qual foi Relator o Ministro José Júlio Pedrosa decisão publicada no DJ de 07/03/2002).

“CRIME DE DESERÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. COEXISTÊNCIA E CONCILIAÇÃO DAS REGRAS POSTAS NOS ARTS. 125 E 132 DO CPM. Desertor menor, capturado e julgado no ano de 1990, com processo nulificado ab initio pela Suprema Corte. Nova relação processual instaurada mais de um ano após a primeira, quando já extinta a punibilidade pela prescrição da pretensa punitiva, considerada a impossibilidade jurídica reformatio in pejus indireta. Exegese da regra especial contida no art. 132 do CPM que textualmente, tem por destinatário o trãnsfuga – aquele que permanece na situação de desertor. Tratamento diferenciado do militar capturado e reincorporado às FF.AA., que passa à qualidade de Réu do crime de deserção, a quem é aplicável a regra geral fixada no art. 125, VII, do CPM. Acolhimento da preliminar suscitada pelo Revisor, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Decisão majoritária” (AP (FE) nº 46.492-3 AM, Rel. p/ acórdão Min. Ver. Paulo César Cataldo, j. 28.04.1992, DJU, Seção I, 19 de ago. 1992, p. 12702-3).

Até que, no julgamento do Recurso Criminal (FE) nº 2007.01.007441-3 RJ, decisão isolada, foi acolhido o entendimento se-

gundo o qual “o artigo 132 do CPM, ao excepcionar a regra da prescrição para o crime de Deserção, previsto no artigo 187 do mesmo Codex, não especificou a situação de sua incidência, devendo ser aplicado tanto para o foragido como para o desertor que se apresentou ou foi capturado e que veio a cometer posteriormente outra deserção”. Foi relator o Ministro Ten. Brig. William de Oliveira Barros, então acompanhado pela maioria, vencidos os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, e Almirante de Esquadra Marcos Augusto Leal de Azevedo, e ausentes justificadamente os Ministros José Alfredo Lourenço e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, sob a presidência do Ministro José Coêlho Ferreira.

Tal entendimento é um caso claro de inversão da finalidade da regra em questão, que serve para impedir que o crime de deserção, crime permanente, torne-se imprescritível. A regra do artigo 132 do Código Penal Militar, que foi criada para corrigir uma incoerência do sistema, limitando a atuação do Estado, passa agora a ter seu sentido desnaturado, servindo, justamente, ao prolongamento da prescrição, o que em matéria de garantias e direitos individuais, é de ser visto como inconcebível atentado à Constituição Federal.

Nesse sentido é a lição de Jorge Alberto Romeiro (Curso de Direito Penal Militar, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 311).

“Com relação à prescrição no caso de deserção, dispõe o 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’.

Uma singela leitura desse artigo pode dar a impressão de que a extinção da punibilidade pela prescrição, nos crimes de deserção, só ocorre, em qualquer hipótese, quando seu autor completa 45 e, se oficial, 60 anos de idade.

Não é essa, entretanto, a voluntas legis.

Sendo a deserção um crime permanente, enquanto não cessa sua permanência não corre o prazo da prescrição (art. 125, § 2º, c, do CPM). E a permanência do crime de deserção só cessa com a captura ou a voluntária apresentação do desertor à sua unidade militar.

A apresentando-se ou tendo sido capturado o desertor, retorna ele por reinclusão em virtude de inspeção de saúde, ou reversão, ao serviço ativo das Forças Armadas, perdendo a qua-

lidade de desertor, qualidade essa exigida pelo art. 132 para sua atuação. Este artigo não tem, assim, aplicação à prescrição que, a partir da cessação da permanência de crime de deserção, começa a fluir. Se, daí em diante, ocorre a prescrição, esta extingue a punibilidade ainda que o militar processado ou condenado não tenha atingido 45 e, se oficial, 60 anos de idade.

O art. 132 somente tem aplicação ao desertor que, sem se ter apresentado ou haver sido capturado, atinge a idade de 45 anos e, se oficial, a de 60.

Neste caso, a lei militar, abrindo uma exceção à regra da prescrição dos crimes permanentes, considera como prazo da prescrição todo o tempo da permanência do crime, desde o momento em que se inicia a deserção, além das idades nele mencionadas, quando começa a declinar a validade exigida para os servidores militares.

Inexistisse o art. 132 e seria imprescritível o crime do desertor, que não fosse capturado ou se apresentasse durante toda a sua vida, com evidente ônus para as Forças Armadas³¹.

Aliás, a referida norma foi inserida no Código Penal Militar brasileiro por influência do Código Penal Militar italiano, que, naquele sistema, tem a mesma finalidade³².

³¹ No mesmo sentido, por entender que a regra do artigo 132 do CPM é um limite à imprescritibilidade dos crimes permanentes Nadir Bispo Faria, Prescrição in Revista de Direito Militar. p. 47.

³² *“L’assenza Del militare disertore o mancante allá chiamata alle armi puó anche durare molto tempo, potendo il colpevole pervenire in potere della giustizia a tarda età o mantenersi latitante. In quest’ultimo caso, se dovessero applicarsi le norme comuni sulla decorenza Del termine della prescrizione, questa praticamente non si verificherebbe mai, atteso il carattere permanente dei reati suddetti. Infatti, solo con l’arresto o la costituzione Del colpevole cesserebbe il termine, e la prescrizione non potrebbe verificarsi, se non per la successiva inerzia dell’autorità competente a perseguire il reato (art. 158c.p.).*

Il legislatore, di fronte a questa speciale situazione, há considerato Che lo Stato non há interesse a tener lontano dalla pátria il disertore per tutta la vita o a tollerare indefinitivamente in pátria il suo stato antiggiuridico, e che, pertanto, per ragioni di política criminale, conveniva dettare una speciale disposizione al riguardo; há consequentemente, com uma finzione giuridica, dispostoto Che, comunque, la permanenza Del reato debba intendersi cessata al momento in cui há termine l’obbligo Del servizio militare. Questa disposizione há così dato luogo al sistema segunete: se l’arbitraria assenza há

O argumento no sentido de que o acusado que deserta uma segunda vez deve ser tratado nos termos do artigo 132 do Código Penal Militar é nada mais que um erro de foco. O acusado somente terá como aplicável a si a referida regra na segunda deserção, enquanto não cessa a permanência. Para o processo da primeira deserção aplica-se a norma comum do artigo 125, visto que para essa cessou a permanência. De acordo com esse entendimento, trago à baila excerto do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, do já citado acórdão do HC nº 79432-7/PR:

“(…)

A incidência da prescrição deve ser examinada sobre a primeira deserção.

Ela é o objeto do processo.

O fato de o paciente ter desertado outra vez não influi na extinção da punibilidade(…)”.

Julgo que qualquer tentativa de desvirtuar a presente interpretação tem por objetivo trazer para o Judiciário a resolução de um problema que é da alçada do Poder Executivo que, durante os últimos anos, não tem dado o devido valor às Forças Armadas, “sucateando” o armamento e conferindo soldo aviltante às tropas, que têm como dever dar a própria vida pela soberania do País. Não será uma interpretação totalmente invertida da norma que resolverá o problema, e não cabe ao Judiciário fazê-lo. Isso sim, seria uma atitude judicial inconveniente e divorciada da secular regra constitucional de separação dos poderes.

Logo, tendo em conta que o acusado era menor de 21 anos na data em que cessou a permanência, circunstância que determina a redução

termine prima Del giorno in cui il militare compie l'età per la quale cessa in modo assoluto l'obbligo Del servizio militare, vale la norma di cui all'art. 158 c. p.; se l'assenza invece, perdura sino a tale giorno a tale giorno od oltre, il gni caso, dal girono suddetto.

In base all'art. 9 del T.U. Leggi Reclutamento Esercito, modificato con D.L. Lgt. 2 agosto 1946 n. 347, l'obbligo Del servizio militare cessa il 31 dicembre Del quarantacinquesimo anno di età” (Giuseppe Ciardi, Istituzioni di Diritto Penale Militare, volume secondo, Roma: Edizioni Dell'ateneo. P. 267; no mesmo sentido: Vincenzo Manzini, Commento al Codici Penali Militari, Roma: Fratelli Bocca Editori, 1926, p. 179).

pela metade do prazo de prescrição do artigo 125, VI, que se opera em 4 anos, deve se entender que seja reduzido a 2 anos.

Uma vez que a denúncia foi recebida em 09 de março de 2006 e já decorreram, da referida data, mais de 3 (três) anos, deve ser declarada extinta a punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Assim, é que votei para negar provimento ao recurso em sentido estrito, para manter a decisão que declarou extinta a punibilidade do Ex-Soldado do Exército MARCIANO DE LIMA SILVA pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos termos dos artigos 125, inciso VI, c/c o art. 129, todos do Código Penal Militar.

Brasília, 13 de outubro de 2009.

Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach
Ministro do STM

CORREIÇÃO PARCIAL 2009.01.002050-3-AM

*Correição Parcial. Decisão colegiada que, mesmo após considerar encerrada a fase instrutória do processo, determina, de ofício, a realização de diligências e a submissão do acusado, considerando a sua anuência, à perícia antropométrica/biométrica. **Error in procedendo.** Equivocada fundamentação do **decisum a quo** na regra do art. 435 do CPPM, eis que não havia ainda expirado para as partes o prazo do art. 428 do CPPM, e bem assim não visava sanar nulidade ou falta. O princípio da busca da verdade real só tem aplicação se o julgador, após terminada a instrução, ainda se mantém em dúvida, por si próprio, e não por provocação das partes, a respeito de algum ponto do processo, sob pena de incidir em imparcialidade no julgamento do réu. Deferida a correição parcial. Decisão unânime.*

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

Requerene – Jânio Pinto de Souza, 1º Sgt Aer.

Requerida – A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 22/06/2009, proferida nos autos do Processo nº 03/08-08, que, mesmo após considerar encerrada a fase instrutória do mencionado Processo, determinou, de ofício, a realização de diligências e a submissão do Requerente, desde que haja sua anuência, à perícia antropométrica/biométrica.

Advogado – Defensoria Pública da União.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, deferiu a Correição Parcial, para desconstituir a Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria 12ª CJM, de 22/06/2009, proferida nos autos do Processo nº 03/08-8. O Ministro MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO não participou 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 José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, 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. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e José Alfredo Lourenço dos Santos. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 80ª Sessão (extraordinária), 19.10.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em deferir a Correição Parcial, para desconstituir a Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria 12ª CJM, de 22/06/2009, proferida nos autos do Processo nº 03/08-8.

Superior Tribunal Militar, 19 de outubro de 2009 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial requerida pela Defesa de **JÂNIO PINTO DE SOUZA**, com fundamento no art 498, alínea "a", do CPPM, em face da Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, de 22/06/2009 que, mesmo considerando encerrada a instrução processual, determinou, de ofício, a realização de perícia, cuja realização restou prejudicada pela desistência tácita do Órgão Acusador.

O 1S **JÂNIO PINTO DE SOUZA**, servindo no CINDACTA IV, sediado em Manaus-AM, responde ao Processo nº 03/08-8 pela prática, em tese, do delito previsto no art. 216 do CPM, acusado de ter realizado ameaças por escrito a dois Oficiais Superiores, mediante a postagem de carta anônima. Segundo a Denúncia, ao analisar a filmagem, após perícia técnica, realizada na câmara de segurança da loja "Dulce Jóia", que filmou o autor da carta e da postagem, o Cel **CARVALHO** e o Ten Cel **LEÔNIDAS** suspeitaram do 1S **JÂNIO**.

Após a oitava da última testemunha de Defesa, na Sessão do dia 13 de abril de 2009, o Juiz-Auditor determinou a abertura de vista às Partes no prazo do art 427 do CPPM (fls. 18).

Em promoção de fls. 19, datada de 16/04/2009, o MPM declarou que nada tinha a requerer no aludido prazo processual, tendo a Defesa, no dia 20 subsequente, postulado pela atualização das alterações do Acusado (fls.19-v), o que foi deferido pelo Juiz-Auditor Substituto, em Despacho de 22 de abril de 2009 (fls. 20).

Os aludidos documentos foram protocolados no Juízo no dia 06 de maio, tendo o magistrado determinado abertura de vista às partes por Despacho de mesma data (fls. 22).

Com nova vista dos Autos, a Defesa nada requereu, manifestando-se pelo prosseguimento do feito (fls. 23). O MPM, por seu turno, em 13/05/2009, deu-se por ciente dos documentos, declarando, também, nada ter a requerer (fls. 24).

O Dr **JOSÉ BARROSO FILHO**, Juiz-Auditor Titular, por despacho proferido no dia 13 de maio de 2009, determinou abertura de vista às Partes para apresentação das respectivas Alegações Escritas (art. 428 do CPPM).

Mais uma vez com vista dos Autos (fls. 26), no dia 15/05/2009, o MPM declarou que tinha um pedido de diligência a ser feito nos termos no art 427 do CPPM, ressaltando que a sua manifestação anterior, de fls. 23, fora em atenção ao Despacho do Juiz-Auditor de fls. 22, em que o mesmo dava vista às Partes, para conhecimento das Folhas de Assentamentos Militares do 15 JÂNIO, encaminhadas pelo Cmt CINDACTA IV.

O Juiz-Auditor, então, determinou, por Despacho de 19/05/2009 (fls. 27), a devolução de vista ao MPM para os fins do art 427 do CPPM, tendo o **Parquet** Castrense requerido, em 26 de maio de 2009, a realização de uma Perícia (fls. 28). O referido magistrado, por Despacho do dia 27 subsequente, determinou abertura de vista à Defesa para manifestação acerca do pleito ministerial (fls. 29).

Com vista dos Autos para manifestação sobre o pedido do órgão acusador, a Defesa, em 04/06/2009, interpôs Correição Parcial, irresignando-se contra o Despacho que reabriu, para o MPM, o prazo do art. 427 do CPPM. Em 22/06/2009, decidiu o Conselho, considerando a possibilidade de retratação, nos termos dos arts. 498, §2º, e 520, por analogia, ambos do CPPM, c/c art.154 do RISTM, por unanimidade de votos, tornar sem efeito o r. Despacho de fls. 27, razão pela qual restou sem objeto essa Correição Parcial. Igualmente por unanimidade de votos, de ofício, com base no princípio da busca da verdade real, e com fundamento no art. 427, parágrafo único, c/c art 430, ambos do CPPM, determinou a realização da Perícia anteriormente pleiteada pelo MPM (dados antropométricos/biométricos do Denunciado), contra o que, mais uma vez, a Defesa irresignou-se, interpondo a presente Correição Parcial em 13/07/2009.

Em suas **Razões**, sustenta o Requerente que a Decisão atacada, além de violar princípio da inércia da jurisdição, afrontou, também outras garantias fundamentais da mais alta relevância em todos os ramos do direito. Isso porque, antes de ocorrer a manifestação das Partes na fase do art 428 do CPPM, o Conselho, quebrando a imparcialidade, ordenou diligência para sanar nulidade e suprir falta prejudicial ao esclarecimento da verdade, atropelando o devido processo legal, substituindo a figura do MPM, que havia perdido o prazo para requerer meios de provas, o que caracterizaria violação da garantia constitucional do juiz natural, do devido processo legal pela antecipação da aplicação do art 430 do CPPM. Finalizou requerendo que seja conhecida e provida a Correição Parcial para se anular a Decisão, e os atos posteriores, eventualmente praticados.

Em **Contrarrazões** (fls. 49/51), o Ministério Público Militar sustentou que o ato impugnado não violou nenhuma garantia constitucional nem foi tumultuário, pois visou à busca da verdade real, portanto, isento de qualquer nulidade. Ao final, requereu o desprovimento da Correição Parcial interposta, mantendo-se o ato judicial.

Nesta Instância Superior, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 61/66, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr **ALEXANDRE CONCESI**, opinou pelo provimento da presente Correição Parcial.

Pela manifestação de fls. 69-v, a DPU deu-se por intimada de que o presente processo fora colocado em mesa para julgamento.

Relatados, decide-se:

VOTO

Trata-se de Correição Parcial requerida pela Defesa de **JÂNIO PINTO DE SOUZA**, com fundamento no Art. 498, alínea "a", do CPPM, em face da decisão do CPJ/Aer da Auditoria da 12ª CJM, que determinou, de ofício, a realização de perícia.

Alega o Recorrente que a Decisão fora iniciativa exclusiva do Colegiado **a quo**, o que teria violado o princípio da inércia da jurisdição e comprometido a imparcialidade que deve ser própria dos órgãos julgadores; que também houve violação da garantia constitucional do juiz natural pela quebra da imparcialidade do Conselho e a violação da garantia do devido processo legal pela antecipação da aplicação do Art. 430 do CPPM.

A presente Correição Parcial é tempestiva e encontra amparo no Art. 498, alínea "a", do CPPM.

O Art. 498, alínea "a", do CPPM, é claro em estabelecer as hipóteses de interposição de Correição Parcial quando representada pelas Partes:

"para ser corrigido erro ou omissão inescusáveis, abuso ou ato tumultuário, em processo, cometido ou consentido por juiz, desde que, para obviar tais fatos, não haja recurso previsto neste Código".

Compulsando-se os presentes autos, verifica-se que o Despacho de fls. 27, do Juiz-Auditor, que reabriu o prazo do Art. 427 do CPPM para o MPM, após a abertura de vista prevista no Art. 428 do mesmo Diploma Legal, pode ser caracterizado como ato tumultuário. Isso porque, embora o MPM houvesse reconhecido que não requerera a produção das provas no momento oportuno (Art. 427 do CPPM), o Conselho de Justiça, convocado pelo Juiz-Auditor, "**considerando a possibilidade de retratação do Juízo (art. 498, § 2º, do CPPM, c/c o art. 152, I, § 1º, do RISTM)**", resolveu tornar sem efeito o referido Despacho singular do magistrado, e, com fundamento no Art. 427, parágrafo único, c/c o Art. 430, todos do CPPM, de ofício, determinou a realização de perícia requerida outrora pelo MPM.

Registre, antes de tudo, que os dispositivos citados pelo Colegiado **a quo** não se amoldam à hipótese versada nos Autos, posto que se tratou de anulação de uma decisão monocrática e determinar *diligência de ofício*.

De qualquer sorte, torna-se imperioso verificar se a Decisão do Conselho que, de ofício, determina diligências no sentido da realização de uma perícia caracteriza um erro inescusável, abuso ou ato tumultuário para o processo penal.

Não se desconhece que o processo penal se caracteriza pela busca da verdade real, ao contrário do processo civil que tem por escopo a verdade formal. Desse modo, o legislador possibilita ao juiz penal algumas prerrogativas que seriam inimagináveis no campo do processo civil. É o caso do Art. 296 do CPPM, que prescreve:

"O ônus da prova compete a quem alegar o fato, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou, antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida, sobre ponto relevante. (...)"

Contudo, como observa **JÚLIO FABBRINI MIRABETE**, trata-se, porém, de atividade meramente supletiva do juiz, não tendo ele o dever de determinar tal ou qual diligência, ou, ainda, assumir o papel da parte acusadora ou da defesa ("Processo Penal", 2ª Ed., 1992, pág. 254).

In casu, o Conselho incorreu em equívoco ao fundamentar a Decisão ora impugnada segundo a regra do Art. 430 do CPPM, que assim dispõe:

“Findo o prazo concedido para as alegações escritas, o escrivão fará os autos conclusos ao auditor, que poderá ordenar diligência para sanar qualquer nulidade ou suprir falta prejudicial ao esclarecimento da verdade.”

Efetivamente, o citado dispositivo não se adequa ao presente caso, **a uma**, porque o Conselho proferiu a Decisão quando não havia ainda expirado para as partes o prazo do Art. 428 do CPPM, e, **a duas**, porque a Decisão não teve o objetivo de sanar nulidade ou falta.

Ademais, não resta dúvida de que o Colegiado **a quo** acabou por assumir o papel do próprio Ministério Público Militar, parte interessada na questão, quando em Juízo reconheceu a intempestividade para a produção de provas, sugerindo que a diligência em questão fosse requerida de ofício pelo Conselho. Na oportunidade, a Defesa demonstrou preocupação no sentido de que a referida prova pudesse ser dirigida contra o Acusado.

A propósito, cumpre destacar fragmento do bem elaborado parecer do representante da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, que adoto como razão adicional de decidir:

“(...) Ao agirem como agiram, tanto o Juiz-Auditor quanto o Conselho de Justiça, perderam a independência e a isenção para julgar o réu, eis que, antes do saneador, reabriram o prazo para o “Parquet” apresentar novas provas e ante a cristalina invalidade dessa decisão, assumiram eles próprios, Juiz-Auditor e Conselho Julgador, essa paternidade. Ou seja, substituíram-se ao “Parquet”, que é o Órgão Acusador, e, portanto, parte frontalmente interessada no deslinde do processo.

*O princípio da verdade real somente se aplica se o julgador, uma vez terminada a instrução, ainda se mantém em dúvida, **por si próprio, e não por provocação de qualquer das partes**, a respeito de algum ponto do processo.*

*Se essa dúvida for provocada por qualquer das partes interessadas no desfecho do caso, não pode o Conselho Julgador assumi-la como se sua fosse, sob pena de conspurcar irremediavelmente a sua imparcialidade no julgamento do réu, que deve se realizar **de acordo com o estado de processo**.*

Se defesa ou acusação forem ineficientes na defesa de seus respectivos interesses, não pode o Estado-Juiz sub-rogar-se no papel de qualquer deles para produzir prova a fim de alcançar este ou aquele veredicto.

Isto é totalmente diferente do princípio da verdade real.

Este se instala a partir do momento em que o julgador, depois de examinadas todas as provas, ouvidas todas as partes envolvidas, e exaurida a instrução criminal, antes do veredicto ainda padece de alguma dúvida, em relação à qual decide, então, sem qualquer provocação de terceiros, diligenciar.

Fora daí o princípio da verdade real fere claramente outro princípio, que o de que "iudex ne procedat ex officio (...)" (fls. 64/66).

DESAFORAMENTO 2009.01.000411-3-PA

DESAFORAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIR CONSELHO DE JUSTIÇA. Desaforamento constitui medida excepcional de derrogação da competência territorial, resulta no afastamento da regra do Juiz Natural e da premissa de que o Réu responde no distrito da culpa. Resta demonstrado que um dos requisitos exigidos pela Lei para a medida excepcional fora preenchido, pois inexistia a possibilidade da formação de um Conselho Permanente de Justiça na 8ª CJM, em razão do número mínimo de Oficiais para compor o Colegiado. Pedido deferido. Decisão unânime.

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

Requerente – O MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, com fundamento no art. 109, alínea "c", § 1º, alínea "c", do CPPM, pede o desaforamento do Processo nº 11/09-7, no qual figuram como réus o Cel RRM Ex João Carlos de Lima Maximiano, o Ten Cel Edson Martins Filho e o 3º Sgt RRM Ex Adelson Viana Franco.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, deferiu o pedido de desaforamento, designando uma das Auditorias da 1ª CJM para dar prosseguimento ao feito, a ser definida por regular distribuição. O Ministro RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA 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 o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde em pessoa da família. (Extrato da Ata 68ª Sessão, 10.09.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, em deferir o pedido de desaforamento, designando uma das Auditorias da 1ª CJM, para dar prosseguimento ao feito, a ser definida por regular distribuição.

Superior Tribunal Militar, 10 de setembro de 2009 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente – Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de desaforamento requerido pelo MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, nos autos do Processo nº 11/09-7, em que figuram como réus os nacionais Cel RRm Ex JOÃO CARLOS DE LIMA MAXIMIANO, Ten Cel Edson Martins Filho e 3º Sgt RRm Ex ADELSON VIANA FRANCO, com fundamento no art. 109, alínea "c", do CPPM.

O *Parquet* Militar ofereceu Denúncia contra esses acusados, em 21 de maio de 2009 (fls. 02/05), pela prática do crime previsto no art. 303, *caput*, c/c os artigos 53 e 80, todos do Código Penal Militar.

Consta dos autos que a Denúncia foi recebida em 03 de junho de 2009, sendo requisitado pela Auditoria às Organizações Militares lista de coronéis para sorteio do Conselho Especial de Justiça, sendo que o número de coronéis relacionados foi insuficiente para se compor uma lista para fins de sorteio, como determina a LOJM.

O MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM declarou que no presente Processo não é possível formar-se um Conselho de Justiça, mesmo com coronéis mais modernos, pois um dos réus é da reserva remunerada, situação na qual os da ativa tem precedência, de acordo com o Estatuto dos Militares. Pleitea, então, a esta Egrégia Corte Superior Castrense, o acolhimento do presente pedido no sentido do envio deste processo para outra Circunscrição Judiciária Militar, onde seja possível constituir-se o Conselho Especial de Justiça, em obediência a LOJM.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer de fls. 2253/2255, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, opina pelo deferimento do pedido.

Relatados, decide-se.

VOTO

O pleito deve ser deferido por encontrar amparo legal na alínea “c” do art. 109 do CPM.

Na Justiça Militar da União, os Juízes Militares dos Conselhos Especiais de Justiça devem ser sorteados entre os Oficiais de carreira, em serviço ativo na sede da Auditoria, com vitaliciedade assegurada ou, excepcionalmente, recorre-se a oficiais fora deste local, porém, no âmbito da jurisdição da Auditoria, quando insuficientes os da sede, conforme determina o art. 18 da Lei nº 8.457/92.

O Desaforamento constitui medida excepcional de derrogação da competência territorial, resultando, inclusive, na preterição da regra do Juiz Natural e no afastamento da premissa de que o Réu responde no distrito da culpa.

O artigo 109 do Código Penal Militar prevê algumas exceções possíveis:

*“Art. 109 - O desaforamento do processo poderá ocorrer:
a) no interesse da ordem pública, da Justiça ou a disciplina militar;*

b) em benefício da segurança pessoal do acusado;

c) pela impossibilidade de se constituir o Conselho de Justiça ou quando a dificuldade de constituí-lo ou mantê-lo retarde demasiadamente o curso do processo.

(..)”

No presente caso, encontra-se demonstrado que um dos requisitos excetuados foi preenchido, pois inexistia a possibilidade de se constituir um Conselho Especial de Justiça na 8ª Circunscrição Judiciária, em razão do número mínimo de Oficiais para compor o Colegiado, como explica o ilustre Juiz-Auditor às fls. 2190/2191,

Este Tribunal Superior, em diversos julgados, já determinou o desaforamento nas mesmas situações, como se verifica nas ementas transcritas:

“Ementa: DESAFORAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CONSELHO DE JUSTIÇA, POR INEXISTÊNCIA DE OFICIAIS EM SERVIÇO, EM NÚMERO SUFICIENTE, NA ÁREA DE JURISDIÇÃO. Pedido deferido. Decisão unânime” (Desaforamento nº 1999.01.000375-3, Ministro Relator João Felipe Sampaio De Lacerda Junior, DJ 23/09/1999”

“Ementa: DESAFORAMENTO: (CPPM, art. 109, letra "c"). Impossibilidade de se constituir o Conselho de Justiça na Auditoria da 4ª circunscrição Judiciária Militar. Deferido o pedido de Desaforamento formulado pela autoridade judiciária, para uma das Auditorias da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, a qual couber por distribuição, ex vi do art. 109, letra "c", e § 4º, tudo do CPPM. Decisão unânime” (Desaforamento nº 1999.01.000372-9, Ministro Relator Domingos Alfredo Silva, DJ 31/03/1999).

“Ementa: DESAFORAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA PARA A MARINHA NA JURISDIÇÃO DA 4ª CJM. INTERESSE DA JUSTIÇA E ECONOMIA E AGILIDADE PROCESSUAL. O PEDIDO ESTA CONFORME O ART. 109, LETRA 'C', E PARAG. 1., DO CPPM. POR UNANIMIDADE, O TRIBUNAL CONHECEU E DEFERIU O PEDIDO DE DESAFORAMENTO PARA UMA DAS AUDITORIAS DA 1. CJM” (Desaforamento nº 1997.01.000365-6, Ministro Relator Jorge Jose de Carvalho, DJ 07/05/1997).

“Ementa: DESAFORAMENTO - ACIDENTE EM VIATURA MILITAR, COM VÍTIMAS, DURANTE EXERCÍCIOS, ESTANDO OS ENVOLVIDOS ACUSADO E OFENDIDOS - SERVINDO EM UNIDADE DA MARINHA SEDIADA NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO/RJ. PEDIDO FORMULADO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE COMPOSIÇÃO DE CPJ PARA A MARINHA NA QUARTA CJM. DEFERIDO O PEDIDO SENDO O PROCESSO REMETIDO PARA UMA DAS AUDITORIAS DA PRIMEIRA CJM A QUAL COUBER

POR DISTRIBUIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME” (Desaforamento nº 1993.01.000351-6, Ministro Relator George Belham da Motta, DJ 27/07/1993).

Reza o § 4º do art. 109 do CPPM que: “Se deferir o pedido, o Superior Tribunal Militar designará a Auditoria onde deva ter curso o processo”.

O Desaforamento deve ser efetivado para o lugar mais próximo, posto que, desse modo, menor será o transtorno para a instrução criminal e, em especial, para o exercício da ampla defesa.

Quanto à designação de Auditoria onde deva ter curso o processo (art. 109, § 4º, do CPPM), a questão reclama maior reflexão.

Entretanto, esta regra comporta exceção que, contudo, jamais poderá subestimar as indicações precedentemente apontadas, quais sejam, a maior conveniência da instrução criminal, o interesse e o direito dos Acusados de se defenderem amplamente.

Consoante mostra a Denúncia, os Acusados residem em pontos diversos do território nacional: dois no Estado do Rio de Janeiro (Cel RRm JOÃO CARLOS DE LIMA MAXIMIANO e o Ten. Cel EDSON MARTINS FILHO) e um no Estado do Pará (3º Sgt ADELSON VIANA FRANCO).

Além disso, mostram os autos que as Testemunhas numerárias do Parquet também se encontram dispersas no Território Nacional.

Tendo em conta não só a maior concentração dos Acusados no Estado do Rio de Janeiro, como também pelas facilidades de, nesse local, formar-se o Conselho Especial, impende designar uma das Auditorias da 1ª CJM para dar seguimento ao feito.

HABEAS CORPUS 2008.01.034587-6-AM

HABEAS CORPUS IMPE-
TRADO CONTRA DECISÃO QUE
DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE
INTERROGATÓRIO DE ACUSADO
MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA.
FALTA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL.
LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA
AMPLA DEFESA DO ACUSADO.
I - Viola o princípio da legalidade
estrita a realização do interrogató-
rio por deprecata, por falta de au-
torização legal, tendo em vista que

pela sistemática processual penal militar, consoante os arts. 277 e 359, ambos do CPPM, a expedição de carta precatória é restrita aos casos de Inquirição de testemunha e de citação do acusado, além de representar um desprestígio ao escabinato. II – O julgamento do acusado sem que este jamais tenha contato com o seu Defensor Público, durante toda a instrução processual, bem assim com o Órgão julgador previamente constituído para processá-lo e julgá-lo, configura na mais inaceitável limitação ao exercício de ampla defesa do acusado, mormente quando essa garantia processual é preterida por razões de conveniência administrativa, legitimando o desrespeito às formalidades essenciais do processo. III – a presença do acusado perante o seu Órgão julgador é garantia consagrada também em normas pontuais previstas no Pacto de São José da Costa Rica (Art. 8º, nº 2, “f”), aplicável ao sistema interamericano, e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Art. 14, nº 3, “d”). Ordem de Habeas Corpus concedida para anular o processo desde a expedição da Carta Precatória, deixando de conceder a Ordem no que se refere ao pedido de transferência para uma das Unidades do Exército em Manaus/AM. Decisão majoritária.

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Paciente – Marcos Silva Almeida, 3º Sgt Ex, respondendo ao Processo nº 38/08-6, perante a Auditoria da 12ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor Substituto do mencionado Juízo, impetra o presente “Habeas Corpus”,

requerendo, liminarmente, a concessão da ordem para anular o Processo desde o seu interrogatório, que ocorreu por carta precatória, realizando-se novo interrogatório perante o Conselho Permanente de Justiça da referida Auditoria, bem como seja transferido para uma das Unidades do Exército em Manaus-AM, a fim de que possa comparecer pessoalmente a todos os atos processuais. No mérito, pede a concessão definitiva do “writ”.

Impetrante: Dr. João Thomas Luchsinger, Defensor Público da União.

Decisão – O Tribunal, **por maioria**, conheceu e concedeu a ordem de **Habeas Corpus** para confirmar a liminar deferida, anulando-se o Processo nº 38/08-6 desde a expedição da carta precatória e deixou de conceder a Ordem no que se refere à transferência para uma das Unidades do Exército na cidade de Manaus/AM. Os Ministros JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS, ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA e SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO denegavam o writ e cassavam, em consequência, a liminar concedida. O Ministro JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS fará declaração de voto. O Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria Lucia Wagner. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, 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. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo. (Extrato da Ata 13ª Sessão, 03.03.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em conhecer e conceder a Ordem de Habeas Corpus para confirmar a liminar deferida, anulando o Processo nº 38/08-6 desde a expedição da carta precatória, e deixar de conceder a Ordem no que se refere à transferência para uma das Unidades do Exército na cidade de Manaus/AM.

Superior Tribunal Militar, em 03 de março de 2009 – Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre, Ministro-Presidente – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. João Thomas Luchsinger, Defensor Público da União, em favor do 3º Sgt Ex MARCOS SILVA ALMEIDA, que responde ao Processo nº 38/08-6 perante a Auditoria da 12ª CJM, pela prática do crime de lesão corporal culposa (art. 210 do CPM).

2. O impetrante narra, em síntese, que o Paciente teria em involuntário disparo de arma de fogo provocado culposamente lesão corporal em outro militar, no interior da Sala do Comandante da Guarda da 3ª Companhia de Fuzileiros de Selva do 54º Batalhão de Infantaria de Selva, na cidade de Porto Velho. Foi denunciado pelo crime descrito no art. 210 do CPM, cuja Denúncia foi recebida em 21/08/08 (fl. 22), sendo formalizada requisição do acusado para ser citado, qualificado, interrogado e processado. Que ao invés de o paciente ser apresentado em Manaus, na Sede do Juízo da 12ª CJM, a Administração Militar preferiu alegar motivos de ordem financeira para não realizar o seu deslocamento à referida capital (fl. 25). Esse motivo justificou a expedição de Carta Precatória, pelo Juízo da Auditoria da 12ª CJM, à Seção Judiciária do Estado de Rondônia, para fins de citação, qualificação e interrogatório do acusado.

3. Aduz o Impetrante que, apesar de o interrogatório ainda não ter sido realizado, a consumação desse ato por Juiz Federal viola a garantia constitucional processual do Juiz Natural, posto que o paciente não estará passando pelo pedagógico momento que é de se submeter ao Processo diante do Conselho Permanente de Justiça; que a garantia constitucional processual do juiz natural ganha um especial destaque diante do comando do artigo 289 do CPPM, quando aduz que “estando solto, o oficial sob processo será agregado em unidade, força ou órgão, cuja distância da sede do juízo lhe permita comparecimento imediato aos atos processuais...”; que é garantia assegurada em lei processual acompanhar todos os atos do processo e se ver processar perante o juízo competente.

4. Adverte o Impetrante que há previsão legal para a realização de determinados atos mediante expedição de carta precatória, como perícias, exames, inquirição de testemunhas e **citação do acusado**, mas não em relação ao interrogatório; que a cidade de Rio Branco, capital do Acre, encontra-se na jurisdição do Juízo da 12ª CJM e a carta precatória foi expedida dentro da própria jurisdição da respectiva Auditoria (**trata-se, na verdade, da cidade de Porto Velho, capital de Rondônia**); que até o presente momento não houve qualquer contato entre o acusado e o Defensor Público da União, deixando de ser observado o art. 717 do CPPM; e que o interrogatório será realizado, ausente não apenas o Juiz-Auditor, mas também os demais membros do Conselho Permanente de Justiça, escabinato que é de essência da Justiça Militar.

5. Com essas alegações, requereu o deferimento de medida liminar para suspender o andamento do processo até decisão final do presente *writ*, bem assim seja esse acolhido, para anular o processo a partir do interrogatório deprecado, inclusive, para que outro se realize, perante o CPJEx da Auditoria da 12ª CJM, para declarar a imperiosidade da apresentação do acusado perante o foro competente e o regular processamento e julgamento do feito, nas condições do art. 289 do CPPM, a fim de que o acusado aguarde o julgamento em primeira instância, adido a uma das OMs da guarnição de Manaus.

6. O Habeas Corpus veio instruído com cópias da Denúncia (fls. 22/24); do Ofício nº 016 – E4. Trnp Adm, expedido pelo Chefe do Estado-Maior da 17ª Brigada de Infantaria da Selva (fl.25), pelo qual informou ao Juízo que não havia perspectivas de disponibilidade dos recursos financeiros necessários para custear as despesas de deslocamento dos militares; e da manifestação do Juízo da 12ª CJM acerca da expedição de carta precatória ao Juiz Federal da Seção Judiciária de Rondônia, para que esse proceda à CITAÇÃO, QUALIFICAÇÃO e INTERROGATÓRIO do acusado (fls. 26/28).

7. Proferi, então, a decisão de fls. 33/37, deferindo liminar para determinar a suspensão do Processo nº 38/08-6 até o julgamento do mérito do presente Habeas Corpus. Solicitei informações à autoridade apontada como coatora e ao Chefe de Estado-Maior da 17ª Brigada de Infantaria de Selva, CLÁUDIO HENRIQUE MONTENEGRO ALENCAR – Tenente Coronel, para que indicasse quais foram os Escalões Superiores que informaram sobre a indis-

ponibilidade de recursos da Força para custear o deslocamento dos militares, bem assim se houve manifestação do paciente, naquela oportunidade, tendente a aquiescer que o seu interrogatório se realizasse perante a Seção Judiciária do Estado de Rondônia.

8. Às fls. 46 e 86, a informação prestada pelo Chefe do Estado-Maior da 17ª Brigada de Infantaria da Selva, contendo o esclarecimento de que as passagens aéreas só são adquiridas quando há disponibilidade de recursos; que quando não há disponibilidade de crédito, solicita à 12ª Região Militar, a quem cabe a viabilização da referida passagem aérea; que, segundo o paciente, esse não foi indagado pelo defensor no que diz respeito à realização do seu interrogatório perante a Seção Judiciária do Estado de Rondônia; e que esse militar, na presença do seu Comandante de Organização Militar, disse que sabia do ato processual e que não estava sofrendo qualquer constrangimento.

9. O Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, Dr. JOSÉ BARROSO FILHO, prestou as informações de fls. 48/50 e 72/74, na qual o ilustre magistrado aduziu que expediu a aludida carta precatória, informando ao Comandante da 17ª Brigada de Infantaria de Selva desse ato, renovando-lhe a requisição dos militares.

10. Dado vista dos autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, consoante o Parecer de fls. 64/69, esse órgão ministerial opinou pela denegação da ordem.

11. Pelo Despacho de fls. 88/89, solicitei informações à autoridade coatora, para que complementasse as informações anteriores, com base nos seguintes questionamentos: *a) nos exercícios referentes aos anos de 2006, 2007 e 2008, quantos acusados, militares ou civis, residentes ou domiciliados na jurisdição da Auditoria da 12ª CJM, foram citados, qualificados e interrogados mediante expedição de Carta Precatória para Juízo distinto daqueles vinculados à Justiça Militar da União? b) quais foram as razões que justificaram essas medidas? c) quais foram as Unidades Militares que se manifestaram pela impossibilidade de apresentação dos militares requisitados pelo Juízo nas situações anteriormente mencionadas? e d) por ocasião do Julgamento, quantos acusados se encontravam presentes e/ou foram novamente interrogados, com reabertura de prazo para a Defesa?*

12. Em resposta, o MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, pelo Ofício nº 98/09 (fl. 94), apresentou os dados constantes das tabelas de fls. 95/98 e as Atas de julgamento de fls.99/128, referentes aos feitos já julgados, nos quais o interrogatório se deu por carta precatória, no período apontado, e que, **em algumas situações, o acusado foi interrogado via precatória, mas não foi reinterrogado em razão de não ter comparecido ao Juízo da Auditoria da 12ª CJM, por ocasião do julgamento.** Nessa mesma informação, esclareceu o ilustre magistrado que aquele Juízo “está fazendo gestões junto ao Comando Aéreo Regional e ao Comando da 12ª Região Militar, com o fito de apresentar os acusados ou envolvidos naquela Auditoria, mediante o chamado Plano de Apoio Amazônico, por ocasião da realização de missões da FAB na Amazônia”.

13. Aberta nova vista à douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, essa apresentou a manifestação de fls. 132/33, ratificando o parecer de fls. 64/69.

É o relatório.

VOTO

Trata-se, portanto, de Habeas Corpus em que se visa anular o Processo nº 38/08-6, em trâmite na Auditoria da 12ª CJM, a partir do interrogatório deprecado à Seção Judiciária do Estado de Rondônia, em virtude de a 17ª Brigada de Infantaria de Selva ter negado a apresentação do acusado na cidade de Manaus, sede do referido Juízo, sob a alegação de indisponibilidade de recursos financeiros necessários a custear as despesas do respectivo deslocamento do acusado.

2. A questão merece uma análise cautelosa, até porque já foram impetrados, nesta Corte, três Habeas Corpus no exercício de 2008, todos apontando o MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM como autoridade coatora, em razão de admitir a expedição de carta precatória para os fins de citação, qualificação e **interrogatório do acusado.** Refiro-me ao presente Habeas Corpus, ao Habeas Corpus nº 2008.01.034574-4/AM, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES, e ao Habeas Corpus nº 2008.01.034575-2/AM, de relatoria da eminente Minis-

tra Dr^a MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA. Somam-se a isso os demais processos já julgados e ainda pendentes de julgamento na Auditoria da 12^a CJM, conforme os dados consignados às fls. 95/128, nos quais constam que alguns acusados foram julgados sem jamais ter conhecido o seu Órgão julgador, uma vez que foram interrogados via precatória, mas não compareceram nem foram reinterrogados, por ocasião do julgamento, tendo em vista a recorrente alegação da Administração Militar sobre indisponibilidade financeira para tais situações.

3. Com efeito, de acordo com os questionamentos levantados por este Relator às fls.88/89 e as informações prestadas pelo ilustre Juiz-Auditor da Auditoria da 12^a CJM às fls. 94/128, foi verificado naquele Juízo o registro de trinta e três feitos, nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, em que os acusados foram interrogados por precatas.

3.1 No exercício de 2006, do total de nove feitos com interrogatório realizado mediante carta precatória, em quatro a expedição se deu por solicitação da OM e, em cinco, por decisão do Juízo. Em apenas um desses feitos o acusado foi reinterrogado no julgamento, em quatro, os acusado não compareceram ao julgamento (um por revelia), em outro, a punibilidade foi extinta antes do julgamento e, em três, o processo ainda não foi julgado.

3.2 No exercício de 2007, do total de seis processos, em quatro feitos o interrogatório realizou-se por precatória por solicitação da OM e, em dois, por Decisão do Juiz-Auditor; cinco desses feitos ainda não foram julgados, mas o sexto processo foi julgado sem a presença do acusado (civil) por solicitação deferida na sessão de julgamento.

3.3 E, finalmente, no exercício de 2008, do total de vinte e um feitos, em seis processos o interrogatório por precatória se deu por solicitação da OM e quinze por decisão do Juiz-Auditor; catorze desses processos ainda não foram julgados; dos sete processos julgados, em cinco, os acusados compareceram em Juízo e foram reinterrogados; em um, compareceu ao julgamento, mas não foi reinterrogado e, em outro, não compareceu em Juízo nem foi reinterrogado.

4. Não se pode olvidar que o interrogatório é o primeiro meio de defesa do acusado, maciçamente reconhecido pela dou-

trina e pela jurisprudência dos tribunais. Nesse aspecto, interessante é a lição de Luigi Ferrajoli, na obra *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pp. 485/486, com tradução do insigne criminalista FAUZI HASSAN CHOUKR, *in litteris*:

"(..) É no interrogatório que se manifestam e se afe-rem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório. No processo inquisitório pré-moderno, o interrogatório do imputado representava 'o início da guerra forense', isto é, 'o primeiro ataque' do Ministério Público contra o Réu de modo a obter dele, por qualquer meio, a confissão."

(...)

...no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar." (os destaques não são do original).

5. *In casu*, parece que estamos diante de uma evidente limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas, nesse contexto, a autodefesa e a defesa técnica, considerando que tem sido admitido naquele Juízo o julgamento do acusado, sem que este jamais tenha feito contato com o seu Defensor Público ou com o Conselho Permanente de Justiça junto à Auditoria da 12ª CJM. Isso porque o acusado é interrogado por deprecata e, no dia do julgamento, quando poderia ser reinterrogado pelo Conselho, dispensa-se o seu comparecimento ora por pedido da Defesa, ora por solicitação da Administração Militar, fundada simplesmente na indisponibilidade de recursos financeiros para o deslocamento do militar, resultando numa autêntica inversão na ordem das coisas, pois prioriza razões de ordem administrativa em detrimento do devido processo legal.

6. A respeito da não observância do devido processo legal nessas situações, reputo como emblemático o caso recém julgado pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à realização do interrogatório mediante videoconferência. Nesse julgado, restou circunstanciado, de forma incontestada, que o interrogatório, por ser o primeiro meio de defesa do acusado, é um ato processual que

não pode ser realizado como um *insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade*. Trata-se da decisão proferida nos autos do Habeas Corpus nº 88.914/SP, de relatoria do eminente Ministro CEZAR PELUSO, cuja Ementa tem a seguinte redação, *in litteris*:

“AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu.” (os destaques não são do original).

7. É digna de nota, nesse julgado, a manifestação do eminente Ministro Gilmar Mendes, ao destacar o brilhantíssimo voto do Ministro-Relator. Eis aqui os fragmentos extraídos dessa manifestação, *in litteris*:

“(...) Mas vimos, de forma muito clara, que um só fundamento seria suficiente na espécie para justificar a concessão da ordem de habeas corpus: o não respeito ao princípio estrito da legalidade.

Não há lei a autorizar. Houvesse lei, certamente, teríamos que discutir outras questões pontuadas no brilhantíssimo voto que Sua Excelência acaba de proferir. Toda esta questão relativa à conformação, nos termos

em que nós entendemos o contraditório e a ampla defesa (...)". (os destaques não são do original).

8. *Mutatis mutandis*, na sistemática processual penal militar também não há qualquer autorização legal a admitir o interrogatório mediante expedição de carta precatória. Ora, o fato de o art. 359 do CPPM preconizar a expedição de carta precatória para oitiva de testemunha que residir fora da jurisdição do Juízo deprecante não autoriza ao intérprete propor aplicação extensiva dessa norma para abarcar também o interrogatório do acusado. Não há reprodução de norma nesse sentido no referido diploma processual, até porque se assim o quisesse, o nosso legislador o faria da mesma forma que disciplinou a **citação do acusado por precatória**, cuja disposição tem a seguinte redação, *in verbis*:

"Art. 277. **A citação** far-se-á por oficial de justiça:
(...);

II – mediante precatória, quando o acusado estiver servindo ou residindo fora dessa sede, mas no País."

9. Vê-se, pois, que a expedição de carta precatória prevista nessa sistemática processual, nos termos dos arts. 277 e 359, ambos do CPPM, deveria ser restrita aos casos de oitiva de testemunhas e de citação do acusado, quando esses se encontrarem em local fora da sede do Juízo. Em que pese a prática recorrente nos Tribunais na realização de interrogatório mediante carta precatória, parece que a nossa Excelsa Corte entende que o comparecimento do acusado ao Juízo processante é uma garantia inarredável, seja como primeiro meio de defesa, seja para acompanhar toda instrução processual, inclusive a garantia de se fazer presente no dia do julgamento. Essa preocupação foi bem explicitada no citado julgamento do HC Nº 88.914 e está em perfeita sintonia com o pensamento da comunidade internacional, no que diz respeito à preservação da integridade das garantias processuais básicas, reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas.

9.1 Em âmbito regional, por exemplo, temos o **Pacto de São José da Costa Rica**, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 27/1992 e determinado o seu cumprimento pelo Decreto nº 678/1992, que, no seu art. 8º, nº 2, "f", prevê, entre outras garantias, o direito de o acusado comunicar-se, livremente e em particular com o seu defensor.

9.2 Em âmbito universal, por sua vez, temos o **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, que reconhece o direito de o acusado estar presente em Juízo, **no dia do seu julgamento**, de acordo com a seguinte disposição, *in verbis*:

"Art. 14.....
(...)

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo."

10. Por essas razões, tendo em vista a particularidade reconhecida à Justiça Militar da União, pelo sistema do escabinato, confesso que tenho severas dificuldades de admitir que o interrogatório realize-se por via precatória para, em seguida, permitir que a instrução processual transcorra até a realização do julgamento, sem que o acusado jamais tenha mantido qualquer contato com o seu Defensor Público e nunca tenha comparecido fisicamente perante o seu Órgão julgador. Essa perplexidade torna-se mais acentuada ainda quando se sabe que as limitações ao exercício da ampla defesa do acusado encontram-se justificadas por razões de natureza eminentemente administrativa, já que a Administração Militar persiste em recusar a apresentação do militar, sob a alegação de indisponibilidade de recursos financeiros necessários a custear o deslocamento do acusado ao Juízo da 12ª CJM. Ressalte-se, ainda, o fato de a carta precatória ter sido expedida para cumprimento no âmbito da jurisdição da própria autoridade deprecante, apesar de esta Corte não desautorizar esta medida processual.

11. No caso em tela, o interrogatório ainda não foi realizado por carta precatória, tendo em vista que a liminar foi deferida antes da realização desse ato processual na Seção Judiciária de Rondônia, uma vez que determinei a suspensão do processo até o julgamento do presente "Writ". Contudo, caso não seja inibida a realização do interrogatório por deprecata, o julgamento do pacien-

te seguirá a mesma sorte dos demais acusados que já foram julgados sem nunca ter conhecido o Conselho Permanente de Justiça constituído para processá-lo e julgá-lo.

12. Assim, entendo que viola o princípio da legalidade estrita a realização do interrogatório por deprecata, por falta de autorização legal, tendo em vista que pela sistemática processual penal militar, consoante os arts. 277 e 359, ambos do CPPM, a expedição de carta precatória é restrita aos casos de inquirição de testemunha e de citação do acusado. Ademais, o julgamento do acusado sem que este jamais tenha contato com o seu Defensor Público, durante toda a instrução processual, bem assim com o Órgão julgador previamente constituído para processá-lo e julgá-lo constitui na mais inaceitável limitação ao exercício de ampla defesa do acusado, mormente quando essa garantia processual é preterida por razões de conveniência administrativa, legitimando o desrespeito às formalidades essenciais do processo. Significa, portanto, violar normas pontuais previstas no *Pacto de São José da Costa Rica* (Art. 8º, nº 2, "f"), aplicável ao sistema interamericano, e no *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (Art. 14, nº 3, "d").

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Alt Esq JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS
HABEAS CORPUS Nº 2008.01.034587-6-AM

Votei discordando da maioria de meus pares, acompanhado pelo Exmos. Srs. Ministros Gen EX ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, Alte Esq RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA e Gen EX SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO, tendo em vista considerar que não afronta a Lei Castrense e a Doutrina o interrogatório do acusado por Carta Precatória, conforme Jurisprudência existente e aceitação em face de dificuldades, de toda sorte, que o afastem do interrogatório diante do Juiz Natural da causa.

Princípio com excerto do Parecer da PGJM, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral Dra. RITA DE CASSIA LAPORT, "verbis":

"O art. 185 do Código de Processo Penal estabelece que o acusado será interrogado perante a autoridade judiciária. O estatuto processual não impõe a obrigatoriedade de que o interrogatório seja realizado pelo próprio juiz do feito ou não. Por sua vez, o art. 222 do Código de Processo Penal prevê expressamente a oitiva da testemunha mediante Carta Precatória, ao

estabelecer que "a testemunha que morar fora da jurisdição do juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes". No que tange ao interrogatório, não existe disposição expressa autorizando ou proibindo a realização do aludido ato em outra comarca mediante Carta Precatória. Luís Paulo Sirvinskas que:

(...) a lei não esclarece se o réu deve ser interrogado pelo próprio juízo do feito ou não. Diz, simplesmente, ser mister o interrogatório no curso do processo, por autoridade judicial, investida das garantias constitucionais. (SIRVINSKAS, Luís Paulo. "Interrogatório por Precatória, in RT 625/259)

(...) Dessa forma, na disciplina do Código de Processo Penal, nada impede que ocorra o interrogatório mediante Carta Precatória, tendo em vista a omissão legislativa e o fato do estatuto processual não consagrar o princípio da identidade física do juiz.

A regra geral é que o juiz da causa realize o interrogatório.

Mais, indubitavelmente, existem casos de exceção em que a inquirição por outro magistrado, detentor de competência para tanto, justifique a realização do interrogatório mediante Carta Precatória. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

(...) o interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que sempre fosse tomado pelo Juiz processante. O Judiciário, no entanto, precisa ser realista. A extensão territorial do país impede o deslocamento de pessoas de uma comarca para outra. Some-se a isso o ônus das despesas. O Código de Processo Penal, além disso, não consagrou o princípio da identidade física do juiz. Em havendo necessidade, admissível se faz a renovação do ato pelo magistrado que prolatará a sentença. Admissível, pois a tomada do interrogatório no Juízo deprecação. (C. Comp. Nº 3.164-2/SC, 3ª Seção, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18.03.93, in RT 709/381)

No caso desta *Justiça Militar*, formada por escabinato, tal ato assume relevância ainda maior diante do seu altíssimo grau de especialização, razão de ser da própria justiça, o que não invalida, a toda evidência, a realização de interrogatório perante autoridade Judiciária diversa. Isto não pode ser considerado quebra da garantia do juiz natural, pois a autoridade que, em tese, preside o interrogatório, age por cooperação, a pedido do juiz competente, sendo então uma espécie de longa manus. "

E conclui a nobre parecerista:

(...) "*diante da persistente alegação da alta Administração Militar de inexistência de verba no momento, para aquisição de passagens aéreas destinadas a atender ao interesse supremo da Justiça, bem como a não objeção expressa por parte do Réu quando ouvido acerca da realização do ato perante o Juízo Federal, limitando-se a declarar que dele apenas não tinha conhecimento, conferem o manto de excepcionalidade, razoabilidade e legalidade que justificam a prática do ato naquela seara não especializada.*

Razões expostas, OPINA a Procuradora-Geral do Ministério Público Militar pela denegação da ordem, por falta de amparo legal."

A extensão territorial do País, citada no excerto do voto do Min. Cernicchiaro, o afastamento entre Comarcas, assume proporções gigantescas na Amazônia, que tem, como conseqüência, a rarefação da presença do Estado na prestação de serviços, dentre eles o da aplicação da Justiça.

Veja-se Almerim – local que, talvez, 95% da população brasileira não saiba que exista ou onde fica – município do Pará, com extensão territorial duas vezes e meia a da Bélgica, ou da viagem aérea de Belém a Macapá onde na maior parte do trajeto, se sobrevoa a Holanda, ou melhor, a Ilha de Marajó, equivalente à extensão territorial dos Países Baixos.

Destarte, é essa extensão territorial que torna a aplicação da Justiça, na Amazônia, um caso revestido de excepcionalidade.

Dentro dessa realidade e dos custos envolvidos é que não me acomodei à tese majoritária de que, obrigatoriamente, o réu deva ser trazido à presença do Juiz natural – o Conselho – para o interrogatório, negando-se, aprioristicamente, a possibilidade que o faça por precatória.

E mais: não há na doutrina pátria essa rígida exigência, como se vê em Mirabete que, com clareza e propriedade, nos socorre:

"Discute-se se o interrogatório pode ser realizado por outro juiz, que não o do processo, por meio de carta precatória. Argumenta-se que, não vigorando no processo penal o princípio da identidade física do juiz e não havendo vedação expressa na lei, por analogia com o artigo 220 e c/c, os artigos 222 e 403, nada impede seja o ato realizado através da precatória. Com o sentido de dinamizar o andamento dos processos criminais e evitar a locomoção desnecessária de acusados soltos e presos para submissão ao interrogatório, o Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo baixou o Provimento CXCI, publicado no DJE de 22-11-1984, possibilitando a realização do ato por precatória. Já se alegou, porém, que referido provimento não contempla a hipótese de ser interrogado réu que não dispõe de defensor constituído, uma vez que, segundo o mesmo ato normativo, o juiz deprecado não pode nomear defensor dativo ao interrogado. A objeção, porém, não compromete a legalidade da determinação contida no provimento, que atende as necessidades de uma aplicação desburocratizada da justiça penal. Não há prejuízo a acusação ou defesa na adoção dessa norma, máxime quando, a qualquer momento, o juiz deprecante pode determinar a renovação do ato se entender necessário para formar sua convicção." (in *Processo Penal*, Julio Fabrini Mirabete, ed. Atlas, 16ª ed, pág. 301/02).

Destaque-se que o autor, neste Capítulo, abona como referência Paulo Edson Marques em "O interrogatório por carta precatória" RT 536/260-6, cujos excertos aqui colhemos em apoio.

Inicia o articulista citando a extensão territorial do País, como o fez o Ministro Cernicchiaro e, nesse ponto, conclui:

"De idêntica relevância, quase sempre impeditiva, é a dificuldade de o réu, comprovadamente pobre, residindo em comarca diversa, às vezes bem distante daquela em que contra ele cursa um processo, comparecer ao "Juízo da causa" para ser interrogado."

Ao longo, ao cuidar do princípio da identidade física do Juiz, alude:

"A judicialidade não significa, porém que vigore no processo penal brasileiro o princípio da **identidade física do juiz** pelo qual o magistrado

que realizasse interrogatório e a instrução da causa jungisse-se a esta, obrigando-se à prestação jurisdicional final.

*"Já referenciada pela doutrina (José Fernando da Silva Lopes, Damásio E. de Jesus, Paulo José da Costa Júnior e Ada Pellegrini Grinover, Fernando da Costa Tourinho, João Roberto Martins e outros), esta foi a conclusão (XXa.) do "Grupo de Trabalho" constituído pela Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo com o propósito de analisar a reforma do sistema penal, segundo a Lei 6.416/77. ("O art. 77, § 1º do CP não instituiu a identidade física do juiz penal. Contudo, se o juiz da sentença não tiver presidido a instrução, não poderá declarar a periculosidade real do acusado, salvo se usar da faculdade prevista no art. 502, parágrafo único, do CPP". Tal artigo viabiliza a realização de **novo interrogatório** do réu). "*

E, neste tópico do trabalho, conclui:

"Destarte, nem sob o reino da legislação ab-rogada, nem sob o império da alteração recente o juiz interrogante ficará jungido ao feito e obrigado à prolação final da sentença. Quando muito, poderá ou não, caso tenha ou não presidido o interrogatório, declarar ou não periculosidade real do réu. Quanto ao mais, tenha ou não sido o "interrogante", íntegra permanecerá sua liberdade de conclusão e disposição mandamental."

E adiante, Edson Marques aborda a solução jurídica e doutrinária, registrando:

"A solução jurídica e doutrinária

O suprimento da omissão está no emprego da analogia ao art. 220 c/c o art. 222 e c/c o art. 403 do CPP, com a **precação** de parte da função jurisdicional, porquanto o interrogatório do réu, essencialmente, não difere da "inquirição de testemunhas", exceto quanto à desobrigação daquele à veracidade, liberto que é pelo princípio "nemo testis contrai seipsum", anunciado, aliás, pela própria "Exposição de Motivos", em seu n. VII ("nemo tenetur se detegere").

Com efeito, se ocorrer que nem todas as partes residam ou se encontrem sob a jurisdição do juiz, ou que nem todos os objetos da ação penal se achem dentro dela, ou que nem todos os atos a serem praticados tenham de sê-lo dentro daquele território, ao juiz que precisar da jurisdic-

ção de outro **não restará senão o caminho da depreciação**. Não irá, por esse meio, praticar lá fora o ato que deseja. O outro juiz fará seu esse ato."

E finaliza o tópico assim:

"Ora, identicamente à inquirição de testemunhas, que, igualmente, é meio de prova, a "inquirição" (sentido lato) do réu, pelo interrogatório, não está a exigir processo a ser deflagrado, nem especial, nem ordinariamente, resumindo-se a um ato judicial isolado, que se inicia e se finda sem irradiação única que afete ou vincule o juízo deprecado, que, outrossim, nenhuma decisão, nem sobre eventuais incidentes, haverá de prestar.

Ademais, se a inquirição de testemunhas insere-se dentre os atos judiciais, legalmente deprecáveis, da simples constatação de que o capítulo referente ao interrogatório, em nosso Código do Processo Penal, está sob o mesmo título (VIII - "Das provas") que o capítulo referente às **tesmunhas**, infere-se o **abono viabilizante ao recurso analógico**."

A conclusão do articulista merece transcrição "ipsis litteris":

"Conclusão

Em perfeita afinação com Artur Pagliusi Gonzaga para quem a aplicação analógica, viabilizando, especificamente, a realização do interrogatório por carta precatória, é "corretíssima, pois os princípios processuais penais vigentes não são ofendidos com tal aplicação; pelo contrário: esse é o mais verdadeiro sentido que se deve dar a um Código que tem a finalidade de buscar a verdade real..." (sic), e considerando que a finalidade do processo penal outra não é senão a de possibilitar a aplicação do Direito Penal e. "Seu objetivo é eminentemente prático, atual e jurídico, e se limita à declaração de certeza da verdade", como ressalta Tourinho, e ressaltando, mais, que normas que violentem a sua própria essência e finalidade são espúrias em seu contexto, e, com muito menos razão, não se imporão princípios doutrinários que inviabilizem, gratuita e academicamente, aquele mister sem que visem à prevalência de valores outros, inequivocamente, maiores, e com o suporte avalizador da lição de Tornaghi, de que "todo ato de exercício do poder jurisdicional que não contrarie o plano da lei é permitido ao juiz. E isso é exatamente a possibilidade. Possível é tudo que não envolve absurdo, que não é incoseqüente, que não acarreta contra-senso"

(sic), é de se concluir que: 1º) impossibilitado o réu, comprovadamente pobre, de comparecer ao "juízo da causa", por lhe faltarem recursos materiais; 2º) carente o Estado-membro, sem condições financeiras ou materiais de ordem outra que lhe possibilitem a "apresentação" do réu preso ao "juiz requisitante"; 3º) doente o réu, em comarca diversa da do "juiz da causa", sem, pois, condições de comparecimento, ou cumprimento do art. 403 do CPP, **o interrogatório haverá de se realizar por meio de carta precatória ao juízo em cuja jurisdição territorial se encontrar o réu.** "

Positivamente, diante da palavra de respeitados mestres, vê-se que a rigidez com que a maioria desta E. Corte repeliu o interrogatório, por precatória, de um militar servindo na Amazônia, em Rondônia – onde faltavam recursos financeiros para que o Comando o apresentasse na Audiência da 12ª CJM, em Manaus – não pode se transformar em regra a ser seguida.

Mas isto não nos basta como conclusão. Vamos adiante:

Vimos que "a judicialidade não significa que vigore no processo penal brasileiro o princípio da identidade física do juiz, pelo qual magistrado que realizasse o interrogatório e a instrução da causa jungisse-se a esta, obrigando-se à prestação jurisdicional final".

O que dizer, então, do escabinato dos Conselhos Permanentes de Justiça – o juiz natural – em que os juízes militares são escolhidos por **sorteio trimestral**? Não se pode esperar que um processo, que dure um ano ou mais, envolvendo vários réus e testemunhas, tenha os mesmos juízes em todas as fases da ação penal! Isso é óbvio e acontece amiúde.

Em outras palavras, é admitido que o interrogatório, diante de um "juiz natural" servirá para prolação da sentença diante de um Conselho de Justiça, agora reformulado pelas movimentações dos juízes militares.

Conhecendo essa realidade, a meu sentir, há mais um motivo para falecer a peremptoriedade da vedação do interrogatório deprecado.

Interessante e de fundamental importância destacar que, em muitos crimes contra a administração militar, a exemplo do peculato, do furto, do estelionato, da receptação, do desacato, do furto de rendas, etc, não raro encontramos civis e militares arrolados no mesmo processo. É cediço que, quando o civil não dispõe de recursos financeiros para o deslocamento – imagine-se na Amazônia! – e requer para ser ouvido por precatória, isto é normalmente concedido.

Veja-se ementa de decisão do STJ, de 05/02/2002, em HC, relator Ministro Edson Vidigal:

"PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. Por se tratar de um dos meios de prova da defesa, convém que o interrogatório do réu seja realizado pelo próprio Juiz que preside a causa, devendo ser admitida a sua realização mediante carta precatória somente em casos excepcionais, quando o réu encontrar-se preso ou efetivamente impossibilitado financeiramente de comparecer perante o juiz natural. 2. Pedido de Habeas Corpus conhecido, mas indeferido."

Ora, a imprescindibilidade de o militar postar-se diante do Juiz natural, diante disso, não é a mesma para o civil!

Essa falta de presença física diante do Conselho pode ser prerrogativa da Defesa, que a pede, mas também é do Conselho que deseja ter diante de si o réu, suas reações ao questionamento, forma de falar compleição física (se de interesse) e tais, para resumirmos Tornaghi que interpreta o interrogatório como matéria de prova e de defesa.

Se "todos são iguais perante a Lei" mas o civil, por questões financeiras e outras, pode ser interrogado por precatória, e do militar espera-se que o erário público sempre esteja suprido para este comparecer diante do juiz natural, esta imposição constitucional, na Amazônia, irá diferenciar militares e civis, **dentro do mesmo Processo!**

Por fim, não restam dúvidas, nem mesmo na divergência, que a regra geral, o ideal, o que todos desejam é que as ações penais, em especial o interrogatório e o julgamento contêm com a presença física do réu, diante do Juiz natural da causa.

Mas devemos considerar as condicionantes ligadas ao processo, suas características e excepcionalidades, e, assim, encerro com a palavra simples de Piero Calamandrei ("Eles, os Juízes, vistos por um advogado"):

"Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver.

*O tradicional aforismo **iura movit cura** não tem nenhum valor prático se não se acompanha deste outro: **mores movit cura**".*

Ou como aponta Ada Pellegrini Grinover quando trata da "invalidade e ineficácia dos atos processuais (in "As nulidades do Processo Penal", ed. Revistas dos Tribunais, 7ª ed, pg 19):

"A regulamentação das formas processuais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir.

O que deve ser combatido, nessa matéria, é o excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo maior de realização da justiça em favor de solenidades estéreis e sem nenhum sentido".

Estes foram os motivos por que cassei a liminar concedida no "writ" e deneguei a ordem por falta de amparo legal.

JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS

Almirante-de-Esquadra

Ministro do STM

HABEAS CORPUS 2009.01.034607-4-RJ

*HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO. PENA EM PERSPECTIVA. INAPLICABILIDADE. Desnecessidade de constar pedido expresso de condenação na **Exordial**, sobretudo porque, pela sua própria natureza, o seu propósito é, sempre e unicamente, condenatório. Denúncia que se mostra precisa e clara no que diz respeito à definição e à classificação do crime atribuído ao **Paciente**. Impossibilidade da aplicação da prescrição da pena ideal ou em perspectiva, sobretudo porque se trata de proposta meramente especulativa e sem previsão legal, que, por isso, não se compraz com a segurança que se espera dos provimentos judiciais penais. Denegação da **Ordem**. Unânime.*

Relator – Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli.

Paciente – Fernando de Nazareth Olivieri Soares, MN, respondendo ao Processo nº 543/08-4, perante a 4ª Auditoria da 1ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Dr. Juiz-Auditor do mencionado **Juízo**, impetra o presente **Habeas Corpus**, requerendo, **liminarmente**, o cancelamento da Audiência designada para o dia 09/02/2009 e o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do presente **Writ**. No mérito, pede sucessivamente: a rejeição da **Denúncia** e seu arquivamento; o reconhecimento da prescrição da pena em perspectiva – pena ideal; o reconhecimento da prescrição de eventual ação penal; e o trancamento da referida ação penal.

Impetrante – Dr. Marcelo da Silva Trovão, Defensor Dativo.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do **Habeas Corpus** e denegou a ordem, por falta de amparo legal. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCAS-CASTRE. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, 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 4ª Sessão, 05.02.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em conhecer do **Habeas Corpus** e denegar a **Ordem**, por falta de amparo legal.

Superior Tribunal Militar, 5 de fevereiro de 2009 – Ten. Brig. Ar Flávio de Oliveira Lencastre, Ministro-Presidente – Gen Ex Renaldo Quintas Magioli, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido de *Liminar*, impetrado pelo Dr. Marcelo da Silva Trovão, Defensor Dativo, em favor do Marinheiro FERNANDO DE NAZARETH OLIVIERI SOARES, o qual se encontra respondendo ao Processo nº 543/08-4, perante a 4ª Auditoria da 1ª CJM, como incurso no art. 187 do CPM.

Em sua *Petição* de fls. 02/12, afirma o *Impetrante*, de início, que a *Denúncia* ofertada contra o *Paciente* deveria ter sido rejeitada pelo Magistrado *a quo*, em face de o *Parquet* não ter formulado "*pedido condenatório*". Em abono dessa sua tese vestibular, argumenta que os requisitos da *Denúncia* elencados no art. 77 do CPPM e as hipóteses de sua rejeição alinhadas no art. 78 do mesmo Código não são taxativas, o que, segundo o seu entendimento, ensejaria a aplicação supletiva dos ditames do art. 286, primeira parte, do CPC. Ainda em favor dessa mesma tese, pondera que a apontada ausência do pedido condenatório prejudica a apuração do *meritum causae*, significando, ademais, negativa de vigência do art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta da República. Em passo seguinte, destaca que, *in casu*, a *Denúncia* ofertada contra o *Paciente* deixou de atender também o requisito previsto na alínea "g" do art. 77, c/c o art. 78, alínea "a", do CPPM, uma vez que não estaria expresso "*o artigo da Lei Penal Castrense ou a indicação do crime ao qual o Parquet das armas pretende a condenação do réu, deixando, assim, de fazer a classificação do crime*". Por fim, sustenta que, *tendo em conta a menoridade do Paciente, a sua condição de primário e possuidor de bons antecedentes e, ainda, a circunstância de ter-se apresentado voluntariamente*, uma eventual condenação que se lhe poderia impor seria necessariamente na pena mínima, ou seja, 06 meses, *quantum* este que, considerados os demais marcos temporais da *questio*, conduziria à conclusão de que, na hipótese, estaria operada a "*prescrição pela pena in perspectiva – pena ideal, nos termos do art. 125, VII, c.c o art. 129, todos do CPM*". À guisa de pedido, requer a concessão da *Ordem*, "*para, sucessivamente*:"

a) *rejeitar a Denúncia ajuizada e determinar o seu arquivamento;*

b) *decretar a prescrição da pena in perspectiva – pena ideal, nos termos do art. 125, inciso VII, c/c o art. 129, todos do CPM;*

c) *com a rejeição da Denúncia e o seu respectivo arquivamento, seja decretada a prescrição da eventual Ação Penal, nos termos do art. 125, inciso VII, c/c o art. 129, todos do CPM;*

d) *trancar a referida Ação Penal.*"

O *Pedido* veio ilustrado com os documentos de fls. 13/35.

A *Liminar* em que o *Impetrante* postulava o sobrestamento do feito até o julgamento do *Writ* foi denegada pelo Exmo. Sr. Presidente desta Corte, pela via da *Decisão* acostada às fls. 39/41.

As *Informações* da autoridade indigitada coatora aportaram às fls. 49/51, acompanhadas dos documentos de fls. 54/118.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em *Parecer* de fls. 122/124, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, opinou pelo conhecimento do *Habeas Corpus*, com a conseqüente denegação da *Ordem*.

Relatado o suficiente, decide-se.

VOTO

Não merece acolhida a tese vestibular do *Impetrante* de que a demanda estaria irremediavelmente prejudicada, por não ter o *Parquet* formulado explicitamente na *Exordial* pedido condenatório em desfavor do *Paciente*.

Como é de sabinça ampla, na órbita penal – *sobretudo na sua projeção militar onde todas as ações são públicas incondicionadas* – vige sem qualquer restrição o princípio da obrigatoriedade da ação. Isto é, quando é verificada a ocorrência de crime militar em tese e detectados indícios suficientes de autoria, não pode o *Parquet* deixar de oferecer a *Denúncia*, a qual, por sua própria natureza, tem sempre e *unicamente* propósito condenatório, razão até porque não há na lei processual penal militar sequer exigência de que seja feito, *de forma expressa*, pedido de condenação do *Autor*.

Destarte, o que se observa é que, na esfera do Direito Penal, o pedido condenatório está implícito em toda e qualquer *Denúncia*, bastando, pois, que o *Parquet*, para delinear-lo formalmente, indique de maneira inequívoca o crime em tese atribuído ao *Denunciado*.

Nesses termos, não há que se dizer que a ausência de pedido condenatório na *Denúncia* pode ensejar qualquer prejuízo para a *Defesa* ou mesmo limitar a ação julgadora do Magistrado, posto que, *repita-se*, pela sua própria natureza, a *Denúncia* tem sempre por objetivo uma conde-

nação, ainda que, não obstante, possa o **Parquet**, no curso do **Processo**, vir a postular pela absolvição do **Acusado**.

Ainda nesses termos, também não cabe afirmar, *na ausência de regra que obrigue a Denúncia a conter pedido de condenação expreso*, que dever-se-ia aplicar “*supletivamente*” os ditames do art. 286, 1ª parte, do Código de Processo Civil; e assim é porque, *diferentemente do Direito Penal em que a propositura da ação está sempre direcionada para um fim único*, várias são as espécies de tutela que podem ser buscadas, na área do Direito Civil, com a propositura (*diga-se, voluntária*) de determinada demanda (*provementsos declaratórios, constitutivos e até condenatórios*), daí resultando a exigência de que o **Autor** indique precisamente o que pretende de forma certa, inequívoca e determinada.

Desse modo, como se vê, o que é imprescindível na órbita do Direito Processual Civil não o é no âmbito do Penal.

Por outro lado, ainda como obrigatoriamente se conclui, tal ausência de pedido formal condenatório nenhum prejuízo acarretou para o **Paciente**, restando, pois, impositiva a aplicação da regra insculpida no art. 499 do Código de Processo Penal Militar, a qual estabelece que não há nulidade se, do ato impugnado, não resultou qualquer efeito nocivo para as partes.

Assim, nenhuma é a procedência da assertiva do **Impetrante** de que, *in casu*, estar-se-ia diante de afronta aos dispositivos insertos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Carta da República.

Aliás, precisa lição sobre esse ponto inicial do *thema decidendum* é ofertada pelo sempre lembrado mestre Julio Fabbrini Mirabete, a qual, *frise-se*, mantém-se válida mesmo na atualidade, na medida em que a recente reforma processual penal nenhuma repercussão trouxe para a dicção do art. 41 do CPP, o qual, como é sabido, trata justamente dos requisitos da **Denúncia**. Assim, leciona o consagrado professor, *in verbis*:

“Não é indispensável o pedido de condenação, implícito em toda a denúncia, quando mencionados os dispositivos penais em que está incurso o denunciado, nem se exige, como no processo cível, o pedido de citação do réu” (in Código de Processo Interpretado, Editora Atlas, 11ª edição, 2007, p. 201)

Nenhuma razão, pois, assiste ao **Impetrante**, no que diz respeito a esse primeiro aspecto da *questio*.

Superado esse primeiro ponto do inconformismo do *Impetrante*, impende apontar também como improcedente o seu segundo argumento de que, *in casu*, a *Denúncia* não teria indicado o crime atribuído ao *Paciente* ou, *como diz*, deixado de fazer “a *classificação do delito*”. E suficiente para sustentar essa assertiva é o resgate dos seguintes fragmentos da própria *Exordial* acostada às fls. 14/15 e 85/86, *ipsis litteris*:

“No dia 17 de maio de 2001, por haver completado mais de oito dias de ausência ininterrupta, sem autorização superior, o denunciado consumou o delito de deserção previsto no art. 187 do Código Penal Militar [...] Em face do exposto e para que seja processado pelo delito cometido, o Ministério Público Militar requer a autuação e o recebimento desta Denúncia, com a citação e o interrogatório do acusado, seguindo-se os ulteriores atos processuais até julgamento final”. (Sem grifos no original)

Como se constata, precisa e clara foi a *Denúncia*, no que diz respeito à definição e à classificação do crime atribuído ao *Paciente*.

Por fim, também vencido esse segundo ponto da fundamentação do *Impetrante*, cabe afastar o que eleger por derradeiro, qual seja, *recorde-se*, aquele em que sustenta que, *in casu*, estaria operada a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Como se verificou, o *Impetrante* ampara essa sua conclusão na inaceitável teoria da pena ideal ou virtual, isto é, naquela que seria aplicada no porvir, tendo em conta o contorno do fato e o perfil do próprio autor.

Trata-se, *como é sabido e consabido*, de teoria que carece de respaldo não só lógico, como também – e *sobretudo* – legal, traduzindo proposta meramente especulativa e que, por isso, não se compraz com a segurança que se espera dos provimentos judiciais penais.

Frise-se que esta Corte tem sistematicamente repellido a aplicação dessa teoria, servindo como excelentes mostras desse posicionamento os seguintes precedentes:

“EMENTA: RECURSO CRIMINAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA IDEAL, A SER CONCRETIZADA EM SENTENÇA FUTURA.

Inobservância a preceitos constitucionais - Devido processo legal e presunção de inocência. Antecipação da culpabilidade do acusado, sem que se percorram todas as etapas do processo.

Ausência de previsão legal da alegada prescrição. Adoção pelo magistrado de uma suposta pena ideal, sem que tenha havido uma sentença condenatória. Para efeitos de prescrição, considera-se a pena in concreto, se operado o trânsito em Julgado para o representante do Ministério Público Militar. Adota-se a pena in abstrato, se existente recurso exclusivamente do Parquet castrense.

Recurso a que se dá provimento para desconstituir decisão de primeira instância e determinar o prosseguimento do feito.

Decisão majoritária." (RC nº 2004.01.007166-6/R), Rel. Min. Carlos Alberto Marques Soares, publicado em 28/09/2004). Sem grifos no original.

"Ementa: Apropriação de coisa havida acidentalmente (artigo 249 do CPM). Apelação MPM. Preliminar de prescrição virtual ou em perspectiva. Não acolhimento. Decisão majoritária. Mérito. Reforma da sentença absolutória. Condenação. Autoria e materialidade comprovadas. Pena fixada acima do mínimo legal.

Viabilidade. Atenuantes. Réu maior de 70 anos à época dos fatos (artigo 72, inciso I, CPM). Confissão espontânea (artigo 72, inciso III, alínea 'd', CPM). Declaração da extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Artigos 123, inciso IV, 125, inciso VII, 129 e 133, todos do CPM. 1. Preliminar de prescrição virtual ou em perspectiva suscitada pelo Representante do Ministério Público Militar rejeitada por maioria. 2. No mérito, havendo nos autos elementos suficientes para o convencimento sobre a existência do crime e de que o réu seja o seu autor, não há que se falar em ausência de suporte probatório e embasar sua condenação. 3. Condenado o apelado, por maioria, à pena de 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de detenção, com incurso no artigo 249, c/c o artigo 72, inciso I, ambos do CPM, reconhece-se, por unanimidade, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a declaração da extinção da punibilidade, com fulcro nos artigos 123, inciso IV, 125, inciso VII, 129 e 133, todos do CPM." (Apelação nº 2008.01.051068-

O/RJ, Rel. Min. José Alfredo Lourenço dos Santos, julgado em 22/10/2008). Sem grifos no original.

Também a Suprema Corte tem cultivado o mesmo entendimento sobre a inaplicabilidade da pena virtual (*ou ideal, ou em perspectiva*) como referencial para o cálculo da prescrição, consoante demonstram, à guisa de exemplos, os seguintes precedentes:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO POR ANTECIPAÇÃO OU PELA PENA EM PERSPECTIVA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRO. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito argüida neste habeas corpus corresponde à possível extinção da punibilidade do paciente em razão da prescrição ‘antecipada’ (ou em perspectiva) sob o argumento de que a pena possível seria a pena mínima. 2. No julgamento do HC nº 82.155/SP, de minha relatoria, essa Corte já assentou que ‘o Supremo Tribunal Federal tem repellido o instituto da prescrição antecipada’ (DJ 07.03.2003). A prescrição antecipada da pena em perspectiva se revela instituto não amparado no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Habeas corpus denegado.” (HC nº 94.729/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/09/2008)

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA. TESE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTE SUPREMO TRIBUNAL. ALEGAÇÃO DE INVIABILIDADE DO INDICIAMENTO FORMAL: DESNECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DA TESE, QUE PARTE DE PREMISSA EQUIVOCADA, QUAL SEJA, DE QUE O FATO INVESTIGADO SERIA CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. ‘A jurisprudência do Tribunal (...) tem repellido sistematicamente a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva’ (v.g., Habeas Corpus ns. 88.818, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 1º.8.2006; 82.155, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 7.3.2003; 83.458, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ 6.2.2004; RHC 66.913, Rel. Ministro Sydney Sanches, DJ 18.11.88; e Inquérito n. 1.070, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 1º.7.2005). 2. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (Lei n.

9.099/95, art. 61, com as alterações da Lei n. 11.313/06).3. Desnecessidade, portanto, de se enfrentar a questão quanto à possibilidade, ou não, de indiciamento formal quanto às infrações de menor potencial ofensivo, pois, na espécie vertente, investiga-se crime de apropriação indébita, cuja pena máxima cominada é de quatro anos de reclusão. 4. Recurso Ordinário ao qual se nega provimento. (RHC nº 94.757/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/09/2008). Sem grifos no original.

Na mesma trilha caminha o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme denotam, a título de referências, os seguintes arestos:

“1 - ‘Delira da lógica e da legislação de regência pretender-se obter declaração de extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, se a ação criminal a que submetido o paciente ainda pende de julgamento em primeira instância.’ STJ - RHC 2031 - Rel. Anselmo Santiago - RSTJ 46/433, RJD 19/243 e RT 703/349)

2 - ‘A prescrição antecipada toma como referência dado aleatório, ou seja, uma suposta data de trânsito em julgado de sentença condenatória. ou de hipotética condenação. Há evidente obstáculo constitucional. A condenação não pode ser feita pela parte. Urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o status de condenado. Impor-se-iam, ademais, todas as conseqüências de que são exemplos a configuração de antecedente penal e título executório no cível. Instam-se inadmissíveis em nosso quadro constitucional. A condenação reclama o devido processo legal’.” (STJ - RHC 2.926 - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro - 17.8.93 - DJU). Sem grifos no original.

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DESERÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA FORA DO PRAZO LEGAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. WRIT DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO EM DESERTAR. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. **PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.**

1. A alegação de oferecimento da denúncia fora do prazo legal, não foi apreciada pelo Tribunal a quo, quando da análise

do recurso em sentido estrito, razão pela qual não há como ser conhecida, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior de Justiça (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República), sob pena de indevida supressão de instância.

2. O rito de habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração mal instruída, onde não tenham sido juntados os documentos essenciais para a adequada análise do pedido. Em que pese o pedido de informações, os autos não foram instruídos com cópia da exordial acusatória, razão pela qual resta impossibilitada a análise da tese de inépcia da denúncia, por falta de peça essencial à compreensão da controvérsia.

3. De todo modo, não se vislumbra, na espécie, a alegada atipicidade da conduta imputada ao ora Paciente, pois não se faz necessário, para a caracterização do crime tipificado no art. 187, do Código Penal Militar, a existência do dolo específico de desertar, mas, apenas, a simples ausência do militar, por mais de 08 (oito) dias, de sua unidade, sem autorização superior.

4. A prescrição em perspectiva, tendo em conta a pena a ser aplicada no futuro, é questão já exaustivamente examinada e repelida com veemência pela jurisprudência desta Corte, porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, na parte conhecida, denegada a ordem." (HC nº 115.082/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/11/2008). Sem grifos no original.

Destarte, como se vê, não cabe sequer cogitar de prescrição no caso *sub examine*.

Portanto, nada remanesce para sustentar a pretensão deduzida pelo *Impetrante*.

HABEAS CORPUS 2009.01.034634-1-RS

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. NULIDADE PROCESSUAL. PREVENÇÃO. CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DE FEITOS. JUIZ NATURAL. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PROPÓSITOS RECURSAIS. Habeas corpus impetrado pelo Ministério Público

Militar em favor de militar que figura como acusado em ação penal em andamento. A distribuição de feitos entre magistrados, no âmbito da primeira instância da Justiça Castrense Federal, se processa por meio de norma interna **previamente estabelecida**, circunstância que afasta qualquer laivo de exceção. Os atos de mero expediente, em regra, não geram prevenção, especialmente em juízos em que magistrados exercem a jurisdição cumulativa. Excetuando os juizes militares dos conselhos especiais da justiça, não prepondera na Justiça Militar da União o princípio da identidade física do juiz. Não pode o remédio heróico de o habeas corpus transmudar-se em sistemático substituto recursal, especialmente quando as leis de ritos contemplam medidas próprias ajustadas ao devido processo legal. Ordem denegada. Decisão unânime.

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Paciente – Everton Lauriano Pedro, Maj Ex, respondendo ao Processo nº 04/09-1, perante a 3ª Auditoria da 3ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor Substituto do mencionado Juízo, impetra o presente *habeas corpus*, requerendo, liminarmente, a suspensão do feito até o julgamento final deste “writ”. No mérito, pede a decretação da nulidade do Despacho de recebimento da Denúncia, a anulação dos atos dela decorrentes e a fixação da competência do Juiz-Auditor titular para a apreciação da Exordial.

Impetrante – Dr. Soel Arpini, Promotor da Justiça Militar.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, denegou a Ordem, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Sil-

va Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Igracio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Os Ministros José Coêlho Ferreira e Flávio de Oliveira Lencastre encontram-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 33ª Sessão, 05.05.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, por falta de amparo legal.

Superior Tribunal Militar, 05 de maio de 2009 – Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Presidente – Ten Brig *Ar José Américo dos Santos*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

O Promotor da Justiça Militar Dr. Soel Arpini impetra *habeas corpus* em favor do Major do Exército Brasileiro EVERTON LAURIANO PEDRO, que figura como acusado nos autos do Processo nº 04/09-1, que tramita perante a 3ª Auditoria da 3ª CJM.

Relata o Impetrante que o Paciente figurou como indiciado em IPM instaurado pelo Comandante do Colégio Militar de Santa Maria-RS, visando apurar fatos ocorridos em 2005, relacionados à prática de atentado violento ao pudor contra uma menor impúbere, no interior daquele estabelecimento de ensino militar.

Em cumprimento ao contido no art. 143, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - que veda qualquer referência a nome, inclusive iniciais do nome e sobrenome, de crianças e adolescentes em atos judiciais, policiais e administrativos, deixa-se, nesta oportunidade, de identificar a menor em questão.

Argumenta o Impetrante que o Juiz-Auditor determinou providências administrativas na fase investigatória, visando o fornecimento de có-

pias do prontuário médico-odontológico da referida menor, bem como fosse a mesma submetida à perícia médica pelo Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto.

Como cerne da questão, aduz que ao ser oferecida denúncia contra o ora Paciente o feito em questão foi redistribuído ao Juiz-Auditor Substituto, o que, a seu sentir, configurou ato ilegal, por afronta ao princípio do juiz natural, uma vez que a competência já havia sido firmada em consequência da prevenção (art. 94 do CPPM).

Aduz, por derradeiro, que a Portaria nº 04/94 (doc. 10), que fixa critérios de distribuição de processos naquele Juízo, estaria em desconformidade com o referido preceito legal.

E arremata enfatizando que o recebimento da denúncia, bem como os atos de citação, qualificação e interrogatório, realizados pelo Juiz-Auditor Substituto, estariam eivados de nulidade, por falta de competência, ante a prevenção firmada, anteriormente, pelo Juiz-Auditor.

Requeru *liminar* para suspender o andamento do Processo em comento e, no mérito, a nulidade da Decisão de recebimento de Denúncia, proferida pelo Juiz-Auditor Substituto, bem como a dos atos subsequentes, com remessa dos autos ao Juiz-Auditor.

Aos 16 dias do mês de abril último o Ministro-Relator indeferiu o pedido de *liminar*, por não vislumbrar presentes os requisitos necessários à concessão da medida cautelar invocada (*periculum in mora* e *fumus boni juris*), acrescentando, ainda (fl. 58), que:

“A ação penal que tramita perante a 3ª Auditoria da 3ª CJM (Processo nº 04/09-1) flui seu curso normal, não se tendo notícia que as Partes hajam argüido, nos prazos em lei permitidos, quaisquer das exceções previstas nos artigos 143 e seguintes, e 407, todos do CPPM.

Ante o exposto, INDEFIRO A LIMINAR pleiteada.”.

Ao prestar as informações requisitadas, esclareceu o MM Juiz-Auditor Substituto, Dr. Cristiano Alencar Paim, por meio do expediente de fls. 128/131, de relevante, que em 05 de outubro de 2007 foi autuado naquele Juízo o IPM nº 65/07, referente às investigações levadas a efeito no Colégio Militar de Santa Maria, visando apurar a prática de ato libidinoso por parte de um Oficial do Exército, contra uma aluna daquele estabelecimento, que à época contava 12 (doze) anos de idade.

Informou aquele Magistrado, também, que em 08 de janeiro de 2009 o Juiz-Auditor (Titular) proferiu despacho em Laudo de Sanidade Mental remetido àquele juízo, determinando abertura de vista à Defesa e ao Órgão Ministerial.

E mais, que em razão dos fatos apurados, em 23 de janeiro de 2009 o ora Paciente foi denunciado pelo Ministério Público Militar, sendo a Peça Exordial recebida por aquele Juiz-Auditor Substituto em 03 de março do ano em curso.

Esclareceu, também, que ao ser recebida a Denúncia o Órgão Ministerial impetrou o Mandado de Segurança autuado sob o nº 2009.01.000721-0 e interpôs Correição Parcial, que foi registrada nesta Corte sob o nº 2009.01.002027-9.

Informou o ilustre Magistrado, por derradeiro, que os atos de qualificação e interrogatório já foram realizados em 06 de abril próximo passado; que foi argüida exceção de suspeição, sendo a mesma repelida liminarmente; e que foi designado o dia 11 de maio de 2009 para julgamento da exceção de incompetência argüida, de igual modo, pelo Órgão do *Parquet*.

Representando a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou o insigne Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, pelo lúcido e judicioso Parecer de fls. 122/125, que após discorrer sobre o instituto da prevenção, segundo a ótica doutrinária de Guilherme de Souza Nucci, e adentrar na análise do princípio da identidade física do juiz, concluiu opinando pela denegação da ordem, por falta de amparo legal.

Assim relatado, passou o Tribunal à

VOTO

Como é pacífico, o *habeas corpus* visa proteger a liberdade de locomoção - liberdade de ir, vir, ficar e permanecer - por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para proteção de direitos outros.

Diante da envergadura do direito a que visa resguardar, não pode o heróico remédio constitucional transmudar-se em sistemático substituto recursal, para atacar atos e procedimentos próprios relacionados ao devido processo legal, contra os quais as leis de ritos estabelecem formalidades objetivas específicas.

No caso vertente, o Impetrante pretende obstaculizar o andamento do Processo nº 04/09-1 que tramita perante a 3ª Auditoria da 3ª CJM, onde o ora Paciente figura como acusado, invocando nulidades de atos contra os quais existiam recursos próprios a serem interpostos nos momentos processuais adequados.

O tema central da presente impetração diz respeito à possível ocorrência de **prevenção**, quando o Juiz-Auditor proferiu despacho, meramente ordinatório, ainda na fase investigatória, mandando oficial ao Diretor do Hospital da Guaranição de Santa Maria solicitando prontuário médico da vítima. Evidentemente que a adoção de tal providência não o tornou prevenido para os atos que se sucederam após o oferecimento da denúncia.

Em cumprimento ao contido no tópico 2, alínea "C", da Portaria nº 04/94, cuja cópia encontra-se acostada às fls. 44/45, após o oferecimento da Peça Vestibular, procedeu-se a nova distribuição, conforme ali previamente estabelecido, *in verbis*:

"C) Ofertada ou ratificada a Denúncia, proceder-se-á a nova distribuição alternada, por ordem de apresentação, ...".

Essa Portaria, disciplinando a distribuição dos feitos naquele Juízo, vem sendo aplicada, sem qualquer contestação das Partes, desde sua edição, ocorrida em 10 de maio de 1994.

Não há, via de consequência, qualquer quebra do princípio do **juiz natural**, conforme ventilou o Impetrante.

Como se sabe, tal princípio se antepõe à idéia de **juízo de exceção**, ou seja, aquele criado após a ocorrência do fato a ser julgado. A Lei Fundamental proíbe a existência de juiz ou tribunal de exceção (art. 5º, inciso XXXVII).

Dizem os léxicos³³ que por **juiz natural**, se diz *"da autoridade judiciária competente determinada na Constituição. Diz-se, também, do juiz previsto na lei para julgar uma questão antes que ela surja."*

De outra vertente, a rigor não se aplica o **princípio da identidade física do juiz** no âmbito da Justiça Militar da União.

Na dicção do renomado DE PLÁCIDO e SILVA³⁴, entende-se como **"IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. Princípio do processo civil que exige do ju-**

³³ Iedo Batista Neves, *in* "Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos", Editora Fase, 3ª edição, 1990).

iz, titular ou substituto, que concluir a audiência, julgar a lide. Salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor que, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”.

Tal princípio (identidade física do juiz) não se aplica no âmbito da Justiça Militar da União. A situação que mais se aproxima desse princípio é aquela pertinente aos Conselhos Especiais de Justiça, particularmente em relação aos juízes militares que integram esses Conselhos, pois os oficiais sorteados para processar e julgar determinado caso participam de todos os atos instrutórios até decisão final, sem prazo certo para terminar, retornando a integrar o colegiado em situações futuras, caso ocorram nulidades processuais que exijam a renovação do feito.

Porém, em relação aos juízes togados, tal circunstância não ocorre, pois sempre haverá situações em que um dos Juízes em exercício na Auditoria tenha que se afastar, por qualquer razão (férias, cursos, licenças, etc.), exigindo que o outro Magistrado conduza todos os feitos em tramitação, quer aqueles que lhe estavam distribuídos, quer os distribuídos ao outro Juiz Togado.

Não há, portanto, qualquer nulidade a ser prevenida pelo remédio heróico, conforme bem esclareceu o ilustre representante da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em seu lapidar Parecer (fl. 124):

“O caso não é de prevenção. A prevenção ocorre entre Juízos e não propriamente entre Juízes, embora o artigo 94 do CPPM pareça referir-se às autoridades judiciárias pessoalmente, em face do ato processual praticado. Quando se trata de magistrados da mesma vara a hipótese não é de juízes igualmente competentes ou de juízes com jurisdição cumulativa.”.

HABEAS CORPUS 2009.01.034665-1-RS

ADVOGADO. PRERROGATIVA
PROFISSIONAL. IMUNIDADE. RELATI-
VIDADE. DENÚNCIA. CRIME EM TESE.
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.
IMPOSSIBILIDADE. 1. **Advogado. Prer-
rogativa Profissional. Inviolabilida-**

³⁴ De Plácido e Silva, in “Vocabulário Jurídico”, Editora Forense, 15ª edição, 1999, p. 404.

de. Imunidade. A inviolabilidade das prerrogativas do advogado, quando no exercício profissional, é assegurada no artigo 133 da Constituição Federal, protegendo-o por seus atos e manifestações quando no exercício do seu “*Munus*” público, respeitados os limites da lei. “**O princípio, porém, não se confunde com a conduta ilegal. Essa restrição, aliás, alcança qualquer pessoa, compreendendo também o Ministério Público e o Magistrado. Ao advogado cumpre exercer a profissão com o vigor reclamado, guardando, porém, limites, embora, com veemência, exercite a profissão respeitando a reputação, a dignidade e o decoro de outrem**” (HC nº 5.291-SP – 6ª Turma/STJ). Vale dizer: **a imunidade do advogado é relativa, uma vez que responde pelo excesso que vier a cometer em Juízo ou fora dele.**

2. Denúncia. Crime em Tese. Trancamento da Ação Penal. Impossibilidade. – Conforme entendimento uníssono da Jurisprudência, não se tranca a ação penal, se a Denúncia descreve fatos que, em tese, constituem crime. É o caso dos autos. – A alegação de falta de justa causa para a ação penal exige, para sua análise, o exame aprofundado do conjunto probatório, o que não é possível na via estreita do “*Habeas Corpus*”. Conhecido do pedido e denegada a Ordem, por falta de amparo legal. **Decisão unânime.**

Relator – Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre.

Paciente – Clodomiro Pereira Marques, Civil, respondendo ao Processo nº 11/08-3, perante a 1ª Auditoria da 3ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal, impetra o presente habeas

corpus, requerendo, liminarmente, “*inaudita altera parte*”, o trancamento do feito ou, alternativamente, a suspensão do julgamento marcado para o dia 28/05/2009. No mérito, pede a concessão definitiva da ordem para trancar a ação penal.

Impetrante – Dr. Livio Antonio Sabatti.

Decisão – Prosseguindo no julgamento interrompido na 45ª Sessão, em 16/06/2009, após o retorno de vista do Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA, o Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e denegou a ordem, por falta de amparo legal. O voto da Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA foi computado na forma do art. 78, § 1º, do RISTM. O Ministro RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coelho Ferreira, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Olympio Pereira da Silva Junior e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata 47ª Sessão, 23.06.2009).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, na forma do Voto do Relator, em conhecer do pedido e denegar a Ordem, por falta de amparo legal.

Superior Tribunal Militar, 23 de junho de 2009 – Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Verifica-se que trata a hipótese de “*Habeas Corpus*” impetrado pelo Advogado LIVIO ANTONIO SABATTI, inscrito na OAB/RS sob o nº 35E291, em favor do Civil CLODOMIRO PEREIRA MARQUES, já qualificado nos au-

tos, respondendo ao Processo nº 11/08-3 perante a 1ª Auditoria da 3ª CJM, alegando estar o mesmo sofrendo constrangimento ilegal por parte daquele Juízo.

A seguir, faremos uma síntese do andamento do processo principal (Processo nº 11/08-3):

– Em 29 de maio de 2008, o MPM junto ao mencionado Juízo ofereceu Denúncia contra o ora Paciente, dando-o como incurso no artigo 214, c/c o artigo 218, incisos III e IV, tudo do CPM, pelos seguintes fatos tidos como delituosos (fls. 102/106):

“... No curso do Inquérito Policial Militar, que foi autuado no Juízo dessa 1ª Auditoria da 3ª CJM sob o nº 56/07, instaurado pelo Comando da Base Aérea de Canoas e no qual figurou como indiciado o Sd THIAGO HERÉDIA TISSIANI, o denunciado, **CLODOMIRO PEREIRA MARQUES**, atuou como advogado constituído desse indiciado e caluniou o encarregado do inquérito, Major Inf **MÁRCIO VAZ FERREIRA**.

Conforme apurado, o denunciado, **CLODOMIRO PEREIRA MARQUES**, no bojo da petição datada e apresentada na data de 12 de setembro de 2006, ao encarregado do IPM nº 56/07, na Base Aérea de Canoas/RS, antes da oitiva do indiciado que estava aprazada, afirmou:

“Por fim, deixa este procurador registrado que, pelo que foi visto no ato de vistas do IPM, ficou claro que existem dois processos: um que foi dado vistas à defesa por determinação de ordem judicial e outro que tramita na ‘gaveta’ do senhor encarregado, que ao final por não estar numerada as folhas e registrados os atos, poderá escolher os documentos a serem composto o IPM, visto inclusive que as folhas além de não serem numeradas e registradas as juntas do processo estão simplesmente soltas” (fls. 22 do anexo PDIC nº 15/06).

A afirmação, ofensiva à honra do Major, se deu quando este Oficial exercia função privativa de militar (encarregado de IPM) e está ligada diretamente ao

exercício de tal função. Nesses termos, restou também atingida a própria administração e Instituição Militar.

As testemunhas ouvidas foram categóricas ao dizer que desconheciam por completo a suposta existência de 'dois autos de IPM', como afirmara o denunciado. Informaram ainda que o denunciado no curso da investigação menosprezava a capacidade do Ofendido e dos Oficiais em geral para conduzir um IPM, com o que atingia também a própria Instituição Militar.

O denunciado, a sua vez, apesar das reiteradas tentativas dos Órgãos de investigação, nunca compareceu para ser ouvido a respeito dos fatos.

Sendo assim, ao fazer as afirmações acima relatadas, praticou o denunciado crime de calúnia contra a honra do Major Inf MÁRCIO VAZ FERREIRA, eis que falsamente imputou ao mesmo a prática de crime de violação de seu dever funcional de encarregado de IPM, inobservância de lei e também de falsidade ideológica, eis que afirmou que o Oficial estava a omitir documentos dos autos do IPM que conduzia. Conforme o dizer do denunciado, o Maj MÁRCIO VAZ teria inobservado os arts. 13 e suas alíneas e 21 do CPPM, referentes aos deveres do Encarregado na formação do IPM.

Desta forma, verifica-se que o denunciado, CLODOMIRO PEREIRA MARQUES, cometeu dolosamente o crime de calúnia contra o Major Inf MÁRCIO VAZ FERREIRA, mediante as afirmações passíveis de ferir a reputação profissional do Oficial, pois imputou-lhe, falsamente, fatos tipificados como crimes militares.

Restou asseverado pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar que, do documento assinado pelo denunciado "inferese proposição, em tese, caluniosa, atribuindo ao Maj MÁRCIO VAZ a prática de 'alterar documentos, datas, retirar documentos dos autos dolosamente e a existência de dois inquéritos, sendo um apenas para dar vista ao advogado e o outro que o Maj MÁRCIO VAZ manteria guardado em gaveta para outros fins'."

Para assim proceder, utilizou-se de meio que facilitou a divulgação da calúnia praticada, ou seja de documento escrito vinculado diretamente a autos de investigação que estava em curso e que foi protocolizado na Seção de Informação e Justiça da BACO...”.

– A Exordial Acusatória foi recebida em 03 de julho de 2008 (fls. 398), sendo o ora Paciente regularmente citado (fls. 404).

– A Audiência de qualificação e interrogatório de CLODOMIRO foi designada para o dia 18 de novembro de 2008. A Ata da 16ª Sessão de Julgamento do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, daquela data (18/11/2008), registra: “Em virtude da falta injustificada do acusado, o Conselho decretou a revelia do acusado, com base no Art. 412 do CPPM, deixando, por ora, de nomear curador ao réu revel, por não existir defensor presente neste Juízo...” (fls. 433/434).

– Em 25 de novembro de 2008, foi nomeado defensor e curador do réu revel CLODOMIRO MARQUES o Advogado CARLOS MENEGAT FILHO (fls. 437), cujo Termo de Compromisso encontra-se às fls. 513.

– Em suas Alegações escritas, apresentadas no Processo nº 11/08-3, o **Parquet** militar ratificou os termos da Denúncia oferecida contra o ora Paciente (fls.447/457).

– Por sua vez, o Curador do revel CLODOMIRO MARQUES fez juntar aos autos as suas Alegações finais às fls. 458/462.

– Por Despacho de fls. 464V, o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 3ª CJM designou o dia 28 de maio do ano em curso para o julgamento do processo principal (Processo nº 11/08-3).

– Por solicitação do aludido Juízo, foi juntado aos autos principais a **Certidão de Antecedentes Criminais Positiva** referente a CLODOMIRO PEREIRA MARQUES, recebida da Comarca de Porto Alegre, dela constando que a existência dos seguintes processos tendo como réu o ora Paciente (fls. 469/470):

Processo nº 037/2.04.0002603-7, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Uruguaiana, proposto em 09/08/2004. Natureza da ação: **Crimes de Apropriação Indébita**;

Processo 037/2.08.0002730-8, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Uruguaiana, proposto em 13/05/2008. Natureza da ação: **Crimes contra a Administração da Justiça**;

Processo nº 037/2.08.0002972-6, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Uruguaiana, proposto em 03/06/2008. Natureza da ação: **Crimes contra a Incolumidade Pública**.

– O Ofendido – Major da Aeronáutica MÁRCIO VAZ FERREIRA – e as testemunhas do MPM foram inquiridos pelo CPJ no dia 10 de dezembro de 2008 (fls. 486/497), **não tendo comparecido àquela assentada o Acusado, que é revel** (fls. 498).

No dia 27 de maio, próximo passado, deu entrada nesta Corte, a presente Petição de **Habeas Corpus** de fls. 02/17. Nela, alega o Impetrante que o Paciente é Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 52.578 e que, quando da prática do “suposto” delito, **“encontrava-se em pleno exercício de sua atividade profissional, eis que atuando em defesa dos interesses de seu cliente... ”**.

Depois de expor à exaustão os motivos de fato e de direito que entende laborar em favor do Paciente e trazer à colação Jurisprudência sobre a **imunidade material do advogado**, conclui o Impetrante requerendo, **liminarmente**, o trancamento da ação penal oriunda do Processo nº 11/08-3 da 1ª Auditoria da 3ª CJM ou, alternativamente, a suspensão da sessão de julgamento do feito, designada para o dia 28/05/2009. No mérito, pede a confirmação da liminar, com a concessão definitiva da Ordem, para trancar a respectiva ação penal.

Ressalte-se que no dia 19 de maio de 2009, o ora Paciente protocolou junto à 1ª Auditoria da 3ª CJM a Petição de fls. 467 informando ao Juízo de que, por ser Advogado, **passaria a atuar no processo em causa própria**.

Em Decisão de 27 de maio de 2009 (fls. 528/529), INDEFERIU a liminar requerida, dado o caráter satisfativo de que se revestiria a medida, haja vista que o pleito cautelar confunde-se com o mérito, circunstância que inviabiliza a outorga antecipada da Ordem, pois caso fosse atendida tal pretensão do Impetrante, ter-se-ia como esgotado o objeto do pedido, nada mais restando a ser apreciado pelo Plenário da Corte quando do julgamento deste “HC”.

Atendendo solicitação do Relator, o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 3ª CJM encaminhou a este Tribunal as informações que se transcrevem (fls. 553):

“... 1. O paciente responde perante esta Justiça pelo PFO nº 11/08-3, em face do cometimento, em tese, do crime de calúnia, com denúncia recebida na data de 03 Jul 08;

2. O acusado, intimado, deixou de comparecer à audiência de qualificação e interrogatório, razão pela qual foi decretada, na data de 18 Nov 08, sua revelia, salientando-se que a referida audiência já havia sido adiada anteriormente em face da ausência do réu, justificada através de atestado médico;

3. Transcorrida toda a instrução criminal, foi designada a data de 28 Mai 09 para julgamento da ação;

4. Em 19 Mai 09 o acusado compareceu neste Juízo peticionando no sentido de atuar como seu próprio defensor;

5. Na data designada para julgamento, o mesmo não pôde ser realizado em razão de novo atestado médico apresentado pelo acusado, razão pela qual foi designada a data de 17 Jun 09 para a nova sessão;

6. O paciente alega estar sofrendo constrangimento ilegal porque os atos cometidos, na qualidade de defensor do indiciado durante inquérito instaurado pela Base Aérea de Canoas, teriam sido motivados como forma de reação às irregularidades cometidas durante a instrução daquele feito, questão que, s.m.j., está relacionado com o mérito da ação, devendo ser apreciada pelo Conselho Permanente de Justiça quando do julgamento.”.

Com vista, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar pelo Parecer de fls. 543/549, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES, opinando pela denegação da Ordem.

No dia 18 do mês em curso, o Tribunal recebeu do Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 3ª CJM o Ofício de fls. 558, comunicando que no dia 17/06/2009 o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica julgou o Processo nº 11/08-3, oportunidade em que, por unanimidade de votos, julgou procedente a Denúncia e, por maioria, condenou o Civil CLODOMIRO PEREIRA MARQUES à pena definitiva de 01 (um) ano de detenção, como incurso no artigo 215, c/c o artigo 218, inciso III, tudo do CPM, assegurado o direito de recorrer em liberdade e negado o benefício do “*sursis*”, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Passou o Tribunal a decidir.

VOTO

As peças do processo principal (Processo nº 11/08-3 da 1ª Auditoria da 3ª CJM) demonstram que, **em tese**, CLODOMIRO PEREIRA MAR-

QUES – ora Paciente – consumou o **Crime de Calúnia** previsto no artigo 214 do CPM por ter, durante o Inquérito Policial Militar, imputado falsamente ao seu Encarregado – Major da Aeronáutica MÁRCIO VAZ FERREIRA – fato definido na lei penal militar como crime.

Não deve prosperar a alegação do Impetrante de que as afirmações tidas como caluniosas, descritas na Denúncia, não constituem crime porque CLODOMIRO atuava na defesa do Soldado da Aeronáutica THIAGO HERÉDIA TISSIANI.

A Jurisprudência Pátria é pacífica no sentido de que **NÃO É ABSOLUTA a imunidade do advogado** prevista no artigo 133 da Constituição Federal.

Dentre os inúmeros julgados existentes, selecionamos 02 (dois) que guardam semelhança com o caso concreto:

1) *Supremo Tribunal Federal – 1ª Turma.*

Habeas Corpus nº 86.044-3/PE

Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI

“HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREROGATIVAS PROFISSIONAIS DOS ADVOGADOS. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. VÍTIMAS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (...).

I – A inviolabilidade das prerrogativas dos advogados, quando no exercício da profissão, é constitucionalmente assegurada, nos termos da lei.

II – O art. 142 do Código Penal exclui a punibilidade nos casos de injúria ou difamação, quando a ofensa é irrogada em juízo.

III – A imunidade do advogado, no exercício do “munus publico” é relativa.

IV – A ausência de justa causa não verificável de plano, impede, na estreita via do habeas corpus, o trancamento da ação penal...” (Decisão de 07/11/2006).

2) *Superior Tribunal de Justiça – 6ª Turma.*

Recurso em Habeas Corpus nº 5.291-SP

Relator: Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

“RHC – CONSTITUCIONAL – ADVOGADO – INVIOABILIDADE – O art. 133 da Constituição da República consagra a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Assim deve ser para a postulação, em juí-

zo, ser plena, inadmissível qualquer cerceamento. O princípio, porém, não se confunde com a conduta ilegal. Essa restrição, aliás, alcança qualquer pessoa, compreendendo também o Ministério Público e o Magistrado. Ao advogado cumpre exercer a profissão com o vigor reclamado, guardando, porém, limites, embora, com veemência, exercite a profissão respeitando a reputação, a dignidade e o decoro de outrem." (Decisão de 24/06/1996) – SEM GRIFOS NO ORIGINAL.

Demonstrada a existência de justa causa para a instauração do processo contra o ora Paciente, por existência de crime, **ainda que em tese**, capitulado no Código Penal Militar, não há que se falar em trancamento da ação penal.

Nesse sentido, é o entendimento da Doutrina e da Jurisprudência de nossos tribunais.

Dentre os vários doutrinadores que tratam do tema, colhemos a lição de **JÚLIO FABBRINI MIRABETE**, posta nos seguintes termos:

*"... somente se justifica a concessão de **habeas corpus** por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação... ." (Código de Processo Penal Interpretado, Editora Atlas, São Paulo, 1994, página 841).*

Ainda, sobre a matéria, trazemos à colação a Ementa do Acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no **HABEAS CORPUS Nº 78.687-4/RJ** (1ª Turma), do qual foi Relator o Eminentíssimo Ministro **ILMAR GALVÃO**:

"HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL.

Não há como dar guarida ao argumento da impetração para trancamento da ação penal por falta de justa causa porque, para tanto, seria necessário um exaustivo exame de provas, incompatível com o rito sumário do **habeas corpus**, conforme reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a constatação a respeito do elemento subjetivo do delito é de ser melhor apreciada a partir da realização dos

atos de instrução processual, onde poderá haver uma análise valorativa da prova, sabido que na peça inicial acusatória só se indaga se o relato se ajusta à figura típica de que se cuida...” (Decisão de 16/03/1999).

Conforme noticiado no Relatório, o Processo nº 11/08-3, em curso na 1ª Auditoria da 3ª CJM, transcorreu tendo o ora Paciente como **réu revel**, sendo nomeado seu Curador o Advogado CARLOS MENEGAT FILHO.

O Juiz-Auditor por despacho de 24/04/2009, designou o dia 28 de maio de 2009 para o julgamento do referido processo (fls. 464V).

Depois de ter conhecimento da previsão de realização desse ato judicial, CLODOMIRO PEREIRA MARQUES (ora Paciente) protocolou no dia **19/05/2009**, junto ao aludido Juízo, a Petição de fls. 467, informando que passaria a atuar no feito, em causa própria, uma vez que é advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 52.578.

Entretanto, conforme informou a autoridade dita coatora às fls. 553, no dia 28/05/2009, no julgamento, o Acusado, **mais uma vez**, não compareceu ao Juízo, tendo CLODOMIRO apresentado um Atestado Médico para justificar o seu não comparecimento àquela assentada. Em vista disso, **foi designado o dia 17/06/2009 para nova sessão de julgamento.**

HABEAS CORPUS 2009.01.034729-1-DF

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLA-MENTE QUALIFICADO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGADA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRIMARIEDADE DO ACUSADO. DOMICÍLIO NO DISTRITO DA CULPA. AUSÊNCIA DE CONSTRAINGIMENTO ILEGAL. A presunção de inocência, embora amparada nas garantias constitucionais para autorizar que indiciados ou acusados respondam em liberdade a processo-crime, encontra a sua limitação nas circunstâncias previstas em lei, tais como as contidas nas alíneas “b”, “c”, “d” e “e” do art. 255 do CPPM, mitigação essa prevista tam-

bém pela Lei Maior. A periculosidade do Paciente se revela pelo **modus operandi** do crime, executando seu desafeto, friamente, pelas costas, com cinco tiros do fuzil que utilizava em serviço, alegando ter "raiva" da vítima em face de suposta perseguição, consistente na designação para tirar serviço nos "piores" postos e por não indicá-lo para o Curso de Formação de Cabos. Instrução criminal em adiantada fase, não tendo sido concluída em razão de diligências solicitadas pela própria defesa. Prisão preventiva plenamente fulcrada nos dispositivos legais. Por unanimidade, denegada a ordem por falta de amparo legal, e, por maioria, mantida a fundamentação da custódia preventiva, com fulcro na periculosidade do agente.

Relator – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Paciente – Agnaldo Arruda da Cruz, Sd Ex, preso preventivamente, respondendo ao Processo nº 49/09-0, perante a Auditoria da 11ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MMª Juíza-Auditora do mencionado Juízo, impetra o presente habeas corpus, requerendo, liminarmente, a revogação de sua prisão preventiva para que possa responder ao processo em liberdade.

Impetrante – Dr. Delcio Gomes de Almeida.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e denegou a ordem de **Habeas Corpus** e, **por maioria**, divergiu quanto ao fundamento da decretação da prisão preventiva. O Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA entendia que o ato que decretou a prisão preventiva do Paciente Sd Ex AGNALDO ARRUDA DA CRUZ encontra amparo, tão somente, nas alíneas "b" e "d", do art. 255, do CPPM.

Presidência do Ministro Alté Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coelho Ferreira, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Er-

nesto 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. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 96ª Sessão, 03.12.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em conhecer e denegar a ordem de *Habeas Corpus* e, por maioria, divergir quanto ao fundamento da decretação da prisão preventiva.

Brasília-DF, 03 de dezembro de 2009 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de *habeas corpus*, impetrado em benefício do Sd Ex AGNALDO ARRUDA DA CRUZ, servindo no Primeiro Regimento de Cavalaria de Guardas (1º RCG), o qual se encontra preso, preventivamente, na carceragem do Batalhão de Polícia do Exército de Brasília, respondendo ao Processo nº 49/09-0, perante a Auditoria da 11ª CJM. Alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MMª Juíza-Auditora do mencionado Juízo, razão pela qual impetra o presente *writ*, requerendo, liminarmente, a revogação de sua prisão preventiva, para que possa responder em liberdade à mencionada ação penal.

Pesa sobre o Paciente a imputação de homicídio triplamente qualificado, nos moldes do art. 205, § 2º, incs. I, IV e VI, do CPM, contra a vida do Cb Ex Jefferson de Oliveira Santos, ocorrido no dia 10 de junho do corrente ano na Residência Oficial da Granja do Torto.

Alega o impetrante tratar-se de réu primário, com endereço fixo e família no distrito da culpa. Invoca o princípio da presunção de inocência, amparado nas garantias constitucionais e no art. 8º, inc. I, do Pacto de São José da Costa Rica.

Sustenta não estarem mais presentes os pressupostos da manutenção da custódia preventiva, asseverando, ainda, que o clamor público e a comoção social decorrentes do crime, por si só, não autorizam a constrição da liberdade do Paciente.

Por decisão de 20 de novembro de 2009, o pleito liminar foi indeferido em razão da sua imbricação com o mérito, além de não se vislumbrar naquele momento o *periculum in mora*.

Instada a se manifestar, a MM^a Juíza-Auditora relatou os fatos ocorridos, afirmando estar o processo na fase de inquirição das testemunhas defensivas, restando apenas uma para ser ouvida por carta precatória. A pedido da defesa, foi requerido o incidente de insanidade mental do paciente.

No tocante à prisão preventiva, justificou a sua manutenção para garantir a aplicação da lei penal militar, pois havendo liberação do acusado, poderá ser licenciado do Serviço Ativo do Exército e sair de Brasília, tendo em vista sua família residir no interior da Bahia.

Instado a se manifestar, o *Custos Legis*, por seu Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, afirma ser suficiente para manutenção da custódia o fato de o Paciente possuir residência fixa no interior do Estado da Bahia. Quanto ao excesso de prazo, aduz estar o processo na fase final da instrução criminal, a qual não se concluiu em virtude de diligências requeridas pela defesa e, finalmente, a periculosidade encontra-se latente nos autos. Pugnou pela denegação da ordem por falta de amparo legal.

VOTO

Os argumentos do impetrante para validar a liberdade provisória do Sd Ex Agnaldo Arruda da Cruz não se sustentam diante das informações constantes nos autos.

A presunção de inocência, embora amparada nas garantias constitucionais para autorizar que indiciados ou acusados respondam em liberdade a processo-crime, encontra a sua limitação nas circunstâncias previstas em lei, tais como as contidas nas alíneas "b", "c", "d" e "e" do art. 255 do CPPM, mitigação essa prevista também pela Lei Maior.

Conforme consta do auto de prisão em flagrante, a periculosidade do Paciente se revela pelo *modus operandi* do crime, executando o Cb Jefferson de Oliveira Santos friamente, pelas costas, com cinco tiros do fuzil que utilizava em serviço, tudo isso por estar com "raiva" do seu desafeto por persegui-lo, "pegar no seu pé", por escalá-lo para tirar serviço nos

piores postos da Guarda da Granja do Torto, e por não indicá-lo para o Curso de Formação de Cabos.

Nas informações da Autoridade Coatora, verificam-se as decisões proferidas nos dias 18 de agosto, 17 de setembro, 13 de outubro e 16 de novembro deste ano, quando o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 11ª CJM determinou, nos termos legais, a manutenção da restrição imposta à liberdade do Acusado, sempre a prorrogando por um período de trinta dias, por entendê-la garantidora da aplicação da lei penal militar, pois havendo liberação do acusado, poderia ser licenciado do serviço ativo do Exército e sair de Brasília para o interior da Bahia, local de residência de sua família.

Ressalta-se que a demora na tramitação processual também não se revela nos autos. Como bem lembrou o *Custos Legis*, a instrução criminal encontra-se na fase final, não tendo sido concluída em razão de diligências solicitadas pela própria defesa, além de requerer a oitiva de uma testemunha por carta precatória e solicitar incidente de insanidade mental, o qual foi deferido na Sessão de 16 de novembro de 2009.

Por fim, mostra-se patente a necessidade de preservação das normas e dos princípios da hierarquia e disciplina militares, as quais ficariam seriamente comprometidas com a liberdade do Paciente.

Nesse sentido, cabe trazer à colação o firme posicionamento desta Corte, ilustrado no julgado proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 2001.01.033593-5/RJ, em 27/03/2001, relatado pelo Ministro Alcegaes Filho, *in verbis*:

“HABEAS CORPUS. Prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública; considerando a periculosidade do indiciado e a necessidade da manutenção dos princípios da hierarquia e da disciplina militares, que ficariam atingidos com a liberdade do custodiado. Por persistirem as razões que motivaram a decretação da custódia provisória, denegou-se o pedido de ordem. Decisão por maioria.”

O impetrante não esboçou os elementos mínimos autorizadores da liberdade provisória do Paciente, caindo por terra o alegado constrangimento por parte da autoridade indigitada coatora, pois, conforme restou analisado, a custódia preventiva encontra-se plenamente amparada no art. 254 e nas alíneas “b”, “c”, “d” e “e” do art. 255, ambos do CPPM.

*Mandado de Segurança. Decisão a quo de arquivamento da IPD sem o prévio pronunciamento do Ministério Público Militar. Infringência do art. 457, § 2º, do CPPM. Militar já licenciado. Perca da condição de procedibilidade. Concessão de HC de ofício. O Impetrante, na condição de **dominus litis** – prerrogativa constitucional – ficou impedido de exercer seu juízo de convicção acerca da necessidade ou não da instauração da lide penal, em consequência da decisão da magistrada a quo que, de ofício, determinou o arquivamento da IPD, sem o pronunciamento prévio do MPM. Concedida parcialmente a segurança para tão somente anular a Decisão a quo, e, de ofício, conceder ordem de Habeas Corpus para declarar o ex-militar isento do processo e da reinclusão, determinando-se o arquivamento da IPD, com fulcro no art. 457, § 2º, do CPPM e na Súmula nº 8/STM. Unânime.*

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

Impetrante – O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR impetra o presente “mandamus” contra a Decisão da MMª Juíza-Auditora da Auditoria da 4ª CJM, de 30/09/2009, proferida nos autos da IPD nº 508/09, que determinou o arquivamento do feito em relação ao ex-Sd CRISTIAN PABLO MOREIRA, requerendo a concessão da segurança para cassar o mencionado “decisum”, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, concedeu parcialmente a segurança para tão somente anular a Decisão a quo, e, de ofício, conceder ordem de **Habeas Corpus** para declarar o ex-Sd Ex CRISTIAN PABLO MOREIRA isento do processo e da reinclusão, determinando o arquivamento da IPD nº 508/09, com espeque no art. 457, § 2º, do CPPM, e na Súmula nº 8/STM.

Presidência do Ministro Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles

Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Aparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Sergio Ernesto Alves Conforto. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha encontra-se em licença para tratamento de saúde em pessoa da família. (Extrato da Ata 92ª Sessão, 24.11.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em conceder parcialmente a segurança para tão somente anular a Decisão **a quo**, e, de ofício, conceder ordem de **Habeas Corpus** para declarar o ex-Sd Ex CRISTIAN PABLO MOREIRA isento do processo e da reinclusão, determinando o arquivamento da IPD nº 508/09, com espeque no art. 457, § 2º, do CPPM e na Súmula nº 8/STM.

Superior Tribunal Militar, 24 de novembro de 2009 – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência – Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de **mandamus** impetrado pelo Procurador da Justiça Militar da União/MC, Dr ANTONIO PEREIRA DUARTE, inconformado com a Decisão da MMª Juíza-Auditora da 4ª CJM, Drª ELI RIBEIRO DE BRITO, que determinou, de ofício, o arquivamento da Instrução Provisória de Deserção nº 508/09, referente ao ex-Sd CRISTIAN PABLO MOREIRA, requerendo a concessão da segurança para cassar o mencionado **decisum**, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

Alega o Impetrante que logo após a juntada dos documentos de fls. 27/27 (Informação sobre Captura e Ata de Inspeção de Saúde do desertor), a referida autoridade judiciária proferiu a decisão de arquivamento do feito sem que houvesse qualquer manifestação ministerial nesse sentido, não se preocupando, sequer, em dar vista dos autos ao Ministério Público Militar, ao arrepio do que preceitua o art. 457, § 2º, do CPPM.

Entende, assim, o Impetrante, que a mencionada decisão violou o direito líquido e certo do **Parquet** Militar de se manifestar no feito, logo após a juntada da Ata de Inspeção de Saúde, bem como usurpou função constitucionalmente atribuída ao MPM, enquanto titular da ação penal.

Sustenta ser cabível o mandado de segurança contra decisão judicial, desde que não seja a mesma passível de recurso ou correção parcial, baseado na Súmula 267 do STF.

Ressalta que, no caso em tela, embora o art. 516, alínea “b”, do CPPM, preveja a possibilidade da interposição de recurso em sentido estrito da decisão que **indefere pedido de arquivamento**, ou a devolução do inquérito à autoridade administrativa, não faz qualquer menção à decisão que **determina o arquivamento** de inquérito ou de qualquer outro procedimento administrativo de natureza inquisitória, como são as Instruções Provisórias de Deserção e Insubmissão, sendo certo, ainda, que as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito são taxativas, não sendo possível ampliar o rol das hipóteses expressamente previstas no dispositivo supramencionado.

Relembra que, embora já tenha esta Corte se manifestado no sentido de que o arquivamento da IPD, sem a devida provocação do MPM, é passível de ser corrigido pela via da Correção Parcial (CP nº 2005.01.001905-1 – Rel. Min. Marcus Herndl), fato é que, recentemente, este mesmo Tribunal, tem dado interpretação mais estreita ao art. 498 do CPPM, entendendo que a Correção Parcial só pode ser manejada para corrigir erro ou omissão inescusáveis, abuso ou ato tumultuário cometido ou consentido por juiz, **em processo** (CP nº 2009.01.002033-5 – Rel. Min. José Américo dos Santos). Diante desse contexto, salienta que não restou meio para combater o que classifica abuso e manifesta ilegalidade da decisão atacada, a não ser o manejo do presente **mandamus**.

Por último, reafirma que a conduta da Juíza-Auditora acabou por usurpar função constitucionalmente conferida ao Ministério Público Militar, enquanto **dominus litis** (art. 129, I, da CF/88), que ficou impedido de exercer seu juízo de convicção acerca da necessidade ou não da instauração da lide penal.

Conclui, requerendo que seja concedida a ordem, para que seja cassada a decisão guerreada, e anulado o arquivamento da IPD nº 508/09, determinando-se o regular prosseguimento do feito, com a abertura de vista ao MPM, nos termos do art. 457, § 2º, do CPPM, para os fins pertinentes.

A Inicial veio instruída com cópias dos seguintes documentos:

- IPD nº 508/09, constando Termo de Deserção, Parte de Ausência, Boletins Internos e Inventário (fls. 6/22);
- Requerimento de diligência do MPM (fl. 23);
- Ata de Inspeção de Saúde (fl. 29);
- Decisão da Juíza-Auditora, determinando o arquivamento da IPD (fls. 31/32); e
- Alvará de Soltura fls. 33/34;

Ao prestar informações, às fls. 47/48, o Juiz-Auditor Substituto, no exercício da titularidade, Dr. Cláudio Amin Miguel, fez um histórico sobre o andamento da IPD nº 508/09, anexando as mesmas peças constantes da impetração do MPM (fls. 49/70).

Com vista dos Autos, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 74/76, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr **CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA**, opinou pela concessão da ordem, anulando-se a decisão atacada para que o art. 457, § 2º, do CPPM, seja observado no presente caso.

Pelo Despacho de fls. 79, determinei que se oficiasse à Juíza-Auditora para que informasse sobre a atual situação militar do Paciente.

Em resposta (fls. 84/87), a referida autoridade informou que **CRISTIAN PABLO MOREIRA** encontra-se **licenciado** das fileiras do Exército desde 09 de setembro de 2009, conforme publicação no Boletim Interno do 10º BI. Informou, ainda, que o referido cidadão encontra-se em liberdade, em cumprimento ao Alvará de Soltura nº 18/09, face ao constante na Ata de Inspeção de Saúde, tudo em consonância com o disposto na **Súmula 08** desta Corte.

Em complemento à informação supramencionada, às fls. 90/92, a magistrada **a quo** encaminhou cópia da fl. 2076 do Boletim Interno nº 215, de 20 Nov 09, do 10º Batalhão de Infantaria, dando conta que aquele Comando concedeu, de acordo com o art. 13, § 2º, do Dec. Nº 57.654, de 20 Jan 1966, ao cidadão **CRISTIAN PABLO MOREIRA**, **excluído do serviço ativo**, de acordo com o art. 94, inciso IX da Lei nº 6.880, de 09 Dez 1980, e art. 31, alínea d, da Lei nº 4.375, de 17 Ago 1964, o **Certificado de Isenção** nº 131.110, Série A.

Relatados, decide-se.

VOTO

O Impetrante tomou ciência do ato impugnado em 09/10/2009 e protocolou a presente ação mandamental em 19/10/2009, restando, assim, atendido o prazo estabelecido no art. 94, parágrafo único, do RISTM.

Trata-se de decisão judicial que, de ofício, determinou o arquivamento de **Instrução Provisória de Deserção**, usando como razões de decidir parecer médico da Unidade Militar onde servia o ex-Sd Ex **CRISTIAN PABLO MOREIRA**, dando-o como **“Incapaz BI – CID 10, F41.2”**, sem a prévia manifestação do Ministério Público Militar, conforme preceitua o art. 457, § 2º, do CPPM.

Vislumbra-se a prática de ato que, em tese, pode ser interpretado como tumultuário e, portanto, passível de ser impugnado por Correição Parcial.

Contudo, esta Corte não firmou, ainda, posição consagrando a adequação dessa medida quando se pretende corrigir erro ou omissão inescusável, abuso ou ato tumultuário cometido ou consentido por juiz, em **IPD** ou **IPI**.

De outro lado, hodiernamente não mais se discute sobre o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal, desde que não haja previsão de recurso com efeito suspensivo. É o caso dos autos, pois, como é sabido a correição parcial não tem efeito suspensivo. Poder-se-ia argumentar que o Impetrante pudesse utilizar o *mandamus* tão só para dar efeito suspensivo à correição parcial, porém, essa providência não alcançaria o resultado esperado no que diz respeito à celeridade e urgência do caso.

De há muito o STF, abrandando o rigor de sua Súmula 267, tem admitido o mandado de segurança contra decisão judicial que comporte recurso ou correição, desde que do ato impugnado advenha dano irreparável ao impetrante, cabalmente demonstrado (RT 592/231).

De qualquer sorte, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que deu nova redação à ação mandamental, colocou uma pá de cal nessa discussão, ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso II, *verbis*:

“Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...)

II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;”

Doutrinariamente, autores consagrados sempre admitiram o cabimento da ação mandamental em casos análogos ao do presente feito. Senão vejamos:

*“A correção parcial não tem efeito suspensivo, salvo se demonstrada a existência de **periculum in mora** ou dano irreparável. Esse efeito pode ser obtido mediante mandado de segurança”. (Julio Fabbrini Mirabete, in “Processo Penal”, 2ª edição, 1992, ATLAS, pág. 680).*

“O mandado de segurança ampara o direito líquido e certo, Como tal se entende aquele que se comprova de plano, mesmo porque não se admite instrução probatória, ou, como dizia Buzaid, ‘é aquele insuscetível de contestação’ (Comentários à Lei do Mandado de Segurança, Forense, 1989, p. 73). Não bastam, contudo, a certeza e a liquidez. Malgrado o v. acórdão supracitado, é preciso não haja previsão de recurso com efeito suspensivo. É preciso, ainda, que o ato ou decisão afronte a lei, ou seja, praticado com abuso de poder, e, em consequência, seja lesivo do direito do impetrante”. (Fernando da Costa Tourinho Filho, in “Processo Penal”, 19ª edição, 1997, 4º vol., Saraiva, pág. 569).

No mesmo sentido, também, tem se orientado a jurisprudência:

*“Impetração contra ato judicial passível de recurso com efeito meramente devolutivo – Admissibilidade, se presentes o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**. ‘Admite-se, desde que presentes o pressupostos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, a impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso com efeito meramente devolutivo” (TACRIM-SP – MS – Rel. Nogueira Filho – RJD 22/215).*

Razões expostas, é de ser conhecido o presente **mandamus**.

Quanto ao mérito, verifica-se que inteira razão assiste ao Impetrante, que, na condição de **dominus litis** - prerrogativa constitucional insculpada no art. 129, inciso I - ficou impedido de exercer seu juízo de convicção acerca da necessidade ou não da instauração da lide penal, em consequência da decisão da magistrada **a quo** que, de ofício, determinou o arquivamento da IPD nº 508/09, sem o pronunciamento prévio do Ministério Público Militar.

Com efeito, a redação do artigo 457, § 2º, do CPPM é bastante clara sobre a obrigatoriedade do pronunciamento do representante do

Ministério Público Militar antes de qualquer decisão judicial acerca do resultado constante da Ata de Inspeção de Saúde do desertor. Trata-se de peça informativa essencial à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal pública.

Reza o referido dispositivo processual penal castrense:

“Art. 457.

(...)

§ 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.”* (grifei)

Vale observar que, de há muito, a matéria encontra-se devidamente sumulada nesta Corte, conforme se depreende da redação do Verbete nº 8:

“O desertor sem estabilidade e o insubmisso que, por apresentação voluntária ou em razão de captura, forem julgados em inspeção de saúde, para fins de reinclusão ou incorporação, incapazes para o Serviço Militar, podem ser isentos do processo, após o pronunciamento do representante do Ministério Público”. (DJ1 Nº 77, de 24.04.95). (grifei)

De outro lado, verifica-se que, por meio de informação complementar (fl. 85), a Juíza-Auditora da Auditoria da 4ª CJM esclareceu que **CRISTIAN PABLO MOREIRA** encontra-se *“licenciado das fileiras do Exército desde 09 de setembro de 2009, conforme se constata no Boletim Interno nº 166”*. Na realidade, o documento em questão, acostado à fl. 18, dá conta que o referido militar fora excluído em virtude de deserção. Entretanto, logo em seguida, a referida magistrada encaminhou documentação complementar esclarecendo que o mencionado cidadão, **excluído do serviço ativo** quando desertou, só agora receberá, no dia 20/11/2009, **Certificado de Isenção** pelo fato de ter sido julgado “incapaz B1”.

Não resta dúvida quanto ao direito postulado pelo Impetrante, também na posição de *custos legis*, sob o ponto de vista formal, de ver cumprida à risca a legislação vigente, já que ressaltou que *“o que se questiona no presente writ, não é o acerto da decisão de fls. 26/27, mas o desprezo demonstrado à própria instituição do Ministério Público Militar em que pese a alta dignidade das funções que foram con-*

fiadas na Carta Magna". Entretanto, não se pode perder de vista que a situação militar atual de **CRISTIAN PABLO MOREIRA** inviabiliza qualquer iniciativa o MPM no sentido da propositura de uma ação penal, dada consolidada perda de condição de procedibilidade. (fl. 5)

Assim, ciente dessa nova situação fática, não me resta alternativa, senão deferir parcialmente o *mandamus*, tão só para anular a decisão a *quo*, porém, conceder, de ofício, ordem de *habeas corpus*, para declarar **CRISTIAN PABLO MOREIRA** isento do processo e da reinclusão, determinando o arquivamento da IPD nº 508/09, com espeque no art. 457, § 2º, do CPPM e na Súmula 8/STM.

QUESTÃO ADMINISTRATIVA 2009.01.000319-0-DF

QUESTÃO ADMINISTRATIVA. COMPANHEIRO ORIUNDO DE RELAÇÃO HOMOAFETIVA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO PARA INCLUSÃO NO PLANO DE SAÚDE. Pedido do SITRAEMG a fim de que seja dada interpretação extensiva ao disposto na alínea "b", do inciso I, do art. 7º do vigente Regulamento Geral do PLAS – JMU, aprovado pela Resolução STM nº. 160/2009, de modo a abarcar a situação do (a) companheiro(a) oriundo(a) de relação homoafetiva, em união estável. O Conselho Deliberativo do PLAS/JMU deverá dispor acerca da documentação para a comprovação da união estável, e, nos casos concretos em que se evidencie tal situação, caber-lhe-á, ainda, a apreciação prévia dos pedidos de inclusão de dependente ao PLAS/JMU para verificar a observância dos requisitos exigidos. Após, o órgão de pessoal competente do Tribunal tomará as medidas necessárias para o processamento dos pedidos individualizados dos servidores e consequentes registros funcionais, em caso de

deferimento. *Abrangência da Declaração, em caráter excepcional, por se tratar de interesse geral em tese, e atendendo à conveniência administrativa a todos servidores da Justiça Militar da União vinculados ao PLAS/JMU. Pedido acolhido. Decisão majoritária.*

Relatora – Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Assunto – Em cumprimento à determinação do Exmo. Sr. Ministro-Presidente, de 22/4/2009, é autuada como Questão Administrativa, ex vi do art. 166 do RISTM, a Petição formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais – SITRAEMG, requerendo que esta Corte permita aos servidores a possibilidade de indicar, para fins de dependência junto ao Plano de Saúde, companheiro (a) que preencha os requisitos exigidos à configuração de união estável.

Decisão – O Tribunal, **por maioria**, contra o voto do Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, conheceu e votou favoravelmente ao pedido formulado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais-SITRAEMG, a fim de que seja dada interpretação extensiva ao disposto na alínea “b” do inciso I do art. 7º do vigente Regulamento Geral do PLAS/JMU, aprovado pela Resolução nº 160/2009, de modo a abarcar a situação do companheiro oriundo de relação homoafetiva, em união estável. Para tanto, o Conselho Deliberativo do PLAS/JMU deverá dispor acerca da documentação para a comprovação da união estável, e, nos casos concretos em que se evidencie tal situação, caberá-lhe, ainda, a apreciação prévia dos pedidos de inclusão de dependente ao PLAS/JMU para verificar a observância dos requisitos exigidos. Ao fim, o órgão de pessoal competente do Tribunal tomará as medidas necessárias para o processamento do pedido individualizados dos servidores e consequentes registros funcionais, em caso de deferimento. Entendendo, ainda, em caráter excepcional, por se tratar de interesse geral, em tese, e atendendo a conveniência administrativa, estender a abrangência desta decisão a todos os servidores da Justiça Militar da União vinculados ao PLAS/JMU. O Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES não participou do julgamento.

Presidência do Ministro DR. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES. Presentes os Ministros Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sérgio 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 Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 19ª Sessão administrativa (extraordinária), 08.10.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar em, por maioria, votar favoravelmente ao pedido formulado pelo SITRAEMG a fim de que seja dada interpretação extensiva ao disposto na alínea “b” do inciso I do art. 7º do vigente Regulamento Geral do PLAS – JMU, aprovado pela Resolução STM nº. 160/2009, de modo a abarcar a situação do(a) companheiro(a) oriundo(a) de relação homoafetiva, em união estável.

Para tanto, o Conselho Deliberativo do PLAS/JMU deverá dispor acerca da documentação para a comprovação da união estável, e, nos casos concretos em que se evidencie tal situação, caber-lhe-á, ainda, a apreciação prévia dos pedidos de inclusão de dependente ao PLAS/JMU para verificar a observância dos requisitos exigidos.

Alfim, o órgão de pessoal competente do Tribunal tomará as medidas necessárias para o processamento dos pedidos individualizados dos servidores e consequentes registros funcionais, em caso de deferimento.

Entendendo, ainda, em caráter excepcional, por se tratar de interesse geral, em tese, e atendendo a conveniência administrativa, estender a abrangência desta decisão a todos servidores da Justiça Militar da União vinculados ao PLAS/JMU.

Brasília – DF, 8 de outubro de 2009 – Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Presidente – Drª *Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, Ministra-Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de petição formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais - SITRAEMG, pugnando pelo reconhecimento da união de indivíduos de mesmo sexo para efeitos de assistência à saúde.

Fundamenta que a Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, institui o primado da igualdade, complementado pelo art. 6º, no qual o Legislador Maior tutelou valores como a saúde e o amparo aos que dela precisam. De igual modo, a exordial sustenta que a Suprema Corte tem reconhecido a união homoafetiva para efeitos sucessórios, por interpretação extensiva, estendendo-o aos benefícios previdenciários e de assistência à saúde. O acervo documental expõe a Resolução editada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, que possibilita aos servidores a inclusão de seus parceiros na categoria de dependentes do plano de saúde (fl. 5).

A Diretoria-Geral deste Superior Tribunal Militar pronunciou-se no sentido de que dito panorama reflete uma aparente colisão de princípios constitucionais, pois por um lado tem-se o princípio da legalidade que impõe à Administração Pública atuação condizente com os preceitos homoafetiva; e, por outro, tem-se o princípio fundamental da igualdade e da dignidade (fls. 17 a 22) a amparar a pretensão requerida.

O parecer expõe que, ao conceber o art. 3º, o Constituinte Originário buscou materializar como objetivo elementar da República a promoção do bem coletivo e o banimento de preconceitos, mormente aqueles de índole sexual. Paralelamente, justifica a inércia da Administração quando o sistema jurídico não prevê determinada situação fática. Leia-se:

Usar o princípio da legalidade – que nada mais é que garantia contra arbitrariedade do Poder Público, e, por isso, um mecanismo de defesa do cidadão – contra os interesses desse mesmo cidadão, é, no mínimo, desvirtuar tal princípio, envilecendo-o. Se é meio de proteção, não pode ser usado para prejudicar aqueles mesmos que deve proteger. (Parecer nº 013/2009 – ASDIR, fl. 20).

Registra que o Conselho Nacional de Justiça - CNJ possui posicionamento consolidado no sentido de autorizar, expressamente, aos seus servidores, que o companheiro de união homoafetiva seja reconhecido como dependente econômico, consoante Resolução nº. 39/2007.

Alfim, o aludido Parecer assevera não poder a Administração Pública recusar-se a realizar tais averbações sob o argumento de inexistência de previsão legal, já que o repositório jurídico nacional ampara direitos fundamentais.

Registre-se, por oportuno, diligência por mim determinada (fl. 31) com vistas a apurar o rol de servidores filiados ao SINTRAEMG. Assim, foi possível constatar a presença de 18 funcionários da Justiça Militar da União sindicalizados à referida entidade.

Dispõe o vigente Regulamento Geral do PLAS/JMU (aprovado pela Resolução STM nº. 160/2009), em seu art. 7º, I, o rol dos beneficiários que podem ser incluídos como dependentes diretos, para fins de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e odontológica. *Litteris*:

Art. 7º São beneficiários dependentes:

I – diretos:

a) cônjuge;

b) o companheiro ou companheira designado que comprova união estável como entidade familiar. A inclusão se condiciona a prévia exclusão do ex-cônjuge ou excompanheiro ou companheira;

c) filhos solteiros menores de 21 (vinte e um) anos, ou inválidos de qualquer idade;

d) filhos, de 21 (vinte e um) a 24 (vinte e quatro) anos, solteiros, que sejam estudantes de ensino médio ou superior em estabelecimento oficialmente reconhecido. (grifo nosso)

Ao seu turno, a Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no que pertine à averbação de dependentes nos assentamentos funcionais de servidor, prescreve:

Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual.

Enfatize-se que ainda não há posicionamento conclusivo desta Corte quanto à dimensão do referido dispositivo, concernente ao relacionamento homoafetivo. Assim, salutar e oportuno tecer digressões sobre o tema. Para tanto, a Questão Administrativa apresenta-se como meio apropriado para o aludido desiderato, emergindo com notoriedade a seguinte disposição regimental:

Art. 166. O Presidente poderá, excepcionalmente, submeter à apreciação do Plenário, sob a forma de Questão Administrativa, matéria relevante relacionada com a ordem administrativa da Justiça Militar.

Relatados, decide-se.

VOTO

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Constituição Federal, em seu artigo 8º, prescreve:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

O Ministro Gilmar Mendes, quando da análise do Recurso Extraordinário nº. 555.720, salientou:

Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual o sindicato tem legitimidade para atuar como substituto processual na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos da categoria que representa. (...) Quanto à violação ao artigo 5º, LXX e XXI, da Carta Magna, esta Corte firmou entendimento de que é desnecessária a expressa autorização dos sindicalizados para a substituição processual.” (RE 555.720-AgR. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 30/9/08. Publicação: DJE 21/11/08).

Após atenta leitura dos mandamentos ilustrados, é possível inferir que a petição formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais – SITRAEMG persiste e merece ser apreciada.

Desde os estudos de Kinsey, em meados de 1949, afirmou-se que 10% da população humana inclinavam-se à orientação homossexual. Com o avançar dos anos e a aquisição de novas técnicas científicas, apurou-se um índice sensivelmente distinto, contemplando valores entre 4% e 14%.³⁵

³⁵ KINSEY, Alfred Charles. *Sexual Behavior in the Human Male*. Indiana University Press, 1998.

Não obstante a dificuldade em se determinar números exatos, fato é que desde as últimas décadas, com o aumento das conquistas civis e a consequente superação da discriminação e do preconceito, a proporção de indivíduos que vivem a plenitude de sua orientação sexual aumentou notadamente.

Desde os centros cosmopolitas até as províncias mais afastadas é possível encontrar pessoas do mesmo sexo sob a égide de parcerias contínuas e duradouras caracterizadas pelo afeto e projetos de vida em comum. Certo é que a orientação sexual não decorre de escolha livre, opção entre possibilidades diversas.

Mais certo ainda não violar, a homossexualidade, qualquer norma jurídica, ou ser hábil para afetar direitos de terceiros.

Ora, o papel do Estado finca-se no resguardo da personalidade humana e seu consequente desenvolvimento. Eleva-se na medida em que deve assegurar a realização dos projetos e das conquistas pessoais, não sendo tolerável que o Poder Público pratique ou chancela o preconceito e patrocine a estigmatização.

Esse entendimento restou materializado no art. 3º, inciso IV, da Carta, quando o Colégio Formal da Soberania elencou os objetivos fundamentais da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Infero o intérprete atento estender o imperativo da não discriminação, consectário do primado da isonomia, à orientação sexual, em função de duas razões distintas, embora complementares.

A primeira repousa no fato de o Constituinte ter autografado expressamente a promoção do bem social, banindo preconceitos de índole sexual a teor no art. 3º, inciso IV, da Lei Maior. A segunda, por restar consolidado o postulado da não segregação ao se conceber o referido inciso como cláusula aberta, já que da correta leitura de sua parte final emana a possibilidade de se inferir formas outras de segregação, depreciativas da dignidade humana.

Para além, o princípio da isonomia, norte da República, converte-se em vetor de interpretação, integração e controle, servindo de paradigma à aplicação do arcabouço legislativo nacional.

Assim, quando o magistrado se depara com hipótese não prevista em lei, a exemplo do reconhecimento da união homossexual, compete-lhe pela aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, consoante dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 4º, suprir a lacuna normativa. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça pontualmente elucida:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

(...)

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não

expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido. (sem grifos no original). (REsp 820475 / RJ. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Órgão Julgador: 4º Turma. Julgamento: 02/09/2008. Publicação: DJ, 06/10/2008).

Sobre a questão vertente, o ilustre civilista Caio Mário da Silva Pereira, na vanguarda de seu tempo, escrevera em apresentação introdutória à obra de Rodrigo da Cunha Pereira:

“A história jurídica da família é fundada na vida em casal composta de um homem e uma mulher. Em minha obra, ao me referir ao tema, seja na Grécia ou nas diversas fases de Roma, sempre descrevi a vida conjugal, as diversas modalidades de casamento (confarreatio, coemptio, usus) e a organização religiosa e patriarcal do grupo familiar, tomando como ponto de partida a concepção da figura jurídico-biológica da união entre um homem e uma mulher.

No entanto, nem tudo assim se passava. Sob o véu da discrição reservada, outras situações ocorriam quase sempre ocultas e não menos verdadeiras. A História oficial, numa espécie de cumplicidade, não sei se piedosa ou inverídica, também descreve a vida dos homens públicos, como se desta maneira assim se comportassem, a exemplo de Nero, Imperador de Roma, descrito com franqueza e sem mágoa, por Cornélio Tácito em seus Anais.

A verdade é que o fato sexual, como observa Jean-Paul Branlard, ‘não ultrapassou, no estudo do direito, o estágio de um sobrevôo rápido; não se lhe consagrou toda a importância que ela merece.’³⁶

Hodiernamente, o juízo largamente difundido em sede doutrinária e jurisprudencial enfatiza que:

“as uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação”,³⁷ nas palavras de Luis Roberto Barroso.

³⁶ *In: A sexualidade vista pelos tribunais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.* Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de>

De igual sorte, salienta Rodrigo da Cunha Pereira:

*“Para que o Direito esteja próximo ao ideal de justiça, ele deve estar acima dos conceitos estigmatizantes, pois das relações de afeto, sejam hetero ou homossexuais, podem decorrer conseqüências patrimoniais, e não dar a cada um o que é seu fuge dos princípios ideais do Direito.”*³⁸

Nesse diapasão o reconhecimento da união homoafetiva arrima-se nos preceitos da igualdade e da razoabilidade. Afinal, se do convívio decorre um núcleo familiar, está-se diante de uma união estável. Nesses termos, caso a relação homossexual se revista de um caráter duradouro, contínuo, estável, monogâmico, de sabença pública e com o objetivo de constituir família, há que se lhe dispensar, necessariamente, o mesmo tratamento jurídico das relações heterossexuais.

Conforme observa Paulo Luz Netto Lobo,

*“Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram numerus clausus. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram.”*³⁹

Esta é a correta interpretação a ser procedida sobre o art. 226, § 3º, da *Lex Magna*, pois observa a latitude principiológica que a Carta da República encerra. Isso porque,

“a partir da Constituição da República de 1988, as inúmeras alterações impostas ao direito de família não podem ser examinadas de forma isolada ou casuística, senão no quadro dos

trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20Uniao%20homossexuais.pdf > . Acesso em: jun. 2009.

³⁸ *In: Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e da curatela.* Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. XX, pp. 66-67.

³⁹ LOBO, Paulo Luz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus.* *In:* Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 55.

princípios constitucionais, que desenharam novo conceito de unidade familiar, em torno do qual se estrutura todo o sistema das relações existenciais. A unidade familiar, antes vinculada ao casamento – a partir do qual, no qual e para o qual se desenvolvia – adquire contornos funcionais, associada à idéia de formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus integrantes. O centro da tutela constitucional se desloca, em consequência, da exclusividade do casamento para a pluralidade das entidades que, fundadas ou não no vínculo conjugal, livre e responsabilmente constituídas, contenham os pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana”.⁴⁰

Nesses termos, o homem enquanto ser coletivo, encontra no princípio da solidariedade o resguardo à sua diversidade. Tal como colocado,

*“se o respeito à intimidade afigura expressão essencial da personalidade, mostra-se imperativo a obediência às escolhas individuais quanto à constituição do núcleo familiar, excluindo-se a definição apriorística de padrões preconceituosos para a convivência em família”.*⁴¹

Em hermenêutica contemporânea, a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, elucida:

“A correção de rumos foi feita pela Constituição Federal, ao outorgar proteção não mais ao casamento, mas à família. Como bem diz Zeno Veloso, num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Restou o afeto inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico. Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais freqüentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim,

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Opinião doutrinária externada pelo Instituto de Direito Civil em face da requisição do Procurador Regional da República, Daniel Sarmiento. p. 4.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. p. 4.

não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Conforme bem refere Roger Raupp Rios, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano.⁴² (sem grifos no original)

De igual sorte, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça caminhou na mesma acepção, consolidando no Recurso Especial nº. 395904/2001:

“Pretender, com esteio em regras estratificadas, alijar parte da sociedade – inserida nas chamadas relações homoafetivas –, da tutela do Poder Judiciário, (...), constituiria ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio esculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal.” (RESP. nº. 395904/2001. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Órgão Julgador: Sexta Turma do STJ. Julgamento: 13/12/2005. Publicação: DJ 06/02/2006).

Efetivamente, o advento de novas realidades e mutações sociais impõe ao Estado a adoção de posturas inovadoras. Se, porventura, a regulamentação legislativa não consegue acompanhá-las com a devida celeridade e presteza, deve o Poder Público valer-se dos mecanismos normativos que dispõe para regulá-las, não apenas em respeito ao dever de eficiência, como em observância às determinações contidas no caput do art. 5º da norma constitucional.

Por essa razão, o mencionado art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil permite o uso da analogia, costumes e princípios gerais do Direito com o propósito de colmatar o vácuo legal. Na espécie, a exegese analógica para conferir tratamento semelhante às uniões hetero e homossexuais é medida que se impõe para a concreção do *suum cuique tribuere*.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

“De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e dura-

⁴² DIAS, Maria Berenice. In: **Homoafetividade – o que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13.

doura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra.

Admitida a analogia, chegar-se-ia à seguinte conclusão: a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §5º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, 3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º). Haveria, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a união homoafetiva. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares”.⁴³

No sábio juízo da Desembargadora Maria Berenice, é perspecti-
vando as relações humanas que a tutela jurisdicional se enaltece:

“(...) enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, podem fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reco-

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20Uniao%20homo-ssexuais.pdf > . Acesso em: jun. 2009.

*nhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável.*⁴⁴

Nessa linha, Pontes de Miranda, em 1955, sufragou:

*“O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde.”*⁴⁵

Afirma-se, portanto, que o fato de uma situação jurídica não estar prevista no Ordenamento não significa estar ela à margem do Direito ou merecer o desamparo estatal. Na espécie, está-se diante não somente da liberdade de escolhas pessoais, mas do direito fundamental a ter família.

A sexualidade integra a personalidade do indivíduo, razão pela qual se enquadra no rol dos direitos personalíssimos, resguardados pela cláusula de tutela geral da pessoa humana - art. 1º, inciso III, da CF.

Na lição do Desembargador José Carlos Teixeira Giogis:

*“não é desarrazoado, firme nos propósitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, por analogia e com suporte nos princípios gerais do direito, aplicar os mesmos efeitos patrimoniais que se vislumbra da união estável, repartindo-se o acervo angariado por parceiros em sua vida comum, desde que se vislumbre nesta os pressupostos de notoriedade, da publicidade, da coabitação, de fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos.” (A relação homoerótica e a partilha de bens.)*⁴⁶

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Vol. 7º, p. 170.

⁴⁶ In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 3, nº 9, abr./jun., 2001, pp. 160-161.

A idéia de uma sociedade livre de preconceitos emerge com tamanha visibilidade que a percepção dessas realidades transcende os limites jurisprudenciais e se consolida em instruções normativas e resoluções de órgãos de outros Poderes. Deveras elucidativa é a Instrução Normativa nº. 50 de 2001, advinda do Instituto Nacional de Seguridade Nacional, que prioriza os benefícios previdenciários do companheiro(a) homossexual, bem como a Portaria Normativa nº. 5, de 25 de maio de 2009, do Ministério da Educação, que regulamenta o processo seletivo do PROUNI – Programa Universidade para Todos - estendendo o conceito de grupo familiar para fins de obtenção dos benefícios institucionais às uniões estáveis, inclusive homoafetivas.⁴⁷

⁴⁷ PORTARIA NORMATIVA Nº 05, DE 25 DE MAIO DE 2009

Regulamenta o processo seletivo do Programa Universidade para Todos – Pro-Uni referente ao segundo semestre de 2009.

Art. 6º Entende-se como grupo familiar, além do próprio candidato, o conjunto de pessoas residindo na mesma moradia do candidato que, cumulativamente:

I - sejam relacionadas ao candidato pelos seguintes graus de parentesco:

- a) pai;
- b) padrasto;
- c) mãe;
- d) madrastra;
- e) cônjuge;
- f) companheiro(a);
- g) filho(a);
- h) enteado(a);
- i) irmão(ã);
- j) avô(ó).

II - usufruam da renda bruta mensal familiar, desde que:

- a) para os membros do grupo familiar que possuam renda própria, seus rendimentos brutos individuais sejam declarados na composição da renda bruta mensal familiar;
- b) para os membros do grupo familiar que não possuam renda própria, a relação de dependência seja comprovada por meio de documentos emitidos ou reconhecidos por órgãos oficiais ou pela fonte pagadora dos rendimentos de qualquer um dos componentes do grupo familiar.

§ 1º Entende-se como renda bruta mensal familiar a soma de todos os rendimentos auferidos por todos os membros do grupo familiar, composta do valor bruto de salários, proventos, vale alimentação, gratificações eventuais ou não, gratificações por cargo de chefia, pensões, pensões alimentícias, aposentadorias, benefícios sociais, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, e quaisquer outros, de todos os membros do grupo familiar, incluindo o candidato.

No mesmo diapasão, o Conselho Nacional de Justiça inclinou-se pelo reconhecimento da união homoafetiva quando editou a Resolução nº. 39/2007. *In verbis*:

Art. 2º Podem ser reconhecidos como dependentes econômicos de servidor:

(...)

V – companheiro de união homoafetiva.

De igual modo, recentemente, em julho de 2009, o Supremo Tribunal Federal possibilitou a seus servidores a inclusão de companheiros advindos de união homoafetiva no plano de saúde e na aquisição de benefícios sociais. Essa iniciativa deu-se por força do Ato Deliberativo 27/2009, não sendo a única questão relativa ao tema em pauta no Supremo.

Mais, o Tribunal Superior Eleitoral, em 2004, elevou a união homossexual à vedação subscrita no art. 14, §7º, da Constituição Federal. Em outras palavras, sagrou que quando a *Lex Magna* estatui inelegibilidade ao cônjuge de ator político, cabe interpretação extensiva no sentido de também se aplicar a vedação ao companheiro homossexual:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

§ 2º Somente poderá ser abatido da renda referida no § 1º deste artigo o montante pago a título de pensão alimentícia, exclusivamente no caso de decisão judicial que assim o determine.

§ 3º Caso o grupo familiar informado se restrinja ao próprio candidato, este deverá comprovar percepção de renda própria que suporte seus gastos, condizente com seu padrão de vida e de consumo, sob pena de reprovação.

§ 4º Será reprovado o candidato que informar grupo familiar com o qual não resida, salvo decisão em contrário do coordenador do ProUni, observada, em qualquer caso, a obrigatoriedade de informar a renda de todos os membros do grupo familiar, nos termos do disposto no inciso II do caput deste artigo.

§ 5º O disposto nesta Portaria aplica-se igualmente aos grupos familiares nos quais ocorra união estável, inclusive homoafetiva.

Recurso a que se dá provimento. (Acórdão nº. 24564/PA. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Órgão Julgador: Pleno/TSE. Julgamento: 01/10/2004. Publicado em Seção: 01/10/2004).

Verificada a vivência contínua e duradoura entre o candidato e o detentor de mandato eletivo, se lhes aplica as subscrições de inelegibilidades estatuídas pela Carta de 1988. Utilizou o Ministro Gilmar Mendes da analogia para conferir tratamento equânime decorrente do casamento à união homossexual.

Inaugurou-se, portanto, uma nova era na esfera jurídica pátria, não somente estendendo direitos e garantias, mas, sobretudo, deveres e obrigações. Nas palavras do magistrado Roberto Arriada, *“é o resultado de uma reflexão amadurecida, que não encontra mais caminho para retroceder, impondo tratamento igualitário a todas as pessoas, sem preconceito ou discriminação”*.⁴⁸

Atendê-se à espécie, o reconhecimento do companheiro (a) na qualidade de dependente do Plano de Saúde já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2008, que assim ratificou:

PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 2007/0256562-4, Min. Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma do STJ. Julgamento: 02/09/2008. Publicação: DJe 05/11/2008).

No decorrer de sua fundamentação, o Ministro Ari Pargendler ressaltou que *“o homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana”*.⁴⁹ No mesmo sentido, sob a análise do Recurso Especial nº. 395904/RS, relativo à concessão de benefícios previdenciários ao companheiro homossexual, o Ministro Hélio Quaglia prescreveu:

⁴⁸ LOREA, Roberto Arriada. *O Amor de Pedro por João à Luz do Direito de Família: Reflexões sobre o “Casamento Gay”*. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Ano VII, nº. 31, 2005. p. 33.

⁴⁹ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 2007/0256562-4, Min. Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma do STJ. Julgamento: 02/09/2008. Publicação: DJe 05/11/2008.

“Há que se perceber que não há igualdade jurídica no não direito. Ao se negarem mesmo através de mecanismos legais direitos fundamentais, entre eles o de sobrevivência, mediante percepimento de benefícios previdenciários a pessoas que se fossem de sexos diferentes lograriam êxito em auferi-los, emerge um não direito, ferindo o sentido que o Poder Constituinte procurou proteger, com a igualdade, ao editar a Constituição Federal de 1988”. (Recurso Especial nº. 395904/RS. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Órgão Julgador: Sexta Turma do STJ. Julgamento: 13/12/2005. Publicação: DJ 06/02/2006).

Urge esclarecer, nesse ponto, que os provimentos exarados pelo Superior Tribunal de Justiça, sejam em sede judicial ou administrativa, notadamente têm servido de paradigma para a formação do prudente convencimento de outras Cortes em temas administrativos.

E não poderia o Poder Judiciário trilhar caminho outro senão o da proscricção frontal ao discurso do ódio.

Nas palavras de Victor García:

“A discriminação advém de um trato desigual e arbitrário a pessoas sujeitas às condições ou situações idênticas, ora para a concessão de benefícios, ora para a imposição de encargos. Ela conduz a uma agravada e injustificada distinção que afeta a dignidade da pessoa, podendo, ainda, ocasionar a negação da própria condição humana.

A discriminação leva à conseqüências jurídicas de distinção, exceção ou separação tendentes a minar a dignidade humana, a impedir o pleno exercício dos direitos fundamentais ou da igualdade de tratamento em relação ao acesso de oportunidades”⁵⁰ (tradução da relatora).

⁵⁰ *La discriminación deviene en un trato desigual y arbitrario a personas sujetas a condiciones o situaciones idênticas, bien sea para el otorgamiento de ventajas o en la imposición de cargas. Ello conlleva una agravada e injustificable distinción que afecte la dignidad de la persona; lo cual incluso puede llegar al extremo de la negación de la propia condición humana.*

La discriminación conlleva a consecuencias jurídicas de distinción, excepción o separación tendientes a menoscabar la dignidad humana, en impedir el pleno

Nesse diapasão, a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha acrescenta:

“(...) não se aspira uma igualdade que frustrate e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver”.⁵¹ (sem grifos no original)

Sabido é que vencer o preconceito e superar obstáculos estigmatizantes e segregadores requer significativa persistência dos operadores do Direito, até porque sua correta aplicação impõe o afastamento de convicções oriundas do subjetivismo moral. Cabe ao magistrado a condição de garante da diversidade social.

Esse raciocínio se faz sentir em Roberto Arriada que assim observa:

“(...) faz-se importante reafirmar que, ao Poder Judiciário, enquanto um dos Poderes da República, é devida uma postura laica, assegurando-se que o enfrentamento das questões postas em lide se dê por meio de decisões judiciais desvinculadas de motivações religiosas”.⁵²

De igual modo, Daniele Hervieu-Léger assevera que em virtude das novas transformações sociais há maior necessidade de se acolher os diversos arquétipos de família consagrados na contemporaneidade:

goce de los derechos fundamentales o la igualdad de trato en relación al acceso de oportunidades.

La discriminación se asienta en el prejuicio social de dividir a los congéneres en iguales e inferiores; en respetables e irrespetables; en calificables y descartables. TOMA, García Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Lima: Jurista Editores, 2008. p. 112.

⁵¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos LÊ, 1991. p. 118.

⁵² LOREA, Roberto Arriada. **O Controle Religioso do Poder Judiciário**. Trabalho apresentado no I Congresso de Direito de Família do Mercosul. Realizado em Porto Alegre, 2004. Disponível em: www.ibdfam.com.br.

*“Modernamente, operou-se a separação – face às novas técnicas anticoncepcionais e modernas tecnologias reprodutivas – entre casamento e procriação. A partir de então, impõe-se relativizar os conceitos de ‘casal’, ‘casamento’ e ‘família’, fazendo com que se perceba mais claramente a ‘família natural’ como o que ela realmente é: uma construção social, política, histórica e cultural”.*⁵³ (sem grifos no original).

O receio de atribuir efeitos jurídicos à união de indivíduos do mesmo sexo deve-se em razão de o casamento civil encontrar-se fundamentalmente amparado nos preceitos da união religiosa, que o eleva para as fronteiras da fé.⁵⁴ Pré-concepções restritivas de direitos de ordem religiosa, cultural, política ou ideológica que aniquilem o escopo axiológico atribuído pelo Constituinte às entidades familiares em sua acepção ampla, redundam em inconstitucionalidade.

Inconteste a homossexualidade remontar a tempos pretéritos, não devendo o Poder Judiciário se abster de tutelar uniões que, alicerçadas pelo afeto, assumem a feição de família. Foi sob esse raciocínio que se posicionou a Apelação Cível nº. 70.012.836.755/2005:

“(...) a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade humana e da igualdade”. (Apelação Cível nº. 70012836755/2005. Des. Maria Berenice Dias. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível do TJRS, j. 21/12/2005).

Entendimento que se tem espreado pelos demais tribunais brasileiros:

⁵³ HERVIEU-LÉGER, Daniele. Preface. In: GROSS, Martine. *L`homoparentalite*. Paris: Presses Universitaire de France, 2003.

⁵⁴ Tal entendimento é ratificado nos escritos de Joselette Magalhães, para quem a regulamentação do matrimônio, sob a ótica de certos grupos sociais, depende da chancela religiosa. LORDELLO, Josette Magalhães. *A Secularização do Casamento no Brasil do Século XIX – entre o reino de Deus e o reino dos homens*. Brasília: UnB, 2002.

“O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal. A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras relações”. (Apelação Cível nº 16.313-9/99, Des. Mário Albiani, Órgão Julgador 3ª Câmara Cível do TJBA, j. em 4/4/2001).

De igual sorte, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob relatoria do Desembargador João Batista Pinto Silveira, manifestou:

“A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais

de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão". (TRF 4ª Região. AC. 2000.71.00.9347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira).

Ora, a Constituição Federal ao estabelecer em seu art. 5º, inciso XLI, que a lei punirá discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, está a dizer que sua *raison d'être* finca-se na promoção da tolerância, do bem comum e, sobretudo, no prestígio à dignidade. É em meio a essas questões que o Poder Judiciário se apresenta como genuíno depositário das expectativas sociais.

Inafastável as ponderações de Ingo Wolfgang Sarlet:

"Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração universal, manifestou-se no sentido de que 'a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais'.

Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Günter Dürig (...). Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que 'cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda'".⁵⁵

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43-44.

Assim, a preservação do indivíduo constitui o núcleo da Carta de 1988, soerguido não somente pelo respeito às diferenças, mas especialmente pela noção de dignidade. Enquanto conceito inerente à natureza humana, a dignidade atua como salvaguarda do pluralismo social, da diversidade cultural e representa inquestionavelmente o amparo aos “novos” padrões de união afetiva.

É a luz desse prisma que todos, independentemente da orientação sexual, merecem proteção equitativa e duradoura. Ainda que inexista regulamentação pertinente à matéria, compete ao magistrado, na posição de Patrono da Justiça, garantir aos desamparados visibilidade e assegurar-lhes a primazia dos direitos que perfazem as relações afetivas. Essa é a missão precípua do Judiciário; desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade e esbater-se contra a exclusão.

Releva-se que, embora ciente tratar-se a matéria *sub examine* de Questão Administrativa, julgou-se por bem emprestar-lhe os instrumentos afetos à disciplina jurídica, vez que o tripé doutrina, jurisprudência e lei revelam-se essenciais para o pleno deslinde da presente *quaestio*.

Por tal razão, parece importante trazer à colação o tratamento das uniões homoafetivas no direito comparado, termômetro de aferição do pensamento jurídico mundial.⁵⁶

Tratada de forma diversa pelas diferentes legislações ocidentais, todas, em sua base, reconhecem e atribuem consequências a essa união. Senão, veja-se: o Parlamento Europeu, em resoluções de 8 de fevereiro de 1994 e de 16 de março de 2000, concluiu pela extirpação de quaisquer formas de discriminação da pessoa homossexual, convocando maior empenho dos Estados membros no que se refere à tutela das relações familiares entre pessoas do mesmo sexo, por meio da abertura do matrimônio civil ou de um instrumento jurídico equivalente.

Na França, em 1993, alterou-se o Código de Seguridade Social – art. 161-14 – para reconhecer à pessoa que vivia com o segurado, em vida afetiva total e permanente, o direito a uma cobertura securitária em matéria de enfermidade. Paralelamente, o Estado Francês editou o Pacto

⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: *Comentários ao Novo Código Civil*. Op. cit. pp.72-88.

Civil de Solidariedade, cuja lei foi aprovada em 13 de outubro de 1999, na sequência da aprovação da *proposition de loi* nº 364, que prevê a produção de efeitos jurídicos na relação homoafetiva, modificando o art. 515-8 do Código Civil daquele país.⁵⁷ O pacto confere, outrossim, à união homossexual, vários direitos de natureza pública, tais como, possibilidade de apresentação de declaração de renda em conjunto, benefícios da seguridade social, dentre outros.

Em Portugal, a Lei 7/2001 estendeu os efeitos da união de fato heterossexual às uniões homossexuais, na esteira das legislações que expurgam toda e qualquer discriminação motivada pela orientação sexual do indivíduo. Editou-se tal norma em razão de o Tribunal Europeu de Direitos do Homem haver censurado o país por ter privado um pai homossexual do direito à tutela de sua filha.

Na Alemanha, foi promulgada a Lei de união estável homossexual, em 1º de agosto de 2001, criando, para os parceiros do mesmo sexo, um instituto para regulamentar a afetividade entre eles, à semelhança do casamento. Dentre os efeitos estão o dever de mútua assistência, a obrigação alimentícia e a responsabilidade recíproca entre os parceiros.

No direito espanhol catalão, a mesma lei que regula a união estável – Lei nº 10/1998 –, regula o reconhecimento jurídico das uniões homossexuais. Exige a norma a convivência *more uxorio* e a manifestação de vontade de que as estatuições daquela lei se aplique ao casal por meio de escritura pública outorgada conjuntamente.⁵⁸

A vizinha Argentina, atendendo às reivindicações em favor da cidadania e da inclusão social, promulgou a lei de união civil, que vigora apenas na cidade de Buenos Aires, estabelecendo regras para a união afetiva entre pessoas, independente da diversidade de sexo entre elas. A lei elege as seguintes condições para a caracterização da união de fato homossexual: convivência, lealdade, publicidade, permanência e duração,

⁵⁷ Dispõe o art. 515-8; *litteris*: “O concubinato é uma união de fato, caracterizada por uma vida em comum que apresenta um caráter de estabilidade e continuidade entre duas pessoas de diferentes ou do mesmo sexo, que vivem como casal.”

⁵⁸ Estatui o art. 1.724 da Lei 10/1998:

“Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

inexistência de impedimentos de parentesco, proibição de incesto e impossibilidade de gerar filhos comuns.

Eu poderia prosseguir para demonstrar a chancela das legislações comparadas aos pactos íntimos entre pessoas do mesmo sexo. Despiciendo, contudo.

Conclui-se invocando um dos temas mais discutidos pelos estudiosos do Direito Privado na atualidade, que concerne aos diferentes papéis do sujeito no exercício de suas liberdades civis e econômicas e, particularmente, à relevância da pessoa jurídica no tocante aos efeitos legais.

A nova civilística busca desvendar a *pessoa* por detrás do *sujeito de direito* titular de um patrimônio, ponderando sobre a utilização de parâmetros concretos para a pluralização da subjetividade jurídica inserida em uma nova racionalidade social. Atenta à rica variedade de situações existenciais que transparecem em posições concretamente detectáveis na sociedade, as fez merecedoras da tutela estatal. Assim, concretizar relações de igualdade substancial, e não meramente formal, entre os sujeitos, tornou-se imperativo para o Direito Privado neste início de século.⁵⁹

No dizer de Judith Martins-Costa, em seus comentários ao Código Civil Brasileiro de 2002:

(...) não é uniforme o tecido das relações sociais, não se apresentando a sociedade como uma harmônica sinfonia de vozes promanadas por um abstrato sujeito de direito; a metáfora da sinfonia substitui-se pela polifonia, por vezes mesmo pela cacofonia. Se na Codificação oitocentista a ficção da igualdade era o suporte ideológico dos próprios atributos das regras codificadas, quais sejam, a sua generalidade e abstração – a primeira designando “o caráter anônimo dos destinatários”, a segunda, “o caráter hipotético da ação disciplinada” – hoje em dia essa ficção não mais remanesce nas normas agora codificadas, polariza-

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações.** Volume V, Tomo II, *Op. cit.* pp. 6-7.

das que estão pela diretriz da concretude, que significa a observância da 'ética da situação'".⁶⁰

Nesse diapasão, visualizou-se a pessoa concreta em suas concretas circunstâncias, de modo a possibilitar a tutela normativa adequada à situação, tal como procedeu o Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 39/2007; o Instituto Nacional de Seguridade Nacional ao editar a Instrução Normativa nº 50, de 2001, o Ministério da Educação a Portaria Normativa nº 5, de 2009, como também o Tribunal Superior Eleitoral no acórdão nº. 24564/PA. Por fim, acrescenta-se o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ao estenderem a seus funcionários que vivem relações homoafetivas estáveis o direito de incluir seus parceiros como dependentes do plano de saúde.

Aliás, no Supremo Tribunal Federal foi interposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ, na qual é analisada a constitucionalidade da aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis.

Em que pese a aludida ADPF não ter sido ainda julgada, o Parecer oferecido pelo Advogado-Geral da União inclinou-se pelo reconhecimento dos parceiros de união homoafetivas no conceito jurídico de família em sua latitude. Sustentou:

"A persecução do bem comum, positivada na Constituição como valor fundamental, obriga o operador do Direito a tratar com equivalência as situações fáticas iguais. Não há esforço hermenêutico, destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas. Induvidosamente, constituem família".⁶¹

O momento também é oportuno para se mencionar a existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade concernente ao reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Trata-se da ADI 4277, proposta pelo Procurador-Geral da República, na qual se

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações.** Volume V, Tomo II, *Op. cit.* p. 8.

⁶¹ Parecer oferecido pelo Advogado Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, em face da ADPF nº. 132/RJ. Rel. Min. Carlos Britto.

vislumbra nítido interesse do *Parquet*, enquanto patrono de interesses individuais e sociais indisponíveis, de resguardar alianças calcadas no afeto e em projetos de vida comuns.

RECURSO CRIMINAL 2008.01.007566-1-PA

RECURSO CRIMINAL INTERPOSTO PELO MPM. DECISÃO DO JUÍZO "A QUO" QUE REJEITOU A DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA MILITAR, QUE CONDUZIA MOTOCICLETA SEM HABILITAÇÃO, ACOMPANHADO DE CARONA SEM CAPACETE. ACIDENTE DE TRÂNSITO CUJA CAUSA DETERMINANTE DO EVENTO FOI IMPUTADA A TERCEIRO. I – A **causa determinante** do acidente de trânsito foi o fato de o condutor do veículo Polo, sem o cuidado necessário exigido pelas normas de trânsito, ter adentrado à via preferencial por onde trafegava a motocicleta conduzida pelo Denunciado, produzindo o resultado danoso (homicídio culposo). II – As irregularidades inerentes à falta de habilitação do condutor da motocicleta e à falta do uso de capacete pelo carona não podem ser apontadas como influenciadoras do resultado. III – Irretocável a Decisão do Juízo a quo, que rejeitou a Denúncia oferecida pelo Órgão Ministerial. Recurso Criminal improvido. Maioria.

Relator – Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo.

Relator P/ o Acórdão – Min. Dr. Ministro José Coêlho Ferreira.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 8ª CJM, de 04/06/2008, proferida no IPM nº 22/08, que rejei-

tou a denúncia oferecida contra o ex-MN JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR, como incurso no art. 206, *caput*, do CPM.

Advogado – Dr. Antônio Maria de Freitas Leite Junior, Defensor Dativo.

Decisão - O Presidente, na forma do art. 67, parágrafo único, do inciso I, do RISTM proclamou decisão negando provimento ao recurso do Ministério Público Militar para manter na íntegra a Decisão do Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 8ª CJM, de 04/06/2008, proferida nos autos do IPM nº 22/08, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o ex-MN JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR, como incurso no art. 206, *caput* do CPM. Os Ministros MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO (Relator), OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS, ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO e WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS davam provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, desconstituindo a Decisão **a quo**, receber a Denúncia, determinando a baixa dos autos para o prosseguimento do feito. Relator para o Acórdão Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA. O Ministro Relator fará voto vencido.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar designado, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coelho Ferreira, Marcus Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignácio 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. Presente a Secretária do Tribunal Pleno, Sonja Christian Wriedt. (Extrato da Ata 88ª Sessão, 25.11.2008).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, no sentido de negar provimento ao recurso do Ministério Público Militar para manter íntegra a Decisão do Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 8ª CJM, de 04/06/2008, proferida no IPM nº 22/08, que rejeitou a Denúncia

oferecida contra o ex-MN JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR, como incurso no art. 206, *caput*, do CPM.

Superior Tribunal Militar, em 25 de novembro de 2008 – Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre, Ministro-Presidente – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Criminal interposto pelo Ministério Público Militar contra a Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 8ª CJM, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o ex-MN JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR, como incurso no art. 206, *caput*, do CPM (homicídio culposo), sobre a alegação de não constituir o fato crime militar, a teor do art. 78, letra “b”, do CPPM.

2. A Denúncia de fls. 02/04 tem por base o IPM Nº 22/08, instaurado na Base Naval de Val-de-Cães, em Belém/PA.

3. Consta da Denúncia que, no dia 19 de dezembro de 2007, o ora Denunciado conduzia a moto Honda CG TITAN 125 CC KSE, de placa JUE-0993, ano 2002, em direção à sua casa e, no trajeto, encontrou o MN-RC ELIAS DA SILVA RODRIGUES, o qual se dirigia ao Hospital Naval de Belém, a fim de realizar exame de inspeção de saúde para licenciamento/reengajamento do serviço ativo da Marinha. Nessa ocasião, o Denunciado resolveu oferecer carona ao MN-RC ELIAS, não obstante este não possuísse capacete. Trafegando pela Avenida Artur Bernardes, o Denunciado deparou-se com uma viatura da Polícia Militar. Como não possuía carteira de habilitação e ainda em virtude de seu carona estar sem capacete, o Denunciado desviou o caminho pela Rua do Canal da Independência, quando, no cruzamento com a Travessa Alferes Costa, a moto em que os militares estavam foi atingida na sua lateral direita por um veículo VW POLO, de cor preta, cujo motorista fugiu do local sem prestar socorro.

4. Em decorrência da colisão, o ora Denunciado e o marinheiro ELIAS foram lançados violentamente em direção à esquina do cruzamento das aludidas vias, de modo que este veio a bater

com a cabeça no meio-fio, ao passo que o condutor bateu com a cabeça em um poste, só não vindo a sofrer mais com a pancada, em razão de estar com o capacete, o qual inclusive rachou. Com ferimentos na perna e apresentando sinais de traumatismo crânio-encefálico, o MN-RC ELIAS, machucado e inconsciente, foi assistido no local por algumas pessoas até a chegada da ambulância do Serviço de Atendimento Médico de Urgência (SAMU). Em seguida, foi removido para o Hospital Naval de Belém e, de pronto, removido para a Unidade de Terapia Intensiva, sendo entubado e mantido sob ventilação mecânica. O MN-RC ELIAS submeteu-se a exame de tomografia computadorizada, no Hospital Saúde da Mulher, onde se atestou fratura do osso frontal e lesão encefálica frontal grave, com múltiplos pontos de hemorragia associados a edema cerebral.

5. Consta, ainda, da Denúncia que, em 26 de dezembro de 2007, foi declarada a morte encefálica do MN-RC ELIAS após a avaliação do neurocirurgião, tendo sido mantido ainda o suporte clínico intensivo, de modo que, no dia 30 do referido mês, o MN-RC ELIAS veio a falecer após uma parada cardio-respiratória, conforme atesta a Certidão de Óbito de fl. 21.

6. Alfim, entendeu o *Parquet* que o ex-MN JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR agiu com imprudência ao dirigir a motocicleta sem possuir carteira de habilitação e ao transportar a vítima sem o necessário capacete, não prevendo o resultado danoso que era previsível naquelas circunstâncias. Que, em assim procedendo, o Denunciado incidiu no delicto de homicídio culposo, consoante prevê o art. 206, *caput*, do CPM, posto que não empregou o cuidado objetivo necessário, fixado nas regras de trânsito brasileiras, que exigem a habilitação necessária para condução de motocicletas e tornam obrigatório o uso de capacetes em motos, inclusive para o carona, dando causa a uma lesão que levou ao óbito do MN-RC ELIAS.

7. A Denúncia foi rejeitada por Decisão de fls. 261/264, entendendo MM. Juiz-Auditor Substituto que a Denúncia devia ser rejeitada, com fulcro no art. 30, inciso I, da LOJM, c/c o art. 78, alínea "b", do CPPM, em atendimento ao comando supremo do art. 37 da Constituição, por considerar que não há conduta típica de competência da Justiça Militar a apurar e punir. Decidiu, ainda, determinar o envio dos autos à PGE, por cópias autenticadas, por vis-

lumbrar evidências de crime comum, praticado na direção de veículo automotor.

8. Ao tomar ciência da referida Decisão, o *Parquet Militar* interpôs o presente recurso à fl. 271, aduzindo as razões de fls. 275/277.

8.1 Alegou o Órgão Ministerial, nas suas razões, que estão presentes todos os elementos de um injusto culposos, quais sejam, a inobservância do cuidado objetivamente devido pelo MN-RC JORCEAN, em conduzir a motocicleta sem a pertinente habilitação e sem que o carona portasse o capacete; a produção do resultado morte involuntário; o nexos causal entre a falta do capacete (inobservância do dever de cuidado) e a morte; e a previsibilidade objetiva por parte do MN-RC JORCEAN, que tinha condições de entender a gravidade e as conseqüências de sua conduta.

8.2 E concluiu pela existência de justa causa para embasar a denúncia oferecida pelo MPM, em atenção aos requisitos previstos nos arts. 30 e 77, ambos do CPPM, requerendo, com fulcro no art. 516, "d", do mesmo Diploma legal, o integral provimento do Recurso ora interposto, para que seja determinando o conseqüente recebimento da denúncia, dando-se início ao processo, nos termos da lei.

9. A Defesa, nas suas Contra-Razões de fls. 300/301, pugnou pelo improvimento do Recurso para que seja mantida a Decisão ora hostilizada.

10. Pelo Despacho de fl. 303, o MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM manteve a Decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

11. Os autos, então, foram distribuídos para a relatoria do eminente Ministro Altesq MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, conforme a Ata de fls. 310.

12. Dada vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, esse opinou pelo conhecimento e provimento do Recurso Criminal, para o fim de receber a Denúncia oferecida contra o ex-Marinheiro JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR, como incurso no art. 206, *caput*, do CPM.

É o relatório.

VOTO

O *Parquet* Militar tomou ciência da Decisão do Juízo em 16/06/2008 e interpôs o presente recurso em 17/06/2008. Portanto, dele conheço eis que tempestivo.

2. Trata-se, portanto, de Recurso Criminal manejado pelo Ministério Público Militar contra a Decisão do Juízo da Auditoria da 8ª CJM, que rejeitou a Denúncia ofertada por esse Órgão Ministerial, com suporte no art. 78, letra "b", do CPPM, em virtude de o fato narrado não constituir evidentemente crime da competência da Justiça Militar.

3. Emerge dos autos que a dinâmica do acidente de trânsito ocorreu da seguinte forma: O ex-Marinheiro JORCEAN, com o seu carona MN-RC ELIAS, conduzia a sua motocicleta pela Rua Canal da Independência, quando, no cruzamento com a Travessa Alferes Costa, a moto foi atingida por um veículo Polo, de cor preta, cujo motorista evadiu-se do local do acidente sem prestar socorro às vítimas.

4. Ora, conforme os depoimentos das testemunhas acostados aos autos e o Laudo de Exame Pericial Indireto de fls. 248/250, a **causa determinante** do acidente foi o fato de o veículo Polo adentrar à via preferencial, sem a observância das regras de trânsito, dando causa, culposamente, ao resultado morte do MN-RC ELIAS e à lesão corporal no ora Denunciado.

5. O fato de o condutor da motocicleta encontrar-se sem a habilitação e o seu carona desprovido de capacete em nada altera a imputação do evento ao seu causador. Vale dizer, as situações em que se encontravam o condutor e o carona, apesar das flagrantes irregularidades, não podem ser apontadas como influenciadoras do resultado desse evento. Portanto, não há espaço para se concluir que o ex-Marinheiro JORCEAN tenha concorrido para o crime descrito no art. 206, *caput*, do CPM, seja dolosamente, seja culposamente.

6. Aliás, são bem elucidativas as razões de decidir lançadas na Decisão de fls. 261/264, da lavra do Dr. JOSÉ MAURÍCIO PINHEIRO DE OLIVEIRA, Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 8ª CJM, *in litteris*:

“Considerando a sistemática do art. 29 do Código Penal Militar que define a relação de causalidade, a morte do MN-RC ELIAS somente pode ser imputável a quem lhe deu causa, considerada na omissão sem a qual o resultado morte não teria ocorrido. Assim, como há causas e condições que podem ter concorrido para o resultado, sob pena de se imputar ao inocente, ou inocentes, o resultado morte. Para tal é necessário a utilização do método hipotético de eliminação(sic) de Thyrén. A conhecida e inteligente fórmula do professor sueco nada mais é do que um processo mental de eliminação. Para se considerar determinado fato como causa do resultado é preciso, em primeiro lugar, pensar no fato que se entende como influenciador do resultado; depois, deve-se suprimir mentalmente esse fato da cadeia causal; por fim, se a consequência da eliminação mental for a modificação do resultado, então, o fato suprimido mentalmente é a causa do resultado.

Está cristalinamente demonstrado no sumário apuratório que, foi um automóvel VW Pólo, preto, que atropelou violentamente os militares que transitavam em uma moto, logo é este o fato influenciador no resultado. Eliminando mentalmente a presença do Pólo, ou seja, retirando-se o automóvel do local do acidente, então o resultado que se tem é uma motocicleta pilotada por um condutor sem habilitação, carregando um passageiro sem capacete, isto é, situação que afronta a norma do Código de Trânsito Brasileiro, mas morte não se tem, nem lesão corporal. A operação mental leva inexoravelmente à conclusão de que foi o condutor do Pólo preto quem deu causa ao resultado morte, e não o MN-RC JORCEAN.

Sendo, assim, nem em tese, é possível afirmar que o Marinheiro denunciado foi o autor de um delito culposos. Indubitavelmente houve um homicídio culposos e lesão corporal cumposita(sic) na direção de veículo automotor, sem que se identificasse o autor o qual evadiu-se do local do acidente. Trata-se de crime tipificado no CTB, posto que, os militares não se encontravam na circunstância do art. 9º, inciso III, em qualquer de suas letras, e por tal, com toda certeza, crime militar não há.

A par dessas questões de ordem técnico-jurídicas, inobservadas pelo Órgão denunciante, não se pode fechar

os olhos ao fato de que o MN-RC JORCEAN também saiu ferido do acidente, muito embora utilizasse o capacete, sendo, inclusive hospitalizado. Perdeu um amigo que tentava ajudar e teve o veículo danificado. Destarte já sofreu em demasia por sua conduta irregular, sendo que submetê-lo a um processo penal, quando desde já é sabido que foi outra pessoa quem concorreu para o evento, seria por demais injusto e até desumano.

Ora, se a conduta narrada na Denúncia não constitui evidentemente crime de competência da Justiça Militar, como é o caso, então, a Denúncia deve ser rejeitada com fundamento(sic) no art. 78, alínea "b", do CPPM.

Imperioso registrar, por fim que, o processo penal tem a finalidade de apurar um fato criminoso para punir seu autor. Neste atuar, em nome da sociedade, o Poder Judiciário deve ser eficiente pois a Constituição Federal impõe tal dever como princípio no seu art. 37. Ora, se desde já é sabido que o denunciado não deu causa ao resultado morte, então, a instauração de uma ação penal mostra-se totalmente ineficiente ao fim a que se destina, e no anverso tornaria o princípio estabelecido na Carta Magna, letra morta. Por mais este motivo a denúncia convém ser rejeitada.

ISTO POSTO.

Decido rejeitar a presente Denúncia com fulcro no art. 30, inciso I, da LOJM, c/c o art. 78, alínea "b", do CPPM, atendendo ao comando supremo do art. 37 da Constituição, por considerar que não há conduta típica de competência da Justiça Militar a apurar e punir. Contudo, determino o envio dos autos, por cópias autenticadas a PGE, ao vislumbrar evidências de crime comum, praticado na direção de veículo automotor." (os destaques não são do original).

7. Dessa forma, restou patente que o responsável pela **causa determinante do acidente** e, em conseqüência, pelo resultado morte do MN-RC ELIAS, foi o condutor do veículo Polo, o qual evadiu-se do local, não havendo justa causa para que seja inaugurada Ação Penal contra o ex-Marinheiro JORCEAN.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Alt Esq MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO
RECURSO CRIMINAL Nº 2008.01.007566-1-PA

Do Ministro Alte. Esq. Marcos Augusto Leal de Azevedo, proferido no julgamento do Recurso Criminal nº 2008.01.007566-1/PA, realizado na 88ª Sessão, de 25 de novembro de 2008.

Votei divergindo da maioria por entender que o ex-MN JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR deveria responder pelo fato, perante a Justiça Militar da União.

Ainda que os autos apontem a autoria do atropelamento ao motorista do veículo, “automóvel VW Polo, preto”, há que se perquirir se a conduta do MN Jorcean contribuiu de alguma forma para o fator morte do seu colega carona. Afinal, o indiciado conduzia a vítima numa motocicleta sem possuir habilitação e ainda deixou de empregar meio obrigatório fixado pela lei brasileira de trânsito – o uso de capacete para o carona –, destacando-se que o MN Elias sofreu traumatismo craniano em face do acidente.

Olhando-se por este lado, tem-se um fato envolvendo um militar da ativa contra outro militar da ativa, o que, de acordo com art. 9º, inciso II, letra “a” do CPM, atrai a competência para a Justiça Militar da União.

Tem-se como atendidos os pressupostos do art. 78 do CPPM.

A culpabilidade do ora indiciado, todavia, seria melhor avaliada por ocasião da instrução criminal.

Eis o motivo pelo qual dei provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, desconstituindo a decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, de 04 de junho de 2008, receber a denúncia oferecida contra o ex-MN JORCEAN THOMPSON VASCONCELOS DE OLIVEIRA JUNIOR, nos autos do o IPM nº 22/08, determinando a baixa dos autos para prosseguimento do feito.

Brasília, DF, 25 de novembro de 2008.

MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO
Almirante-de-Esquadra
Ministro-Relator

RECURSO CRIMINAL 2009.01.007635-8-PA

RECURSO CRIMINAL. USO
DE DOCUMENTO FALSO PERANTE A
ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ILÍCITO
PRATICADO POR CIVIL. COMPE-

TÊNcia DA JUSTIÇA MILITAR. CON-FIGURAÇÃO. Delito de uso de documento falso, praticado por civil, perante a Administração Militar, em tese, se coaduna com o tipo penal do art. 315, do Diploma Penal castrense, caracterizando crime impropriamente militar com supedâneo no art. 9º, inciso III, alínea "a", ou no art. 9º, inciso I, 1ª parte, ambos do CPM. Fixação da competência, na jurisdição especializada, em decorrência do lugar da infração. Cassando a Decisão atacada, declarou-se a competência do Juiz-Auditor da Auditoria da 10ª CJM para conhecer os fatos noticiados no IPM. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Relatora – Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Recorrente – O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, de 2/3/2009, proferida nos autos do IPM nº 06/09, que declarou a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Civil FRANCISCO PAULO DA SILVA MESQUITA.

Advogado – Dr. Dennis Luiz de Abreu.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao recurso do Ministério Público Militar para, cassando a Decisão atacada, declarar a competência do Juiz-Auditor da Auditoria da 10ª CJM para conhecer os fatos noticiados no IPM nº 06/09, referente ao Civil FRANCISCO PAULO DA SILVA MESQUITA.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, 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. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva

Junior e Marcos Augusto Leal de Azevedo. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 84ª Sessão, 27.10.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar em, por unanimidade, dar provimento ao Recurso do MPM para, cassando a Decisão atacada, declarar a competência do Juiz-Auditor da Auditoria da 10ª CJM para conhecer os fatos noticiados no IPM nº 06/09, referente ao Civil FRANCISCO PAULO DA SILVA MESQUITA.

Brasília-DF, 27 de outubro de 2009 – Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Presidente – Drª. *Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, Ministra-Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso interposto pelo Ministério Público Militar, com fulcro no art. 146 do CPPM, contra a Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, de 2 de março de 2009 (fls. 104/107), proferida nos autos do IPM nº 06/09, que declarou a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Civil FRANCISCO PAULO DA SILVA MESQUITA.

Pela Portaria nº 82/CPAOR, de 10 de novembro de 2008 (fl. 5), o Capitão-de-Mar-e-Guerra KLEBER SILVA DOS SANTOS, Capitão dos Portos da Amazônia Oriental, determinou a instauração de Inquérito Policial Militar (Reservado), com vistas à averiguação relativa a indícios de cometimento de crime envolvendo falsificação e porte de Caderнета de Inscrição e Registro (CIR) de que tomara conhecimento.

Os indícios do delito objeto da apuração foram noticiados em documento enviado pelo Capitão dos Portos do Ceará (fl. 6), em razão da apreensão, naquela Capitania, de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) e de Certificado do Curso Especial de Mestre de Cabotagem.

Encerrados os procedimentos apuratórios, o Primeiro-Tenente RICARDO VIANA GUIMARÃES SUZANA, Encarregado do IPM, em 8 de janeiro de 2009 (fls. 68/69), mesmo sem ter procedido à oitiva do indiciado, que dar-se-ia por carta precatória (cumprida em 9/1/09; in-

terrogatório juntado às fls. 96/98), encaminhou os autos à autoridade militar que determinou a abertura do inquérito.

O Encarregado do IPM, em conclusão, manifestou:

“(...) que há indícios de prática delituosa cometida pelo cidadão civil FRANCISCO PAULO DA SILVA MESQUITA por estar portando uma CIR com falsificação da etiqueta de Mestre de Cabotagem e um Certificado de Conclusão de curso falso, dos quais não há qualquer registro de emissão pela Capitania dos Portos da Amazônia Oriental e pelo Centro de Instrução Almirante Braz de Aguiar respectivamente.” (fl. 69)

Em solução de IPM, datada de 13 de janeiro de 2009 (fl. 72), o Capitão dos Portos da Amazônia Oriental, CMG KLEBER SILVA DOS SANTOS, determinou:

“(...) que sejam enviadas cópias do relatório e da solução para: o Comando do 4º Distrito Naval, a Diretoria de Portos e Costas, o Centro de Inteligência da Marinha e a Capitania dos Portos do Ceará;

(...) que seja enviada cópia do relatório e da solução ao Departamento de Segurança do Tráfego Aquaviário, para que seja instaurado o Procedimento Administrativo para aplicação das penalidades e/ou medidas administrativas previstas, conforme determinado no item 0109 da NORMAM-13; e

(...) o encaminhamento dos presentes autos de IPM ao Juiz-Auditor Distribuidor da 8ª CJM, de acordo com o artigo 23 do CPPM”.

Ao aportar no Juízo Militar (Auditoria da 8ª CJM), o mencionado inquérito foi autuado como IPM nº 06/09. A autoridade judiciária, ainda, determinou a juntada do inteiro teor do *Habeas Corpus* nº 90.451-3/SP, julgado pela Suprema Corte em 5 de agosto de 2008, cuja ementa transcrevo:

“COMPETÊNCIA – JUSTIÇA MILITAR VERSUS JUSTIÇA FEDERAL STRICTO SENSU – CRIME DE FALSO – CARTEIRA DE HABILITAÇÃO NAVAL DE NATUREZA CIVIL. A competência para julgar processo penal a envolver a falsificação de carteira de habilitação naval de natureza civil é da Justiça Federal, sendo titular da ação o Ministério Público Federal.”

Em manifestação de fls. 87/88, o membro do Ministério Público Militar que atua junto à Auditoria da 8ª CJM ressaltou que o caso vertente trata de uso de documento falso perante a Administração Militar, ocorrido na cidade de Fortaleza/CE, âmbito jurisdicional da Auditoria da 10ª CJM.

Reforçou o *Parquet Milicien* conhecer o dito acórdão do Supremo Tribunal Federal. No entanto, em face do critério territorial de determinação de competência, caberia ao membro do MPM, do local onde tenha ocorrido o delito, manifestar-se a respeito da *quaestio*.

Com espeque nos arts. 146 e 398 do Código de Processo Penal Militar, o d. Promotor da Justiça Militar suscitou a incompetência do Juízo da 8ª CJM para apreciar os fatos apurados no feito (IPM nº 06/09), devendo, portanto, declinar da competência em favor da Auditoria da 10ª CJM.

Acolhendo, parcialmente, a citada manifestação do órgão ministerial, o Dr. JOSÉ MAURÍCIO PINHEIRO DE OLIVEIRA, Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, em 2 de março de 2009, com fulcro no art. 30, inciso XXIV, da LOJM, c/c os arts. 78, § 3º, e 146, ambos do CPPM, declarou a incompetência daquele Juízo para conhecer o feito e, por conseguinte, determinou o envio dos autos do IPM nº 06/09 à Seção Judiciária Federal da capital paraense.

O Ministério Público Militar foi intimado da aludida decisão em 5 de março do fluente ano e, no dia seguinte, inconformado com o *decisum*, interpôs recurso em sentido estrito.

O órgão ministerial, nas razões recursais (fls. 116/122), requereu o integral provimento ao presente recurso, com a consequente reforma da decisão atacada, seguindo-se a declinação da competência para a Auditoria da 10ª CJM.

O indiciado foi intimado para constituir defensor (fls. 111 e 125), e assim procedeu, consoante documentos de fls. 127/128.

O causídico foi notificado para contra-arrazoar, conforme documentos de fls. 132/133. A medida encetada restou infrutífera. Sucedeu-a a expedição da Carta Precatória Intimatória nº 15/2009 (Apenso 1) para a Auditoria da 10ª CJM, com vistas a notificar o advogado constituído a fim de que, no prazo legal, oferecesse as contrarrazões ao recurso interposto pelo MPM.

Por derradeiro, as contrarrazões foram apresentadas no Juízo da Auditoria da 8ª CJM e juntadas em 11/5/09 (fls. 139/140). Na peça processual formalizou-se defesa de mérito sobre a prática ilícita, em tese, atribuída ao indiciado. Aduziu-se que o indiciado é pessoa leiga, sem conhecimentos profundos sobre a atividade laboral que exercia, sendo induzida a erro por outrem (de alcunha: Professor Carlos) que lhe apresentara oportunidade de ter um título (Mestre de Cabotagem), repassando-lhe documentos reputados por verdadeiros, a saber: Carteira de Inscrição e Registro (CIR), Certificado de Conclusão de Curso de Aquaviário e a etiqueta de dados pessoais de Mestre de Cabotagem. Frisou-se ser o Sr. Francisco Paulo, cujo grau de instrução corresponde ao ensino fundamental, desprovido de conhecimentos necessários à feitura de falsificação documental. Aduziu-se, ademais, que o civil, em razão de sua boa-fé, é merecedor da presunção de inocência.

Abrindo um parêntese, cumpre destacar que o Juízo *a quo*, à fl. 141, determinou a juntada de cópia do Telex enviado pela Presidência da 2ª Turma do STF, em que Sua Excelência Ministra ELLEN GRACIE comunica a decisão daquele Colegiado, de 31 de março do corrente ano, por ocasião do julgamento do HC nº 96.561, em que foi deferida a ordem de *habeas corpus* para declarar a incompetência da Justiça Militar da União para o Processo nº 32/06-0, julgado pelo Conselho de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, anulando-o desde o recebimento da denúncia e, por conseguinte, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal. O citado processo anulado trata de falsificação de CIR, em que é réu o civil CARLOS NUNES AZEVEDO, por incursão nos arts. 312 (2 vezes) e 311, c/c arts. 53 e 80, todos do CPM.

A ementa do julgado do STF acima citado ficou assim formulada:

“EMENTA: COMPETÊNCIA. Criminal. Ação penal. Falsificação de Cadernetas de Instrução e Registro (CIRs), expedidas pela Marinha. Licença de natureza civil. Inexistência de prejuízo patrimonial a instituição militar. Infração comum em dano de interesse da União. Incompetência da Justiça Militar. Feito da competência da Justiça Federal. HC concedido. Aplicação dos arts. 21, XXII, 109, IV, e 144, § 1º, III, todos da CF. Precedente. É da Justiça Federal a competência para processar e julgar ação penal por falsificação de Caderneta de Instrução e Registro - CIR, expedida pela Marinha.”

(HC nº 96.561. Relator Ministro CEZAR PELUSO. Órgão Julgador: 2ª Turma do STF. Julgamento: 31/3/2009. Publicação: DJe-104, de 5/6/2009).

Semelhante discussão foi perpetrada nesta Casa de Justiça castrense, por conta da impetração intentada na forma do HC nº 2008.01.034490-0/PA, decidido em 8/5/2008. Segue a transcrição da ementa:

"Habeas Corpus. Paciente condenado em primeira instância por infração aos arts 311 e 312, ambos do CPM. Ação delituosa consistente na falsificação de Cadernetas de Instrução e Registro (CIRs) expedidas pela Marinha do Brasil. Pedido de anulação do processo, a partir da denúncia, sob alegação de falta de jurisdição da Justiça Militar da União. Improcedência. Reiteração de arguição de incompetência suscitada como preliminar no julgamento em primeiro grau. Laudo Pericial da DPF/PA apontando falsidades material e ideológica idôneas a enganar e produzir efeitos. Crime militar configurado (CPM, art. 9º, III, "a"), porquanto a conduta delituosa perpetrada contra a Marinha, ainda que no exercício de atividade subsidiária, atingiu a fé pública e a ordem administrativa militar. Conhecido o pedido de "habeas corpus" e denegada a ordem. Unânime."

(HC nº 2008.01.034490-0/PA. Relator Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES. Julgamento: 8/5/2008. Publicação: 2/6/2008).

Para além, se houvesse idônea comprovação de que a produção da falsidade documental de que trata o IPM Nº 06/09 fora perpetrada pelo civil CARLOS NUNES DE AZEVEDO, conforme certidão acostada à fl. 102 destes autos, este novo ilícito se associaria com os que deram ensejo à instauração de outras duas ações penais (Processos 20/07-0 e 22/07-2) que, igualmente, versam sobre delitos de falsidade documental, tipificados no art. 311 do CPM. O primeiro processo com apelo formalizado pela Defesa ao STM [Apelação nº 2009.01.051272-1/PA - em andamento] e o segundo em fase de instrução criminal [no entanto foi interposto recurso pelo MPM, autuado nesta Corte como Recurso Criminal nº 2009.01.007647-1/PA, atacando decisão do Conselho de Justiça que declarou a incompetência da JMU para o processo e julgamento do feito].

No recurso *sub examine*, o Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM, na forma do art. 520 do CPPM, manteve a decisão ora recorrida (fl. 144).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por intermédio de Parecer da lavra do Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (fls. 152/155), pronun-

cia-se favoravelmente ao provimento do recurso, para, desconstituindo a decisão recorrida, declarar a competência do Juízo da Auditoria da 10ª CJM para conhecer dos fatos noticiados no IPM nº 06/09.

Relatados, decide-se.

VOTO

O recurso é tempestivo, cabível – em razão do que dispõe o art. 146 do CPPM –, e interposto por parte legítima e interessada. Assim, preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Merece provimento o apelo, conforme motivos a seguir expostos, pelo que a Decisão guerreada há de ser reformada.

A questão trazida verte-se sobre definição e exercício de competência.

Eduardo Espínola Filho define-a como a *“capacidade jurisdicional que a organização judiciária atribui a cada órgão jurisdicional, a cada juiz”*.⁶²

Ao introduzir o tema, Tourinho Filho faz a seguinte abordagem:

*“Embora a jurisdição seja una, como poder soberano do Estado, é evidente que não pode ser exercida ilimitadamente por qualquer juiz. (...) Razões várias, inclusive aquelas oferecidas pela divisão do trabalho, levaram o Estado a fixar o exercício do Poder Jurisdicional dentro de certos limites. Pode-se, pois, conceituar a competência como sendo o âmbito, legislativamente delimitado, dentro no qual o órgão exerce o seu Poder Jurisdicional.”*⁶³

De modo prático, Fernando Capez ministra que:

“(...) competência é a delimitação do poder jurisdicional (fixa os limites dentro dos quais pode prestar jurisdição). Aponta quais os casos que podem ser julgados pelo órgão do Poder Ju-

⁶² ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro anotado. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, vol. 2, p. 82.

⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2007, 29ª ed. revista e atualizada, vol. 2, pp. 75/76

diciário. É, portanto, uma verdadeira medida da extensão do poder de julgar.”⁶⁴

A determinação de competência segue parâmetros definidos na legislação, observando critérios estritamente técnicos com vistas à sua padronização e plena aplicação.

Em obra conjunta, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho aduzem:

*“A função jurisdicional, que é uma só e atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para o processo: por meio das regras constitucionais e legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la, em concreto.”*⁶⁵

A delimitação do poder de julgar é feita inicialmente no plano constitucional, onde, inclusive, junto com os outros ramos especializados do Poder Judiciário, tem sede a Justiça Militar da União.

Nesse diapasão, aduz Tourinho Filho:

*“A primeira delimitação é feita pela Carta Magna, distribuindo o poder de julgar entre os vários Órgãos Jurisdicionais, de acordo com a natureza da lide. Assim, os Órgãos Jurisdicionais militares (Tribunais e Juízes Militares) processam e julgam apenas as causas enumeradas no art. 124 da Constituição (...). É a fixação da competência **ratione materiae** no plano constitucional.*

Determina a Constituição que ‘os crimes militares definidos em lei’ serão processados e julgados por determinada categoria de Órgãos Jurisdicionais. Como esses Órgãos Jurisdicionais exercem apenas aquela porção do poder da jurisdição, processando e julgando, tão-somente, as infrações de natureza militar, denominou-se ‘jurisdição militar’ ou ‘Justiça Militar’ a atividade jurisdicional visando à composição dessas lides. Assim, embora

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2007, 14ª ed. revista e atualizada, p. 202.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 9ª edição revista, atualizada e ampliada, p. 47.

os órgãos que solucionam tais conflitos estejam investidos do Poder Jurisdicional, somente poderão processar e julgar aquelas causas. Eles, então, só podem exercer a atividade jurisdicional dentro daqueles limites.⁶⁶

Doutrinariamente, é remansoso que o primeiro critério definidor da competência é o relativo à matéria apreciada, ou seja, o *ratione materiae*. Não obstante, existem para situações excepcionais outros modos de defini-la. Assim, podemos citar, ainda, o critério *ratione loci* e o *ratione personae*.

Cabível, neste instante, um esclarecimento trazido por Tourinho Filho, quando trata dos critérios para a determinação do juiz competente:

*“Como se percebe, a competência **ratione materiae** não se constitui critério de fixação de foro, mas sim de juízo. (...) Suponha-se ter ocorrido um crime de furto na Comarca de Bauru. Qual o foro competente? O do lugar onde o furto se consumou. Onde se consumou? Em Bauru. Logo, o processo deverá tramitar pela Comarca de Bauru. Mas em Bauru há quatro juízos (...). O processo tramitaria pelo juízo da 1ª Vara, porque, **ratione materiae**, isto é, pela natureza da infração, a Lei de Organização Judiciária lhe conferiu tal competência.”⁶⁷*

A seu turno, Eugênio Pacelli de Oliveira sustentou:

“Já a competência material constitucional diz respeito à fixação de competência por jurisdição, em razão da matéria reservada a cada uma delas; à Justiça Federal, a matéria de direito no âmbito federal (envolvendo os interesses da União, autarquias e empresas públicas federais); à Justiça Eleitoral, a matéria de Direito Eleitoral; à Justiça Militar, a matéria de Direito Militar, e assim por diante.”⁶⁸

No campo criminal uma sucessão de análises prévias de circunstâncias envoltas no crime, bem como relativas às pessoas envolvidas no delito são desencadeadas, para, alfim, firmar-se o Juízo competente. De posse das informações concretas, várias perguntas são formalizadas com

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, 29ª ed. revista e atualizada, vol. 2, p. 77.

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, 29ª ed. revista e atualizada, vol. 2, p. 122.

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, p. 240.

vistas a aferir a competência. Ada Pellegrini e os autores acima mencionados ministram esclarecimentos sobre a temática:

“A observação dos dados fundamentais e das características da organização judiciária brasileira torna possível determinar os diversos passos da caminhada por meio da qual a jurisdição sai do plano abstrato e chega à realidade concreta da atribuição do seu exercício a determinado juiz, com referência a determinado processo.

São as seguintes as fases desse iter, cada qual representando uma questão a ser resolvida:

- a) competência de jurisdição (qual a Justiça competente?)*
- b) competência hierárquica (competente o órgão superior ou inferior?)*
- c) competência de foro (qual a comarca, ou seção judiciária, competente?)*
- d) competência de juízo (qual a vara competente?)*
- e) competência interna (qual o juiz competente?)*
- f) competência recursal (competente o mesmo órgão ou um superior?)”*.⁶⁹

Em complementação, nessa mesma esteira, ensina Fernando Capez:

*“Desse modo, em primeiro lugar, deve-se procurar saber se o crime deve ser julgado pela jurisdição comum ou especializada; depois, se o agente goza ou não da garantia de foro privilegiado; em seguida, qual o juízo dotado de competência territorial; por último, dentro do juízo territorialmente competente, indaga-se qual o juiz competente, de acordo com a natureza da infração penal e com o critério interno de distribuição.”*⁷⁰

Exsurge da presente *quaestio*, como de relevância inexorável, o princípio do juiz natural. Recorro aos substanciais apontamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 9ª edição revista, atualizada e ampliada, p. 48.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, 14ª ed. revista e atualizada, p. 219.

"(...) o princípio do juiz natural, instituído racione materiae e racione personae, configura hipótese de competência absoluta, inafastável por vontade das partes processuais, revelando a natureza pública do interesse em disputa, somente se admitindo a sua flexibilização por oportunidade de aplicação de norma da mesma estatura, ou seja, de norma ou princípio igualmente constitucionais. (...)

Observe-se, porém, que a fundamentação do princípio encontra suas raízes na vedação do juízo ou tribunal de exceção, quando se exige a identificação do órgão jurisdicional antes do cometimento do crime, e na regra do juiz constitucionalmente competente, instituído em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função. (...)

*O juiz natural deve ser identificado, então, na qualidade da jurisdição, e não na pessoa do juiz."*⁷¹

Prosseguindo, o festejado autor correlacionou o princípio do juiz natural com a competência relativa e a competência absoluta, trazendo significativo ensino:

"(...) a eleição do juiz natural, não só pelo fato de se tratar de norma de natureza constitucional, mas também em razão da preocupação com a qualidade da prestação ou, como preferimos, da tutela jurisdicional, implica a escolha do juiz mais adequado ou da melhor jurisdição para o julgamento do caso penal.

(...) em razão da matéria, a jurisdição mais adequada, por critérios de ponderável racionalidade, será aquela que ordinariamente julga crimes federais, isto é, a jurisdição especializada em crimes federais. O mesmo serve para explicar as razões pelas quais não se deve admitir uma decisão judicial proferida pela Justiça Militar em crime comum ou uma decisão da Justiça do Trabalho em matéria criminal.

Diz-se, portanto, que uma competência é absoluta quando ela não puder ser flexibilizada, é dizer, quando estiver em risco a própria jurisdição como Poder Público, como constitucionalmente responsável pela tutela da questão penal. Aqui, o interesse é eminentemente público, indisponível e inafastável por

⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, pp. 178/179.

qualquer decisão dos interessados que concretamente estejam integrando determinada relação processual, sejam elas partes (acusado, Ministério Público, assistentes de acusação), seja o próprio órgão julgador. Trata-se, pois, de interesse metaprocessual [ultrapassa o limite do interesse dos envolvidos em determinado processo para atingir todo e qualquer outro processo] (...)

Já a competência relativa, ou territorial, é aquela que, como é intuitivo, pode ser flexibilizada ou (...) relativizada, dependendo do exame concreto de determinada relação processual e do interesse das partes envolvidas. Explica-se.

Como já mencionado, as regras infraconstitucionais de competência têm em vista a tutela imediata do processo em curso, de modo a conduzir ou possibilitar um provimento judicial final o mais acertado possível.⁷²

No âmbito do processo penal militar, utilizando como referencial o art. 85, inciso I, alínea "a", c/c o art. 88, ambos do CPPM (e, semelhantemente, dispõe o art. 70 do CPP), a fixação da competência, via de regra, levará em conta o lugar em que a infração se consumou – *locus delicti commissi*. A propósito, doutrina Tourinho Filho:

"Entendeu o legislador que o Juiz competente para processar e julgar uma causa criminal é o do lugar onde a infração se consumou (locus delicti commissi). Este é o foro comum, para as infrações penais em geral. É a regra em matéria de competência penal. É o lugar onde se consumou a infração que firma a competência para o processo e julgamento da causa. (...)

*É, pois, o foro (território) onde a infração penal se consumou que o culpado deve ser processado e julgado. É aí, como dizia Garraud, que se fazem sentir os efeitos de sua atividade ou inação criminosa e onde cumpre tranquilizar os interesses alarmados.*⁷³

Ora, em suas razões recursais, o zeloso Promotor de Justiça Militar ressaltou, em suma, que a declinação de competência realizada em favor da Justiça Federal do Pará sopesou o entendimento expresso no acórdão do STF, nos autos do HC nº 90.451-3/SP. Assim, o *decisum* atacado con-

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, pp. 228/229.

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007, 29ª ed. revista e atualizada, vol. 2, pp. 92/93.

siderou, tão-somente, o cometimento de crime de falsificação documental, muito embora tenha o Juízo a quo reconhecido, expressamente, a ausência de indícios de autoria da falsificação.

No entanto, sustentou o *Parquet* castrense que *“há prova da prática de infração penal em Fortaleza/CE e não há nem indícios de autoria da falsificação, tornando assim insubsistente a decisão recorrida, no aspecto territorial.”* (fl. 119)

Mais, os autos do IPM nº 06/09 informam a existência de substanciais provas quanto a uso de documento falso pelo civil Francisco Paulo da Silva Mesquita, perante a Administração Militar naval, na cidade de Fortaleza-CE, amoldando-se, em tese, tal conduta, ao tipo penal do art. 315 do CPM. Inconsistente, por conseguinte, o arcabouço probatório relativo ao crime de falsificação documental, tipificado no art. 311 do CPM.

Em decorrência, exsurge de inexorável aplicação a Teoria da Ubiquidade no Direito Penal castrense, abarcada no art. 6º do CPM, pela qual: *“Considera-se praticado o fato, no lugar em que se desenvolveu a atividade crimínosa, no todo ou em parte, e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (...).”*

Nesse particular, com oportunidade, trago à colação excerto do voto do Ministro Carlos Alberto Marques Soares, proferido nos autos do Recurso Criminal (FO) nº 2004.01.007220-4/CE:

“A nossa legislação processual militar define, em seu artigo 88, que, de regra, a competência será determinada pelo lugar da infração.

Em contrapartida, o Código Penal Militar, em seu artigo 6º, primeira parte, considera como praticado o fato no lugar em que se desenvolveu a atividade crimínosa, no todo ou em parte, e ainda que sob a forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

É a chamada Teoria Mista ou a Teoria da Ubiquidade adotada pelo legislador penal castrense, segundo a qual o crime será considerado cometido quer no momento da ação ou da omissão do agente, quer no momento em que se produziu ou deveria se produzir o resultado.

Já na legislação processual penal comum, foi adotada a Teoria do Resultado, na qual a competência será, de regra de-

terminada pelo lugar em que se consumou a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução."

Da fundamentação da decisão ora recorrida, traz-se à colação um trecho de peculiar importância, e que sintetiza a *quaestio*, conforme se vê:

"Vislumbra-se aqui a chamada incompetência material da Justiça Militar, questão de ordem pública, que deve ser, por primeiro analisada, posto que, decisão de juiz incompetente em razão da matéria gera nulidade absoluta. Pois bem, estando diante de um fato ao qual o Supremo Tribunal Federal já decidiu ser a Justiça Federal, o juízo natural para processar e julgar o mérito, então, não vejo razão para manifestação acerca da incompetência territorial, e assim, estou convencido de que (sic) pleito do r. do MPM, deve ser acatado, parcialmente, já que, a meu sentir, se acaso reconhecesse a incompetência deste Juízo, tão somente em face do local onde poderia ter ocorrido um dos delitos, estaria transferindo para o Juízo da 10ª Circunscrição Judiciária Militar, o ônus de reconhecer a incompetência em razão da matéria, o que entendo, seria um proceder burocrático desnecessário." (sem grifos no original). (fl. 106)

Não assiste razão ao nobre Juiz-Auditor, uma vez que dentro de um primeiro critério definidor de competência, a saber, o territorial, esbarrar-se-ia na usurpação de competência de outro juiz militar, que em razão da localidade haveria de pronunciar-se sobre a *quaestio*. Assim, não trata simplesmente de mero proceder burocrático, como sustentado pelo magistrado *a quo*. Repito, haveria grave risco de estar-se subtraindo da apreciação do Juízo Militar competente o conhecimento de feito que lhe incumberia examinar. Ademais, não há como adiantar o posicionamento do magistrado da 10ª CJM, acerca do seu juízo de valor sobre o tema.

Faz-se parecer que o ilícito em questão inscreve-se sob a competência da Justiça Militar da União, por enquadramento no art. 9º, inciso I, 1ª parte, bem como no art. 9º, inciso III, alínea "a", ambos do CPM, uma vez tratar-se de crime em que há definição diversa na lei penal comum, isto é, verifica-se um "plus" na tipificação do ilícito, designando-o como militar.

Para além da matéria objeto do presente recurso, os julgados do Supremo Tribunal Federal (v.g.: HC nº 90.451 e HC nº 96.561) trazem

preocupação quanto à forma como a jurisprudência da Egrégia Corte tem sido consolidada pertinente ao crime de falsificação de documento que atente contra a Administração Militar (art. 311 do CPM), como, por exemplo, no caso de um civil falsificar ou adulterar Caderneta de Inscrição e Registro – CIR, e tal ilícito ser descoberto por militares de capitania de portos, no exercício de poder de polícia, com atribuições fiscalizatórias marítimas.

Atualmente, a Suprema Corte tem entendido que as falsificações capituladas nos arts. 311 e 312 do CPM, relativamente à documentação marítima – por exemplo, a CIR - atentam contra os bens, serviços ou interesses da União. Assim, com espeque no art. 109, inciso IV, da Carta Política, o STF tem manifestado pela descaracterização de crime de natureza militar e firmado a competência da Justiça Federal comum para o processo e julgamento relativo a tais ilícitos.

Data maxima venia, entende-se equivocado o posicionamento do Excelso Pretório em situações tais como a descrita, ao descaracterizar a ocorrência de crime militar e restringir, por conseguinte, a competência desta Justiça castrense, porque descarta a excepcionalidade aposta na parte final do citado dispositivo constitucional (art. 109, IV), que ressalva a competência da Justiça Militar.

Ademais, o ilícito em apreço repercute na credibilidade das instituições militares que, por estarem bem aparelhadas, aplicam os meios necessários para expedir e, com eficiência, exercer o poder de polícia administrativa nas atividades fiscalizatórias marítimas. Não se pode descuidar, também, a possibilidade de sucessão de outros ilícitos de natureza militar, tais como: corrupção passiva/ativa (arts. 308 e 309 do CPM), dano em navio de guerra (art. 263 do CPM), dentre outros.

Para além da questão de competência, a Justiça Militar da União, por ser composta pelo escabinato, tem como fator preponderante o aparelhamento pessoal dos julgadores, que favorece a melhor compreensão e interpretação de questões próprias da caserna acaso tergiversadas nos processos, afora o cabedal de conhecimento jurídico balizado, para se chegar a um provimento judicial, dentro dos parâmetros previstos legalmente.

A aceção dada à matéria *sub examine* (falsificação de documento) pelo Supremo Tribunal tem similitude com as relativas a questões outrora enfrentadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 553/340 - Revisão

Criminal nº 1.314-3, julgado em 17/2/81) e pelo Superior Tribunal de Justiça (RT 715/538 – Conflito de Competência nº 12.817-0, julgado em 2/3/95) que, respectivamente, tratam de crime de falsificação de título de eleitor e falsificação de carteira da OAB. Em ambos julgados foi reconhecida a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos feitos.

Ressalte-se, contudo, inexistir posicionamento do STF acerca do delito de uso de documento falso, praticado por civil, perante a Administração Militar em situação idêntica à versada no presente feito, que, em tese, se coaduna com o tipo penal do art. 315 do Diploma Penal castrense, caracterizando crime impropriamente militar com supedâneo no art. 9º, inciso III, alínea “a”, ou no art. 9º, inciso I, 1ª parte, ambos do CPM.

Colaciona-se algumas ementas de julgados da Suprema Corte e do STJ que, apesar de não tratarem de situação idêntica, cuidam de crime de uso de documento falso, em que foi reconhecida a competência da Justiça Militar da União:

“Falsificação de documentos e uso de documentos falsos para recebimento de Montepio Militar. Competência da Justiça Militar.”

(Conflito de Jurisdição nº 2811. Relator Ministro VICTOR NUNES. Órgão Julgador: Pleno do STF. Julgamento: 1/10/1964).

“(…) Crimes militares impróprios praticados por servidor da ativa posteriormente desligado da corporação. Circunstância que não afasta a competência da Justiça Militar para o julgamento. Dano material e uso de documento falso: crimes militares impróprios praticados por servidor das Forças Armadas, em atividade, posteriormente desligado da Corporação. A atual condição civil do acusado não modifica a competência da Justiça castrense para prosseguir no julgamento do feito. Precedentes. Ordem denegada.”

(RHC 82109/AM. Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Órgão Julgador: 2ª Turma do STF. Julgamento: 20/8/2002).

“Processual penal. Crime de uso de documento falso. Atestado médico. Funcionário civil de instituição militar. Lesão à Administração Militar. Competência. Justiça Militar.

- A falsificação de atestado médico com a finalidade de abonar faltas injustificadas ao serviço em organização militar do Exército constitui crime militar, à luz do disposto no art. 9º, III,

a, do mesmo Estatuto, de vez que o mesmo afeta a ordem administrativa militar.

- Conflito conhecido. Competência do Juízo Auditor da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição da Justiça Militar de Niterói/RJ.”

(Conflito de Competência 31.735/RJ. Relator Ministro Vicente Leal. Órgão julgador: 3ª Seção do STJ. Julgamento: 11/9/2002).

Do bem lançado Parecer do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (fls. 153/155), cumpre destacar o seguinte trecho acerca da questão:

“A decisão contestada faz tábula rasa dos princípios do juiz natural e da improrrogabilidade da jurisdição: o autor do ilícito deve ser processado e julgado perante o órgão competente. ‘Nenhum juiz pode invadir a jurisdição alheia’, refere João Mendes Júnior na sua obra clássica *Direito Judiciário Brasileiro*.

O **forum delicti commissi**, ou seja, a competência do foro pelo lugar da infração, é a regra preponderante a ser observada no âmbito criminal.

Segundo o critério **ratione loci-territorial** - insculpido no artigo 85, inciso I, alíneas ‘a’ e ‘b’, do Código de Processo Penal Militar – nenhuma dúvida assombra quanto a certeza do juiz natural na Auditoria de Fortaleza, consoante depreende-se da informação contida no Ofício da Capitania dos Portos do Ceará ao Capitão-dos-Portos de Belém:

“Transmito a V. Sa. os anexos recolhidos em 30 de janeiro do corrente ano, por suspeita de falsidade documental do Certificado do Curso Especial de Mestre de Cabotagem, realizado nessa Capitania, e da etiqueta de dados pessoais. Outrossim, participo que o referido aquaviário declarou residir à Rua Josias Paulo de Sousa, 861, Vicente Pinzon, Fortaleza (...).”

Por derradeiro, esta Corte de Justiça castrense, em matéria similar, evidenciando a fixação da competência, nesta jurisdição especializada, em decorrência do lugar da infração, conforme Ementa transcrita abaixo, decidiu *in litteris*:

“EMENTA: Conflito Negativo de Competência. Inquérito versando sobre apuração de crime, em tese, de falso perpetrado por civil em Caderneta de Inscrição e Registro apresentada na Capitania dos Portos do Rio de Janeiro, considerada inautêntica

pela perícia. Diante da impossibilidade em elucidar a autoria da falsidade, que teria ocorrido na jurisdição da Auditoria da 6ª CJM (BA), mas ficando bem caracterizado o 'uso de documento falso' na jurisdição da 3ª Auditoria da 1ª CJM (RJ), prevalece a competência deste último Juízo para apreciar os fatos, em razão da regra geral de competência determinada pelo lugar da infração (CPPM, art. 85, I, 'a'). Conhecido o Conflito de Competência para declarar competente o Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM para apreciar o fato constante do IPM 138/08. Decisão unânime."

(CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 2008.01.000342-0/RJ).
Relator Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES. Julgamento: 4/3/2009. Publicação: 15/4/2009).

RECURSO CRIMINAL 2009.01.007641-2-PA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. ACOMPANHAMENTO. COMPETÊNCIA. CARTEIRA DE INSCRIÇÃO DE REGISTRO (CIR). EMISSÃO PELA CAPITANIA DE PORTOS. FALSIFICAÇÃO E USO. DELITO DE NATUREZA MILITAR. Na fase que antecede o oferecimento da denúncia, a competência do juiz restringe-se às atribuições inerentes aos princípios da **legalidade** e da **obrigatoriedade** da ação penal. Assim sendo, se conflito houver, será de meras **atribuições**, e não de natureza **jurisdicional**, uma vez que o cerne da questão está direcionado a identificar o promotor natural que deverá impulsionar ou não a ação penal competente. Fatos relacionados à falsificação ou uso de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) constituem, em tese, crimes de natureza militar, uma vez que tais documentos são emitidos exclusivamente pelas Capitânicas dos Portos, que integram a estrutura organizacional da Marinha do Brasil. Recurso provido. Decisão unânime.

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

Recorrente – O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 8ª CJM, de 30/01/2009, proferida nos autos do IPM nº. 107/08, referente a GILDO VERAS ARAÚJO, Civil, que declarou a incompetência da Justiça Militar da União para a supervisão judicial da aludida inquisa.

Advogados – Defensoria Pública da União.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso ministerial para, desconstituindo a Decisão atacada, determinar a remessa dos autos do IPM nº 107/08 ao Juízo Distribuidor da 1ª CJM, para os fins de direito. Presente o Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

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, Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José Américo dos Santos. Ausente, justificadamente, os Ministros Marcos Augusto Leal de Azevedo e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata 52ª Sessão, 01.07.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Militar para desconstituir a Decisão atacada e determinar a remessa dos presentes autos de IPM ao Juízo Distribuidor da 1ª CJM, para os fins de direito.

Superior Tribunal Militar, 1º de julho de 2009 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

O presente Recurso Criminal foi interposto pelo ilustre representante do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 8ª CJM, sendo recorrida a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor Substituto nos autos do IPM nº. 107/08, que rejeitou pedido formulado pelo Órgão Ministerial para que declinasse da competência em favor de uma das Auditorias da 1ª CJM, preferindo promover a *declinatoria fori* para a Justiça Federal de Macaé-RJ.

Noticiam os autos que, em 30 de setembro de 2008, foi instaurado IPM no âmbito da Capitania dos Portos da Amazônia Oriental, sediada em Belém-PA, visando apurar fatos relacionados à falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) referente ao Aquaviário GILDO VERAS ARAÚJO, conforme noticiado no Termo Circunstanciado de Apreensão de fl. 8.

No dia 1º de dezembro de 2008, os autos do IPM foram remetidos à Auditoria da 8ª CJM (fl. 2).

No dia 19 de janeiro de 2009, manifestou-se o Órgão Ministerial pela promoção de fls. 121/123, aduzindo que a CIR falsa havia sido utilizada pelo Civil GILDO para conseguir emprego junto a empresas de navegação situadas em Macaé/RJ (6 vezes) e Itajaí/SC (1 vez), razão pela qual requereu, nos termos do disposto no art. 398 do CPPM, a remessa dos autos à 1ª CJM, uma vez que, a seu ver, caberia ao representante do Ministério Público Militar com escritório no Rio de Janeiro-RJ manifestar-se a respeito dos fatos apurados no mencionado IPM.

Antes de decidir sobre o pedido de *declinatoria fori*, determinou o Juiz-Auditor Substituto a juntada de cópia do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº. 90.451-3-SP, cuja ementa diz respeito à competência para processar e julgar fatos envolvendo falsificação de carteira de habilitação naval.

Ao tomar conhecimento da juntada em questão, insistiu o representante do *Parquet* (fl. 146) na declinação de competência já requerida.

Ao proferir a Decisão ora recorrida, afirmou o mencionado Magistrado, inicialmente, que o caso em apuração não teria afetado a *ordem administrativa militar*, de modo a atender ao disposto no art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM. Enfatizou, ainda, que a Suprema Corte já firmou po-

sicionamento de que fatos dessa natureza não configuram delito de natureza militar.

Depois de alongadas considerações genéricas em torno do tema relacionada à competência, ressaltou que o Órgão da Acusação, antecipando à questão da competência do Juízo, *ratione materiae*, preferiu provocar a incompetência, unicamente sob o enfoque *ratione loci*.

Concluiu a Decisão ora recorrida, declarando a incompetência da Auditoria da 8ª CJM "... para supervisão judicial das investigações criminais constantes dos autos do IPM n.º 107/08 da 8ª CJM – Belém/PA, declinando esta supervisão e os demais atos daí advindos, em favor da Justiça Federal de Macaé/RJ, com sede à rua (...), para onde determino o envio dos autos." (fl. 152).

O representante do Órgão Ministerial foi intimado dos termos da Decisão ora recorrida em 05 de fevereiro de 2009 (fl. 152).

No dia 06 imediatamente posterior, deu entrada naquele Juízo a petição de fl. 157, interpondo o presente recurso.

Sustenta o Órgão recorrente, de relevante (fls. 166/170), que o Magistrado prolator da Decisão recorrida preferiu adentrar ao exame da competência em razão da matéria, esquecendo-se que o fato não ocorreu no âmbito daquela jurisdição, e que a jurisprudência desta Corte Castrense registra precedente reconhecendo a competência da Justiça Militar em caso de falsificações dessa natureza.

Concluiu seu arrazoado requerendo a reforma da decisão recorrida, para reconhecer a competência de uma das Auditorias da 1ª CJM na apuração dos fatos em questão.

Com vista, manifestou-se a Defensoria Pública da União pela promoção de fls. 185/189, pugnando pela improcedência do recurso, para confirmar a Decisão hostilizada.

O juízo de retratabilidade a que aduz o art. 520 do CPPM foi proferido às fls. 191/192, confirmando a Decisão recorrida.

Representando a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou o ilustre Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, por meio do Parecer de fls. 200/204, opinando pelo provimento do presente recurso, no intuito de declarar o Juízo da 1ª CJM para conhecer e julgar os fatos em questão.

A Defensoria Pública da União foi intimada na pessoa de seu representante legal de que o presente feito foi colocado em mesa para julgamento.

Assim relatado, passou o Tribunal à

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra Decisão proferida nos autos do IPM nº. 107/08, que tramita perante a Auditoria da 8ª CJM, que alça a esta Corte Castrense nos próprios autos.

Antes de oferecer denúncia, o Órgão Ministerial requereu, nos termos do art. 398 do CPPM, a *declinatoria fori* em favor do Juízo da 1ª CJM.

Ao invés de manifestar-se sobre o pedido, preferiu o Juiz-Auditor Substituto declinar de sua competência em favor da Justiça Federal de Macaé, RJ.

Como se sabe, na fase que antecede o oferecimento de denúncia, a competência do juiz restringe-se às atribuições inerentes aos princípios da **legalidade** e da **obrigatoriedade** da ação penal.

Preleciona FERNANDO CAPEZ⁷⁴ que:

*"O juiz penal exerce, ainda, funções anômalas, tais como: fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal (CPP, art. 28), requisitar a instauração de inquérito (CPP, art. 5º, II), receber a **notitia criminis** (CPP, art. 39) e levá-la ao Ministério Público (CPP, art. 40) etc."*

No caso vertente, como ainda não foi oferecida a denúncia, o conflito porventura existente é de **atribuições**, e não **jurisdicional**, tendo em vista que o cerne da questão está direcionado ao promotor natural que deverá impulsionar ou não a ação penal competente.

Ensina EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA⁷⁵, que:

*"Por **conflito de atribuições**, então, deve-se entender a divergência, estabelecida entre membros do Ministério Público,*

⁷⁴ FERNANDO CAPEZ, in "Curso de Processo Penal", Ed. Saraiva, 2001, p. 149.

⁷⁵ EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, in "Curso de Processo Penal", Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 43.

acerca da responsabilidade ativa para a persecução penal, em razão da matéria ou das regras processuais que definem a distribuição das atribuições ministeriais, a partir do cometimento do fato supostamente definido como crime."

Sobre o mesmo tema, esclarece GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁷⁶ que:

*"5. Falso conflito de atribuições: é o denominado conflito entre membros do Ministério Público que, durante uma investigação policial, entendem que não são competentes para denunciar o indiciado. Haveria, aí, um conflito de atribuições, mas que simboliza um **falso conflito**, pois há sempre um juiz responsável por cada um dos inquéritos, razão pela qual, se encamparem os entendimentos dos promotores ou procuradores com os quais oficiam, estará instaurado verdadeiro conflito de competência, a ser dirimido pelo Tribunal Superior".*

Embora não se tenha a definição exata do tipo da infração penal cometida, ante a inexistência de denúncia, conforme já exposto, serve como elemento informativo, no momento, o propósito já manifestado pelo Órgão da Acusação em apurar fatos relacionados ao uso da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), supostamente contaminada de falsidade.

A emissão desse tipo de documento é da competência das Capitânicas dos Portos, como órgãos integrantes da estrutura organizacional da Marinha do Brasil.

Os precedentes já consolidados neste Pretório Castrense são no sentido de que a falsificação, o uso ou qualquer outro delito cometido envolvendo documentos dessa natureza, em razão dos reflexos negativos que causam à credibilidade e à fé pública, resultam em gravosos prejuízos à ordem administrativa militar, devendo tais condutas, por via de consequência, serem consideradas como crimes de natureza militar, a teor da regra contida no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM.

Vejam-se, para exemplificar, as ementas de acórdãos deste Tribunal a seguir transcritas:

1-) "EMENTA: Conflito Negativo de Competência. Inquérito versando sobre apuração de crime, em tese, de falso perpetrado por civil em Caderneta de Inscrição e Registro apresentada

⁷⁶ GUILHERME DE SOUZA NUCCI, in "Código de Processo Penal Comentado", Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2004, p. 289.

na Capitania dos Portos do Rio de Janeiro, considerada inautêntica pela perícia. Diante da impossibilidade em elucidar a autoria da falsidade, que teria ocorrido na jurisdição da Auditoria da 6ª CJM (BA), mas ficando bem caracterizado o "uso do documento falso" na jurisdição da 3ª Auditoria da 1ª CJM (RJ), prevalece a competência deste último Juízo para apreciar os fatos, em razão da regra geral de competência determinada pelo lugar da infração (CPPM, art. 85, I, "a"). Conhecido o Conflito de Competência para declarar competente o Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM para apreciar o fato constante do IPM 138/08. Decisão unânime."

(Conflito de Competência n.º. 2008.01.000342 - RJ – julgado em 04/03/2009

Rel. Min. Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes)

2-) "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. INDÍCIOS DA PRODUÇÃO DA FALSA CADERNETA DE IDENTIFICAÇÃO E REGISTRO NO ESTADO DE SERGIPE. APRESENTAÇÃO NA CAPITANIA DOS PORTOS DA CAPITAL DO ESPÍRITO SANTO. O uso de documento falso só é punível se cometido por terceiro que não tenha participado da falsificação. Do contrário, o falsificador responderá apenas pelo delito tipificado no artigo 311 do CPM, mesmo que venha a utilizar o falso documento, por se tratar de *post factum* impunível. Nos termos do artigo 93 do CPPM, não sendo possível definir o *locus delicti*, a competência regular-se-á pelo domicílio do indiciado.

Reconhecida a competência para o processamento e julgamento do feito ao Juízo da 6ª CJM, possível região da ocorrência da falsificação do documento, não obstante a sua utilização, pelo falsificador, tenha se dado na Capital Capixaba.

Decisão unânime.

(Conflito de Competência n.º. 2008.01.000340-4 – RJ – julgado em 30/06/2008

Rel. Min Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS)

Por outra vertente, verifica-se que a competência do foro militar, segundo os cânones do art. 85 da Lei Adjetiva Castrense, será determinada, de modo geral, pela observância dos seguintes princípios:

- a) pelo lugar da infração, seguindo a **teoria da ubiqüidade**;
- b) pela residência ou domicílio do acusado; e
- c) pela prevenção.

Ocorre, no vertente caso, que o nobre Magistrado, ao proferir a Decisão recorrida, deu-se por incompetente unicamente por entender que os fatos não constituíam crime de natureza militar, tanto que determinou a remessa dos autos para a Justiça Federal da cidade fluminense de Macaé.

Parece, à primeira vista, que a reforma do *decisum* em questão, fixando a competência desta Justiça Castrense, em razão da natureza dos possíveis delitos cometidos, implica, necessariamente, na devolução dos autos à Auditoria da 8ª CJM para que, diante da nova situação, aquele Juízo se manifeste sobre o pedido de *declinatoria fori*, já formulado às fls. 121/123 pelo Órgão Ministerial, sob pena de ocorrência de supressão de instância.

No entanto, como o ilustre prolator da Decisão recorrida nada questionou sobre o local em que os possíveis crimes ocorreram, e diante do entendimento já manifestado pelo representante do Órgão da Acusação junto à mencionada Auditoria, de que os fatos seriam da alçada da 1ª CJM, visando agilizar o andamento do feito (celeridade) e por questão de economia processual, verifica-se que a proa está apontada para uma das Auditorias da 1ª CJM, a que couber por distribuição.

RECURSO CRIMINAL 2009.01.007674-9-RS

Recurso em Sentido Estrito. Recurso interposto pelo ofendido em face da decisão de primeira instância que arquivou IPM, atendendo a requerimento do Ministério Público Militar, sob o fundamento de o fato não constituir crime. Preliminar de não conhecimento. Tratando-se de Ação Penal Pública Incondicionada, compete exclusivamente ao MPM a iniciativa de propor Ação Penal ou requerer arquivamento de IPM, se entender

que não estão presentes os elementos exigidos legalmente para promover a **persecutio**. No caso de recurso, a legislação militar não contempla o Ofendido entre as pessoas legitimadas para a sua interposição, consoante previsão ínsita no art. 511 do CPPM. Acolhida a preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pela PGJM. Decisão unânime.

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

Recorrente – **MARCOS MIRANDA GUIMARÃES**, Gen Bda RRM1, ofendido.

Recorrida – A Decisão da MMª Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 21/08/2009, que determinou o arquivamento do IPM nº 69/08, no qual figuraram como indiciados **ALEXANDRE DE ALMEIDA VALENTIM**, 2º Sgt Refm Ex, e **MARIBEL VIEGA ARAÚJO JACINTO**, Civil.

Advogados – Drs FELIPE MORADOR BRASIL, CARLOS EDUARDO PINTO LAMEGO, BEATRIS FRANÇA PAZ LAMEGO e JOSÉ MURILO SAMPAIO SARAIVA.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, nos termos do voto do Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES (Relator), acolheu a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e não conheceu do presente Recurso, por falta de amparo legal. Presidência do Ministro MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

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, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli, Francisco José da Silva Fernandes e José

Américo dos Santos. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em licença para tratamento de saúde. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha encontra-se em licença para tratamento de saúde em pessoa da família. (Extrato da Ata 88ª Sessão de julgamento (extraordinária), 16.11.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, nos termos do voto do Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES (Relator), em acolher a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e não conhecer do presente Recurso, por falta de amparo legal.

Superior Tribunal Militar, 16 de novembro de 2009 – Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo*, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente – Gen Ex *Francisco José da Silva Fernandes*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Gen Bda RRm1 **MARCOS MIRANDA GUIMARÃES**, Ofendido, contra Decisão da MMª Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 21/08/2009, que determinou o arquivamento do IPM nº 69/08, no qual figuraram como indiciados o 2º Sgt Refm Ex **ALEXANDRE DE ALMEIDA VALENTIM** e a Civil **MARIBEL VIEGA ARAÚJO JACINTO**.

O aludido Inquérito Policial Militar teve origem nas Representações de fls. 9/15 e 56/60, da autoria do supracitado Oficial-General, respectivamente, em desfavor de **ALEXANDRE DE ALMEIDA VALENTIM** e de **MARIBEL VIEGA ARAÚJO JACINTO**, onde o Requerente alega que os indiciados fizeram referências e imputações de caráter ofensivo à sua pessoa, valendo-se de frases e expressões que se inferem calúnia, difamação, injúria e desacato a superior (este último aplicado apenas ao militar), nos termos dos arts. 214, 215, 216 e 298, todos do CPM. Tais práticas, ainda de acordo com o Requerente, estariam configuradas em dois documentos:

- o primeiro, uma Representação protocolada junto ao Ministério Público Federal, em Bagé/RS, na qual figura como Requerente **MARIBEL VIEGA ARAÚJO JACINTO**, esposa de um Taifeiro de nome **JARBAS**, subscrita por Advogado, o Dr **JOSÉ MURILO SAMPAIO SARAIVA**, onde aquela senhora denuncia suposta procrastinação do processo de reforma do 2º Sgt **ALEXANDRE DE ALMEIDA VALENTIM**, bem como o não pagamento da indenização relativa às férias de 2005 a que aquele militar teria direito, sendo que tais fatos decorreriam de ordens abusivas do Gen **GUIMARÃES**. Em sua petição, aquele Oficial-General identifica, nessa Representação da Sra **MARIBEL**, os seguintes trechos como os mais relevantes, que infeririam calúnia, difamação e injúria contra a sua pessoa:

“(...) Não obstante, já decorridos mais de 01 (um) ano e 07 (sete) meses nessa situação, seu processo, segundo informações extra-oficiais, não passa da guarnição de Porto Alegre para seguir seu destino final, que é a guarnição de Brasília-DF, tudo devido a medidas procrastinatórias demandadas pelo general GUIMARÃES junto aos militares da área médica (...)”

“(...) Segundo relatos extra-oficiais, o general GUIMARÃES, a título de reprimenda, determinou que o processo do sargento ALEXANDRE fosse deixado em situação de total esquecimento, no intuito de que sua situação nunca se definisse, para fins de castigá-lo, com relação a sua atitude favorável ao marido da representante, e conseqüentemente, contra si. (...)”

“(...) De um turno ou outro, a vítima nunca perceberá seu benefício pecuniário, uma vez que não pode recebê-lo, segundo a própria Administração Militar por não ‘ter feito jus’ (doc. 12/13), só tendo o direito de percebê-lo quando for efetivamente excluído do serviço ativo. Entretanto, como isso será possível, em face das gestões procrastinatórias realizadas pelo general GUIMARÃES, com relação à situação processual-sanitária do sargento ALEXANDRE ? (...)”

“(...) Ressalte-se, nesta data, a título de poder se registrar algo que efetivamente possa ocorrer, há boatos no quartel de vinculação da vítima, que a intenção do general é procrastinar o processo de reforma da mesma, para que esta tenha que amargar mais outro enorme período nessa situação administrativa

(sic) de pendência na qual se encontra, tendo que repetir (através de uma suposta reproposta de seu comando de vinculação), todo o procedimento desde o início (...)",

"(...) O prescrito na alínea 'd' do parágrafo 1º do art. 6º da Lei nº 4.898/65, visa fundamentar a solicitação da medida administrativa de AFASTAMENTO do general GUIMARÃES do cargo de Comandante da 3ª Brigada de Cavalaria Mecanizada, uma vez que o mesmo oficial se encontra ameaçando diversas testemunhas, seja através de procedimentos oficiais (em grande parte, via sindicância, a exemplo do tenente (...) BRUM do Hospital Geral de Porto Alegre que respondeu à sindicância por ter fornecido laudo conclusivo quanto ao estado de saúde do paciente JARBAS, sugerindo que o caso fosse levado à comissão de ética da organização militar de Porto Alegre, segundo informações do cônjuge da representante, que manteve contato recente com o mesmo doutor (...)."

"(...) Tal documento foi transcrito por V. Sa. no despacho emitido à representante, firmado como "fato grave", ante a gravidade das circunstâncias que o referido documento exprime (doc. 54-A). Registre-se que as testemunhas que auxiliaram na formação do juízo daquele profissional (Dr. CRISTIANO BRUM), mudaram seus depoimentos na própria sindicância que responderam em Porto Alegre, tudo devido às atitudes intimidatórias levadas a cabo pelo general GUIMARÃES (tenente JOÃO PAULO e sargento BEHENK).(....)" (fls. 12/13)

- no segundo documento, um ofício no qual o Sgt VALENTIM presta esclarecimentos solicitados pelo **Parquet** Federal, subscrito pelo mesmo advogado anteriormente citado, o Gen GUIMARÃES, em sua Representação, destaca os trechos a seguir transcritos como os mais significativos a demonstrar os alegados crimes de calúnia, difamação e injúria, além de desacato a superior:

"(...) Não obstante as situações representadas pela autora e até o presente momento confirmadas pelo emitente, ocorrem também atos persecutórios no intuito de promover intimidação concomitantemente à retaliação do paciente, sendo verídico que o paciente contou contra si com a instauração de duas sindicâncias distintas (doc. 5 e 6 com a finalidade de 'apurar' os fatos constantes do MESMO 'termo de declarações' firmado nesse Parquet em 20/07/06, no qual o paciente subscreve o mesmo na qualidade de testemunha....)"

"(...) Encerrando esta manifestação, as testemunhas arroladas pela representante, ouviram de agentes que ora não se precisará os nomes, que, pela audácia do emitente em colocar-se à disposição de testemunhar contra o general GUIMARÃES, meus constituintes experimentaríamos toda a sorte de dissabores, a partir da tentativa de retaliação por via de procedimentos administrativos ou criminais militares, que, de início dissimuladamente legais e regulares, visariam, por fim, através de manobras insidiosas e articuladas, buscar alguma maneira de sancioná-lo administrativamente ou criminalmente (...)"

"(...) Destarte, não só o emitente confirma os fatos trazidos a vosso conhecimento através da Sra. MARIBEL, conforme solicitado no Ofício desse Órgão Ministerial, já referenciado, o qual, sugere ser um resquício do então iniciado pelo general GUIMARÃES quando em atividade, e, hodiernamente, levado a cabo por seus subordinados (...)" (fls. 13/14)

Em promoção datada de 10 de agosto de 2009 (fls. 606/616), o Ministério Público Militar requereu o arquivamento do IPM pela atipicidade da conduta em relação a **ALEXANDRE DE ALMEIDA VALENTIM** e **MARIBEL VIEGA ARAÚJO JACINTO** e por estar presente causa de isenção profissional de pena, com efeito extintivo de punibilidade, por parte do advogado **JOSÉ MURILO SAMPAIO SARAIVA**, quem elaborou integralmente os documentos e os subscreveu.

Argumentou que, com base nos Autos, não haveria como negar que alguns fatos realmente ocorreram e, muito embora não possam ser atribuídos ao Gen **GUIMARÃES**, poderiam levar às mais diversas interpretações e conclusões por parte dos indiciados **MARIBEL** e **VALENTIM**.

No tocante ao suposto crime militar de **Calúnia**, entendeu o MPM que seria duvidoso e temerário atribuí-lo aos Indiciados, pois é elementar desse tipo a "falsa imputação", muito embora a afirmativa de que o Gen **GUIMARÃES** estaria ameaçando testemunhas despiu-se de provas.

Quanto ao suposto crime militar de **Desacato a superior** cometido por **VALENTIM** em relação ao Gen **GUIMARÃES**, aduziu que seria indispensável que o fato fosse cometido na presença do sujeito passivo, baseado nos ensinamentos de **DAMÁSIO DE JESUS** e **HELENO FRAGOSO**. Em se tratando de meio escrito, que foi o caso (ofício ao MPF), este deveria ser dirigido ao Gen **GUIMARÃES** e não a outrem, na hipótese o MPF.

O desacato realizado fora da presença do sujeito passivo, segundo a doutrina, trata-se de injúria qualificada.

Em relação ao suposto crime militar de **Injúria**, tanto por parte de **VALENTIM**, quanto de **MARIBEL**, afirma que a única expressão que poderia ser considerada como uma adjetivação pejorativa ofensiva, apontada pelo Gen **GUIMARÃES**, seria a expressão "essa personagem", não lhe parecendo suficiente a tipificar a conduta.

No que tange ao crime de **Difamação**, ressalta que tal delito consiste na atribuição a alguém um fato desonroso, mas não descrito na lei como crime, exigindo o conhecimento por terceiro, mas que, no presente caso, fora o próprio Estado, por intermédio do MPF, tornando frágil a afirmativa de existência do *animus diffamandi*, por constituir um exercício regular do direito, ou seja, o direito de noticiar e recorrer ao Estado acerca de uma lesão ou ameaça de lesão, em tese, de um abuso ou ato ímprobo.

Finaliza, argumentando que mesmo que as expressões empregadas nos documentos (Representação da Sra **MARIBEL** e Ofício do Sgt **VALENTIM**) se constituíssem crimes militares contra a honra, estes não poderiam ser imputados aos Indiciados, pois não concorreram para a elaboração de tais documentos, recaindo tal responsabilidade sobre o Advogado patrono da causa, que no exercício profissional tem a prerrogativa de imunidade penal, também chamada de imunidade material.

Cabe assinalar que foi acostada aos Autos (fls. 621/636) **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE** proposta pelo Ministério Público Federal de Bagé contra o Gen **MARCOS MIRANDA GUIMARÃES**, porque, utilizando-se de sua posição de Comandante da 3ª Brigada de Cavalaria Mecanizada, teria desencadeado procedimentos punitivos injustificados a subordinados.

A Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 3ª CJM, por Decisão de 21/08/2009 (fls. 638/641), determinou o arquivamento do Inquérito Policial Militar nº 069/08, com fundamento no *caput* do art 397 do CPPM. Entendeu a Magistrada não ter sido configurada a prática de delitos de natureza militar, ressaltando que não impede que os envolvidos busquem na esfera civil compensações indenizatórias por danos morais.

Em 21/08/2009, o Gen **GUIMARÃES**, por seu advogado constituído, requereu vista e carga dos Autos, tendo a Juíza-Auditora, na mesma

data, deferido o pedido (fls. 644). A Diretora de Secretaria da 2ª Auditoria da 3ª CJM certificou às fls. 649, o retorno, na data de **25/08/2009**, dos Autos à Secretaria daquele Juízo, em carga com o Defensor do Ofendido desde o dia **24/08/2009**. Certificou, ainda, que, em 25/08/09, o MPM foi intimado da Decisão de fls. 638/641, transcorrendo o prazo para interposição de quaisquer Recursos por aquele Órgão.

Em 27/08/2009, o Gen **GUIMARÃES**, por seu Advogado constituído, interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito (fls. 647), com fundamento na alínea “g” do art. 516 do CPPM, o qual foi recebido pela autoridade judiciária pelo Despacho de 31/08/09, fazendo-o, no entanto, com supedâneo na alínea “a” daquele mesmo artigo da lei adjetiva castrense (fls. 650).

Em suas **Razões** (fls. 653/668), o advogado do Ofendido argumentou que a Decisão recorrida foi prolatada em desconformidade com os princípios do direito constitucional e penal, atingindo o direito de defesa do Recorrente, que teve sua honra ultrajada com ataques patrocinados pelos recorridos; que, apenas na Representação da Sra **MARIBEL**, havia, no mínimo, seis expressões ofensivas, com suficiente carga injuriante, difamante e/ou caluniosa, isso sem contar o contido nas declarações do Sgt **VALENTIM**; que não foram comprovadas as acusações feitas pelos Recorridos em detrimento do Recorrente; que estão equivocados o MPM e a Magistrada Auditora que acolheu o parecer e determinou o Arquivamento, pois, o MPM tornou públicas as acusações dos Recorridos, ao disponibilizar seu parecer no Diário da Justiça nº 30, em 14 de fevereiro de 2008, não sendo assim possível o afastamento da possibilidade de crime contra a honra, sob o argumento de que as acusações formuladas não teriam sido públicas. Ao final, requereu a reforma da Decisão que arquivou o IPM, a fim de que, com seu prosseguimento, sejam rechaçadas as falsas imputações albergadas nas Representações impostas pelos Recorridos junto ao MPF, sendo assim penalmente responsabilizados pelos crimes militares descritos nos artigos 214, 215 e 216 do Código Penal Castrense.

Em **Contrarrazões** de fls. 670/681, o Ministério Público Militar reiterou os mesmos argumentos esposados no pedido de arquivamento, manifestando-se pelo desprovimento do Recurso interposto, com manutenção da Decisão de arquivamento proferida pela Juíza-Auditora, em concordância com a promoção requerida pelo Órgão Ministerial de 1ª instância.

No Juízo de Retratação, a Juíza-Auditora ratificou os termos da decisão datada de 21/08/2009 (fl. 682), no sentido de determinar o arquivamento do IPM, por estar ausente o requisito objetivo para a propositura da ação penal militar, previsto no artigo 30, alínea "a", nos termos do caput do artigo 397, ambos do Código de Processo Penal Militar.

Com vista dos Autos, a Douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo **Parecer** de fls. 690/697, subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral Dr^a **RITA DE CÁSSIA LAPORT**, opinou pelo não conhecimento do Recurso em Sentido Estrito interposto, por falta de amparo legal, e, no mérito, acaso superada a preliminar, pela manutenção do arquivamento por atipicidade.

Relatados, decide-se:

VOTO

O presente Recurso foi interposto pelo Ofendido Gen Bda R1 **MARCOS MIRANDA GUIMARÃES**, objetivando a reforma da Decisão da Juíza-Auditora da 2^a Auditoria da 3^a Circunscrição Judiciária Militar, que determinou o arquivamento do IPM nº 69/08, no qual figuram como indiciados **ALEXANDRE DE ALMEIDA VALENTIM**, 2^o Sgt Refm Ex, e a Civil **MARIBEL VIEGA ARAÚJO JACINTO**.

A Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. **RITA DE CÁSSIA LAPORT** arguiu preliminar de não conhecimento do Recurso interposto, por falta de amparo legal.

Da leitura do art. 516 do CPPM e das suas alíneas, observa-se que o presente Recurso em Sentido Estrito não se enquadra nas hipóteses elencadas pela Lei Adjetiva Castrense.

Deve ser ainda observado que a Legislação Processual Penal Militar não prevê a Ação Penal Privada ou a Ação Penal Pública Condicionada à Representação, mas somente a Ação Penal Pública Incondicionada e a Ação Penal Pública Condicionada à Requisição do Presidente da República (em tempo de guerra), prevista no Art 95, parágrafo único, da LOJM.

In casu, trata-se de Ação Penal Pública Incondicionada, sendo o Ministério Público Militar o *dominus litis*, competente, exclusivamente, para propor a Ação Penal ou requerer o arquivamento de Inquérito Policial Militar, se entender que não estão presentes os elementos exigidos

legalmente para a propositura da Ação Penal. É o que se depreende dos seguintes dispositivos do Código de Processo Penal Militar:

“Art. 29. A ação penal é pública e somente poder ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar.”

“Art. 34. O direito de ação é exercido pelo Ministério Público, como representante da lei e fiscal da sua execução, e o de defesa pelo acusado, cabendo ao juiz exercer o poder de jurisdição, em nome do Estado.”

“Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, nº I, entender que os qutos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.”

A considerar, também, que a legislação processual castrense não contempla o Ofendido entre as pessoas legitimadas para a interposição de Recurso. É o que se depreende do seguinte dispositivo:

“Art. 511. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo réu, seu procurador ou Defensor.”

Ademais, mesmo depois de instaurada a Ação Penal, quando o Ofendido pode atuar com Assistente de Acusação, lhe é vedada a interposição de recurso, conforme se infere da redação do art. 65, § 1º, parte final, do CPPM.

Poder-se-ia admitir, ainda, por imperativo constitucional vigente (art. 5º, LIX), a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, no caso de inércia do titular da ação (Ministério Público), aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal, de acordo com o art. 3º do CPPM, o que não ocorre no presente caso, uma vez que o MPM não se fez inerte, tendo requerido o arquivamento do inquérito.

De outro lado, é sabido que existem condições para a Ação Penal e uma delas é a **legitimatio ad causam**, que, na lição de **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO**,

“(...) é, como diz Buzaid, a pertinência subjetiva da ação. Somente o titular do interesse em lide é que pode promovê-la. Assim, como na lide penal, informada da pretensão punitiva e

do direito de liberdade, o Estado tem sempre interesse, posto que titular do direito de punir e, de consequência, de pretensão punitiva, segue-se que, no campo repressivo, é ele, por meio do seu órgão competente, que é o Ministério Público, sempre parte legítima para agir, para promover a ação penal. Por isso, a ação penal deve ser intentada pelo Estado por intermédio do Ministério Público.” (“Processo Penal”, Saraiva, 28ª edição, 2006, pág. 524).

Nessa mesma linha de entendimento, posiciona-se **JULIO FABBRINI MIRABETE**, citando precedente do TRF da 1ª Região:

“Inquérito policial - Recurso - Irresignação recursal interposta pelo ofendido contra despacho de arquivamento do procedimento a pedido do Ministério Público - Inadmissibilidade, ainda que se trate de ação penal pública condicionada. (...) Não cabe recurso, nem mesmo do ofendido, nos crimes de ação pública condicionada ou não, de despacho de arquivamento de inquérito policial a pedido do Ministério Público” (RT 782/685).

Dessa forma, de uma Decisão que acolheu requerimento do MPM e arquivou um Inquérito Policial Militar não cabe *Recurso*, muito menos pelo Ofendido, pois este não é parte legítima para recorrer.

No mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME PRATICADO POR EX-CABO DA AERONÁUTICA CONTRA MILITAR DA ATIVA E EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: CRIME MILITAR. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. I. - Crime de injúria praticado por ex-Cabo da Aeronáutica contra militar da ativa e em lugar sujeito à administração militar: competência da Justiça Militar, na forma do art. 9º, III, “b”, do C.P.M. II. - Na Justiça Militar, a ação penal é pública incondicionada e somente pode ser instaurada por denúncia do Ministério Público Militar (CPPM, art. 29). Inexistência de nulidade. III. - Recurso improvido (RHC 81341/DF- RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 20/11/2001. Segunda Turma)”

Ressalte-se que, diferentemente da legislação processual penal comum, o ordenamento jurídico castrense contempla, em caso de arquivamento,

mento, a hipótese de correição parcial, mediante representação do Juiz-Auditor Corregedor.

RECURSO CRIMINAL 2009.01.007675-0-RS

*RECURSO CRIMINAL. DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. DECLARAÇÃO EXTINÇÃO PUNIBILIDADE, NULIDADE, REGRA ESPECÍFICA NO CPM. EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO. MANUTENÇÃO DA ORDEM DE BUSCA E CAPTURA DO DESERTOR FORAGIDO. Tratando o recurso criminal de matéria que julga extinta a ação penal, deve-se atentar para a necessidade de assegurar o efeito suspensivo da decisão hostilizada, nos termos do parágrafo único do art. 516 do CPPM, para manter a ordem de busca e captura do desertor foragido. O artigo 132 do CPM, ao excepcionar a regra da prescrição para o crime de Deserção, previsto no artigo 187 do mesmo *Codex*, não especificou a situação de sua incidência, devendo ser aplicado tanto para o foragido como para o desertor que se apresentou ou foi capturado e que veio a cometer posteriormente outra deserção. Estando o Desertor foragido, deve ser, igualmente, considerada a prevalência da regra específica do artigo 132 sobre a geral do artigo 125, ambos do CPM, ainda que ele tenha se apresentado voluntariamente e novamente incorrido em outra deserção, impossibilitando o julgamento do processo em comento. Provido o recurso do Ministério Público Militar. Decisão majoritária.*

Relator – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Recorrente – O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR.

Recorrida – A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 17/08/2009, proferida nos autos do Processo nº 507/92-3, que declarou extinta a punibilidade de CLÁUDIO DE SENA FIRMINO, ex-Sd Ex, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, “ex vi” do art. 123, inciso IV, c/c o art. 133, tudo do CPM.

Advogado – DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO.

Decisão – O Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao Recurso ministerial para garantir-lhe o efeito suspensivo, revogando a parte que sustou a ordem de captura do desertor, e desconstituir a Decisão proferida pelo Juízo *a quo*, a fim de permanecer sobrestada a Ação Penal nº 507/92-3 até a captura ou apresentação voluntária do acusado. Os Ministros JOSÉ COELHO FERREIRA e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA negavam provimento ao Recurso e mantinham inalterada a Decisão recorrida. O Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA fará declaração de voto.

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, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Aparecido Ignácio Domingues, Rayerder 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. Os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Marcos Augusto Leal de Azevedo encontram-se em gozo de férias. O Ministro Flávio de Oliveira Lencastre encontra-se em gozo de licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 86ª Sessão, 03.11.2009).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em dar provimento ao recurso ministerial para garantir-lhe o efeito suspensivo, revogando a parte que sustou a ordem de captura do desertor, e desconstituir a Decisão proferida pelo Juízo *a quo*, a fim de permanecer sobrestada a Ação Penal nº 507/92-3 até a captura ou apresentação voluntária do acusado.

Brasília-DF, 03 de novembro de 2009 – Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Presidente – Ten Brig Ar William De Oliveira Barros, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso criminal, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, contra a Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 17 de agosto de 2009, proferida nos autos do Processo nº 507/92-3, que declarou extinta a punibilidade de CLÁUDIO DE SENA FIRMINO, ex-Sd Ex, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 123, inc. IV, c/c o art. 133, tudo do CPM.

Por cometer o delito de deserção em 02 de outubro de 1992, o ex-Sd CLÁUDIO DE SENA FIRMINO, oriundo do 22º Grupo de Artilharia de Campanha, viu-se processado nos autos da Ação Penal nº 507/92-3, junto à 2ª Auditoria da 3ª CJM, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, inc. I, parte final, ambos do CPM, haja vista ter se apresentado antes de completar sessenta dias após a consumação do delito.

Em 16 de janeiro de 1993, o acusado incorreu em nova deserção, sendo a inquisição instaurada sob nº IPD 255/93, também em tramitação no juízo acima mencionado.

Após inúmeras diligências na tentativa de localizar o acusado, a MMª Juíza-Auditora Drª Flávia Ximenes Aguiar de Sousa declarou a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva, ocorrida em 1º de dezembro de 1994, considerando a pena abstratamente cominada, com fulcro no art. 125, inc. VI, e seu § 2º, alínea "c", do CPM. Entendeu a magistrada não ser aplicável à espécie a regra do art. 132 do CPM, por não se encontrar o réu na condição de transfuga, haja vista ter se apresentado e suprido a condição de procedibilidade da ação penal. A nova deserção apenas suspendeu o andamento do processo anterior, impedindo o seu prosseguimento, enquanto o desertor não se apresentar ou for capturado. Assim, considerou a regra geral para a incidência da prescrição da pretensão punitiva.

A decisão foi referendada pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 3ª CJM, em 29 de julho de 2008.

Em 28 de abril de 2009, o Superior Tribunal Militar, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Gen Ex Antonio Apparício Ignácio Domingues, acolheu a representação do Juiz-Auditor Corregedor, tombada sob nº 2008.01.002001-7/DF, para cassar a decisão monocrática e determinar a remessa do Processo nº 507/92-3 ao Juízo de origem para apreciação do competente Conselho Permanente de Justiça.

O colegiado, no dia 17 de agosto de 2009, valendo-se dos mesmos argumentos lançados na decisão anterior declarou, por unanimidade, a extinção da punibilidade do recorrido Cláudio de Sena Firmino, com fulcro no art. 123, inc. IV, e 125, inc. VII, c/c o art. 133, todos do CPM, nos autos do Processo nº 507/92-3, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, determinando, ainda, que a Secretaria tomasse as providências necessárias para a suspensão da ordem de captura do desertor.

A decisão foi lida e assinada em 16 de agosto de 2009, sendo o Ministério Público Militar intimado na ocasião.

O Ministério Público Militar, com apoio no art. 516, alínea "j", do CPPM, interpôs o presente recurso, em 18 de agosto de 2009, pleiteando inicialmente a concessão do efeito suspensivo, nos termos do parágrafo único do mencionado dispositivo e pela desconstituição da decisão do Conselho, em face da inequívoca condição de transfuga do desertor, devendo prevalecer o disposto no art. 132 do CPM, em detrimento da regra geral da prescrição, insculpida no art. 125 e seguintes do mencionado *Codex*. Ressaltou a inexistência de inércia por parte do Poder Judiciário que sustentasse a conduta do recorrido. Por fim, pugnou pela manutenção da suspensão do Processo nº 507/92-3 até a captura ou apresentação voluntária do desertor.

No juízo de admissibilidade, a eminente magistrada deixou de receber o recurso no efeito suspensivo por considerar que a decisão ataca a possui natureza jurídica de sentença terminativa, sem julgamento do mérito, culminando na extinção do processo nos termos do inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil brasileiro. Assim, manteve o cumprimento imediato da suspensão da ordem de prisão e captura do desertor.

A Defensoria Pública da União contrariou os argumentos da acusação, afirmando que a deserção posterior não influencia no crime referente ao presente feito. Alegou o acerto da decisão impugnada com base no art. 125 do CPM.

Em observância da regra contida no art. 520 do CPPM, a eminente Juíza-Auditora, em 14 de setembro do corrente ano, ratificou a decisão, determinando a remessa dos autos a esta Corte.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar da União, por seu Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, mani-

fez-se pelo recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, como requer o Ministério Público Militar, de forma a revalidar a ordem de prisão e captura do desertor, tendo em vista o contido na ressalva do parágrafo único do art. 516 do CPPM.

No tocante à questão principal, opinou pelo provimento do recurso para desconstituir a decisão impugnada, mantendo-se o sobrestamento do Processo nº 507/92-3 até a apresentação voluntária ou captura do desertor.

Frisou a prevalência da regra do art. 132 do CPM sobre a geral da prescrição, salientando o efeito pernicioso da interpretação restritiva desse instituto, levando a sua quase revogação – já que permaneceria vigente apenas para a última deserção, nos casos em que voltasse o acusado a desertar – em clara e indiscutível emulação à reiteração criminosa, beneficiando o delinquente pela própria malícia.

A Defensoria Pública da União foi regularmente intimada da colocação do presente feito em mesa para julgamento,

Isso posto, passa o Tribunal a decidir:

VOTO

O recurso merece ser conhecido, haja vista ter sido interposto por parte legítima e interessada na desconstituição da decisão hostilizada.

Inicialmente, cumpre a este Relator pronunciar-se sobre o pedido do Ministério Público Militar, para garantir o efeito suspensivo ao presente recurso.

Ao estabelecer as hipóteses de interposição do recurso em sentido estrito, a lei processual penal castrense afastou, via de regra, o seu efeito suspensivo, com o nítido propósito de evitar o sobrestamento desnecessário no andamento da ação penal. Contudo, em alguns casos, serviu-se da devida cautela ao prever o efeito suspensivo, diante da possibilidade de eventual e irreversível prejuízo decorrente do prosseguimento do feito.

Assim, quando o recurso criminal tratar de matéria relativa à competência, ou contra decisões concessivas de livramento condicional, ou, ainda, que julgarem extinta a ação penal, como é o caso, deve-se atentar para a necessidade de assegurar o efeito suspensivo. Esta é a dicção do parágrafo único do art. 516 do CPPM:

*“Parágrafo único. Esses recursos não terão efeito suspensivo, salvo os interpostos das decisões sobre matéria de competência, das que **julgarem extinta a ação penal**, ou decidirem pela concessão do livramento condicional.”*

Ao reconhecer a natureza jurídica de sentença terminativa, sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, o Juízo a quo contrariou a excepcionalidade prevista no parágrafo único do art. 516 do CPPM, devendo, portanto, ser mantida a eficácia dessa norma para garantir a busca e captura do militar desertor.

Assim, é de se revogar a parte do despacho que recebeu o recurso e determinou a imediata suspensão da ordem de prisão e captura do ex-Sd Ex Cláudio de Sena Firmino.

No tocante ao tema principal deste recurso, a matéria está longe de ser pacificada nesta Corte. Todavia, há de se reiterar o posicionamento deste Relator quanto à prevalência do art. 132 do CPM em relação à regra geral da prescrição.

O artigo 132 do CPM, ao excepcionar a regra da prescrição para o crime de Deserção, previsto no artigo 187 do mesmo *Codex*, não especificou a situação de sua incidência, devendo ser aplicado tanto para o desertor que se apresenta voluntariamente, ou for capturado, quanto para aquele que se encontra foragido.

Se é exigida a condição de militar – a qual se caracteriza com o ato de reinclusão ao serviço ativo – para a instauração da ação penal, não há de se falar em declaração de extinção da punibilidade diante da ausência de tal requisito, haja vista ter o acusado incorrido em nova deserção, conforme noticiam os autos à fl. 54.

Nesse caso, em que o Desertor encontra-se foragido, deve ser, igualmente, considerada a prevalência da regra específica do artigo 132 sobre a geral do artigo 125, ambos do CPM, mesmo tendo ele se apresentado voluntariamente e novamente incorrido em outra deserção, impossibilitando o julgamento do processo em comento. Não é demais ressaltar que, para a nova deserção praticada, não há controvérsias em relação à incidência da regra específica enquanto o desertor não for capturado, ou se apresentar voluntariamente.

Nesse sentido foi a decisão proferida, à unanimidade, por esta Corte, em 2 de junho de 2005, nos autos de Habeas Corpus nº

2005.01.034038-6/RJ), tendo como relator o eminente Ministro Gen Ex Valdésio Guilherme de Figueiredo, cuja ementa transcreve-se, *in verbis*:

"Habeas Corpus. Deserção (CPM, art. 187). Prescrição. Paciente condenado pelo crime de deserção, mas cuja execução da pena não se iniciou em virtude da prática de nova deserção. (...). A circunstância de o Acusado permanecer na condição de transfuga, em relação a outra deserção, faz incidir-lhe a regra especial da prescrição contida no art 132 do CPM. Denegada a ordem. Decisão unânime."

Não é demais transcrever os fundamentos do mencionado julgado, *in litteris*:

"Por derradeiro, há que se ter em conta, também, a circunstância de o Acusado permanecer na condição de desertor (IPD nº 297/03, da 1ª Auditoria da 1ª CJM), fazendo-se incidir, portanto, a regra especial de prescrição contida no art 132 do CPM. Vale dizer que, nesse caso, só caberia reconhecer a prescrição quando o Paciente (desertor) atingisse a idade de 45 anos.

Nessa linha de conclusão, cumpre deixar consignada a observação feita pelo douto parecerista da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no sentido que "(...) A prescrição a que diz fazer jus, parece-nos, só poderia ser considerada antes dos quarenta e cinco anos, se decorresse de fatores não ensejados pelo desertor, ora Paciente. Pensar o contrário seria admitir que pudesse vir a ser beneficiado pela própria malícia, bastando permanecer ausente o tempo suficiente para a perda do direito de punir, ou executar a punição, dentro dos parâmetros gerais. Quis a lei excepcionar os prazos nos casos de deserção, enquanto permanece o desertor ausente, ao fixar o limite de quarenta e cinco anos para esse reconhecimento, embora decorrido prazo suficiente sob os critérios gerais (...)" (sem grifos no original)

Assim, se o presente processo encontra-se sobrestado, aguardando a captura ou apresentação voluntária do desertor, fica o Juízo impedido de praticar o ato questionado por ausência da condição de prosseguibilidade. Tal hipótese seria cabível se o acusado fosse maior de quarenta e cinco anos de idade, o que não é o caso.

Vale transcrever os trechos do Parecer do Custos Legis nos autos do Recurso Criminal nº 2007.01.007441-3/RJ, julgado por esta Corte em 16/08/2007, do qual tive a honra de ser relator, *in verbis*:

“Ao se privilegiar o entendimento de que readquirida a condição de militar para o processo, permanece esta condição, apesar da exclusão do serviço ativo por nova deserção, desfigurada se torna a regra que excepciona os casos de prescrição nas deserções, beneficiando o faltoso contumaz, com a drástica redução dos prazos de prescrição em relação a estes. Vale dizer, melhor praticar inúmeras deserções que uma só, dado que no primeiro caso, estaria o infrator contumaz beneficiado com a redução dos prazos prescricionais.”

No mesmo sentido, foi o pronunciamento do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Alexandre Concesi, nos autos da Apelação nº 2008.01.051210-3/RJ:

“De fato. O que a jurisprudência do eg. STM diz é que, uma vez iniciado o processo por deserção, e não sendo este interrompido por novas deserções (caso em que o desertor é considerado trãnsfuga), o Estado-Juiz deve julgá-lo dentro dos prazos prescricionais referidos nos artigos 123 (e 125) e ss. do CPM, sob pena de, aí sim, ser decretada a extinção da punibilidade.

O que o legislador sanciona, portanto, é a inércia do Estado-Juiz em julgar o réu, desde que a culpa por essa inércia seja dele, Estado-Juiz. Ora, quando é o réu quem age para evitar ser processado, a regra especial que vigora em casos de deserção é a do artigo 132, pela singela razão de que, assumindo de novo a situação de trãnsfuga, o acusado impossibilitou o Estado-Juiz de processá-lo.”

Em caso idêntico ao ora apreciado, esta Corte, ao julgar a Apelação nº 2005.01.050013-0/RS, tendo como relator o eminente Ministro Ten Brig Ar MARCUS HERNDL e revisor o insigne Ministro Dr Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, tomou a seguinte linha de decisão, *in verbis*:

“DESERÇÃO – SOBRESTAMENTO DO RECURSO – PRESCRIÇÃO.

Apelo sobrestado diante da consumação de outro delito de deserção.

Declarada, pelo Juízo a quo, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão executória. Desistência, em consequência, do pleito recursal.

Em se tratando de delito cuja prescrição dar-se-á aos 45 anos de idade, por ser o réu foragido, ex vi do art. 132 do CPM, estando o recurso interposto pendente de apreciação pela Instância Superior Castrense, configura-se nula de pleno direito a Decisão de 1ª grau.

Conforme a reiterada jurisprudência castrense, deve o recurso ser mantido sobrestado por falta de condições de procedibilidade.

Preliminarmente, de ofício, anulada a decisão de fls. 278 usque 280 e não conhecida a petição de desistência do recurso, sendo sobrestado o feito, até a definição administrativa da situação do desertor, ora Apelante, perante o Serviço Militar.

Decisão Unânime.” (sem grifos no original)

Em face do equívoco na declaração de extinção da punibilidade, decorrente da prescrição da pretensão punitiva da pena *in abstracto*, deve ser acolhido o recurso do Ministério Público Militar, tendo em vista a regra especial do artigo 132 do CPM ser aplicada mesmo para o desertor que se apresentou voluntariamente, ou foi capturado, e novamente cometeu outra deserção. Tal incidência não deve ficar adstrita tão-somente à última deserção, mas a todas praticadas pelo transgressor enquanto foragido. Uma vez adquirida a condição de militar, com a reinclusão às Forças Armadas, aí, sim, poder-se-á perquirir acerca da prescrição com base na regra geral prevista no artigo 125 do mencionado Código. Não se pode, ainda, premiar o apelado, contumaz na prática desertiva, com a extinção da punibilidade, em face do risco de o Estado chancelar o círculo vicioso do apelado.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA

RECURSO CRIMINAL Nº 2009.01.007675-0-RS

Votei vencido ao discordar da douta maioria quanto à aplicação da regra prescricional na hipótese de crime de deserção.

Consta dos autos que, em 01/10/1992, o ex-Sd Ex CLÁUDIO DE SENA FIRMINO, então menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, praticou o delito tipificado no artigo 187, c/c o Artigo 189, inciso I, parte final, ambos do Código Penal Militar, fato que deu origem ao Processo nº 507/92-3.

No dia 16/10/1992, o desertor apresentou-se voluntariamente no quartel e, submetido à Inspeção de Saúde, foi considerado “Apto para o Serviço do Exército”, com a sua consequente reinclusão.

Em 18/01/1993, o acusado, no decorrer do presente processo, cometeu outra deserção, o que originou a IPD atuada sob o nº 255/93, a qual permanece em cartório aguardando a sua apresentação voluntária ou captura, o que não ocorreu até a presente data.

Em razão de o acusado haver perdido novamente a condição de militar da ativa, o douto Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª CJM Dr. RUY PEREIRA NIEDERAUER, acolhendo pedido ministerial, determinou a suspensão da presente ação penal, por ausência de condição de prosseguibilidade para a "persecutio criminis", sem prejuízo do prosseguimento da citada IPD nº 255/93.

Vale mencionar que a incidência do instituto da prescrição deve ser examinada sobre a primeira deserção, de modo que o fato de o réu haver desertado outra vez não influi na extinção da punibilidade.

Pois bem, o Código Penal Militar trata, no seu artigo 125, da prescrição da ação penal, adequando-se a hipótese do delito em comento ao inciso VI do aludido dispositivo legal, o qual fixa o prazo prescricional em 04 (quatro) anos para os crimes cuja pena máxima não excede a 02 (dois).

Logo depois, o legislador castrense previu, no artigo 132 do CPM, que a prescrição no delito de deserção, embora decorrido o prazo de 04 (quatro) anos, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de 45 (quarenta e cinco) anos, e, se oficial, a de 60 (sessenta).

Assim, conforme se vê, no caso do delito descrito no artigo 187 do Código Penal Militar, o sistema penal elenca duas regras alusivas à prescrição: 1) a norma especial contida no artigo 132 do Código Penal Militar, cujo critério - que é exceção -, firma-se sobre a idade do agente; e 2) a regra expressa no artigo 125 do mesmo diploma legal, calcada na pena "in abstracto".

Entendo que o critério etário (artigo 132) aplica-se ao transfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção, a fim de impedir a imprescritibilidade dos crimes de deserção, ao passo que a regra insita no mencionado artigo 125 refere-se ao militar que deserta e, posteriormente, é reincorporado porque apresentou-se voluntariamente ou foi preso.

Dessa forma, há de se considerar que a denúncia foi recebida em 25/11/1992 (fl. 29) e a citação válida ocorreu em 01/12/1992, última causa interruptiva do prazo prescricional.

Outrossim, o réu era menor à época da consumação do crime de deserção, reduzindo-se o prazo prescricional à metade na forma do disposto no artigo 129 do CPM, ou seja, 02 (dois) anos.

Portanto, tenho que o órgão *a quo* agiu com acerto ao declarar extinta a punibilidade do acusado pelo transcurso do prazo prescricional com fulcro na regra geral prevista no artigo 125 do citado *Codex*, que alberga o critério temporal, considerando a menoridade do acusado e o fato de que a hipótese de uma nova deserção não figura dentre os casos de suspensão e interrupção da prescrição, salientando, ainda, que, no tocante à IPD nº 255/93, que cuida da segunda deserção, a prescrição da pretensão punitiva regular-se-ia de acordo com a regra ínsita no artigo 132 do CPM, caso não ocorresse a sua captura ou apresentação voluntária.

Diante de tais considerações, votava no sentido de negar provimento ao recurso criminal interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo inalterada a decisão recorrida.

Superior Tribunal Militar, 03 de novembro de 2009.

Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA
Ministro do Superior Tribunal Militar

Índice Numérico

APELAÇÃO

	RELATOR	
2008.01.050993-3-RJ	Min. Drª Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	JSTM 18/09
2008.01.051099-0-RS	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Ju- nior	JSTM 18/42
2008.02.049721-8-SP	Min. Dr. José Coêlho Ferreira	JSTM 18/61
2009.01.051349-5-RS	Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli	JSTM 18/91
2009.01.051353-1-DF	Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.....	JSTM 18/98
2009.01.051361-2-DF	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Ju- nior	JSTM 18/114
2009.01.051373-6-AM	Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre.....	JSTM 18/123
2009.01.051452-1-RJ	Min. Ten Brig Ar José Américo dos San- tos.....	JSTM 18/129

CORREIÇÃO PARCIAL

2009.01.002050-3-AM	Min. Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes	JSTM 18/142
---------------------	--	-------------

DESAFORAMENTO

2009.01.000411-3-PA	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Ju- nior	JSTM 18/149
---------------------	---	-------------

HABEAS CORPUS

2008.01.034587-6-AM	Min. Dr. José Coêlho Ferreira.....	JSTM 18/153
2009.01.034607-4-RJ	Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli	JSTM 18/173
2009.01.034634-1-RS	Min. Ten Brig Ar José Américo dos San- tos	JSTM 18/182

2009.01.034665-1-RS Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira
Lencastre..... JSTM 18/ 188

2009.01.034729-1-DF Min. Ten Brig Ar William de Oliveira
Barros..... JSTM 18/198

MANDADO DE SEGURANÇA

2009.01.000741-5-MG Min. Gen Ex Francisco José da Silva
Fernandes JSTM 18/203

QUESTÃO ADMINISTRATIVA

2009.01.000319-0-DF Min. Dr^a Maria Elizabeth Guimarães
Teixeira Rocha JSTM 18/210

RECURSO CRIMINAL

2008.01.007566-1-PA Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de
Azevedo..... JSTM 18/236

2009.01.007635-8-PA Min. Dr^a Maria Elizabeth Guimarães
Teixeira Rocha JSTM 18/244

2009.01.007641-2-PA Min. Ten Brig Ar José Américo dos San-
tos..... JSTM 18/262

2009.01.007674-9-RS Min. Gen Ex Francisco José da Silva
Fernandes JSTM 18/269

2009.01.007675-0-RS Min. Ten Brig Ar William de Oliveira
Barros..... JSTM 18/280

Índice de Assunto

Ação penal pública incondicionada. Recurso Criminal. Inquérito policial militar. Arquivamento. Competência. Ministério Público Militar. Interposição de recurso. Ofendido. Falta de legitimidade. Preliminar de não conhecimento. Acolhida. Decisão unânime. RCRim. nº 2009.01.007674-8- RS- JSTM 018/269

Advogado. Imunidade. Habeas Corpus. Prerrogativa profissional. Relatividade. Crime em tese. Calúnia. Trancamento da ação penal. Falta de amparo legal. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 214, c/c o art. 218, inciso III e IV, CPM. HC nº 2009.01.034665-1 – RS – JSTM 018/188

Advogado. Prerrogativa profissional. Habeas Corpus. Imunidade. Relatividade. Crime em tese. Calúnia. Trancamento da ação penal. Falta de amparo legal. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 214, c/c o art. 218, inciso III e IV, CPM. HC nº 2009.01.034665-1 – RS – JSTM 018/188

Apelação. Desacato. Advogada. Comandante de Organização Militar. Local sujeito à administração militar. Imunidade do advogado. Limitação. Sentença absolutória. Reforma. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 299, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051353-1- DF- JSTM 018/98

Apelação. Deserção. Art. 88 do CPM. Suspensão condicional da pena. Vedação. Preliminar de inconstitucionalidade. Rejeição. Estado de necessidade. Não caracterizado. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 187, c/c o art. 189, inc. II, CPM. Ap (FE) nº 2009.01.051349-5- RS – JSTM 018/91

Apelação. Entorpecente. Posse. Pequena quantidade. Lugar sujeito à administração militar. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 290, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051373-6-AM- JSTM 018/123

Apelação. Furto qualificado. Receptação. Arma de fogo. Armamento militar. Co-autoria. Coisa julgada. Justiça comum. Princípio do *Ne Bis in Idem*. Condenação. Justiça Militar Federal. Nulidade absoluta. Condenação por crime de furto. Manutenção. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 240, § 4º e 254, CPM. Ap (FO). nº 2008.01.051099-0 – RS- JSTM 018/42

Apelação. Furto. Militar contra militar. Preliminar de incompetência. Rejeição. Restituição do bem. Fato anterior à ação penal. Diminuição da pena. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 240, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051361-2-DF- JSTM 018/114

Apelação. Lesão corporal leve. Art. 305 do CPPM. Inconstitucionalidade. Silêncio do acusado. Presunção de culpabilidade. Inadmissibilidade. Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Corréus menores. Extingção da punibilidade. Preliminares acolhidas. Provimento parcial do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 209, c/c o art. 72, inc. I; art. 123, inc. IV, c/c os arts. 125, inc. VII e § 1º, 129 e 133, CPM. Ap (FO) nº 2008.01.050993-3-RJ – JSTM 018/09

Apelação. Tentativa de latrocínio. Armamento militar. Civil. Dosimetria da pena. Art. 30 do CPM. Violação. Princípio da legalidade. Princípio da proporcionalidade. Preliminar de inconstitucionalidade. Não acolhimento. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inc. II, parágrafo único, CPM. Ap (FO) nº 2008.02.049721-8-SP- JSTM 018/61

Arma de fogo. Apelação. Furto qualificado. Receptação. Armamento militar. Co-autoria. Coisa julgada. Justiça comum. Princípio do *Ne Bis in Idem*. Condenação. Justiça Militar Federal. Nulidade absoluta. Condenação por crime de furto. Manutenção. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 240, § 4º e 254, CPM. Ap (FO). nº 2008.01.051099-0 – RS- JSTM 018/42

Armamento militar. Apelação. Furto qualificado. Receptação. Arma de fogo. Co-autoria. Coisa julgada. Justiça comum. Princípio do *Ne Bis in Idem*. Condenação. Justiça Militar Federal. Nulidade absoluta. Condenação por crime de furto. Manutenção. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 240, § 4º e 254, CPM. Ap (FO). nº 2008.01.051099-0 – RS- JSTM 018/42

Armamento militar. Apelação. Tentativa de latrocínio. Civil. Dosimetria da pena. Art. 30 do CPM. Violação. Princípio da legalidade. Princípio da proporcionalidade. Preliminar de inconstitucionalidade. Não acolhimento. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inc. II, parágrafo único, CPM. Ap (FO) nº 2008.02.049721-8-SP- JSTM 018/61

Atividade profissional aquaviário. Recurso Criminal. Falsificação de documento. Uso de documento falso. Civil. Caderneta de Inscrição e Registro. Emissão. Capitania de Portos. Competência. Crime imprópriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. RCrím. nº 2009.01.007641-2- PA- JSTM 018/262

Calúnia. Habeas Corpus. Advogado. Prerrogativa profissional. Imunidade. Relatividade. Crime em tese. Trancamento da ação penal. Falta de amparo legal. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 214, c/c o art. 218, inciso III e IV, CPM. HC nº 2009.01.034665-1 – RS – JSTM 018/188

Civil. Apelação. Tentativa de latrocínio. Armamento militar. Dosimetria da pena. Art. 30 do CPM. Violação. Princípio da legalidade. Princípio da proporcionalidade. Preliminar de inconstitucionalidade. Não acolhimento. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento

do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inc. II, parágrafo único, CPM. Ap (FO) nº 2008.02.049721-8-SP- JSTM 018/61

Civil. Recurso Criminal. Falsificação de documento. Uso de documento falso. Caderneta de Inscrição e Registro. Atividade profissional aquaviário. Emissão. Capitania de Portos. Competência. Crime impropriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. RCrim. nº 2009.01.007641-2- PA- JSTM 018/262

Civil. Recurso Criminal. Uso de documento falso. Lugar sujeito à administração militar. Crime impropriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. Art. 9º, inciso III, alínea a, ou no art. 9º, inciso I, 1ª parte, CPM. RCrim. nº 2009.01.007635-8 – PA- JSTM 018/244

Competência territorial. Desaforamento. Medida excepcional. Derrogação. Conselho Especial de Justiça. Impossibilidade de constituição. Número insuficiente de oficiais. Deferimento. Decisão unânime. Art. 109, alínea c, § 1º, alínea c, CPPM. Desaf. nº 2009.01.000411-3-PA- JSTM 018/149

Conselho Especial de Justiça. Desaforamento. Medida excepcional. Competência territorial. Derrogação. Impossibilidade de constituição. Número insuficiente de oficiais. Deferimento. Decisão unânime. Art. 109, alínea c, § 1º, alínea c, CPPM. Desaf. nº 2009.01.000411-3-PA- JSTM 018/149

Correição Parcial. Diligência de ofício. Fase instrutória. Encerramento. Erro de procedimento. Decisão de Primeira Instância. Desconstituição. Correição deferida. Decisão unânime. CP (FO) nº 2009.01.002050-3 -AM – JSTM 018/142

Desacato. Apelação. Advogada. Comandante de Organização Militar. Local sujeito à administração militar. Imunidade do advogado. Limitação. Sentença absolutória. Reforma. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 299, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051353-1- DF- JSTM 018/98

Desaforamento. Medida excepcional. Competência territorial. Derrogação. Conselho Especial de Justiça. Impossibilidade de constituição. Número insuficiente de oficiais. Deferimento. Decisão unânime. Art. 109, alínea c, § 1º, alínea c, CPPM. Desaf. nº 2009.01.000411-3-PA- JSTM 018/149

Deserção. Apelação. Art. 88 do CPM. Suspensão condicional da pena. Vedação. Preliminar de inconstitucionalidade. Rejeição. Estado de necessidade. Não caracterizado. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 187, c/c o art. 189, inc. II, CPM. Ap (FE) nº 2009.01.051349-5- RS – JSTM 018/91

Deserção. Habeas Corpus. Denúncia. Pedido expresso de condenação. Desnecessidade. Prescrição. Pena em perspectiva. Inaplicabilidade. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2009.01.034607-4-RJ- JSTM 018/173

Deserção. Recurso Criminal. Condição de trânsito. Perda da condição de prosseguibilidade. Prescrição especial. Fator idade não implementado. Declaração de extinção de punibilidade. Nulidade. Ordem de busca e captura. Manutenção. Recurso provido. Decisão por maioria. RCrim. nº 2009.01.007675-0- RS- JSTM 018/280

Deserção. Recurso em sentido estrito. Interposição. Apelação. Fungibilidade recursal. Condição de trânsito. Prazo prescricional. Implementação idade. Inocorrência. Decisão de extinção de punibilidade cassada. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 516, alínea j, CPPM. Ap (FE). nº 2009.01.051452-1-RJ- JSTM 018/129

Diligência de ofício. Correição Parcial. Fase instrutória. Encerramento. Erro de procedimento. Decisão de Primeira Instância. Desconstituição. Correição deferida. Decisão unânime. CP (FO) nº 2009.01.002050-3 -AM – JSTM 018/142

Dosimetria da pena. Apelação. Tentativa de latrocínio. Armamento militar. Civil. Art. 30 do CPM. Violação. Princípio da legalidade. Princípio da proporcionalidade. Preliminar de inconstitucionalidade. Não acolhimento. Sentença condenatória. Manutenção. Improvi-

mento do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inc. II, parágrafo único, CPM. Ap (FO) nº 2008.02.049721-8- SP- JSTM 018/61

Entorpecente. Posse. Pequena quantidade. Apelação. Lugar sujeito à administração militar. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 290, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051373-6-AM- JSTM 018/123

Erro de procedimento. Correição Parcial. Diligência de ofício. Fase instrutória. Encerramento. Decisão de Primeira Instância. Desconstituição. Correição deferida. Decisão unânime. CP (FO) nº 2009.01.002050-3 -AM – JSTM 018/142

Estado de necessidade. Não caracterizado. Apelação. Deserção. Art. 88 do CPM. Suspensão condicional da pena. Vedação. Preliminar de inconstitucionalidade. Rejeição. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 187, c/c o art. 189, inc. II, CPM. Ap (FE) nº 2009.01.051349-5- RS – JSTM 018/91

Falsificação de documento. Recurso Criminal. Uso de documento falso. Civil. Caderneta de Inscrição e Registro. Atividade profissional aquaviário. Emissão. Capitania de Portos. Competência. Crime imprópriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. RCrim. nº 2009.01.007641-2- PA- JSTM 018/262

Furto qualificado. Apelação. Receptação. Arma de fogo. Armamento militar. Co-autoria. Coisa julgada. Justiça comum. Princípio do *Ne Bis in Idem*. Condenação. Justiça Militar Federal. Nulidade absoluta. Condenação por crime de furto. Manutenção. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 240, § 4º e 254, CPM. Ap (FO). nº 2008.01.051099-0 – RS- JSTM 018/42

Furto. Apelação. Militar contra militar. Preliminar de incompetência. Rejeição. Restituição do bem. Fato anterior à ação penal. Diminuição da pena. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do

apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 240, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051361-2-DF- JSTM 018/114

Habeas Corpus preventivo. Nulidade processual. Identidade física do Juiz. Inaplicabilidade na Justiça militar. Ato de expediente. Juiz natural. Inocorrência de prevenção. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2009.01.034634-1 – RS- JSTM 018/182

Habeas Corpus. Advogado. Prerrogativa profissional. Imunidade. Relatividade. Crime em tese. Calúnia. Trancamento da ação penal. Falta de amparo legal. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 214, c/c o art. 218, inciso III e IV, CPM. HC nº 2009.01.034665-1 – RS – JSTM 018/188

Habeas Corpus. Deserção. Denúncia. Pedido expresso de condenação. Desnecessidade. Prescrição. Pena em perspectiva. Inaplicabilidade. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2009.01.034607-4-RJ- JSTM 018/173

Habeas Corpus. Homicídio triplamente qualificado. Liberdade provisória. Presunção de inocência. Ausência de constrangimento ilegal. Prisão preventiva. Manutenção. Periculosidade do agente. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 255, alíneas *b* e *d*, CPPM. HC nº 2009.01.034729-1 – DF- JSTM 018/198

Habeas Corpus. Interrogatório. Carta precatória. Falta de autorização legal. Violação do princípio da legalidade. Exercício da ampla defesa. Limitação. Anulação do processo. Ordem concedida. Decisão por maioria. HC nº 2008.01.034587-6- AM- JSTM 018/153

Homicídio culposo. Recurso Criminal. Militar condutor de motocicleta. Inobservância de regras de trânsito. Causa não determinante do resultado. Denúncia. Rejeição. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão de Primeira Instância. Manutenção. Recurso Improvido. Decisão majoritária. Art. 30, inciso I, LOJM, c/c o art. 78, alínea *b*, CPPM; art. 37, CF. RCrim. nº 2008.01.007566-1 – PA- JSTM 018/236

- Homicídio triplamente qualificado. Habeas Corpus. Liberdade provisória. Presunção de inocência. Ausência de constrangimento ilegal. Prisão preventiva. Manutenção. Periculosidade do agente. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 255, alíneas *b* e *d*, CPPM. HC nº 2009.01.034729-1 – DF- JSTM 018/198
- Identidade física do Juiz. Habeas Corpus preventivo. Nulidade processual. Inaplicabilidade na Justiça militar. Ato de expediente. Juiz natural. Inocorrência de prevenção. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2009.01.034634-1 – RS- JSTM 018/182
- Imunidade do advogado. Limitação. Apelação. Desacato. Advogada. Comandante de Organização Militar. Local sujeito à administração militar. Sentença absolutória. Reforma. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 299, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051353-1- DF- JSTM 018/98
- Inclusão de dependente. Plano de Saúde. Justiça Militar da União. Questão Administrativa. Relação homoafetiva. União estável. Reconhecimento. Decisão por maioria. QA nº 2009.01.000319-0- DF- JSTM 018/210
- Inobservância de regras de trânsito. Recurso Criminal. Homicídio culposo. Militar condutor de motocicleta. Causa não determinante do resultado. Denúncia. Rejeição. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão de Primeira Instância. Manutenção. Recurso Improvido. Decisão majoritária. Art. 30, inciso I, LOJM, *c/c* o art. 78, alínea *b*, CPPM; art. 37, CF. RCrim. nº 2008.01.007566-1 – PA- JSTM 018/236
- Inquérito policial militar. Recurso Criminal. Arquivamento. Ação penal pública incondicionada. Competência. Ministério Público Militar. Interposição de recurso. Ofendido. Falta de legitimidade. Preliminar de não conhecimento. Acolhida. Decisão unânime. RCrim. nº 2009.01.007674-8- RS- JSTM 018/269
- Interrogatório. Habeas Corpus. Carta precatória. Falta de autorização legal. Violação do princípio da legalidade. Exercício da ampla defesa. Limitação. Anulação do processo. Ordem concedida.

Decisão por maioria. HC nº 2008.01.034587-6- AM- JSTM 018/153

Juiz natural. Habeas Corpus preventivo. Nulidade processual. Identidade física do Juiz. Inaplicabilidade na Justiça militar. Ato de expediente. Inocorrência de prevenção. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2009.01.034634-1 – RS- JSTM 018/182

Justiça Militar da União. Incompetência. Recurso Criminal. Homicídio culposo. Militar condutor de motocicleta. Inobservância de regras de trânsito. Causa não determinante do resultado. Denúncia. Rejeição. Decisão de Primeira Instância. Manutenção. Recurso Improvido. Decisão majoritária. Art. 30, inciso I, LOJM, c/c o art. 78, alínea b, CPPM; art. 37, CF. RCRim. nº 2008.01.007566-1 – PA- JSTM 018/236

Justiça Militar da União. Incompetência. Recurso Criminal. Uso de documento falso. Civil. Lugar sujeito à administração militar. Crime imprópriamente militar. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. Art. 9º, inciso III, alínea a, ou no art. 9º, inciso I, 1ª parte, CPM. RCRim. nº 2009.01.007635-8 – PA- JSTM 018/244

Lesão corporal leve. Apelação. Art. 305 do CPPM. Inconstitucionalidade. Silêncio do acusado. Presunção de culpabilidade. Inadmissibilidade. Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Corréus menores. Extinção da punibilidade. Preliminares acolhidas. Provimento parcial do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 209, c/c o art. 72, inc. I; art. 123, inc. IV, c/c os arts. 125, inc. VII e § 1º, 129 e 133, CPM. Ap (FO) nº 2008.01.050993-3-RJ – JSTM 018/09

Lugar sujeito à administração militar. Apelação. Entorpecente. Posse. Pequena quantidade. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 290, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051373-6-AM- JSTM 018/123

Lugar sujeito à administração militar. Recurso Criminal. Uso de documento falso. Civil. Crime imprópriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão

unânime. Art. 9º, inciso III, alínea a, ou no art. 9º, inciso I, 1ª parte, CPM. RCrim. nº 2009.01.007635-8 – PA- JSTM 018/244

Mandado de Segurança. Arquivamento de IPD. Militar licenciado. Perda da condição de procedibilidade. Ausência de pronunciamento do Ministério público Militar. Decisão de Primeira Instância. Nulidade. Reinclusão do militar. Impossibilidade. Concessão de Habeas Corpus de Ofício. Decisão unânime. Art. 475, § 2º, CPPM e Súmula 8, STM. MS nº 2009.01. 000741-5 – MG- JSTM 018/203

Militar licenciado. Mandado de Segurança. Arquivamento de IPD. Perda da condição de procedibilidade. Ausência de pronunciamento do Ministério público Militar. Decisão de Primeira Instância. Nulidade. Reinclusão do militar. Impossibilidade. Concessão de Habeas Corpus de Ofício. Decisão unânime. Art. 475, § 2º, CPPM e Súmula 8, STM. MS nº 2009.01. 000741-5 – MG- JSTM 018/203

Plano de Saúde. Justiça Militar da União. Questão Administrativa. Relação homoafetiva. União estável. Inclusão de dependente. Reconhecimento. Decisão por maioria. QA nº 2009.01.000319-0- DF- JSTM 018/210

Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Apelação. Lesão corporal leve. Art. 305 do CPPM. Inconstitucionalidade. Silêncio do acusado. Presunção de culpabilidade. Inadmissibilidade. Corréus menores. Extinção da punibilidade. Preliminares acolhidas. Provimento parcial do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 209, c/c o art. 72, inc. I; art. 123, inc. IV, c/c os arts. 125, inc. VII e § 1º, 129 e 133, CPM. Ap (FO) nº 2008.01.050993-3-RJ – JSTM 018/09

Presunção de inocência. Habeas Corpus. Homicídio triplamente qualificado. Liberdade provisória. Ausência de constrangimento ilegal. Prisão preventiva. Manutenção. Periculosidade do agente. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 255, alíneas b e d, CPPM. HC nº 2009.01.034729-1 – DF- JSTM 018/198

Princípio da insignificância. Apelação. Entorpecente. Posse. Pequena quantidade. Lugar sujeito à administração militar. Inaplicabilidade. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do

apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 290, CPM. Ap (FO) nº 2009.01.051373-6-AM- JSTM 018/123

Princípio da legalidade. Apelação. Tentativa de latrocínio. Armamento militar. Civil. Dosimetria da pena. Art. 30 do CPM. Violação. Princípio da proporcionalidade. Preliminar de inconstitucionalidade. Não acolhimento. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inc. II, parágrafo único, CPM. Ap (FO) nº 2008.02.049721-8- SP- JSTM 018/61

Princípio da proporcionalidade. Apelação. Tentativa de latrocínio. Armamento militar. Civil. Dosimetria da pena. Art. 30 do CPM. Violação. Princípio da legalidade. Preliminar de inconstitucionalidade. Não acolhimento. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inc. II, parágrafo único, CPM. Ap (FO) nº 2008.02.049721-8- SP- JSTM 018/61

Princípio do *Ne Bis in Idem*. Apelação. Furto qualificado. Receptação. Arma de fogo. Armamento militar. Co-autoria. Coisa julgada. Justiça comum. Condenação. Justiça Militar Federal. Nulidade absoluta. Condenação por crime de furto. Manutenção. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 240, § 4º e 254, CPM. Ap (FO). nº 2008.01.051099-0 – RS- JSTM 018/42

Questão Administrativa. Relação homoafetiva. União estável. Inclusão de dependente. Plano de Saúde. Justiça Militar da União. Reconhecimento. Decisão por maioria. QA nº 2009.01.000319-0- DF- JSTM 018/210

Receptação. Arma de fogo. Apelação. Furto qualificado. Armamento militar. Co-autoria. Coisa julgada. Justiça comum. Princípio do *Ne Bis in Idem*. Condenação. Justiça Militar Federal. Nulidade absoluta. Condenação por crime de furto. Manutenção. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 240, § 4º e 254, CPM. Ap (FO). nº 2008.01.051099-0 – RS- JSTM 018/42

Recurso Criminal. Deserção. Condição de trânsito. Perda da condição de prosseguibilidade. Prescrição especial. Fator idade não imple-

mentado. Declaração de extinção de punibilidade. Nulidade. Ordem de busca e captura. Manutenção. Recurso provido. Decisão por maioria. RCrim. nº 2009.01.007675-0- RS- JSTM 018/280

Recurso Criminal. Falsificação de documento. Uso de documento falso. Civil. Caderneta de Inscrição e Registro. Atividade profissional aquaviário. Emissão. Capitania de Portos. Competência. Crime impropriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. RCrim. nº 2009.01.007641-2- PA- JSTM 018/262

Recurso Criminal. Homicídio culposo. Militar condutor de motocicleta. Inobservância de regras de trânsito. Causa não determinante do resultado. Denúncia. Rejeição. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão de Primeira Instância. Manutenção. Recurso Improvado. Decisão majoritária. Art. 30, inciso I, LOJM, c/c o art. 78, alínea b, CPPM; art. 37, CF. RCrim. nº 2008.01.007566-1 – PA- JSTM 018/236

Recurso Criminal. Inquérito policial militar. Arquivamento. Ação penal pública incondicionada. Competência. Ministério Público Militar. Interposição de recurso. Ofendido. Falta de legitimidade. Preliminar de não conhecimento. Acolhida. Decisão unânime. RCrim. nº 2009.01.007674-8- RS- JSTM 018/269

Recurso Criminal. Uso de documento falso. Civil. Lugar sujeito à administração militar. Crime impropriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. Art. 9º, inciso III, alínea a, ou no art. 9º, inciso I, 1ª parte, CPM. RCrim. nº 2009.01.007635-8 – PA- JSTM 018/244

Recurso em sentido estrito. Deserção. Interposição. Apelação. Fungibilidade recursal. Condição de trânsito. Prazo prescricional. Implementação. Inocorrência. Decisão de extinção de punibilidade cassada. Provimento do apelo ministerial. Decisão por maioria. Art. 516, alínea j, CPPM. Ap (FE). nº 2009.01.051452-1-RJ- JSTM 018/129

Reinclusão do militar. Impossibilidade. Mandado de Segurança. Arquivamento de IPD. Militar licenciado. Perda da condição de proce-

dibilidade. Ausência de pronunciamento do Ministério público Militar. Decisão de Primeira Instância. Nulidade. Concessão de Habeas Corpus de Ofício. Decisão unânime. Art. 475, § 2º, CPPM e Súmula 8, STM. MS nº 2009.01. 000741-5 – MG- JSTM 018/203

Relação homoafetiva. União estável. Questão Administrativa. Inclusão de dependente. Plano de Saúde. Justiça Militar da União. Reconhecimento. Decisão por maioria. QA nº 2009.01.000319-0- DF- JSTM 018/210

Silêncio do acusado. Apelação. Lesão corporal leve. Art. 305 do CPPM. Inconstitucionalidade. Presunção de culpabilidade. Inadmissibilidade. Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Corréus menores. Extinção da punibilidade. Preliminares acolhidas. Provimento parcial do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 209, c/c o art. 72, inc. I; art. 123, inc. IV, c/c os arts. 125, inc. VII e § 1º, 129 e 133, CPM. Ap (FO) nº 2008.01.050993-3-RJ – JSTM 018/09

Suspensão condicional da pena. Apelação. Deserção. Art. 88 do CPM. Vedação. Preliminar de inconstitucionalidade. Rejeição. Estado de necessidade. Não caracterizado. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão unânime. Art. 187, c/c o art. 189, inc. II, CPM. Ap (FE) nº 2009.01.051349-5- RS – JSTM 018/91

Tentativa de latrocínio. Apelação. Armamento militar. Civil. Dosimetria da pena. Art. 30 do CPM. Violação. Princípio da legalidade. Princípio da proporcionalidade. Preliminar de inconstitucionalidade. Não acolhimento. Sentença condenatória. Manutenção. Improvimento do apelo defensivo. Decisão por maioria. Art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inc. II, parágrafo único, CPM. Ap (FO) nº 2008.02.049721-8- SP- JSTM 018/61

União estável. Relação homoafetiva. Questão Administrativa. Inclusão de dependente. Plano de Saúde. Justiça Militar da União. Reconhecimento. Decisão por maioria. QA nº 2009.01.000319-0- DF- JSTM 018/210

Uso de documento falso. Civil. Recurso Criminal. Lugar sujeito à administração militar. Crime impropriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. Art. 9º, inciso III, alínea a, ou no art. 9º, inciso I, 1ª parte, CPM. RCRim. nº 2009.01.007635-8 – PA- JSTM 018/244

Uso de documento falso. Recurso Criminal. Falsificação de documento. Civil. Caderneta de Inscrição e Registro. Atividade profissional aquaviário. Emissão. Capitania de Portos. Competência. Crime impropriamente militar. Justiça Militar da União. Incompetência. Decisão cassada. Recurso provido. Decisão unânime. RCRim. nº 2009.01.007641-2- PA- JSTM 018/262

Violação do princípio da legalidade. Habeas Corpus. Interrogatório. Carta precatória. Falta de autorização legal. Exercício da ampla defesa. Limitação. Anulação do processo. Ordem concedida. Decisão por maioria. HC nº 2008.01.034587-6- AM- JSTM 018/153

