ISSN 0104-0952

Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

volumes 15/16
números 1-2

Janeiro 2006/dezembro 2007

ISSN 0104-0952

Superior Tribunal Militar

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

v. 15-16
nº 1-2
jan. 2006 – dez. 2007

Brasília – DF

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
2006/2007

PRESIDENTES:

Gen Ex Max Hoertel (De 1º.06.2005 a 16.03.2007)
Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza (A partir 16.03.2007)

VICE-PRESIDENTES:

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach (De 18.03.2005 a 16.03.2007)
Dr. José Coêlho Ferreira (A partir de 16.03.2007)

MINISTROS:

Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Dr. Carlos Alberto Marques Soares
Ten Brig Ar Marcus Herndl (Afastamento em 22.03.2007)
Gen Ex Valdesio Guilherme de Figueiredo (Afastamento em 27.06.2007)
Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo
Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre
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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA
(Sessão Administrativa nº 15, de 15.06.2005)
(Expediente Administrativo nº 08, de 10.04.2007)
(Expediente Administrativo nº 18, de 22.08.2007)

PRESIDENTES:

Dr. Olympio Pereira da Silva Junior (De 16.06.2005 a 22.08.2007)
Dr. Carlos Alberto Marques Soares (A partir de 22.08.2007)

MEMBROS:

Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza (De 16.06.2005 a 10.04.2007)
Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues (A partir de 16.06.2005)
Alte Esq Rayder Alencar da Silveira (A patir de 10.04.2007)

SUPLENTES:

Alte Esq Rayder Alencar da Silveira (De 16.06.2005 a 10.04.2007)
Dra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (A partir de 22.08.2007)

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.gov.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
Embragos 264
Habeas Corpus 272
Mandado de Segurança 356
Recurso Criminal 366

ÍNDICES

Numérico 425
Assunto 429

Jurisprudência

APELAÇÃO Nº 2004.01.049615-7-SP

APELAÇÃO DA DEFESA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE RÉU PRESO À SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE DO JULGAMENTO POR INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE ESSENCIAL. ART. 500, IV, do CPPM. I. O não atendimento do pleito da Defesa de reinquirição de testemunhas, ouvidas como informantes, não traz prejuízo ao réu se na assentada realizada foram atendidas as formalidades legais; II. Constitui direito fundamental do réu assistir a todos os termos do processo, mormente seu próprio julgamento (art. 403, CPPM); III. "Se o acusado, estando preso, deixar de ser apresentado na sessão de julgamento, o auditor providenciará quanto ao seu comparecimento à nova sessão que for designada para aquele fim." (§ 3º do art. 431 do CPPM); IV. Incumbe ao Poder Público providenciar a escolta que conduzirá o réu preso à sessão de julgamento. O réu não deve arcar com o prejuízo advindo da privação de seu direito de se ver julgado por falta de providência de cunho meramente administrativo; V. Privar o réu preso do direito de estar presente à sessão de julgamento induz à nulidade absoluta do julgamento por omissão de formalidade essencial do processo (art. 500, Inciso IV, do CPPM); VI. Rejeitada a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa na instrução probatória, acolhendo-se a preliminar de nulidade do julgamento por inobservância de fórmula essencial. Decisão por maioria.

Relator — Min. Gen Ex Expedito Hermes Rego Miranda.

Revisor e Relator para o acórdão — Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelantes — MAURÍCIO MUNIZ, Civil, condenado à pena de 20 anos de reclusão, como incurso no art. 244, § 1º, c/c o art. 70, inciso II, alínea "l", ambos do CPM, fixando-se o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos dos arts. 33, § 1º, alínea "a", e 34, ambos do CP; MICHEL DA SILVA CERQUEIRA e CLEITON ALVES DE OLIVEIRA, Civis, condenados à pena de 09 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, como incursos no art. 244, § 1º, c/c o art. 70, inciso II, alínea "l", ambos do citado CPM; CARLOS EDUARDO DOS SANTOS, Civil, condenado à pena de 8 anos de reclusão, como incurso no art. 244, § 1º, c/c os arts. 70, inciso II, alínea "l", e 72 inciso I, todos do CPM; fixando-se para os três últimos Apelantes o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, nos termos dos arts. 33, § 1º, alínea "c", e 36, ambos do CP, e o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 05/02/2004.

Advogados — Drs. Cybelle de Araújo Colombo, Maria José Roma Fernandes Devesa, Jorgenei de Oliveira Affonso Devesa, Alexandre Giordani Ribeiro de Pinho, Ubirajara Fernandes de Moraes, Edeval Rodrigues Monteiro e Rebeca de Almeida Campos Leite Lima, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa na instrução probatória, argüida pela Defesa do Civil MAURÍCIO MUNIZ. O Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Revisor) acolhia a preliminar para declarar a nulidade do processo, determinando a reinquirição das testemunhas Celso e Roselene Muniz, Milene Corks Rodrigues e Cristiane Raquel Bocarin, quanto aos quesitos constantes às fls. 794/5. Em seguida, o Tribunal, **por maioria**, acolheu a preliminar da defesa do réu MAURÍCIO MUNIZ, de nulidade do feito por sua ausência na sessão de julgamento, determinando a restituição dos autos ao Juízo **a quo** para que novo julgamento seja realizado, estendida esta decisão aos demais réus, na forma do art. 515 do CPPM. Os Ministros EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA (Relator), OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, MARCUS HERNDL, HENRIQUE MARINI E SOUZA e ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES rejeitavam a preliminar. Relator para o Acórdão Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Revisor). O Ministro Relator fará voto vencido. Presente o Dr. Nelson Luiz Arruda Senra, Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Presidência do Ministro Doutor Antonio Carlos de Nogueira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, Expedito Hermes Rego Miranda, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Ausente, justificadamente, o Ministro José Julio Pedrosa. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 4ª Sessão, 15.02.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em REJEITAR a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa na instrução probatória, e ACOLHER, também por maioria, a preliminar da Defesa do réu MAURÍCIO MUNIZ, de nulidade do feito por sua ausência na sessão de julgamento, determinando a restituição dos autos ao Juízo **a quo** para que novo julgamento seja realizado, estendida esta decisão aos demais réus, na forma do art. 515 do CPPM.

Brasília, 15 de fevereiro de 2005 — *Antonio Carlos de Nogueira*, no exercício da Presidência — *Dr. José Coêlho Ferreira*, Ministro-Revisor e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por ex-militares do Exército Brasileiro inconformados com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que os condenou pelo delito de extorsão mediante seqüestro.

2. No dia 04.11.00 o **ex-3º Sgt. Temp. Ex MAURÍCIO MUNIZ** e os **ex-Sds. Ex. CLEITON ALVES DE OLIVEIRA, MICHEL DA SILVA CERQUEIRA e CARLOS EDUARDO SANTOS**, quando serviam no 6º Grupo de Artilharia de Costa Motorizado (6º GA Cos M), Praia Grande-SP, estando de serviço, saíram da Unidade para levar e soltar alguns cachorros, que incomodavam no Aquartelamento, na cidade de Mongaguá. Retornando ao Quartel, avistaram um grupo de civis no calçadão da praia e, sob ameaça de incriminação por porte de entorpecente, retiraram-lhes objetos de uso pessoal e dinheiro (fls. 113 a 115).

3. O representante do MPM junto à 2ª Auditoria da 2ª CJM, em 04.04.01, ofereceu àquele Juízo Exceção de Incompetência, sob o argumento de que a conduta dos Indiciados não se caracterizava como delito militar para a finalidade da competência da Justiça Militar da União (fls. 181 a 187).

4. Contra a decisão que rejeitou a Exceção (fls. 191 a 195), o representante do MPM interpôs Recurso Inominado, de acordo com o art. 146 do CPPM (fl. 199).

5. Em 08.11.01, o Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, mantendo a Decisão que rejeitou a Exceção de Incompetência do Juízo, declarando a competência da Justiça Militar da União para apreciar e julgar o Feito (fls. 284 a 294).

6. Em 25.03.02, a representante do **Parquet** Militar junto à 2ª Auditoria da 2ª CJM denunciou os ex-militares **MAURÍCIO MUNIZ, MICHEL DA SILVA CERQUEIRA, CARLOS EDUARDO DOS SANTOS** e **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA** como incursos nas sanções do art. 244, § 1º, c/c os arts. 53 e 70, II, "l", todos do CPM. Em relação a **CARLOS EDUARDO DOS SANTOS** foi requerida a aplicação da atenuante do art. 72, I, do mesmo Diploma Legal (fls. 02 a 05).

7. Relaciono a prova documental de maior relevância reunida na fase inquisitorial:

- Boletim de Ocorrência nº 7283.2000, de 04.11.00, da Delegacia de Polícia de Praia Grande-SP, registrando os fatos objeto da Denúncia (fls. 11 e 12).

- Laudo de Exame de Arma de Fogo, de 10.11.00, elaborado pelo Núcleo de Perícias Criminalísticas de Santos-SP (fls. 42 a 44).

- Laudo das Peças Subtraídas, feito pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica da Secretária de Segurança Pública-SP, que as avaliou (fls. 45 a 49).

8. A Denúncia foi recebida a 17.04.02 (fls. 308 e 309).

9. O **Sd. CARLOS EDUARDO DOS SANTOS** foi licenciado por término de prestação do Serviço Militar Inicial (fl. 177).

10. O Cmt. do 6º GA CosM, pelo Ofício nº 065-Sect, de 22.02.01, informou ao Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 2ª CJM que o **3º Sgt. Temporário MAURÍCIO MUNIZ** fora licenciado ***ex-officio***, a bem da disciplina das Fileiras do Exército, por ferir o pundonor militar, o decoro da classe e por estar no comportamento *"Mau"*, sendo impossível a melhora de seu comportamento, naquela data (fl. 188).

11. Informou, também, que o ex-militar fora preso e autuado em flagrante delito pela prática dos crimes previstos nos arts. 159 e 288, ambos do CP, e estava preso à disposição da Justiça Comum sob custódia daquela OM, tendo sido posteriormente transferido para a Cadeia Pública de Praia Grande-SP (fl. 188).

12. Os **Sds. CLEITON ALVES DE OLIVEIRA** e **MICHEL DA SILVA CERQUEIRA** foram licenciados das fileiras do Exército por término de prestação de Serviço Militar Inicial, em 09.03.01 e 05.04.01, respectivamente (fl. 214).

13. À fl. 231, tem-se a relação dos bens apreendidos, todos recolhidos ao Juízo (fl. 417), constantes de:

- 01 – Celular marca Nokia, modelo 5120 NSC-INX;
- 02 – Relógios marca Seculus, modelo Steel River;
- 01 – Relógio marca Sport, sem identificação de modelo;
- 01 – Relógio marca Balance modelo Speed;
- 01 – Relógio marca Citizen, modelo Pró-Master; e
- R$ 60,00 (sessenta reais).

14. Foram os réus citados, qualificados e interrogados: **MAURÍCIO MUNIZ** (fls. 355-355 verso e 390-394); **MICHEL DA SILVA CERQUEIRA** (fls. 346-346 verso e 364-368); **CARLOS EDUARDO DOS SANTOS** (fls. 348-348, verso e 533-538) e **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA** (fls. 462-462, verso e 470-476).

15. O Acusado **MAURÍCIO MUNIZ** teve a sua prisão preventiva decretada de ofício, em audiência, por decisão unânime do Órgão Colegiado, tão logo terminado o seu interrogatório judicial (conforme ata de fls. 395-396 e decisão de fls. 401-402).

16. Também teve a sua prisão preventiva decretada de ofício, de forma unânime, pelo Conselho Permanente de Justiça, o réu **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA**. E isso porque entendeu o Órgão Colegiado que tal acusado ocultava-se para ser citado, colocando, assim, totalmente em risco a aplicação da lei penal militar (fls. 373-374 e 379-380). Tal fato ensejou por parte da defesa do referido acusado a impetração de uma *"Ordem de Habeas Corpus"* junto ao Superior Tribunal Militar, consoante documentação de fls. 438-446. No entanto, tal remédio heróico foi julgado prejudicado (fls. 593-596), uma vez que a prisão preventiva do réu **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA**, tão logo encerrado o seu interrogatório judicial, foi revogada por decisão unânime do Colegiado ***"a quo"***, conforme ata de fls. 512-513 e decisão de fls. 519-520.

17. Foram ouvidas as seguintes testemunhas do MPM: MILTON BERTOLLI FERREIRA DE ANDRADE (fls. 579-582); SILVÉRIO SEGÓVIA NETO (fls. 583-585); PHILIPE GRAMOSO DE LEMOS (fls. 586-588) e ALEXANDRE BERTRAMI ROSA (fls. 597-602).

18. Da mesma forma, todos os ofendidos foram ouvidos pelo Juízo: RENATO COSTA BECK (fls. 604-608); CLÁUDIO CRISTIANO CÂNDIDO (fls. 609-613); EDUARDO RUIZ LADISLAU (fls. 619-624); VALMIR PEREIRA CAVALCANTE (fls. 625-629); RODRIGO ALEXANDRE SOARES (fls. 643-647); ANDRÉ ALVES (fls. 648-652) e ZENILDO JOSÉ DE SOUZA (fls. 653-656).

19. O representante do MPM deu-se por satisfeito com relação à prova oral coligida (fl. 659) e os autos foram com vista aos defensores dos réus para os fins do artigo 417, § 2º, do Código de Processo Penal Militar (fl. 663).

20. Testemunharam em favor do acusado **MICHEL DA SILVA CERQUEIRA**: MILTON MESTRE DOS SANTOS (fls. 724-727); ANDRÉ LUIZ RAIMUNDO (fls. 728-731) e JOSÉ HENRIQUE TURELLA (fls. 732-735).

21. Como testemunhas do réu **CARLOS EDUARDO DOS SANTOS**, foram ouvidos: MARCELO DA SILVA TORRES (fls. 736-739); PATRICK WILLIAN DE FARIA (fls. 742-745) e RUI CÉSAR FERREIRA DE MOURA (fls. 746-749).

22. Como testemunhas do acusado **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA**, foram ouvidos: EDMILSON BARBOSA BERTHOLINO (fls. 751-754); MAURO OLIVEIRA MENDES (fls. 755-757) e LOURIVAL MARCELLO JORDÃO JÚNIOR (fls. 758-761).

23. Com relação ao acusado **MAURÍCIO MUNIZ**, foram ouvidos como testemunhas/informantes, via carta precatória: CRISTIANE RAQUEL BACARIN (fls. 836); CELSO MUNIZ (fls. 837); ROSELENE MUNIZ LIMA BARRETO (fls. 838) e MILENE CORCKS RODRIGUES (fls. 873-877).

24. A representante da Defensoria Pública da União requereu, a 01.09.03, a devolução das Cartas Precatórias enviadas à 4ª Vara Criminal de Praia Grande-SP e 1ª Vara Criminal de Santos-SP, tendo em vista que não constou da inquirição das testemunhas a expressa indagação de alguns quesitos formulados pela DPU (fl. 891).

25. O Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 2ª CJM indeferiu o pedido da DPU, por considerá-lo protelatório (fl. 893).

26. Em 04.12.03, a DPU requereu a presença do então Acusado, **MAURÍCIO MUNIZ,** na Sessão de Julgamento, vez que é direito do réu assistir ao seu próprio julgamento (fl. 968).

27. Em data de 15.12.03, a Defesa de **MAURÍCIO MUNIZ**, representada pela DPU, foi intimada de que o julgamento seria realizado em 05.02.04 (fl. 973).

28. O Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 2ª CJM, a 15.12.03, solicitou ao Diretor da Penitenciária I de Tremembé-SP a apresentação do Civil **MAURÍCIO MUNIZ**, devidamente escoltado, que se encontrava recolhido naquele estabelecimento prisional, com a finalidade de assistir a seu julgamento (fl. 978).

29. O Acusado **MAURÍCIO MUNIZ** não foi apresentado por falta de Escolta da Polícia Militar Estadual, presente sua Defensora (fl. 985).

30. Na Sessão de Julgamento, a Defensora de **MAURÍCIO MUNIZ** suscitou a conversão do julgamento em diligência, para o fim de serem devolvidas, para os Juízos de Praia Grande e Santos, as Cartas Precatórias para oitiva das testemunhas informantes, arroladas por **MAURÍCIO**, sustentando que tal procedimento se tornava absolutamente necessário, caso contrário haveria a violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (fls. 985 e 986).

31. O Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, a 05.02.04, resolveu:

> ***A) POR UNANIMIDADE DE VOTOS***, *indeferir a preliminar suscitada pela DPU, qual seja, a devolução das cartas precatórias para reinquirição das testemunhas/informantes arroladas pelo acusado* ***MAURÍCIO MUNIZ***, *nos termos do já requerido às fls. 891;*
>
> ***B) POR MAIORIA DE VOTOS (4x1)***, *julgar procedente a denúncia e* ***CONDENAR*** *o acusado* ***MAURÍCIO MUNIZ*** *à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, como incurso na sanção do artigo 244, § 1º, com a agravante do artigo 70, II, "l", ambos do CPM, fixando-se para o início do cumprimento da referida pena, o regime fechado, nos termos do artigo 33, § 1º, "a", e do artigo 34, ambos do Código Penal Comum, sem o direito de apelar em liberdade;*
>
> ***C) POR MAIORIA DE VOTOS (4x1)***, *julgar procedente a denúncia e* ***CONDENAR*** *o acusado* ***MICHEL DA SILVA CERQUEIRA*** *à pena de 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, como incurso na sanção do artigo 244, § 1º, com a agravante do artigo 70, II, "l", ambos do CPM, fixando-se para o início do cumprimento da referida pena o regime aberto, nos termos do artigo 33, § 1º, "c", e do artigo 36, ambos do Código Penal Comum, com o direito de apelar em liberdade;*
>
> ***D) POR MAIORIA DE VOTOS (4x1)***, *julgar procedente a denúncia e* ***CONDENAR*** *o acusado* ***CARLOS EDUARDO DOS***

SANTOS à pena de 08 (oito) anos de reclusão, como incurso na sanção do artigo 244, § 1º, com a agravante do artigo 70, II, "l" e a atenuante do artigo 72, I, todos do CPM, fixando-se para o início do cumprimento da referida pena o regime aberto, nos termos do artigo 33, § 1º, "c", e do artigo 36, ambos do Código Penal Comum, com o direito de apelar em liberdade;

***E) POR MAIORIA DE VOTOS (4x1)**, julgar procedente a denúncia e **CONDENAR** o acusado **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA**, já qualificado, à pena de 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, como incurso na sanção do artigo 244, § 1º, com a agravante do artigo 70, II, "l", 70, ambos do CPM, fixando-se para o início do cumprimento da referida pena o regime aberto, nos termos do artigo 33, § 1º, "c", e do artigo 36, ambos do Código Penal Comum, com o direito de apelar em liberdade (fls. 1003 e 1004).*

32. As Defesas apelaram do veredicto condenatório; a de **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA** em 12.02.04 (fl. 1007); a de **CARLOS EDUARDO DOS SANTOS** em 12.02.04 (fl. 1009); a de **MICHEL DA SILVA CERQUEIRA** em 17.02.04 (fls. 1022 e 1023); e a de **MAURÍCIO MUNIZ** em 20.02.04 (fls. 1035 e 1036).

33. O apelante **CLEITON ALVES DE OLIVEIRA,** em suas razões de recurso, sustenta a tese de estrita obediência a ordem superior – art. 38, b, do CPM. Subsidiariamente requer a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal e a modificação do regime de cumprimento da pena para o sistema aberto (fls. 1043 a 1050).

34. O apelante **CARLOS EDUARDO DOS SANTOS** pugna, em suas razões recursais, pela aplicação das excludentes previstas nos Arts. 36 e 38, ambos do CPM, respectivamente erro de fato e obediência hierárquica (fls. 1010 a 1021).

35. A DPU, arrazoando o recurso do **ex-3º Sgt. MAURÍCIO MUNIZ**, suscita duas preliminares: a primeira, de conversão do julgamento em diligência, com a devolução das cartas precatórias de fls. 811 a 839 e 846 a 884, com fundamento no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, tendo em vista entender que houve cerceamento da Defesa; a segunda, de nulidade do julgamento, porquanto realizado sem a presença do acusado, ora apelante.

36. No mérito, pleiteia a absolvição e, subsidiariamente, a desclassificação do crime ou a diminuição da pena (fls. 1061 a 1090).

37. A Defesa de **MICHEL DA SILVA CERQUEIRA**, em seu arrazoado próprio, pugna pela reforma da sentença com aplicação das excludentes de culpabilidade, previstas nos arts. 36 e 38, ambos do CPM (fls. 1024 a 1033).

38. O representante do MPM, oficiante em primeira instância, contra-arrazoando, afirma que nenhum dos apelos defensivos merece prosperar, mantendo-se, integralmente, a sentença. Destaca a liderança negativa de **MAURÍCIO MUNIZ**, então Sargento, considerando-o, à fl. 1096, *"...o mais criminoso de todos, mentor e ordenador das ações..."* (fls. 1093 a 1098).

39. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, instada a manifestar-se, o fez por intermédio da Dr.ª MARISA TEREZINHA CAUDURO DA SILVA, Subprocuradora-Geral, em 18.10.04, manifestando-se:

a) pelo provimento parcial da apelação do **ex-Sgt. MAURÍCIO MUNIZ** para desclassificar o crime para o do art. 243, § 1º, c/c o art. 242, § 2º, I e II, ambos do CPM; e

b) pelo provimento dos recursos dos **ex-Sds. MICHEL DA SILVA CERQUEIRA, CLEITON ALVES DE OLIVEIRA** e **CARLOS EDUARDO DOS SANTOS** para absolvê-los com fundamento no art. 439, "d", do CPPM, c/c o art. 38s (fls. 1111 a 1131).

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

É o relatório.

VOTO

CLEITON ALVES DE OLIVEIRA, CARLOS EDUARDO DOS SANTOS, MICHEL DA SILVA CERQUEIRA, por seus advogados constituídos, e **MAURÍCIO MUNIZ**, representado pela nobre Defensora Pública da União Dr.ª Rebeca de Almeida Campos Leite Lima, ajuizaram seus recursos de apelação, respectivamente, nos dias 10, 16, 17 e 20 de fevereiro de 2004. A Sentença recorrida foi publicada em 12 de fevereiro do mesmo ano. Portanto, os recursos são tempestivos, devendo ser conhecidos.

2. A Defensoria Pública da União apresentou duas preliminares de cerceamento de defesa.

3. A primeira preliminar guarda relação com o indeferimento do pleito da DPU de devolução das cartas precatórias expedidas para oitiva das testemunhas, arroladas pelo Apelante, para os respectivos juízos onde se deram as referidas oitivas, uma vez que, durante tais inquirições, não constou a indagação de alguns quesitos que formulara. Citou a legislação pertinente, acrescentando que não há como aceitar-se o argumento usado para seu indeferimento, dado que considerara relevantes os referidos quesitos.

4. Na audiência de julgamento, a nobre Defensora requereu a conversão do julgamento em diligência, com a devolução das cartas precatórias pelas razões explicitadas, sob pena de afronta aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

5. A segunda preliminar diz respeito à ausência do acusado MAURÍCIO MUNIZ à Sessão de Julgamento, apesar de pedido expresso da Defensoria Pública em sentido contrário.

6. Requereu a decretação de nulidade do julgamento por ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, previstos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, e a realização de novo julgamento com a presença do apelante **MAURÍCIO MUNIZ**.

7. A primeira preliminar foi rejeitada por decisão plenária, com ressalva do meu posicionamento em sentido contrário.

8. Na dicção da douta maioria, a falta de reinquirição das testemunhas da Defesa não trouxe prejuízo ao apelante. Mesmo porque ditas testemunhas foram ouvidas na presença do representante do Ministério Público Militar, "custos legis", e de um Defensor "ad hoc", que nada impugnou nem fez reperguntas, de certo porque não as julgou necessárias. Deste modo, foram cumpridas as regras processuais pertinentes e respeitadas as garantias constitucionais inerentes à ampla defesa.

9. No que concerne à segunda preliminar, fortes são os fundamentos que a respaldam.

10. Consta dos autos que o MM. Juiz-Auditor Substituto, por meio do despacho de fl. 966, instou a Defesa a se manifestar sobre a possibilidade de dispensa do acusado Maurício Diniz à sessão de julgamento, pois se encontrava preso e seu deslocamento implicaria no atendimento de normas e prazos que retardariam o desfecho da ação penal em curso.

11. Em resposta, a representante da Defensoria Pública da União requereu, expressamente, a presença do acusado na Sessão de Julgamento, com base no direito de o réu assistir ao próprio julgamento (fl. 968).

12. No dia da audiência, o acusado não foi conduzido à Auditoria por "falta de escolta". Ante a ausência do réu, a Defesa requereu designação de nova data para o julgamento, o que foi indeferido pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército.

13. Tal recusa afronta, diretamente, os arts. 403 e 431, § 3º, ambos do CPPM, que assim dispõem, respectivamente, *verbis*:

> *"Art. 403. O acusado preso assistirá a todos os termos do processo, inclusive ao sorteio do Conselho de Justiça, quando Especial."*
>
> *"Art. 431. No dia e hora designados para o julgamento reunido o Conselho de Justiça e presentes todos os seus juízes e o procurador, o presidente declarará aberta a sessão e mandará apresentar o acusado."*
>
> *(...)*

*"§ 3º - Se o acusado, estando preso, deixar de ser apresentado na sessão de julgamento, **o auditor providenciará** quanto ao seu comparecimento à nova sessão que for designada para aquele fim".*

14. Os dispositivos transcritos inserem norma cogente, vale dizer, não se trata de providência facultativa ou discricionária, mas imperiosa. Visam a resguardar o direito do réu de estar presente ao próprio julgamento. Obviamente, privar o réu preso desse direito induz à nulidade absoluta por omissão de formalidade essencial do processo (art. 500, Inciso IV, do CPPM).

15. Cumpre ressaltar que citada norma não encontra correspondente no Código de Processo Penal Brasileiro. Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na esteira do entendimento de que *ne pas de nullité sans grief*, tem declarado a nulidade quando o réu preso não comparece aos atos processuais e sua ausência lhe cause patente prejuízo.

16. Segundo o eminente Ministro CELSO DE MELLO, o comparecimento aos atos da instrução configura direito fundamental do réu preso, sendo dever do Estado a sua requisição e condução, sob pena de afronta constitucional ao devido processo legal, o que geraria a nulidade absoluta do ato. Transcrevo um trecho do acórdão de que foi relator no **HC 67755/SP**, *in verbis*:

> *O acusado – inobstante preso e sujeito à custódia do Estado – tem o direito de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais, especialmente aqueles realizados na fase instrutória do processo penal condenatório. Incumbe ao Poder Público requisitar o réu preso para presenciar, no Juízo Deprecado, a inquirição de testemunhas. Essa requisição do acusado preso, que objetiva garantir-lhe o comparecimento à instrução criminal, traduz conseqüência necessária dos princípios constitucionais que asseguram aos réus em geral, 'em caráter indisponível', o direito ao 'DUE PROCESS OF LAW' e, por via de conseqüência, ao contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a esta inerentes. São irrelevantes nesse contexto, as alegações do poder público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder a remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País. Essas alegações, de mera conveniência administrativa, não têm – e nem podem ter – precedências sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno desse tema.*
>
> *A posição (majoritária) da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ocorrência de nulidade relativa. Ressalva da posição pessoal do relator, para quem a violação desse direito implica*

nulidade absoluta do processo penal condenatório. A presença do acusado e a sua participação pessoal nos atos processuais constituem expressão concreta do direito de defesa. Perspectiva do global da função defensiva: a autodefesa da parte e a defesa técnica do advogado". (HC 67755/SP Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 11-09-92)

17. *In casu*, o prejuízo do réu é evidente e se traduz na sua condenação à pena máxima, ou seja 20 anos de reclusão.

18. Incumbe ao Poder Público providenciar a escolta que conduzirá o réu preso à sessão de julgamento. O réu não deve arcar com o prejuízo advindo da privação de seu direito de se ver julgado por falta de providência de cunho meramente administrativo.

19. E não se alegue a aplicação do art. 288, § 4º, do CPPM ao caso sob apreciação. Citada norma está localizada no Capítulo Único do Título XIV, que trata "DA CITAÇÃO, DA INTIMAÇÃO E DA NOTIFICAÇÃO". Por uma interpretação lógica e pontual o "ato processual" em referência é qualquer um dos atos praticados no curso do processo e para o qual haja necessidade de intimação das partes. A exemplo, oitiva de testemunhas, realização de perícia, interrogatório de co-réus etc..

20. Citado dispositivo dispõe que, *verbis*:

> *"Art. 288. As intimações e notificações, para a prática de atos ou seu conhecimento no curso do processo, poderão, salvo determinação especial do juiz, ser feita pelo escrivão às partes, testemunhas e peritos, por meio de carta, telegrama ou comunicação telefônica, bem como pessoalmente, se estiverem presentes em juízo, o que será certificado nos autos.*
>
> (...);
>
> *§ 4º O Juiz poderá dispensar a presença do acusado, desde que, sem dependência dela, possa realizar-se o ato processual."*

21. A situação do réu preso é regulada por normas específicas, já transcritas (arts. 403 e 431, § 3º, ambos do CPPM). É de todos sabido que a norma especial prevalece sobre a geral – *lex especialis derogat lex generalis*.

22. Por todo o exposto, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em REJEITAR a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa na instrução probatória, e ACOLHER, também por maioria, a preliminar da Defesa do réu MAURÍCIO MUNIZ, de nulidade

do feito por sua ausência na sessão de julgamento, determinando a restituição dos autos ao Juízo **a quo** para que novo julgamento seja realizado, estendida esta decisão aos demais réus, na forma do art. 515 do CPPM.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO
DO MINISTRO GENERAL-DE-EXÉRCITO
EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA
APELAÇÃO (FO) Nº 2004.01.049615-7-SP

Votei vencido na Segunda Preliminar argüída pela Defesa do Civil MAURÍCIO MUNIZ, pelos seguintes motivos:

Segunda Preliminar

Esta preliminar diz respeito ao não comparecimento do então Acusado em seu julgamento, tendo a Defesa requerido a decretação da nulidade do julgamento, por ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, previstos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, com realização de novo julgamento com a presença do Apelante, **MAURÍCIO MUNIZ**.

Sobre a matéria assim se pronunciou o Conselho Permanente de Justiça:

> *"(...) 26. Presentes as partes e integralmente constituído o nobre Colegiado Julgador, foi instalada a Sessão e, ato contínuo, a nobre Defensora Pública da União, pediu fosse adiado o julgamento do feito, diante do não comparecimento do acusado Maurício Muniz. Com a palavra o MPM, entendeu o seu culto representante, que o fato do referido réu não se encontrar presente, não poderia acarretar o adiamento da Sessão de Julgamento, vez que em nada prejudicaria o acusado Maurício Muniz, tendo em vista a presença ao ato de sua defesa técnica. Colocado em votação, tal pedido da DPU foi por unanimidade de votos indeferido pelo Conselho Permanente de Justiça. No entender do Colegiado Julgador, o imprescindível em processo penal é a presença da defesa técnica, logo, o fato de o acusado Maurício Muniz não estar presente ao ato, em nada o prejudicaria. Até porque, de nada adiantaria estar presente, se o que lhe caberia na presente data seria apenas assistir e ouvir passivamente os debates orais e por fim a decisão do Colegiado. Não obstante isto, como é sabido, tal acusado encontra-se preso, sendo que, foi o Estado devidamente oficiado*

por este Juízo, no sentido de trazer devidamente escoltado, o referido réu no dia designado para a Sessão de Julgamento (fls. 969 verso, 977 e 978). Ora, não pode o Poder Judiciário ficar à mercê do Estado, do seu Sistema Penitenciário, que mais do que sabido, enfrenta vários problemas de ordem não apenas estrutural, no sentido de aguardar que este último cumpra com suas obrigações. Até porque, tem o Poder Judiciário, através de seu Estado-Juiz, o dever de dar ao jurisdicionado, seja-lhe ou não favorável, respeitados os direitos e garantias fundamentais, uma resposta rápida e eficaz, para todas as questões que lhe batem à porta. Logo, invocando o artigo 288, § 4º, do CPPM, resolveu o Órgão Julgador, dispensar de ofício a presença do acusado Maurício Muniz à Sessão de Julgamento. Feito isso, passou-se ao julgamento do feito, que iniciou-se com a leitura da denúncia e a seguir, na seqüência, com os debates orais. (...)" (fls. 992 e 993).

Sobre esta preliminar a Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, assim opinou, textualmente:

"O Apelante encontra-se custodiado desde 16 de janeiro de 2001. Imediatamente a sua prisão em flagrante por crime comum, ficou detido no próprio quartel, na Fortaleza de Itaipu. Expulso do Exército, foi transferido para a Cadeia Pública de Praia Grande. Em seguida foi removido para o Centro de Detenção Provisória de Osasco, de onde evadiu-se no mês de maio de 2002, sendo recapturado em outubro do mesmo ano. Foi removido para a Penitenciária da Capital e, finalmente, para a de Tremembé, localizada no município de Taubaté.

Por ocasião do julgamento, a 2ª Auditoria requisitou o preso ao Juiz-Corregedor do presídio e ao diretor da penitenciária, por meio dos ofícios de fls. 977 e 978. Todavia, conforme esclarecimento da Ata de fls. 985, o acusado deixou de ser apresentado à Justiça Militar "por falta de escolta da Polícia Militar". Assim, realizou-se a sessão de julgamento sem a presença do réu.

Na verdade, houve desatendimento ao artigo 431, § 3º, do Código de Processo Penal Militar. De acordo com o dispositivo assinalado, caberia o adiamento do ato judicial e a designação de nova data ("se o acusado estando preso, deixar de ser

apresentado na sessão de julgamento, o Auditor providenciará quanto ao seu comparecimento à nova sessão que for designada para aquele fim"). ....A participação dele nessa atividade de finalização do processo se limita a postura presencial, uma vez que os encargos da defesa estão atribuídos ao seu advogado. Não se vislumbrando prejuízo para a ampla defesa, falta motivação legal para se acolher esta Segunda preliminar argüida." (fls. 1118 e 1119).

Levando em linha de consideração os abalizados posicionamentos do Colegiado Julgador e da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, somados à interpretação sistemática, que faço do CPPM, mais, precisamente, de seu art. 288, §§ 2º e 4º.

O § 2º, do art. 288, da Lei Adjetiva Castrense, diz que se o Acusado estiver preso, caso em que deverá ser intimado ou notificado pessoalmente, com conhecimento do responsável por sua guarda, que o fará apresentar-se em Juízo, no dia e hora designados, salvo motivo de força maior, que comunicará ao Juiz.

E no caso em exame, o responsável pela guarda do Acusado preso, comunicou ao Juiz o motivo de força maior da não apresentação do Acusado sob sua custódia, qual seja, falta de escolta.

Já o § 4º, do mesmo artigo, reza:

> *"§ 4º. O Juiz poderá dispensar a presença do acusado, desde que, sem dependência dela, possa realizar-se o ato processual."*

E foi com base no § 4º, do art. 288, do CPPM, que o Conselho dispensou a presença do Acusado na Sessão de Julgamento, com a aquiescência do MPM (fls. 992 e 993).

O mesmo posicionamento foi adotado pelo Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

Dentro desse contexto é que rejeito esta preliminar.

Superior Tribunal Militar, 15 de fevereiro de 2005.

General-de-Exército EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 2005.01.049842-7-PE

APROPRIAÇÃO INDÉBITA SIMPLES. *ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO MINISTERIAL. INEXISTÊNCIA DE DELITO. Presença de erro essencial. Configurado nos autos a ausência de dolo na conduta. Falha da Administração Militar ao continuar a efetivar pagamentos indevidos, mesmo após requerida a quota-parte para a irmã do Apelante, que atingira a maioridade. Sentença "a quo" mantida. Decisão unânime.*

Relator — Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos.

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição do Civil HERMES LUIZ DA SILVA do crime previsto no art. 248, "caput", do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 7ª CJM, de 25/11/2004.

Advogada — Drª. ELISÂNGELA S. PASSOS, Defensora Dativa.

Decisão – O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao apelo Ministerial, para manter a Sentença **a quo** por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Tenente-Brigradeiro-do-Ar Henrique Marini E Souza. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Sergio Ernesto Alves Conforto (Extrato da 60ª Sessão, em 06.09.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade,** em negar provimento ao recurso ministerial para manter a sentença "a quo" por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 06 setembro de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos, Ministro-Relator — Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O MPM junto à Auditoria da 7ª CJM ofertou denúncia em 2 de julho de2004, fls. 02/03, contra o Civil HERMES LUIZ DA SILVA, imputando-lhe a conduta descrita no Art. 248 do CPM, nos seguintes termos:

> *"Consta dos autos do presente inquérito policial militar que o denunciado tornou-se pensionista em virtude do falecimento de Hélio Luiz da Silva, seu genitor, tendo o óbito ocorrido no dia 12 de fevereiro de 1982. Na ocasião, sua genitora o representava perante a Administração Militar porque ele era menor, contando apenas com 05 (cinco) anos de idade. Ao completar 18 (dezoito) anos o denunciado passou a movimentar sua conta-corrente pessoalmente. Porém ao atingir a maioridade no dia 08 de novembro de 1998 o denunciado continuou sacar a importância em dinheiro depositada em seu favor na conta-corrente de nº 7015-7, Agência 1361, do Bando do Brasil na cidade de Igarassu até dezembro de 1999 por erro da Administração Militar (fls. 57/61, 74, 197/8).*
>
> *Agindo da forma acima descrita, o denunciado, aproveitando-se das deficiências da máquina administrativa militar, apropriou-se da importância total em dinheiro de R$ 4.120,46 (quatro mil, cento e vinte reais e quarenta e seis centavos), quantia já corrigida monetariamente, cometendo o delito tipificado no artigo 248, do Código Penal Militar (fls. 30/2, 41/9, 81/8, 208/22)."*

Recebido o libelo acusatório em 12 de julho de 2004, fl. 245, foi regularmente citado em 26 de julho de 2004, fl.257.

Em qualificação e interrogatório, respondeu ao CPJEX da 7ª CJM, fls. 258/260, "verbis":

..."que, na verdade, recebeu o dinheiro referido na denúncia; que, recebeu a pensão creditada durante um ano e um mês e pelos cálculos feitos, aquela pensão atingia o valor de R$ 1.800,00 em números redondos. (...) que, recebia a pensão achando que tinha direito em receber a mesma; que, recebia os contra-cheques mensalmente em sua residência, o que reforça a convicção de que teria direito à pensão; que, a SIP/7 tinha todos os dados, tais como o endereço e tudo mais em relação ao acusado; que, acreditou que não tinha mais direito a partir do dia em que foi ao Banco para efetuar o saque e não constava o dinheiro; que, o pagamento foi cortado automaticamente sem que o acusado recebesse uma comunicação antes; que, acrescenta que como pensionista ia de ano em ano renovar a assinatura na SIP/7, até porque em não comparecendo para a renovação de assinatura, existe um período e após, o pagamento é suspenso; que, no mês em que completou a maioridade foi à SIP/7 e renovou os dados, posteriormente não foi, porque não foi convocado como de hábito a SIP/7 fazia; (...) que, acreditava que o término do seu direito à pensão seria comunicado pela SIP/7; que, durante o período em que completou a maioridade, se houve alguém que ficou prejudicado, foram as irmãs do interrogando, porque elas continuam recebendo; declara o acusado que se deve a alguém é às irmãs dele;"

A Defesa não arrolou testemunhas, fl. 265.

Nada foi requerido pelas partes no prazo do art. 427 do CPPM.

Em alegações escritas, fls. 249/280, o MPM expôs:

..."Em sua defesa, o acusado afirma que acreditava ter direito ao recebimento da pensão, haja vista receber mensalmente os contra-cheques em sua residência (fls. 258/60.)

Impossível acolher o argumento exposto pelo acusado. Toda pessoa dotada de um mínimo de discernimento, sã tanto sob o aspecto físico quanto mental, é capaz de entender que ao atingir 21 (vinte e um) anos de idade deixa de fazer jus a benefício previdenciário, o que ocorre, inclusive, aos 18 (dezoito) anos de idade na hipótese de pensão mantida pelo INSS. Tinha, portanto, plenas condições de perceber que, se de fato recebia contra-cheques, isso ocorria por equívoco."

Requereu a condenação à pena do art. 248 do CPM.

A Defesa alega que houve manifesto erro da Administração Militar, porque, ao contrário do que prescreve a legislação, não suspendeu o pagamento da pensão quando do advento da maioridade de 21 anos do ora Apelado. Havia ciência da data em que deveria suspender o benefício, qual seja, na data de aniversário de 21 anos.

Argumenta também que o civil HERMES LUIZ DA SILVA acreditava serem devidos os valores depositados em sua conta-corrente a título de pensão militar, por ter continuado a receber em sua residência os contra-cheques enviados pela Administração Militar.

Aduz que incide no caso o art. 36 do CPM, "verbis":

> *Art. 36. É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.*

Por fim, professa que para se ter presente a culpabilidade é mister a existência da denominada potencial consciência da ilicitude, o que, no caso, não permite a imposição de pena. E, ainda, por configurar também erro de fato essencial, escusável ou invencível, funciona como excludente da responsabilidade a título de dolo, ou mesmo a título de culpa.

Em 25 de novembro de 2004, a Decisão do Conselho de Justiça da 7ª CJM restou assim fundamentada, fls. 297/304:

> *...."Após ler e reler o Processo chega-se à conclusão definitiva e inarredável de que, diante do conjunto das circunstâncias objetivas em que ocorreram os fatos, qualquer homem do tipo comum ou normal não veria desconformidade alguma em efetuar aqueles saques dos valores depositados, a título de pensão.*
>
> *É certo que consta dos autos que foi requerida a transferência da cota-parte da pensão, ao atingir a maioridade, é certo que no título de pensão menciona o prazo de vencimento do benefício, é certo, ainda, que o acusado continuou recebendo os contra-cheques em casa, que sua residência era conhecida e é exato que ele não tinha um nível de instrução elevado, evidentemente, que esses fatos deixam claro que o denunciado não podia libertar-se do erro que motivou sua conduta, ao apropriar-se daqueles valores, depositados em sua conta-corrente.*
>
> *(...)*

Ele deliberou e apropriou daqueles valores depositados em sua conta. Fez, de nenhum modo intencional, para causar prejuízo ao Erário. Atuou na boa-fé, certo de que não estava atentando contra a lei penal militar. Agiu na sincera crença ou na suposição de se encontrar no exercício de seu direito e que a ordem jurídica lhe reconhecia. Aliás, afirmou: "que recebia a pensão achando que tinha direito em receber a mesma".

Com toda essa fundamentação, o Conselho de Justiça forma sua convicção, no sentido de que ocorreu aqui, um erro essencial ou invencível, que excluiu o dolo da conduta, impedindo, decerto, que o acusado soubesse que sua conduta seria enquadrável numa figura típica, descrita no Código Penal Militar.

...RESOLVE o Conselho de Permanente de Justiça para o Exército, por maioria de quatro votos a um, julgar improcedente a denúncia e as alegações escritas do Ministério Público Militar para, em conseqüência, absolver *o acusado civil* HERMES LUIZ DA SILVA *qualificado no Processo nº 30/04-2, com amparo no artigo 439, letra d , do Código de Processo Penal Militar, c.c. o artigo 36 do Código Penal Militar."*

O MPM foi intimado dessa Decisão em 30 de novembro de 2004 e interpôs termo de apelação no mesmo dia, fl. 306.

Em Razões de Apelação, fl. 310/312, o MPM argumenta que não pode prosperar a sentença absolutória, com fulcro no art. 36 do CPM, pois "salvo exceções necessitadas de comprovação, todo pensionista militar de menor (sic) sabe que ao atingir 21 (vinte e um) anos de idade, perde o direito à percepção do benefício, fl. 311.

Em Contra-razões, fls. 314/322, a Defesa afirma que é nítido o erro da Administração Militar e que, dessa forma, o civil HERMES LUIZ DA SILVA foi levado totalmente a erro. Ratifica ainda as teses esposadas em alegações escritas e pede a mantença da Decisão "a quo".

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar opina pela desclassificação para o art. 249 do CPM e pugna pela declaração da prescrição da pretensão punitiva, em razão do decurso de lapso temporal, previsto no art. 125, VI, do CPM, ocorrido entre término da permanência do crime de apropriação de coisa havida por erro imputado ao civil HERMES LUIZ DA SILVA, que se consumou em dezembro de 1999, último mês em que foi sacado valores da conta do ora Apelado, e a data de recebimento da denúncia, qual seja, em 12 de julho de 2004.

Relatados, decide-se:

VOTO

O MPM junto à Auditoria da 7ª CJM ofertou denúncia, fls. 02/03, contra o Civil HERMES LUIZ DA SILVA, imputando-lhe a conduta descrita no Art. 248 do CPM, restando julgado improcedente a denúncia para absolvê-lo com fulcro no art. 439, letra d, do CPPM, ou seja, por existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente.

O representante da PGJM acolheu a conduta como aquela descrita no tipo do art. 249 do CPM, por desclassificação, a qual tem como núcleo a apropriação de coisa havida por erro, em que prevê a pena máxima em 1 ano de detenção. O tipo previsto no art. 248 do CPM, ofertado na denúncia, a pena máxima cominada é de 6 (seis) anos de reclusão.

Assim, a PGJM suscita a desclassificação e, em conseqüência, a declaração da prescrição pela pena em abstrato.

Em verdade, constataram-se depósitos indevidos de outubro de 1998 a janeiro de 2000. Os saques ocorreram de outubro de 1998 até dezembro de 1999. O valor de R$ 123,07 (cento e vinte e três reais e sete centavos) relativo ao mês de janeiro de 2000 foi revertido à Conta Única do Comando, fls. 103/106.

A dinâmica dos fatos, como ocorreram, nos aponta para o tipo penal pretendido pela douta parecerista da PGJM e não para o delito tipificado no art. 248 do CPM. Senão vejamos:

Consta do Título de Pensão Militar, fl. 122, lavrado quando da concessão do benefício, em março de 1982, como observação, "verbis":

> *"Os pensionistas HELIO DA SILVA JUNIOR e HERMES LUIZ DA SILVA, filhos menores reconhecidos do "de cujus", farão jus ao presente benefício até 08 NOV 97 e 08 NOV 98, respectivamente, véspera do dia em que atingirão suas maioridades".*

Dessa forma, havia uma data marcada pela própria Administração para a suspensão do benefício. Em 1997, na maioridade do irmão mais velho, HELIO LUIZ DA SILVA, e em novembro de 1998 na maioridade do ora Apelado, HERMES LUIZ DA SILVA.

Vê-se nos autos, fl. 133, o pedido da civil SILVIA CORREIA DA SILVA (irmã) com o protocolo nº 5577, datado de 5 de dezembro de 1998, requerendo a transferência de cota-parte de Pensão Militar em face da maioridade de seus irmãos, "verbis":

"SILVIA CORREIA DA SILVA, identidade nº 4.672.245 – SSP/PE, CPF nº 002.301.214-54, na condição de filha de HÉLIO LUIZ DA SILVA, Cb Ref, falecido em 12 FEV 82, requer a V Exa transferência de cota-parte de Pensão Militar, em face da MAIORIDADE de HÉLIO LUIZ DA SILVA e HERMES LUIZ DA SILVA, filhos do "de cujus", ocorrido em 08 NOV 97e 08 NOV 98, respectivamente."

Consta também, fl. 140, o termo de transferência da referida pensão, expedido pelo Chefe da SIP/7, em junho de 1999, "verbis":

*"O Chefe da Seção de Inativos e Pensionistas da 7ª Região Militar (SIP/7), usando das atribuições que lhe confere o Art. 51 do Regulamento da Lei de Pensões Militares, aprovado pelo Dec Nr 49.096/60 e considerando o despacho concessório do Comandante da 7ª RM, publicado no Boletim Interno Nr 064 de 08/04/99, DECLARA que SILVIA CORREIA SILVA, nascida em ***, tem direito na condição de filha, em decorrência de Transferência de cota-parte de Pensão Militar, face a maioridade de HERMES LUIZ DA SILVA, filho, ocorrido em 09/11/98 a contar de 09/11/98, equivalente à remuneração de 3º Sgt, com cotas-partes de ¼, do benefício da Pensão Militar deixada por HÉLIO LUIZ DA SILVA e inativado no posto/graduação de Cabo, com os proventos de 3º Sgt, tendo 21 anos 00 meses e 27 dias de serviço, 00 anos 00 meses e 00 dias de acréscimos, quando foi inativado, e contribuía, ao falecer, para a Pensão Militar equivalente ao posto/graduação de 3º Sgt."*

Contata-se, assim, que 1 (um) mês após a maioridade de HERMES LUIZ DA SILVA, sua irmã requereu a cota-parte da pensão para si, funcionando esse requerimento como mais um lembrete à Administração de que deveriam ser suspensos os pagamentos a HERMES.

Destaque-se que somente 7 (sete) meses depois, em junho de 1999, foi atendido o requerimento de SILVIA, acima transcrito, e, ainda assim, os depósitos em nome de HERMES LUIZ DA SILVA ocorreram até janeiro de 2000.

Houve, portanto, erro sobre erro, sem a mínima participação do civil HERMES LUIZ DA SILVA, ou seja, não usou de ardis e nada fraudou, subsumindo-se, dessa forma, a questão ao tipificado no art. 249 do CPM.

Destarte, em caso de condenação o delito deve ser desclassificado, afastando-se a tipificação do art. 248 contida na denúncia.

Assim desclassificando, vê-se que ocorreu a prescrição, pela pena "in abstrato", no período de dezembro de 1999 – último saque da conta do Apelado – até o oferecimento da denúncia, em 12 de julho de 2004. A pena máxima cominada em decorrência do art. 249 do CPM é 1 (um) ano de detenção, prescrevendo em 4 (quatro) anos, de acordo com o art. 125, VI, do CPM.

Por outro lado, HERMES LUIZ DA SILVA foi absolvido na 1ª instância, decidindo o Conselho não haver dolo em sua conduta, como frisou, fl. 302:

> *"É certo que consta dos autos que foi requerida a transferência da cota-parte da pensão, ao atingir a maioridade, é certo que no título de pensão menciona o prazo de vencimento do benefício, é certo, ainda, que o acusado continuou recebendo os contra-cheques em casa, que sua residência era conhecida e é exato que ele não tinha um nível de instrução elevado, evidentemente, que esses fatos deixa claro que o denunciado não podia libertar-se do erro que motivou sua conduta, ao apropriar-se daqueles valores, depositados em sua conta-corrente."*

Não encontramos na qualificação do Apelado registros de seu grau de instrução, mas o Conselho que o teve à frente, o vendo e o ouvindo, assevera tratar-se de pessoa humilde, sem nível de instrução elevado.

Por esse motivo, mesmo provada a materialidade do delito, o absolveu.

De fato, para HERMES LUIZ SILVA, sem grau de instrução elevado, pode ter parecido correto retirar os valores registrados nos bilhetes de pagamentos, que recebia em sua casa, tendo em vista que no documento que assinara constava a data da suspensão do benefício e 1 (um) mês após essa data sua irmã comunicou esse mesmo fato à Administração. Mesmo assim, os bilhetes continuaram chegando.

Não consta nos autos prejuízo à Administração Militar. O depósito incorreto em seu nome seria devido à mãe e suas irmãs, também cotistas da pensão.

APELAÇÃO Nº 2005.01.049872-9-BA

HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO – CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE – RECURSOS DAS PARTES. MPM requerendo a exacerbação da pena e imposição da pena acessória de exclusão das Forças Armadas. Defesa postulando, preliminarmente, pela nulidade da Sentença por erro de tipificação e equivocada análise probatória e, no mérito, a absolvição e, alternativamente, a desclassificação do tipo penal de homicídio na forma tentada para o crime de lesão corporal, previsto no art. 129 do Código Penal. Prisão em flagrante delito. Prova oral coerente na configuração da autoria. Materialidade consolidada em diversos laudos técnicos. Conduta reprovável tipificando o delito capitulado no art. 205, § 2º, incisos I e IV, com incidência da agravante genérica prevista no art. 70, inciso II, alínea "l", tudo do CPM. Preliminar rejeitada e, no mérito, negado provimento ao recurso da Defensoria Pública da União, e provido o apelo Ministerial para aumentar a pena imposta, determinar a exclusão das Forças Armadas e estabelecer o regime prisional fechado. Decisão unânime quanto aos recursos e, por maioria, com relação à pena imposta.

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor e Relator para o Acórdão — Min. Ten Brig Ar Marcus Herndl.

Apelantes — O Ministério Público Militar e José Carlos dos Santos, 3º Sgt Mar., condenado à pena de 10 anos de reclusão, como incurso no art. 205, § 2º, inciso IV, c/c os arts. 30, inciso II, parágrafo único, primeira parte, e 70, inciso II, alínea "l", tudo do CPM, fixando-se o regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 6ª CJM, de 17/11/2004.

Advogados — Drs. Luiz Humberto Agle e Ricardo Luiz Wanderley da Fonseca, Defensores Públicos da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pela Defesa. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao apelo da Defesa e deu provimento ao apelo ministerial para, mantendo a condenação, **por maioria**, majorar a pena imposta ao 3º Sgt Mar JOSÉ CARLOS DOS SANTOS para 21 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, por infringência ao art. 205, § 2º, inciso I e IV, c/c o art. 30, inciso II, parágrafo único, **in fine**, e arts. 70, inciso II, letra "I", e 73, todos do CPM, aplicando-lhe a pena de exclusão das Forças Armadas, **ex vi** do art. 102 do mesmo Diploma Penal Castrense, fixando o regime prisional fechado, na forma do art. 33, § 2º, letra "a", do Código Penal, c/c o art. 110, da Lei nº 7.210/84, para cumprimento da pena imposta. O Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES (Relator) dava provimento ao recurso ministerial para, mantendo a Sentença condenatória **a quo**, majorar a pena imposta ao Apelante para 15 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, como incurso no art. 205, § 2º, inciso IV do CPM, c/c o art. 70, inciso II, letra "I", do mesmo Código. Relator para o Acórdão Ministro MARCUS HERNDL (Revisor). O Ministro Relator fará voto vencido.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Marisa Terezinha Cauduro da Silva. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. (Extrato da ata da 14ª Sessão, 21.03.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela Defesa. No mérito, por unanimidade, em negar provimento ao apelo da Defesa e em dar provimento ao apelo ministerial para, mantendo a condenação, por maioria, majorar a pena imposta ao 3º Sgt. Mar. José Carlos dos Santos para 21 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, por infringência ao artigo 205, § 2º, inciso I e IV, c/c o artigo 30, inciso II, parágrafo único, in fine, e artigos 70, inciso II, letra "I", e 73, todos do CPM, aplicando-lhe a pena de exclusão das Forças Armadas, ex vi do

artigo. 102 do mesmo Diploma Penal Castrense, fixando o regime prisional fechado, na forma do artigo 33, § 2º, letra "a", do Código Penal, c/c o art. 110 da Lei nº 7.210/84, para o cumprimento da pena imposta.

Brasília, 21 de março de 2006 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Marcus Herndl*, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, verifica-se que se trata de apreciar recursos interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR e por JOSÉ CARLOS DOS SANTOS, 3º Sgt. Mar., condenado à pena de 10 anos de reclusão, como incurso no artigo 205, § 2º, inciso IV, c/c os arts. 30, inciso II, parágrafo único, primeira parte, e 70, inciso II , alínea "l", tudo do CPM, fixando-se o regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena, com o direito de apelar em liberdade.

A denúncia, subscrita pelo Procurador-Militar Dr. Samuel Pereira, e fundada em APF, lavrado contra o acusado, relata a seguinte prática delituosa, ***in verbis***:

> *"No dia 04 de abril de 2002, o 3º SG-CA JOSÉ CARLOS DOS* ***SANTOS*** *encontrava-se escalado para o serviço de chefe de quarto, do grupo da caldeira, na praça das máquinas nº 1, do Navio de Desembarque Doca "Ceará", que estava atracado na Base Naval de Aratu, em Salvador/BA, devendo assumir o turno das 12h às 15h, conforme consta do detalhe de serviço de fls. 179.*
>
> *Por volta das 11h50 daquele dia, o SG SANTOS encontrou-se com o 2º SG-CA ERIVALDO BATISTA* ***FÉLIX*** *em frente à oficina de bombas do navio e solicitou ao mesmo que o substituísse no serviço, pois necessitava ir ao banco resolver um problema pessoal. O SG FÉLIX negou-se a fazer a substituição solicitada, argumentando que estava com dengue e o local do serviço (praça de máquinas) poderia ser prejudicial à sua saúde. O denunciado não gostou da resposta do SG FÉLIX, iniciando-se, então, uma discussão entre ambos.*
>
> *Em seguida, o SG SANTOS dirigiu-se à praça de máquinas para assumir o serviço e, cerca de 25 minutos depois, foi substituído pelo 2º SG SÉRGIO MARQUES DA SILVA.*

Após ser rendido, o SG SANTOS retornou à oficina de bombas e novamente discutiu com o SG FÉLIX, por este não ter aceitado efetuar a substituição.

Então, o denunciado foi até o alojamento e pegou o revólver marca Rossi, calibre .38, número D809639, de sua propriedade, municiado com cinco cartuchos, e retornou para a oficina de bombas, onde encontrou o SG FÉLIX sentado, conversando com o 3º SG MANOEL NAZARENO MARTINS.

O denunciado, com a arma em punho, mandou que o SG FÉLIX se ajoelhasse e lhe pedisse perdão e, em seguida, efetuou três disparos.

A vítima surpreendida pela ação do denunciado, ainda tentou se levantar. Porém o denunciado, de modo a impossibilitar a defesa do SG FÉLIX, que já estava ferido, acionou mais duas vezes o gatilho, esgotando, assim, a capacidade de disparos da arma.

Logo em seguida, chegaram ao local o Chefe do Departamento de Máquinas e o Imediato do Navio, que retiraram a arma do denunciado e providenciaram o socorro da vítima.

O SG FÉLIX sofreu, em virtude dos disparos efetuados pelo denunciado, as gravíssimas lesões descritas no laudo pericial de fls. 41/42 apresentando, inclusive, quadro de paraplegia dos membros inferiores, de caráter permanente, conforme consta do relatório médico de fls 172 e do exame de corpo de delito complementar de fls. 457.

As provas produzidas no Auto de Prisão em Flagrante em anexo demonstram que o ora denunciado agiu com inequívoco ***animus necandi*** *ao efetuar disparos de arma de fogo contra o SG FÉLIX, apenas não consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade, pois a vítima foi prontamente socorrida por terceiros e sobreviveu aos ferimentos sofridos, embora com seqüelas irreparáveis.*

Em razão do exposto, denuncio o 3º SG-CA JOSÉ CARLOS DOS SANTOS como incurso nas sanções previstas no artigo 205, § 2º, incisos I e IV, c/c os artigos 30, inciso II, e 70, inciso II, letra I, todos do Código Penal Militar, requerendo..."

Recebida a denúncia em 26 de agosto de 2002, foi procedida a citação pessoal em 10 de outubro seguinte.

Deflagrada a ação penal na audiência de qualificação e interrogatório, o acusado declarou não serem verdadeiros os fatos narrados na denúncia. Disse que no dia 4 de abril de 2002, aproximadamente às 10h, estando o Navio de Desembarque Doca Ceará atracado na Base Naval de Aratu, o acusado solicitou ao ofendido que *"segurasse o serviço"*, pois necessitava efetuar depósito bancário, esperado pela esposa. Sem responder ao pedido, foi chamando o acusado de *"moleque, canalha"* e que não iria *"segurar"* o serviço, sendo o diálogo presenciado pelo Cb Magno. Ao exigir respeito, por ser mais velho do que o Ofendido, este, de punho fechado, *"partiu para cima", não chegando a atingir o acusado, por ter sido impedido pelo Ten. Francisconi e pelo Sgt Dilson.* Então, declarou ter se dirigido ao seu local de serviço, e, após meia hora, o Sgt Marques o substituiu. Ao retornar à oficina de bombas encontrou o ofendido e perguntou-lhe qual a razão daquela agressão. Neste momento, este *"partiu para cima"*, com os punhos cerrados, dizendo que *"dava um tiro na cara"* do acusado e indagando se duvidava disso. Tal discussão foi presenciada pelo Ten Francisconi e Sgt Dilson. Após, o ofendido fez menção de retornar ao alojamento e o acusado foi para o seu. Armado, voltou para procurar o ofendido, pois momentos antes, foi ameaçado por ele. Transcorrido algum tempo, os dois novamente se encontraram na oficina de bombas, estando o ofendido sentado em posição transversal à porta e o acusado adentrado, trazendo uma arma nas costas, na altura da cintura. Então, o acusado disse *"levanta e peça desculpas"*, momento em que o ofendido levou o braço direito para trás da cintura, levando-o a imaginar que o mesmo estava prestes a puxar uma arma. Disse o acusado ter efetuado alguns disparos, não sabendo precisar quantos. Em seguida, chegaram o Comandante Menezes e o Comandante Francisco das Neves. Este Oficial solicitou a entrega da arma, quando o acusado deixou cair os projéteis e, em seguida, a entregou ao imediato, sendo conduzido até a sala do chefe de máquinas. Não soube dizer se, no momento em que efetuou os disparos, atingindo o ofendido, este portava algum objeto na mão direita pois, tão logo movimentou-a em direção às costas, o acusado imaginou que iria ser atingido, pois sabia que ele tinha uma arma a bordo. Eventualmente, o ofendido mostrava-a (PT 380, cromada) brincando e humilhando outros militares.

O acusado constituiu, para sua defesa, os Drs. Washington Luiz Pinto Machado, Gláucia Ingrid Bastos Nunes e Rosalia Fernandes Costa, inscritos, respectivamente, na OAB/RJ, sob os nº 57.731, 115.454 e 51.121 (fls. 489 e 493).

O Ministério Público Militar produziu prova oral mediante a oitiva das seguintes testemunhas:

- CF Roberto de Souza, Imediato do Navio "Doca Ceará", inquirido mediante carta precatória, declarou que, ao chegar à oficina de bombas, atendendo chamado sobre acidente de arma de fogo, encontrou o acusado segurando uma arma de fogo com a mão direita e a vítima caída ao chão, aparentemente com duas perfurações à bala, próximas ao peito esquerdo. Ao indagar o que estava acontecendo, o acusado disse *"que queria ver o SGT FÉLIX cumprir a ameaça que lhe tinha feito."* No momento em que fora atingido, o ofendido não portava arma. Esclareceu ter acalmado o acusado e este lhe entregou a arma, sem reagir, estando com quatro projéteis não disparados, vindo a saber que houve recarregamento após os tiros efetuados. O acusado lhe disse ter atirado no ofendido devido às ameaças recebidas, inclusive contra sua família, no Rio de Janeiro/RJ, declarando ter condições de cumpri-las porque possuía uma arma em seu armário no navio e, naquela cidade, havia alguém para atingir seus familiares. Ao saber que o ofendido possuía arma a bordo, determinou revista em seu armário, onde foi encontrada uma arma particular, registrada na Marinha. Disse não ter ouvido o ofendido insultar ou ameaçar o acusado.

- 2º Ten Md Daniel de Queiroz Guzman, inquirido por carta precatória, afirmou ter atendido ao chamado, dirigindo-se para a oficina da casa de bombas e encontrou o ofendido ferido e caído, estando outro militar prestando-lhe socorro. Disse ter realizado uma hemostasia, encaminhando-o a uma ambulância para ser levado ao Setor de Emergência, acompanhando o traslado. Afirmou haver identificado, naquele momento, duas perfurações no hemi-tórax esquerdo, duas perfurações na mão esquerda e uma perfuração na coxa esquerda.

- 3º Sgt Manoel Nazareno Martins, inquirido por carta precatória, declarou que estava conversando com o ofendido, encontrando-se também no local o Sgt Paulo, Sgt Willame e CB Magno, quando o acusado entrou com a arma em punho. O ofendido estava sentado de frente para a porta pela qual ingressou o acusado, dizendo-lhe: *"ajoelhe-se e peça perdão a um homem"*, não havendo qualquer reação por parte do ofendido, pois logo em seguida foram efetuados cinco ou seis disparos. Após ter sido atingido por duas vezes, o ofendido levantou-se e foi na direção do acusado, conseguindo agarrá-lo, porém recebeu outros disparos, vindo a cair. Disse desconhecer se houve algum desentendimento entre ambos, nada podendo informar, haja vista ter saído do local a fim de procurar ajuda. Ao ser reinquirido confirmou seu depoimento, não tendo presenciado qualquer discussão anterior entre o acusado e o ofendido.

- CC Marcio Tadeu Francisco das Neves, inquirido por carta precatória, Chefe do Departamento de Máquinas, declarou que se encontrava na praça

das armas quando o Sgt Willame disse-lhe ter o Sgt Santos atirado no Sgt Félix. Dirigiu-se, então, à oficina de Bombas, encontrando o acusado com a arma em punho olhando para o interior daquele compartimento dizendo que era preciso respeitar um homem. Disse haver chamado a atenção do acusado e este afirmou estar tranqüilo. Nesse momento, o imediato do Navio CF Roberto de Souza desarmou o acusado, levando-o para outro local. Afirmou haver encontrado o ofendido deitado, com o macacão aberto e manchas de sangue, dizendo que iria morrer. Observou ferimento no tórax do lado esquerdo, tendo o Ten Guzman prestado os primeiros socorros, juntamente com os enfermeiros, e providenciada uma ambulância. O ofendido não estava armado e nem havia ingerido bebida alcoólica. Mencionou não ter visto e nem ouvido este insultar o acusado. Soube, posteriormente, ter o ofendido, antes do fato, se negado a efetuar troca de serviço com o acusado, tendo sido grosseiro. Tais informações foram prestadas pelo próprio acusado. Segundo comentários de terceiros, o motivo da agressão teria sido o modo grosseiro com que tratou o acusado. Informou saber que o acusado já havia agredido outro militar.

- 3º Sgt Ubiracy Soares de Jesus, inquirido mediante carta precatória, declarou que, estando no interior da oficina de Bombas, ouviu discussão entre os dois militares, os quais se encontravam do lado de fora, vindo a saber, depois, ser assunto relacionado com o serviço. Posteriormente, ao sair do refeitório, viu uma correria de militares, quando soube ter o Sgt Santos atirado no Sgt Félix. Ao chegar na oficina de bombas, encontrou o ofendido caído, recebendo os primeiros socorros, e o acusado já tinha sido levado pelo imediato. Observou quatro ferimentos: dois do lado esquerdo da barriga, um na coxa direita e outro no pulso da mão esquerda, e o ofendido não portava arma. Disse que entre a discussão e a agressão decorreu o tempo aproximado de trinta minutos e afirmou já ter presenciado agressão praticada pelo acusado contra um cabo.

- Cb Magno José Ribeiro de Andrade, inquirido por carta precatória, declarou não haver presenciado qualquer discussão entre o acusado e o ofendido. Disse que conversava com a vítima, sobre futilidades, na Oficina de Bombas, estando presente o Sgt Manoel Nazareno. Afirmou ter o acusado entrado na Oficina de Bombas com a arma na mão, estando o ofendido sentado com a cabeça apoiada na mão, pois estava meio adoentado. Então o acusado disse para o ofendido ajoelhar-se e pedir perdão a um homem, *"porra"*. Não houve qualquer reação porque não deu tempo. Disse ter ouvido quatro disparos, mas só viu três e, após o terceiro tiro, o ofendido tentou agarrar o acusado, mas só conseguiu colocar a cabeça na sua barriga, quando o acusado disse *"morre, porra"*, sendo dado o quarto tiro. Declarou que o ofendido não tinha ingerido bebida alcoólica e nem o viu ou o ouviu ofender o acusado.

Conforme instrumento de fl. 663, os Advogados constituídos substabeleceram os poderes outorgados pelo acusado, com reserva, às Drªs.

Cláudia Maria da Silva e Rosália Fernandes Costa, Advogadas inscritas, respectivamente, na OAB/RJ sob os nºs 58.156 e 51.121.

O ofendido, 2º Sgt Erivaldo Batista Félix, inquirido através de carta precatória, declarou não ter ocorrido desentendimento anterior ao fato com o acusado, sendo que várias pessoas presenciaram a discussão entre ambos. Em hipótese alguma tentou agredir, ameaçar ou ofender moralmente o acusado, apenas falou em tom mais ríspido. Afirmou que, mais ou menos meia hora após a discussão, quando estava o depoente sentado conversando com o Sgt Nazareno, o acusado adentrou na oficina de bombas e já sacou sua arma determinando que o depoente se ajoelhasse e *"pedisse perdão a um homem antes de morrer"*, iniciando, logo após, os disparos. Alegou que não portava nenhum armamento e que sua única reação foi de pedir para o acusado se acalmar, não tentando, de forma alguma, o agredir. Ao se levantar, o acusado iniciou os disparos que foram presenciados pelo Sgt Nazareno e Cb Magno, estes não tiveram tempo de impedir aquela ação. Esclareceu que se levantou com a intenção de se ajoelhar, presumindo que iria acalmar o acusado, mas não teve tempo, uma vez que os disparos foram efetuados mesmo antes de que pudesse se ajoelhar, não conseguindo se proteger dos disparos, que foram efetuados todos do mesmo local, à distância de três metros do ofendido. Disse não se recordar quantos tiros foram efetuados e quantos o atingiram, mas sabe que, após ser atingido, o acusado tentou recarregar a arma, no que foi impedido pelo Imediato do Navio. Alegou nunca ter tido rixa com o acusado, seu conhecido há sete anos, e, pelo contrário, se davam bem, tanto que, várias vezes emprestou-lhe dinheiro para ir para casa, inclusive saíram juntos para passear em Fortaleza. Alegou que o acusado ingeriu bebidas alcoólicas no dia anterior ao fato, tanto que sentiu o seu hálito no dia do ocorrido. Acrescentou que não discutiu com o acusado, apenas explicou que estava com dengue e não poderia atender ao seu pedido. Afirmou que, no último contato com o acusado, o mesmo se dirigiu em tom elevado de voz e perguntou ao ofendido se não iria tirar o serviço, acrescentando que, se isso não ocorresse, o ofendido seria um *"muquirana"*. Alegou o ofendido haver dito, naquele momento, para o acusado parar, porque ele estava tendo um comportamento inadequado na presença dos subordinados, não tendo, em momento algum, proferido palavras de baixo calão. Alegou ser mais antigo e, em momento algum, se referiu à família do acusado de forma pejorativa. Disse já ter presenciado o acusado ser grosseiro com outros militares, inclusive o viu desferir um soco no CB Oliveira.

A Defesa arrolou cinco testemunhas, sendo que três já foram inquiridas como de acusação. As duas testemunhas remanescentes, em Juízo, declararam o que se segue:

- 1º Sgt Dilson Félix da Costa, não presenciou os fatos, declarando, apenas, não ter conhecimento da existência de rixa ou de animosidade entre o acusado e o ofendido.

- 1º Ten Rodrigo de Mello Francesconi, não presenciou os fatos, tendo providenciado socorro ao ofendido. Disse que, por saber que o acusado queria trocar o serviço para resolver problema de banco, passou a providenciar sua substituição, o que não chegou a se efetivar porque, em seguida, foi informado que já tinham efetuado a troca. Comentou sobre a proibição do uso de arma a bordo, salvo o pessoal de serviço e que, antes da ocorrência do fato, os dois eram muito tranqüilos.

Instruindo o feito, encontram-se, entre outros, os seguintes documentos:

- Detalhe de Serviço para o dia 04/04/2002, fl. 186;
- Folhas de Alterações do acusado, fl. 293/433, e 882/890;
- Laudo de Exame de Lesões Corporais, fl. 678/679;
- Relatório Médico, fl. 680;
- Laudo de Exame Pericial (reprodução simulada), fl. 681/688;
- Exame de Corpo de Delito, fl. 689;
- Exame de Sanidade Mental na pessoa do ofendido, fls. 697/699;
- Avaliação de Seqüelas físicas, fls. 710/711.

Na fruição do prazo previsto no artigo 427 do CPPM, as partes nada requereram.

O Órgão Ministerial, enfatizando que a autoria e materialidade delitiva restaram, inteiramente, demonstradas, inclusive tendo o acusado admitido ter sido o autor dos disparos que atingiram a vítima, analisa a prova oral produzida. Conclui requerendo a condenação do acusado como incurso no artigo 205, § 2º, incisos I e IV, c/c os artigos 30, inciso II e parágrafo único, parte final, e 70, inciso II, letra "l", todos do CPM.

Em alegações finais, a defesa constituída, sustenta que, quanto ao artigo 205, § 2º, inciso IV, do CPM, é inaplicável à hipótese em apreciação, visto que a vítima esboçou reação, conseguindo agarrar o acusado. E, quanto ao inciso I, do § 2º, do mesmo dispositivo penal, o motivo não foi fútil, pois existia uma rixa entre o ofendido e o acusado, tendo havido discussão entre eles, antes do fato. E no tocante à imputação de estar de serviço, o acusado tinha sido substituído, portanto não estava mais no serviço. Contesta a imputação de crime tentado, asseverando que não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa. E conclui requerendo a absolvição.

Em petição de fl. 941, os Drs. Washington Luiz Pinto Machado e Gláucia Ingrid Bastos Nunes, respectivamente, OAB/RJ nº 57.731 e 115.434, renunciaram ao mandato outorgado pelo acusado.

A Defensoria Pública da União foi intimada para atuar em defesa do acusado.

Realizado o julgamento em 17 de novembro de 2004, o Conselho Julgador, por unanimidade de votos, condenou o acusado à pena de 10 anos de reclusão, como incurso no artigo 205, § 2º, inciso IV, c/c o artigo 70, inciso II, alínea "l", e artigo 30, parágrafo único, primeira figura, todos do CPM. Foi estabelecido o regime prisional, inicialmente, fechado, em organização própria da Marinha, enquanto ostentar a condição de militar e o direito de apelar em liberdade. O Colegiado ***a quo*** deixou de aplicar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, por entender inconstitucional o artigo 102 do CPM, uma vez que fere o princípio da isonomia, em virtude da necessidade de um outro processo para que se efetive esta pena a praças das três Forças, envolvidos em situações de condenação superior a dois anos de reclusão, tal como é previsto no artigo 126 da Constituição Federal para as praças das Polícias Militares e Bombeiros Militares.

Na audiência de julgamento, funcionou pela Defensoria Pública da União o Dr. Luiz Humberto Agle.

A Sentença, após o relatório, analisa a prova oral e pericial, para apreciar o tipo penal aplicável e tratar da dosimetria da pena. A pena-base foi aplicada em 14 anos e 6 meses de reclusão e, pelo fato de estar em serviço, agravada em 6 meses, perfazendo o total de 15 anos de reclusão. Após, foi aplicada a mínima minoração, em 1/3, consolidando-se a pena definitiva em 10 anos de reclusão.

A exclusão das Forças Armadas não foi aplicada por ter sido considerada inconstitucional diante da quebra de isonomia de tratamento entre as praças das Forças Armadas e as da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiro Militar. Foi estabelecido o regime fechado, em organização própria da Marinha, enquanto ostentar a condição de militar, e determinado a permanência em liberdade até o trânsito em julgado da decisão.

A Sentença foi lida e publicada em 1º de dezembro de 2004, sendo as partes intimadas em 6 seguinte. Os recursos foram interpostos tempestivamente.

Ao formular o arrazoado recursal, o Ministério Público Militar requer a reforma da Sentença para, mantida a condenação, majorar a pena imposta ao Apelado para ser considerado como incurso no artigo 205, § 2º, incisos I e IV, c/c o artigo 30, inciso II e parágrafo único, parte final, e, 70, inciso II, letra "l", com a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, *ex vi* do artigo 102, todos do CPM.

Considera aplicável a qualificadora do motivo fútil, prevista no inciso I do § 2º do artigo 205 do CPM, tendo em vista a desproporcional e inexplicável reação do Apelado diante da simples negativa da vítima em atender a solicitação de *"segurar o serviço"* enquanto fosse resolver um problema no banco.

A incidência da regra prevista no artigo 30, parágrafo único, parte final, do CPM, entende ser plausível em face da intensidade do dolo com que agiu o Apelado e a excepcional gravidade das lesões sofridas pelo ofendido.

Quanto à exclusão das Forças Armadas, nada há de inconstitucional na aplicação do dispositivo legal pertinente. Às praças de corporações militares estaduais é condicionada a perda da graduação à prévia decisão do Tribunal Estadual competente, por disposição específica constitucional. Em relação às Forças Armadas, a previsão legal de exclusão não foi alterada pelo texto constitucional.

A Defensoria Pública da União, em razões recursais, preliminarmente, suscita a nulidade da Sentença, visto a tipificação do crime ter sido equivocada. Considera que a Sentença violou o princípio da verdade real dos fatos, pois não é possível obter com a prova testemunhal a certeza da materialidade do crime.

No mérito, realçando a falta do elemento subjetivo do tipo penal, pois não houve o ***animus necandi*** por parte do Apelante, apenas a intenção de machucar o ofendido, requer a desclassificação do tipo penal de homicídio na forma tentada para o crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal.

Em síntese, a Defensoria Pública requer a absolvição do Apelante tendo em vista a Sentença estar eivada de nulidade absoluta pela equivocada tipificação e em razão da evidente falta de prova de materialidade. Alternativamente, requer a desclassificação do tipo penal de homicídio tentado para o crime de lesão corporal.

O Órgão Ministerial, em contra-razões recursais, considera incabível a preliminar objetivando a decretação de nulidade da sentença. As questões

relativas ao elemento subjetivo e da prova da materialidade do delito dizem respeito ao mérito da causa, devendo ser rejeitada a questão prefacial.

No mérito, entende que não merece prosperar o apelo, por estar a tentativa de homicídio plenamente caracterizada nos autos. A prova oral presencial e a documental estão abordadas na Sentença, sendo descabida a afirmação de que a condenação teve como suporte uma única prova.

Contra-arrazoando o apelo Ministerial, a Defensoria Pública aduz que o pedido da agravante pertinente ao motivo fútil é improcedente, visto estar comprovada a existência de rixa entre o Apelante e o ofendido, não sendo o caso, também, de aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 30 do CPM. Quanto à exclusão das Forças Armadas, trata-se de determinação flagrantemente inconstitucional, além de ofender o princípio da presunção de inocência. Conclui requerendo a improcedência do recurso do Órgão Acusador.

A DIJUR esclarece nada constar em relação ao Apelante/Apelado.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, representada pelo insigne Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, opina pelo improvimento do apelo da Defensoria Pública da União e pelo acolhimento do recurso Ministerial para condenar o Apelante/Apelado conforme a pretensão acusatória.

O eminente Parecerista promove retrospecto dos autos para afirmar que as preliminares de nulidade da Sentença por atipicidade ou equivocidade na análise das provas sem fundamentos, não merecem acolhimento.

Adentrando na apreciação do mérito, passa analisar a conduta do Apelante/Apelado, ***in verbis***:

> *"Incide, induvidosamente, a qualificadora subjetiva do motivo fútil. Agiu com dolo intenso no sentido de matar, pela singela e desproporcional motivação de não ter aquiescido a vítima em substituir o Acusado em seu serviço para ir a um banco. Recebeu a negativa como um insulto, o que em verdade apenas representava opção da vítima, expressa em palavras pouco polidas mas não insultuosas, no sentido de ofender ou ultrajar a honra do Acusado.*
>
> *Representou a morte da vítima de forma humilhante, exigindo que se ajoelhasse antes de morrer. Não deu a mínima chance à vítima sequer de cumprir a desarrazoada exigência, tentando matá-lo sem condescendência, com todos os disparos*

que pôde executar, exaurindo a execução que só não consumou o crime por motivos absolutamente alheios à sua vontade. A prova oral é inequívoca nesse sentido, sendo presenciada por duas testemunhas que asseguram, por seus depoimentos, a certeza de uma dinâmica criminosa fria, insensível e sanguinária.

.....

De outro , deve ser aplicada a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, conforme dispõe o art. 102 do CPM. Ao contrário da decisão impugnada, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que desconforma com o sistema é a que privilegia os graduados das Forças Policiais e Corpos de Bombeiros Estaduais, ao fixar a competência da Justiça Militar Estadual, atribuindo ao Tribunal respectivo decidir sobre a perda da graduação das praças.

Materialidade e autoria plena e induvidosamente comprovadas, não incidindo qualquer causa de exclusão de crime, de culpabilidade ou de atenuação da pena.

Ao insinuar legítima defesa putativa, cumpria-lhe demonstrar, não o fez !

Há provas induvidosas de ter agido livre e conscientemente no sentido de assassinar o colega de farda, preparando-se em meios e modos, de forma a não permitir qualquer reação, ou mesmo desculpas, ou qualquer outro ato ainda que humilhante de submissão aos seus caprichos, não consumando o que desejara, intensa e efetivamente, tão-somente por motivos alheios à sua vontade, o que, vale intercalar, provocou danos superiores aos visados, ***condenando o companheiro de profissão a uma vida de suplícios intermináveis, que se equiparam à morte em vida, lenta, dolorosa, angustiante****. Daí porque deve ser apenado com a pena do crime consumado."*

A Defensoria Pública-Geral da União foi intimada de que este Processo foi colocado em mesa para julgamento.

Isto posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

A Defensoria Pública da União, em preliminar, suscita a nulidade da Sentença sob dois argumentos, a saber:

- existência de ***flagrante erro de tipificação***, por entender que a tipificação do crime se deu de forma equivocada; e

- por considerar que houve violação ao princípio da verdade real dos fatos, diante de **equivocada análise *probatória***, visto a Sentença ter se baseado, apenas, na prova testemunhal, tendo como prova pericial indicando, somente, que a vítima encontra-se com graves seqüelas em decorrência dos disparos. Entende não ser possível obter com a prova testemunhal a certeza da materialidade do crime.

O Apelante/Apelado foi preso em flagrante delito, sendo réu confesso. A prova oral, inclusive presencial, é coerente na configuração da **autoria**, bem como o Laudo de Exame Pericial (reprodução simulada), de fls. 681/688, demonstra o acontecimento. A **materialidade** está configurada mediante as provas técnicas consolidadas no Laudo de Exame de Lesões Corporais, de fls. 678/679; no Relatório Médico, de fl. 680; no Exame de Corpo de Delito, de fls. 689; no Exame de Sanidade Mental na pessoa do ofendido, fls. 697/699; e na Avaliação de Seqüelas físicas, de fls. 710/711.

A ação penal deflagrada contra o Apelante/Apelado observou, como não poderia deixar de ser, o devido processo legal, sendo-lhe assegurada a ampla defesa e o contraditório, tanto que constituiu três advogados, conforme documentos de fls. 489 e 439. Posteriormente, os poderes outorgados foram substabelecidos, com reserva, a dois outros causídicos, consoante documentos de fls. 663 e 831, que vieram a renunciar ao mandato nos termos da petição de fl. 941, passando a funcionar a Defensoria Pública da União, de acordo com as fls. 933 e 944.

O evento reprovável relatado pela vestibular acusatória, e que veio a ser apurado na fase instrutória, consolida, em tese, a imputação formalizada.

Os fundamentos do pedido de nulidade da Sentença encontram-se desassociados do apurado nos autos, não fornecem subsídios convincentes à decretação da nulificação pretendida, devendo a preliminar suscitada ser rejeitada.

Ademais, a matéria exposta como questionamento preliminar, evidentemente, tem íntima vinculação com o mérito do recurso interposto, quando, então, serão apreciadas as provas produzidas.

E, deste modo, por unanimidade, a preliminar suscitada pela Defesa foi rejeitada por falta de amparo legal.

Ultrapassada a preliminar de nulidade suscitada, passa-se ao exame do mérito dos recursos interpostos tempestivamente pela Defensoria Pública da União e Ministério Público Militar.

O **Parquet** Militar requer a reforma da Sentença para, mantida a condenação, majorar a pena imposta ao Apelado para ser considerado como

incurso no artigo 205, § 2º, incisos I e IV, c/c os artigos 30, inciso II e parágrafo único, parte final, e 70, inciso II, letra "l", com a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, por força do artigo 102, todos do CPM.

A Defensoria Pública da União, enfatizando a falta do elemento subjetivo do tipo penal, pois não houve o ***animus necandi*** por parte do Apelante, apenas a intenção de machucar o ofendido, requer a absolvição. Alternativamente, em assim não sendo considerado, pondera pela desclassificação do tipo penal de homicídio na forma tentada para o crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal.

Apreciando-se o conteúdo dos autos, em razão dos recursos interpostos pelas partes, infere-se que o Apelante/Apelado declarou, no interrogatório judicial, ter sido destratado pelo ofendido ao solicitar que o substituísse no serviço, enquanto iria resolveu problema no banco. Posteriormente, ao encontrar o ofendido e indagar-lhe o motivo do tratamento agressivo, voltou a ser desconsiderado. Decorrido algum tempo, encontrou o ofendido sentado em posição transversal à porta, na oficina de bombas, quando lhe disse *"levanta e peça desculpas"*. Alega o Apelante/Apelado que, por ter o ofendido levado o braço direito para trás, o fez presumir que estava armado, tendo, então, disparado contra o mesmo. Evidentemente, a autoria está comprovada pelas palavras do próprio Apelante/Apelado. Resta ser apurado sua culpabilidade.

Colhe-se dos depoimentos de duas testemunhas presenciais, 3º Sgt Manoel Nazareno Martins e Cb Magno José Ribeiro de Andrade, que se encontravam no interior da oficina de bombas, conversando com o ofendido desarmado e sem ter ingerido bebida alcoólica, quando adentrou o Apelante/Apelado dizendo *"ajoelhe-se e peça perdão a um homem"*. O Cb Magno ainda ouviu o Apelante/Apelado dizer: *"morre, porra."* Esclareceram que, sem que houvesse qualquer possibilidade do ofendido, e mesmo das testemunhas, esboçar qualquer reação, o Apelante/Apelado desferiu os disparos com a arma que portava. Declararam desconhecer qualquer animosidade entre ambos.

O Ofendido alegou nunca ter havido desentendimento com o Apelante/Apelado, e, antes do acontecimento, conhecendo-o há sete anos, davam-se muito bem, tendo várias vezes lhe emprestado dinheiro, e, inclusive, realizado viagem de passeio a outro Estado. Esclareceu que, na verdade, não discutiu com o Apelante/Apelado, pois explicou que não poderia atender o pedido de substituição momentânea por

que estava com dengue. Apenas no último encontro é que falou com mais rispidez, sendo então chamado de *"muquirana"*. Ao informar sobre os fatos, declarou que, quando o Apelante/Apelado adentrou na oficina de bombas disse-lhe que *"pedisse perdão a um homem antes de morrer"*, e, aproximadamente a 3 metros de distância, efetuou os disparos que lhe atingiram.

A conduta reprovável do Apelante/Apelado, plenamente comprovada, tipifica o delito capitulado no artigo 205 do CPM.

Quanto à qualificadora prevista no inciso I do § 2º do artigo 205 do CPM, pertinente ao motivo fútil, incide na hipótese dos autos.

Segundo ensinamentos do saudoso professor Heleno Cláudio Fragoso, ***in*** Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral, Edição Forense/1985, página 349, entende-se *"por motivo fútil aquele que é evidentemente desproporcionado com a ação delituosa. É fútil o motivo incapaz de dar ao fato explicação razoável."*

E, ainda, aquele renomado jurista, em mesma obra, Parte Especial, Volume I, página 53, realça: *"Motivo fútil é aquele que se apresenta, como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média. O motivo fútil envolve maior reprovabilidade (e, pois, maior culpabilidade), por revelar perversidade e maior intensidade no dolo com que o agente atuou. A opinião do réu é irrelevante. É fútil o motivo incapaz de dar ao fato explicação razoável."*

Assim sendo, a negativa do ofendido em substituir o Apelante/Apelado em seu serviço, para proporcionar-lhe a ida ao banco a fim de resolver problemas particulares, mesmo se esboçada de forma ríspida, não justifica a desproporcional ação empreendida, visando tirar a vida do companheiro de caserna. A Sentença questionada deve ser reformada para abarcar a qualificadora prevista no inciso I do § 2º do artigo 205 do CPM.

A agravante a que se refere o inciso IV do § 2º do artigo 205 do CPM, encontra-se configurada pela prova oral, que demonstra a surpresa decorrente da ação do Apelante/Apelado, tornando impossível a defesa do ofendido, inclusive pelos demais militares presentes. Encontra-se reconhecida e adotada pela Sentença hostilizada, ao consignar ***in verbis***:

> *"Qualifica-se, entretanto, a tentativa pelo uso de meio que dificultou a defesa da vítima, dado ao seu estado físico e sua posição corporal quando foi atacada."*

A incidência da circunstância agravante genérica, prevista no artigo 70, inciso II, alínea "l", do CPM, está comprovada pelo Detalhe de Serviço para o dia 4 de abril de 2002, que escala o Apelante/Apelado para o serviço de chefe de quarto, do Departamento de Máquinas, de fl. 186. Tal circunstância foi reconhecida e aplicada pela Sentença questionada, ao expressar, **in verbis**:

> *"Inarredável a agravante manifesta no fato de estar o denunciado em serviço, quando de sua ação lesiva."*

A alegação do ilustre Defensor Público, no sentido de que o Apelante/Apelado havia sido substituído, não afasta a circunstância de encontrar-se em serviço, pois este é de 24 horas ininterruptas.

Deste modo, a circunstância agravante genérica, por encontrar-se em serviço o Apelante/Apelado no momento da ação delituosa, deve ser mantida.

Está comprovado, assim, que o delito foi consumado por motivo fútil, diante da recusa de substituição no serviço para o qual estava escalado, impossibilitando o ofendido de esboçar gesto de defesa, pela surpresa da ação, inclusive em relação aos demais militares presentes.

A pretensão Ministerial de ser considerada, a parte final do parágrafo único do artigo 30, inciso II, do CPM, em substituição a primeira parte do enfocado parágrafo reconhecido pela Sentença é procedente. As provas coligidas são fortes e coerentes no sentido de que o Apelante/Apelado agiu, livre e conscientemente, no sentido de matar o companheiro de caserna, não lhe permitindo esboçar qualquer reação de defesa. O delito não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade, porém as lesões físicas causadas ao ofendido, consoante a vasta prova documental, o deixaram com sérias e irreparáveis seqüelas para o restante de sua vida.

A intensidade do dolo com que agiu o Apelante/Apelado, aliado à gravidade das lesões sofridas pelo ofendido e o meio de execução empregado, ensejam a imposição de reprimenda correspondente ao crime consumado. E, deste modo, a pena deve ser aplicada com observação do artigo 30, inciso II, parágrafo único, parte final, alterando-se a Sentença questionada, também nesta parte.

No tocante à exclusão das Forças Armadas, disposição prevista no artigo 102 do CPM, em se tratando de pena privativa de liberdade superior a dois anos, como no caso dos autos, o princípio legal não foi adotado pelo Conselho Julgador por o considerar inconstitucional.

Nada há de inconstitucional no dispositivo enfocado, pois não foi revogado nem derrogado pelo texto Constitucional, que recepcionou as leis substantiva e adjetiva castrenses. A Sentença recorrida deve ser modificada para determinar a exclusão do Apelante/Apelado das Forças Armadas.

A materialidade está comprovada mediante o Laudo de Exame de Lesões Corporais, de fls. 678/679; Relatório Médico, de fl. 680; Exame de Corpo de Delito de fl. 689; Exame de Sanidade Mental na Pessoa do Ofendido, de fls. 698/699; e de Avaliação de Seqüelas Físicas, de fls. 710/711, todos a demonstrar a lamentável situação física que o Apelante/Apelado impôs ao ofendido mediante os disparos que o atingiram.

O pleito absolutório, diante do vasto acervo probante, que desfaz a tese de defesa putativa, pois nenhum gesto foi esboçado pelo ofendido que pudesse ensejar tal presunção, consoante a robusta prova testemunhal, não pode ser acatado. Houve, efetivamente, o **animus necandi** na ação voluntária e consciente do Apelante/Apelado, como fartamente comprovado, e não a intenção, como quer fazer crer a Defensoria Pública, de, apenas, machucar o ofendido. A pretensão defensória de desclassificar a conduta de homicídio doloso tentado, para o delito de lesão dolosa, prevista no artigo 129 do Código Penal, é inviável, eis que a conduta reprovável do Apelante/Apelado tipifica, plenamente, o delito de natureza militar, **ex vi** do artigo 9º, inciso II, letra "a", do CPM, de homicídio tentado, na forma qualificada.

O delito foi consumado com dolo intenso, premeditado, tendo em vista a violência e perversidade, os meios empregados e o modo de execução, configurando a excepcional gravidade do ato criminoso, tudo conforme já exposto, o que enseja imposição de reprimenda acima do mínimo legal, como requerido pelo Órgão Ministerial. Assim, fixa-se a pena-base em 18 anos de reclusão, por infringir o artigo 205, § 2º, incisos I e IV, agravada de 1/5 (um quinto), pela incidência da circunstância prevista no artigo 70, inciso II, alínea "l", tudo do CPM, resultando a pena final de 21 anos 7 meses e 6 dias de reclusão. A diminuição da pena, relativa à tentativa referida no parágrafo único do artigo 30 do CPM, deixa de ser aplicada, com fulcro na parte final deste mesmo dispositivo, em razão da excepcional gravidade do delito.

Determina-se, em conseqüência, a imposição da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, **ex vi** do artigo 102 do CPM, e se estabelece o regime prisional fechado, na forma do artigo 33, § 2º, letra "a", do CP, c/c o artigo 110 da Lei nº 7.210/84, para o cumprimento da pena ora imposta. Deixa-se, desta forma, de conceder a suspensão condicional da pena por expressa vedação legal.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
APELAÇÃO (FO) Nº 2004.01.049872-9-BA

Votei vencido, divergindo de meus eminentes pares, posto que dava provimento ao recurso ministerial para mantendo a sentença de primeira instância, condenar o acusado 3º SG JOSÉ CARLOS DOS SANTOS à pena de 15 (quinze) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, como incurso no artigo 205, § 2º, inciso IV do Código Penal Militar, tendo para tanto fixado a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão, acrescida de 1/5 (um quinto) à luz da agravante contida no artigo 70, inciso II, letra "l", da mesma lei.

Para tanto, apresentei os fundamentos na forma a seguir:

A sentença proferida pelo Juízo ***a quo*** condenou o 3º SG Mar JOSÉ CARLOS DOS SANTOS à pena de 10 anos de reclusão, como incurso no artigo 205, § 2º, inciso IV, combinado com o artigo 30, inciso II, parágrafo único, primeira parte, e artigo 70, inciso II, alínea "l", tudo do Código Penal Militar, fixando, para o cumprimento da respectiva pena, o regime inicial prisional fechado, com o direito de apelar em liberdade, sem, no entanto, aplicar-lhe a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, ante a inconstitucionalidade do dispositivo.

O representante do Ministério Público Militar, em suas razões recursais, postulou a reforma da supramencionada sentença para que seja reconhecida a qualificadora contida no artigo 205, § 2º, inciso I, do Código Penal Militar, ou seja, motivo fútil. A aplicação do artigo 30, parágrafo único, parte final, do citado diploma legal, tendo em vista a excepcional gravidade do fato. E, por última, a aplicação da pena acessória de exclusão do acusado das Forças Armadas.

A Defesa, por sua vez, pleiteou a nulidade da sentença posto que é inequívoca a tipificação imputada ao acusado, bem como a ausência de prova quanto à materialidade do crime. Caso não seja este o entendimento, requereu a desclassificação da tentativa de homicídio para o de lesão corporal.

Comecemos pelo pedido ministerial.

Em que pesem as razões expendidas pelo Conselho Julgador de primeira instância quanto à aplicação da pena acessória de exclusão das praças das Forças Armadas, é entendimento unânime desta Corte que a mesma se mantém, visto que foi recepcionada pela Carta Maior.

Se a Constituição Federal de 1988 quisesse dispor de forma diferente, assim o teria feito nas mesmas situações do artigo 142, § 3º, inciso VI.

Não vislumbramos, nos autos, a incidência da qualificadora – motivo fútil – na ação criminosa do acusado. Como o próprio acusado e ofendido declararam, houve uma discussão entre os dois no dia do fato. As testemunhas também afirmaram que ouviram um desentendimento entre ambos.

Sendo assim, como preceitua a doutrina, especificamente Heráclito Antônio Mossin:

> *"... A jurisprudência é iterativa no sentido de que fica afastado o motivo fútil quando o crime de homicídio é praticado por ciúme; quando há divergência anterior entre réu e vítima; discussão antes do evento criminoso; costumeiros desentendimentos entre réu e vítima; animosidade e atrito anteriores à prática delitiva; inimizade entre réu e vítima; desavença prévia entre réu e vítima." (Júri: crimes e processo. São Paulo: Atlas, 1999. Pp. 55/56).*

E, adiante, continua o autor, "... O motivo fútil é aquele praticado por razão insignificante, sem importância ..." (op. citada).

Dessa forma, não há como reconhecer a qualificadora postulada pelo representante do Ministério Público Militar.

Quanto ao segundo pedido, entendemos que, mesmo o Conselho ter atendido ao critério trifásico para a fixação da pena, ou seja, os critérios estabelecidos no artigo 69 do Código Penal Militar, o que se vê, ***in casu***, foi o resultado lesivo ocasionado na vítima, conforme laudos periciais e relatórios médicos, acostados aos autos.

A última perícia, realizada pelo Hospital Naval Marcílio Dias, datada de julho de 2003, concluiu, à fl. 711, pelas seguintes seqüelas físicas no militar Erivaldo Batista Félix:

> *"... III) AVALIAÇÃO DAS CLÍNICAS DE GASTROENTEROLOGIA/PROCTOLOGIA:*
>
> *Paciente apresentando colostomia em alça localizada no hipocôndrio esquerdo com discreto prolapso.*
>
> *Exame Proctológico: incontinência anal completa de etiologia neurogênica como seqüela de trauma raquimedular por projétil de arma de fogo. Reto sem anormalidades.*

Não tem indicação de reconstituição do trânsito intestinal, em razão de ser incontinente e o restabelecimento deste trânsito acarretará piora considerável da qualidade de vida, no tocante à higiene pessoal.

Conclusão: colostomia em alça definitiva, determinada pela lesão neurológica e intestinal por projétil de arma de fogo.

IV) AVALIAÇÃO DA CLÍNICA DE UROLOGIA:

Paciente de 33 anos, apresentando história de trauma raquimedular, a nível de T8, aproximadamente há um ano, por acidente com arma de fogo. Este relata que não consegue controlar a urina desde o acidente. No momento, em uso de cateter de demora há 2 meses, abrindo-o de 3/3 horas. Perguntado se após estímulo visual ou manual apresenta ereção peniana, respondeu que não tem ereção e relatou ereções matinais involuntárias, do tipo insatisfatória e esporádicas.

Conclusão: paciente portador de Bexiga Neurogênica tipo hiperreflexa e impotência sexual.

Conduta: deverá tentar o uso de cateterismo intermitente associado a oxibutinina, como profilaxia de infecções do trato urinário. Deverá ser acompanhado ambulatorialmente pela Clínica de Urologia, através de exame urodinâmico e laboratoriais. Deverá também fazer uso de sildenafil como teste terapêutico para disfunção erétil."

O Código Penal Militar, em seu artigo 30, parágrafo único, diferentemente do Código Penal comum, baseado no Anteprojeto do Código Penal de 1969, que nem chegou a vigorar, previu a hipótese de o julgador, em casos de extrema gravidade, aplicar a pena como se o crime tivesse sido consumado.

Este Relator, diferentemente do Conselho, entende que, no presente processo, se está diante de um fato extremamente grave. A conduta do SG José Carlos dos Santos, em querer aniquilar com a vida de sua vítima, ficou plenamente comprovada nos autos. Tanto é que efetuou quatro disparos contra a mesma, à queima roupa, com um único objetivo, matar o seu oponente. Só não o alcançando, por motivos alheios à sua vontade, uma vez que a vítima foi socorrida a tempo por outros militares.

Ocorre que a lesão provocada no SG Félix, deixou-o debilitado para o resto de sua vida, a não ser, lógico, que haja algum avanço quanto à utilização das células-tronco para a reabilitação de sua medula-óssea.

A vítima sofre de paraplegia, ao nível T-8, dependendo de tudo e de todos para sua adaptação à essa nova fase de sua vida. É lamentável que alguém chegue a tal estado por conta de uma atitude extremamente agressiva e descompensada do SG José Carlos dos Santos.

Assim, há de se aplicar, ***in casu***, a pena como se o crime houvesse se consumado.

Trazemos à colação, jurisprudência desta Corte, acerca do tema:

> *"EMENTA: APELAÇÃO – ROUBO QUALIFICADO. TENTATIVA. APLICAÇÃO DA PENA DO DELITO CONSUMADO. Diferente da Justiça Comum, o Código Penal Militar, na hipótese de excepcional gravidade, permite ao Juiz aplicar, ao crime tentado, a pena do crime consumado. In casu, encontra-se, nos autos, plenamente comprovada a gravidade do crime praticado pelos Condenados, ensejando, assim, a aplicação do parágrafo único do artigo 30 do CPM. Apelação da Defesa, a que se nega provimento, por unanimidade de votos, para manter íntegra a Sentença 'a quo'." (Apelação (FO) nº 2003.01.049308-5/SP – Relator: Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR. Pub. DJ 03.11.2003).*
>
> .....
>
> *EMENTA. Embargos. Tentativa de homicídio. Caso excepcional gravidade. Apenação correspondente ao crime consumado. Vingança. Motivo torpe. Descaracterização. Agente que movido por sentimento de vingança resolve eliminar, deixando, porém, paraplégica a pessoa que imaginava tivesse sido a autora das injustas e fortes agressões por ele sofridas, não há como identificar-se, em tal reação, por si só, um ato de torpeza e nem assim descreveu a denúncia. Tal atitude resulta, entretanto, excepcional gravidade, merecendo a pena do crime consumado. Unânime, rejeitados os embargos do Ministério Público Militar e, por maioria, não acolhidos os embargos da defesa." (Embargos (FO) nº 2003.01.049006-3/MS – Relator: Ministro VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO. Pub. DJ 08.01.2004).*

O artigo 205, § 2º do CPM, prevê uma pena que varia de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

O acusado é primário e possui bons antecedentes. No entanto, agira com intenso dolo, em querer realmente lograr a morte de sua vítima. O modo como executou os disparos, não proporcionando qualquer meio de defesa ao SG Félix, causou na vítima paraplegia. O seu comportamento durante a instrução criminal não transpareceu qualquer arrependimento, apresentando a versão de que só efetuou os disparos, devido ao fato de ter se sentido ameaçado pela vítima, em que esta teria feito um movimento suspeito, levando a mão ao bolso de sua calça, como se fosse tirar um revólver.

A agravante contida no artigo 70, inciso II, letra 'l" do CPM (estar o militar em serviço) também se encontra caracterizada, pois o motivo de toda a discussão, segundo a prova testemunhal, se deu pelo fato de o SG Félix não querer render o serviço do SG Santos, para que este pudesse resolver um problema particular, fora do navio.

Observados todos esses critérios, é por que fixamos a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, 13 (treze) anos de reclusão, com fulcro no artigo 205, § 2º, inciso IV, do Código Penal Militar, acrescida de 1/5 (um quinto), ou seja 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias, devido a incidência da agravante supramencionada, à luz do artigo 73 do mesmo ***codex***, perfazendo um total de 15 (quinze) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, tornando-se definitiva ante a ausência de causas especiais de aumento ou de diminuição de pena.

É o quanto basta ao exame da questão.

Em face de todo o exposto, é por que votei vencido, divergindo de meus eminentes pares, posto que dava provimento ao recurso ministerial para, mantendo a sentença de primeira instância, condenar o acusado 3º SG JOSÉ CARLOS DOS SANTOS à pena de 15 (quinze) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, como incurso no artigo 205, § 2º, inciso IV do Código Penal Militar, tendo para tanto fixado a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão, acrescida de 1/5 (um quinto) à luz da agravante contida no artigo 70, inciso II, letra "l", da mesma lei.

Superior Tribunal Militar, 21 de março de 2006.

Dr CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
Ministro do STM

USO DE DOCUMENTO FALSO. Atestado médico. Documento público. Majoração da pena. Militar apresenta atestados médicos falsos para fins de dispensa de suas atividades militares. Falsificação comprovada por laudos periciais. Os prontuários médicos não registram consultas em nome do acusado no período e no Hospital mencionados. Logo, é do conhecimento do acusado a declaração falsa contida nos atestados. Documento público. Os atestados em questão levam uma rubrica falsa e um carimbo em desuso, em nome de um Oficial Médico da Marinha do Brasil, num papel timbrado daquela Força. Assim, trata-se de um funcionário público, habilitado para atender em hospitais das Forças Armadas e, conseqüentemente, expedir atestados médicos. Tal entendimento se enquadra no conceito de documento público, adotado pela Doutrina e pela Jurisprudência dos Tribunais pátrios. Sentença reformada para majoração da pena. Improvido apelo da Defesa. Unânime. Provido parcialmente, o apelo do MPM. Decisão por maioria.

Relator — Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo.

Revisor — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Apelantes — O Ministério Público Militar e José Edgar Alves Maciel, ex-Sd. FN, condenado à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 315 do CPM, com o benefício do ***sursis*** e o direito de apelar em liberdade, fixando-se o regime prisional aberto para o cumprimento inicial da pena.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 15/02/2005.

Advogado — Dr. Mauro Bumaschny.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento do Apelo defensivo e, **por maioria**, deu provimento parcial ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença de primeiro grau, condenar o ex-Sd FN JOSÉ EDGAR ALVES MACIEL à pena de 02 anos de reclusão, como incurso no art. 315 c/c o art. 311 do CPM, concedendo-lhe o benefício do **sursis** pelo prazo de 02 anos, nos termos do art. 84 do CPM, sob as condições estabelecidas no Acórdão, com a obrigação do comparecimento trimestral ao Juízo de Execução e designando o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM para presidir a audiência admonitória, nos termos do art. 611 do CPPM, fixando-se o regime inicial aberto, para o cumprimento da pena, se for o caso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB. Os Ministros FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH (Revisor), OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE e JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS negavam provimento ao Apelo ministerial e mantinham íntegra a Sentença **a quo**. O Ministro Revisor fará voto vencido. O Ministro RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro José Coêlho Ferreira. (Extrato da Ata 6ª Sessão, 08.02.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, ***à unanimidade,*** em negar provimento ao Apelo defensivo e, ***por maioria,*** dar provimento parcial ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença de primeiro grau, condenar o ex-Sd. FN JOSÉ EDGAR ALVES MACIEL à pena de dois anos de reclusão, como incurso no art. 315 c/c o art. 311 do CPM, concedendo-lhe o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 02 anos, nos termos do art. 84 do CPM, sob as condições estabelecidas no Acórdão, com a obrigação do comparecimento trimestral ao Juízo de Execução e designando o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM para presidir a audiência admonitória, nos termos do art. 611 do CPPM, fixando-se o regime inicial aberto, para o cumprimento da pena, se for o caso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB.

Brasília, 08 de fevereiro de 2007 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

O Representante do MPM junto à 1ª Auditoria da 1ª CJM atribuiu ao SD-FN JOSÉ EDGAR ALVES MACIEL a prática do delito previsto no art. 315 do CPM, por duas vezes, em face dos fatos a seguir, ***in verbis***:

> *"(...) o denunciado apresentou, no dia 20 de outubro de 2001, ao cabo Carlos Leandro Ribeiro de Carvalho, o qual trabalhava na Seção de Saúde do 3º Batalhão de Infantaria, o atestado médico de fls. 91.*
>
> *(...) outro atestado médico em nome do denunciado, acostado às fls. 92, não se identificando, contudo, a data em que foi apresentado à OM, na qual servia o ora imputado.*
>
> *(...) em razão dos dois atestados supracitados, em nome do denunciado, este, efetivamente, ficou dispensado de suas atividades militares durante todo o mês de outubro, prejudicando sobremaneira à Administração Militar, conforme descrito às fls. 113.*
>
> *(...) consoante os aludidos atestados médicos, o denunciado deveria ficar dispensado das seguintes atividades: marcha, manobra, formatura, bem como todos os serviços em geral. Adite-se que o falso documento médico continha o carimbo do 1º Tenente Médico Jorge Luiz.*
>
> *(...) em IPM, o mencionado médico afirmou categoricamente que não utiliza o tipo de rubrica que fora aposta nos referidos atestados médicos, bem como afiançou que, em seus arquivos, não havia registros de atendimento ao denunciado.*
>
> *(...) a testemunha Sd. Airton Costa de Oliveira Neto, relatou que, antes dos fatos, viu um carimbo cair do armário do denunciado e que, naquela oportunidade, este lhe asseverou que se tratava de um carimbo de um médico do Hospital Naval Marcílio Dias, o qual seria utilizado para "safar" dispensas médicas.*
>
> *Perícia de fls. 88/90 não apurou o autor da falsificação dos atestados de fls. 91 e 92.*
>
> *Assim, por tudo que foi apurado, infere-se que o denunciado fez uso de documento falso perante a Administração Militar, prejudicando e atentando contra o bom nome da Administração de sua OM, praticando, destarte, fato típico, antijurídico e culpável (...)". (fls. 02/03).*

Serviu de base à Denúncia o IPM nº 096/02, instaurado no 3º Batalhão de Infantaria de Fuzileiros Navais/Rio de Janeiro, RJ, a partir de

documentação desentranhada do IPM nº 39/02 (Auditoria da 1ª CJM), em que se apurava furto de folhas de cheques (fls. 10/19 e 35/36);

Vieram aos autos:

Laudo Pericial, fls. 63/76;

Atestados Médicos, fls. 95/96;

Laudo de exame documentoscópico (fls. 92/102), concluindo pela impossibilidade de se determinar quem falsificou os Atestados Médicos;

Prontuário Médico às fls. 298/312; e

Detalhes de Serviços (fls. 121/160).

O Relatório e a Solução do IPM encontram-se às fls. 104/105 e 107.

A Denúncia foi recebida em 14 de fevereiro de 2003 (fl. 165).

Qualificado e interrogado, às fls. 185/186, o acusado afirmou:

> *"(...) não é verdadeira a imputação que lhe é feita, esclarecendo que em nenhum momento teve conhecimento tratar-se de receitas falsas (...) efetivamente, consultou-se com o Dr.* ***JORGE LUIS*** *no período dos fatos, (...) os atestados foram entregues pelo Dr.* ***JORGE LUIS*** *(...) consultou-se com o médico que pedia que o aguardasse do lado de fora, sendo posteriormente lhe entregue o documento; (...) lhe chamou a atenção o tipo de letra diferente nos dois atestados que se encontram acostados às fls. 95/96; (...) por vezes, dirigia-se diretamente à seção que seria atendido e pegava a senha; de outras vezes deu entrada pela emergência, não se recordando se na data constantes do atestado foi direto ao setor ou deu entrada pela emergência (...)".*

As testemunhas de acusação foram ouvidas às fls. 187/188, 189, 213/214 e 240, dentre elas:

O 1º Ten. Médico Jorge Luis Martins de Oliveira (fls. 187/188) afirmou não serem suas nem a letra e nem a rubrica apostas nos atestados, e que o carimbo em questão não era o utilizado pelo depoente. Confirmou o depoimento prestado no inquérito policial (fls. 39/40) no qual afirmou que teve um carimbo perdido há, aproximadamente, cinco anos antes de entrar na Marinha, fato registrado no CREMERJ.

O 1º Ten. Alexandre Lopes da Rocha, a fl. 189, afirmou haver dispensado o acusado do detalhe do serviço, em razão da apresentação do atestado, acreditando na veracidade do documento.

O SD-FN Ayrton Costa de Oliveira Neto, às fls. 213/214, afirmou:

> *"(...) quando haveria uma revista de armário, o carimbo que estava no armário do acusado, caiu, e o depoente, preocupado em*

que colocassem no seu armário, resolveu falar a cerca do carimbo; (...) o acusado lhe disse que era um carimbo médico; (...) era um carimbo de "click" (...) não viu o que estava escrito (...)".

No IPM o Sd. Ayrton afirmou (fl. 47) que o Sd. Edgar lhe disse que o carimbo era de um médico do Hospital Naval Marcílio Dias.

O CB FN Carlos Leandro Ribeiro de Carvalho (fl. 240), enfermeiro, referendou a dispensa em cumprimento a uma ordem interna. Não sabia nem por ouvir dizer que o acusado possuía carimbo médico do Hospital Naval Marcílio Dias.

Como testemunha de Defesa, Lincon Dhaas Silva do Couto, às fls. 272/273, afirmou, em síntese, que: nunca viu nem ouviu falar que o acusado vendesse atestado médico; nunca ficou sabendo qualquer fato a respeito de o acusado ter um carimbo médico. Por fim, afirmou que Ayrton Neto é pessoa conhecida por ser extremamente mentirosa e que já fora atendido no Hospital Marcílio Dias com problemas mentais.

O Sd. FN Carlos Eduardo de Souza Pinto, às fls. 274/275, declarou nada saber sobre os fatos narrados na denúncia. No alojamento corriam boatos de que o acusado estava usando atestados falsos.

Nas Alegações Escritas (fls. 321/325), o MPM reiterou os termos da denúncia.

A Defesa (fls. 328/332) pediu a absolvição pela precariedade das provas e atipicidade do fato, vez que o réu não conhecia a falsidade do documento.

O processo foi julgado em 15 de fevereiro de 2005 (fls. 342/343).

As partes reiteraram as Alegações Escritas.

O Conselho Permanente de Justiça por maioria julgou procedente a pretensão punitiva e condenou ex-Sd. FN José Edgar à pena de 01 (um) ano de reclusão, nos termos da sentença de fls. 345/349, ***in verbis***:

"(...) Os documentos utilizados pelo acusado, que se encontram a fls. 95 e 96 dos autos, contêm uma "sugestão" de dispensa, o que é próprio da linguagem médica na caserna, significando um atestado passado por médico, em papel timbrado onde se lê "Marinha do Brasil", "Hospital Naval Marcílio Dias" e "Clínica de Traumato Ortopedia". O papel é um receituário, que pode ser confeccionado em qualquer gráfica. O médico cujo carimbo ali se vê é o 1° Tenente Jorge Luiz M. de Oliveira, e a rubrica ali aposta não é de seu punho, como concluíram os peritos a fls. 63/77.

A nobre Promotora, em suas alegações escritas, se refere a ditos documentos como se fossem públicos. Porém, tratando-se de um receituário que não exige que a pessoa (no caso, o médico) que nele escreve seu parecer ou qualquer outra mani-

festação, ostente a condição de funcionário público, vem a ser concebido como documento particular.

(...) analisando o fato imputado ao acusado, tem-se que restou sobejamente provado que fez uso de documento falso, com a consciência de produzir o resultado - atentar contra a Administração Militar, que é o bem jurídico protegido.

(...) o acusado, embora não tenha sido o autor da falsificação, sabia que as dispensas médicas não eram genuínas e, ao apresentá-las ao Setor de Saúde da Unidade em que servia, logrou deixar de cumprir as obrigações militares que lhe competiam, o que resultou em prejuízo para a Administração Militar.

Embora em seu interrogatório negue conhecer a falsidade dos atestados, tem contra ele que não foi atendido pelo médico cujos carimbos e rubrica aparecem nos documentos, e o nome do acusado não figura nos prontuários de atendimento do Hospital Naval Marcílio Dias (fls. 298/312), e não há registro de atendimento nem na emergência, nem no ambulatório do HNMD (fls. 187/188).

(...) Ficou devidamente provado que o fato praticado pelo acusado se amolda ao tipo do art. 315, do CPM, merecendo condenação.

O intento do acusado foi um só – livrar-se das obrigações militares que lhe competiam – embora tenha, por duas vezes, apresentado documento falso. Assim, é de se considerar que praticou um único fato (...)".

O MPM e a Defesa apelaram (fl. 351 e 364).

Nas Razões (fls. 355/361), o ***Parquet*** reafirma que o atestado é documento público, pelo que pleiteia aumento da pena. Pleiteia, também, a continuidade delitiva, com a redução facultativa prevista no § 1º do art. 81 do CPM.

Contra-razões de Defesa às fls. 366/371.

A Defesa apresentou suas Razões de apelação (fls. 373/377), argüindo o desconhecimento da falsidade e, conseqüentemente, pedindo a absolvição por atipicidade ou por insuficiência de provas.

Contra-razões ministeriais às fls. 379/382.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo insigne Subprocurador-Geral Péricles Aurélio Lima de Queiroz, oficia pelo improvimento do apelo da Defesa e pelo provimento parcial do apelo do MPM, para aumentar a pena definitiva, considerando como públicos os atestados médicos falsificados, afastada, contudo, a continuidade delitiva (fls. 389/395).

Isto posto:

VOTO

As apelações são tempestivas, a Defesa foi intimada em 04 de março de 2005 e interpôs o recurso no dia 09 seguinte. O MPM, intimado no dia 02 de março de 2005 (fl. 351), recorreu na mesma data (fl. 352).

Pugna a Defesa (fls. 373/377) pela reforma da sentença, com a absolvição do réu, sob o argumento de que o acusado não tinha conhecimento da falsidade dos atestados apresentados.

Não tem razão a Defesa.

Parte-se de princípio de que ao atestado médico precede uma consulta médica. Na pior das hipóteses, se falso, pode ter sido fornecido por alguém que tivesse acesso ao consultório médico. Em qualquer das possibilidades, é exigida a conivência do beneficiado, às vezes, como no caso, no uso do documento.

Os atestados médicos (fls. 20/21) são datados de 04 e 15 de outubro de 2001. No interrogatório de fls. 185/186, o acusado afirmou *"(...) que efetivamente, consultou-se com o Dr.* ***Jorge Luis*** *no período dos fatos, (...) os atestados foram entregues pelo Dr.* ***Jorge Luis*** *(...) que pedia que o aguardasse do lado de fora, sendo posteriormente lhe entregue o documento (...)"*.

Em que pese a afirmação acima, a declaração do Hospital Naval Marcílio Dias (fl. 54) garante não constar do prontuário eletrônico atendimento ao SD-FN José Edgard no dia 15 de outubro de 2001. E o prontuário médico (fls. 298/312) consigna não existir registro de qualquer atendimento no mês de outubro de 2001 em nome do acusado.

Contrariando a alegação da Defesa, tem-se, ainda, o depoimento do 1º Ten. Md. Jorge Luiz (fls. 187/188) que afirmou não serem suas nem a letra nem a rubrica apostas no carimbo; e que o referido carimbo não era usado há mais de cinco anos.

O laudo (fls. 63/76) confirma que a letra dos atestados não confere com a do Dr. Jorge Luis.

Deste modo, não há dúvida: "o acusado sabia da falsidade", e, conforme a prova colhida, agiu conscientemente, com o fim de ser dispensado dos serviços, trazendo prejuízo à OM.

Assim, não há como acolher o apelo da Defesa.

O ***Parquet*** pugna pela majoração da pena, por se tratar de bem público, bem como pela continuidade delitiva, com a redução facultativa prevista no § 1º do art. 81 do CPM.

Para o MPM, os atestados médicos falsificados configuram documentos públicos, eis que foram expedidos em papel timbrado da Marinha do Brasil - Hospital Naval Marcílio Dias/Clínica de Traumato Ortopedia - e assinados por um médico militar pertencente ao quadro do nosocômio, no uso de suas atribuições.

De fato, é o entendimento que se infere da doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais.

In Código Penal Interpretado, Júlio Fabbrini Mirabete, Ed. Atlas 2001, pág. 1795, tem-se a seguinte decisão proferida pelo TJSP:

> *"(...) Documento público é aquele expedido pelo Estado. Vale dizer, é o documento escrito por funcionário público (na acepção amplíssima do art. 327 do Código Penal), no exercício de função definida em lei ou regulamento (...)".*

Os atestados em questão levam uma rubrica falsa e um carimbo em desuso em nome de um Oficial Médico da Marinha do Brasil num papel timbrado desta Força. Logo, trata-se de um funcionário público habilitado para atender em hospitais das Forças Armadas e, conseqüentemente, expedir atestados médicos.

Tal entendimento se enquadra no conceito de documento público, adotado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, qual "seja firmado por funcionário público, com atribuição e competência para isso, em razão do ofício, lugar ou matéria" (STF, REC Nº 86.863/ES).

Nas palavras de Guilherme Nucci, **in** Código Penal Comentado, 5ª ed, 2005, p. 946, documento público é aquele *"escrito, revestido de certa forma, destinado a comprovar um fato, desde que emanado de funcionário público, com competência para tanto","(...) abrangendo certidões, atestados, traslados, cópias autenticas (...)"* (Grifo meu).

Para afastar qualquer dúvida, traz-se a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, ***in*** Manual de Direito Penal, 19ª ed. Ed. Atlas, 2004, pág. 246, que conceitua o documento particular como sendo:

> *"(...) o que é feito ou assinado por particulares, sem interferência de funcionário público no exercício de suas funções, seja para estabelecer um laço jurídico, criando uma obrigação, seja para atestar qualquer outra manifestação da vontade, ainda quando expressivo de ato unilateral (...)". (grifado)*

Desta forma, entendo que atestado médico, firmado por médico militar, em receituário próprio da Marinha, é documento público. Sua utilização pelo acusado tipifica o delito do art. 315 c/c o art. 311 do CPM, cabendo majoração da pena aplicada.

O segundo requerimento do MPM não merece provimento.

De fato, como assinalado na Sentença, o intento era um só – "livrar-se das obrigações militares que lhe competiam...". Nessa linha de raciocínio, o uso dos atestados se apresentou como atos distintos dentro de uma única conduta.

Ao tratar da matéria, no Parecer de fls. 389/395, o douto Parecerista oficiou pelo improvimento do apelo ministerial, sustentando, neste particular, ***in verbis***:

> *"(...) Analisando o tema, Aníbal Bruno esclarece que para o concursus continuatus "é necessária a prática de duas ou mais condutas; um única conduta, ainda que desdobrado em vários atos, não configura a continuidade delitiva".*
>
> *Com efeito, reconhecer o crime continuado revela-se discordante da melhor jurisprudência e da boa doutrina, e repercute desproporcional ao resultado lesivo, sem contar que isto leva a se separar, por fases, o comportamento delituoso, conduzindo a uma exasperação surpreendente da pena. O uso dos atestados constituiu única conduta, sendo adequado afastar o crime continuado (...)."*

Em consonância com tais posicionamentos, considero que o dolo foi apenas o de se eximir das atribuições militares durante o mês de outubro, não sendo razoável ramificar a conduta e exasperar demasiadamente a pena, causando notória desproporção da reprimenda em relação ao delito.

Portanto, é de ser mantida a condenação pelo delito do artigo 315 do CPM, com aumento da pena por se considerar os atestados médicos em questão como documentos públicos (CPM art. 311).

Aplica-se a pena-base no mínimo legal, 02 (dois) anos de reclusão, em face do que dispõe o art. 69 do CPM, sendo esta definitiva, por ausência de agravante, atenuantes ou de qualquer caso de aumento ou diminuição.

Mantém-se a suspensão condicional da execução da pena, pelo período de dois anos, bem como o regime aberto para cumprimento inicial, tudo conforme estipulado na Sentença recorrida.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH

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

O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR denunciou o ex-Soldado Fuzileiro Naval JOSÉ EDGAR ALVES MACIEL, incursionando-o por duas vezes no artigo 315 do Código Penal Militar, pelo uso de dois atestados médicos falsos, um no dia 20 de outubro de 2001, outro em data não identificada, mas no mesmo período, com os quais logrou obter afastamento por todo o mês de outubro daquele ano.

Em razão de sua conduta, restou condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão, como incurso no artigo 315 do Código Penal Militar, tendo o Conselho Permanente de Justiça afastado a continuidade delitiva e o caráter público do documento falso utilizado pelo acusado.

A sentença não merecia qualquer reparo.

Em relação ao recurso do Ministério Público Militar, cabe analisar a natureza dos atestados médicos, para definir se configuram documento público ou particular. Destaque-se, em primeiro lugar, que a denúncia não fez qualquer referência à natureza do documento, deixando de afirmar se ele seria público ou não.

O delito descrito no artigo 315, do Código Penal Militar, é o que a doutrina chama de tipo remetido, já que sua definição se complementa com elementos constantes de outro tipo penal, no caso os artigos 311 a 314, do mesmo diploma legal. Deixou a denúncia de fazer a remissão que lhe cabia, pois o artigo 77, alínea "g", impõe a obrigação de que nela conste a classificação do crime.

Em sede de alegações escritas, a Promotora de Justiça fez constar que estaria caracterizada a autoria do crime de uso de documento público falso perante a administração militar, inovando em relação à denúncia omissa.

Agora, na fase recursal, pede o reconhecimento dessa natureza pública do atestado médico, utilizando-se de argumentos pouco jurídicos. Em sua visão, se não for reconhecida aquela circunstância, o acusado será beneficiado com a extinção da punibilidade, em decorrência da prescri-

ção. A prescrição é matéria de ordem pública. Trata-se da extinção do *jus puniendi* do Estado que, por inércia, inatividade, desídia, ou qualquer outro motivo, não exercitou a pretensão punitiva no prazo fixado em lei.

A inovação tentada pelo Ministério Público Militar para afastar a possibilidade de prescrição pela pena *in concreto*, portanto, não pode ser acolhida, pois representa argumento de mera conveniência para o *parquet*.

Como se disse, o crime de uso de documento falso é do tipo remetido, que exige a referência a elementares de outro tipo penal para sua complementação. Assim, dependendo da natureza do documento falso usado, se público ou privado, a pena será mais grave ou menos grave.

No tocante à continuidade delitiva, remeto à leitura de excerto do parecer de fls. 395 da pena do Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, com manifestação expressa pelo não acolhimento do recurso quanto a esse aspecto, que transcrevo:

> *"Com efeito, reconhecer o crime continuado revela-se discordante da melhor jurisprudência e da boa doutrina, e repercute desproporcional ao resultado lesivo, sem contar que isto leva a se separar, por fases, o comportamento delituoso, conduzindo a uma exasperação surpreendente da pena. O uso dos atestados constituiu única conduta, sendo adequado afastar o crime continuado."*

Isto posto, votei vencido pelo conhecimento e improvimento do apelo ministerial, mantendo inalterada a sentença recorrida.

Brasília-DF, 08 de fevereiro de 2007.

FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
Ministro-Revisor

APELAÇÃO. OFICIAL EM SERVIÇO, CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR, ENVOLVENDO UMA CIVIL, MENOR À ÉPOCA. E, AINDA, COMETIMENTO DA CONDUTA ÍNSITA NO ARTIGO 155 DO CPM, POIS INCITOU OS SEUS SUBORDINADOS A PRATICAREM RELAÇÕES SEXUAIS COM A MENOR. Militar, em serviço, na condição de Oficial-de-Dia. Autorização do ingresso da menor, nas dependências militares. Incidência da agravante contida no artigo 70, inciso II, alínea "l" e da causa especial de aumento de pena insita no artigo 237, II, ambos do CPM, quanto à primeira conduta. Preliminares argüidas pela Defesa. Indeferimento. Inviabilidade de diligências na fase recursal. Exame de sanidade mental. Matéria de fato examinada detalhadamente pelo Conselho Julgador. Provimento parcial ao recurso da Defesa. Minoração da pena. Decisão unânime.

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor — Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos.

Apelante — ANDERSON GODINHO DE ALMEIDA BRITTO, 1º Ten Ex, condenado à pena de 02 anos, 11 meses e 05 dias de reclusão, como incurso nos arts. 235 e 155, c/c os arts. 70, inciso II, alíneas "i" e "l"; 79, parte final, e 237, inciso II, todos do CPM, com o direito de apelar em liberdade, fixando-se o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

Apelada — A Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 05/01/2005.

Advogada — Dra. Liliane Pereira Moreira, Defensora Dativa.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou as preliminares suscitadas pela Defesa e, **no mérito**, deu provimento parcial ao recurso defensivo para, mantendo a condenação do 1º Ten Ex ANDERSON GODINHO DE ALMEIDA BRITTO, fixar a pena definitiva em 02 anos, 10 meses e 07 dias de reclusão, como incurso no art. 235, c/c os arts. 237, inciso II, 70, inciso II, alínea "i", e 73 do CPM e, no art. 155, c/c o art. 70, inciso II, alínea "l", do mesmo Código, fixando-se o regime inicial aberto, de acordo com o previsto no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, caso venha a ser cumprida em estabelecimento prisional civil, sendo-lhe negado o benefício do **sursis**, por expressa vedação legal, contida no art. 88, inciso II, alínea "b", do Estatuto Repressivo Castrense.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. (Extrato da Ata da 19ª Sessão, 06.04.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares suscitadas pela Defesa e, no mérito, DAR PROVIMENTO parcial ao recurso defensivo para, mantendo a sentença condenatória de primeira instância, no entanto, reduzir a pena aplicada ao 1º Ten ANDERSON GODINHO DE ALMEIDA BRITTO, em relação ao crime previsto no artigo 235, fixando a pena acima do mínimo legal, ou seja 7 (sete) meses de detenção, acrescida da agravante genérica contida no artigo 70, inciso II, alínea "i", na fração de 1/4, resultando em 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias, à luz do artigo 73, tudo do Código Penal Militar, incidindo, ainda, a causa de aumento de pena prevista no artigo 237, inciso II, da mesma Lei, na razão de 1/4, perfazendo 10 (dez) meses e 27 (vinte e sete) dias de detenção. E, quanto ao crime ínsito no artigo 155 da Lei Penal Castrense, fixar a pena-base no seu mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão, acrescida da agravante prevista no artigo 70, inciso II, alínea "l" da Lei Penal Militar, na razão de 1/5, resultando na pena final de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão.

As penas unificadas, de acordo com a regra contida na parte final do artigo 79 do Código Penal Militar, resultam em 2 (dois) anos, 10 (dez) meses

e 7 (sete) dias de reclusão, fixando-se o regime inicial aberto, de acordo com o artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Comum, caso venha a ser cumprida em estabelecimento prisional civil, sendo-lhe negado o benefício do ***sursis*** ante a vedação legal, contida no artigo 88, inciso II, alínea "b", do Estatuto Repressivo Castrense, com o direito de recorrer em liberdade.

Brasília, 6 de abril de 2006 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — *Dr. Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Relator — Alte Esq *José Alfredo Lourenço dos Santos*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

A Defensora Dativa, Dra. Liliane Pereira Moreira, interpôs, tempestivamente, o presente recurso de apelação contra a sentença de primeira instância que condenou ANDERSON GODINHO DE ALMEIDA BRITTO, 1º Ten Ex, à pena de 02 anos, 11 meses e 05 dias de reclusão, como incurso nos arts. 235 e 155, c/c os arts. 70, inciso II, alíneas "i" e "l"; 79, parte final, e 237, inciso II, todos do CPM, com o direito de apelar em liberdade, sendo fixado o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, ***ex vi*** do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

A presente ação penal foi proposta com base nos elementos do Inquérito Policial Militar, instaurado no 6º Grupo de Artilharia de Campanha – Rio Grande/RS, através da Portaria nº 037-Sec, de 28nov2000, constante da fl. 25.

A denúncia foi oferecida, em 9jul2001, contra o acusado, pela prática delituosa, na forma que se segue:

> *"No dia 25 de novembro de 2000, após o pernoite do serviço, por volta das 21:00 horas, à direita do portão das armas, próximo ao estacionamento das motos (fls 99/100), o Cabo Eduardo Barbosa Fernandes, qualificado à fl. 31, acompanhado do Sd Veiga, ora 3º libelado, abordou a adolescente Leni da Cunha Quintana, qualificada à fl. 17, que, à época do fato, contava com 15 (quinze) anos de idade, visto ter nascido em 29 de abril de 1985, que estava perambulando nas proximidades da supracitada OM. Nesta ocasião, perguntou para a mesma o que ela fazia ali e se tinha lugar para ficar. Diante da resposta negativa, indagou da adolescente se ela queria passar a noite na sala da banda, pertencente ao 6º GAC. De imediato a referida adolescente aceitou o convite, sendo então levada pelo CB Eduardo para o referido local e lá deixada sozinha (fls. 17/18 e 23).*
>
> *O fato acima descrito aconteceu com a autorização direta do Ten Moraes, ora 1º denunciado, que tudo presenciou, partici-*

pando ativamente da conversa, tendo inclusive, determinado ao Sd. Sampaio que pegasse um dos colchões do alojamento da guarda e o colocasse na sala da banda para que a adolescente nele dormisse, o que foi feito (fls. 23; 85/88; 91/92; 99/101; 102/104).

Vale ressaltar, que a supracitada 'abordagem' ocorreu num clima de tamanha intimidade, que a adolescente Leni, enquanto conversava com os três militares acima identificados, usava uma japona camuflada do Exército que era parte integrante da farda de um deles, conforme depoimentos de fls. 99/100 e 102/103.

Passado algum tempo após a adolescente Leni ser acomodada na sala da banda, o Sd Sampaio, qualificado à fl. 40, sabendo que a mesma lá se encontrava, entrou na referida sala, onde passou a conversar com ela sobre o que estava fazendo ali e por que viera de Pelotas, deixando o local em seguida (fls. 17/18 e 40/41).

Após a saída do SD Sampaio, mais precisamente no período compreendido entre as 21:15 horas e as 24:00 horas, o denunciado Sd. Veiga, que estava de serviço, entrou na sala da banda, onde manteve, consensualmente, relações sexuais oral e vaginal com a adolescente Leni da Cunha Quintana (fls. 17/19; 23; 33/34; 37/39 e 93/94).

Desta forma, está o Sd. Anderson Garcia Veiga, ora 3º libelado, incurso nas penas do art. 235, combinado com o art. 237, inciso II, parte final, com as agravantes previstas no art. 70, inciso II, alíneas 'g' e 'i', todos do CPM.

O crime acima descrito somente ocorreu em virtude da conivência do Ten. Moraes que, na condição de Oficial de Dia (fls. 24 e 172), nada fez para impedi-lo, apesar de dever e poder agir da seguinte forma: não ter permitido o ingresso da adolescente Leni na Unidade Militar; ter entrado em contato com a polícia civil, informando-a do fato de ter uma adolescente de 15 (quinze) anos de idade, rondando a OM à noite e que não tinha lugar para dormir, pois acabara de chegar sozinha de outra cidade (Pelotas/RS), dizendo ter sido expulsa de casa por seus genitores, bem como, solicitando da autoridade policial, a apreensão da referida adolescente e seu imediato encaminhamento ao juiz de direito de plantão que estivesse respondendo pelo Juizado da Infância e da Juventude ou ao Conselho Tutelar; ter entrado em contato diretamente com o Conselho Tutelar ou com o juiz de direito de plantão naquela noite que estivesse respondendo pelo Juizado da Infância e da Juventude, a fim de que fosse providen-

ciado o encaminhamento da adolescente à sua família, o que, devido à inconcebível omissão do Oficial de Dia, ora 1º denunciado, somente foi feito dias depois, pelos Conselheiros Tutelares, após terem sido acionados por taxistas que trabalham próximo à estação rodoviária da cidade (fls. 44/46; 83/84; 85/88; 91/92; 99/101; 102/104; 107/108; 157/158; 159/160 e 161/162).

Saliente-se que o Ten. Moraes, ora 1º libelado, foi devidamente alertado por um de seus subordinados, mais especificamente pelo Sgt. Jailton, qualificado à fl. 85, para a irregularidade de sua conduta, mas, mesmo assim, não só omitiu-se quanto à providências transcritas acima e que deveria tomar, como também, com sua conduta, viabilizou a prática dos crimes acima narrados, por parte do Sd. Veiga, ora 2º denunciado (fls. 85/88).

De fato, mesmo tendo notado as 'segundas intenções' da adolescente Leni, conforme reconhece em seu depoimento à fl. 24, autorizou a mesma a dormir na sala da banda. Pior que isso, posteriormente, percebendo o 'entra e sai' da OM, pelo portão da armas, de militares que estavam de serviço, o que, por si só, já exigia pronta reprimenda e, após ter constatado pessoalmente que a porta da sala da banda estava aberta, com outras pessoas no seu interior e, ainda, não sabendo precisar nem quantas nem quem eram porque a luz estava apagada, não tendo sido ele quem a abriu, nem tendo autorizado a abertura da mesma, tendo notado que algo estranho estava acontecendo, tendo sentido um mal cheiro no ambiente, o qual não identificou, ao invés de acender a luz, identificar os militares ali presentes, verificar o que faziam ali e tomar as providências regulamentares que o caso exigia, preferiu nada fazer, indo dormir (fl. 25/26), consentindo assim, com a conduta ilícita de seu subordinado, o Sd. Veiga, ora 3º denunciado.

Ressalte-se, ainda, que o Ten. Moraes, na qualidade de Oficial de Dia, em dia sem expediente e, por isso, o representante legal do Comandante da Unidade, não só tinha condições, como também e, principalmente, tinha obrigação legal de agir para a preservação da hierarquia e disciplina militares, impedindo, desta forma, a ocorrência dos crimes praticados por seu subordinado, o Sd. Veiga, ora 3º denunciado. Tal obrigação é estabelecida pelos arts. 14 e seus parágrafos e 34 e seguintes da Lei 6880/80 (Estatuto dos Militares), bem como pelo art. 28, inciso IV do supracitado Diploma Legal, combinado com os arts. 18 e 161 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais – RISG.

Ademais, estando a vítima em área sob a administração militar cuja responsabilidade cabia ao Oficial de Dia, era este último o responsável também pela proteção da referida adolescente.

Por fim, mister se faz salientar que o Ten. Moraes descumpriu mais uma de suas obrigações como Oficial de Dia, não comunicando, por inadmissível indulgência, a alteração acima narrada ao seu Superior de Dia, a fim de viabilizar a responsabilização do militar infrator (fl. 25).

Desta forma, está o 2º Ten. Douglas Henrique da Silva Moraes, ora 1º denunciado, incurso nas penas do art. 235 c/c art. 237, inciso II, parte final, na forma do art. 29, § 2º, bem como nas penas do art. 322, tudo sob a regra do art. 79 e com as agravantes previstas no art. 70, inciso II, alíneas 'g', 'i' e 'l', todos do CPM.

No dia 26 de novembro de 2000, por volta das 18:30 horas, o Ten. Godinho, que era Oficial de Dia (fls. 47/50 e 173), ora 2º denunciado, juntamente com o Sd. David Silva, que também estava em serviço, ora 4º denunciado, em comunhão de ações e desígnios, com o intuito de manterem relações sexuais com a vítima Leni da Cunha Quintana no interior da OM em que servem, abordaram a supracitada adolescente na Alameda das Oliveiras, situada em frente à referida Unidade Militar, ocasião em que foi indagado à vítima se ela tinha lugar para ficar e, diante da resposta negativa, foi-lhe oferecida pelo Ten. Godinho, a enfermaria da OM, local também conhecido como FUSEX, para onde a vítima foi levada por ambos. Lá chegando o Ten. Godinho abriu o cadeado que tranca a porta da enfermaria, deixando-a aberta e foi para o Corpo da guarda, enquanto o Sd. David Silva aguardava a adolescente que, neste momento, havia ido até o ponto de táxi próximo à estação rodoviária para buscar seus pertences. Com o seu retorno, ambos (Sd. David Silva e a adolescente) entraram na enfermaria, onde, após Leni lavar os cabelos, mantiveram conjunção carnal na sala de recuperação da enfermaria (fls. 20/21; 51/53; 54/56; 57/59; 69/70; 71/72; 73/75; 78/80; 89/90; 109/111).

Assim agindo, está o Sd. David Silva Oliveira, ora 4º denunciado, incurso nas penas do art. 235 c/c art. 237, inciso II, parte final (2 vezes, sendo uma pelo ato por ele praticado e outra pelo ato praticado pelo Ten. Godinho), na forma do art. 53, caput, com as agravantes previstas no art. 70, inciso II, alíneas 'g' e 'i', todos do CPM.

Enquanto o Sd David Silva mantinha relações sexuais com a adolescente no interior da enfermaria, o Ten. Godinho, ora 1º

denunciado, que já havia retornado para a enfermaria, esperava sozinho do lado de fora. Neste momento, chegaram à porta da enfermaria o Sd. Silva, qualificado à fl. 69 e o Sgt. Goulart, qualificado à fl. 71, que haviam ido até lá para ver o que estava acontecendo. Os três militares passaram então a conversar até o Sd. David sair da enfermaria. (fls. 17/22; 69/70; 71/72 e 89/90).

Imediatamente após a saída do Sd. David Silva, o Ten. Godinho entrou na enfermaria para manter relações sexuais com a vítima. Diante da recusa desta última em ceder à sua lascívia, o Ten. Godinho perguntou para a mesma o que ela queria para manter com ele relações sexuais, ao que foi-lhe exigido uma camiseta do quartel. Aceita a condição, passou a manter relações sexuais oral e vaginal com a adolescente Leni, no interior da enfermaria do 6º GAC, o que foi presenciado pelo Sgt. Goulart e pelo Sd. Silva, que lá entraram após o oficial. Terminado o ato, o Ten. Godinho acendeu a luz da enfermaria, vestiu-se na frente de seus subordinados e, já atrasado para o pernoite, dirigiu-se para o Corpo da Guarda, pois o Sd. David Silva batera na janela da enfermaria para avisá-lo do referido compromisso (fls. 17/22; 51/53; 57/59; 69/70; 71/72; 78/80; 89/90 e 109/111). Após a saída do Ten. Godinho, o Sgt. Goulart e o Sd. Silva também saíram da enfermaria (fls. 69/72).

Por volta das 21:10 horas, o Ten. Godinho, acompanhado do Sd. David Silva, chegou no Corpo da Guarda, ocasião em que determinou ao Adjunto que fizesse o pernoite para o pessoal de serviço, o que foi feito. Após, o Ten. Godinho, como Oficial de Dia, passou a senha e a contra senha para o pessoal de serviço, liberou a Guarda à Subunidade, reuniu em torno de si os guardas do quartel e, mesmo ciente dos riscos que uma conduta como esta traria para a integridade física da vítima e sendo ele o responsável por sua preservação, incitou-os à praticarem crimes sexuais contra a adolescente Leni, dizendo:

> ***'é o seguinte, é um de cada vez (os guardas deram risada) do mais antigo para o mais moderno, ela tá lá no FUSEX pessoal entra um de cada vez e bate na porta para ver se não tem ninguém lá dentro, mantenha sempre a luz do FUSEX apagada, por causa dos taxistas que podem ver o que está acontecendo, porra a mina é boa, é gostosa (todos deram risada), porra isso aqui não pode sair daqui, tem que morrer aqui, qualquer problema que acontecer***

ou alguém descobrir eu vou negar e vocês também tem que negar o que aconteceu, certo moçada.'

Posteriormente, o Ten. Godinho liberou a Guarda para a ceia, sendo certo que vários militares, diante da inconcebível atitude do Oficial de Dia, dirigiram-se para a enfermaria, criando um grande tumulto no local (fls. 51/53; 54/56; 57/59; 63/65; 73/75; 78/80; 81/82; 89/90 e 109/111).

De fato, diante da autorização direta dada pelo Oficial de Dia, vários militares dirigiram-se para a enfermaria, juntando-se aos então soldados Sidnei e Abrão, que também estavam de serviço, ora 5º e 6º denunciados, respectivamente, além vários outros militares que para lá haviam ido para ver o que estava acontecendo. Neste momento, os Sd.'s Abrão e Sidnei, mediante ameaça de não a deixarem sair dali, constrangeram a adolescente Leni a praticar com eles ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mais precisamente, sexo oral. Ressalte-se que, neste momento, a vítima tentou sair, sendo impedida pelos supracitados denunciados e com medo, sucumbiu à exigência que lhe foi feita, praticando sexo oral em ambos (fls. 17/22; 81/82; 89/90; 95/96 e 148/150).

Assim agindo, está o 2º Ten. Anderson Godinho de Almeida Britto incurso nas penas do art. 235 c/c art. 237, inciso II (2 vezes, sendo uma pelo ato praticado por ele e outra pelo ato praticado pelo Sd. David Silva); art. 233 c/c 237, inciso II (2 vezes, sendo uma pelo ato praticado pelo ex-Sd Abrão e outra pelo ato praticado pelo ex-Sd. Sidnei), combinados com o art. 53, caput e seus §§ 2º e 5º, e art. 155, tudo na forma do art. 79 e com as agravantes previstas no art. 70, inciso II, alíneas 'd', 'g', 'i' e 'l', todos do CPM.

Quanto aos ex-soldados Cleidir Sidnei Rodrigues Souza e Alan Abrão Rabello, estão os mesmos incursos nas penas do art. 233 c/c 237, inciso II (2 vezes) na forma dos arts. 53, caput; 70, inciso II, alíneas 'd', 'g' e 'i' e 79, todos do CPM.

Por todo o exposto, requer o ***Parquet*** *Militar, uma vez autuada e recebida a presente exordial acusatória, a citação dos denunciados para início da instrução criminal e, ao final, a condenação dos acusados ..." (fls. 2/17).*

Os autos foram devolvidos ao MPM para que se adequasse o número das testemunhas da acusação, mediante despacho, às fls. 216/217.

O *Parquet* interpôs Recurso em Sentido Estrito, à fl. 220, o qual não foi conhecido pelo Superior Tribunal Militar, conforme acórdão de nº

2001.01.006887-8/RS (fls. 265/270). Determinou, ainda, ao Juízo ***a quo*** se manifestar quanto ao recebimento ou não da denúncia.

O recebimento da denúncia se deu em 8mar2002, conforme despacho de fl. 280.

O Ten Douglas Henrique da Silva Moraes foi citado em 10abr2002, consoante documento de fls. 430/430v. Qualificado e interrogado em 11abr2002, conforme fls. 434/438.

O ex-Sd Anderson Garcia Veiga foi citado em 07mai2002, consoante documento de fls. 527/527v. Qualificado e interrogado em 28mai2002, conforme fls. 556/559.

O ex-Sd David Silva Oliveira foi citado em 07mai2002, consoante documento de fls. 529/529v. Qualificado e interrogado em 28mai2002, conforme fls. 552/555.

O ex-Sd Cleidir Sidnei Rodrigues Souza foi citado em 6mai2002, consoante documento de fls. 528/528v. Decretada sua revelia em 12set2002, conforme fls. 678.

O ex-Sd Alan Abrão Rabello foi citado em 04abr2002, consoante documento de fls. 458/458v. Qualificado e interrogado em 11abr2002, conforme documento de fls. 443/446.

O Ten Anderson Godinho foi citado em 10abr2002, consoante documento de fls. 431/431v. Qualificado e interrogado, em 11abr2002, declarou, às fls. 439/442, em síntese, ser verdadeira, somente, a imputação que lhe é atribuída de atentado violento ao pudor, porém é falsa a acusação do delito de incitamento. Esclareceu que era o Oficial-de-Dia e que teve relação sexual com a menor Leni da Cunha Quintana na enfermaria. No entanto, negou ter feito qualquer promessa à adolescente. Apesar de ter assumido, às fls. 129/130, ser o responsável pela expressão: "é o seguinte, é um de cada vez, do mais antigo para o mais moderno, ela tá lá no FUSEX pessoal, entra um de cada vez e bate na porta para ver se não tem ninguém lá dentro, mantenha sempre a luz do FUSEX apagada, por causa dos taxistas que podem ver o que está acontecendo, porra a mina é boa, é gostosa, porra isso aqui não pode sair daqui, tem que morrer aqui, qualquer problema que acontecer ou alguém descobrir eu vou negar e vocês também têm que negar o que aconteceu, certo moçada.". Agora nega, ponderando que assumiu tal responsabilidade, por sugestão do escrivão do IPM, quando da acareação. Declarou que estava passando por problemas pessoais. Disse ter autorizado a menor a pernoitar no quartel, entregando-lhe a chave da enfermaria e que, após manter conjunção carnal com a adolescente, não providenciou sua saída da unidade militar, pois a mesma não tinha para onde ir.

Em relação aos fatos imputados ao 2º Ten Anderson Godinho de Almeida Britto, o representante do Ministério Público arrolou como testemunhas o Sgt Claiton Souza da Silva, o Sgt Márcio Leandro Goulart Machado, o Sd Alexandre Silva da Silva, o Sd Roberto Rodrigo Terra, o Sd Maqueni Barreto Pureza e o Sd João Batista Vieira dos Santos.

A primeira testemunha do Ministério Público, Sgt Claiton, às fls. 664/668, esclareceu que o Ten Godinho havia lhe dito que estava "comendo" a menina no FUSEX e que o Sgt Paulo Sérgio apareceu no momento em que o Ten Godinho estava mantendo relação sexual com a garota. Esclareceu que o Oficial-de-Dia, Ten Godinho, reuniu os militares da guarda e disse: "a mina é boa, a mina é gostosa, eu já comi, pode ir lá", orientando, ainda, que deveriam ir um de cada vez, do militar mais antigo para o mais moderno, devendo, o próximo, bater na porta e manter sempre a luz apagada. Ponderou que ficou sem ação, naquele momento, e disse, ainda, que não era louco, quando o Ten Godinho o chamou para manter relação sexual com a menina. Afirmou que enxergou a garota pela última vez quando esta se dirigia para o FUSEX com o Ten Godinho.

A segunda testemunha, Sgt Goulart, às fls. 669/671, confirmou seu depoimento em IPM e disse que, por curiosidade, entrou no FUSEX juntamente com o Sd Silva e presenciou o Ten Godinho mantendo relação sexual com a menor.

A terceira testemunha, Sd Silva, às fls. 1025/1026, confirmou seu depoimento proferido na fase inquisitorial e esclareceu, ainda, ter presenciado, em companhia do Sgt Goulart, o Ten Godinho manter relação sexual com a garota, porém não se recorda de ter ouvido o oficial oferecer a menor aos outros militares.

A quarta testemunha, Sd Terra, às fls. 1020/1020v, não foi localizada no endereço citado.

A quinta testemunha, Sd Pureza, às fls. 1027/1028, confirmou seu depoimento em IPM e disse recordar, mesmo depois de tanto tempo decorrido, ter visto o Ten Godinho conversar com a menor e ouviu ele mesmo dizer "hoje eu como ela" e ainda "todo mundo sabe o que está acontecendo aqui. Ninguém é criança aqui. Quem tiver interessado, tem para todo mundo, só que é sem alvoroço e bagunça". Relatou ainda que o comandante da guarda não recomendava que os militares participassem daquilo, mesmo com a autorização do oficial.

A última testemunha do ***parquet***, Sd Vieira, às fls. 1029/1030, relatou que, na reunião do pernoite, o Ten Godinho dissera que ninguém era criança ali, além do mais, todos sabiam o que estava acontecendo e que quem qui-

sesse fazer alguma coisa, poderia fazer. Esclareceu ter ouvido comentários de que o Ten Godinho dissera que mais tarde iria "comer" a guria de novo.

A menor ofendida, Leni da Cunha Quintana, foi ouvida, às fls. 1143/1145. Disse, naquela oportunidade, que manteve relação sexual com alguns soldados. Inicialmente, relatou que fez sexo normal e oral com alguns soldados e com o "Sargento Coutinho", mas, posteriormente, disse que o "Sgt Coutinho" era, na realidade, o "Ten Coutinho". Disse que, na primeira noite, na sala da banda, as relações sexuais foram com seu consentimento, porém, na segunda noite, na sala da enfermaria, apenas consentiu em fazer sexo com o "Ten Coutinho", sendo certo que, nesse momento, alguns militares entraram no recinto. Relatou, ainda, que fora ameaçada na frente do mencionado oficial.

À fl. 1154, consta a desistência do representante do ***parquet*** da oitiva das testemunhas não encontradas.

A Defesa do Ten Anderson Godinho de Almeida Britto, às fls. 1184/1185, indicou como testemunhas o Sgt Paulo Sérgio Mosqueira Silva, o Sd Leonardo Uminski Moraes e o Civil Luiz Eduardo Göelzer das Neves.

A primeira testemunha da defesa, Sgt Paulo Sérgio, às fls. 1250/1252, declarou que, em conversa com o Ten Godinho, este havia autorizado a menor a permanecer na enfermaria, inclusive sendo orientado pelo próprio oficial a não se envolver naquela situação. Disse que não ouviu o Ten Godinho organizar a fila, constante na denúncia, até porque fez o pernoite e passou para o Ten Godinho, saindo em seguida para dividir a ronda.

A defesa, à fl. 1261, desistiu da segunda testemunha, Sd Leonardo Uminski Moraes.

A última testemunha da defesa, o civil Luiz Eduardo, às fls. 1022/1023, disse que o Ten Godinho se encontrava presente na OM no dia do ocorrido, mas não presenciou qualquer estímulo por parte do oficial em relação à conduta dos demais militares quanto à presença da menor na Unidade. Relatou que apenas viu, de longe, o Ten Godinho e o Sd Veiga conversarem com a menina, porém ficou sabendo que ninguém manteve relação sexual com a menor.

O Conselho Especial de Justiça para o Exército, em sessão de 2ago2004, às fls. 1539/1540, decidiu, por unanimidade, declarar a extinção da punibilidade e também do processo em relação aos acusados David Silva Oliveira e Anderson Garcia Veiga. Decidiu, ainda, por unanimidade, extinguir a punibilidade do acusado, Ten Douglas Henrique da Silva Moraes, com relação ao crime previsto no art. 322 do CPM.

Na forma do art. 427 do CPPM, o representante do Ministério Público Militar, à fl. 1546, e a defesa do Ten Anderson Godinho de Almeida, à fl. 1551, nada requereram. Apenas a defesa do acusado Douglas requereu a diligência, consoante documento de fl. 1552.

O representante do Ministério Público, em alegações escritas, às fls. 1700/1704, pediu a absolvição do Ten Douglas Henrique da Silva Moraes com fulcro na alínea "b" do art. 439 do CPPM e, também, a dos Sds Cleidir Sidnei Rodrigues Souza e Alan Abrão Rabello, com amparo na alínea "e" do mesmo artigo. Requereu, ainda, a condenação do Ten Anderson Godinho de Almeida Britto nas penas do art. 235 c/c o art. 237, II, inclusive com as agravantes do art. 70, II, "i" e "l", e art. 155 (incitamento), tudo do CPM.

A defesa do Sd Alan Abrão, em alegações escritas, às fls. 1713/1722, pediu a sua absolvição, com fundamento no art. 439, alíneas "a", "c" e "e", do CPPM.

A defesa do Ten Douglas Henrique da Silva Moraes, em alegações escritas, às fls. 1734/1737, requereu a sua absolvição, com fulcro no artigo 439, alínea "b", do CPPM.

A defesa do Sd Cleidir Sidnei Rodrigues Souza pediu a sua absolvição, consoante documento de fl. 1740, baseada no próprio parecer do MPM.

Por fim, a defesa do Ten Anderson Godinho de Almeida Britto, em alegações escritas, às fls. 1744/1747, pugnou pela absolvição do acusado, com base no art. 439, alíneas "c", "d" ou "e", do CPPM, argumentando que o Ten Godinho não se encontrava com sua saúde mental perfeita, necessitando de acompanhamento psicoterápico. Ponderou, ainda, não haver, nos autos, provas aptas a demonstrar a autoria do crime de incitamento.

Constam dos autos: folha de antecedentes policiais (fls. 389 e 397); levantamento fotográfico das áreas externas da OM (fls. 692/697); certidão de distribuição da Justiça Federal/RS – nada consta (fl. 1686); e folha de alterações militares do acusado Ten Anderson Godinho de Almeida Britto (fls. 349/377).

Em plenário de julgamento (fls. 1760/1764), o representante do Ministério Público Militar reiterou o pedido de condenação do acusado Anderson Godinho de Almeida Britto, como incurso nos arts. 235 c/c 237, II, com as agravantes do art. 70, II, "i" e "l", e art. 155, tudo do CPM, argumentando que o Ten Godinho praticou ato libidinoso consensual com a menor. Quanto ao crime de incitamento, este ficou compro-

vado ao final da instrução criminal. Em relação ao acusado, Ten Douglas Henrique da Silva Moraes, pediu a sua absolvição, com fulcro no art. 439, "b" do CPPM. Requereu, ainda, a absolvição dos acusado Cleidir Sidnei Rodrigues Souza e Alan Abrão Rabello, com amparo no art. 439, alínea "e", do CPPM. A defesa do Ten Anderson Godinho de Almeida Britto, mesmo com a confissão do delito do art. 235 do CPM, por parte do acusado, ponderou que não houve constrangimento para a configuração do atentado violento ao pudor e que, na época dos fatos, o acusado passava por problemas psicológicos, sendo, dessa forma, relativamente incapaz. Em relação ao delito de incitamento, a defesa do Ten Godinho negou a sua configuração, argumentando ser crime formal e que tudo começara no dia anterior àquele em que o Ten Godinho estava como Oficial-de-Dia. A defesa dos demais acusados pediu a respectiva absolvição.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército resolveu, por unanimidade de votos, julgar improcedente a denúncia para, em conseqüência, absolver o Ten Douglas Henrique da Silva Moraes do crime previsto no art. 235 do CPM, com base no art. 439, alínea "b" do CPPM. Decidiu absolver, ainda, o acusado Cleidir Sidnei Rodrigues Souza do delito previsto no art. 233 do CPM, com amparo no art. 439, alínea "c" do CPPM e, também, Alan Abrão Rabello, com amparo no art. 439, alíneas "a" e "c", do CPPM. Por fim, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército resolveu, por unanimidade de votos, condenar o acusado Ten Anderson Godinho de Almeida Britto pelos delitos previstos nos arts. 235 c/c 237, inciso II, e art. 70, inciso II, alíneas "l" e "i", e art. 155 c/c o art. 70, inciso II, alínea "l", tudo do CPM, fixando a pena em 02 anos, 11 meses e 05 dias de reclusão, a ser cumprida na forma do art. 61 do CPM, sendo estipulado o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena e o direito de apelar em liberdade.

A sentença, da lavra da Dra. Flávia Ximenes Aguiar de Sousa, proferida em 5jan2005, aponta os seus fundamentos às fls. 1765/1786.

Na data do dia 11jan2005, os representantes do ***Parquet*** e da defesa do Ten Anderson Godinho de Almeida Britto tomaram ciência da sentença.

A defesa do Ten Anderson Godinho de Almeida Britto interpôs, em tempo hábil, recurso de apelação, conforme petição de fl. 1789. Nas razões de apelação, às fls. 1790/1794, pugnou pela reforma da sentença, argumentando que houve aquiescência da menor, tornando atípica a conduta do Ten Godinho. Alegou, ainda, sua incapacidade, devendo inclusive ser declarada a nulidade do processo por ausência de laudo psiquiátrico.

Em contra-razões, às fls. 1797/1800, o representante do Ministério Público Militar rebateu os argumentos da defesa, ponderando que, em momento algum, durante a longa instrução criminal, foi ventilada a inimputabilidade penal do apelante, não sendo isso possível em sede de razões de apelação. Dessa forma, requereu que fosse conhecido o recurso e improvido, para se manter o decreto condenatório.

No dia 18jan2005, operou-se o trânsito em julgado para o Ministério Público Militar (fl. 1801).

Instada a opinar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr Edmar Jorge de Almeida, Subprocurador-Geral, ponderou, às fls. 1865/1868, pelo improvimento do recurso da defesa e a conseqüente manutenção da sentença recorrida, tendo em vista estar de acordo com as provas dos autos.

Redistribuídos a este Relator em 24ago2005, recebidos neste gabinete na mesma data e colocados em mesa em 8mar2006.

Em despacho datado de 5set2005, às fls. 1876/1877, este Relator decidiu submeter ao Plenário, quando de seu Julgamento, como preliminar de mérito, a petição acostada às fls. 1824/1834, onde a defesa pede instauração do incidente de insanidade mental.

Remetidos ao Ministro-Revisor e recebidos novamente neste gabinete em 29set2005.

É o relatório.

Relatados, decide-se:

VOTO

1ª PRELIMINAR

Acolhemos, como preliminar, o pedido da Defesa, formulado em 28jul2005, acerca da instauração de incidente de insanidade mental em relação ao acusado Anderson Godinho de Almeida Britto.

Acerca do tema, mantenho, ***in totum***, as nossas razões expendidas em despacho proferido no dia 5set2005, o qual passaremos a reproduzir:

> *"Acontece que, depois de oferecidas as razões recursais, sem nada falar a defesa do mesmo, através da Drª Liliane Pereira Moreira, no exercício da defensoria dativa, e que vinha atuando desde as alegações finais escritas, postulou, agora, em petição*

acostada às fls. 1824/1834, a instauração do incidente de insanidade mental do recorrente para que o mesmo fosse examinado por experts, buscando avaliar sua higidez mental.

Guarnece o requerimento da ilustre defensora inúmeros atestados e certidões acerca de ascendência em linha direta e indireta do acusado em que todos eram portadores de desvio de conduta e mental.

A matéria já fora abordada em sentença, na qual o Conselho afirma a dispensabilidade do exame, entre outros motivos em face da natureza do delito imputado ao apelante.

Desse modo, nesta superior instância, não mais caberia a instauração do incidente em razão de estarem precluso os objetivos ora intentados, ou já terem se encerrado a instrução e o contraditório, salvo se a matéria sub examine vier a interferir na autoria ou na materialidade do delito, o que não é o caso.

Assim, buscando trazer o entendimento da mais ampla defesa, é que recebo a petição e submeto a mesma à Corte como preliminar do mérito da presente apelação, sob o enfoque de que se entender indispensável a instauração de tal incidente, melhor será que se anule a sentença de primeiro grau para que, deferindo-se o exame ora postulado, possam as partes formular quesitos, contestar o laudo e, até mesmo, ser outro realizado, por determinação do Juízo a quo, caso entenda necessário.

Nesta instância, entendo que jamais se deva permitir a instauração de tal incidente, previsto em nosso ordenamento jurídico somente durante a instrução criminal.

Não se queira, agora, dar um alcance irrestrito ao art. 616 do CPP, o qual tem sido contestado, até mesmo, pelos aplicadores da legislação ordinária." (fls. 1876/1877).

A Defesa, durante toda a instrução criminal, teve a oportunidade de postular tal exame, inclusive em sustentação oral, na fase de alegações finais. Apenas enfatizou que o acusado era relativamente incapaz, pois passava por problemas psicológicos com a família.

O Conselho Julgador, por sua vez, rejeitou a tese da Defesa. O fato de o acusado estar sob tratamento psicoterápico ambulatorial, à época dos fatos, não lhe afetava a potencial consciência da ilicitude, tampouco a exigência de conduta diversa da que praticou.

O Conselho Especial de Justiça, a nosso ver, reputou como dispensável a realização de tal exame pericial, pois se assim não fosse, ele, de ofício, teria diligenciado em tal sentido.

Ora, a Defesa teve toda a instrução criminal para pedir o exame de insanidade mental do Ten Godinho. Mas, ao contrário, só agora, em fase recursal, após a apresentação das razões recursais, vem a usar o seu último "cartucho".

Já deixamos claro o nosso posicionamento quanto à realização de diligências em fase recursal. Para embasar tal entendimento, trazemos à colação o acórdão proferido no HC nº 71.412/SP, cujo Relator foi o Ministro Carlos Velloso, julgado em 18nov1994, o qual passaremos a transcrever:

> *" EMENTA: - Processual penal. Habeas Corpus: Não - conhecimento.*
>
> *- Habeas Corpus não conhecido, dado que o Tribunal a quo ainda não concluiu o julgamento da apelação."*

Em seu texto, o tema é abordado da forma a seguir:

> *"... O duplo grau, como garantia fundamental de boa justiça, é contemplado em diversas constituições estrangeiras e em documentos internacionais.*
>
> *Entre nós, a Constituição do Império consagrava a garantia do duplo grau (art. 158 da Carta de 1824), mas hoje o princípio não está expressamente inserido na Lei Maior, embora a maioria da doutrina processual civil o veja como regra imanente ao sistema constitucional, diante da previsão não apenas da dualidade de graus de jurisdição, mas até da pluralidade deles.*
>
> *Seja como for, um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático. E, em relação ao processo penal, a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau de jurisdição integra o direito positivo brasileiro, em nível constitucional, mediante a norma do art. 8º, 2, letra **h**, do Pacto, que assegura a toda pessoa acusada de delito o direito de recorrer para juiz ou tribunal superior.*
>
> *Mas o princípio do duplo grau, em sua dimensão garantista, não significa apenas a possibilidade de revisão da decisão*

de primeiro grau (reexame em segundo grau). Também compreende a proibição para o tribunal de, com o seu julgamento, impedir o pronunciamento do juiz de primeiro grau (garantia do exame em primeiro grau): é o caso, por exemplo, da ocorrência, em primeiro grau, da extinção do processo sem julgamento do mérito, quando o tribunal, ao reformar a decisão, prosseguisse no julgamento, decidindo o mérito que o juiz não apreciou; ou, ainda, a situação em que o tribunal, reconhecendo o vício de motivação da sentença pela não apreciação das alegações das partes, simplesmente proferisse uma nova decisão.

Nos exemplos mencionados, fica evidente que ao proferir simplesmente uma nova decisão, em substituição à primeira, estará o órgão superior inviabilizando o efetivo reexame, que constitui o fulcro do duplo grau. Tal procedimento não atende ao fundamento da garantia, que não se resolve na presunção de que a decisão do órgão superior seja a melhor, mas sim na convicção de que uma dupla apreciação da causa acresça efetivamente a chance de uma sentença justa ..."

Pelas razões acima aduzidas, entendemos que o pedido formulado pela Defesa não merece ser acolhido.

Assim sendo, é por que INDEFIRO a preliminar argüida pela Defesa, por falta de amparo legal.

2ª PRELIMINAR

A Defesa argüiu, preliminarmente, a nulidade do processo ante a inexistência de laudo pericial psiquiátrico do acusado, constituindo uma verdadeira afronta ao princípio do devido processo legal.

Ora, acreditamos que tal matéria encontra-se prejudicada ante o exame do tema em preliminar anterior. Assim, INDEFIRO a preliminar postulada.

MÉRITO

Ultrapassadas as preliminares, passemos à análise do mérito do presente processo. A Defesa postulou, em sede de razões recursais, a absolvição do acusado, por entender que a sua conduta se tornou atípica em face do consentimento da vítima.

Cumpre, inicialmente, mencionar que o 1º Ten Anderson Godinho de Almeida Britto foi condenado em primeira instância pelo Conselho Especial de Justiça, à unanimidade de votos, à pena de 1 (um) ano, 1 (um)

mês e 28 (vinte e oito) dias, como incurso no artigo 235, combinado com o artigo 70, inciso II, alíneas "i" e "l", e, ainda, com o artigo 237, inciso II, tudo do Código Penal Militar. E, à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, como incurso no artigo 155, combinado com o artigo 70, inciso II, alínea "l", ambos da Lei Penal Castrense. Com a unificação das penas, à luz do artigo 79, parte final, do Código Penal Militar, o acusado foi condenado à pena final de 2 (dois) anos, 11(onze) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, na forma do artigo 61 da mesma Lei, a ser cumprida em regime inicial aberto, com base no artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, caso venha a ser cumprida no sistema penitenciário comum, com o direito de apelar em liberdade.

O acusado foi condenado, como podemos ver, pela prática de ato de libidinagem em local sujeito à Administração Militar, com a menor Leni da Cunha Quintana. Na qualidade de militar da ativa, encontrava-se na função de Oficial-de-Dia, no dia dos fatos ocorridos nas dependências do 6º Grupo de Artilharia de Campanha, em Rio Grande/RS, em 26nov2000.

O oficial, em suas declarações em Juízo, afirmou que manteve relações sexuais com a menor Leni, o que pôde ser corroborado pelas testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, tais como o Sgt Claiton Souza da Silva, o Sgt Márcio Leandro Goulart Machado e o Sd Alexandre Silva da Silva os quais presenciaram o ato sexual entre o acusado e a menor, depoimentos às fls. 664/668, 669/671 e 1025/1026.

Dessa forma, os elementos do tipo previstos no artigo 235 do CPM encontram-se presentes na conduta praticada pelo oficial do Exército. Os argumentos da Defesa de que o consentimento da vítima descaracterizaria a conduta não merecem acolhimento.

Quanto ao crime do artigo 155 da Lei Penal Castrense, a prova testemunhal trazida aos autos não nos deixa dúvida alguma de que, de fato, o 1º Ten Anderson Godinho praticou o delito em questão.

O dispositivo legal supramencionado preceitua da seguinte forma:

> *"Art. 155. Incitar à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar:*
>
> *Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos."*

O acusado confessou, em fase de inquérito policial militar, ser o responsável pela expressão: "é o seguinte, é um de cada vez, do mais antigo para o mais moderno, ela tá lá no FUSEX pessoal entra um de cada vez e bate na porta para ver se não tem ninguém lá dentro, mantenha sempre a luz

do FUSEX apagada, por causa dos taxistas que podem ver o que está acontecendo, porra a mina é boa, é gostosa, porra isso aqui não pode sair daqui, tem que morrer aqui, qualquer problema que acontecer ou alguém descobrir eu vou negar e vocês também têm que negar o que aconteceu, certo moçada." No entanto, negou em Juízo, pois afirmou que foi pressionado pelo escrivão e que estava passando por problemas pessoais (fls. 439/442).

Ora, a fragilidade de tal negativa é evidenciada nos depoimentos de seus colegas de caserna, que se encontravam presentes no dia do ocorrido.

A título de exemplificação, transcreveremos alguns dos testemunhos colhidos em Juízo: - o Sgt Claiton declarou que o Ten Godinho reuniu os militares da guarda e disse: "a mina é boa, a mina é gostosa, eu já comi, pode ir lá", e, ainda, orientou que deveria ir um de cada vez, do militar mais antigo para o mais moderno, bater na porta e manter sempre a luz apagada. Declarou a testemunha que ficou sem ação no momento, mas se negou a fazer o que o oficial estava falando, pois não era louco (fls. 664/668).

Adiante, o Sd Pureza, declarou, às fls. 1027/1028, que o oficial proferiu as seguintes palavras: "Todo mundo sabe o que está acontecendo aqui. Ninguém é criança aqui. Quem tiver interessado, tem para todo mundo, só que é sem alvoroço e bagunça.".

Não resta dúvida alguma quanto à ocorrência da prática delituosa ínsita no artigo 155 do Código Penal Militar.

Destarte, a sentença de primeira instância, da lavra da Drª Flávia Ximenes de Sousa Aguiar, deve ser mantida ***in totum*** pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e que adotamos como nossas razões de decidir.

No entanto, na fixação da pena, deixamos de aplicar a agravante contida no artigo 70, inciso II, alínea "l"(estar em serviço), por entender a sua concomitância com a causa de aumento de pena prevista no artigo 237, inciso II, (oficial em serviço) ambos da Lei Penal Castrense, senão vejamos:

Quanto ao delito previsto no artigo 235 do Código Penal Militar, consideramos os seguintes critérios:

Inicialmente, o acusado, embora primário, possui uma condenação transitada em julgado, nos autos do Processo nº 022/03-2 pela prática de violência contra inferior, condenado em primeira instância e confirmada em grau de Apelação (FO) nº 2004.01.049681-5, ao qual foi fixada a pena de 1 ano, 5 meses e 6 dias de prisão, como incurso no artigo 175 do Código Penal Militar, por sete vezes, cujo trânsito em julgado para o Ministério Público Militar operou em 24nov2004 e em 9dez2004 para a

Defesa. Sofreu punição disciplinar em 15jul2003 em virtude de ter submetido um inferior a um banho gelado, durante a madrugada em pleno inverno. Assim, justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, visto que o acusado é possuidor de maus antecedentes.

O 1º Ten Ex Anderson Godinho exercia a função de Oficial-de-Dia, no dia dos fatos, ou seja, no pernoite do dia 26abr para 27abr2000 (final de semana), assim, detentor de autoridade máxima dentro da Unidade Militar.

A menor estava sob os seus cuidados, pois o mesmo autorizou a entrada da civil no aquartelamento. O oficial pediu que um militar a levasse às dependências do FUSEX e lá permanecesse.

O acusado não demonstrou a conduta exemplar exigida de um militar, seja no âmbito da caserna, seja no meio civil. O fato de ser o representante do Comandante da unidade e permitir a entrada de uma jovem no referido local, para uma verdadeira esbórnia, inclusive com a sua participação, no nosso entender, fere qualquer senso de responsabilidade, de caráter, e muito mais, é uma ofensa irreparável aos princípios da hierarquia e da disciplina. Além do mais, o mencionado oficial ainda incitou os seus subordinados a praticar uma conduta desse porte, em ambiente militar, o que é totalmente vedado por lei.

Assim, observando aos critérios estabelecidos no artigo 69 do Código Penal Militar, conforme supracitados, fixamos a pena-base, como já dissemos, acima do mínimo legal, ou seja, 7 (sete) meses de detenção, acrescida da agravante genérica contida no artigo 70, inciso II, alínea "i" (quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade), na fração de 1/4, resultando em 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias, à luz do artigo 73 do Código Penal Militar, incidindo, ainda, a causa de aumento de pena prevista no artigo 237, inciso II, da mesma Lei (oficial em serviço), na razão de 1/4, perfazendo 10 (dez) meses e 27 (vinte e sete) dias de detenção.

No tocante ao crime de incitamento, previsto no artigo 155 do Estatuto Penal Castrense, apesar de ser o acusado detentor de maus antecedentes e ser o crime de extrema gravidade, mantemos a pena imposta na sentença, até mesmo por que o recurso é somente da defesa. Assim, fixamos a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos, acrescida da agravante contida no artigo 70, inciso II, alínea "l" da Lei Penal Militar, na razão de 1/5, resultando na pena final de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão.

É o quanto basta ao exame da questão.

APELAÇÃO Nº 2005.01.050127-4-SP

Apelação. Ato libidinoso. Preliminar de nulidade da ação penal sob alegação de irregularidades no IPM e ausência de exame de corpo de delito. Pleito absolutório por insuficiência de prova de autoria e materialidade. *Eventuais irregularidades não autorizam a destituição de todo o procedimento investigatório, mas retiram a eficácia e a validade apenas do respectivo ato, sem atingir, por não ser processo, a persecução penal. A prática a que faz menção o tipo penal previsto no art. 235 do CPM dificilmente deixa vestígios; todavia, a ausência do exame de corpo de delito pode ser suprida por outros elementos probatórios, se hábeis a comprovar a materialidade do delito. Preliminar de Nulidade Absoluta rejeitada. Decisão Unânime. Nos crimes sexuais, o entendimento prevalecente é no sentido de atribuir valor probante e incriminatório à palavra da vítima, já que, por causa da natureza da ação ilícita, raras são as testemunhas; caso contrário, dificilmente poderia ser comprovada a autoria. Não há como negar valor probante à palavra do ofendido, que atribuiu a autoria do ato libidinoso ao Apelante por meio de minudente e coesa versão; inclusive corroborada por provas testemunhais. Apelo improvido. Decisão unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — LUCIANO CLEMENTE CAVALCANTE DA SILVA, 3º Sgt Aer, condenado à pena de 07 meses e 06 dias de prisão, como incurso no art. 235, c/c os arts. 237, inciso II, 72, inciso II, e 73, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade, sendo fixado o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 22/09/2005.

Advogados — Drs. Raimundo de Menezes Lima e Aurecides Alves Ferreira.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade argüida pela Defesa e, **no mérito**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo íntegra a Sentença **a quo**. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto e William de Oliveira Barros. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marcos Augusto Leal de Azevedo e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 25ª Sessão, 19.04.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade argüida pela Defesa e, no mérito, em negar provimento ao apelo da Defesa, mantendo íntegra a sentença a quo.

Brasília, 19 de abril de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Antonio Apparicio Ignacio Domingues*, Ministro-Relator — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O 3º Sgt Aer Luciano Clemente Cavalcante da Silva interpõe o presente recurso de Apelação contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica (CPJ Aer) da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), de 22 de setembro de 2005, que o condenou à pena de 07 meses e 06 dias de prisão, como incurso no art. 235, c/c os arts. 237, inciso II, 72, inciso II, e 73, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade, fixando-se o regime prisional aberto para o cumprimento da pena.

O Apelante foi denunciado, em 31 de março de 2004, como incurso no art. 235, c/c o art. 237, inciso II, ambos do CPM, conforme relatado na exordial acusatória (fls. 02/06), pelos seguintes fatos:

"Consta dos anexos autos de IPM que no interior do aquartelamento do Parque de Material Aeronáutico de São Paulo, em 25 de agosto de 2003, por volta das 18h30, o soldado Irineu Vila Nova em missão como motorista de ambulância, em frente ao Cassino dos Suboficiais e Sargentos, enquanto aguardava o embarque de um paciente, o Sgt Roberval e alguns familiares, no sentido de transportá-lo para atendimento médico na Base Aérea de São Paulo, foi surpreendido pelo 3º Sargento Luciano Clemente Cavalcante da Silva, de serviço como Comandante da Guarda, que em seguida, indagou-lhe: Vila Nova, você está de serviço hoje?, com o que respondeu Vila Nova: 'não, não estou de serviço, estou numa missão boca pobre (sic) *e é como se estivesse de serviço, pois vou ter que dormir aqui mesmo no quartel!'*

Mais tarde, Vila Nova retornando da missão de transporte do Sgt Roberval, por volta das 21h30, dirigiu-se ao Sargento-de-Dia à Garagem ao qual estava subordinado, apresentou-se, entregou-lhe a chave da viatura-ambulância, para em seguida dirigir-se ao alojamento dos Sargentos da Garagem onde iria descansar; lá, banhou-se, vestiu sua calça e camiseta e foi deitar-se na parte inferior de um beliche, situado ao lado da divisória que separa as camas-beliches dos armários, cobrindo-se com um moleton, adormecendo; todavia, por volta das 00h30 sente alguém colocando a mão por dentro da coberta, e mais ainda, por dentro da calça, segurando o seu pênis e com a outra empurrando-o pelo ombro; sonolento, afastando a mão que segurava seu membro, exclama – não estou de serviço!! E vira-se de lado para a parede divisória, cobrindo-se com a manta; inobstante, o indivíduo que até aquele momento desconhecia, investe novamente sobre si, agora enfiando a mão por baixo da coberta, por dentro da calça, junto às nádegas e com um movimento brusco tenta enfiar um dedo no seu ânus; aí, repentinamente desperto, o Sd Vila Nova, se dando conta que estava sendo molestado sexualmente, afasta, de forma brusca, aquela mão do seu corpo e encara seu agressor, afirmando – suma daqui!! quando então percebe ser este o mesmo sargento que viu às 18h30 do dia anterior em frente ao Cassino dos Suboficiais e Sargentos, ou seja o 3º Sgt Cavalcante, agora com uniforme camuflado, provido de colete balístico e armado com uma pistola, mesmo assim, embora reconhecido, o agressor pleno de tara libertina não desiste e insistindo no desejo de praticar uma felação em Vila Nova, suplica – 'Vila Nova, calma, calma, só um 'boquete', vai, vai!!, mas sem esperar resposta, não se contendo, tenta beijar na boca o soldado, que esquivan-

do-se, reage intimando – suma daqui, desgraçado!!; daí, em atitude cautelosa pois seu oponente está armado e em desvario o soldado recolhe-se deitando junto à divisória, protegendo o rosto com o braço direito e com a mão esquerda sua genitália; todavia, afogueado prossegue o ofensor com seu comportamento lascivo tentando acariciar então a coxa direita da vítima, que o repele com um soco no braço, ao mesmo tempo que ergue os punhos, armando a guarda; o que faz com que o graduado agressor recuando, acentue – 'o que, você vai me bater?, no que respondendo, Vila Nova assevera – 'vou te matar!!!', com esta resposta, finda o Sargento por se retirar do recinto.

Instantes após, atormentado com tudo que lhe acontecera resolve procurar ajuda junto ao seu amigo Cabo Feliano, motorista-de-dia, que se encontra no Alojamento de Cabos, próximo dali, no pavimento superior à garagem; lá chegando, ainda nervoso, chateado, acorda Feliano, com o que também desperta o Cb Duarte (sic), e acaba por relatar o ocorrido; vendo o nervosismo de Vila Nova e a seriedade e gravidade do assunto, Feliano orienta a vítima para, recolhendo seus pertences, vir repousar naquele Alojamento dos Cabos; já instalado no Alojamento, pouco mais tarde, o ofendido, com um sono leve, ainda intranqüilo, ouve ruídos no piso inferior, nas instalações da garagem e, logo após, de inopino, um militar, com tez clara, alto e magro, com uniforme camuflado, colete balístico, armado com pistola 9mm, e encapuzado com uma touca 'ninja', com fresta que deixa ver bem os olhos e corte que permite emissão de voz e deixa entrever lábios não grossos, ingressa no Alojamento acordando o Cabo Dutra, que desperto, indaga – 'O senhor deseja alguma coisa Sargento?' – no que é retrucado em voz forçada e sotaque nordestino, pelo interlocutor, com outra pergunta – 'Quem está aí?', no que responde Dutra – 'Só eu e o motorista-de-dia, redargüindo-o com outra questão o graduado encapuzado – 'Qual o seu nome?' com o que responde Dutra, para confundir seu inquiridor – 'Carlos', daí, continuando o diálogo, indaga o graduado – 'E este outro?' responde Dutra – 'É o motorista Feliano!', que levantando o tórax é encarado pelo graduado, que afirma – 'não, não é você', e indaga – 'você não estava na ambulância ontem?'; sem esperar resposta, prossegue o graduado, voltando a perquirir Dutra – 'Eu quero falar com o motorista da

ambulância, Vila Nova?', retornando a esclarecer Dutra – 'Ele não está aqui não, Sargento!!'; pelo que, enfim satisfeito, o Sargento encerra a conversa, dizendo – 'OK!!', se retirando do recinto; inobstante, percebe Dutra que o mesmo fica algum tempo atrás da porta do alojamento, mas logo depois, descendo as escadas, afasta-se definitivamente; (...)"

Instrui a peça vestibular o Inquérito Policial Militar nº 70/03, do qual constam, dentre outros, os seguintes documentos:

I) Termo de declaração do ofendido - fls. 10/14;

II) Ficha individual do acusado (fl. 26) e do ofendido (fl. 27);

III) Controle de rondas - fl. 37;

IV) Inquirição do ofendido - fls. 47/53; 54/57; 231/233; 279/282;

V) Inquirição de testemunhas - fls. 71/76; 77/81; 82/86; 87/89; 90/94; 95/99; 100/101; 102/105; 164/166; 167/170; 171/174;

VI) Interrogatório do acusado - fls. 133/134; 161/163; 234/241; 267/271;

VII) Ficha de saída da ambulância - fl. 109;

VIII) "Acordômetro" – documento que registra o quarto de hora dos militares em serviço, local onde dormiriam e a hora em que deveriam ser acordados - fl. 110;

IX) Termo de confissão prestado por 3S BET Elissandro Neves dos Santos (fls. 123/126) e a sua retratação em IPM (fls. 157/160);

X) Ficha individual do 3S BET Elissandro Neves dos Santos - fl. 306;

XI) Croquis do Parque de Material Aeronáutico de São Paulo, simulando o trajeto do Acusado no momento em que se dirigiu ao Sd Vila Nova, junto à ambulância - fls. 307/309;

XII) Laudos de exame de sanidade mental referente ao acusado - fls. 341/346; ao Sgt Elissandro Neves dos Santos - fls. 347/353; ao ofendido - fls. 354/358;

XIII) Relatório do IPM - fls. 388/410;

XIV) Auto de acareação - fls. 430/432;

XV) Laudo de reprodução simulada dos fatos - fls. 438/487.

Recebida a denúncia em 15 de abril de 2004 (fls. 491/492), e procedida a citação em 11 de maio daquele ano (fl. 500), foi o Apelante qualificado e interrogado (fls. 511/512), ocasião em que o Apelante negou veracidade à imputação que lhe fora atribuída na peça acusatória, dizendo ainda que suspeitava do Sgt Elissandro como sendo o autor do fato (fls. 513/515).

Em juízo, o ofendido manteve a mesma versão dos fatos relatada na fase inquisitorial, disse que: quando foi molestado, estava dormindo; tinha certeza de que o autor era o Sgt Cavalcante; estava deitado na parte inferior de um beliche no alojamento dos motoristas da garagem, quando sentiu algo lhe tocar os órgãos genitais, (...) virou-se para a parede e novamente foi tocado por uma mão entre as nádegas (...) quando então se deu conta que estava sendo molestado sexualmente (fls. 513/515).

Foram ouvidos como testemunhas do Ministério Público Militar (MPM) os militares que compunham a escala de serviço no Parque de Material Aeronáutico de São Paulo à época dos fatos; todos, inicialmente, confirmaram as declarações prestadas durante o inquérito:

- o 3º Sgt BET Elissandro Neves dos Santos, rondante, disse que: no dia do fato, tirou serviço entre 00h00 e 02h00; nunca tinha ouvido comentários sobre tendências sexuais do acusado; havia assumido a autoria do delito devido à pressão psicológica muito grande que estava sofrendo; como era uma pessoa muito reservada, os colegas começaram a acusá-lo, mas negava a prática do delito; quando tirava serviço usando a touca ninja, em razão do frio, o fazia usando os seus óculos (fls. 527/528).

- o Cb Gilberto Feliano disse que: foi a pessoa contactada pelo ofendido, mas que este não havia lhe dito quem era o autor, tendo-lhe dito que era o "ronda"; o militar que havia entrado no alojamento dos cabos à procura do ofendido era de tez clara e não usava óculos, sabendo-o informar porque a touca estava posicionada à altura dos olhos (fls. 529/530);

- o Sd Adriano Aureliano de Melo, sentinela entre o quarto de hora de 00h00 as 02h00, declarou que: ao se referir sobre movimento entre o Corpo da Guarda e o sentido para dentro do quartel, quis dizer que dois militares fizeram esse percurso, em horários distintos, o rondante e outro não rondante; o rondante era Sargento, pois usava um braçal com as letras SV e, apesar de não saber dizer o nome do rondante, conhecia a sua fisionomia; quanto ao não rondante, não se recordava se usava o braçal, mas tinha semelhanças físicas com o acusado, entretanto, devido a distância, efetivamente, não podia reconhecê-lo (fls. 531/532);

- o Cb Roberto Carlos Batista Dutra disse que: o ofendido, Sd Vila Nova, havia lhe relatado sobre ser molestado sexualmente pelas investidas do acusado; mantivera um diálogo com o acusado, quando este, de madrugada, adentrou no alojamento de Cabos e Soldados procurando pelo ofendido; indagou ao ofendido se o militar que havia entrado no alojamento era a mesma pessoa que o havia violentado, obtendo a resposta afirmativa do ofendido (fls. 587/589).

As testemunhas de Defesa confirmaram suas declarações prestadas durante o inquérito, à exceção do 3º Sgt Bruno Ferreira dos Santos cujo depoimento não foi encontrado na fase de investigações; foram ouvidos os seguintes militares:

- o 2º Sgt Aer Mauro do Espírito Santo da Silva, Adjunto ao Oficial-de-Dia, respondeu à Defesa que: o Sgt Elissandro, mencionado na denúncia, tem o mesmo porte físico do acusado, Sgt Luciano, entretanto este tem a tez mais clara do que o Sgt Elissandro. Ao MPM, o depoente respondeu que: viu o acusado, no dia dos fatos, deitado, porém acordado, na cama ao lado da sua no horário compreendido entre 00h15 e 02h30 (fls. 638/639);

- o 3º Sgt Aer Gledersom Tadeu Silva, rondante no quarto de hora de 00h00 às 02h00, disse que: no dia dos fatos, teria de dormir no mesmo alojamento onde dormiria o acusado, porém não se recordava, devido ao tempo decorrido, se o acusado estava no alojamento naquele dia (fl. 640);

- o 3º Sgt Aer Bruno Ferreira dos Santos, 3ª testemunha, respondeu à Defesa que: conhece o Sgt Elissandro apenas de vista; a distância os portes físicos dos Sargentos Elissandro e Cavalcante se parecem, porém, de perto, são diferentes (fls. 641/642).

Na fase de Alegações Escritas, o Ministério Público Militar assevera que ao cotejar a palavra do ofendido com os depoimentos das testemunhas, verifica-se a compatibilidade e concordância a comprovar a autoria e a materialidade do delito; reiterou o pedido condenatório nos termos da inicial acusatória (fls. 718/720).

Já em suas Alegações Finais, a Defesa *argüiu preliminar de nulidade do procedimento investigativo*, tendo como argumento, em síntese, o indiciamento do acusado desde o início das investigações; e, no mérito, afirma que a acusação ministerial se alicerçava em simples suspeitas; pede a absolvição do acusado por insuficiência de provas nos termos do art. 439, alíneas *c* e *d*, do CPPM (fls. 722/726).

Em Sessão de Julgamento do dia 22 de setembro de 2005, o Conselho Permanente de Justiça (CPJ Aer) julgou, por maioria (4x1), procedente a denúncia para condenar o 3º Sgt Aer Luciano Clemente Cavalcante da Silva, considerando o excelente comportamento, de acordo com o art. 69, c/c o art. 72, inciso II, à pena-base de 06 meses de detenção, como incurso no art. 235 com a aplicação da agravante obrigatória prevista no art. 237, inciso II, por estar de serviço quando da prática do crime, pena esta aumentada de 1/5, conforme o art. 73, e transformada em pri-

são, em obediência ao art. 59, e finalmente fixada em 07 meses e 06 dias de prisão, todos os artigos do Código Penal Militar (fls. 743/755).

Intimado o *parquet* castrense em 27 de setembro de 2005 (fls. 756/758) e a Defesa no dia 28 subseqüente (fl. 761), o presente recurso foi interposto, no dia 03 de outubro daquele ano (fl. 762), por intermédio de novos defensores constituídos (fl. 763).

Como Razões de Apelação, a Defesa argüiu, preliminarmente, a nulidade absoluta do processo a partir do Inquérito Policial Militar, alegando várias questões, em síntese: o procedimento investigatório estaria eivado de subjetividades do encarregado do inquérito; a inexistência de exame do corpo de delito; e, ainda, a omissão do encarregado diante da constatada falta de segurança na Unidade, pois estranhamente ninguém se preocupou em identificar o desconhecido transeunte; no mérito, pediu a absolvição por falta de provas (fls. 766/785).

Em Contra-Razões de Apelação, o Ministério Público Militar refutou a preliminar de nulidade em face da inexistência de prejuízos às partes; assinalou que a pretensão da Defesa, de afastar a culpabilidade, está empobrecida de provas e com a evidente infração ao comando proibitivo previsto no art. 235, c/c o art. 237, inciso II, ambos do CPM, propugnou pelo improvimento do Recurso (fls. 787/789).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra da ilustre Dra. Adriana Lorandi, Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar (fls. 800/806), assinalando que *"(...) Não pode prevalecer sentença condenatória baseada apenas em indícios, sem conexão com outras provas diretas irrefutáveis, (...)"* (fl. 803), opinou pela Absolvição do Apelante.

Relatados, decide-se.

VOTO

O presente Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, portanto, ser conhecido.

PRELIMINAR

Preliminarmente, a Defesa argúi, em extensa petição, a nulidade absoluta da ação penal a partir do inquérito policial militar, ou seja, todo o processo estaria eivado de vícios insanáveis. Alegando subjetividades do Encarregado do Inquérito Policial Militar pelo modo como teria conduzido às investigações, lança mão de argumentos que se confundem com questões do próprio mérito. Vejamos.

(...)

*"**Às fls. 93**, foi **perguntado ao cabo Gilberto Feliano**, exibindo a ficha individual onde tem a foto do apelante (conf. **fls. 26**)" – ...você conhece o sargento Cavalcante? ..., **a resposta não poderia ser outra, diante de tão sugestiva pergunta,** '... – Sim, pois ele tirava serviço na garagem...'" (fl. 767) (sem grifo no original)*

(...)

*Além dos testemunhos cheio de subjetividades e de dúvidas, temos o fato de que o crime imputado ao apelante, é um crime que deixa vestígios e que deveria ser objeto de Exame de Corpo de Delito, nos exatos termos do artigo 328 do CPPM," **Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo confissão do acusado**.* (fl. 768)

(...)

*Se restou ou não vestígios, competia ao exame de corpo de delito, dizer e sendo este uma injunção da lei, sua falta resulta em **NULIDADE ABSOLUTA**,(...)"* (fl. 768)

Depreende-se do trecho transcrito que a suposta nulidade está adstrita ao seu próprio juízo de valor das provas coligidas durante a fase inquisitorial e não à existência de irregularidades propriamente ditas ou mesmo o descumprimento de formalidades previstas no CPPM, até porque não o poderia, visto que, à luz dos autos, o procedimento desde a instauração (fl. 08) obedeceu às formas exigidas para cada ato.

Eventuais irregularidades ou mesmo a inobservância de exigências legais não autorizam a destituição de todo o procedimento investigatório, mas retira a eficácia e a validade apenas do ato a que se refiram as irregularidades, sem atingir, por não ser processo, a persecução penal.

Nesse sentido, a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete:

"O inquérito policial, em síntese, é mero procedimento informativo e não ato de jurisdição e, assim, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem. (...)" (in *Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial, 9. ed. atualizada; Editora Atlas: São Paulo: 2002, p. 92).*

Esse também tem sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos.

> *"STF: Inquérito policial. Vícios formais. Em se tratando de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, os vícios formais que o inquérito policial contenha não se estendem ao processo, de modo a contaminá-lo."* (RT 578/448)

Se eventuais irregularidades ou descumprimento de formas não nulificam o inquérito e a ação penal, muito menos questões relacionadas à discricionariedade do Encarregado consubstanciadas, em síntese, no indiciamento do Apelante desde o início; a respectiva foto ter sido mostrada ao ofendido e testemunhas; e a não realização de exame de corpo de delito.

Ora, apesar de não se vislumbrar qualquer prejuízo, importa mencionar que o indiciamento do Apelante não se baseou em subjetividades, mas nas primeiras declarações do ofendido, no dia 26 de agosto de 2003, data dos fatos, perante a Seção de Investigação e Justiça (ARIJ), quando surgiram os indícios de autoria (fl. 09).

O exame de corpo de delito, só se justifica quando a infração deixa vestígios, não se presta, porquanto, para averiguar se existem ou não vestígios. Hipoteticamente, mesmo que o crime tivesse deixado vestígios, o parágrafo único do art. 328 do CPPM deixa claro a prescindibilidade do exame de corpo de delito, que pode ser suprido por outros elementos de provas, inclusive as testemunhais, assim esta Corte castrense já decidiu:

> *"Furto qualificado. Exame de Corpo de Delito (falta). Prova ilícita. Princípio* tantum devolutum quantum appellatum.
>
> *No processo moderno não há hierarquia de provas nem provas específicas para casos determinados. A falta do auto de corpo de delito não sugere nulificação se o Julgador, por meios probatórios hábeis, deduz seguramente comprovada a materialidade do delito (precedentes do Superior Tribunal de Justiça). (...) Apelo ministerial provido. Unânime."* (Apelação (FO) 1994.01.047274-6/CE, Relator Min Paulo Cesar Cataldo, j. em 27 de abril de 1995).

A prática a que faz menção o tipo penal objeto do art. 235 dificilmente deixa vestígios e, em algumas formas, a prática do ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, "é integralmente impossível sua constatação material, como acontece com a fellatio, com toque ou afago nas partes pudendas da vítima, ou com a heteromasturbação"[1].

---

[1] Mossin, Heráclito Antônio. Assédio sexual e crimes contra os costumes. São Paulo: LTr, 2002, p. 93.

A fortalecer tal argumento, pode-se apontar que, mesmo no tocante ao crime de atentado violento ao pudor, contido no art. 233 do CPM, onde se constrange a vítima à prática do ato libidinoso, **ainda assim o exame de corpo de delito é dispensável na apuração dos fatos**, *"pois este delito não está entre aqueles que exigem obrigatoriamente o exame pericial, quando a prática de atos libidinosos, sem penetração, não deixar vestígios"* (STF - RT 752/525).

Depreende-se do exposto, que carecem de sustentação fática ou jurídica os argumentos expendidos pela Defesa, com o propósito de que seja declarada a NULIDADE ABSOLUTA do presente feito.

Pelo exposto, rejeita-se a preliminar argüida pela Defesa.

MÉRITO

Quanto ao mérito, **impõe-se o não acolhimento do apelo.**

A exordial acusatória descreve fatos que, ao entender do ilustre representante do Ministério Público Militar (MPM), em tese, configuram a prática pelo acusado da conduta típica do art. 235 do CPM.

No tocante a conduta típica prevista no art. 235 do CPM, é um crime previsto apenas no CPM. É um delito militar *racione personae* e *racione loci*, pois **exige a qualidade especial de militar do agente** que pratique ou permita a prática consigo de ato libidinoso, de natureza homossexual, **em lugar sujeito à Administração Militar**.

O Inquérito Policial Militar concluiu que os fatos constituíam crime previsto no CPM (fls. 388/410). A partir das afirmações do ofendido, reconstituição dos fatos, reconhecimento de pessoa e outros depoimentos carreados aos autos, há o entendimento de que *"o fato é real, concluindo que há indícios fortes que apontam como autor do crime capitulado no artigo 235, do Código Penal Militar, o 3º Sargento LUCIANO CLEMENTE CAVALCANTE DA SILVA."* (fl. 410)

No entanto, insurge-se o Apelante contra a sua condenação como incurso no art. 235 do CPM, em sessão do CPJ Aer datada de 22 de setembro de 2005, que julgou, por maioria (4x1), como procedente a denúncia pela prática, estando de serviço, de ato libidinoso homossexual, ato lascivo, voluptuoso, dirigido para satisfação de seu instinto sexual, com a dissensão do parceiro que, por conseguinte, é vítima.

No propósito de sustentar seu pleito absolutório, a Defesa é categórica ao afirmar que *"inexistem provas da autoria e até da existência do crime imputado ao acusado"*. Alega que "(...) *a falta de elementos probatórios é enorme e gritante, ainda mais, quando a dúvida milita em favor do acusado e o nosso processo penal adota o* '**in dubio pro reo**'" (fls. 778/779). A propósito, alega in verbis:

(...)

"A falta de provas, não atinge somente quanto a autoria do delito, mas como também a existência real do pretenso crime eis que como já demonstrado, não foi realizado o imprescindível Exame de Corpo de Delito na suposta vítima, pessoa dada a fantasias e portador de traumas profundos, o que nada impede tenha sido o crime uma mera criação mental, com objetivo de chamar a atenção sobre si. (fl. 779) (sem grifo no original)

(...)

Esse Sargento Alessandro, tido como homossexual, pederasta de forma velada ou discreta, com características práticas, pública e notória de homossexual, procura justificar o seu tresloucado ato de confissão alegando que foi seviciado sexualmente aos 10 anos de idade. A confissão poderia ser desconsiderada se houvesse provas de involuntariedade sem respeito à Constituição Federal no tocante aos direitos constitucionais, tais como, torturas, ameaça etc. Mas assim não foi. (...)" (fl. 781).

Observa-se pelos trechos transcritos que, efetivamente, os argumentos defensivos, ao invés de expor provas, se fundamentam em meras acusações contra o Encarregado do Inquérito Policial Militar, a vítima e, ao mesmo tempo – por paradoxal, já que a Defesa nega até a ocorrência do crime – buscam atribuir a autoria do delito ora ao Sgt Elissandro ora ao Sgt Glederson.

Naturalmente, é por intermédio das provas que se procura demonstrar que o FATO aconteceu e quem foi o seu AUTOR. A versão para ser crível deve ser compatível com os demais elementos de prova dos autos.

Portanto, reputa-se como totalmente equivocado o apelo da Defesa, à luz do conjunto probatório colacionado e presente nos autos, de onde emerge apenas o interesse da Defesa em negar a existência do crime (FATO) e sua autoria – no caso, imputada ao 3º Sgt Cavalcante (AUTOR). Senão, vejamos.

Inicialmente, no tocante a própria ocorrência do ato delituoso, tem-se que o fato ocorreu no interior da Seção da AATS (alojamento dos Sargentos), onde a vítima dormia no leito inferior de um beliche.

Por óbvio, não há testemunhas presenciais; contudo, em todas suas declarações, extrajudiciais e judiciais, o ofendido sempre manteve a mesma versão dos fatos e também, em imputar a autoria ao Apelante, descrevendo, de modo coerente, minudentemente, as circunstâncias do crime.

No caso de crimes sexuais, a jurisprudência é uníssona no sentido de dar adequado valor probatório e incriminatório às palavras da vítima, pela simples razão de que geralmente o agressor age às ocultas, sendo raras as testemunhas, nesses tipos de crimes.

Esse também é o entendimento desta E. Corte, como se pode verificar no seguinte julgado, in verbis:

> *"Crime Sexual. Atos de Libidinagem Homossexual (art. 235, do CPM). A prova da prática de atos libidinosos deve ser analisada considerando-se as próprias peculiaridades do delito. Não só porque se trata de crime de concurso necessário, mas também por envolver bem jurídico situado na esfera íntima da sexualidade. Dentro desse contexto, o delito em questão só excepcionalmente é praticado diante de testemunhas. Ademais, o parceiro necessário à prática do ato de libidinagem ou assente, convertendo-se em co-autor, ou dissente, transformando-se em vítima. No primeiro caso, por motivos óbvios, nada dirá quando interrogado, porque se o fizer, estará a produzir prova contra si mesmo. No segundo caso, a palavra da vítima molestada há de ser considerada como suficiente para embasar uma condenação. Isto porque,* ***caso contrário, seria impossível provar-se a prática do crime****. (...)".* (Apelação nº 46.868-4/RJ. Relator Ministro Dr. Eduardo Pires Gonçalves, j. 15.06.93) (sem grifo no original)

No mesmo sentido, temos os seguintes arestos, in verbis:

> *"Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, quando em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime." (...)* (STF - HC 79.850-1/SP - Rel. Ministro Maurício Corrêa - Decisão unânime em 28.03.00, HC indeferido)

> *"Embora o laudo pericial não se afigure útil para a comprovação da prática de crimes sexuais, a palavra da vítima (crucial em crimes dessa natureza), corroborada por provas testemunhais idôneas e harmônicas, autorizam a condenação, ainda mais porque o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo se utilizar, para formar a sua convicção, de*

outros elementos colhidos durante a instrução criminal." (STJ - HC 34.903/RJ. Rel. Ministra LAURITA VAZ. Quinta Turma. Julgado em 23/06/2004)

Por outro lado, é de se indagar, caso não houvesse realmente ocorrido o ato delituoso como alega a Defesa, com que finalidade se exporia o ofendido relatando, já no primeiro momento, aos Cabos Dutra e Feliano, o fato de ter sido molestado sexualmente?

É natural nos casos de crime sexual a vítima buscar ocultar o fato por pudor, vergonha. No caso vertente, o Sd Vila Nova teve como bem jurídico violado o seu sentimento de pudor, sua própria masculinidade.

Posteriormente, nesse contexto, é o próprio Sd Vila Nova que lamenta os dissabores pelos quais estaria passando a partir da divulgação do episódio. Cabe lembrar, como reforço à veracidade da versão contada pelo ofendido, as dificuldades pelas quais enfrentam a vítima desse tipo de crime, haja vista que, praticamente, são lhe exigidas provas de que não concorreu para a prática do delito.

Com relação ao ofendido, se extraem dos autos perguntas como:

> *"(...) houve alguma intenção no fato de você responder a ele que iria dormir no quartel, uma vez que o sargento apenas perguntou se você estava de serviço e conforme seu próprio relato tratava-se de uma pessoa reservada (...)"* (fl. 48); *ou "(...) você tem costume de sair na noite, como é sua vida particular, tem namorada (...)"* (fl. 56)

Por outro lado, afigura-se como incabível conjeturar que o fato delituoso seria apenas uma alucinação do ofendido, como afirma a Defesa.

A fortalecer tal argumento, tem-se o resultado do exame psíquico, afirmando que o ofendido *"(...) apresenta plenas condições para interpretação da realidade, julgamento preservado e capacidade de determinar-se (...)"* (fl. 358).

Portanto, os fatos refutam a alegação de que o ofendido seria dado a fantasias em razão de supostos distúrbios psicológicos, abalando assim a sua credibilidade como quis fazer crer a Defesa.

Ao revés do que assevera a Defesa, a comprovação do crime não se fundamenta apenas na palavra do Ofendido, possui esteio, também, em outros elementos comprobatórios. Vejamos.

Consta nos autos que o Apelante, após o ato de libidinagem praticado contra o ofendido, foi procurá-lo no alojamento dos cabos, local de refúgio do ofendido e também onde dormiam o Cabo Dutra e o Cabo Feliano, **testemunhas estas que, extrajudicial e judicialmente, reconheceram o Apelante como o autor do crime**.

A realização do Auto de Reconhecimento de Pessoa transcorreu segundo as formas previstas no art. 368 do CPPM; teve o ofendido e as mencionadas testemunhas como reconhecedores e os Sargentos componentes da equipe de serviço do dia do fato como pessoas a serem reconhecidas, dentre as quais, portanto, incluía o 3º Sgt Elissandro e o 3º Sgt Glederson Tadeu da Silva (fls. 201/214).

Foram realizadas doze sessões de reconhecimento que resultaram no reconhecimento do Apelante e respectiva voz. Em apenas uma sessão o Apelante não foi apontado pelo ofendido e testemunhas como o autor dos fatos, **pela simples razão de que não participou da mesma** (fl. 212).

É Inadmissível, portanto, negar valor a essa prova; corroborando este entendimento, vale transcrever o seguinte julgado.

> *"O reconhecimento pessoal feito na Polícia tem grande valor, sobrepondo-se às dúvidas que os reconhecedores apresentam diante de um reconhecimento judicial, realizado anos mais tarde, mesmo porque, à época do inquérito as imagens do evento estão mais frescas na mente do reconhecedor"* (TACRIM-SP – AP – Rel. Almeida Braga – RJD 9/138).

Assim, a confissão do Sgt Elissandro, que se retratou ainda durante o inquérito, somente prevaleceria, em detrimento desses elementos probatórios, se considerada isoladamente, o que não pode, pois deve haver compatibilidade e harmonia com as demais provas, segundo o disposto no art. 307 do CPPM.

A materialidade da conduta do acusado, sob a ótica do elemento objetivo, restou caracterizada **a partir do primeiro momento em que o acusado pratica o ato libidinoso, segurando o pênis do ofendido, enquanto dormia**, conforme narra o Sd Vila Nova (fl. 49).

O fato de o acusado molestar o ofendido sem se valer de algum artifício que resguardasse sua identidade, atribui um caráter especial à sua

conduta e, tão-somente, prova o contrário do que afirma a Defesa: **a lascívia era tanta que nem lembrou de fazê-lo**.

Tamanha era a ânsia libidinosa do acusado, que aproveitou a oportunidade em que a vítima estava adormecida, para surpreendê-la. Assim, caracterizou-se o dolo, manifesto no propósito de compelir a vítima à prática do ato libidinoso.

Destarte, o elemento subjetivo do crime ficou indiscutivelmente comprovado; ou seja, o Sgt Cavalcante atuou com consciência e vontade, sabedor da ilicitude do que estava fazendo, a partir do momento em que o mesmo buscou obrigar a vítima a aceitar suas carícias de excitação luxuriosa, suplicando: "Vila Nova, calma, calma, só um "boquete", vai, vai" (fl. 03).

Deste modo, a conduta penalmente censurável atribuída ao 3º Sgt Aer Luciano Clemente Cavalcante da Silva restou caracterizada e provada e, portanto, correta a prolatada sentença condenatória.

Assim sendo, extrai-se dos autos a devida configuração do fato típico, antijurídico e culpável, em face da conduta voluntária do acusado, descrita no tipo penal. Cabe a conclusão de que o acusado, in casu, agiu com dolo, ante seu potencial conhecimento da ilicitude praticada. Diante do exposto, não há que se falar em absolvição.

Finalmente, comprovada a prática da conduta delituosa por parte do apelado, resta examinar a fixação da sanção na r. Sentença.

O acusado é primário e de bons antecedentes e atende às disposições presentes no art. 69 do CPM; o que justifica ter o CPJ Aer aplicado a pena-base no mínimo legal; pena esta que se tornou definitiva no quantum de 07 (sete) meses e 06 (seis) dias, em razão da ausência de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, sendo convertida em prisão, ex vi do art. 59 do CPM.

Naturalmente, deixou o CPJ Aer de conceder o benefício do sursis, devido à vedação constante do art. 88, inciso II, alínea *b*, do CPM.

Portanto, há de se apontar que ausentes outras circunstâncias que excluam a ilicitude ou a culpabilidade, a sentença *a quo* não merece quaisquer reparos, pois aplicou de forma judiciosa a norma penal castrense.

APELAÇÃO Nº 2006.01.050190-0-RS

DESERÇÃO. RÉU ABSOLVIDO EM 1ª INSTÂNCIA. *REFORMA DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO NO GRAU "AD QUEM". Inconformismo do "Parquet" da Armas ante Sentença absolutória. Plenamente possível uma conduta diversa da senda desertiva trilhada pelo réu. Delito confessado e provado. Apelo ministerial provido. "Decisum" absolutório reformado, por unanimidade, condenando-se o apelado como incurso no Art. 187 do CPM. Não declaração, por maioria, de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, eis que a Deserção se protrai no tempo, ocorrendo então a prescrição, quando cessar a permanência de acordo com o Art. 125, § 2º, alínea c), do CPM.*

Relator — Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos.

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição do Sd Ex Cleber Fernando Muller do crime previsto no Art. 187 do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Aud/3ª CJM, de 22/NOV/05.

Advogado — Dr. Fabrício Von Mengden Campezatto, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Apelo ministerial para, reformando a Sentença **a quo**, condenar o Sd Ex CLEBER FERNANDO MÜLLER à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM. E, **por maioria**, o Tribunal deixou de declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do crime imputado ao Apelado. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES (Revisor), OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, MARCUS HERNDL e ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES declaravam a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro nos arts. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII e § 1º, 129 e 133, todos do CPM. O Ministro Revisor fará voto vencido. O Ministro RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Doutor Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. 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, Marcus Herndl, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Max Hoertel e José Coêlho Ferreira. (Extrato da Ata 5ª Sessão (Extraordinária), 07.02.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em dar provimento ao recurso ministerial para, reformando a Sentença apelada, condenar o Sd Ex CLEBER FERNANDO MULLER à pena de 06 meses de prisão, como incurso no Artigo 187, do CPM e, **por maioria**, deixar de declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do crime imputado ao acusado.

Brasília, 07 de fevereiro de 2007 — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Alte Esq *José Alfredo Lourenço dos Santos*, Ministro Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo MPM contra a Sentença proferida pelo CPJ Ex da 1ª Aud/3ª CJM, que absolveu o Sd Ex CLEBER FERNANDO MULLER do crime previsto no Art. 187 do CPM.

Segundo o libelo acusatório, fls. 02/03, o denunciado faltou, sem autorização, ao 19º Batalhão de Infantaria Motorizado (19º B I Mtz), sediado na cidade de São Leopoldo/RS, a partir de 21/SET/04, consumando a deserção em 30/SET/04, conforme IPD juntada aos autos, fls. 04/28, onde constam o Termo de Deserção, fls. 06, e Ato de Exclusão, fls. 08.

Em 07/ABR/05, o Sd MULLER foi capturado, fls. 39, e, após ter sido considerado apto em inspeção de saúde, fls. 55, foi reincluído ao EB, fls. 56.

Atendendo solicitação do MPM, o MM Magistrado Substituto da 1ª Aud/3ª CJM, concedeu o benefício da menagem, com base no Art. 263 do CPPM, ao acusado, em 09/MAI/05, fls. 57 e 61.

Recebida a denúncia, em 10/MAI/05, fls. 59, e devidamente citado, fls. 68, o réu passou a receber assistência da DPU, fls. 69.

Cumprindo-se Alvará de Soltura, fls. 83, expedido pelo Juiz-Auditor Substituto daquela Auditoria, em 05/JUN/05, o acusado foi colocado em liberdade, com fundamento no Art. 453 do CPPM.

Em 14/JUN/05, compareceu o réu perante ao CPJ Ex daquele Juízo, fls. 84/86, declarando que:

> ... *"a última vez que estive no quartel, foi 14 de setembro de 2004, razão pela qual, não está correta a data da denúncia, quando mencionou que eu passei a faltar em 21 de setembro de 2004; está correto que fui capturado em 07 de abril de 2005; depois de capturado eu fui preso; mas fui posto em liberdade em 05 de junho deste ano; antes disso, eu já havia sido beneficiado com a menagem no quartel; o motivo que me levou a desertar foi de ardem (SIC) particular; no mês de agosto de 2004 eu estava de férias e nesta época eu descobri que minha noiva estava grávida; retornando ao quartel em setembro de 2004 eu relatei o fato ao ten. Pimentel e pedi que fosse licenciado, porque eu sou soldado NB e teria esse direito segundo o art. 150 da Lei do Serviço Militar; assim agi, porque minha noiva era menor de idade, ela tinha 17 anos de idade e, além disso, seus pais moravam no interior, (...); por causa desses fatos, eu me sentia responsável por ela; depois de pedir meu licenciamento ao Ten. Pimentel eu aguardei aproximadamente uns 10 dias e voltei a falar com ele e ele não soube definir se eu teria, ou não, direito de ser licenciado; então, nessas condições, eu resolvi desertar para dar assistência moral e econômica a minha noiva; eu fui capturado (...) durante o meu convívio com minha companheira; o meu filho já nasceu e tem quatro meses de idade; e ela é quem está cuidando dele, sozinha, (...) durante o período em que estive ausente eu trabalhei em uma empresa de calçados, inicialmente de carteira assinada; como eu estava com medo de ser capturado no meu local de trabalho e, também porque meu filho já estava para nascer, eu resolvi prosseguir trabalhando, porém, sem carteira assinada; pretendo encerrar esse problema na justiça e pedir meu licenciamento no quartel, porque preciso de mais tempo de disponibilidade para dar assistência ao meu filho menor; quero acrescentar que minha esposa iria fazer aniversário em maio e*

quando ela atingisse a maioridade eu iria me apresentar; isso não foi possível porque eu fui capturado no mês anterior; já tive uma ocorrência policial, mas não cheguei a ser condenado.".

Na condição de testemunhas defensivas, prestaram depoimento: CLAUDIO NORMÉLIO MULLER, fls. 102/104, e MARÍLIA DE LIMA AMARAL, fls. 105/107, respectivamente genitor e companheira do referido militar, além de MAURO ROBERTO STURM, colega de trabalho, fls. 108, cujas declarações apenas corroboraram as alegações do réu.

Realizado o julgamento em 22/NOV/05, o CPJ Ex da 1ª Aud/3ª CJM resolveu julgar improcedente a ação penal e absolver, por unanimidade, o Sd MULLER do crime de deserção, com fulcro no Art. 439, alínea "d", do CPPM, c/c, Art. 39 do CPM, esclarecendo que, fls. 143/150:

... "quando o agente atua num estado de alteração motivacional que faz com que não se possa dele exigir conduta diversa da que realizou, lesionado (SIC) um bem jurídico, esta inexigibilidade de comportamento outro é a base da inexistência de uma censura ao agente e, portanto, da culpabilidade.

... o estado de necessidade que informou a conduta de CLEBER FERNANDO MULLER restou evidenciado pela prova testemunhal coligida, tendo ele se ausentado para dar assistência à sua companheira grávida, da qual era arrimo, cujo filho nasceu a 03 de fevereiro de 2005, (...) valendo notar que o acusado começou a faltar ao quartel em setembro de 2004, depois de solicitar licenciamento sem ter sido atendido.".

O MPM recorreu, tempestivamente, da Sentença, fls. 159, aduzindo em suas razões, fls. 162/167, que:

*"O entendimento pacífico dessa Egrégia Corte é de que situações familiares ou particulares, **meramente alegadas**, não podem ser aceitas como excludentes de culpabilidade, eis que o estado de necessidade inserto no Art. 39 do Diploma Substantivo Militar deve ser **provado**, matéria, aliás, já **sumulada** por esse Alto Escabinato Castrense, conforme verbete sumular nº 03.*

.....

*Se certo é que competia ao réu dar a devida assistência à sua família, a atitude que tomou, ao praticar o delito de deserção, causa estranheza, vez que **voluntari-***

amente havia engajado, ou seja, assumido compromisso de permanência na Força Terrestre, cuja remuneração era suficiente à subsistência sua e daqueles que lhe são caros.

...não é possível argumentar que a contraprestação pecuniária percebida na condição de agente militar era inferior ao salário a que fazia jus como empregado da iniciativa privada.

.....

... nos últimos cinco meses que antecederam à prática do delito de deserção, o acusado (...), na condição de agente militar, teve remuneração líquida média de R$ 886,55 (...), portanto quase o dobro do maior salário obtido, quando esteve ausente da Unidade Militar, tornando mais compreensíveis as já citadas declarações de seu genitor quando afirma: 'no meu ponto de vista, no quartel, ele tem menos dificuldades de sustentar a família do que trabalhando fora'

.....

O veredicto absolutório exarado pelo Colegiado de primeiro grau, mostra-se, pois, equivocado, já que, na espécie, não restou caracterizada situação de perigo, certo e atual, não criada pelo agente, que apontasse, como única e exclusiva solução, o cometimento do ilícito (...). Ao contrário, (...) a solução mais acertada seria o agente não ter sacrificado seu dever militar, que em nada inviabilizava a assistência moral e econômica que pretendia fornecer a sua família.

.....

Isto posto, (...) o Ministério Público Militar requer seja dado ***provimento*** *ao presente recurso de apelação, com a modificação da sentença de 1º grau e conseqüente condenação do Soldado do Exército* ***CLEBER FERNANDO MULLER****, nas penas do Art. 187 do Código Penal Militar.".*

A DPU, em contra-razões, fls. 170/173, sustentou que " A existência dos motivos alegados comprova a **inexigibilidade de conduta diversa** com relação ao acusado. (...). Ao julgar deve o magistrado, como fez o Conselho julgador, avaliar se o acusado podia ter agido de outra maneira.

Não se utiliza o critério do homem médio e sim o do caso concreto. (...) certamente o acusado tomou tal decisão, mesmo sabendo que era uma atitude tipificada como crime, pois não viu outra saída. Assim (...) não deve prosperar o recurso interposto pelo Ministério Público Militar, devendo a sentença de 1ª Instância ser confirmada por Vossas Excelências por uma questão de JUSTIÇA.".

Com vista a PGJM, manifestou-se, em parecer, o ínclito Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr EDMAR JORGE DE ALMEIDA, fls. 184/186, frisando que "No mérito, assiste razão ao Apelante. Alegado o estado de necessidade exculpante, deveria comprová-lo. Não o fez!. De fato, não estão presentes os requisitos exigidos em lei para o reconhecimento do instituto; situação de perigo e conduta inevitável. Nem a situação era de perigo que justificasse a ausência, nem a conduta era a única possível. (...). Ao ser interrogado deixa patente a carga volitiva, no sentido de ausentar-se livre e voluntariamente do quartel sem autorização. Estamos em que a sentença recorrida não enfrentou as teses apresentadas e os fatos que deram ensejo ao vertente processo de forma suficiente, merecendo, via de conseqüência, ser modificada, para acolher o pedido condenatório do Ministério Público...".

A nobre Defensoria Pública-Geral da União foi devidamente intimada de que este processo foi colocado em mesa para julgamento em 04/DEZ/06, fls. 191.

Relatados, Decide-Se:

VOTO

O MPM recorre da sentença que absolveu o Sd Ex CLEBER FERNANDO MULLER do crime de deserção.

O indigitado militar, até ser capturado, ficou ausente do quartel por mais de seis (06) meses.

A DPU, dando-lhe a devida assistência, invocou a inexigibilidade de conduta diversa, sem apensar nos autos nenhum sustentáculo probatório contundente, no sentido de que, seu assistido, não tinha outra alternativa para dirimir seus problemas, senão trilhar a senda desertiva.

Confessou em interrogatório que desertou porque o seu superior hierárquico não lhe deu, em 10 dias, uma posição acerca do seu pedido de licenciamento do EB, uma vez que precisava dar assistência moral e econômica a sua noiva.

Para viabilizar o referido apoio à companheira, o réu alegou que trabalhava numa empresa de calçados percebendo em média, segundo os autos, cerca de R$ 400,00 mensais.

Esse valor consta, inclusive, dos depoimentos das testemunhas defensivas:

1 – MARÍLIA DE LIMA AMARAL, companheira do réu: ..."o réu devia ganhar uns trezentos e poucos reais no atelier...".

2 – MAURO ROBERTO STURM, colega de trabalho: ... "ele tirava na base de R$ 480,00 por mês...".

Ora, se o intuito do Sd Muller era proporcionar melhor padrão de vida à gestante e seu filho, não deveria ter incorrido no crime de deserção, haja vista que, como Militar engajado, percebia uma remuneração média, segundo cálculos do MPM, de R$ 880,00 mensais, ou seja, o dobro do que ganhara trabalhando fora das fileiras do Exército.

Nesse sentido entendeu, também, o genitor do acusado, CLÁUDIO NORMÉLIO MULLER, quando, em depoimento declarou que:

> ..."*No meu ponto de vista, no quartel, ele tem menos dificuldades de sustentar a família do que trabalhando fora...*".

Foi alegado pelo réu – visando à dispensa da Força Terrestre – o Art. 150 do Decreto nº 57.654, de 20/JAN/66, que regulamenta a Lei do Serviço Militar, cujo teor prevê que "Às praças engajadas ou reengajadas com mais de metade do tempo de serviço, a que se tiverem obrigado, será facultado o licenciamento, desde que o requeiram e não haja prejuízo para o Serviço Militar." (Grifo nosso).

O citado dispositivo legal dispõe em síntese que os praças que preencherem os requisitos objetivos, têm o direito de requerer o licenciamento, não havendo direito líquido e certo, uma vez que a desincorporação não poderá trazer prejuízos à Administração Militar.

Assim, o Sd MULLER, não sendo atendido, optou pela Deserção.

O delito restou provado e confessado, não caracterizando nenhuma situação real de perigo certo e atual, que obrigasse o acusado a incidir no crime "in tela".

Deixo de declarar a prescrição da pretensão punitiva, em vista da menoridade do réu ao desertar, considerando que a deserção é crime permanente, conforme o previsto no Art. 125, § 2º, alínea "c", do CPM. Ao ser capturado o acusado era maior.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
APELAÇÃO (FO) Nº 2006.01.050190-0-RS

Votei vencido, divergindo dos meus eminentes pares, posto que declarava extinta a punibilidade do Sd Ex CLEBER FERNANDO MÜLLER pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, de forma retroativa, com fulcro no artigo 123, inciso IV, c/c os artigos 125, inciso VII e § 1º do 129 e 133, todos do Código Penal Militar.

A decisão prevalente é a primeira no gênero desde a edição do Código Penal Militar de 1969 em que, considerando o crime de deserção como sendo de natureza permanente, deixou de aplicar o benefício da menoridade ao réu, porque, quando cessou a permanência, o mesmo já seria maior de 21 anos.

O equívoco emerge desde a análise da natureza do delito em tela atropelando a remansosa jurisprudência da Corte, indo até a tentativa inusitada de alterar a conceituação do delito de Deserção.

Ab initio, urge que fique claro, e até a corrente surpreendentemente majoritária não discorda, que o crime de deserção é um delito de mera conduta (mera atividade).

O saudoso mestre Manoel Pedro Pimentel, em seu excelente livro "Dos Delitos de Mera Conduta", deixou clara a distinção entre os delitos formais e os de mera conduta, por muitos confundidos e considerados da mesma natureza ou sendo este uma subespécie daquele.

Delito formal é aquele em que o dano ou perigo constitutivos do crime se tornam realidade com desencadear da conduta. O resultado que a lei considera relevante para a perfeição da figura delituosa já se completa com a própria conduta. Assim, como se pode ver, no crime formal há um resultado, sendo, portanto, um crime de ação e resultado.

Os delitos de mera conduta são aqueles em que a ação ou omissão bastam para constituir o elemento material (objetivo) da figura típica penal. Este tipo de crime se realiza tão-somente com a conduta, não sendo relevante para o direito resultado material que, porventura, dela venha decorrer.

Na legislação castrense, são delitos típicos de mera atividade a insubmissão (art. 183), a deserção (art. 187), o abandono de posto (art. 195) e a desobediência (art. 301).

Na legislação ordinária, temos o delito de "reingresso de estrangeiro legalmente expulso" (art. 338) como crime típico de mera conduta.

O delito de Deserção é um crime que se consuma com a simples ausência desautorizada do militar de sua unidade pelo prazo superior a 8 (oito) dias.

A autoridade militar, representada pelo comandante do ausente, após o 9º (nono) dia, mandará lavrar o "Termo de Deserção" que tem como efeito principal a exclusão do militar das fileiras do Exército, Marinha ou Aeronáutica.

Como efeito secundário, sujeita o "desertor" a ser preso independente de mandado judicial.

Como vimos, com a exclusão da praça, o mesmo passa a ser civil.

Como um civil poderá passar a cometer um crime propriamente militar?

Daí o primário equívoco em se considerar a Deserção um delito permanente, quando ele é de mera conduta e instantâneo.

Desconhecemos na doutrina pátria ou alienígena a existência de crime de mera atividade que seja permanente.

A Deserção é um crime de mera conduta, tendo seu exaurimento instantâneo sendo que seus efeitos serão permanente até a sua apresentação voluntária, ou a extinção de sua punibilidade pela prescrição nos termos previstos no art. 132 do Código Penal Militar.

Desse modo, em toda a Justiça Castrense, quer da União quer dos Estados, a menoridade do ausente é auferida na data em que passou a desertor nos moldes do "Termo de Deserção" contra ele lavrado, e não quando de sua apresentação ou captura.

Daí por que o legislador inseriu o art. 132 do Código Penal Militar que diz: "No crime de Deserção, embora decorrido o prazo de prescrição, esta só extinguirá a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta".

O art. 129 do Código Penal Militar deixa claro que "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" (grifo nosso).

In casu, o réu foi absolvido em primeira instância e restou condenado por esta Corte Superior a pena mínima de 6 (seis) meses de prisão.

Já teria cumprido 60 (sessenta) dias de prisão provisória (7abr2005 a 5jun2005) fazendo, inclusive ***jus*** ao benefício dos indultos natalinos de 2005 a 2006, eis que a sentença de primeira instância ocorreu em 22nov2005 e sua publicação em 1ºdez2005 (fls. 151).

O réu sendo absolvido, o prazo prescricional foi interrompido inicialmente com o recebimento da exordial acusatória pelo despacho de fl. 59, datado de 10mai2005.

O julgamento da apelação, oposta pelo Ministério Público Militar, em que resultou na condenação do réu à pena mínima de 6 (seis) meses, deu-se em 7fev2007.

A condenação foi sem discrepância de votos, sendo que a divergência resultou, tão-somente, quanto à declaração de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroperante.

Entre o recebimento da denúncia (10mai2005) e o julgamento da Apelação nº 50.190-0/RS (7fev2007), decorreu mais de 1 (um) ano ou quase 2 (dois) anos.

Como a pena fixada ao réu foi de 6 (seis) meses, a prescrição seria em 2 (dois) anos nos termos do inciso VII do art. 125 do CPM.

Acontece que, sendo o réu menor de 21 anos à época do crime, aplica-se a regra do art. 129 de nossa lei substantiva castrense em que se reduz o prazo prescricional à metade, portanto 1 (um) ano.

Inegavelmente está extinta a punibilidade do réu ante as causas fixadas nos incisos II e IV do art. 123 do Código Penal Militar, constituindo-se em evidente constrangimento qualquer ato de coerção à liberdade desse jovem soldado.

Esses evidentes argumentos nos levaram a discordar da maioria da Corte que trilhou o inusitado caminho de, à míngua de análise relevante, afrontar a até então unânime jurisprudência desta Corte superior.

É o quanto basta ao exame da ***quaestio***.

Assim sendo, votei vencido, divergindo dos meus ilustres pares, posto que declarava extinta a punibilidade do Sd Ex CLEBER FERNANDO MÜLLER pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, de forma retroativa, com fulcro no artigo 123, inciso IV, c/c os artigos 125, inciso VII e § 1º, do 129 e 133, todos do Código Penal Militar.

Superior Tribunal Militar, 7 de fevereiro de 2007.

Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
Ministro do Superior Tribunal Militar

APELAÇÃO (FO) Nº 2006.01.050269-6-SP

DISPARO ACIDENTAL DE ARMA DE FOGO – *ART. 210 DO CPM (LESÕES CORPORAIS CULPOSAS) – CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. Age com culpa strictu sensu o militar que manuseia armamento sem observar as medidas de segurança preliminares, em local inapropriado, onde se encontram demais colegas de caserna. Resultado previsível, porém não querido nem assumido pelo acusado. O CPM define a culpa "quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ..." (art. 33, inciso II). Teoria da previsibilidade em sua forma evoluída. Réu primário e de bons antecedentes. Sentença recorrida que apenou o réu em seu limite mínimo, com sursis. Negado provimento ao recurso. Decisão unânime.*

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor — Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Apelante — FÁBIO HENRIQUE PEREIRA DO NASCIMENTO, Cb Ex, condenado à pena de 02 meses de prisão, como incurso no art. 210, "caput", do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 28/03/2006.

Advogada — Dra. Rebeca de Almeida Campos Leite Lima, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo inalterada a Sentença de primeira instância. Os Ministros VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO e JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Alexandre Carlos Umberto

Concesi. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 72ª Sessão, 23.11.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, à unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso da Defesa para manter a sentença de primeira instância que condenou o Cb Ex FÁBIO HENRIQUE PEREIRA DO NASCIMENTO à pena de 2 (dois) meses de detenção, convertida em prisão, nos termos do artigo 59 do Código Penal Militar, como incurso no artigo 210, ***caput***, da mesma Lei, com o benefício da suspensão condicional da pena, pelo período de 2 (dois) anos, de acordo com o artigo 84 da Lei Substantiva Castrense, nas condições estabelecidas pelo Juízo ***a quo.***

Brasília, 23 de novembro de 2006 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Relator — Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

A Dra. Rebeca de Almeida Campos Leite Lima, Defensora Pública da União, interpôs, tempestivamente, o presente recurso de apelação contra a sentença de primeira instância que condenou FÁBIO HENRIQUE PEREIRA DO NASCIMENTO, Cb Ex, à pena de 2 meses de prisão, como incurso no artigo 210, ***caput***, do Código Penal Militar, com o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar em liberdade.

A presente ação penal foi proposta com base nos elementos do Inquérito Policial Militar, instaurado no 2º Batalhão de Polícia do Exército – Osasco/SP, através da Portaria nº 001/S1.1, de 1ºabr2005, constante da fl. 09.

A denúncia foi oferecida, em 23jun2005, contra o acusado, pela prática delituosa, na forma que se segue:

> *"No dia 31 de março de 2005, por volta das 06:30 horas, no hall da Cia da supracitada OM, o denunciado desferiu um disparo acidental de arma de fogo com a pistola calibra 9 mm, modelo M975, marca Beretta, nº de série 14064, de propriedade da Fazenda Nacional, atingindo o SD Cleidir da Silva, causando-lhe as lesões descritas nos laudos de exame de corpo de delito de fls. 56/57.*

De fato, ao realizar os procedimentos de segurança da arma acima identificada para devolvê-la na reserva de armamento, o acusado, após realizar o primeiro 'golpe de segurança', percebeu que, por não haver retirado o carregador por completo, tinha carregado a arma. Assim, retirou parcialmente o carregador e realizou outro 'golpe de segurança' também de forma errada, vindo a provocar o disparo que, além de feri-lo no dedo indicador da mão esquerda, também atingiu a perna esquerda de seu colega de farda.

O denunciado, ao ignorar o perigo que representava o manuseio de arma de fogo, não empregando a cautela, atenção e diligência a que estava obrigado, em face das circunstâncias, descumpriu o dever objetivo de cuidado, dando causa direta ao resultado previsível, embora não querido pelo agente, qual seja, a lesão causada no Sd Cleidir da Silva, conforme demonstram os laudos de exame de corpo de delito de fls. 54/55 e 56/57.

Como suporte probatório mínimo da presente exordial acusatória, se encontram acostados aos autos do incluso procedimento investigatório os depoimentos de fls. 40/48, os documentos de fls. 23/24; 28/29, bem como os laudos periciais de fls. 33/39; 54/55; 56/57 e 60/74.

*Subsumindo-se, pois, a conduta do agente ao contido nos arts. 210, **caput**, do Código Penal Militar, requer o Parquet Militar, uma vez autuada e recebida a presente exordial acusatória, a citação do mesmo para início da instrução criminal e, ao final, a condenação do acusado ..." (fls. 2/4).*

O recebimento da denúncia se deu em 5jul2005, conforme despacho de fl. 93.

O Cb Fábio Henrique Pereira do Nascimento foi citado em 16ago2005, consoante documento de fls. 110/110v. Qualificado e interrogado, em 23ago2005, declarou, em síntese, ser verdadeira a acusação que lhe é atribuída na exordial. Esclareceu que não prestou socorro à vítima, pois não percebeu que havia atingido alguém, e somente tomou ciência do ocorrido no HGeSP. Disse ter pedido desculpas ao Sd Cleidir da Silva, inclusive afirmou ser amigo do ofendido. Relatou que dois meses antes do acorrido sofreu acidente de moto onde perdeu um pouco da mobilidade dos seus dedos e que, com o disparo acidental, o movimento do dedo indicador esquerdo ficou ainda mais prejudicado. Esclareceu, ainda, que após o primeiro golpe de segurança, percebeu que a arma tinha sido carregada. Ato contínuo, tentou retirar o carregador, para fazer com que o cartucho se ejetasse da arma, e foi nesse momento que o disparo aconteceu. Finalizou dizendo que a arma estava em sua mão direita e o golpe foi dado com a esquerda (fls. 111/113).

O Sd Cleidir da Silva, na qualidade de ofendido, disse que, além de ser seu amigo, o acusado lhe pediu desculpas. Ressaltou, ainda, estar em plenas condições de praticar quaisquer atividades físicas. Que ficou internado de quinta para sexta-feira, não necessitando de cirurgia, sendo tratado apenas com medicamentos (fls. 114/116).

O representante do ***Parquet*** desistiu da oitiva da testemunha numerária, consoante ata da Sessão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 23ago2005. Na mesma oportunidade, a Defesa manifestou-se em não arrolar testemunhas. E, ainda, as partes nada requereram, na forma do art. 427 do CPPM (fl. 117).

Em alegações escritas, às fls. 123/124, o representante do MPM requereu a improcedência da exordial acusatória e a conseqüente absolvição do acusado, com fulcro no art. 439, alínea "d", do CPPM, argumentando que a sua lesão foi mais gravosa que a do ofendido, além do mais é primário e de bons antecedentes.

A Defesa do Cb Fábio Henrique Pereira do Nascimento, às fls. 126/135, fez pedidos alternativos. Requereu a sua absolvição na alínea "b" ou "d" do art. 439 do CPPM. Pugnou, ainda, pela concessão do perdão judicial com a extinção da punibilidade. Se condenado, a Defesa pleiteou a fixação da pena em seu mínimo legal em virtude da primariedade e dos bons antecedentes do acusado. Em síntese, a Defesa pondera que o Cb Fábio adotou o procedimento correto, era amigo do ofendido e, com o comprometimento de seus dedos, não teve como agir de forma diversa.

Constam dos autos: Laudo de Exame em Arma de Fogo (fls. 37/43); Auto de Corpo de Delito em Fábio Henrique Pereira do Nascimento (fls. 58/59); Auto de Corpo de Delito em Cleidir da Silva - Ofendido (fls. 60/61); Reprodução Simulada (fls. 64/78); e Certidão de Distribuição de Ações e Execuções da Justiça Federal – nada consta (fl. 103).

Em plenário de julgamento (fls. 147/149), o representante do Ministério Público Militar reiterou o pedido de absolvição do acusado com fulcro na alínea "d" do art. 439 do CPPM. A Defesa, por sua vez, pugnou pela absolvição com fulcro no art. 439, "b", do CPPM, ou, subsidiariamente, no art. 439, "d", do mesmo ***Codex.*** Não houve réplica, tampouco tréplica.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército resolveu, por unanimidade de votos, julgar procedente o pedido contido na denúncia para condenar o Cb Fábio Henrique Pereira do Nascimento à pena de 02 (dois) meses de detenção, como incurso no crime previsto no art. 210 do CPM, concedendo o ***sursis*** pelo prazo de 02 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade.

A sentença, da lavra da Dra. Eleonora Salles de Campos Borges, proferida em 28mar2006, aponta os seus fundamentos às fls. 154/163.

No dia 11abr2006, operou-se o trânsito em julgado para o Ministério Público Militar, consoante certidão de fl. 165v.

A Defesa do Cb Fábio Henrique Pereira do Nascimento interpôs, em tempo hábil, recurso de apelação, conforme petição de fl. 166. Nas razões de apelação, às fls. 168/187, pugnou pela reforma da sentença, com absolvição do acusado na alínea "b" ou "d" do art. 439 do CPPM ou, subsidiariamente, pela concessão do perdão judicial com a extinção da punibilidade. Na hipótese de manutenção da condenação, a Defesa pleiteou a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito.

Em contra-razões, às fls. 189/191, o representante do Ministério Público Militar requereu, também, a modificação da referida sentença para se ver absolvido o acusado com base no art. 439, alínea "d", do CPPM.

Instada a opinar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra da Dra Arilma Cunha da Silva, Subprocuradora-Geral, ponderou, às fls. 202/204, pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação da Defesa, com a conseqüente manutenção da sentença recorrida, tendo em vista estar de acordo com as provas dos autos.

Distribuídos os presentes autos a este relator em 02jun2006, recebidos neste Gabinete em 21jun2006 e colocados em mesa em 16out2006, dando-se ciência à DPU, na forma da lei (fl. 209v).

É o relatório.

Relatados, decide-se:

VOTO

A Defensoria Pública da União interpôs tempestivamente o presente recurso de apelação para fins de absolvição do Cb Ex FÁBIO HENRIQUE PEREIRA DO NASCIMENTO, condenado pelo Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, à pena de 2 (dois) meses de prisão, como incurso no artigo 210, ***caput***, do Código Penal Militar, com o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade. Alternativamente, postulou a concessão do perdão judicial, ou, em caso de condenação, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

Num primeiro instante, verificamos que a conduta do acusado encontra-se perfeitamente delineada nos moldes do artigo 210, ***caput***, da Lei Substantiva Castrense, se não vejamos.

Conforme confissão na fase inquisitorial e na fase judicial, a autoria está devidamente caracterizada (fls. 111/113).

A materialidade também está presente, como podemos ver no auto de corpo de delito realizado no Sd Cleidir da Silva, o qual verificou as seguin-

tes alterações: presença de orifício de entrada cicatrizado medindo 1,0cm x 0,3cm de diâmetro, localizado na face póstero-medial da coxa esquerda no terço superior, próxima à prega glútea e orifício de saída medindo 1,3cm x 0,7cm na face antero-medial da coxa esquerda, em terço superior.

No que concerne ao elemento da culpabilidade, o nosso Código Penal Militar adotou, como vimos, a teoria da previsibilidade, em sua forma evoluída, na conceituação do delito culposo e, como tal, tem os seguintes elementos:

a) ação ou omissão voluntária;

b) previsibilidade de resultado danoso;

c) ausência de previsão; e

d) ocorrência de um resultado não querido.

Em análise detalhada da ação do acusado, constatamos que se encontra caracterizada a culpa ***stricto sensu*** em sua conduta, pois o mesmo não adotou as cautelas necessárias a que estava obrigado, ou seja, executou um golpe de segurança com o carregador na arma e, ainda, não observou as demais medidas preliminares quando utilizou o referido armamento, em local inapropriado, a saber, no hall da 1ª Companhia de Polícia do Exército, onde se encontravam diversos militares. O resultado era previsível, porém não querido e nem assumido pelo agente.

Dessa forma, em que pesem os argumentos tanto da Defesa, em suas razões recursais, como os do representante do Ministério Público Militar, seja em alegações escritas ou em contra-razões, não há como trilharmos o caminho da absolvição do acusado, eis que devidamente caracterizada a sua culpabilidade, conforme acima descrito.

De acordo com o auto de exame de corpo de delito, às fls. 58/59, a lesão produzida no acusado foi de maior gravidade, pois veio a comprometer ainda mais o movimento dos dedos da sua mão esquerda, que já se encontravam debilitados, em face de um acidente de moto por ele sofrido dois meses antes do ocorrido, sendo submetido inclusive à cirurgia.

Ora senhores, pela versão apresentada pelo acusado, tal acidente, em certo momento, até nos levaria à configuração do crime de autolesão, no entanto, não há prova nenhuma nos autos.

O acusado é primário e possui bons antecedentes. Não há nos autos qualquer documento que desabone a sua carreira militar.

Agiu com acerto o Conselho Permanente de Justiça ao condenar o acusado à pena mínima de 2 (dois) meses de detenção, como incurso no artigo 210, caput, do Código Penal Militar, convertida em prisão, à luz do artigo 59 do mesmo ***codex,*** com o benefício do sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, de acordo com o artigo 84 da Lei Substantiva Castrense.

Trazemos à colação os argumentos expendidos na sentença de primeira instância, da lavra da Drª Eleonora Salles de Campos Borges, os quais adotamos como nossas razões de decidir, na forma abaixo transcrita:

> *"...Assim, a prova técnica produzida no curso do inquérito é suficiente para provar que o acusado foi negligente e imprudente, inobservando o dever objetivo de cuidado.*
>
> *Não procede também a alegação de que estaria o acusado amparado pelo estado de necessidade excludente de culpabilidade. Não só a combativa Defensora do acusado, como o ilustre Representante do Ministério Público Militar, pugnaram pela absolvição do réu por entenderem ser-lhe inexigível adotar procedimento diverso quando da realização do golpe de segurança na arma.*
>
> *Argumenta-se que o acidente automobilístico em que se envolvera o acusado dois meses antes dos fatos narrados na denúncia comprometeu a articulação de três dedos de sua mão esquerda, obrigando-o a fazer o golpe de segurança por modos não convencionais, o que teria provocado o disparo.*
>
> *Cumpre asseverar que há, efetivamente, situações em que não é possível exigir do agente uma perfeita sintonia entre o seu comportamento e o comando normativo, admitindo-se, excepcionalmente, que, em face de determinadas circunstâncias, a vontade inicial do agente possa se apartar do dever-ser sem recair um juízo de reprovabilidade sobre a ação típica e antijurídica que praticara.*
>
> *Contudo, no caso em questão, natural seria esperar que o acusado empregasse maior diligência quando do manuseio do armamento, haja vista a debilidade que, possivelmente, apresentava em seus dedos esquerdos.*
>
> *Por ser um militar afeto aos perigos que o mau uso de uma arma de fogo pode proporcionar, nada mais lógico que destinar maior atenção e cuidado no local e modo de desengatilhamento da pistola." (fls. 160/161).*

Quanto à concessão do perdão judicial e à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, não há que prosperar tais pedidos, eis que em nossa lei penal, que tem como principal característica a sua especialidade, não há qualquer previsão legal que ampare tais pleitos, muito menos a aplicação subsidiária da legislação penal comum naquela seara.

É o quanto basta ao exame da questão.

APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. *(Art. 206, § 1º, do CPM). 2º Ten. Médico que realiza cirurgia no joelho direito da vítima, com a colocação da faixa de esmarch, que tem por finalidade evitar a circulação sangüínea durante o procedimento cirúrgico e não a retira, viola seu dever de cuidado. Se dessa violação tenha advindo a morte da vítima, fato comprovado pelo laudo cadavérico, incorre o Militar no crime entabulado no art. 206, § 1º, do CPM, uma vez que demonstrado o nexo causal. Há prova suficiente de que o Apelado era realmente o responsável pela retirada da faixa de esmarch e os autos demonstram que seu comportamento revestiu-se de negligência. Incontestáveis a materialidade e a autoria. Recurso provido. Decisão por maioria.*

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

Revisor — Min. Gen Ex Sérgio Ernesto Alves Conforto.

Apelante — O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, no tocante à absolvição do 2º Ten. Ex. ANDRÉ LUIZ CALDERARO VIEIRA do crime previsto no art. 206, § 1º, do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Especial de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 22/05/2006.

Advogados — Drs. Alex Pereira Souza e Antônio Ferreira Couto Filho.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao apelo Ministerial para, reformando a Sentença **a quo**, condenar o 2º Ten Méd Ex ANDRÉ LUIZ CALDERARO VIEIRA à pena de 02 anos, 04 meses e 24 dias de detenção, como incurso no art. 206, § 1º, do CPM, sem o benefício do **sursis**. O Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES negava provimento ao recurso do **Parquet** Militar para manter, integralmente, a Sentença absolutória de primeira instância e fará declaração de voto. Na forma regimental, usaram da palavra a Dra. Arilma Cunha da Silva, Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, e o Dr. Alex Pereira Souza, pela Defesa.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro José Alfredo Lourenço dos Santos. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 73ª Sessão, 28.11.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, em dar provimento ao apelo Ministerial para, reformando a Sentença *a quo*, condenar o 2º Ten Med Ex ANDRÉ LUIZ CALDERARO VIEIRA à pena de 02 anos, 04 meses e 24 dias de detenção, como incurso no art. 206, § 1º, do CPM, sem o benefício do *sursis*.

Brasília, 28 de novembro de 2006 — Gen Ex *Max Hoerte*, Ministro-Presidente — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Relator — Gen Ex *Sérgio Ernesto Alves Conforto*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Em 12 de setembro de 2005, o MPM junto a 3ª Auditoria da 1ª CJM ofereceu denúncia contra o 2º Tenente Médico André Luiz Calderaro Vieira, pelos seguintes fatos delituosos:

- No dia 05 de julho de 2004, o soldado Marcelo Ribeiro Leão foi submetido a uma cirurgia para reconstrução do ligamento cruzado anterior do joelho direito, sendo o denunciado chefe da equipe.

- Terminada a cirurgia, o paciente foi encaminhado à sala de recuperação e sem qualquer recomendação foi transferido para a enfermaria, onde passou a sentir fortes dores. No final do dia, como ainda sentia muitas dores foi chamado o Major Médico Alexandre Gomes Ferreira Braga que verificou a existência de dois curativos na sua perna direita, tendo então providenciado a retirada dos mesmos, quando verificou que um dos curativos encontrava-se no nível da raiz da coxa, exercendo forte compres-

são na região, ficando configurado seu garroteamento, o que provocou edema intenso, cianose e ausência do pulso tibial daquela perna.

- No dia seguinte, com a piora do paciente o mesmo foi transferido para o HCE, já em estado grave e apesar de terem sido empregados todos os recursos disponíveis o militar veio a falecer em 18 de julho.

Realizado o competente exame cadavérico, ficou comprovado que a causa da morte se deu em razão do esquecimento da Faixa de Esmarch, após a cirurgia, razão pela qual foi o Denunciado incurso nas penas do art. 206, § 1º, do Código Penal Militar.

Recebida a denúncia, citado o denunciado, foi o mesmo interrogado às fls. 267/73, quando declarou em síntese:

> *...que a acusação não é verdadeira. Que era de fato o cirurgião responsável pela cirurgia do SD Marcelo; que faziam parte da equipe o Tenente Médico Carlos Eduardo, primeiro auxiliar; Tenente Médico Neidson Ricardo, anestesista; Soldado Wanderson, instrumentador e o civil Claudio Cordeiro instrumentador cirúrgico e responsável pelo material.*
>
> *Que a cirurgia durou aproximadamente duas horas e que a faixa de Esmarch foi colocada por Cláudio Cordeiro e sua finalidade era efetuar o garroteamento a fim de evitar o sangramento facilitando a cirurgia.*
>
> *Que a cirurgia terminou por volta das 12h35 e o interrogando mandou seus auxiliares realizarem os curativos e retirar a faixa de esmarch enquanto preenchia o prontuário médico. Que retornou a sala uns 5 minutos após verificou o curativo conhecido por "jones" que consiste em uma faixa de crepom com algodão por baixo enrolado na perna. Que conversou com o SD Marcelo ajudando-o a passar para a maca e que nesse momento ele não estava com a faixa de esmarch. Quem fez o curativo "jones" foi Cláudio Cordeiro que já tem 9 anos de experiência nesse tipo de procedimento. Que a faixa foi colocada às 10h30 horas e retirada às 12h40.*
>
> *Que às 18h30 horas o Major Alexandre ligou para o interrogando e disse que o Soldado estava com muitas dores e que o curativo estava muito apertado, que o paciente estava sem pulso pedioso e com circulação comprometida. Que o interrogando falou que poderia tirar o curativo e dirigiu-se ao Hospital. Ao*

chegar observou que o paciente estava com um curativo no joelho e o pulso havia retornado, muito embora o soldado ainda sentisse muitas dores e sua perna estava inchada. Que por volta das 2 horas da madrugada retornou a sua casa, voltando ao Hospital às 06h30 da manhã sendo que o paciente ainda reclamava de dores e a perna continuava inchada. Assim pediu uma avaliação do Capitão Médico Renault, do cirurgião vascular Cel. Franca e do anestesista Flavio. O Cel Franca achou melhor encaminhá-lo ao HCE . Que o interrogando aventou a possibilidade de se tratar de uma trombose venosa que seria uma obstrução vascular e/ou uma síndrome compartimental causada pelo retorno da circulação em que há um inchaço de dentro para fora. No HCE o Dr. Raimundo aventou essa mesma hipótese e assim o paciente foi levado para o setor de hemodinâmica e colocado um filtro de veia cava para impedir a passagem de possíveis coágulos. Que provavelmente a causa foi uma compressão provocada talvez pelo curativo de "jones" pois esse curativo funciona como um gesso e tem um período máximo de colocação. Que a faixa de esmarch é de material parecido com elástico e colocada por baixo do curativo "jones". Que na verdade não era possível verificar se a faixa de esmarch estava ou não colocada pois o curativo "jones" poderia ser posto por cima dela, porém Cláudio Cordeiro garantiu que havia retirado a faixa. Que essa hipótese é inadmissível. Que o chefe do CTI falava constantemente sobre a necessidade da hemodiálise e já se mostrava impaciente com a inércia do chefe da Nefrologia. Que no dia 16 falou com Dona Rosana por telefone e ela contou que o SD Marcelo passou mal e foi entubado e teve uma convulsão, vindo a falecer no dia 18.

Que pode afirmar que o paciente apresentou uma patologia vascular, talvez por um curativo apertado, talvez por toxidade de medicamento, não se podendo afirmar com certeza o motivo. Foi levado ao HCE e provavelmente a causa morte foi insuficiência renal, talvez por acúmulo de toxinas nos rins. Que mesmo que a faixa de esmarch não fosse retirada, o máximo que poderia acontecer era a amputação do membro, mas nunca a morte. Que o interrogando era o único militar capaz de realizar esse tipo de cirurgia no Exercito no Rio de Janeiro. Que acredita que se a hemodiálise tivesse sido realizada antes, o óbito poderia ter sido evitado. Que é membro da Sociedade Brasileira de

Ortopedia, Sociedade Brasileira de Traumo-ortopedia, Sociedade Latino Americana de artroscopía e cirurgia do joelho...

No Laudo de Exame de Corpo Delito (Cadavérico) de fls. 215/241, dizem os Peritos Legistas Tenente Coronel Médico Levi Inimá de Miranda e 1º Tenente Médico Frank Perlini, do Serviço de Medicina legal do Hospital Central do Exército, ao responderem os quesitos: o 1º, se houve morte; o 2º, qual a causa da morte; o 3º, qual o instrumento ou meio que produziu a morte; o 4º, se foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, ou por outro meio insidioso ou cruel, afirmaram, em síntese:

> *Ao exame do cadáver, em seu membro inferior direito, mostra 3 feridas cirúrgicas, com bordos afastados, revelando 3 cicatrizes cirúrgicas, conseqüentes a astroscopia na parte inferior da face anterior da articulação do joelho.*
>
> *Do exame histopatológico percebe-se que o paciente evoluiu com síndrome compartimental e septicemia após realização de artroscopia em joelho direito no Hospital Geral da Vila Militar há 2 semanas internado no HCE para tratamento evoluindo para o óbito. Diagnosticos Anatomopatológicos: Edema cerebral, cerebelar e hepático, pneumonia lobar, nefrite intersticial, paniculite rabdomiólise septicemia.*
>
> Por fim, conclui o Laudo: *"Nesta vertente de raciocínio pericial, resta claro o nexo causal entre o esquecimento da faixa de Esmarch, que deu causa a todo o quadro mórbido havido, culminando no óbito".*

Testemunharam pelo MPM e pelo Juízo:

1 – **Major Médico Alexandre Gomes Ferreira Braga (fl. 277),** que declarou, em síntese:

> *... Que era supervisor de dia do Hospital e responsável pelas atividades administrativas. Que foi chamado por volta das 18:30 porque o SD Marcelo reclamava de muitas dores . Que acionou o acusado e foi a enfermaria quando lá chegando viu o SD Marcelo com a perna inchada e a pele fria. Que esse quadro refletia bloqueio circulatório. Que havia um curativo na raiz da coxa que aumentava o garroteamento da perna. Que foi retirando esse curativo que era composto por uma faixa de crepom*

que envolvia um tecido emborrachado. Que após a retirada do curativo a circulação voltou ao normal. Que o Tenente Fabio e às funcionárias Sirlei e Ieda presenciaram a retirada da faixa. Que de madrugada houve a piora do quadro e o paciente foi removido para o HCE. Que não sabe a diferença entre faixa de esmarch e curativo de "jones" por ser pediatra. Que após a cirurgia , diante de quadro de dor, deve ser ministrado um analgésico e caso a dor não passe deve ser chamado o médico de plantão, o que não ocorreu. Que o SD Marcelo gritava de dor. Que a folha do prontuário médico anexado às fls. 131 verso, não corresponde a verdade, pois na original o depoente havia feito algumas prescrições médicas indicando a retirada do garrote. Que realmente o prontuário original desapareceu. Que o bloqueio circulatório foi provocado pela faixa de esmarch colocada na raiz da coxa. Que havia um ortopedista de plantão durante o dia mas não foi acionado.

2 – **1º Tenente Médico Carlos Eduardo Carvalho Rodrigues (fl. 280),** que declarou em síntese:

...que não participou do ato cirúrgico e foi chamado para uma emergência. Que em regra a faixa de esmarch, feita de borracha, é colocada na raiz da coxa a fim de diminuir o fluxo sanguíneo, devendo permanecer, no máximo, 3 horas no local. Que alguns médicos prendem a faixa com um nó e outros colocam uma faixa de crepom por cima. Que qualquer membro da equipe pode retirar a faixa e antes de ser removida da mesa de cirurgia ela já é retirada. Que o acusado era o cirurgião responsável, porém poderia ter delegado a função da retirada da faixa.

3 – **2º Tenente Médico Neidson Ricart Ribeiro (fl. 281)** declarou em síntese que:

... Que é anestesiologista e que participou da cirurgia do SD Marcelo. Que a faixa de esmarch é feita de borracha e foi colocada pelo civil Cláudio Cordeiro na raiz da coxa do paciente. Que o responsável pela retirada da faixa de esmarch é o cirurgião, no caso o acusado. Que fica separado do paciente por um pano e por isso não pode afirmar se a faixa foi ou não retirada. Que o acusado é um bom profissional...

4 – **SD. Willians Wanderson Gottgtroy (fl. 282),** declarou em síntese que:

...Que participou da cirurgia do SD Marcelo como instrumentador cirúrgico. Que foi feito o garroteamento com uma faixa de borracha de cor de tijolo conhecida como faixa de esmarch, envolvida com uma faixa de crepom que a prendia. Que a colocação foi feita pelo civil Cláudio Cordeiro e pelo Tenente Calderaro. Que não viu a faixa ser retirada porque saiu do centro cirúrgico ao final para lavar o material. Que ajudou o paciente a ser removido para a maca, porém ele estava com um lençol e não pode verificar se a faixa fora retirada. Que já participou de outras cirurgias com o acusado e geralmente quem retira a faixa é o cirurgião ou seu auxiliar. Que nunca viu um instrumentador retirar a faixa. Que não sabe se funcionário Claudio poderia retirar a faixa mas ela deve ser retirada ao termino da cirurgia...

5 – **Sra. Sirlei Lima Pereira da Silva (fl. 283/284)** declarou em síntese que:

...é técnica de enfermagem e atendeu o SD Marcelo quando ele foi transferido para a enfermaria. Que o Soldado reclamou de dores e lhe foi ministrado, por mim e pela Ieda, analgésico tramal indicado pelo médico. Que mais tarde o SD Marcelo voltou a reclamar de dor e foi chamado o Tenente Fabio, médico da emergência que leu o prontuário e chamou o Major Alexandre. Que havia dois curativos de crepom o primeiro no local da cirurgia e o segundo um pouco mais acima. Que ao cortar esse segundo curativo, na parte superior da coxa, a depoente verificou que havia uma faixa de borracha que também foi retirada. Que esse fato ocorreu por volta das 18 horas. Que o Tenente Calderaro esteve com o paciente a noite e pela manhã. Que a depoente, Major Alexandre, Tenente Fabio e Ieda presenciaram a retirada da faixa e que o acusado chegou após a retirada da faixa. Que a depoente preencheu a prescrição médica na parte relativa a evolução da enfermagem no dia da cirurgia, porém a letra constante no doc. De fls. 131 verso, não promanou do punho da depoente, especificadamente a partir do relato: " 13:55 retornou do centro cirúrgico" até o final. Que a ficha de prescrição médica original desapareceu e que nessa ficha também continha a prescrição médica do Major Alexandre. Que não é verdade que o Tenente Caldararo estava presente no momento da retirada da faixa conforme consta no documento de fls. 131. Que os pacientes não chegam na enfermaria com a faixa de esmarch após a cirurgia. Que não dava pra ver que o SD Marcelo estava com a faixa de esmarch por causa do crepom.

6 – **1º Tenente Médico Fabio Barbosa Gonçalves (fl. 424/425)**, declarou em síntese:

> *...Que estava de plantão no CTI e foi chamado por volta das 19 horas por uma enfermeira que lhe perguntou se poderia aplicar uma solução analgésica em um paciente. Que o depoente disse-lhe que não e subiu para atende-lo. Que verificou que o SD Marcelo estava com muitas dores e apresentava um edema em todo membro inferior direito. Que o Major Alexandre foi chamado e resolveram retirar o curativo de crepom e uma faixa de elástico conhecida como faixa de esmarch que se encontrava por baixo daquele curativo. Que só percebeu que havia a faixa de esmarch após a retirada do curativo de crepom.Que o Tenente Calderaro foi chamado e chegou ao local após a retirada do curativo. Que chamou a atenção do depoente as dores do paciente e a extremidade do pé direito estava fria, significando baixa perfusão, ou seja, uma baixa circulação sanguínea. Que a especialidade do depoente é clinica médica e cardiologia. Que a retirada do curativo ocorreu por orientação do Tenente Calderaro que foi contactado pelo telefone celular.*

7 – **Ieda Lima de Souza – Auxiliar de enfermagem (fl. 426/427)**, declarou em síntese:

> *...que é aux. de enfermagem há 12 anos no HGuVM. Que estava de plantão quando o SD Marcelo chegou da cirurgia. Que por volta das 17 horas o paciente reclamava de dores e posteriormente foi chamado do Tenente Fabio que mais tarde , juntamente com o Major Alexandre, solicitaram uma tesoura e cortaram o curativo de crepom que estava na coxa do paciente. Que ao retirarem este curativo, constataram que havia uma faixa de borracha, conhecida como faixa de esmarch, que também foi cortada. Que o paciente apresentava a extremidade do pé bastante fria. Que somente o médico pode retirar aquele curativo. Que nenhum paciente chega com a faixa de esmarch da cirurgia. Que a depoente não percebeu que havia uma faixa de esmarch porque o curativo de crepom a impedia de vê-la. Que a depoente saiu do plantão e não teve mais contato com o paciente.*

8 – **Cláudio Cordeiro, civil, representante técnico de material cirúrgico (fl. 428/429),** declarou em síntese que:

...é representante técnico de material cirúrgico e responsável pela parte técnica do material durante as cirurgias. Que já participou de várias cirurgias como o Tenente Calderaro e está no HGuVM há aproximadamente dois anos. Que possui um curso de auxiliar de enfermagem e um de instrumentador cirúrgico. Que exerce essa função no HCE há 6 anos. Que participou da cirurgia do SD Marcelo e que foi responsável pela colocação da faixa de esmarch na altura da raiz da coxa do paciente. Que foi responsável pela colocação dessa faixa em outras cirurgias a mando do Tenente Calderaro. Que o responsável pela retirada da faixa é o cirurgião. Que ela é feita de borracha e deve ser amarrada com atadura, esparadrapo ou dar um nó. Que normalmente o depoente põe atadura, crepom ou esparadrapo,mas no caso especifico não se recorda. Que essa faixa pode ser vista mesmo com curativo de crepom. Que não retirou a faixa de esmarch. Que deseja esclarecer que ao prestar depoimento no IPM às fls. 86/87 respondeu sem ter certeza por que participa de várias cirurgias. Que nunca retirou a faixa durante as cirurgias realizadas no HGuVM, nem mesmo com o Tenente Calderaro. Que soube do problema ocorrido dois ou três dias depois. Que em razão de seu porte físico, os médicos sempre pedem para o depoente colocar as faixas de esmarch.

Que no HCE era obrigado a permanecer até o fim da cirurgia e por isso algumas vezes retirava a faixa de esmarch. Que o Soldado Anderson poderia colocar e retirar a faixa de esmarch pois ele era o instrumentador cirúrgico. Que essa faixa é sempre retirada ao final da cirurgia.

9 – **Tenente Coronel Médico Levi Inimá de Miranda (fl. 580/581),** respondeu em síntese:

...que o quadro apresentado pelo paciente antes de ser atendido no HCE após a sua cirurgia poderia ser considerado como risco de vida, posto que havia uma trombose em virtude de garroteamento em sua perna. Que a situação da vitima era complexa, portanto difícil de ser revertida. Que o garroteamento gerou concomitantemente uma infecção e que todo esse quadro gerou uma dificuldade muito intensa para que a equipe do HCE revertesse a situação, somando-se a isso também uma insuficiência renal instalada no desenrolar do quadro, tudo em virtude do garroteamento. Que fez um estudo detalhado do pron-

tuário médico do caso e pode afirmar que a diálise efetuada pela equipe do HCE foi feita em tempo correto considerando as condições graves do paciente. Que a equipe também tratou a desnutrição e desidratação do paciente de forma adequada. Que deixou bem claro no seu laudo cadavérico o nexo causal entre o garroteamento e o evento morte".

Testemunharam pela Defesa:

1 – **Major Médico Wladimir Figueiró Cunha (fl. 566/567),** declarou em síntese:

que é especialista em terapia intensiva e serve no HCE e que atendeu a vítima no dia seguinte de sua internação. Que a vítima apresentava um quadro de trombose venosa profunda e como os vasos estavam muito comprimidos foi feita uma incisão do tronco da coxa até o tornozelo a fim de desafogar esses vasos e colocação de filtro de veia cava evitando assim uma embolia pulmonar. Que a vítima apresentava um edema muito grande. Que em razão da compressão da perna que como consta teria sido pela não retirada da faixa de esmarch, o músculo sofreu um esmagamento provocando aumento de enzimas que se chama rabdomiólise, vindo atingir os rins provocando uma insuficiência aguda. Que pode afirmar que a compressão na perna foi o fator inicial de todo esse quadro apresentado pela vítima.Que a hemodiálise foi feita no 3º ou 4º dia porém somente os médicos do setor podem afirmar se houve demora em realizá-la. Que a vítima apresentava um quadro de insuficiência aguda desde o primeiro dia porém não havia necessidade de hemodiálise. Que desde o primeiro dia percebeu que o paciente corria risco de vida; Que a causa da morte foi a infecção provocada pela cirurgia que foi feita em função da compressão muscular que sofreu. Mesmo se a hemodiálise tivesse sido feita logo no início a infecção poderia ter surgido. Que a infecção poderia ter surgido em razão também da entubação, ou da introdução de catetere vesical ou venoso profundo.

2 – **Oscar Luiz de Lima e Cirne Neto (fl. 568/570)** declarou em síntese:

Que é Perito Legista, Professor de Medicina Legal da UFF, Membro da Câmara Técnica de Perícias Médicas e da Câmara Técnica de Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do

Rio de Janeiro. Que o acusado solicitou um parecer ao depoente. Que resumidamente pode afirmar que houve um prolongamento do uso da faixa de esmarch o que provoca a falta de oxigenação por déficit circulatório causando uma necrose muscular. Que a vitima foi transferida no dia seguinte para o HCE e houve uma evolução para o quadro de infecção vindo a ocorrer a morte pela infecção, insuficiência renal e desnutrição.

Que normalmente o responsável pelo curativo é quem tira a faixa de esmarch e que é possível que o acusado tenha delegado essa função para o auxiliar. Que o cirurgião, no caso o acusado, era responsável por toda a equipe e por tudo que ocorresse, apesar das funções serem delegadas. Que o cirurgião ao final da cirurgia deve verificar se o curativo foi feito corretamente e que nesse momento a faixa de esmarch pode ter ficado coberta por panos que delimitam o local da cirurgia. Que a vitima ao chegar ao HCE foi submetida a uma fasciotomia a fim de se obter uma revitalização dos músculos e que houve uma perda de líquido muito grande. Que faz-se necessário uma hemodiálise quando se atinge o nível 5 de creatinina e 8 de potássio mas esta só foi feita no dia da entubação. Que o mesmo antibiótico foi aplicado durante dez dias e no décimo primeiro foi ministrado um segundo porque a vitima se mostrava resistente ao tratamento, com a infecção evoluindo. Que todas as culturas só chegaram após a morte da vitima e mostraram que os germes eram resistentes àquela medicação. Que entende que a hemodiálise poderia ter sido feita anteriormente, que não houve um aporte a infecção. Que não entende como um paciente no CTI fica desnutrido. Que não entende como pode haver uma perda de liquido tão grande com o paciente no CTI e que em último caso até deveria ter sido amputada a perna da vitima.

Que a demora na realização da hemodiálise, a ministração inadequada de antibióticos e até a ausência de amputação da perna foram fatores preponderantes para o evento morte , porém deseja esclarecer que a causa da produção destes eventos foi a não retirada da faixa de esmerch em tempo hábil, que levou a uma cirurgia ocasionando todas essas complicações no HCE. Que um médico não pode delegar a auxiliares não médicos atos privativos mas que a retirada da faixa de esmarch não é ato privativo de médico. Que o enfermeiro esta autorizado a fa-

zer curativos, suturar e até fazer parto. Que o cirurgião é o co-responsável, nesta hipótese, de não retirada da faixa como chefe de equipe. Que o curativo de Jones pode encobrir a faixa.

3 – **2º Tenente OMT Alexandre Simões Lopes Gonçalves (fl. 571)** declarou em síntese:

Que é ortopedista e trabalha no HGUVM com o acusado já tendo participado de várias cirurgias com ele. Que a faixa de esmarch, para a sua retirada, pode ser delegada a auxiliares mas o cirurgião é responsável pela sua verificação. Que nunca se deparou com um caso semelhante a este de não retirada da faixa de esmarch. Que a cirurgia de joelho não é de grave risco.

Em diligências, nada requereu o MPM (fl. 584), apresentando a Defesa requerimento, e juntando parecer médico pericial da lavra do Dr. Oscar L. Lima e Cirne, o qual já prestara depoimento como testemunha de Defesa.

O referido parecer acostado às fls. 587/605, após fazer largo exame da matéria, conclui:

"(...)

Após rigorosa análise dos fatos em conjunto de dados dos Autos somos de opinião que muito embora o garroteamento, o evento morte só ocorreu porque os níveis de tratamento médico e o empenho que equipe multidisciplinar que davam suporte ao paciente ficou aquém, do necessário.

Não só o uso de antibiótico não estava proporcional a infecção, bem como os níveis de apoio nutricional forma inferiores as necessidades do paciente.

Aliado a isto muito embora todo o foco de infecção estivesse na perna e o paciente estivesse todo o tempo piorando, não houve um estudo vascular profundo do paciente, não se podendo determinar se manter a perna a qualquer custo era uma opção viável de tratamento.

Ao ser perdida a guerra contra a infecção antes de instalar-se o quadro de sepse franca, as mudanças de antibiótico não obedeceram as regras da prudência, não foi convocada a CCIH e, sequer como medida desesperadora foi tentada a amputação do membro que era foco da infecção.

Por último o retardo na indicação e início da hemodiálise contraria as normas da profissão no que concerne a abordagem aos pacientes graves".

Em alegações escritas, diz o MPM às fls. 608/609:

" ... Imputou-se ao denunciado 2º Ten André Luiz Calderado a prática do delito homicídio culposo em razão de sua conduta durante a realização de cirurgia no Sd. Marcelo Ribeiro Leão, que resultou no óbito deste.

Verificou-se que o resultado morte teve como gênese, ou evento desencadeador do óbito, a não retirada de uma faixa - denominada faixa elástica de Esmarch - o que provocou inúmeras complicações no paciente levando-o ao óbito.

... que o denunciado procura isentar-se da responsabilidade pelo evento letal, alegando que era possível adotarem-se procedimentos cirúrgicos que possivelmente não levariam ao evento morte o paciente...

Tais alegações não afastam a não observância do dever de cuidado objetivo a que estava obrigado. Sua atuação na cirurgia é de supremacia, pois nada é feito sem sua autorização, consentimento ou aquiescência.

O evento morte foi normal desdobramento das complicações decorrentes de um erro médico básico, absurdo, qual seja o esquecimento de uma faixa elástica utilizada em cirurgia que prende a circulação no membro abordado...

O fato é claro. O denunciado não verificou a existência da faixa elástica na perna do paciente... provocando as complicações clínicas que levaram o Sd Marcelo Ribeiro Leão à morte.

... requer o órgão do MPM a procedência da ação penal, com a conseqüente condenação do denunciado nos termos da inicial".

Diz a Defesa, em alegações escritas (fl. 611/616):

"...quanto as alegações escritas ... carecem, indubitavelmente, de substância, limitando-se a tecerem, de forma genérica, o caso sub judice que, lamentavelmente, aflora nos indivíduos a necessidade de se procurar UM culpado e, nesta esteira, procura-se, sem maiores compromissos, imputar um crime como

o de homicídio, a um cirurgião sério, ético, competente e pai de família, tratando-o como um criminoso contumaz...

... está assente na doutrina que o dever de cuidado de qualquer profissional, de qualquer agente que tenha na sua natureza o estado de garantidor, não é absoluto, e sim relativo...

... não houve da parte do Réu qualquer "erro médico básico, absurdo...

... requer o Réu,... a improcedência da ação penal, com a natural e conseqüente absolvição..."

Em 22 de maio do corrente ano, foi realizado o julgamento, conforme ata de fls. 644/646, tendo sido o denunciado absolvido por unanimidade de votos, com base no artº 439, alínea "e", do CPPM, tendo sido a R.Sentença prolatada nos seguintes termos (fls. 648/655):

"(...)

A materialidade é incontestável, tendo os Drs. Peritos elaborado o laudo de exame de corpo de delito, anexado às fls. 214/241, e concluído o seguinte:

"... a certeza de que houve o esquecimento da faixa de Esmarch,... após a cirurgia de reconstrução do ligamento cruzado anterior do joelho direito...

Da mesma forma, não há dúvidas de que a faixa de esmarch só foi retirada por volta das 19 h, quando a vítima reclamou de fortes dores, pois o médico e a enfermeira que o atenderam, confirmaram que havia uma faixa provocando o garroteamento da perna, exercendo nela forte compressão...

Verifica-se pelo laudo de exame de corpo de delito que os Drs. Peritos concluem que há nexo causal entre o esquecimento da faixa de esmarch e o óbito e, portanto, por essa conclusão, torna-se indispensável determinar quem deixou de retirá-la, ou seja, quem foi negligente para se apontar o autor do delito de homicídio culposo.

No entanto,... faz-se necessário fixar se há realmente todo esse nexo entre a não retirada da faixa e o óbito...

Diante de toda a prova colhida, é possível afirmar com toda convicção que a não retirada da faixa de esmarch desen-

cadeou uma série de problemas localizados na perna da vítima e que o óbito poderia ter sido evitado, caso alguns procedimentos médicos fossem observados e não houvesse uma seqüência de equívocos e/ou descuidos, cabendo destacá-los em conformidade com os exames e prontuários médicos anexados...

1) A vítima sentiu dores por volta das 15h e nenhum médico foi chamado, tendo a enfermeira ministrado o medicamento tramal, prescrição médica. A enfermeira agiu corretamente, porém não havia qualquer médico de plantão especificamente para aquele setor e que poderia ter avaliado melhor a condição da vítima;

2) Ao dar entrada no HCE, os níveis de creatinina estavam acima do normal e indicavam a necessidade de diálise, o que só ocorreu próximo ao óbito da vítima. É de se registrar que havia uma discordância entre a equipe médica do CTI e do setor de nefrologia quanto à necessidade da diálise;

3) Foi utilizado o mesmo antibiótico durante 10 (dez) dias, apesar da evolução do quadro de infecção que acabou se proliferando por todo o corpo; e

4) A amputação da perna provavelmente teria evitado a morte.

Desse modo, diante desse quadro, não se pode afirmar com toda a certeza de que a morte não teria sido evitada se alguns procedimentos médicos tivessem sido tomados...

... é preciso identificar quem seria o responsável pela retirada da faixa e, portanto, teria provocado as lesões corporais na vítima.

Num primeiro momento, pode-se afirmar que o acusado, por ser chefe da equipe médica, é responsável por tudo o que ocorre na cirurgia. Entretanto, não se pode esquecer que o trabalho realizado em equipe necessita de confiança por parte do chefe em relação a seus auxiliares, pois, caso contrário, o serviço não será bem prestado.

No caso, a retirada da faixa de esmarch não era atribuição exclusiva do cirurgião e, portanto, essa função poderia ser delegada a um auxiliar. O acusado afirma... que a delegou ao instrumentador Cláudio Cordeiro que, por sua vez,... nega ter

recebido tal atribuição. As testemunhas não esclarecem esse fato e, dessa forma, paira a dúvida sobre o verdadeiro responsável.

Interessante notar que Cláudio Cordeiro, ao prestar depoimento no curso do IPM, afirmou que colocou e retirou a faixa,... porém em Juízo nega tal fato. (...)

... não se está afirmando que Cláudio Cordeiro era o responsável, mas tão-somente que, se houve a delegação, não se pode agora responsabilizar o acusado. O pensamento em sentido contrário levaria ao reconhecimento de uma responsabilidade objetiva, o que não se admite em hipótese alguma no Direito Penal.

Desse modo, não havendo prova suficiente de que o acusado era realmente o responsável pela retirada da faixa e de que não teria delegado tal função, não se pode vislumbrar a possibilidade de um decreto condenatório contra ele.

Derradeiramente, cabe ressaltar que mesmo se fosse ele o responsável, só deveria responder pelas lesões corporais provocadas a título de culpa, mas jamais pelo resultado morte."

Inconformado, recorre à fl. 658 o MPM, juntando, para tanto, as seguintes razões (fls. 662/668):

"...não se pode afastar a responsabilidade do denunciado pelo evento morte, e isto em razão da teoria do nexo de causalidade acolhida pelo CP e CPM , qual seja ***conditio sine qua non****, ou teoria da equivalência dos antecedentes.*

Pelos dispositivos legais encartados nos citados diplomas é considerada causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Atribui-se relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal.

No caso em tela o resultado morte é inexoravelmente resultado da conduta do denunciado, pois se tivesse exercido sua atividade profissional com os cuidados exigidos, não haveria um cadáver e um delito para se apurar.

No conceito de nexo de causalidade , inclusive com o advento da teoria da imputação objetiva, os fatos supervenientes

relativamente independentes não excluem a responsabilidade do autor do fato delituoso.

Isto é, mesmo que uma vitima venha a falecer de complicações médicas decorrente de intervenção cirúrgica, realizada em virtude de lesão provocada por fato delituoso,... o autor do fato delituoso responde pelo homicídio, doloso ou culposo,... sendo certo que a vitima não estaria sendo submetida a procedimentos cirúrgicos complexos e arriscados se não fosse a atitude delituosa anterior do autor...

A morte teve como causa a culpa, não observância do dever de cuidado objetivo a que estava obrigado o denunciado,....

Pelo exposto, o órgão do Ministério Público Militar requer... o recebimento, processamento e provimento do presente recurso, para o fim de reformando a Sentença decretar a condenação do 2º Ten. André Luiz Calderado, como incurso nas sanções do delito de homicídio culposo, art. 206, § 1º, do CPM, como exposto na denúncia..."

Diz a Defesa, em contra-razões (fl. 695), que não trouxe o MPM nas razões recursais fatos que possam modificar a R.Sentença, sendo certo que desprezou totalmente as provas produzidas pela Defesa que, inclusive, trouxeram à tona questões relevantíssimas sobre o tratamento inadequado realizado no HCE.

Ignorar e/ou desprezar questões como Princípio da Confiança, causas supervenientes independentes, delegação de atividades, etc, é estar em desarmonia com o Direito Pátrio e até mesmo com esse Excelso Tribunal.

O MPM abrindo mão da prova fática ignorou fatos graves ocorridos no HCE, que por si só conduziram a morte do SD. Marcelo. Apenas para citar dois exemplos, fora ministrado antibiótico por 10 dias sem a melhora do Paciente, sendo certo que o exame de cultura para verificar qual bactéria estava agindo e, por conseguinte, aplicar-se o antibiótico adequado, só ficou pronto depois que o paciente faleceu.

A defesa continua fazendo referência aos depoimentos prestados; faz referência a alguns julgados da Corte e aponta o tratamento inadequado do HCE, referindo-se que a hemodiálise foi realizada tarde demais; o antibiótico foi inadequado; o exame de cultura só ficou pronto

depois da morte do paciente; não foi pensado em amputação da perna do paciente; e que o paciente começou a queixar-se de dores por volta das 15 horas e, não havendo médico de plantão no setor, não foi chamado outro plantonista.

Nenhum cirurgião pode prever que um dos seus auxiliares irá fazer um curativo em cima de uma faixa de esmarch ou aplicar uma substância venenosa no lugar do medicamento prescrito, por exemplo.

Portanto, na impossibilidade dessa previsão, não há que se falar em autoria deste cirurgião no evento danoso.

Faz ainda a Defesa um exame detalhado do Laudo Cadavérico para concluir que os ilustres peritos signatários do laudo não examinaram de forma minuciosa a documentação médica do HCE, pois se assim tivessem agido, o laudo seria, com certeza, bastante diferente.

Finalizando, requer a Defesa a manutenção da Decisão Recorrida. Junta, ao final, dados sobre: Funções sobre o instrumentador Cirúrgico e seu Código Deontológico e Leis que regulamentam o exercício da Enfermagem.

Subindo os autos a essa Superior Instância, com vista à Procuradoria- Geral, ofereceu a Dra. Subprocuradora-Geral Arilma Cunha da Silva o parecer de fls. 732/737 , *verbis*:

> *"...Portanto, ao contrário do alegado pelo Conselho, há prova suficiente de que o apelado era realmente o responsável pela retirada da faixa de Esmarch. Da mesma forma, os depoimentos não afastam a responsabilidade do Ten André Luiz Calderaro Vieira... demonstram que o comportamento do apelado revestiu-se de negligência. Indubitável que a causa da morte do Sd Marcelo deveu-se ao fato de a faixa Esmarch ter permanecido por aproximadamente 9 horas ininterruptas comprimindo a perna do Soldado. Além disso, não é demais ressaltar que os peritos concluíram que o tempo de garroteamento com a faixa Esmarch não deve ultrapassar a duas horas.*
>
> *Ressalte-se, por fim, que a atividade médica tem em si um risco, um padrão de lesividade ínsito à profissão desenvolvida pelo médico. O próprio paciente já chega ao profissional trazendo um problema. A possibilidade de um intento resultar em algo ruim ou negativo ao paciente é real, podendo-se detectar em muitos casos a execução de atos médicos que apenas substituem um problema por outro menos amplo ou de menor extensão.*

Muitas das ações visam minorar o mal, sem extirpá-lo por completo. Eis o risco inerente à atividade médica. Sempre que o médico agir conforme as regras de sua arte, e não conseguir sanar o problema, mas o reduzir, nada àquele poderá ser imputado. Entretanto, quando levar à frente um intento desnecessário, sem nenhum efeito prático e que venha a piorar a situação do paciente, a este deverá ser imputado o incremento do risco, como no caso dos autos..."

Conclui, opinando pelo conhecimento e provimento do apelo.

Relatado, decide-se.

VOTO

É, segundo o autor Lacassagne, a obrigação para os médicos de sofrerem as conseqüências de faltas por eles cometidas no exercício da arte, faltas que podem originar uma dupla ação (civil e penal). Desde remotas eras que se cogita do assunto. Assim, no Egito, na Grécia e em Roma, segundo referem-se os historiadores, os médicos estavam sujeitos à responsabilidade penal.

O Direito Romano distinguia claramente o que era o resultado imprevisto de uma prática lícita, daquilo que corria por conta de falta cometida pelo médico. Punia-se a sua negligência e imperícia e não o resultado funesto em si. É na antiga Lei, no Instituto de Justiniano que, nessa época, se encontra particularmente escrito o princípio da responsabilidade médica. Apesar disso, sua aplicação fazia-se poucas vezes, a ponto de Plíneo queixar-se, nas suas obras, da impunidade concedida aos médicos, o que fez dizer a um poeta da antiguidade, citado por Montaigne, terem eles a seu favor: *" ... que o sol ilumina seus sucessos e a terra esconde seus fracassos"*.

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeito de estudo e aplicação, faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Welzel, dissertando sobre o tema diz:

"A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico - pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem que estar concretizada em tipos

legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas de tal modo que a cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior".

Grandes autores como Damásio, Dotti, Mirabete e Delmanto, entendem que o crime, sob o aspecto formal, é um fato típico a antijurídico, sendo que a culpabilidade é um pressuposto para a aplicação da pena.

Aprofundando esse estudo, chegamos à conduta, que a temos como primeiro elemento integrante do fato típico. Conduta é sinônimo de ação e de comportamento humano. A ação ou conduta compreende qualquer comportamento humano comissivo ou omissivo, podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).

O homem, quando atua, age fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige sua conduta sempre a determinada finalidade, que pode ser dolosa (quando age com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal), ou culposa (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto na lei penal).

Como já se percebeu, ao autor da prática de um fato pode ser-lhe imputado os dois tipos de condutas: dolosa ou culposa. A regra para o Código Penal é de que todo crime seja doloso, somente sendo punida a conduta culposa quando houver previsão legal expressa nesse sentido, conforme determina o § único do art. 33 do CPM, onde esclarece que salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Tendo em vista todos os fatos colhidos nos autos, examinaremos a seguir e apenas o que diz respeito ao Tipo Culposo, conforme denúncia oferecida.

Nos termos do inciso II do art. 33 do Código Penal Militar, diz-se do crime culposo: quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado, em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo. Ressalta-se que a definição mais moderna e ampla só é dada no nosso Diploma Penal Militar, ficando o Código Penal Comum com conceituação mais simples, englobando, apenas, a causa do resultado pela imprudência, negligência ou imperícia.

Caracteriza-se, assim, o delito culposo com a conjugação de vários elementos, a saber: conduta humana voluntária; inobservância de um dever objetivo de cuidado; o resultado lesivo não querido, tampouco assumido pelo agente; nexo de causalidade entre a conduta do agente que deixa de observar o seu dever de cuidado e o resultado lesivo dela advindo; previsibilidade e tipicidade.

Temos assim que a conduta nos delitos de natureza culposa é o ato humano voluntário, dirigido em geral à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, negligência ou imperícia, isto é, deixando de empregar-se a cautela, atenção ou diligência ordinária a que estava obrigado, em face das circunstâncias, dá causa a um resultado não querido, tipificado previamente na lei penal.

Na precisa lição de Ney Moura Teles, a caracterização dessa conduta, nos dias de hoje, em que a vida incorpora, cada vez mais, novos e modernos instrumentos e mecanismos destinados a facilitar a vida do homem, mas que, conforme manipulados, podem causar sérios danos, todos nós temos, cada vez mais, um dever geral objetivo de adotar toda a cautela, toda a preocupação e precaução, todo cuidado possível, para não causarmos, com nosso comportamento, lesões aos bens jurídicos.

É evidente, assim, diz Rogério Grecco, para que possamos falar em delito culposo fazer-se necessária a ocorrência de um resultado naturalístico, só podendo-se falar em culpa quando o agente pratica uma conduta que infrinja um dever de cuidado objetivo e, por conseguinte, venha a causar um resultado naturalístico.

Diz, ainda, o renomado Professor que, com tudo isso, ainda não é o bastante, pois deve existir, ainda, um nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado dela advindo, para que este último possa ser imputado ao agente.

Além da conduta, da sua inobservância a um dever objetivo de cuidado, adicionados à ocorrência de um resultado naturalístico e do necessário nexo de causalidade, é preciso, também, que o fato seja previsível para o agente.

Diz-se que no crime culposo o agente não prevê aquilo que era previsível.

O Emérito Mestre Damásio leciona que nos termos do critério da previsibilidade subjetiva deve ser ela aferida, tendo em vista as condições pessoais do sujeito. A questão de o resultado ser ou não previsível, diz o

Mestre, é resolvida com base nas circunstâncias antecedentes a sua produção. Não se pergunta o que o homem prudente deveria fazer naquele momento, mas sim o que era, em face das condições pessoais do agente, exigido nas circunstâncias em que se viu envolvido.

Sobre o tema, preleciona Zaffaroni quando afirma que a previsibilidade deve estabelecer-se conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso possa socorrer-se a nenhum homem médio ou critério de normalidade.

Um técnico em eletricidade pode prever com maior precisão do que um leigo o risco que implica um cabo solto. Quem tem em seu automóvel um dispositivo que lhe permite prever acidentes, que sem esses dispositivos seriam imprevisíveis, tem um maior dever de cuidado do que quem não possui este dispositivo, ainda que somente um em 999 mil o possua.

Segundo a doutrina, a imprudência para o médico é aquela que o faz agir **"sem a cautela necessária"**. Imprudente é o profissional **"cujo ato ou conduta são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez, imoderação"**. A imprudência poderia estar na *transgressão de regras técnicas*, desrespeito àquilo que é estabelecido como preceito em sua profissão.

Por sua vez a negligência, também chamada **falta de diligência,** consiste em deixar de empregar as precauções praticadas em circunstâncias idênticas por pessoa diligente e acautelada.

A negligência traduz menoscabo, desleixo, desatenção. Pode ocorrer de inúmeras maneiras. Aparece como fisionomia omissiva, num deixar de atuar quando seria necessário fazê-lo.

Finalmente, a imperícia revela-se por deficiência de dote de caráter eminentemente intelectivo, como aquele que reflete capacidade, atitude, conhecimento técnico adquirido com estudo e experiência.

No caso específico, para que o Réu responda por homicídio culposo, além da comprovação da materialidade e da autoria do delito, é preciso que ele tenha praticado uma conduta violando o seu dever de cuidado e que dessa violação tenha advindo a morte da vitima, ou seja, deve estar presente o nexo de causalidade entre o atendimento prestado pelo Réu e o resultado fatal.

Falemos, um pouco, sobre a relação de causalidade.

Preceitua o art. 29 do nosso diploma penal militar que o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe

deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

O nexo causal ou relação de causalidade é o elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver este vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em nexo causal.

Define bem essa relação a professora Sheila Bierrenbach, quando diz que a relação de causalidade refere-se, exclusivamente, aos delitos de resultado, cuja superveniência coincide com a consumação. Trata-se do nexo de causa e efeito que há de existir entre a conduta do agente e o evento descrito no tipo.

As teorias sobre a relação de causalidade podem ser definidas em três: da causalidade adequada; da relevância jurídica; e a que adotamos no nosso código, a da equivalência dos antecedentes causais, mais conhecida como da *conditio sine qua non*. Por essa teoria, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, significando dizer que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis a sua ocorrência.

Verifica-se se o fato antecedente é causa do resultado a partir de uma eliminação hipotética, ou seja, se suprimindo mentalmente o fato (no caso específico a retirada da faixa de esmarch) vier a ocorrer uma modificação no resultado (morte do paciente), é sinal de que aquele é causa deste último.

Pela análise do conceito de causa concebido pela teoria da *conditio sine qua non*, podemos observar que, partindo do resultado naturalístico, devemos fazer uma regressão almejando descobrir tudo aquilo que tenha exercido influência na sua produção.

Segundo o Professor Sueco Thyrén, em seu processo hipotético de eliminação, para considerarmos determinado fato como causa do resultado é preciso que façamos um exercício mental da seguinte forma:

1º) temos que pensar no fato que entendemos como influenciador do resultado **a não retirada da faixa;**

2º) devemos suprimir, mentalmente, esse fato da cadeia causal **tirar a faixa;**

3º) se, como conseqüência dessa supressão, o resultado vier a se modificar, é sinal de que o fato suprimido deve ser considerado como causa desse resultado (**O tirar a faixa causaria a morte da vítima? Não).**

Tal pensamento também é abraçado pelo saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, quando diz que: "causa é todo antecedente que não pode ser suprimido, *in mente*, sem afetar o resultado".

Vamos aos fatos do processo:

Diz a sentença recorrida (fl. 650), que no dia 05 de julho de 2004, após a cirurgia no joelho direito da vítima, que teve início às 10h30min, com a colocação da faixa de esmarch e término às 12h30min, a mesma, que tem por finalidade de evitar a circulação sangüínea durante o procedimento cirúrgico, não foi retirada. Diz mais a sentença que, de acordo com a literatura médica e, pelos depoimentos prestados, essa faixa deve ser usada no máximo durante 2 horas consecutivas, entretanto sua retirada ocorreu, somente, por volta das 19h00min.

Esse garroteamento provocou uma trombose venosa e espasmo arterial daquele membro com conseqüente síndrome compartimental e rabdomiólise.

Interrogado o acusado informa que era, de fato, o cirurgião responsável pela cirurgia do SD Marcelo. Declara, ainda, que terminada a cirurgia mandou seus auxiliares realizarem os curativos e retirar a faixa (declaração não confirmada), mas afirma que retornou à sala de cirurgia, uns 5 minutos mais tarde, tendo verificado o curativo conhecido por "jones".

Digo eu. Quando desse retorno, ao verificar o curativo "jones", o acusado não percebeu que o mesmo cobrira a faixa de esmarch, demonstrando, claramente, que ao examinar tal curativo não o fez com as cautelas e a atenção devida. Declarou, ainda, em seu interrogatório, que ao ajudar a vítima a passar para a maca, esta não estava com a faixa presa, o que não corresponde à verdade, pois à noite, quando o paciente sofria fortes dores, o Major Alexandre, conforme declaração de fl. 278, foi retirar o curativo que era composto de faixa de crepom que envolvia um tecido emborrachado (faixa de esmarch).

A Sentença recorrida (fl. 654) afirma que não era atribuição exclusiva do denunciado (cirurgião) a retirada da faixa, o que não se coaduna com outros depoimentos, por exemplo, do 2º Tenente Médico Neidson Ribeiro (fl. 281), anestesista da cirurgia, que declarou que o responsável pela retirada da faixa é o cirurgião, no caso, o acusado. O SD Willian Wanderson (fl. 282), que participou da cirurgia como instrumentador, declarou que já participou de outras cirurgias com o acusado e é ele quem retira a faixa por ser o cirurgião. A auxiliar de enfermagem Ieda

Lima de Souza (fl. 426) declarou que cortaram a faixa de borracha e que somente o médico pode retirar aquele curativo.

Cláudio Cordeiro (fl. 428) declarou que foi ele quem colocou a faixa, mas a retirada dela é responsabilidade do cirurgião.

Em síntese, verificamos que o cirurgião é o responsável pela retirada da faixa e que mesmo não o fazendo, tem por obrigação verificar se a mesma foi retirada, o que não ocorreu no caso em exame.

Não resta, assim, qualquer dúvida que o acusado é responsável pela permanência do garroteamento da perna da vítima, ocasionado pela não retirada no tempo devido da faixa de esmarch.

Agora, temos que relacionar a permanência da faixa com o evento morte, o que está claramente consignada nos autos através do laudo cadavérico (fls. 215/241), quando afirmam os peritos em sua conclusão que restou claro o nexo causal entre o esquecimento da faixa de esmarch e o óbito do SD Marcelo.

Razão assiste, assim, inteiramente, à Douta Subprocuradora-Geral da Justiça Militar quando, em seu perecer (fl. 737), afirma que ao contrário do alegado pelo Conselho, há prova suficiente de que o Apelado era realmente o responsável pela retirada da faixa e demonstram os autos que seu comportamento revestiu-se de negligência.

O inconformismo do Ministério Público merece prosperar. Para que o acusado responda por homicídio culposo, além da comprovação da materialidade e da autoria, no caso incontestáveis, é preciso, como já dissemos, que ele tenha praticado uma conduta violando seu dever de cuidado, o que está mais do que esclarecido pelas provas nos autos, e que dessa violação tenha advindo a morte da vítima. O laudo cadavérico nos fornece este último fato, apresentando-o como elo causal.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
APELAÇÃO (FO) Nº 2006.01.050310-2-RJ

Votei vencido, divergindo de meus ilustres pares, posto que negava provimento ao recurso ministerial para, mantendo a sentença de primeira instância, absolver o 2º Ten Ex ANDRÉ LUIZ CALDERARO VIEIRA do crime previsto no artigo 206, § 1º, do Código Penal Militar, com fulcro no artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar.

A matéria aqui colacionada reveste-se de certa dificuldade posto que envolve conhecimentos em área profissional extremamente técnica. Para tanto, devemos percorrer certa trilha para se buscar a verdade real, e, desta forma, valemo-nos, entre outros recursos, da prova pericial.

O Ten Med Ex André Luiz Calderaro Vieira foi denunciado pela prática do delito de homicídio culposo, agravado pela inobservância de regra técnica de profissão, contidos no artigo 206, § 1º, do Código Penal Militar.

No dia dos fatos, o acusado era o chefe da equipe responsável pela cirurgia realizada no soldado Marcelo Ribeiro Leão que veio a falecer quinze dias após a referida intervenção.

A atividade profissional desempenhada pelo médico é de alto risco e complexidade, como todos sabemos. Por isso mesmo, em especial para o cirurgião médico, como foi o caso, há uma equipe de técnicos habilitados a auxiliá-lo durante os procedimentos. A cada um da equipe é delegada uma certa responsabilidade e confiada determinada tarefa, de forma sistêmica e articulada.

É por isso que tivemos dúvidas em atribuir ao acusado, ou somente a ele, a responsabilidade pelo evento morte ao qual acometeu a vítima.

Não há como vislumbrar a culpabilidade nesses casos, sem observar o Princípio da Confiança, de grande repercussão e de extrema importância na doutrina.

Invoca-se, aqui, o princípio da confiança, cuja significação, nos crimes culposos, é realçada por Juarez Tavares, em brilhante monografia:

> *"Na doutrina penal moderna tem-se particularmente salientado, como limitador concreto do dever de cuidado o chamado princípio da confiança. O princípio da confiança foi desenvolvido, primeiramente, pela jurisprudência no direito de trânsito. Hoje tem ele, contudo, aplicação mais ampla, estendendo-se a todos os setores onde haja atuar conjunto, ou seja, atividades comunitárias ou em divisão de trabalho. Segundo este princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais co-participantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. A conseqüência da aplicação deste pensamento no Direito Penal seria a de, efetivamente, conceder aos agentes uma exclusão de obrarem*

além do dever concreto, que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade. Como, entretanto, seria absolutamente impossível exigir-se de cada pessoa atenção, além daquela atribuível, segundo juízo concreto de adequação, vigora este princípio como limitador do dever de cuidado, precisamente no âmbito da atividade concreta. O ponto de partida para a elaboração desse princípio é o da distinção prévia entre o perigo produzido pelas forças naturais e aquele incrementado por ação de outra pessoa. Tratando-se de perigo produzido pelas forças naturais, como, por exemplo, o resultante de inundação ou qualquer calamidade, vigora o preceito de que todo e qualquer risco deve ser evitado por todos, desde que previsível e não admissível, segundo a razão de utilidade social mais elevada. Quando, porém, o perigo provém de atividades humanas singulares, tem aplicação da regra inversa, a de que não precisa ser calculado, uma vez que a pessoa humana que o produziu é, por si mesma, igualmente responsável por essa produção, de tal modo que toda desgraça, levada a efeito através de sua conduta contrária ao dever, deva-lhe ser computada exclusivamente. Assim, salvo em hipótese de ação conjunta e vinculadora, ninguém, em princípio, deve responder por ações defeituosas de terceiros, mas, sim, até mesmo pode confiar em que atendam todos os outros aos respectivos deveres de cuidado. Um exemplo, no qual se estipulam as duas espécies de produção de perigo e as respectivas responsabilidades, é mencionado por Stratenwerth: deve um motorista contar que certa galeria de estrada se tornou obstruída por detritos de toda ordem, durante longo temporal (perigo ocasionado por ação natural, que todos devem evitar), mas não precisa contar que os encarregados da limpeza dessas galerias e por elas responsáveis se omitiram de as desobstruir, de forma contrária ao dever de cuidado." (Direito Penal da Negligência – Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 148/149).

Heitor Costa Junior, que integra o aguerrido Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, também nos subministra lúcidos ensinamentos sobre o dever de cuidado:

"Previsível será, sempre, o determinado pelas normas técnicas. O dever de cuidado está limitado, no entanto, pelo princípio da confiança, elaborado pelos tribunais alemães, segundo o qual podemos confiar em que os demais atores terão condutas também corretas, na atividade que exercem, enquanto condições especiais não demonstrarem o contrário, salvo quando 'o dever de cuidado se dirija exatamente no sentido de controle, fiscalização e guarda de conduta de outrem.'" (Teoria dos Delitos Culposos, Editora Lumem Juris, 1998, p. 61).

Um detalhe importante é o depoimento do civil Cláudio Cordeiro que, na fase inquisitorial, declarou haver colocado no paciente a faixa de "esmarch" e também retirado. Já na fase judicial, houve retratação.

Ora, bem estranha tal mudança de depoimento, visto que como o próprio civil declarou, já havia participado de inúmeras cirurgias, inclusive tendo que ficar até o final dos procedimentos, às vezes retirando o garrote dos pacientes.

Trazemos à colação a sentença proferida em primeira instância, na qual o Conselho Especial de Justiça, à unanimidade de votos, absolveu o oficial médico do crime de homicídio culposo, por insuficiência de provas. Adotamos os fundamentos nela esposados, os quais passamos a reproduzir:

"... Verifica-se pelo laudo de exame de corpo de delito que os Drs. Peritos concluem que há nexo causal entre o esquecimento da faixa de esmarch e o óbito e, portanto, por essa conclusão, torna-se indispensável determinar quem deixou de retirá-la, ou seja, quem foi negligente para se apontar o autor do delito de homicídio culposo.

No entanto, apesar da respeitável opinião dos Drs. Peritos, a questão não é tão simples como parece, à luz do direito penal, e, por isso, antes de determinarmos a autoria, faz-se necessário fixar se há realmente todo esse nexo entre a não retirada da faixa e o óbito.

É notório que há uma certa dificuldade para os Magistrados ao apreciar tais casos pela ausência de um conhecimento mais profundo da literatura médica e, por essa razão, o auxílio dos Peritos é indispensável. No presente processo, encontramos o laudo de exame de corpo delito e o parecer médico pericial, às fls. 587/605, elaborado pelo Dr. Oscar Luiz de Lima e Cirne Neto,

trazido pela Defesa do acusado, que questionou vários pontos que mereceram, por parte desse Juízo, um estudo mais profundo da literatura médica, a fim de elucidar algumas dúvidas.

Diante de toda a prova colhida, é possível afirmar com toda convicção que a não retirada da faixa de esmarch desencadeou uma série de problemas localizados na perna da vítima e que o óbito poderia ter sido evitado, caso alguns procedimentos médicos fossem observados e não houvesse uma seqüência de equívocos e/ou descuidos, cabendo destacá-los em conformidade com os exames e prontuários médicos anexados às ***fls. 297/421:***

1) A vítima sentiu dores por volta das 15h e nenhum médico foi chamado, tendo a enfermeira ministrado o medicamento tramal, prescrição médica. A enfermeira agiu corretamente, porém não havia qualquer médico de plantão especificamente para aquele setor e que poderia ter avaliado melhor a condição da vítima;

2) Ao dar entrada no HCE, os níveis de creatina estavam acima do normal e indicavam a necessidade de diálise, o que só ocorreu próximo ao óbito da vítima. É de se registrar que havia uma discordância entre a equipe médica do CTI e do setor de nefrologia quanto à necessidade da diálise;

3) Foi utilizado o mesmo antibiótico durante 10 (dez) dias, apesar da evolução do quadro de infecção que acabou se proliferando por todo o corpo; e

4) A amputação da perna provavelmente teria evitado a morte.

Desse modo, diante desse quadro não se pode afirmar com toda a certeza de que a morte não teria sido evitada se alguns procedimentos médicos tivessem sido tomados.

Afirmar que o garroteamento da perna por um tempo excessivo encontra-se na mesma linha de desdobramento causal em relação ao óbito e imputar àquele que esqueceu de retirar a faixa a prática do delito de homicídio culposo não é razoável, além de ser uma visão demasiadamente simplista, isto porque, um erro pode ter ocorrido, porém o mal maior poderia ter sido evitado.

É admissível que diante de tal espécie de negligência, do risco proibido criado por aquele que deixou de retirar a faixa, venha a ocorrer uma lesão corporal, até mesmo a amputação do membro atingido, mas não se encontra na esfera de previsibilidade do agente a morte da vítima. Cada um deve responder pelos seus atos e pelas conseqüências naturais que venham a eclodir, mas nunca por aquelas provocadas por fatos que ocorrem fora do seu âmbito de ação e domínio.

Definitivamente, deve ser imposto um limite à teoria da equivalência dos antecedentes, a fim de não se responsabilizar alguém de forma desproporcional ao erro cometido. É o caso dos autos, pois aquele que foi negligente deveria responder tão-somente pelas lesões provocadas, afastando o resultado morte para o qual diversos outros fatores podem ter sido determinantes.

Desse modo, é preciso identificar quem seria o responsável pela retirada da faixa e, portanto, teria provocado as lesões corporais na vítima.

Num primeiro momento, pode-se afirmar que o acusado, por ser chefe da equipe médica, é responsável por tudo o que ocorre na cirurgia. Entretanto, não se pode esquecer que o trabalho realizado em equipe necessita de confiança por parte do chefe em relação aos seus auxiliares, pois, caso contrário, o serviço não será bem prestado.

No caso, a retirada da faixa de esmarch não era atribuição exclusiva do cirurgião e, portanto, essa função poderia ser delegada a um auxiliar. O acusado afirma às fls. 268/272, que a delegou ao instrumentador Claudio Cordeiro que, por sua vez, às fls. 428/429, nega ter recebido tal atribuição. As testemunhas não esclarecem esse fato e, dessa forma, paira a dúvida sobre o verdadeiro responsável.

Interessante notar que Claudio Cordeiro, ao prestar depoimento no curso do IPM, afirmou que colocou e retirou a faixa, como se vê às fls. 86/87, porém em Juízo nega tal fato.

É claro que o responsável pelo bom andamento da cirurgia era o acusado, porém se houve delegação para retirada da

faixa e, em seguida, colocação do curativo de Jones, que envolve a perna, inclusive a própria faixa, como poderia o acusado verificar se Cláudio Cordeiro agiu corretamente? Por que Cláudio Cordeiro alterou o depoimento prestado na fase inquisitorial? Vale notar que ele afirma às fls. 428/429 que já retirou a faixa de esmarch em cirurgias realizadas no HCE, ou seja, poderia ter recebido tal delegação.

Veja bem, não se está afirmando que Cláudio Cordeiro era o responsável, mas tão-somente que, se houve a delegação, não se pode agora responsabilizar o acusado. O pensamento em sentido contrário levaria ao reconhecimento de uma responsabilidade objetiva, o que não se admite em hipótese alguma no Direito Penal.

Desse modo, não havendo prova suficiente de que o acusado era realmente o responsável pela retirada da faixa e de que não teria delegado tal função, não se pode vislumbrar a possibilidade de um decreto condenatório contra ele.

Derradeiramente, cabe ressaltar que mesmo se fosse ele o responsável, só deveria responder pelas lesões corporais provocadas a título de culpa, mas jamais pelo resultado morte." (fls. 652/654).

Ante a insuficiência de provas, não vislumbramos qualquer negligência ou imperícia na conduta do oficial.

É o quanto basta ao exame da questão.

Em face de todo o exposto, é por que votei vencido, divergindo de meus eminentes pares, posto que NEGAVA PROVIMENTO ao recurso ministerial para, mantendo a sentença de primeira instância, absolver o 2º Ten Ex ANDRÉ LUIZ CALDERARO VIEIRA do crime previsto no artigo 206, § 1º, do Código Penal Militar, com fulcro no artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar.

Superior Tribunal Militar, 28 de novembro de 2006.

Dr CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
Ministro do Superior Tribunal Militar

APELAÇÃO Nº 2006.01.050313-7-RS

APELAÇÕES. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. *CRIME IMPOSSÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADAS. PENA. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. IMPROVIMENTO. Demonstração nos autos de que a falsificação mostrou-se idônea para o fim visado, restando afastada, pois, a tese defensiva do erro grosseiro e, conseqüentemente, do crime impossível. Autoria e materialidade robustamente provadas no processo, estando ausentes quaisquer causas que afastem a responsabilidade penal dos* **Apelantes**. *Ausência de amparo legal, na legislação processual e penal militar, que sustente o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Improvimento das* **Apelações**. *Decisão Unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli.

Revisor — Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelantes — SILVANO LOPES MARQUES, ex-MN, condenado à pena de 02 anos, 09 meses e 22 dias de reclusão, como incurso (***vinte e uma vezes***) no art. 311, § 1º, do CPM, c/c o art. 71 do CP; e PAULO ROBERTO DE AQUINO, Civil, condenado à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, como incurso (***vinte vezes***) no art. 311 do CPM, c/c o art. 71 do CP. O Conselho fixou para ambos o regime aberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, concedendo-lhe, também, o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 31/05/2006.

Advogados — Drs. Oscar Cornelsen Neto e Fábio Quadro da Rosa.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento aos Apelos do ex-MN SILVANO LOPES MARQUES e do Civil PAULO ROBERTO DE AQUINO, mantendo íntegra a Sentença hostilizada.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. 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, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. (Extrato da Ata 66ª Sessão, 25.09.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, ***por unanimidade***, em negar provimento aos ***Apelos*** do ex-MN SILVANO LOPES MARQUES e do Civil PAULO ROBERTO DE AQUINO, mantendo íntegra a ***Sentença*** hostilizada.

Brasília, 25 de setembro de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Renaldo Quintas Magioli*, Ministro-Relator — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Cuida-se de ***Apelação*** interposta por SILVANO LOPES MARQUES, ex-MN, e PAULO ROBERTO DE AQUINO, Civil, o ***primeiro*** inconformado com a condenação que lhe foi imposta à pena de 02 anos, 09 meses e 22 dias de reclusão, como incurso (***vinte e uma vezes***) no art. 311, § 1º, do CPM, c/c o art. 71 do CP; e o ***segundo***, insatisfeito com a condenação que lhe foi atribuída à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, como incurso (***vinte vezes***) no art. 311 do CPM, c/c o art. 71 do CP.

De acordo com a ***Denúncia*** de fls. 02/11, aos ***Apelantes*** é atribuída, ***em essência***, a conduta de terem promovido, ***articuladamente***, a falsificação de ***Carteiras de Inscrição e Registro*** (***CIR***) de aquaviários atuantes na área da Capitania dos Portos do Rio Grande/RS, alterando irregularmente as suas categorias profissionais, mediante pagamento.

A ***Exordial*** encontra-se lastreada no IPM de fls. 12 até 475 (***Relatório*** de fls. 465/475), nos documentos que o complementam de fls. 481/618 e no ***Anexo I*** (***carteiras falsificadas***).

Em 04 de maio de 2004, a ***Peça Acusatória*** foi recebida às fls. 02 (fls. 631/632).

Os ***Apelantes*** foram regularmente citados às fls. 667 e 688 (***o também Acusado FERNANDO COSME DOS SANTOS foi citado às fls. 668***).

Os ***Apelantes*** SILVANO LOPES MARQUES e PAULO ROBERTO DE AQUINO foram qualificados e interrogados, respectivamente, às fls. 670/671 e 676/678; o ***Acusado*** FERNANDO COSME DOS SANTOS o foi às fls. 672/675.

As ***Testemunhas*** do ***Parquet*** foram ouvidas: Civil MARIA TERESA GOULART DOMINGUES às fls. 725/729; Civil LAÍS REGINA SOARES SARAIVA às fls. 730/734; Civil JORGE DE AZEVEDO MELO às fls. 735/738; Civil SELMAR JOAQUIM FIDALGO DE OLIVEIRA às fls. 811/815; Civil JACKSON WALDIR ROSA às fls. 816/187; e Civil CARLOS WENCESLAU FELIPE GAUTÉRIO às fls. 818/820.

A ***Defesa*** do ***Acusado*** PAULO ROBERTO DE AQUINO requereu e teve deferida a juntada dos documentos de fls. 739/758.

A ***Defesa*** do ***Réu*** FERNANDO COSME DOS SANTOS não arrolou ***Testemunhas*** (fls. 825).

As ***Testemunhas*** de ***Defesa*** do ***Acusado*** SILVANO foram inquiridas: 3º Sgt SIDNEI RODRIGUES RIBEIRO às fls. 853/855; 2º Sgt JUAN CARLOS BRANDÃO às fls. 856/857; e SO RICARDO NASCIMENTO VICENTE às fls. 1.044/1.046.

As ***Testemunhas*** de ***Defesa*** do ***Acusado*** PAULO ROBERTO DE AQUINO foram inquiridas: Civil SÉRGIO DANIEL MAIO LOURENÇO às fls. 912/914; Civil ALEXANDRE HIRATA às fls. 915/917; e Civil RAUL JOÃO DA SILVEIRA às fls. 918/920.

Às fls. 922, a ***Defesa*** do ***Acusado*** AQUINO requereu e teve deferida a juntada do documento de fls. 923, postulando, ainda, a realização de diligência junto à Marinha, buscando esclarecer os critérios para a mudança de categoria de aquaviários.

Às fls. 1065/1147 encontra-se o material gráfico submetido a exame pericial, acompanhado do pertinente ***Laudo de Exame Documentoscópico*** elaborado pelo Departamento de Polícia Federal (fls. 1138/1147).

Às fls. 1.154/1.155 é visto o requerimento da ***Defesa*** de PAULO ROBERTO DE AQUINO, questionando pontos do ***Laudo*** precedentemente apontado e postulando por "***novos esclarecimentos***".

Às fls. 1.157/1.158 está a ***Decisão*** da Juíza-Auditora indeferindo o "***requerimento***" prefalado.

As ***Alegações Escritas*** do ***MPM*** encontram-se às fls. 1.162/1.192.

As ***Alegações Escritas*** defensivas de FRANCISCO COSME DOS SANTOS, de PAULO ROBERTO DE AQUINO e de SILVANO LOPES MARQUES estão, respectivamente, às fls. 1195/1197, 1215/1229 e 1265/1271.

Em 31 de maio de 2006, o ***Julgamento*** foi realizado nos termos da ***Ata*** de fls. 1.285/1306, tendo o CPJ decidido pela condenação imposta aos ***Apelantes*** por ***unanimidade*** de votos.

A ***Sentença*** é vista às fls. 1.307/1.350.

Em 02 de junho de 2006, a ***Sentença*** foi lida e publicada às fls. 1.351/1.353, restando as partes devidamente intimadas.

O ***Acusado*** FERNANDO COSME DOS SANTOS não recorreu do ***Decisum*** (fls. 1.355/1.356).

Os tempestivos ***Apelos*** dos ***Sentenciados*** SILVANO LOPES MARQUES e PAULO ROBERTO DE AQUINO são vistos, respectivamente, às fls. 1360 (1365) e 1361 (1366).

Em suas ***Razões de Apelação*** de fls. 1371/1379, a ***Defesa*** do ***Apelante*** SILVANO sustenta que a prova coligida é inconclusiva, tocantemente à autoria. De outra parte, aduz que as testemunhas foram claras ao apontar que as falsificações operadas nas carteiras eram grosseiras, incapazes, pois, de gerar qualquer resultado lesivo ou penalmente relevante. Nessa mesma linha, diz que a própria fiscalização da Marinha, por si só, já impediria que o ***falsum*** produzisse qualquer efeito. Ressalta que, nesses termos, a hipótese é de crime impossível. Por fim, pede a absolvição ou, alternativamente, a redução da pena, tendo em vista "***que o apelante SILVANO LOPES, desde a fase inquisitorial, ainda na sindicância, confessou a prática do delito, declinando a forma de realização do mesmo, bem como quem eram os co-partícipes, fato que levou ao esclarecimento da verdade***".

Em suas ***Razões de Apelação*** de fls. 1381/1385, a ***Defesa*** do ***Apelante*** PAULO ROBERTO DE AQUINO postula tão-só que seja aplicada, ***in casu***, "***por ANALOGIA***", a legislação penal comum que permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pede,

assim, "***os benefícios do art. 44 do CP, na forma do art. 46 ou 48***" ou como entenda este Tribunal.

Em suas ***Contra-Razões*** de ***Apelação*** de fls. 1387/1391, alusivas ao Marinheiro SILVANO, o ***Ministério Público Militar*** afirma, de logo, que a tese do crime impossível aventada pela ***Defesa*** é inaceitável, na medida em que as CIR falsificadas "***obtiveram a credibilidade de várias pessoas da sociedade aquaviária, incluindo os próprios titulares das Cadernetas (pescadores, condutores, etc) e seus empregadores***". Ainda nesse sentido, argumenta que o laudo da perícia realizada nas CIR comprova a qualidade e a potencialidade das contrafações. De outra parte, pondera que a tese da não comprovação da autoria é igualmente insustentável, na medida em que o próprio SILVANO confessou o delito na ***Inquisa***, o que veio a ser corroborado pela prova técnica e pela apreensão de materiais utilizados na produção do ***falsum*** em sua residência. Aduz, na mesma linha, que a própria ***Defesa*** reconheceu a certeza da autoria, ao pedir que o ***Apelante*** fosse beneficiado com a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 72, inciso III, alínea "d", do Código Penal Militar. Pede, por fim, pela mantença da condenação imposta ao ***Apelante*** SILVANO.

Em suas ***Contra-Razões*** de ***Apelação*** de fls. 1392/1395, referentes ao ***Apelante*** PAULO ROBERTO DE AQUINO, o ***MPM, após tecer considerações sobre a circunstância de se tratar de um sentenciado civil e sobre a sua sujeição à Lei nº 7.210/84***, diz não vislumbrar "***óbice***" para a pretendida transformação da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Em favor desse posicionamento, pondera que a aplicação de institutos da legislação penal comum, "***por analogia***", já vem sendo feita pela Justiça Militar da União, destacando, a propósito, a adoção do artigo 71 do CP em vários precedentes.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em ***Parecer*** de fls. 1415/1426, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares, opina "***no sentido do conhecimento de ambos os apelos e seus improvimentos, com a manutenção integral da Sentença***".

Relatado o suficiente, decide-se.

VOTO

Os ***Apelos*** são tempestivos, atendendo, além disso, aos demais requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis ao seu conhecimento.

No mais, todavia, os ***Apelos*** não merecem prosperar.

Quanto ao ***Apelante*** SILVANO LOPES MARQUES, o seu agir delituoso desvela-se cristalino e sobejamente provado, tendo se iniciado em maio de 2002, quando, em parceria com o também ***Sentenciado*** (***não-apelante***) Cb FERNANDO COSME DOS SANTOS, falsificou a CIR pertencente ao pescador SÉRGIO MACHADO SOUZA.

A propósito desse primeiro fato, o próprio ***Apelante*** SILVANO, ao ser ouvido na fase investigatória, confessou tê-lo praticado, inclusive oferecendo detalhes sobre o seu ***modus operandi*** (fls. 76/77).

O Cb FERNANDO, co-autor, igualmente confessou ter participado dessa primeira empreitada criminosa, descrevendo minuciosamente como foi feita a aproximação com o ***Apelante*** SILVANO e como este, após alguma hesitação, decidiu fazer a falsificação da CIR do pescador SÉRGIO (***na Inquisa às fls. 104/105 e 158/160; em Juízo às fls. 672/675***).

Inquirido, o pescador SÉRGIO MACHADO SOUZA declarou ter feito contato inicialmente com o Cb FERNANDO com o objetivo de alterar a sua categoria profissional de aquaviário e ter pago, mais tarde, a importância de R$ 600,00 (***seiscentos reais***) ao ex-Marinheiro SILVANO pelo serviço realizado (fls. 171/173).

Superado esse primeiro fato, o proceder do ***Apelante*** SILVANO passou a contar com a parceria do também ***Apelante*** PAULO ROBERTO DE AQUINO.

Como de início, SILVANO realizava diretamente as falsificações nas CIR, enquanto AQUINO atuava com agenciador de clientes e intermediário.

Ouvido em seguidas oportunidades do procedimento investigatório, o ***Apelante*** SILVANO repisou ter sido o autor da falsificação da CIR pertencente ao aquaviário SÉRGIO MACHADO SOUZA, vindo a aduzir que, no que se refere à sua parceria com o "***Despachante AQUINO***", chegou a falsificar "***de vinte a vinte e cinco CIR de aquaviários***" (fls. 162/164).

Em destacados depoimentos (fls. 278/279 e 287/288), o ***Apelante*** SILVANO chegou a detalhar a maneira como operava a falsificação da CIR, explicitando que, além de falsificar as "***etiquetas***" com a alteração das categorias profissionais, cuidava também de inserir "***assinaturas***" de servidores da Capitania e números aleatórios de ordens de serviço "***para dar idéia de realidade para os pescadores que estavam com suas CIR sendo adulteradas***".

Interrogado em ***Juízo***, o ***Apelante*** SILVANO quedou-se silente.

Contudo, em que pese o silêncio judicial de SILVANO, as provas documental e testemunhal colhidas em Juízo corroboram por inteiro a sua confissão na ***Inquisa***, compondo um todo probatório harmonioso e suficientemente gerador de certeza.

Assim, a confirmar a confissão inicial de SILVANO, diz o ***Laudo de Exame Documentoscópico (grafotécnico), de forma conclusiva***, que, em pelo menos 11 (***onze***) CIR, foram constatados lançamentos e anotações falsas de sua lavra; e ainda diz o ***Laudo*** em questão que, ***embora não se lhe possa atribuir conclusivamente lançamentos mendazes existentes nas outras CIR***, todas estas apresentavam irregularidades que as caracterizavam como falsas (fls. 1138/1147).

Compondo definitivamente o rol de provas indicativas da autoria está o ***Auto de Busca e Apreensão***, resultante da diligência efetivada na casa de SILVANO, o qual relaciona material de informática e etiquetas do mesmo modelo utilizado para a falsificação das CIR (fls. 250).

Com relação ao ***Apelante*** PAULO ROBERTO DE AQUINO, igualmente robusto é o contingente probatório na definição da autoria.

Desponta, nesse sentido, a vasta prova testemunhal colhida na ***Inquisa***, representada pelos depoimentos de JOSÉ GONÇALVES (fls. 182/183), JORGE DE AZEVEDO MELO (fls. 193/195), DAGOBERTO PRIETSCH PONTES (fls. 214/215), JOÃO LUIZ DO NASCIMENTO MARQUES (fls. 217/218), LEONARDO PEREIRA LOURENÇO (fls. 220/221), WAGNER ALVES DE ALMEIDA (fls. 224/225), CARLOS RUDNEI MACHADO DA COSTA (fls. 227/229), VANDIR MACHADO CAMPOS (fls. 231/232), WILSON LUIZ DOS SANTOS TUTUI (fls. 267/268), CARLOS WENCESLAU FELIPE GAUTÉRIO (fls. 270/271), LUCIANO OLIVEIRA DA SILVA (fls. 273/275), EDUARDO SILVEIRA DOS SANTOS (fls. 290/291) e NILO DOS SANTOS CARVALHO (fls. 293/294), os quais, de forma uníssona, narraram que o ***Despachante*** AQUINO intermediou a alteração das carteiras profissionais de vários aquaviários, de forma fraudulenta e mediante a cobrança de valores que giravam em torno de R$ 1.300,00 (***hum mil e trezentos reais***) a R$ 1.500,00 (***hum mil e quinhentos reais***).

Em plena harmonia com esses depoimentos colhidos na sede inquisitorial, a ***Testemunha*** LAIS REGINA SOARES afirmou, em Juízo, que repassou ao ***Despachante*** AQUINO, por ordem de um proprietário de embarcações conhecido por HOMERO, valores no montante de R$ 1.300,00 (***hum mil e trezentos reais***) a R$ 1.500,00 (***hum mil e qui-***

nhentos reais), para o pagamento da transformação das categorias de dois aquaviários, tendo constatado, ao receber as CIR, que estas apresentavam "***irregularidades***" (fls. 730/734).

Com o mesmo grau de sintonia a ***Testemunha*** JORGE DE AZEVEDO MELO afirmou, também em Juízo, que, na condição de armador, procurou o ***Despachante*** AQUINO para que fosse procedida a troca de categoria de alguns dos pescadores que trabalhavam em seus barcos; que, por isso, pagou o serviço diretamente ao Sr AQUINO; e que "***a minha turma deu tanto azar que foi só pegar a matrícula e foram descobertos***" (fls. 735/738).

Da mesma forma, a ***Testemunha*** JACKSOM WALDIR ROSA narrou em Juízo que "***pagou ao Sr AQUINO***" a importância de R$ 1.300,00 (***hum mil e trezentos reais***) para que fosse feita a troca da sua categoria de aquaviário e que depois soube que a sua CIR estava irregular, acrescentando que o mesmo ocorreu com dois colegas, JOÃO HÉLIO DA COSTA e LÍDIO AMÂNCIO DA COSTA (fls. 816/817).

Por fim, desta feita em Juízo, disse a ***Testemunha*** CARLOS WENCESLAU FELIPE GAUTÉRIO que, ao tomar ciência de que o ***Despachante*** AQUINO "***estava fazendo mudança de categoria para os pescadores***", procurou-o para que a sua também fosse modificada; que pagou R$ 1.500,00 (***hum mil e quinhentos reais***) ao ***Apelante*** AQUINO; que, tempos depois, "***foi procurado pelo Sr AQUINO "todo apavorado", dizendo ao depoente que havia dado zebra na Capitania e que precisava da sua etiqueta***"; que não recebeu o dinheiro de volta; e que "***a etiqueta que constava sobre a atual 1ª folha da CIR foi arrancada juntamente com a folha***".

À luz desse robusto acervo probatório, desponta incontroversa a autoria do delito; ***primeiramente***, na forma da associação criminosa entre SILVANO e o Cb FERNANDO; e, depois, na mesma forma, entre o mesmo SILVANO e o ***Despachante*** AQUINO.

Destarte, claríssima, ***nessas duas equações***, é a figura da co-autoria, eis que os seus integrantes (SILVANO e FERNANDO – SILVANO e AQUINO), ligados subjetivamente por um desiderato comum e criminoso, exerceram, ***cada um a seu modo***, tarefas que ensejaram a realização material desse mesmo desiderato, ***vale dizêr a falsificação das Cadernetas de Inscrição e Registro*** de aquaviários.

Tocantemente à ***materialidade*** do delito, encontra-se esta claramente delineada e demonstrada pela via das 21 Cadernetas apreendidas (Apenso), cuja falsidade foi induvidosamente atestada por criterioso exame pericial expresso nos ***Laudos*** de fls. 592/597 e 609/614 e, ***especialmente***, no prefalado ***Laudo Grafotécnico*** de fls. 1139/1148.

Da sua parte, a ***Defesa*** dos ***Apelantes*** nada disse que sequer sombreasse a certeza que ampara a condenação que lhes foi imposta em 1º grau.

Nesse passo, a prova testemunhal defensiva sequer abordou objetivamente o fato indigitado criminoso, limitando-se, pois, ao abono das figuras dos ***Apelantes***.

Ainda nesse passo, desmerece abrigo a tese da ***Defesa*** do ***Apelante*** SILVANO de que, ***in casu***, tratar-se-ia de crime impossível, em face de uma aventada grosseria do ***falsum***.

Ora, ***para contrariar essa tese***, bastante seria apontar o longo tempo em que se projetou a conduta criminosa (***abril/maio de 2002 até meados de 2003***) e o grande número de cadernetas falsificadas (***vinte e uma***), o que significa dizer que, ***se grosseiro fosse***, o ***falsum*** teria sido abortado logo no seu nascedouro.

Porém, mais diz o ***Custos Legis*** em favor do afastamento de tal tese, em fragmento que, por seu acerto, merece ser adotado como razão adicional de decidir, ***in verbis***:

> *"A perícia foi conclusiva da falsificação e a mesma mostrou-se idônea, tanto que diversos aquaviários obtiveram trabalho embarcados segundo a nova habilitação".*

Igualmente inaceitável é a postulação da ***Defesa*** do ***Apelante*** AQUINO para que esta Corte transforme a reprimenda que lhe foi imposta em pena restritiva de direito; e assim é, ***simplesmente***, por absoluta falta de amparo legal.

Trata-se, pois, de postulação que não encontra eco na legislação processual e penal militar, podendo, todavia e eventualmente, ser objeto de consideração na órbita do Juízo de Execução, em face de ser o ***Apelante*** AQUINO Civil.

Por fim, quanto à dosimetria da pena, nada há a reparar, até porque foi a reprimenda fixada de forma benevolente, tendo em conta a grande extensão da continuidade delitiva de ambos os ***Apelantes***.

APELAÇÃO. LATROCÍNIO. CONCURSO DE AGENTES. (Art. 242, §3º, c/c arts. 70, II, "d" e 53) Militares que de forma brutal, consciente, covarde, mediante emboscada, matam superior hierárquico golpeando sucessivamente a cabeça do oficial com barras de ferro, visando subtrair o automóvel pertencente a vítima, praticam fato típico, antijurídico e culpável, previsto no art. 242, §3º, combinado com os arts. 70, II, "d" e 53 todos do CPM. Comprovadas a autoria e a materialidade, restando demonstrado nos autos que o motivo do crime seriam as dívidas que o 1º acusado tinha com terceiros. Negado provimento ao Apelo. Decisão Unânime.

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

Revisor — Min. Gen. Ex. Sergio Ernesto Alves Conforto.

Apelantes — ANDRELINO GUEDES BERNARDO, ex-Sd Ex, condenado a 30 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 3º, c/c os art. 70, inciso II, alínea "d", e 53, e CARLOS ALBERTO DOS SANTOS JÚNIOR, ex-Sd Ex, condenado a 20 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 3º, c/c os arts. 70, inciso II, alínea "d", 72, inciso I, 75 e 53, tudo do CPM, ambos com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102 do citado diploma legal, sendo fixado o regime fechado para cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do CP.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 08/06/2006.

Advogado — Drs. Artur Osvaldo Cardoso Vieira Filho, Defensor Dativo, e Margareth Affonso Fernandes.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento aos apelos defensivos, mantendo inalterada a Sentença condenatória **a quo**. Presidência do Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES.

Presidência do Ministro Doutor Olympio Pereira da Silva Junior. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria

Lúcia Wagner. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Max Hoertel, Henrique Marini e Souza, Flávio de Oliveira Lencastre e Rayder Alencar da Silveira. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 74ª Sessão, 05.12.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em negar provimento aos Apelos, mantendo inalterada a Sentença *a quo*.

Brasília, 05 de dezembro de 2006 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Relator — Gen Ex *Sergio Ernesto Alves Conforto*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Em 26 de julho de 2005, o órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, ofereceu **denuncia** contra os ex-Sds **ANDRELINO GUEDES BERNARDO** e **CARLOS ALBERTO DOS SANTOS JÚNIOR** como incurso no art. 242, § 3º, c/c art. 70, "d" e art. 53 todos do CPM porque *"de forma brutal, consciente, covarde, mediante emboscada, mataram o Tenente Jonny golpeando sucessivamente a cabeça deste oficial com barras de ferro, visando subtrair o automóvel pertencente a referida vitima, praticando destarte fato típico, antijuridico e culpável"* (fls. 02/05).

A Denuncia foi recebida em 27 de julho de 2005 (fl. 43).

O primeiro acusado, Sd Ex **ANDRELINO GUEDES BERNARDO** em **Interrogatório** disse: (fls. 521/525):

> *"que, do fato descrito na denuncia, participou apenas da tentativa de subtração do veículo; que não viu os autores da morte do Tenente; que o mandante da empreitada delituosa foi o Cabo LIRA; (...); que, no dia dos fatos, o Cabo LIRA, por volta das 15 horas, entrou em contato com o Acusado e disse que o mesmo deveria apanhar a chave do carro do Tenente, que estaria na roda esquerda e subtrair o veículo; que isso deveria ocorrer entre 19h30 e 19h40; que não sabia que iria matar o Tenente; que o Cabo LIRA não deu mais nenhum detalhe; que tinha*

uma dívida muito grande com o Cabo LIRA, sendo que, participando da subtração, a dívida seria zerada; (...); que, ao chegar ao estacionamento, para subtrair o veiculo, não viu o vestígio de qualquer briga, já que estava muito escuro; que nunca convidou qualquer militar para participar de subtração de veiculo; que não conseguiu sair com o veículo da Unidade Militar; que retornou ao estacionamento, estacionou o veículo e foi dormir; (...);."

Em **Interrogatório** o segundo acusado, Sd Ex **CARLOS ALBERTO DOS SANTOS JUNIOR** disse (fls. 516/520):

"que foi convidado pelo outro Acusado, já por volta das 18 horas, para ir até o estacionamento da Unidade Militar; que este fato está relacionado com um simples passeio; que, chegando ao local, sentaram em uma mureta e avistaram o carro do Tenente; que ANDRELINO chegou perto do veiculo e deu um volta em torno do mesmo; (...); que ficaram no estacionamento menos que cinco minutos; (...); que ANDRELINO comentou com o Acusado que tinha quebrado uma lâmpada no estacionamento; que isso ocorreu dias antes da morte do Tenente;(...).".

No **Reinterrogatorio** do Sd **SANTOS JUNIOR** a pedido da defesa, às fls. 827/829, o segundo acusado modificou a sua versão, declarando que:

"Na segunda-feira, por volta da seis e pouca da noite, após o futebol foi para o alojamento de soldados EV e ao sair, em frente a Bateria, do lado de fora, encontrou o SD ANDRELINO que estava usando o macacão camuflado com manga curta e tênis preto. Afirmou que o SD ANDRELINO o chamou para que fosse ao estacionamento. Após descerem a rampa, e chegar ao estacionamento, sentaram na mureta em frente ao carro do Tenente Jonny. Disse que o SD ANDRELINO havia feito comentários que o carro era bonito, olhou para dentro do carro e disse que tinha banco de couro e que valia um dinheiro. Disse que naquele horário estava escuro, saíram juntos do estacionamento e foi para seu alojamento e o SD ANDRELINO foi em direção ao alojamento dele. Afirmou que quando entrou no alojamento ficou em frente a seu armário, tirou o tênis, a camisa e pegou o sabonete e foi para o banheiro. Após o banho pegou a manta e foi dormir. Já dormindo disse que o SD ANDRELINO passou por ele e deu um "tapa", disse também que quando recebeu o tapa acordou e olhou para ver quem era, identificando o SD ANDRELINO. Mais tarde levantou para ir ao banheiro e quando estava

saindo daquele local, o SD ANDRELINO que estava em frente a Subtenência, a sua espera, vestindo o macacão camuflado o viu e o chamou. Nesse momento disse que perguntou ao SD ANDRELINO o motivo do chamado e recebeu como resposta que era para ir ao estacionamento. Mais para frente, quando estava subindo perguntou o que era que o SD ANDRELINO queria e recebeu como resposta que era para carregar o corpo de Ten. JONNY. Nesse momento, afirmou que disse ao SD ANDRELINO que não iria e o SD ANDRELINO disse, então, que era para ele ficar lá para ver se não iria aparecer ninguém. Disse que estava escuro e que só ouviu vozes, principalmente a do SD ANDRELINO. Disse que uma voz que não soube identificar falou: "Leva aqui para cima" e que o SD ANDRELINO respondeu "Traz aqui para baixo". Quando o SD ANDRELINO desceu do estacionamento e o chamou para ir embora, o mesmo estava vestindo o macacão camuflado sujo de sangue e que ele estava com uma barra de ferro também suja de sangue."

Na inquirição de testemunhas do MPM às fls. 526/529 o Sd **ROGÉRIO DOS SANTOS**, declarou:

> *"que, realmente, confirma ter encontrado os Acusados no alojamento por volta das 23 horas; que ANDRELINO estava com uma barra de ferro e logo a encostou na parede; que a barra de ferro estava suja de sangue; que a testemunha perguntou o que tinha acontecido, tendo ANDRELINO respondido que tinham matado um gambá; (...).".*

A testemunha do MPM às fls. 530 o Sd **BELCHIOR CABRAL DOS SANTOS**, declarou:

> *"que viu ANDRELINO acompanhado da pessoa descrita às fls. 381/382 (no caso Santos Júnior) por volta das 18h; que ANDRELINO abriu o seu armário e pegou algumas bananas; que viu também que ANDRELINO portava uma barra de ferro em sua perna enquanto apanhava bananas no armário; que ANDRELINO vestia uma roupa semelhante a um macacão utilizado para cortar grama;".*

A testemunha Sd **JANILSON DE MEDEIROS PROCÓPIO** declarou às fls. 438/439 e 532:

> *"...no dia 25 de julho de 2005, estando de serviço de plantão à EsEFEX (Escola de Educação Física do Exército), no período entre 10:00h e 12:00h, quando de permanência à praia*

de fora, ao conversar com o soldado Santos Júnior, que também estava de serviço no mesmo posto, recebeu um convite de 'dar alteração' no serviço. Neste momento, perguntou ao soldado Santos Júnior, que tipo de alteração. Tendo como resposta: abandonar o posto na madrugada, abrir uma das salas de aula da EsEFEX, para acessar a Internet. Proposta esta que foi recusada (pelo soldado Procópio), alegando que poderiam ser presos. Em seguida o soldado Santos Júnior comentou que "- tá bom, imagina se a gente fica preso com o Andrelino..". Foi quando este (soldado Procópio) retrucou com as seguintes palavras "- tá maluco, ou é criminoso!". Então o soldado Santos Júnior respondeu "que nada, o Andrelino é bonzinho". Foi quando que respondeu ao soldado Santos Júnior que o soldado Andrelino é muito frio, pois matou o Tenente Jonny, dormiu no quartel e foi embora no dia seguinte, sendo logo corrigido pelo soldado Santos Júnior, que confirmou que o soldado Andrelino só foi embora na quarta-feira (dia 15 de junho de 2005), na parte da manhã, sem fazer a inspeção de saúde. Após isso, reafirmou ao Soldado Santos Júnior que o soldado Andrelino era frio, pois matou o tenente Jonny e ainda o jogou dentro do mato, tendo como resposta do soldado Santos Júnior que 'devem ter dado uma porrada na cabeça do tenente para ele desmaiar e levarem o carro sem ele ver quem foi. Mas na hora que deram a porrada ele deve ter visto e colocou o braço para se proteger, porque o braço dele estava quebrado. Aí, como o tenente viu quem era, eles devem ter resolvido matar o tenente Jonny". Neste momento respondeu (soldado Procópio) que 'mesmo assim, mataram e ainda jogaram dentro do mato'. Foi quando o soldado Santos Júnior disse que ele (tenente Jonny) caiu ao levar a pancada, se levantou para correr, levou uma banda e caiu de novo mais a frente. E aí eles devem ter tentado levá-lo para cima, no mato, e não conseguiram, jogando o corpo do tenente Jonny lá embaixo. Então respondeu (soldado Procópio) que o soldado Andrelino foi muito burro, pois foi para o alojamento cheio de sangue. Tendo como resposta do soldado Santos Júnior o seguinte: 'não, ele (soldado Andrelino) deve ter tomado um soco ou uma cotovelada do tenente Jonny no nariz, desceu, subiu pela santinha pra lavar o rosto no tanque ao lado da enfermaria da Bateria, achou que já estava limpo e foi para o alojamento'; (...); que os militares da unidade não comentavam detalhes do homicídio do tenente até

porque isso não era passado para o contingente; que a testemunha só sabia o que era noticiado pelos meios de comunicação; que SANTOS JUNIOR contou para a testemunha a forma com que imaginou como o homicídio ocorrera e em nenhum momento confirmou participação no mesmo; que os militares conversavam a respeito do ocorrido mas nunca ninguém deu tantos detalhes como SANTOS JUNIOR; que na verdade a testemunha foi quem puxou o assunto do homicídio do tenente com SANTOS JÚNIOR; que passou a acreditar que ANDRELINO era tão perigoso após a prisão; que SANTOS JÚNIOR na conversa com a testemunha sempre utilizou verbos na 3ª pessoa do plural sem entretanto falar em "nós"; que pelos detalhes dados e a forma utilizada por SANTOS JÚNIOR acredita que o mesmo estava no local do crime; que pelo que sabe ninguém tinha acesso aos detalhes da investigação (...);"

A testemunha do MPM o ex-Sd. Ex. **FAGNER SANTOS DA COSTA**, declarou (fl. 533):

"que confirma que ANDRELINO lhe convidou para roubar um veículo; que ANDRELINO também fez tal convite a SANTOS JUNIOR; (...); que após o convite se afastou de ANDRELINO; que ANDRELINO utilizou um tom que levou a testemunha entender que era brincadeira; que não ficou sabendo de detalhes do homicídio apenas circunstâncias genéricas como a utilização de uma barra de ferro.".

A testemunha do Juízo Cabo **MARCOS ANTÔNIO LIRA**, declarou (fls. 684/685):

"que ANDRELINO não tinha nenhuma divida com a testemunha; (...); que conhecia o veículo narrado na denúncia; que nunca pediu a ANDRELINO que subtraísse esse veículo para quitar qualquer dívida; que nega integralmente a versão dada pelo acusado ANDRELINO no que se refere ao seu envolvimento na morte do Tenente Jonny; (...); que nega que ANDRELINO tenha dado chaves do veículo que seria furtado que pertencia ao Ten. Jonny;(...)".

No termo de Acareação do Acusado **SD ANDRELINO GUEDES BERNARDO** e a testemunha do Juízo **CB MARCOS ANTÔNIO LIRA**, em razão das divergências em suas declarações restou apurado:

"O acusado ANDRELINO confirmando que o CB LIRA foi o mandante da empreitada delituosa fez o seguinte questionamento: como eu quitei a dívida que tinha com o CB LIRA?; O CB LIRA nesse ponto informou que ANDRELINO não tinha nenhuma dívida já que tinha pago a sua parte do prejuízo causado ao carro do CB LIRA; que o acusado ANDRELINO então questionou em que momento a dívida foi paga? Que o CB LIRA respondendo disse que os três militares (ANDRELINO, TEOFILO e MELO) reuniram dois mil reais entregando ao CB LIRA; que ANDRELINO disse que sua parte então estava quitada já que não tinha sido responsável pelos danos do veículo sendo certo que o que restava pelos danos cabia tão-somente ao TEOFILHO e MELO; que CB LIRA aceitou esta afirmativa passando a cobrar a dívida apenas de TEOFILO e MELO;"

Em **Alegações Escritas**, diz o MPM (fls. 837/842):

"Diante do exposto, resulta nítido que os acusados, em conluio, eliminaram a vida do Tenente Jonny e que, no mínimo, SANTOS JUNIOR, caso não tenha praticado atos de execução, ficou na espreita, de vigia, acobertando a atuação daquele."

A Defesa do primeiro acusado em **Alegações Escritas** pugnou pela desclassificação da imputação original para o delito de furto, esperando uma solução benigna para o caso. Já a do segundo acusado vem pleitear também uma desclassificação, só que para o delito de favorecimento real, com a aplicação da pena mínima. (fls. 845/853).

A **Sentença** do Conselho Permanente de Justiça de fls. 864 a 887, à unanimidade de votos, resolveu **CONDENAR** SD ANDRELINO GUEDES BERNARDO e SD CARLOS ALBERTO DOS SANTOS JÚNIOR, já qualificados, como incurso nas sanções do art. 242, § 3º c/c art. 70, II, d e art. 53, todos do CPM, reconhecendo-se o artigo 72, I e art. 75 do referido Diploma Legal para o segundo acusado.

"...Para tanto, fixa a pena-base para o primeiro acusado em 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão (pena mínima cominada ao delito majorada de metade), pena está que deve ser agravada de um terço, consoante o art. 70, II, d do CPM, resultando em ***30 (trinta) anos de reclusão,*** *que se transforma em definitiva a ser cumprida inicialmente em regime fe-*

chado, segundo o art. 33, § 2º, a, do CP, por inexistência de atenuantes, causas de aumento e de diminuição de pena.

Para o segundo acusado, fixa a pena-base em ***20 (vinte) anos de reclusão*** *(pena mínima cominada ao delito majorada de um terço), pena esta que transforma em definitiva, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, segundo o art. 33, § 2º, a, do CP, por inexistência de causas de aumento e de diminuição de pena. A agravante do artigo 70, II, d, deve ser compensada na forma do artigo 75, com a atenuante do art. 72, I, tudo do CPM.*

Também por totalidade de votos, ***DECIDE*** *que deve ser aplicada pena acessória de exclusão das Forças Armadas previstas no artigo 102 do CPM para ambos.*

Outrossim, por unanimidade, ***DECIDE*** *pela não concessão da suspensão condicional da pena para os dois acusados, por proibição legal prevista no art. 84 do CPM. Da mesma forma, não merecem recorrer em liberdade, por permanecerem intactos os requisitos que nortearam a prisão preventiva decretada nas Decisões de fls. 36/37 e 387/389.*

Finalmente, à luz do artigo 442 do CPPM, deve, ser extraídas cópias da quebra de sigilo telefônico, do interrogatório de ANDRELINO, acareação entre ANDRELINO e a testemunha CB LIRA, e remetidas ao Ministério Público Militar para as medidas cabíveis.

Inconformado com a sentença proferida, a defesa de **ANDRELINO GUEDES BERNARDO e CARLOS ABERTO DOS SANTOS JÚNIOR**, interpuseram os presentes **Recursos de Apelação** esperando por uma solução benigna para o caso, pugna a defesa do primeiro acusado pela aplicação da pena mínima atribuída ao crime em que participou ensejando assim sobre o Apelante pena compatível com sua condição e atitude delituosa. E a defesa do segundo acusado requer o provimento do presente recurso para desclassificação para a infração penal do art. 351 do CPM, por ser medida de Justiça; Se o pedido acima não for concedido requer a fixação da pena no mínimo legal. (fls. 903/914)

Em **Contra-Razões** de Apelação, o órgão do MPM requer que conheçam dos recursos, posto que preenchidos seus requisitos legais e, no

mérito, julgue-os pelo seu IMPROVIMENTO, mantendo a r. sentença, por seus próprios fundamentos jurídicos. (fls. 927/929)

Em **parecer** de fls. 947/951 da lavra do Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dr. Alexandre Concesi, opina a **PGJM** pela rejeição do apelo de Andrelino Guedes Bernardo e pelo provimento parcial do apelo interposto por Carlos Alberto dos Santos Júnior, pois:

> *"Se não tivesse se omitido, o resultado não teria ocorrido. O nexo causal é claro. Por outro lado, não há provas suficientes nos autos de que ele tenha perpetrado violência contra a vitima, o que legitima a presunção de que sua participação no evento delitivo pode ser minimizada, devendo, inclusive, como diz a defesa em seu arrazoado, ser levada em conta, primeiramente, a menoridade daquele acusado. Por essa razão, somos pelo provimento parcial do recurso de Santos Júnior, no sentido de ser reduzida a pena a ele infligida, redução essa a ser estabelecida pelo eg. STM."*.

Relatado, decide-se.

VOTO

Inicialmente cabe salientar que há muito tempo não vejo uma Sentença tão bem fundamentada, tão bem estruturada, tão justa, como a R.sentença recorrida, devendo ressaltar, como afirmado na Decisão, o excelente trabalho elaborado na fase inquisitorial. O incansável esforço da autoridade policial militar em desvendar o crime, impediu que o fato examinado entrasse para o rol daqueles crimes sem solução.

Diz ainda a sentença que na busca da verdade foi preciso uma sintonia fina nos autos para montar o quebra cabeça de indícios e provas, garantindo assim a procedência da denuncia.

Não resta qualquer dúvida da autoria e da materialidade. O *modus operandi* e o cenário do latrocínio confirmam que seus algozes agiram de emboscada, com total surpresa para a vitima, impossibilitando-a de oferecer a mínima resistência.

Diz, com muita propriedade o Sub-Procurador Geral em seu parecer que o motivo do crime, conforme amplamente comprovado nos autos, seriam as dívidas que o 1º acusado tinha com terceiros e com a parti-

cipação direta do 2º acusado, matou a vítima para roubar seu carro, um veículo Astra na tentativa de saudá-las. Demonstrou ainda, com seu agir, sua personalidade agressiva, cruel e criminógena.

Diante do acervo probatório coligido, verifica-se, assim, que a R. Sentença apreciou a questão, detalhando a participação de cada um dos denunciados no evento criminoso e contestando, por outro lado, as alegações defensivas.

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.

No que se refere à Andrelino, a ousadia da conduta, praticada no interior da OM contra superior hierárquico causando péssima repercussão no seio da tropa. A intensidade do dolo empregado, identificado pela agressividade aplicada contra o jovem oficial, causa perplexidade quando se vê as fotos acostadas nos autos que compõem as Considerações técnicas periciais, às fls. 491 acompanhadas do seguinte relato:

> *"...quando a vítima começou a sofrer os primeiros golpes de instrumento contundente, movimentando-se naquele local e deixando os gotejamentos nos diversos locais mencionados. Muito provavelmente a vítima, ainda de pé, com o intuito de defender-se dos golpes, levou seu braço direito à frente do corpo (a altura da cabeça) quando ao receber os golpes veio a sofrer fratura. Possivelmente devido a força aplicada no instrumento do crime, os primeiros golpes atingiram a cabeça da vítima, produzindo as incisões que gerariam espargimento de manchas ematóides sobre o teto do veículo e outras áreas do local...". A crueldade foi tamanha que relatam os peritos, ainda às fls. 430 e 432 que "... uma vez levada a consecução a agressão, já com a vítima inerte, mais ainda viva, foi o corpo conduzido pela mata, em declive, até o ponto repousado o cadáver...Quando dissemos que o ex-tenente ainda estava vivo quando teve seu corpo ocultado, muito embora ferido de morte, deveu-se na presença de escoriações lineares, com características "em arrasto" bem como uma escoriação, na fase medial da primeira articulação metatarso-falangeana direita..."*

APELAÇÃO Nº 2006.01.050354-4-RJ

USO DE DOCUMENTO FALSO. *DISPENSA MÉDICA. NATUREZA JURÍDICA PARTICULAR DO DOCUMENTO. Autoria e materialidade incontestes. Provimento parcial do Apelo ministerial. Reforma da sentença absolutória. Decisão por maioria.*

Relator — Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos.

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, no tocante à absolvição dos ex-MNs ROBSON SANTOS DE CASTRO, FABIANO OLIVEIRA DA COSTA e MARCELO FRANCISCO DE LIMA, do crime previsto no art. 315, c/c o art. 70, inciso II, letra "a", tudo do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 19/06/2006.

Advogados — Drs. Mauro de Almeida Felix, Defensor Dativo, e José Fagundes Junior.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, deu provimento parcial ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a r. Sentença **a quo**, condenar os ex-MNs ROBSON SANTOS DE CASTRO, FABIANO OLIVEIRA DA COSTA e MARCELO FRANCISCO DE LIMA à pena de 01 ano de reclusão, como incursos no art. 315, c/c o art. 311, ambos do CPM, com o benefício do **sursis** pelo prazo de 02 anos, com fulcro no art. 84 do mesmo diploma legal, sob as condições fixadas no Acórdão, com a obrigatoriedade de apresentação trimestral perante o Juízo de Execução, designando-se a Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM para presidir a audiência admonitória, **ex vi** do art. 611 do CPPM, estabelecendo o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, se for o caso, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR negava provimento ao Apelo ministerial, mantinha inalterada a r. Sentença absolutória recorrida e fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. 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, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder

Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. (Extrato da Ata 70ª Sessão, 09.10.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em dar provimento parcial ao apelo do MPM para, reformando a r. sentença "a quo", condenar os ex-MNs ROBSON SANTOS DE CASTRO, FABIANO OLIVEIRA DA COSTA e MARCELO FRANCISCO DE LIMA à pena de 01 ano de reclusão, como incursos no Art. 315 c/c o Art. 311, ambos do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 (dois) anos, com fulcro no Art. 84 do CPM, sob as condições fixadas no Acórdão, com a obrigatoriedade de apresentação trimestral perante o Juízo de Execução, designando-se a Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM para presidir a audiência admonitória, "ex vi" do Art. 611 do CPPM, estabelecendo o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, se for o caso, com fundamento no Art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

Brasília, 09 de outubro de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Alte Esq *José Alfredo Lourenço dos Santos*, Ministro-Relator — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

A Representante do Ministério Público Militar junto ao Juízo da 4ª Aud/1ª CJM ofereceu, em 15/JUN/2004, Denúncia contra os ex-MNs ROBSON SANTOS DE CASTRO, FABIANO OLIVEIRA DA COSTA e MARCELO FRANCISCO DE LIMA, qualificados nos autos, com base no IPM nº 040/04, dando-os como incurso no Art. 315 do CPM c/c o Art. 70, inciso II, alínea "a", do CPM, pelos fatos a seguir transcritos, fls. 02/04:

> *"Por determinação do CC (Md) HELDER MOREIRA FILHO, então chefe do Departamento de Saúde da Escola Naval, foi efetuada uma verificação nas papeletas de dispensa médica emitidas no período de dezembro de 2002 a maio de 2003.*
>
> *Nessa situação, foram identificadas algumas papeletas de dispensa médica contendo assinaturas que comprovadamente não foram lançadas pelos médicos cujos nomes constavam nos carimbos.*
>
> *Nos termos da perícia efetuada por oficiais da Escola Naval (fls. 181/183), quatro (04) papeletas foram efetivamente preenchidas indevidamente com dados inverídicos, permitindo aos denunciados a dispensa do serviço em quatro ocasiões, (...)*

No transcurso das investigações, foi constatado que os três marinheiros ora denunciados utilizaram formulários materialmente verdadeiros, nos quais fizeram inserir informações falsas, objetivando conseguir dispensas do serviço. Nos citados formulários, colocaram os carimbos dos médicos e, de alguma forma, copiaram, ou fizeram copiar, as rubricas.

De fato, não se tendo identificado tecnicamente a autoria dos dados inverídicos lançados nos formulários, nem das simulações de assinaturas, conclui-se que os três fizeram uso dos documentos citados e, com essa atitude, conseguiram ausentar-se dos respectivos serviços diários, de quarto e semanais, obrigando o Sargenteante Geral a alterar escalas e, com isso, submetendo outros marinheiros a serviços extras, para cobrir as ausências dos três.

Sobrecarregando a já apertada escala de serviço, havendo, inclusive, a exigente escala de 2 x 1, os três denunciados causaram efetivo prejuízo ao serviço e à ordem administrativa, transformando a rotina da unidade sem motivo justificável.

Assim agindo, os três denunciados violaram, cada um, o disposto no art. 315 do Código Penal Militar, devendo-se observar a agravante contida no art. 70 da mesma lei, inciso II alínea a, para os três denunciados.

Isto posto, o Ministério Público oferece a presente Denúncia MARCELO FRANCISCO DE LIMA, ROBSON SANTOS DE CASTRO e FABIANO OLIVEIRA DA COSTA, requerendo desde já a citação dos três para se verem processar nos termos da Lei até o julgamento, pleiteando, desde já, a condenação de todos."

O laudo pericial grafotécnico do Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha acostado aos autos, fls. 78/123, concluiu que as assinaturas apostas nas respectivas licenças não partiram do punho dos médicos indicados nos carimbos.

Já o laudo de exame documentoscópico emitido pela Seção de Criminalística – SR/RJ, fls. 133/146, concluiu que não se poderia determinar com exatidão se as rubricas analisadas partiram ou não do punho dos médicos indicados como subscritores das licenças.

Consta dos autos relatório de IPM, fls. 150/156, solução de IPM, fls. 159, e laudo de exame pericial complementar, fls. 184/189.

Revestida das formalidades legais, a Denúncia foi recebida pelo Juiz-Auditor Substituto da 4ª Aud/1ª CJM em 05/JUL/2004, fls. 312.

Devidamente citados, fls. 333/335, compareceram os denunciados perante o CPJMar da 4ª Aud/1ª CJM, para qualificação e interrogatório, onde responderam, "verbis":

- MN QS MARCELO FRANCISCO DE LIMA, fls. 346/348

"que o réu afirma que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros, já que o réu fora atendido pelo Comandante Helder e que o mesmo preencheu a citada papeleta, que o réu afirma que obteve sete dias de licença médica, que o réu já vinha de outras licenças, (...) que o réu afirma que o Cmte Helder fora quem preencheu a ventilada papeleta, que o réu trabalhava no Departamento de Saúde à época dos fatos, que o réu acredita que a papeleta a fl. 13 seja confeccionada pelo CC Helder, (...) que o réu não sabe se o preenchimento e assinatura foram feitos pelos dois outros réus, que o réu reitera que não assinou ou apôs o carimbo do Comandante Helder na citada papeleta de dispensa, (...) que o réu assim apresentou a citada papeleta e usufruiu a licença, que o réu nada tem a alegar contra as testemunhas arroladas na denúncia, que o réu nunca foi preso ou processado anteriormente, que o réu alega que não sobrecarregou a escala de serviço, já que como acima mencionado, já vinha de uma longa licença médica desde dezembro de 2002, e que a papeleta data de 29 de abril de 2003, não sobrecarregou a escala, que já estava fora da mesma, que o réu não preencheu qualquer outra papeleta de dispensa no lugar do Comandante Helder, (...) que o réu só tinha acesso a um carimbo do Comandante Helder e que ficava na mesa onde trabalhava, que não pode precisar se havia outros carimbos disponíveis do Comandante Helder em outras seções, (...) que o réu não viu o Comandante Helder preencher a papeleta em questão já que o Comandante Helder não costumava dar consultas, que o Dr. Helder o dispensou e a seguir confeccionou a mesma,"

- MN QS ROBSON SANTOS DE CASTRO, fls. 349/351:

"que o réu afirma que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros, já que o réu fora atendido pelo Comandante Helder e que assim obteve a licença médica, que o réu não sabia que a papeleta de dispensa era falsa, uma vez que se consultou com o Comandante Helder, que o réu usufruiu a licença em questão, que o réu não viu o Comandante Helder preencher a papeleta, (...) que o réu só soube que estava dispensado quando olhou o detalhe do serviço e não viu o seu nome, que a segunda via da papeleta não lhe foi entregue, que o réu trabalhava no Laboratório/Farmácia à época dos fatos, (...) que no momento em que o réu foi atendido pelo Coman-

dante Helder, este não mencionou os dias de dispensa ao acusado, apenas prescreveu um determinado medicamento para a coluna, já que se tratava da sua reclamação, que o réu também não voltou mais até a sala ou consultório do Comandante Helder a fim de saber quantos dias estava dispensado, já que olhou o detalhe de serviço como acima mencionado, que o Dr. Helder iria mencionar os dias de dispensa ao réu posteriormente, que as citadas dispensas, não foram para o réu ficar em casa, que o réu cumpriu o expediente,"

- ex-MN QS FABIANO OLIVEIRA DA COSTA, fls. 352/353:

"que o réu afirma que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros já que nas duas ocasiões o réu fora atendido pelo Comandante Miranda, que o Comandante Miranda preencheu e assinou as papeletas de dispensa ao atender o acusado, que o réu afirma que o Dr. Miranda preencheu e lhe entregou as duas papeletas como acima mencionado, que o réu então as entregou a Sargenteança Geral, que o réu já sabia que seria licenciado em face das papeletas de dispensa, (...) que o réu não sabe o motivo pelo qual as papeletas de dispensa estão sendo descritas como falsas, (...) que os motivos que levaram o réu à consulta foram as dores na coluna e na cabeça,"

Inquirido perante o CPJMar da 4ª Aud/1ª CJM, fls. 377/379, o Capitão de Fragata HELDER MOREIRA FILHO, testemunha arrolada pelo MPM, respondeu:

"que o depoente não se lembra se atendeu oficialmente os dois primeiros acusados, que a testemunha não se recorda que tenha lançado em seu prontuário algum atendimento que tenha feito aos dois primeiros réus, mas que possivelmente já tenha "safado" algum tipo de orientação aos dois primeiros réus, que o depoente não preencheu as papeletas de dispensas insertas as fls. 136/137, que o depoente não reconhece o seu preenchimento e também a sua assinatura, que a testemunha não pode dizer quem havia feito o preenchimento de tais papeletas e que não pode informar com exatidão se teria sido um dos acusados, já que tem outras atribuições e também não acompanhou as investigações em sede Policial Militar, (...) que o depoente costuma dar consultas, embora não fosse com a mesma freqüência que os demais médicos da unidade, que o primeiro réu não confeccionava a relação de dispensados, que a testemunha não sabe se os réu sofreram algum tipo de pressão durante o IPM, (...) que a segunda via da papeleta era entregue diretamente ao paciente que deveria encaminha-la ao Departamento de Pessoal, (...) que a dispensa médica já é validada pelo carimbo e pela assinatura do médico".

A segunda testemunha de acusação, Capitão de Corveta LUCIANO CARLOS GOMES DE MIRANDA, em Juízo, fls. 380, respondeu:

> *"que as papeletas às fls. 138/140 não foram preenchidas ou assinadas pelo depoente e que não pode enfatizar se atendeu ou não o terceiro acusado, nas datas indicadas na denúncia, que o depoente informa que já deve ter atendido em outras oportunidades os réus, que o depoente não sabe dizer quem teria feito os preenchimentos e também as assinaturas, (...) que a segunda via é entregue ao militar ao ser atendido, (...) que a testemunha teria dois carimbos, sendo que um fica com a testemunha e o outro na sua gaveta da sua seção, que tal gaveta não tem chave. (...) que durante o expediente a sua sala tem livre trânsito."*

Inquiridas em Juízo, fls. 428/431 e 456/457, as testemunhas de Defesa nada puderam aduzir no que tange aos fatos narrados na denúncia, limitando-se a retratar o bom comportamento dos réus.

Ultimada a instrução processual, na fase de alegações escritas, a douta representante do Ministério Público Militar, fls. 510/512, pugnou pela condenação dos acusados, à luz do laudo do Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha acostado aos autos, dos depoimentos dos acusados na fase do IPM, bem como dos depoimentos dos médicos.

Nessa mesma fase processual, o Defensor Dativo do acusado ROBSON SANTOS DE CASTRO, fls. 517/526, e o Defensor dos acusados MARCELO FRANCISCO DE LIMA e FABIANO OLIVEIRA DA COSTA, fls. 527/530, sustentaram a absolvição dos réus, enfatizando a aplicação do princípio "in dubio pro reo".

Reunido para julgar, o CPJMar da 4ª Aud/1ª CJM proferiu Sentença absolutória, em 19/JUN/2006, fls. 560/576, onde concluiu, "verbis":

> *"Desse modo, a toda evidência permite a conclusão da* ***ausência de atingimento ou prejuízo significativo*** *à administração militar com o suposto falso perpetrado – da ausência de valores conectados ao(s) dia(s) não trabalhado(s), ainda que não se utilizassem os documentos questionados -,* ***subsistindo, repita-se, apenas os aspectos ético/moral e outrora disciplinar que vêm a comprometer a própria pessoa do(s) acusado(s).***
>
> .....

Do exposto, frisa-se que o signatário, bem assim ***os membros militares do Colegiado Militar, de nenhum modo, abonam a conduta dos acusados, mas*** *absolviam os acusados* ***MARCELO, ROBSON E FABIANO,*** *na forma inserta no artigo 439, alínea "b", do CPPM, além é claro, por medida de política criminal.*

III – DISPOSITIVO.

Sendo assim, pelos fundamentos expostos, resolveu o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, por maioria de votos (4x1), ***julgar improcedente a pretensão punitiva do Estado e absolver MARCELO FRANCISCO DE LIMA, ROBSON SANTOS DE CASTRO e FABIANO OLIVEIRA DA COSTA, já qualificados nos autos, do crime tipificado no artigo 315, c/c o artigo 70, inciso II, alínea "a", ambos do CPM, com espeque no artigo 439, alínea "b", do CPPM."*** (grifo no original)

O CT MARCELO DE PAULA MOURA votou vencido pois condenava os acusados à pena de 01 (um) ano de reclusão, como incursos no Art. 315, c/c o Art. 312, ambos do CPM, com o direito de apelarem em liberdade e o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 (dois) anos.

Inconformado com a sentença "a quo", recorreu, tempestivamente, o douto representante do MPM, fls. 587/590, pugnando pela condenação dos acusados pela prática do delito tipificado no Art. 315, c/c o Art. 312, ambos do CPM, com a agravante do Art. 70, inciso II, alínea "a", do CPM, asseverando que os acusados agiram por motivo torpe.

Ademais, contesta a alegação do Colendo Colegiado de que o prejuízo foi ínfimo, colacionando jurisprudência do STF que aduz: "a consumação do delito de uso de documento falso ocorre independentemente da obtenção de proveito ou da ocorrência de dano".

Contra-arrazoando o recurso "in tela", fls. 593/597, o Defensor constituído de ROBSON SANTOS DE CASTRO e dos réus MARCELO FRANCISCO DE LIMA e FABIANO OLIVEIRA DA COSTA, fls. 598/600, sustentaram a absolvição dos acusados, sob o argumento de que não houve prejuízo à Administração Militar, alinhando-se às alegações esposadas na sentença para justificar a absolvição dos réus.

A douta PGJM, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, fls. 616/619,

opinou pelo provimento parcial do recurso, para condenar os acusados como incursos no Art. 315 do CPM, mas afastando a agravante prevista no Art. 70, inciso II, alínea "a", do CPM.

Relatados, decide-se.

VOTO

Examina-se intento condenatório em desfavor dos ex-MNs ROBSON SANTOS DE CASTRO, FABIANO OLIVEIRA DA COSTA e MARCELO FRANCISCO DE LIMA, como incursos no Art. 315, c/c o art. 70, inciso II, letra "a", tudo do CPM.

O Ministério Público Militar em suas razões recursais requereu a reforma da sentença "a quo", destacando, "in casu", que os réus agiram por motivo torpe, requerendo a incidência da agravante prevista no Art. 70, inciso II, alínea "a", do CPM.

Assevera o douto representante do "Parquet" das Armas que a autoria e a materialidade do delito estão comprovadas, discordando da decisão do Conselho que, por considerar ínfima a lesividade da conduta, os absolveu, apesar de não ser o dano causado exigência do tipo.

O Defensor constituído do réu ROBSON SANTOS DE CASTRO pleiteou a mantença da sentença absolutória, aduzindo que houve o atendimento médico e que lhe foi concedida dispensa, pois, realmente, necessitava. Ressaltou, outrossim, que o laudo mais técnico não logrou êxito em afirmar a falsidade documental e que o dano não ocorreu.

O Patrono dos réus MARCELO FRANCISCO DE LIMA e FABIANO OLIVEIRA DA COSTA sustentou a manutenção da r. sentença guerreada, se apoiando no argumento de que não houve prejuízo à Administração Militar.

Da lavra do ilustre parecerista Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, a PGJM pugnou pela reforma da sentença de primeiro grau, tendo em vista que a conduta imputada (uso de documento falso) restou inequivocamente configurada.

Destacou, ainda, que a doutrina e a jurisprudência se posicionam no sentido de não exigir o efetivo prejuízo para a consumação do delito "sub examine".

Já no que tange à aplicação da agravante do Art. 70, inciso II, alínea "a", do CPM, a douta PGJM discordou, "in verbis":

> *"Torpe é o inconfundível sinal de depravação, abjeto, ignóbil, repugnante, extrema vileza, alta imoralidade. A busca de repouso indevido, ainda que em detrimento do serviço e do bem-estar dos companheiros de caserna, não nos parece incluído entre os comportamentos que se pode ver aplicada a agravante."*

Frise-se que o CPJMar da 4ª Aud/1ª CJM absolveu os réus por medida de política criminal, embora não abonasse a conduta dos militares, ressaltando que foram afetados apenas os aspectos ético/moral e disciplinar, desde que não houve prejuízo significativo à Administração.

Embora a perícia técnica emitida pela Seção de Criminalística – SR/RJ não conseguisse constatar com exatidão se aquelas assinaturas eram mesmo dos médicos indicados nos carimbos, evidencia-se que os médicos não assinaram tais dispensas, à luz de seus próprios depoimentos em Juízo e do Laudo emitido pelo Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha.

Vê-se dos autos que os réus, inequivocamente, se utilizaram de documentos falsos para a obtenção de dispensa do serviço.

Ademais, a falsificação não é grosseira, sendo hábil a iludir uma pessoa mediana, conforme provado nos autos, pois, até mesmo os peritos tiveram dificuldades na análise dos documentos.

Em que pese as alegações do membro do MPM de que os réus tenham agido por motivo torpe, importante ressaltar que tal agravante é imprópria diante do quadro fático, acolhendo-se, nesse aspecto, o Parecer da PGJM. Ainda mais que o crime de falsificação independe do resultado, fosse este torpe ou não.

Desse modo, confirmada a materialidade e autoria, resta verificar a natureza jurídica das dispensas médicas falsificadas, se constituem documento público ou privado.

Quanto a este aspecto, a jurisprudência não é pacífica, havendo nos Tribunais decisões distintas para um mesmo documento.

Essa divergência também ocorre nesta Corte. A exemplo, na Apelação nº 2004.01.049727-RJ, em que fui Revisor, a falsificação de uma

dispensa médica, feita por um soldado FN, foi considerada documento privado, pela maioria, mas havendo debates e divergências.

Temos uma aproximação encontrada em Mirabette (Manual de Direito Penal. 13. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 1999, p. 238) em que o documento público há de ser falsificado por funcionário público, no exercício de suas atribuições. Veja-se excerto:

> *"O objeto material do crime previsto no artigo 297 é o documento público. Para os efeitos penais, público é o documento expedido na forma prescrita em lei, por funcionário público (na acepção do art. 327), no exercício de suas atribuições. São requisitos, pois, da constituição do documento público: 1. a qualidade do funcionário público que o redige; 2. a sua competência na matéria e no território; 3. a formação do ato durante as funções públicas do funcionário; 4. a observância das formalidades legais. A distinção entre documentos formal e substancialmente públicos (matéria referente a atos legislativos, administrativos ou judiciários) e documentos formalmente públicos e substancialmente privados (matéria de interesse de natureza privada) não tem interesse para a aplicação da lei penal. O delito de falsificação de documentos públicos de emissão de órgãos federais é da competência da Justiça Federal (RT 652/363).*

Prossegue o Mestre:

> *"O documento particular com reconhecimento de firma ou letra feito por tabelião não é documento público, mas a parte relativa à certificação do oficial o é. Tutela a lei também o documento público estrangeiro desde que "haja atendido às formalidades condicionantes de sua eficiência jurídica no país. O telegrama, no que tange ao formulário de expedição, é público quando constitui ato oficial de funcionário público, mas o emitido pela repartição e entregue ao destinatário não é considerado documento, porque lhe falta a assinatura do emitente.*
>
> *São documentos públicos as cópias autênticas, traslados, certidões, fotocópias e xerocópias autenticadas ou conferidas dos documentos originais. Reconheceu-se a qualidade de documento público nas cédulas de identidade (RT 437/317; RJTJESP 18/384), na carteira de habilitação do trânsito (RJTJRS 74/173) e no cartão de identidade de policial (Jurispenal 17/185).*

Ao documento público a lei equipara certos documentos particulares que, por sua relevância nas relações entre as pessoas ou entre estas e o Estado, exigem maior proteção. São eles o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (art. 297, § 2º)."

Destarte, pode-se resumir a natureza jurídica de um documento como público ao crivo de três condicionantes que, a meu sentir, constituem método elucidativo da questão:

São elas:

1 – A emissão do documento é regulada em lei ou decreto. A exemplo, as Portarias dos Comandantes, que são emitidas por delegação, em uma estrutura administrativa decorrente da Constituição Federal;

2 – O documento possui abrangência de reconhecimento e de fé pública. Assim, como referido, as carteiras de identidade, carteiras de motorista, etc.;

3 – O documento é capaz de produzir resultado de elevado potencial de dano, "in abstracto", àquilo que a lei protege. A exemplo, é pacífico na jurisprudência que as receitas médicas são documentos privados, porém é discutível quando a falsificação se destinar a obter drogas entorpecentes de forma ilegal.

Concluindo, no caso presente, o documento falsificado é uma simples papeleta médica, não regulada em Lei ou Decreto (cada OM tem modelo próprio), o reconhecimento do documento é somente interno e, por fim, não tem razoável potencial de dano a considerar.

É o quanto basta para definir que a falsificação, "in casu", é de documento privado.

Tendo em vista que os réus são primários e de bons antecedentes, aplica-se a pena-base no mínimo legal, 01 (um) ano de reclusão, em face do que dispõe o art. 69 do CPM, tornando-se definitiva, ante a ausência de agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou de diminuição de pena, com o benefício do "sursis" pelo período de 02 (dois) anos, conforme dispõe o Art. 84 do CPM, nas condições do Art. 626 do CPPM, com exceção da alínea "a", e o regime aberto para o cumprimento inicial da pena, "ex vi" do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR
APELAÇÃO (FO) Nº 2006.01.050354-4-RJ

Tratam os presentes autos de se apurar à responsabilidade penal dos acusados MARCELO FRANCISCO DE LIMA, ROBSON SANTOS DE CASTRO e FABIANO OLIVEIRA DA COSTA (agora ex-militares da MB) dando-os como incursos nas sanções do artigo 315, c/c o artigo 70, inciso II, alínea "a", ambos do CPM.

Vem com acerto a Sentença de fls.566/576 quando afirma que:

"(...)

Assim, foram identificadas e pinçadas algumas papeletas de dispensa médica contendo assinaturas que, comprovadamente, não foram lançadas pelos médicos cujos nomes constavam nos carimbos (CC (MD) HELDER E MIRANDA).

Portanto, de acordo com a perícia efetuada por oficiais da EM, pontilhou-se que quatro papeletas teriam sido, efetivamente, preenchidas indevidamente, isto é, com dados inverídicos, permitindo aos acusados a dispensa do serviço em quatro ocasiões.

Ou seja, o primeiro acusado, MARCELO, usufruíra, indevidamente, 07 (sete) dias de licença, porquanto não houve efetivo atendimento no dia 29.04.03 (fl. 137), o segundo acusado ROBSON usufruíra, indevidamente, 02 (dois) dias de licença, porquanto não houve efetivo atendimento no dia 29.04.03 (fl. 136), e o terceiro acusado FABIANO usufruíra, indevidamente, 30 (trinta) e 15 (quinze) dias de licença, porquanto não houve efetivo atendimento nos dias 27.01. e 22.04.03 (fls. 138 e 140).

Em conseqüência, fora constatado que três acusados teriam utilizado formulários materialmente verdadeiros, nos quais fizeram inserir informações falsas, objetivando conseguir dispensas do serviço, uma vez que colocaram os carimbos dos médicos, bem assim, de alguma forma, teriam copiado, ou teriam feito cópias das rubricas alusivas.

De certo, não se identificou, tecnicamente (fls. 78/89 e 133/135), a autoria dos dados inverídicos lançados nas papeletas, nem das simulações de assinaturas, concluindo-se, assim, que os três acusados teriam feito uso dos documentos retro, bem como teriam conseguido se ausentar dos respectivos serviços diários, de quarto e semanais, obrigando o sargenteante-geral a alterar escalas e, com isso, submeter outros marinheiros a

serviços extras, a fim de cobrir tais ausências, sobrecarregando, de regra, a já apertada escala de serviço, causando prejuízo ao serviço e à ordem administrativa.

A conduta dos acusados tipifica, assim, em tese, o delito militar de uso de documento falso (CPM, art. 315), cujo objeto jurídico tutelado é a administração militar, a fé pública da administração militar, tendo como sujeito ativo qualquer pessoa, não, porém, o próprio autor do crime de falsidade, e como sujeito passivo primário o Estado e, secundariamente, se for o caso, a pessoa prejudicada.

Através do núcleo do tipo (tipo objetivo), que é fazer uso, traduz o sentido de empregar, utilizar, qualquer dos papéis falsificados ou alterados por outrem, referidos nos arts. 311 a 314, todos do CPM, como se fossem autênticos ou verdadeiros. E mais, é necessário que seja utilizado o documento falso em sua destinação específica, sendo indispensável à utilização efetiva do documento falso, e insuficiente, em regra, a simples alusão.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo (tipo subjetivo), consistente na vontade livre e consciente de usar documento falso, de outro lado, não é exigível qualquer especial fim de agir, qualquer fim especial do injusto. Não havendo previsão de modalidade culposa.

A consumação, em resumo, se dá no uso, com a utilização do documento; já a tentativa é de difícil configuração. É um crime comum, formal, instantâneo de efeitos permanentes, comissivo, unissubjetivo e plurissubsistente.

"Emolduram-se", hipoteticamente, como crime militar, visto que praticado por militar contra a ordem administrativa militar, com fulcro no artigo 124, da CRFB, c/c o artigo 9º, incisos I e II, do CPM, isto é, hipótese de crime militar definido de modo diverso da lei penal brasileira, ou seja, sublinhando um plus, ou ainda, na forma do inciso II, alínea "e", parte final.

Além da necessidade de o falsum atentar, objetivamente, contra a administração castrense ou o serviço militar.

De logo, não precisaria advertir da inexistência probatória, veja-se em razão da prova pericial de fls. 78/89 e 133/135 (dois laudos periciais de exame grafotécnico), de que os acusados tenham falsificado as papeletas de dispensa médica insertas às fls. 136/140, ainda que o primeiro acusado, MARCELO, tenha admitido a autoria da falsificação de sua papeleta e da do acusado

ROBSON, na fase extrajudicial, até mesmo pela causa de pedir e do pedido insertos na denúncia (e em alegações escritas).

De outro lado, apesar de certos pontos de contato, deve-se afastar a visualização – como ventilada pelo parquet em alegações orais – de que teria ocorrido o uso de documento materialmente falsificado (CPM, art. 311), pois os documentos questionados eram verdadeiros, afetados tão-somente na sua ideação, no pensamento que suas letras encerravam, vale dizer, versando apenas sobre o conteúdo do documento, e não no que diz respeito a sua forma, enfim, a forma dos documentos era verdadeira, mas seu conteúdo era falso, diga-se, as idéias ou declarações que as papeletas continham não correspondiam à verdade, bem assim não se podendo trazer à baila, no caso, as diversas questões inerentes à folha assinada em branco.

Portanto, na hipótese, em tese, ocorreu o uso de documento ideologicamente falsificado (CPM, art. 315, c/c o art. 312) na medida em que se delineou, como já sublinhado na denúncia, que os acusados teriam se utilizados de formulários materialmente verdadeiros, nos quais fizeram inserir informações falsas – que colocaram os carimbos dos médicos e, de alguma forma, copiaram, ou fizeram copiar as rubricas -, objetivando conseguir dispensas do serviço, de se ausentar dos serviços diários, de quarto e semanais – fato juridicamente relevante -, leia-se, prejudicando o direito à folga/descanso de outros militares da OM, criando, assim obrigações ou alterando a verdade dos fatos, obrigando, alfim, o sargenteante-geral a alterar as escalas, sobrecarregando a já apertada escala de serviço.

De outro modo, se houve com acerto o órgão do MPM em alegações orais, ao mencionar que a agravante descrita no artigo 70, inciso II, alínea "a", do CPM, não tenha sido explicitada, pormenorizada, na denúncia ou em alegações escritas, pelo que poderia ser afastada pelo Colegiado de Justiça.

Assim, nada mais exato, porquanto o órgão do MPM, como deveria, não esmiuçou na denúncia e em alegações escritas a mencionada agravante, isto é, não se pode depreender sequer, se se trata de motivo fútil ou torpe.

Repise-se, como era necessário, não houve o detalhadamento da agravante genérica atribuível aos acusados, vale dizer, não foi descrita, pormenorizada, pelo que deve, efetivamente, ser afastada, pois em rota de colisão, a uma, com o princípio do devido processo legal, e, a duas, com o próprio contexto probatório.

Adverte-se, então, a existência de tipicidade legal vinculada ao crime de uso de documento ideologicamente falso, uma vez que foram, confessadamente, apresentadas, pelos réus, as respectivas papeletas de dispensa médica, ou seja, os documentos/instrumentos foram "emitidos" e apresentados pelos acusados, que usufruíram as licenças (observe-se a tabela de militares dispensados da guarnição/EN, às fls. 61/63).

Nesse contexto, veja-se, para a existência da tipicidade legal – não da tipicidade material – não merece crédito ou realce a pretensa alegação das Defesas de insuficiência do contexto probatório, do in dúbio pro reo, já que os médicos (CC HELDER e MIRANDA), textualmente, negam o preenchimento e assinatura das papeletas de dispensa (vejam-se fls. 377/380).

E mais, por qual motivo poderiam ter omitido informações durante o IPM e em Juízo, por que seriam suspeitos de parcialidade, ou mesmo alegadamente teriam faltado com a verdade durante os depoimentos, se teriam plena atribuição para emitir tais dispensas aos réus, não se cogitando qualquer ato de corrupção por parte dos envolvidos.

Na verdade, com espeque no artigo 297, do CPPM, ou melhor, no confronto, compatibilidade e concordância entre as provas (pericial e pessoal), isto é, cotejando, a uma, as frágeis alegações dos réus em Juízo (fls. 346/353), a duas, o depoimento dos médicos militares negando o preenchimento e assinatura das papeletas de dispensa (fls. 377/380), muito embora tivessem competência para tal, a três, as provas periciais afastando, de regra, que o preenchimento e rubrica tenham sido lançados pelos médicos militares HELDER E MIRANDA (fls. 78/89 e 133/135), e, a quatro, a afirmação somente de caráter das testemunhas arroladas pela defesa (fls. 428/431 e 456/457), mostra-se apto ao convencimento que a tipicidade legal vinculada ao crime inserto no artigo 315, do CPM, não pode ser afugentada, repita-se, em virtude das supostas dúvidas levantadas pelas Defesas.

Com efeito, tudo estaria em desfavor dos acusados, pois além do quadro acima exposto, revela-se a existência de punições administrativas em seus assentamentos militares, consoante fls. 49/51, assim como a carência de concepção probatória de que a paleta de dispensa transitaria na rota administrativa da EM sem a intervenção dos réus, porquanto a segunda via da papeleta era entregue, pelo médico ou seu auxiliar ao paciente que, a

seguir, entregaria ao departamento de pessoal, que tinha por incumbência o cotejo com o percurso feito pela primeira via da papeleta, esta a partir do departamento de saúde.

Do mesmo jeito, a circunstância de os réus terem trabalhado em ambos os departamentos.

Aproveita-se, então, para reproduzir trecho das alegações escritas do MPM, litteris:

"- Tanto o CC Helder quanto o CC Miranda afirmaram que não preencheram ou assinaram as papeletas apontadas como falsas,

- A minuciosa e criteriosa perícia realizada pelo Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha (fls. 78 a 123) conclui que as assinaturas das dispensas médicas referentes aos marinhos Robson e Marcelo não partiram do punho do CC Helder (fl. 88),

- No mesmo sentido quanto às papeletas de dispensas referentes ao marinheiro Fabiano Oliveira, ou seja, as assinaturas nelas constantes não partiram do punho do CC Miranda (fl. 88),

- O acusado Marcelo Francisco de Lima, em seu depoimento prestado no IPM, afirmou que foi ele quem assinou as papeletas referentes aos dias 29/04/2003, tanto a que lhe "concedia" dispensa como ao acusado Robson (fls. 24/25),

- Robson, por sua vez, também no depoimento prestado no inquérito disse que Marcelo lhe fornecera a dispensa referente ao dia 29/04/2003."

Entretanto, nessa linha de idéias, não há dúvida que não se possa estender a conclusão do acórdão do STM na Apelação nº 2004.01.049729-3 – RJ à conduta dos acusados, pois que se trata (aqui como lá) de uso de atestados médicos falsificados por outrem, veja-se, cuidando-se agora de acusados civis, licenciados do SAM, derradeiramente, em face de tais comportamentos.

APELAÇÃO Nº 2004.01.049729-3 – RJ – Relator Ministro MAX HOERTEL. Revisor Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA. APELANTE: O Ministério Público Militar no tocante à absolvição dos Civis: MARCOS VINÍCIUS DE MACEDO e MAURÍCIO FERNANDES FURTADO, ambos do crime previsto no art. 315 do CPM. APELADA: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 19/07/2004. Adv. Dr. José Roberto Fani Tambasco, Defensor Público da União.

DECISÃO: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, mantendo a Sentença Hostilizada. (Sessão de 28/04/2005)

EMENTA: Apelação. Uso de documento falso por servidores civis, com o propósito de abonar falta ao serviço. Hipótese em que servidores civis valeram-se de atestados médicos mendazes, com o propósito de justificar faltas ao serviço. Cabível, in casu, a observância da Jurisprudência da Justiça Comum em casos que tais, sobretudo por serem os autores civis e ínfimo o prejuízo suportado pela Administração (equidade).

Irregularidades que, por isso, merecem resposta exclusivamente na órbita administrativa.

Improvimento do Apelo do MPM.

Decisão unânime.

Brasília, DF, 04 de agosto de 2005. (grifei)

Nesse passo, reitere-se, embora não tenham integral procedência as alegações das Defesas dos acusados, ou seja, de que, em síntese, afirmem não ter feito uso dos atestados médicos questionados, bem como que não tivessem ciência da falsidade, é certo, porém, que o demonstrado prejuízo suportado pela administração militar, a teor de fls. 187/189 – a fim de quantificar os transtornos conectados à ordem administrativa militar -, não fora significante, vale dizer, circunscreveu-se a um contratempo de se alterar, tempestivamente, a escala, derivando maior esforço dos demais militares que foram escalados em substituição, mas não de molde a traduzir, como indispensável, concreto e efetivo prejuízo.

Tal circunstância, a toda evidência, permite a conclusão de que a conduta dos acusados seja atípica para o Direito Penal, subsistindo apenas os aspectos ético/moral e outros disciplinar que vêm comprometer a própria pessoa dos acusados.

Em suma: subsiste a falta ao serviço e a tentativa de justificação (a priori) por meio inidôneo, fatos que configurariam ilícitos administrativos, a critério da autoridade militar. Acrescentando-se, mais uma vez, que a punição em nível disciplinar afigurar-se-ia, na hipótese, medida mais eficaz, possibilitando a repressão das condutas de forma geral e especial, mas que, no caso concreto, levou os aqui acusados a serem licenciados do SAM.

Ao ensejo, deve-se ressaltar, ainda, que o fato em questão não atentou diretamente (intensamente) contra a adminis-

tração militar, elemento indispensável para a tipificação do crime militar.

Desse modo, a toda evidência permite a conclusão da ausência de atingimento ou prejuízo significativo à administração militar com o suposto falso perpetrado – da ausência de valores conectados ao(s) dia(s) não trabalhado(s), ainda que não se utilizassem os aspectos ético/moral e outrora disciplinar que vêm a comprometer a própria pessoa do(s) acusado(s).

Por fim, remarque-se a correção do pedido de absolvição formulado pelas Defesas, veja-se, que demonstra, realmente, a inviabilidade de uma condenação, em virtude de que, a teor da jurisprudência retro, derivando na insignificância do prejuízo em questão, não há o crime de uso de documento falso (tipicidade material), impondo-se a absolvição dos acusados MARCELO, ROBSON E FABIANO, com base no artigo 439, alínea "b", do CPPM.

Deve-se pensar, de qualquer maneira, com acuidade, no fato de que neste caso específico, a resposta estatal não deve ser de natureza penal, já que se tratando de acusados agora civis, com licenciamento do SAM logo após os fatos, com conduta desenvolvida em ambiente de trabalho em grande medida influenciada por regras e rotinas próprias do sistema militar, inclusive em homenagem ao princípio da isonomia/equidade, perfeitamente cabível a absolvição, como pontilhado no acórdão retro.

Do exposto, frisa-se que o signatário, bem assim os membros militares do Colegiado Militar, de nenhum modo, abonam a conduta dos acusados, mas absolviam os acusados MARCELO, ROBSON E FABIANO, na forma inserta no artigo 439, alínea "b", do CPPM, além é claro, por medida de política criminal..."

Considerando que não se identificou, tecnicamente conforme comprovado às fls. 78/89 e 133/135, a autoria dos dados inverídicos lançados nas papeletas, nem das simulações de assinaturas, resta incerteza quanto a Autoria, não havendo, portanto, como condenar os Apelados.

Assim, Divergi de meus pares no julgamento da presente Apelação para manter irreprochável a Sentença Absolutória.

Superior Tribunal Militar, 09 de outubro de 2007.

Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR
Ministro do Superior Tribunal Militar

APELAÇÃO Nº 2006.01.050380-5-MS

APELAÇÃO. DESERÇÃO. *ARQUIVAMENTO DE IPD. PERICULOSIDADE DO ACUSADO. PRESCRIÇÃO. AUSENTE MANIFESTAÇÃO DO MPM. IMPOSSIBILIDADE. MILITAR DESERTOR ENCONTRADO CUMPRINDO PENA EM PRESÍDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA POR CRIMES COMUNS. CASSADA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DE IPD. Ocorrência de prescrição, considerando que, ao final do cumprimento das penas aplicadas pela Justiça comum, o acusado terá atingido a idade de 45 anos não isenta o desertor do processo. Prescrição virtual. Inadmissível em nosso sistema processual. Periculosidade do acusado, condenações inferiores a dois anos, ameaça a segurança de presídios militares não justifica o arquivamento de IPD, ademais, sem prévio pronunciamento do Ministério Público. A autoridade judiciária só pode determinar arquivamento de inquérito mediante requerimento do MPM. Entendimento pacífico da Doutrina e da Jurisprudência sobre a matéria. Precedentes da Suprema Corte. Provido apelo do MPM. Unânime.*

Relator — Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo.

Revisor — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Apelante — O Ministério Público Militar.

Apelada — A Decisão da MMª Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 9ª CJM, de 03/08/2006, que determinou o arquivamento dos autos da IPD nº 290/95, em que figura como indiciado o ex-Sd. Ex. ***Jairo Roberto Gonçalves.***

Advogado — Dr. Vitor de Luca, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Decisão recorrida, determinar a abertura de vista ao Representante do Ministério Público Militar da Auditoria da 9ª CJM, para que requeira o que entender de direito. O Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Henrique Marini e Souza e José Alfredo Lourenço dos Santos. (Extrato da Ata 50ª Sessão, 14.08.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, ***à unanimidade***, em dar provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a decisão recorrida, determinar a abertura de vista ao Representante do Ministério Público Militar da Auditoria da 9ª CJM, para que requeira o que entender de direito.

Brasília, 14 de agosto de 2007 — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Almirante-de-Esquadra *Marcos Augusto Leal de Azevedo*, Ministro-Relator — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 9ª CJM apelou da decisão de 03 de agosto de 2006, proferida pela MMª Juíza-Auditora Substituta daquele Juízo, que determinou o arquivamento dos autos da Instrução Provisória de Deserção nº 290/95, em que figura como desertor o ex-Soldado do Exército JAIRO ROBERTO GONÇALVES.

A IPD veio instruída com:

Termo de deserção, fl. 09;

Parte de ausência, fl. 02;

Inventário, fls. 05/06;

Parte acusatória, fl. 07 e

Termo de exclusão, fl. 10 verso.

Consta dos autos que o acusado, servindo no 9º Batalhão de Engenharia de Combate, localizado em Aquidauana/MS, faltou ao quartel, sem

autorização, desde o dia 05 de junho de 1995, sendo excluído a partir de 14 seguinte (fls. 10 e verso).

Decorridos mais de 10 anos, em 13 de fevereiro de 2006, o desertor foi localizado (fl. 65). Encontrava-se cumprindo pena no Presídio de Segurança Máxima de Campo Grande, por prática de diversos crimes comuns, (documento de fl. 66). Na oportunidade, considerando circunstâncias tais como periculosidade do acusado, treinamento de tropa destinada à missão de paz no Haiti, instalações prisionais inadequadas (celas) e a possibilidade da eventual reinclusão do desertor comprometer os princípios basilares da hierarquia e disciplina da instituição, o Comandante solicitou ao Juiz-Auditor que o referido cidadão não fosse reincluído naquela Organização Militar.

O Representante do MPM ao analisar a questão, pela cota de fls. 68/75, descartou, de logo, a ocorrência de prescrição pela pena *in abstrato*, uma vez que o desertor somente completará 45 anos de idade em 08 de julho de 2019, e a periculosidade ou inidoneidade moral do indivíduo não constituírem óbice ao reconhecimento do crime de deserção. Assim, entendeu inexistir amparo legal ao pedido do Comandante.

Para a solução da questão, o MPM vislumbrou as seguintes alternativas:

1 – o licenciamento ***ex offício***, citando em amparo a esta hipótese precedente da Corte - Mandado de Segurança nº 2000.01.000554-4/DF, ou

2 – a aplicação das disposições previstas no artigo 128, §§ 2º e 3º do Estatuto dos Militares e art. 457 do CPPM.

Manifestou-se pela submissão do desertor a inspeção de saúde na OM de origem, requerendo, de antemão "*(...) pela requisição de enfático aparato da Polícia Judiciária Militar ou, se caso preciso for, da Polícia Federal (...) para aquela condução à OM, manutenção nesta até final inspeção de saúde e recondução ao estabelecimento penal (...)*". (fls. 74/75).

Reafirmou tal posicionamento à fl. 136.

A Defensoria Pública da União decidiu aguardar o desertor readquirir o seu *status* de militar (fl. 141).

Em 03/08/2006, a MM Juíza-Auditora Substituta decidiu, ***in verbis*** (fls. 144/146):

> *"(...) verifica-se que o desertor não se apresentou voluntariamente, nem tão pouco fora capturado. O mesmo foi localizado pela OM preso no Instituto Penal de Campo Grande. Portanto, escapa ao enquadramento legal processual, numa interpretação restritiva do parágrafo 1º do artigo 457, do CPPM, que enuncia:*

"...O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido a inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído ...".

Em segundo lugar, da pesquisa de antecedentes do desertor constatam-se os registros de inúmeros processos criminais versando sobre extorsão, estelionato e outras fraudes e falsificação de documentos públicos, todos a partir da deserção, que diante das diligências realizadas vieram aos autos dados que informam que alguns processos estão em curso e outros em execução face condenações definitivas, conforme guias de recolhimento às fls. 87/88, 111/113, com a anotação de PRESO NO INSTITUTO PENAL DE CAMPO GRANDE, fato revelador de que contando hoje o desertor com 32 (trinta e dois) anos de idade, no cumprimento de inúmeras reprimendas e outras que por certo surgirão, atingirá a idade limite de 45 (quarenta e cinco) anos preso, idade esta que marca a ocorrência a prescrição no delito de deserção.

Ressalte-se que na legislação penal militar, artigos 98 e 102, a condenação de praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos importa em sua exclusão das Forças Armadas, como pena acessória, constando, ainda, do Regulamento da Lei de Serviço Militar que será expulso o militar por condenação irrecorrível resultante da prática do crime comum ou militar de caráter doloso.

No Estatuto dos Militares, Lei nº 6880/80 e alterações, extrai-se que:

a) a deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a conseqüente exclusão do serviço ativo, para a praça sem estabilidade; e

b) o militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar, sendo que a reinclusão em definitivo do militar dependerá de sentença do Conselho de Justiça.

Justifica-se então submeter à inspeção de saúde o "militar desertor" que se encontra condenado, cumprindo pena por crimes comuns, a pena superior a dois anos?

Não, ausente a justa causa para submetê-lo à inspeção de saúde.

O desertor já preencheu o requisito, antes mesmo de ser reincluído, para ser expulso da vida militar, não se justificando encaminha-lo à Junta de Inspeção de Saúde, pelo fato de jamais poder adquirir o status de militar, faltando-lhe a condição de procedibilidade para responder o presente feito, incompreensível acionar a máquina judiciária estatal para apuração de uma possível condição de procedibilidade.

Inexiste, no caso, também, para a instituição do Exército Brasileiro o interesse nessa condição, ante a possibilidade de ter um delinqüente a vestir o fardamento, representando a Instituição.

Por outro lado, mesmo que tal hipótese ocorresse apto e reincluído, respondendo ao processo penal militar, uma vez condenado, somente cumpriria a reprimenda imposta pela Justiça Castrense após cumprimento das penas pela Justiça Comum, sem qualquer efeito para a condenação, tornando-se inexeqüível, até mesmo por atingir a idade de 45 anos.

Do exposto, DETERMINO O ARQUIVAMENTO DA PRESENTE IPD, pela total falta de justa causa para submeter o desertor JAIRO ROBERTO GONÇALVES à inspeção de saúde, diante da ocorrência de condenações criminais definitivas em que se encontra preso, no cumprimento das mesmas (...)".

Intimado em 07/08/2006, em 10 seguinte apelou (fl. 147), aduzindo nas razões de fls. 156/157, ***in verbis:***

"(...) a douta Juíza-Auditora não andou bem em ter proferido decisão de arquivamento da Instrução Provisória de Deserção sem a prévia manifestação do Parquet Militar em tal sentido.

Deveras, houvesse o Ministério Público Militar inopinadamente oferecido Denúncia contra autor de deserção sem a sua reinclusão, então, sim, caberia decisão do juízo militar de rejeição da peça vestibular, no legítimo desempenho de sua atividade judicante de denegação de ação penal quando ausente condição de procedibilidade.

Contudo, não foi nem é a hipótese dos autos.

(...) a Decisão guerreada, ao ceifar de forma manifestamente ilegal e açodada o prosseguimento da pretensão estatal inquisitorial consubstanciada na IPD, sem o prévio pronunciamento do Ministério Público Militar no sentido do arquivamento, violou di-

retamente, cristalinamente, induvidosamente o enunciado da Súmula n.º 08 do Eg. STM, cujo teor é, como se sabe, o de que:

"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***". (destaquei)*

Argumenta o Órgão Ministerial, mais adiante (fls. 157/158):

"(...) Ao oposto, o citado enunciado vem a expressar exatamente a necessidade de o órgão jurisdicional militar, antes de pronunciar-se sobre o arquivamento, ter em mãos a opinio delicti do dominus litis, porquanto o arquivamento de peças de IPM, de IPD e de IPI constitui ato complexo, que, de um lado, não tem força judicante alguma apenas com o parecer do Ministério Público Militar; **de outro, não faz coisa julgada, sequer formal, se desacompanhada a decisão de manifestação ministerial prévia. E não é qualquer manifestação ministerial: esta, para a decisão judicial de arquivamento se fazer valer, terá de ser no sentido do arquivamento** *(...).*

Ex positis, **o Ministério Público Militar requer** *que o presente Recurso de Apelação seja* **conhecido** *e,* **no mérito, seja-lhe dado inteira procedência***, a fim de se preservar a imperatividade da Súmula n.º 08 deste Egrégio Órgão Tribunalício Castrense e a garantia da autoridade das decisões promanadas da própria Corte Militar no sentido de que o pronunciamento prévio do Ministério Público Militar constitui, não apenas mera formalidade, senão isto sim pressuposto de validade à formação da res judicata da decisão de arquivamento de quaisquer procedimentos investigatórios, sejam IPM's, IPD's ou IPI's.*

Como efeito prático da procedência do apelo, **pugna-se pela cassação do r. decisum monocrático, para que, como o determina o verbete da Súmula multi referida, sejam abertas vistas ao Ministério Público Militar***, que deverá se manifestar, ou não, pelo arquivamento da IPD em epígrafe (...)".*

A Defensoria Pública da União apresentou contra-razões às fls. 161/165, posicionando-se pelo desprovimento do recurso ministerial.

Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, o Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares, às 173/180, opinou pelo conhecimento e provimento da presente Apelação, para desconstituir a decisão hosti-

lizada e determinar o prosseguimento do trâmite da IPD nº 290/1995, de modo a submeter o desertor a inspeção de saúde e posteriores providências.

Intimada a Defensoria Pública da União, *ex vi* do art. 33, §§ 2º e 3º, do RISTM (fls. 198v e 199v).

Isto posto:

VOTO

O Apelo é tempestivo e cabível.

A situação em análise não se ajusta a qualquer das hipóteses descritas no art. 516 do CPPM, de modo a adequar o pedido como Recurso em Sentido Estrito pelo princípio da fungibilidade, uma vez que a decisão encerrou a tramitação do feito sem julgamento do mérito.

Em se tratando de sentença interlocutória mista, com força de definitiva, está correta a interposição do recurso na modalidade de Apelação e como tal deve ser conhecida, por atender aos demais pressupostos recursais.

A decisão recorrida, embora encerre raciocínio lógico e coerente com o entendimento da MM Magistrada prolatora, deve ser reformada por não se sustentar em amparo legal.

A ocorrência da prescrição pelo crime de deserção, aos 45 anos de idade, em face do disposto no art. 132 do CPM, se apresenta no caso apenas como uma conjectura, sem qualquer base concreta, posto que o ex-Sd Jairo já se encontra cumprindo pena por alguns crimes comuns, e nos outros processos hoje em tramitação pode ocorrer absolvição, antecipando, desta forma, a execução do processo por deserção, caso ocorra. Enfim, é prematuro o arquivamento da IPD, tendo como fundamento a extinção da punibilidade em face de possível ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

É neste sentido a decisão desta corte nos autos do Recurso Criminal nº 2004.01.007197-6/PA:

> *"EMENTA: Rejeição de Denúncia. Prescrição Virtual. Impossibilidade. (...) Inadmissível em nosso sistema processual penal a rejeição da Denúncia com fundamento na prescrição virtual, isto porque, "como antes da instauração da ação penal (e do seu término) ainda é desconhecida a quantidade em que será fixada a pena, a lei teve de se valer da pena privativa de liberdade máxima prevista em abstrato para o crime, como parâmetro da prescrição" (Celso Delmanto, in Código Penal Comentado, Ed. Renovar, pág. 175).*

Provido Recurso Ministerial.

Decisão unânime."

Outro ponto de relevo a ser observado, como destacou o douto parecerista, diz respeito à ausência de manifestação do MPM sobre o arquivamento, matéria que se apresenta de forma pacífica na Doutrina e na Jurisprudência de nossos tribunais.

> *"EMENTA. Crime de insubmissão. Não poderia o Juiz-Auditor determinar o pretendido arquivamento do inquérito, sem o competente requerimento do Ministério Público, titular da ação penal. (STF - HC 79240/MS. Relator Octávio Gallotti)".*
>
> *"Arquivamento de peças de informação, em ação penal pública, pelo Juiz ou Tribunal, em manifestação do Ministério Público.*
>
> *Inadmissibilidade (STF, RTJ 92/910). O mesmo ocorre tratando-se de inquérito policial (RT, 446/435)."*
>
> *(Código de Processo Penal Anotado, Damásio E. de Jesus, Saraiva, 13ª edição, pág. 28).*

Nesta mesma direção é a Súmula nº 8 do STM que exige o prévio pronunciamento do MPM para a isenção do desertor do processo, mesmo diante de declarada incapacidade definitiva para o Serviço Militar.

A não-reinclusão do desertor por não mais interessar à Força, ante a ventilada periculosidade, a impossibilidade de mantê-lo recluso em presídio militar por não comportar os requisitos mínimos de segurança necessários à custódia de detentos desse tipo, e sua exclusão das FFAA considerando condenações superiores a dois anos na Justiça comum podem levar ao licenciamento do acusado ou a instauração da ação penal, mas isto depende de haver o desertor adquirido a condição de militar. Logo, conforme orientou aquele órgão ministerial, à fl. 74, há que se envidar esforços, mesmo com requisição de força especializada, se preciso for, para que o desertor seja compelido a sujeitar-se aos rigores da lei ou, como sugeriu o nobre parecerista, que a inspeção de saúde seja feita no próprio presídio onde se encontra o desertor recolhido.

Assim, tem-se que a decisão que determinou o arquivamento da IPD não se ajusta aos ditames da lei, que exigem seja o desertor sem estabilidade, como é o caso, ao se apresentar ou ser capturado, submetido a inspeção de saúde, conforme a regra do art. 457, § 1º, do CPPM.

TÓXICO. PRINCÍPIOS DA BAGATELA E DA ALTERIDADE. *A jurisprudência predominante nesta Corte Castrense, quanto ao* ***princípio da insignificância*** *em relação ao delito previsto no art. 290 do CPM, é no sentido de que a quantidade de substância serve apenas para, no momento da aplicação da pena, distinguir o mero consumidor do traficante. Dentre os inúmeros princípios que informam o direito penal contemporâneo, um deles é o da* ***intervenção mínima****, segundo o qual o direito penal deve limitar-se a incriminar apenas o essencial e indispensável para a manutenção das condições da vida em sociedade. Está umbilicalmente ligado a outros três:* ***princípio da relevância****, o* ***princípio da alteridade*** *e o* ***princípio da lesividade****. O princípio da* ***relevância*** *requer, no plano abstrato, que somente condutas de acentuado desvalor social sejam incriminadas e, no plano concreto, sejam punidas. É de adoção preferível ao seu oposto, o impropriamente denominado* ***princípio da insignificância****. Por sua vez, o princípio da* ***alteridade, da transcendência ou da alheidade*** *condiciona o legislador para que apenas a conduta que atinja o interesse de outrem possa ser considerada delito. Isso decorre da natureza do próprio direito, que se destina a reger as interações sociais. Nos delitos de* ***bagatela****, o princípio aplicável é o da* ***insignificância****, que não se confunde com* ***adequação social****, pois, enquanto esta última pressupõe a total aceitação social da conduta, o princípio da insignificância apenas tolera sua prática em face da escassa lesividade, continuando, todavia, conduta anti-social. Sabe-se que tal princípio funciona como corretivo e não como neutralizador da tipicidade*

legal, sendo ***inaplicável*** *ao delito de* ***uso de substância entorpecente****, por se tratar este de crime de perigo abstrato, pouco importando a quantidade encontrada em poder do usuário. Entre os militares há um dever recíproco de vigilância e proteção e, portanto, basta que um deles se coloque em situação de turbação da consciência para pôr em risco a saúde, a integridade física e a vida de todos os demais. Recurso improvido. Decisão majoritária.*

Relator — Min. Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza.

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — CÍCERO ANDERSON DA SILVA FERREIRA, ex-Sd Ex, condenado à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, de 20/07/2006.

Advogada — Dra. Karla Andréia Magalhães Timbó, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao Apelo, para confirmar integralmente a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES (Revisor) e FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH davam provimento ao Apelo defensivo, para reformar a Sentença **a quo** e absolver o ex-Sd Ex CÍCERO ANDERSON DA SILVA FERREIRA do crime previsto no art. 290 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM. O Ministro Revisor fará voto vencido.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata 15ª Sessão (Extraordinária), 14.03.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, em negar provimento ao presente recurso, para confirmar integralmente a Sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 14 de março de 2007 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

O presente recurso de Apelação foi interposto em favor do ex-Soldado do Exército CÍCERO ANDERSON DA SILVA FERREIRA, condenado por Sentença de 20 de julho de 2006, do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade.

Registram os autos que o Órgão Ministerial ofereceu denúncia contra o referido militar, tendo-o como incurso no art. 290 do CPM, narrando que (fls. 02/04):

> *"Com efeito, no dia 13 de outubro de 2005 o tenente Júlio César Nicolielo MENGOZZI recebeu do soldado ADAIL Furtado Neto a informação de que o denunciado havia lhe mostrado uma certa quantidade de maconha no interior do alojamento do Efetivo Variável. Em face da gravidade da notícia, o oficial subalterno comunicou o fato ao Subdiretor do Parque e este, de imediato, convocou o Cap. Éder, Comandante da Companhia da Comando e Serviços, para que juntos realizassem uma revista no armário do soldado Cícero.*
>
> *No decorrer da diligência foi encontrado um invólucro em plástico transparente envolvendo uma quantidade razoável de substância vegetal.*
>
> *Argüido pela autoridade policial, Cícero confirmou que se tratava de maconha e que havia decidido levar a droga para o quartel por temer que sua mãe a descobrisse em casa. Disse, ainda, que há aproximadamente três meses fazia uso habitual do entorpecente.*
>
> *Diante dos fatos o Major Roberto Miranda Soares deu voz de prisão ao infrator, dando-se seqüência aos ritos procedimentais pertinentes com absoluta obediência às garantias do due process of law.*
>
> *A materialidade delitiva foi devidamente comprovada pelo Instituto Nacional de Criminalística, em 'Laudo de Exame em Subs-*

tância Vegetal' de fls. 68/70, ao concluir que a substância apreendida é constituída realmente de 3,8 gramas de Cannabis sativa Linneu (maconha) e encontra-se entre aquelas relacionadas na Resolução RDC nº 26 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, observado, ainda, o que dispõe a Portaria nº 344/98-SVS do Ministério da Saúde.

Ora, a conduta do denunciado reveste-se de extrema gravidade, especialmente por tratar-se de guarda de entorpecente em área sujeita à Administração Militar, ambiência que por suas características e peculiaridades merece do ordenamento jurídico proteção singular no que concerne à salvaguarda da saúde de tantos quantos nela se insiram.

Destarte, requer o Ministério Público Militar que, recebida e autuada a presente denúncia, Cícero Anderson da Silva Ferreira seja citado, processado, julgado e, por fim, condenado às penas previstas no art. 290 do Código Penal Militar.".

Consta do Laudo de Exame em Substância Vegetal de fl. 72 o seguinte:

*"Os exames resultaram **POSITIVOS** para o Tetrahidrocanabinol e principais componentes químicos do vegetal Cannabis sativa Linneu, planta vulgarmente conhecida como **MACONHA**.*

*A Cannabis sativa Linneu (Maconha) encontra-se relacionada na **Lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas (Lista E)**, enquanto o Tetrahidrocanabinol (THC) acha-se inserido na **Lista de substâncias psicotrópicas (Lista F2)** de uso proscrito no Brasil, consideradas capazes de causar dependência física e/ou psíquica, ambas constantes na **Resolução-RDC Nº 26**, de 15.02.05 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em conformidade com a **Portaria Nº 344/98-SVS/MS**, republicada no D.O.U. em 01.02.99.".*

A Denúncia foi recebida em 28 de outubro de 2005 (fl. 77).

Quando interrogado em Juízo, declarou o Acusado, de relevante, (fls. 85/87), que a erva foi adquirida por seu colega Roberto, que lhe repassou em seguida; que a conduziu, inicialmente, para casa e no dia seguinte para o quartel, temendo ser descoberto por sua mãe; e que a guardou no armário, onde foi encontrada na revista procedida pelos oficiais da unidade.

Após o interrogatório, foi relaxada a prisão em flagrante, pelas razões e fundamentos constantes de fls. 88/91, sendo o Acusado posto em liberdade em 04 de novembro de 2005 (fl. 98).

Os depoimentos prestados pelas testemunhas numerárias, que presenciaram a apreensão da substância, acham-se acostados às fls. 114/119.

Em alegações Finais Escritas, requereu o Órgão da Acusação (fls. 132/133) a procedência da ação penal, nos termos pretendidos na peça inicial.

Por sua vez, a Defesa, nessa mesma fase, pleiteou (fls. 135/145) a absolvição do Acusado por atipicidade de conduta, ante os princípios da bagatela ou insignificância, observada a incidência da alteridade ou transcendentalidade, ou, se assim não entendesse o Colegiado *a quo*, que fizesse incidir a pena mínima do artigo sancionador invocado, com aplicação das atenuantes genéricas descritas no artigo 72, incisos I e II, e art. 73, tudo do CPM, com o benefício do SURSIS.

Em julgamento realizado no dia 20 de julho de 2006, decidiu o Conselho Permanente de Justiça (fls. 172/183), por unanimidade de votos, condenar o Acusado à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, com o benefício do SURSIS pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade.

Consta da Ata de fl. 184 que a Defesa foi intimada dos termos da Sentença no dia 24 seguinte, ocasião em que manifestou o interesse em recorrer.

Em suas Razões Recursais (fls. 190/196), requer a Defesa a absolvição do Apelante pelas mesmas razões e fundamentos já expendidos na fase de Alegações Finais Escritas.

Contra-arrazoando o recurso, pugna o Órgão Ministerial (fls. 198/201) pelo desprovimento do apelo defensivo, argumentado que o princípio da bagatela ou da insignificância não se coaduna com o delito em comento, uma vez que as atividades da caserna exigem dos militares permanente lucidez ante o dever de "*vigilância a proteção*".

Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou o insigne Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, por meio do parecer de fls. 210/212, opinando pelo desprovimento do recurso de Apelação, para manter íntegra a Sentença de primeira instância.

Foi oferecida oportunidade para a Defensoria Pública da União se manifestar nos autos, ocasião em que apresentou a promoção constante do Apenso I, pleiteando o reconhecimento dos benefícios da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Na oportunidade, foi o Órgão intimado, na pessoa de seu representante legal, de que o presente feito foi colocado em mesa para julgamento.

Assim relatado, passou o Tribunal à decisão.

VOTO

O presente recurso foi interposto em tempo hábil e atende aos demais pressupostos recursais.

A tese inicial invocada em favor do Apelante, na trilha já caminhada quando das alegações escritas, objetiva a absolvição do Acusado por atipicidade de conduta, ante os ***princípios*** da ***bagatela*** ou ***insignificância***, observada a incidência da ***alteridade ou transcendentalidade***.

Dentre os inúmeros princípios que informam o direito penal contemporâneo, um deles, pelo qual a intelectualidade jurídica tem profundo apego, é o da ***intervenção mínima***, segundo o qual o direito penal deve limitar-se a incriminar apenas o essencial e indispensável para a manutenção das condições da vida em sociedade. A par disso, o princípio está acorde com a tendência crescente de ***descriminalização***, em atenção à perda de efetividade das normas envelhecidas; e de ***despenalização***, ao admitir penas alternativas à prisão, a fim de evitar a influência deletéria do cárcere sobre o condenado a cumprir penas de curta duração.

Esse princípio está umbilicalmente ligado a outros três, bastante relacionados com o dano criminal: o ***princípio da relevância***, o ***princípio da alteridade*** e o ***princípio da lesividade***, os quais, por sua vez, chegam quase a constituir uma unidade, tamanho o parentesco observado entre eles.

O princípio da ***relevância*** requer, no plano abstrato, que somente condutas de acentuado desvalor social sejam incriminadas e, no plano concreto, sejam punidas. No primeiro caso, o destinatário do princípio é o legislador, no segundo (alteridade), o juiz. Não pode o legislador, por exemplo, incriminar o fato de alguém cuspir no chão, apesar de tal falta ser reprovada em outras normas de cultura. Por outro lado, pode e tem a obrigação de reprimir o furto, embora, se a subtração recair sobre coisa de somenos importância ou de valor diminuto, deve o juiz absolver o réu em face da ausência de tipicidade (tipicidade material). Esse princípio, o da ***relevância***, é de adoção preferível ao seu oposto, o impropriamente denominado ***princípio da insignificância***.

Por sua vez, o princípio da ***alteridade***, ***da transcendência ou da alheidade*** condiciona o legislador para que apenas a conduta que atinja o interesse de outrem possa ser considerada delito. Isso decorre da natureza do próprio direito, que se destina a reger as interações sociais.

Nos delitos de ***bagatela***, o princípio aplicável é o da ***insignificância***, segundo o qual a lei não deve se preocupar com infrações de pouca monta.

Insignificância não se confunde com ***adequação social***, pois, enquanto esta última pressupõe a total aceitação social da conduta, o prin-

cípio da insignificância apenas tolera sua prática em face da escassa lesividade, continuando, todavia, conduta anti-social.

Sabe-se que tal princípio funciona como corretivo e não neutralizador da tipicidade legal, sendo ***inaplicável*** ao delito de ***uso de substância entorpecente***, por se tratar de crime de perigo abstrato, pouco importando a quantidade encontrada em poder do usuário.

Particularmente no meio militar, conforme exposto, de forma brilhante, pelo ilustre representante do Órgão Ministerial de primeira instância, ao contra-arrazoar o presente recurso (fl. 199), "*... a pouca quantidade de substância entorpecente, diante das peculiaridades do ambiente militar, não afeta a tipicidade das condutas descritas no art. 290 do CPM.*".

E repisa o nobre Promotor da Justiça Militar Dr. Alexandre José de Barros Leal Saraiva, com muita propriedade (fl. 199):

> "*Entre os militares há um dever recíproco de vigilância e proteção e, portanto, basta que um deles se coloque em situação de turbação da consciência para pôr em risco a saúde, a integridade física e a vida de todos os demais.*".

A jurisprudência predominante neste Tribunal Superior, a esteira de posicionamento já adotado pela Suprema Corte, inclina-se pela inaplicabilidade dos princípios da insignificância ou da bagatela, em se tratando de condutas ajustadas a quaisquer dos verbos enumerados no preceito primário do art. 290 do CPM.

Veja-se, para exemplificar, a ementa lançada no venerando Acórdão proferido nos autos do processo de Habeas Corpus nº 81.734-3, julgado em 26 de março de 2002, da relatoria do eminente Ministro Sydney Sanches (hoje aposentado), com a seguinte redação:

> "*EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME MILITAR DE POSSE E USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU CRIME DE BAGATELA. "HABEAS CORPUS". 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela). Precedentes. 2. E não é desprezível a circunstância de o militar ter sido preso em flagrante, quando fumava cigarro de maconha em área sujeita a administração militar. 3. "H.C." indeferido.*".

Embora nada tenha sido ventilado nas razões recursais a respeito da aplicabilidade da Lei nº 11.343/2006, como a matéria foi questionada pelo Órgão Superior da Defensoria Pública da União, nos termos constantes da manifestação que constitui o APENSO destes autos, e para que não se alegue

posteriormente omissão ou obscuridade, a bem da verdade, como já está pacificado nesta Seara Castrense, a legislação em comento não tem como destinatários os infratores da Legislação Penal Militar, os quais sujeitam-se a regras especiais, levando-se em conta as atividades específicas da caserna.

A propósito, o eminente Ministro Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos, ao negar seguimento aos Embargos de Declaração nº 2006.01.049687-3/SP, o fez sob os seguintes fundamentos:

> *"Evidencia-se, cristalinamente, que, além de medidas outras para enfrentamento da atual problemática de produção não autorizada e tráfico ilícito de drogas, a Lei nº 11.343/06 comporta propósitos que se definem, de modo indubitável, sob a égide do Direito Penal Comum.*
>
> *E o fato de, no seu Art. 40, inciso III, se referir a Unidades Militares não significa precisamente o estabelecimento de uma conexão com a legislação penal castrense em vigor, e nem poderia, haja vista que esta não se faz receptiva, de forma incontinenti, a modificações que resultariam, sem sombra de dúvida, em puro contra-senso aos valores constitutivos do "modus vivendi" da caserna.*
>
> *Óbvio, pois, que pela sua própria característica de instrumento normativo criado para aplicação em termos de Justiça Ordinária, as disposições da "Lex" em foco não se traduzem como aplicáveis, em quaisquer hipóteses, no âmbito específico da Justiça Castrense.".*

Este é o posicionamento que merece prevalecer, também, no caso vertente.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
APELAÇÃO Nº 2006.01.050387-0-CE

Votei vencido, divergindo dos meus eminentes pares, posto que dava provimento ao recurso da Defesa para, cassando a sentença de primeira instância, absolver o ex-Sd Ex **CÍCERO ANDERSON DA SILVA FERREIRA** do crime previsto no art. 290 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Compulsando os autos, verificamos que a condenação do referido acusado deu-se diante da apreensão de substância entorpecente, encontrada durante uma revista no seu armário. A substância estava acondicionada em um saco plástico, pesando 3,8 gramas. Submetida à análise pela Equipe de Perícia Criminal Federal – Departamento de Polícia Federal – Instituto Nacional de

Criminalística em Fortaleza/CE, foi, o entorpecente, identificado como ***Cannabis sativa Linneu.*** O acusado contava, à época do crime, com 19 anos de idade.

Vê-se, em primeira análise, estar a conduta perfeitamente amoldada ao tipo ínsito no art. 290 da nossa lei substantiva castrense:

> *"Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar."*

Ao analisarmos o texto frio da lei, reportamo-nos à teoria da tipicidade preconizada por *Beling*, em 1906, na Alemanha, que descrevia o fato típico como apenas o fato exterior, objetivo, independentemente da sua valoração.

Com a evolução da dogmática penal, pretendeu-se atribuir ao tipo, além do seu sentido formal, ou seja, de a conduta dever se amoldar perfeitamente ao tipo penal, um sentido material. Isto é, a conduta, ao mesmo tempo, deve ser materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

Francisco de Assis Toledo, em sua obra, *Princípios Básicos do Direito Penal*, aborda a matéria sob o seguinte enfoque:

> *"... A grande e imprevista significação de observações tão óbvias surge, porém, dentro de uma concepção material do tipo, onde o juízo de atipicidade adquire proporções verdadeiramente inusitadas. É que, se considerarmos o tipo não como simples modelo orientador, ou diretivo, mas como portador de sentido, ou seja, como expressão de danosidade social e de periculosidade social da conduta descrita, ampliar-se-á consideravelmente esse poder de decisão a nível do juízo de atipicidade, fato que conduz a efeitos práticos tão evidentes que quase não precisariam ser demonstrados. Não será demasiado, contudo, salientar que, se o fenômeno da subsunção (=sotoposição de uma conduta real a um tipo legal) estiver subordinado a uma concepção material do tipo, não bastará, para a afirmação da tipicidade, a mera possibilidade de justaposição, ou de coincidência formal, entre o comportamento da vida real e o tipo legal..."* (Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 130).

In casu, não há indícios de que o acusado seja usuário ou dependente físico ou psíquico da substância aludida. Além do mais, não tinha a intenção de oferecer a droga a qualquer colega de caserna, muito menos consumi-la dentro da OM.

O presente caso deve ser analisado pelo princípio da proporcionalidade.

O Código Penal Militar, infelizmente, em sua letra, não faz qualquer distinção entre tais situações extremas, quando elenca em seu artigo 290 várias condutas típicas, aplicando a mesma pena para todas as modalidades, sem observância a qualquer limite, mesclando inclusive o traficante com o simples usuário, mesmo que momentâneo.

Na esfera comum, a Lei nº 11.343, de 23ago2006, já em vigor, traz tratamento diferenciado para o usuário de drogas, aplicando-lhe medidas alternativas. Já para o traficante, há um maior rigor, o que se esperava diante da grave conduta e do efeito devasso que causa à sociedade.

Sabe-se que não há como aplicar tal legislação nesta Justiça Especializada, em face do aspecto formal da norma em comento. Ou seja, não se sobrepõe uma lei de caráter geral a uma de caráter especial, como é o caso de nossa Lei Substantiva Castrense.

No entanto, já é um grande avanço a edição da lei supramencionada, que dará tratamento social adequado aos usuários de drogas. Os seus efeitos, ainda, refletirão definitivamente na superlotação das penitenciárias nacionais.

Destarte trata-se de um jovem sem antecedentes criminais, menor, contando há época do fato com 19 (dezenove) anos de idade, e uma condenação, mesmo no seu mínimo legal, que é de um ano de reclusão, seria desproporcional à conduta por ele praticada.

É o quanto basta ao exame da ***quaestio***.

Assim sendo, é por que **DAVA PROVIMENTO** ao recurso da Defesa para, cassando a sentença de primeira instância, absolver o ex-Sd Ex **CÍCERO ANDERSON DA SILVA FERREIRA** do crime previsto no art. 290 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 14 de março de 2007.

Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
Ministro do Superior Tribunal Militar

APELAÇÃO Nº 2006.01.050409-7-SP

APELAÇÃO DA DEFESA. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). 1. Militar condenado em 1º grau por deserção comete nova deserção enquanto tramitava o apelo defensivo; ao ser capturado e inspecionado, foi considerado incapaz, temporariamente para reinclusão. Veio aos autos decisão do Juiz-Auditor que declarou o militar isento do processo com base no art. 397 do CPPM; 2. Com a perda da condição de militar, o réu deixa de preencher requisito indispensável para se ver processado pelo crime de deserção. Entendimento firmado na Súmula nº 12 do STM; 3. Apelo defensivo não conhecido por falta de condição de procedibilidade. Decisão por maioria.

Relator — Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo.

Revisor e Relator para o Acórdão — Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante — ALEXANDRE FONSECA DE ALMEIDA, Sd. Ex., condenado à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 24/08/2006.

Advogadas — Dras. Rebeca de Almeida Campos Leite Lima e Carla Cristina Miranda de Melo Guimarães, Defensoras Públicas da União.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, acolheu preliminar suscitada, de ofício, pelo Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Revisor), de não conhecimento do Apelo defensivo, por falta de condição de procedibilidade. Os Ministros MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO (Relator), OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE rejeitavam a preliminar e conheciam do Apelo. Relator para Acórdão Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Revisor). O Ministro Relator fará voto vencido. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado,

Dr. Nelson Luiz Arruda Senra. 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, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. (Extrato da Ata 68ª Sessão (Extraordinária), 03.10.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em acolher a preliminar suscitada, de ofício, pelo Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Revisor), de não conhecimento do Apelo defensivo, por falta de condição de procedibilidade.

Brasília-DF, 03 de Outubro de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro-Revisor e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar junto à 1ª Auditoria da 2ª CJM atribuiu ao Sd. Ex. ALEXANDRE FONSECA DE ALMEIDA, nascido em 27 de fevereiro de 1984, servindo à época dos fatos na Base de Administração e Apoio do Ibirapuera, em São Paulo, SP, a prática do delito de deserção, previsto no art. 187 do CPM.

2. Relata a Denúncia de fls. 02/03, em síntese:

> *"O denunciado, sem autorização, faltou à OM em que servia desde o expediente de 05/Julho/2005. Apresentou-se voluntariamente em 24 de abril de 2006. Apto em inspeção de saúde foi reincluído no Serviço Ativo do Exército."*

3. Serviu de base à Denúncia a IPD nº 294/05, instaurada na Base de Administração e Apoio do Ibirapuera, com as seguintes peças:

a) Parte de Ausência, fl. 05;

b) Parte Acusatória, fl. 06;

c) Inventário, fls. 17/18;

d) Termo de Deserção, fl.22;

e) Exclusão, fl. 25;

f) Apresentação Voluntária, fl. 46;

g) Ata de Inspeção de Saúde, fl. 51 e

h) Reinclusão, fl. 54.

4. As Alterações Militares consignam a incorporação do acusado em 01 de março de 2005 e uma punição disciplinar por faltar ao quartel (fls. 19/21).

5. Certidões de Nada Consta, fls. 70, 79, 104 e 105;

6. A Denúncia foi recebida em 16 de maio de 2006 (fls. 56/57).

7. Citado, qualificado e interrogado, o acusado declarou, às fls. 81/82, em síntese:

> *"No início de seu serviço militar era laranjeira; 05 meses após iniciado o serviço militar, arrumou uma namorada e resolveu com ela morar num quarto de pensão, pelo qual pagava R$ 250,00; a moça não trabalhava e por isso o dinheiro que recebia no Quartel, R$ 162,00, era insuficiente para fazer frente às despesas do interrogando; desertou para trabalhar, vendendo DVD's no centro da cidade, como camelô; recebia cerca de R$ 700,00 por mês; 04 meses depois separou-se de sua namorada; mas, como já era desertor, não voltou ao Quartel; teve que parar de trabalhar porque a polícia estava coibindo esse comércio paralelo, tendo o interrogando levado umas coronhadas na cabeça; quando o seu dinheiro terminou, resolveu se apresentar no Exército, movido pelo interesse de regularizar sua situação com o Exército, pois sem o certificado de reservista não estava conseguindo arrumar emprego."*

8. Alvará de Soltura (fl. 107) cumprido em 28 de junho de 2006.

9. Como testemunha do MPM, o Cap. CARLOS HENRIQUE MARTINS ROMAR declarou, ***in verbis***, às fls. 110/111, que:

> *"(...) antes do Acusado entrar no Exército o Depoente era presidente da comissão de seleção complementar e Almeida era um dos jovens que não seria aproveitado, mas como ele insistiu muito com a testemunha para ser incorporado, decidiu incorporá-lo; (...) nos primeiros meses Almeida foi um bom Soldado e cerca de três a quatro meses após a incorporação os Comandantes de Companhia trouxeram ao conhecimento do Depoente que aquele estava apresentando problemas de saúde, tal como suspeita de doença venérea; (...) o Acusado foi conduzido ao hospital e recebeu o devido tratamento, até que determinado dia resolveu faltar; (...) o*

Depoente determinou que uma escolta fosse até a sua casa, tentando evitar a deserção, mas não conseguiram trazê-lo de volta; (...) após consumada a deserção alguns militares viram o Acusado em festas, porém nessas oportunidades não pode ser efetuada a prisão do mesmo, por ter se evadido; (...) o Depoente, inclusive, tentou alertar o pai do Acusado, que residia em um sítio em Itapecerica da Serra, para que o mesmo apresentasse seu filho; (...) também era Oficial encarregado da instrução básica e pode afirmar que foi ministrado ensinamentos sobre crime de deserção aos recrutas (...)".

10. A Defesa não arrolou testemunhas (fl. 118).

11. O Processo foi julgado em 24 de agosto de 2006, conforme Ata de fl. 124.

12. Em sustentação oral, o Ministério Público Militar manteve o pedido de condenação. A Defesa pugnou pela absolvição com fulcro no art. 439, "d", do CPPM c/c art. 39 do CPM.

13. O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, resolveu julgar procedente a ação penal para condenar o acusado Sd. Ex. ALEXANDRE FONSECA DE ALMEIDA, conforme fundamentos expostos na Sentença de fls. 129/133, à pena fixada no seu mínimo legal, de seis meses de detenção, como incurso no art. 187 do Código Penal Militar, convertida em prisão, nos termos do art. 59 do Código Penal Militar, devendo ser detraído o tempo já cumprido, concedendo-se o direito de apelar em liberdade, por ser o réu primário e de bons antecedentes, na forma do art. 527 do Código de Processo Penal Militar.

14. A leitura da Sentença ocorreu em 06 de setembro de 2006 (fls. 134/135). No dia 11 seguinte a Defesa recorreu (fl. 137).

15. Nas Razões de fls. 141/156, a DPU pede, alternativamente:

a) a baixa dos autos para aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 10.259/01, c/c Lei 9.099/95 (notadamente a suspensão condicional do processo); ou

b) a reforma *in totum* da r. sentença para absolver o apelante com fundamento no art. 439, alínea "d", do CPPM, reconhecendo-se a inexigibilidade de conduta diversa; ou

c) em sendo mantida a r. sentença condenatória seja a pena substituída por pena restritiva de direitos ou, subsidiariamente, seja aplicado o benefício da suspensão condicional da pena.

16. Em Contra-razões de fls. 158/161, o MPM impugna os pedidos da defesa, argumentando que:

a) encontra-se pacificado o entendimento nesta corte da não-aplicação da Lei nº 9.099/95 na Justiça Militar da União.

b) não cabe reformar a decisão, vez que está de acordo com as provas dos autos; e

c) o CPPM veda expressamente a concessão do ***sursis*** nos crimes de deserção (art. 617, inciso, II, letra "a").

17. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer de fls. 171/175, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, opina pelo conhecimento e posterior improcedência do apelo, com a conseqüente manutenção *in totum* da sentença recorrida.

18. Por meio do Ofício de fl. 179, veio a informação sobre nova deserção cometida pelo acusado, ocorrida em 12 de outubro de 2006, e sua captura em 03 de novembro de 2006. Posteriormente, foi encaminhada a este Tribunal a Ata de Inspeção de Saúde, considerando o acusado "incapaz temporariamente para o Serviço do Exército", nos autos da IPD nº 540/06 – 2ª Auditoria da 2ª CJM (fls. 183/188).

19. Solicitada informação sobre a atual situação do Soldado Alexandre, em face da nova deserção (IPD nº 540/06), o Juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM, baseando-se nas informações do SAM, Serviço de Acompanhamento de Processos, declarou que o Soldado se encontrava solto desde 14 de novembro de 2006 (fl. 193).

20. Atendendo nova solicitação, o MM Juiz Auditor da 2ª Auditoria da 2ª CJM encaminhou cópia da Decisão (fl. 200) que declarou Alexandre Fonseca de Almeida isento do processo e da reinclusão, e determinou o arquivamento dos autos da IPD nº 540/06, com base no art. 397 do CPPM.

21. A Procuradoria Geral da Justiça Militar, pelo parecer do Dr. Alexandre Concesi, em nova vista, opina pelo "sobrestamento da Apelação até a manifestação derradeira da Junta de Inspeção de Saúde sobre as condições do réu em relação a sua capacidade ou incapacidade definitiva para o serviço militar " (fls. 205/207).

22. Nova vista ao Revisor (fl. 209).

23. Intimada a Defensoria Pública da União, ***ex vi*** do art. 33, §§ 2º e 3º, do RISTM (fls. 211v e 212v).

24. É o Relatório.

VOTO

Verifico que, após a segunda deserção do apelante, consumada em 20/10/2006, ele foi inspecionado para fins de reinclusão e foi considerado "incapaz", temporariamente, para o serviço ativo, conforme se lê na Ata da Junta de Inspeção de Saúde de fl. 179.

2. Diante desse fato, em 24/11/2006 o MM. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 2ª CJM determinou o arquivamento dos autos da IPD nº 540/06, com base no artigo 397 do CPPM, e declarou Alexandre Fonseca de Almeida isento do processo e da reinclusão. A cópia dessa Decisão está à fl. 200 dos autos.

3. Tendo perdido a condição de militar, o réu deixa de preencher requisito indispensável para se ver processado por crime propriamente militar de deserção.

4. Com efeito, de acordo com a Súmula nº 12 do STM:

> *"A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo". (DJ1 nº 18 de 27.01.97)*

5. Dessa forma, deve o presente processo ser extinto, uma vez que o ex-militar, ora civil, foi considerado incapaz para ser reincluído às fileiras do Exército, e isento do processo criminal.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
ALMIRANTE-DE-ESQUADRA
MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO
APELAÇÃO Nº 2006.01.050409-7-SP

Do Ministro Alte. Esq. Marcos Augusto Leal de Azevedo proferido no julgamento da Apelação nº 2006.01.050409-7 – SP, realizado na 68ª Sessão, de 03 de outubro de 2007.

Num breve relato, tem-se que o Sd. Alexandre foi considerado desertor por ausência ao quartel no período de 05 de julho de 2005 a 24 de abril de 2006. Apresentou-se, foi considerado "apto", reincluído, processado e condenado pela 1ª Auditoria da 2ª CJM (Processo nº 509/06-0). A

Defesa apelou. Antes da entrada da Apelação nesta Corte, em 26 de outubro de 2006, o acusado já havia cometido nova deserção, no dia 12 daquele mês. Ao se apresentar foi considerado incapaz temporariamente para o serviço militar. Por esse motivo, a meu ver, erradamente, o militar deixou de ser reincluído, não readquirindo, assim, a qualidade de militar.

Nesta corte, casos como tais são arquivados, sem julgamento do mérito, sob o fundamento de falta de condição de procedibilidade para a ação penal.

Entendo que a incapacidade temporária para o Serviço Ativo das Forças Armadas não acarreta isenção do processo, nem o arquivamento da IPD correspondente. Como muito bem explicou o douto parecerista: *"Embora a Súmula nº 8 dessa Egrégia Corte diga que pode haver isenção do processo se o desertor sem estabilidade for considerado incapaz (sem mencionar se é definitivamente ou temporariamente) para o serviço militar, a* ***lei*** *diz que para tal é necessária a declaração de incapacidade* ***definitiva***." (fl. 206).

De fato; no caso de incapacidade para o serviço militar, somente a definitiva tem o condão de afastar o militar da Força, mediante a sua desincorporação. É o que prevê a Lei do Serviço Militar nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, art. 31, § 2º, letra "c".

Diante da incapacidade definitiva de que trata o artigo, o incorporado será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar. Aí, sim, ele perde a condição de militar.

A necessidade da condição de militar para atuar num processo por crime propriamente militar vem gerando opiniões divergentes.

O reiterado posicionamento desta corte, conquanto atualmente não-unânime, tem sido no sentido de que a procedibilidade - ou seja, a condição de militar – é exigível durante todo o processo, isto é até o trânsito em julgado.

Dentre os crimes militares definidos em lei, existem aqueles que só por militar podem ser praticados, pois consistem na violação de deveres restritos, que lhes são próprios, ou seja, é crime funcional da profissão militar (é o crime propriamente militar). É indiscutível que, nestes crimes, a qualidade de militar é condição ***sine qua non*** para a instauração do processo.

Entretanto, tenho defendido que a procedibilidade, aqui entendida como a condição de militar, faz-se obrigatoriamente necessária tão apenas quando do cometimento do crime e do recebimento da denúncia. No período compreendido entre estes dois momentos, permanecendo a

ausência, a praça, considerada trânsfuga, continua excluída do Serviço Ativo, e, por esse motivo, não ostenta condição de procedibilidade para responder a processo por qualquer crime propriamente militar.

Agora, revertida ou reincluída a praça e recebida a denúncia, dando início o devido processo, não vejo fundamento legal a justificar a prejudicialidade da ação penal, se o militar vier a ser excluído em face de outro processo. Especialmente no caso que já havia sido julgado e condenado em 1ª instância.

Portanto, não considero a exclusão de praça **sub judice** fator determinante da perda de procedibilidade para processo diferente daquele em que aquela ocorreu.

A legislação castrense é silente sobre o assunto, mas este entendimento foi adotado, por unanimidade, pela Suprema Corte no voto da Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do Habeas Corpus nº 88.332-0/RJ, de onde se extrai a seguinte decisão:

> *"(...) Mesmo que tivesse ocorrido o desligamento do serviço militar na data apontada, tal fato seria posterior ao ilícito (praticado em 17/03/2005) e à Sentença condenatória (prolatada em 19/07/2005-fls.12), e esse Pretório Excelso já decidiu no sentido de que o afastamento da condição de militar deve ser preexistente, para efeito de caracterização da falta de justa causa (RHC nº 83.030/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie) (...)".*

No caso em apreço, o acusado foi denunciado por deserção, ocorrida em 05 de julho de 2005.

Quando do cometimento do delito de deserção, objeto deste processo, o acusado era militar e, nessa condição, foi julgado e condenado na primeira instância, preenchendo assim todos os requisitos de procedibilidade para o desenvolvimento da ação penal.

Portanto, rejeito a preliminar de falta de condição de procedibilidade, para que fosse apreciado o mérito da causa.

Brasília, 03 de outubro de 2007.

MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO
Almirante-de-Esquadra
Ministro-Relator

APELAÇÃO (FO) Nº 2006.01.050425-7-RJ

APELAÇÃO – CONDENAÇÃO E ABSOLVIÇÃO DE CIVIS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA DENUNCIADOS COMO INCURSOS NO ART. 251, § 3º E NO ART. 53, AMBOS DO CPM. - Recurso ministerial no tocante à absolvição de dois Civis – Não-provimento – Ausência de suporte probatório e fragilidade dos argumentos do representante do Parquet Castrense. - Majoração da pena em relação aos demais Civis – O **quatum** *fixado pelo Conselho Julgador foi devidamente sopesado, observando os critérios previstos no art. 69 do CPM – Não há que se falar em continuidade delitiva em crimes desse jaez – Depósito sucessivo de proventos pela Administração Militar, a título de pensão – Crime eventualmente permanente – Construção doutrinária. – Negado provimento ao recurso ministerial. – Decisão unânime no tocante a um dos Civis e por maioria em relação aos demais.*

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor — Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Apelante — O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, no tocante à absolvição dos civis JORGE LOIOLA GONÇALVES DOS SANTOS e JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS do crime previsto no art. 251, § 3º, c/c o art. 53, tudo do CPM; e no tocante ao *quantum* das penas aplicadas ao civil CARLOS ANTONIO DA SILVA, condenado a 02 anos de reclusão, como incurso no art. 308 do CPM, e à Civil VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS, condenada a 02 anos de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, ambos 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 das penas, nos termos do art. 33, § 2º, letra "c", do CP.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 11/09/2006.

Advogados — Drs. Bruno Ocampo Menna Barreto, Defensor Dativo, e Artur Souza Ramos.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao apelo do Ministério Público Militar, para manter incólume a Sentença em relação ao Civil JORGE LOIOLA GONÇALVES DOS SANTOS e, **por maioria**, o Tribunal negou provimento ao Apelo ministerial, mantendo íntegra, por seus fundamentos, a Sentença **a quo** em relação aos Civis JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS, CARLOS ANTONIO DA SILVA e VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS. Os Ministros RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA (Revisor), ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO e WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS davam provimento parcial ao apelo ministerial, para aumentar a pena-base imposta ao Civil CARLOS ANTONIO DA SILVA para 02 anos e 02 meses de reclusão, como incurso no art. 308 do CPM; aumentar a pena-base imposta à Civil VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS para 02 anos e 08 meses de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM; e condenar o Civil JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, como incurso no art. 251 do CPM, fixando para todos os réus o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei nº 7.210/84. O Ministro Revisor fará voto vencido. Os Ministros FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Henrique Marini e Souza e José Alfredo Lourenço dos Santos. (Extrato da Ata da 50ª Sessão, 14.08.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutido estes autos, **acordam** os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em **negar provimento** ao recurso ministerial para manter incólume a sentença de primeira instância em relação ao Civil **Jorge Loiola Gonçalves dos Santos** e, por

maioria, **negar provimento** ao apelo do Ministério Público Militar, mantendo íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a sentença ***a quo***, no tocante aos Civis **Jefferson Gonçalves dos Santos, Carlos Antonio da Silva** e **Valdilea Gonçalves dos Santos.**

Brasília, 14 de agosto de 2007 — Presidência do Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do presidente — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Relator — Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público Militar interpôs, em tempo hábil, o presente recurso de apelação contra a sentença de primeira instância que absolveu os Civis JORGE LOIOLA GONÇALVES DOS SANTOS e JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS do crime previsto no art. 251, § 3º, c/c o art. 53, tudo do CPM; e no tocante ao ***quantum*** das penas aplicadas ao Civil CARLOS ANTONIO DA SILVA, condenado a 2 anos de reclusão, como incurso no art. 308 do CPM, e à Civil VALDILEA CONÇALVES DOS SANTOS, condenada a 2 anos de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, ambos com o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar em liberdade, sendo fixado o regime aberto para o cumprimento inicial das penas, nos termos do art. 33, § 2º, letra "c", do CP.

Mediante Portaria nº 17/SIPM, de 12fev2003, foi instaurado IPM, por determinação do Diretor do Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha, para apurar suspeita de recebimento indevido de proventos de pensão (fl. 7).

A denúncia, oferecida em 4nov2005, imputou aos acusados a prática delituosa a seguir:

> *"CARLOS ANTÔNIO DA SILVA, carteira de identidade nº 232.155 MB, CPF nº 253.048.447-34, civil, nascido em 28/12/1945, filho de Maria Gomes da Silva, residente na Rua José Clemente, Jardim Senhor do Bonfim, Duque de Caxias – RJ, (fls. 210);*
>
> *JACQUES JACOBS, CPF nº 055.239.827-68, carteira de identidade nº 964314 IFP-RJ, civil, residente na Rua 18 de Outubro nº 176, apto. 1.101, Tijuca, Rio de Janeiro – RJ, (fls. 230);*
>
> *JORGE LOIOLA GONÇALVES DOS SANTOS, CPF nº 467.212.587-49, civil, residente na Rua Jacui nº 130, fundos, Braz de Pina, Rio de Janeiro – RJ, nascido em 30/11/1958, (fls. 195/199);*
>
> *JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS, CPF nº 735.066.997-68, civil, residente na Av. Braz de Pina nº 987, Vila da Penha, Rio de Janeiro – RJ, nascido em 27/06/1962, (fls. 193 e 197);*

VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS, CPF nº 393.272.217-53, civil, residente na Av. Braz de Pina nº 987, Vila da Penha, Rio de Janeiro – RJ, nascida em 20/06/1937, (fls. 194 e 198);

pela prática das condutas delituosas abaixo transcritas:

Os presentes autos cuidam da apuração de recebimento ilícito de proventos de pensões pagos pela Seção de Inativos e Pensionistas da Marinha, cuja beneficiária era a Sra. Maria de Lourdes Gonçalves de Vasconcelos.

Ocorre que, a pensionista acima mencionada faleceu em 29/04/00, conforme certidão de óbito de fls. 04. Todavia, os depósitos de seus proventos continuaram a ser realizados erroneamente até janeiro de 2003, uma vez que a Administração Militar não foi comunicada do óbito.

Outrossim, em dezembro de 2002, o Sr. Jorge Cosme Raimundo Batista, enteado da falecida pensionista, no intuito de obter documentos de seu pai, o Sr. Serafim Raimundo Batista, instituidor do benefício, comunicou o óbito da Sra. Maria de Lourdes Gonçalves de Vasconcelos.

Através de minuciosa apuração foi verificado o envolvimento no ilícito dos parentes da falecida, tendo sido auxiliados por funcionário que trabalhava no SIPM, no caso o primeiro acusado.

Cabe dizer que a fraude praticada beneficiou a todos os acusados acima citados que, conjuntamente, e em perfeito conluio desviaram, em proveito próprio, valores decorrentes de pensão militar. Vejamos, pois, a conduta de cada acusado.

1º acusado: É funcionário do SIPM e sua atuação foi imprescindível no fato em exame, já que os documentos referentes ao processo de habilitação, (fls. 45/46 e 75 do apenso II), da falecida foram assinados por ele. Entre os anos de 2001 e 2002, foi beneficiado com várias transferências feitas pelos parentes da falecida, às fls. 262, do apenso I.

2º acusado: Recebeu uma transferência no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) no dia 04 de julho de 2000, provinda da conta da Sra. Maria de Lourdes Gonçalves de Vasconcelos, data na qual a pensionista supracitada já tinha falecido, de acordo com fls. 285, do apenso I, vol. 2.

3º acusado: Recebeu cheque, da conta corrente da Sra. Maria de Lourdes Gonçalves, às fls. 157/158, apenso I, vol. I, no

valor de R$ 13.000,00 (treze mil reais). Recebeu, também, por ser sócio da Empresa PHC Ltda R$ 13.000,00 (treze mil reais), fls. 153/154, apenso I, vol. I;

4º acusado: Recebeu cheque supostamente assinado pela Sra. Maria de Lourdes, tendo esta já falecido, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), fls. 159/160, apenso I, vol. I, além de receber também a quantia de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), em nome da Empresa PHC Ltda, na qual é sócio em conjunto com sua mãe, fls. 153/154 e 187, apenso I, vol. I;

5º acusado: Recebeu cheque supostamente assinado pela pensionista que já havia falecido, fls. 156, no valor de R$ 13.000,00 (treze mil reais). Percebeu, também, em nome da empresa na qual é sócia, cheque falsamente assinado no valor de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), fls. 153/154, apenso I, vol. I;

Verifica-se, ainda, que os primeiros depósitos em nome da falecida pensionista foram feitos no Banco do Brasil, tendo sido feita transferência posterior ao seu óbito, para o Banco Real.

O Laudo de Exame Pericial, indica que os valores brutos pagos à pensionista orçaram em R$ 194.054,53 (cento e noventa e quatro mil, cinqüenta e quatro reais e cinqüenta e três centavos), tendo sido recebido indevidamente pela conta do Banco do Brasil o valor de R$ 16.619,43 (dezesseis mil, seiscentos e dezenove reais e quarenta e cinco centavos) e do Banco Real, o valor de R$ 141.482,99 (cento e quarenta e um mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e noventa e nove centavos); (fls. 260 e seguintes), instituições financeiras que serviram de esteio para os desvios de valores praticados por todos os acusados.

Restou, pois, plenamente caracterizada a participação dos denunciados na hipótese vertente, visando a obter a vantagem indevida em prejuízo da Administração Militar." (fls. 2/5).

Posteriormente, houve aditamento à exordial, em 20fev2006, em relação ao civil Francisco Rocha Gonçalves, denunciado como incurso no art. 251, § 3º, c/c o art. 53, ambos do CPM (fl. 5-A).

Em decisão proferida em 9mar2006, o Juiz-Auditor recebeu a a denúncia ofertada contra os acusados e o seu aditamento, com exceção do civil Jacques Jacobs, com fulcro no art. 43, inciso I, do CPP (fls. 305/306).

Os acusados foram devidamente citados conforme documentos de fls. 353/353v, 365/365v, 366/366v, 367/367v e 368/368v. Qualificados e interrogados, em sessão realizada no dia 21jun2006, declararam o seguinte:

- Carlos Antonio da Silva afirmou, às fls. 379/381, que a sua participação no evento se restringiu tão-somente na elaboração do procedimento administrativo para a concessão da pensão à Srª Maria de Lourdes, sendo tudo feito dentro da legalidade. Os demais acusados efetuaram depósitos em sua conta-corrente, mas isso ocorreu a título de mero agrado. Não pode afirmar quem os efetuou e como conseguiram o número de sua conta-corrente. Que nunca recebeu oferta a não ser no presente caso.

- Jorge Loiola Gonçalves dos Santos declarou, às fls. 382/384, que, de fato, recebeu o depósito apontado na exordial, mas desconhecia a origem do mesmo. O dinheiro foi-lhe dado por sua mãe, Srª Valdilea, a título de ajuda, no valor de R$13.000,00.

- Jefferson Gonçalves dos Santos afirmou, às fls. 385/387, que é sócio da empresa Produtos Hospitalares e Cirúrgicos Ltda – PHC, juntamente com sua mãe, Srª Valdilea. Confirmou ter recebido os depósitos descritos na inicial, efetuados pela sua genetriz, mas não sabia a origem.

- Valdilea Gonçalves dos Santos declarou, às fls. 388/390, que assinou quatro cheques da conta-corrente da pensionista após o falecimento desta. Foi a própria depoente quem abriu uma conta-corrente no Banco Real em nome da pensionista falecida, visto que no Banco do Brasil haveria problemas. Que é sócia da firma PHC e esta passava por dificuldades financeiras. O seu marido estava prestes a receber um dinheiro atrasado, que nunca saía. Que fez os depósitos descritos na exordial, mas ninguém sabia a origem desses depósitos e, tampouco, que havia aberto uma conta-corrente no Banco Real.

- Francisco Rocha Gonçalves afirmou, às fls. 391/392, que foi sócio da empresa PHC até o ano de 1999 e desconhece os fatos descritos na inicial.

O Ministério Público Militar arrolou como testemunha a Srª Lúcia Maria de Oliveira Carbone Campos a qual declarou à fl. 394 ser funcionária do Banco Real e que, durante a investigação do caso em questão, a depoente, de posse dos cheques ilegais, ligou para a suposta dona Maria de Lourdes, confirmando com esta a emissão dos mesmos.

A Defesa não arrolou testemunhas (fl. 399).

O prazo do art. 427 do CPPM transcorreu ***in albis*** para as partes (fl. 399). No entanto, o Juízo determinou que se diligenciasse à autoridade policial militar para fins de esclarecimento quanto à mudança da conta-corrente de pagamento da Srª Maria de Lourdes do Banco do Brasil para o Banco Real (fl. 399). Em cumprimento, veio aos autos o ofício nº

4906/SIPM-MB, de 4jul2006, comunicando inexistir nos arquivos da Seção de Inativos qualquer documento que comprove a solicitação de alteração da mencionada conta-corrente (fl. 407).

Em alegações escritas, o representante do MPM postulou a condenação dos acusados nos termos da inicial, exceto quanto ao Sr Francisco Rocha Gonçalves, ocasião em que requereu a sua absolvição por insuficiência de provas (fls. 416/420).

O defensor dativo de Jorge Loiola, Jefferson, Valdilea e Francisco pleiteou a absolvição dos mesmos e, caso não fosse este o entendimento, que se aplicasse a pena mínima, com o benefício do ***sursis*** no tocante à Srª Valdilea (fls. 424/428). O advogado de Carlos Antônio postulou a sua absolvição com fulcro no artigo 439, alínea "c", do CPPM (fls. 430/431).

Em sessão de julgamento, o representante do ***Parquet*** Castrense ratificou os termos de suas alegações. A Defesa do Sr Carlos Antonio pleiteou a sua absolvição nos termos do art. 439, "e", do CPPM. A Defesa dos demais acusados postulou de igual forma a absolvição, ou, em caso de condenação, a aplicação da pena mínima e a concessão do benefício do ***sursis*** a todos eles (fls. 447/448).

Consta nos autos a seguinte documentação: - Documento expedido pelo Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha, informando o montante recebido por cada acusado (fls. 301/302); - Decisão de rejeição da denúncia em relação a Jacques Jacobs, por força do art. 43, inciso I, do CPP (fls. 305/306); - Decisões de quebra de sigilo bancário (fls. 6 do Apenso I, 150 e 219 dos autos principais); - Decisão de nomeação de defensor dativo em relação aos acusados Jorge, Jefferson, Valdilea e Francisco (fl. 374).

As certidões de antecedentes criminais se encontram anexas às fls. 336/338, 342/344, 345/348, 355/358 e 361/363.

Cabe mencionar que foram efetuadas várias diligências no sentido de se chegar à suposta autoria dos saques e da movimentação financeira efetuada na conta-corrente da pensionista falecida, seja no Banco do Brasil, seja na conta-corrente aberta no Banco Real, que foram devidamente cumpridas e encontram-se nos apensos 1 e 2.

O Conselho Permanente de Justiça, à unanimidade de votos, absolveu Jorge Loiola Gonçalves dos Santos, Jefferson Gonçalves dos Santos e Francisco Rocha Gonçalves do crime previsto no art. 251, § 3º, c/c o art. 53, tudo do CPM, com fulcro no art. 439, letra "e", do CPPM. E, ainda, condenou Carlos Antonio da Silva como incurso no art. 308 da Lei Substantiva Castrense e, por maioria, Valdilea Gonçalves dos Santos nas penas do art. 251 da mesma Lei (fls. 447/448).

A sentença da lavra do Dr Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira encontra-se anexada às fls. 435/446.

A intimação da mencionada decisão deu-se em 11set2006 (fl. 448). A interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público Militar foi tempestiva (fl. 452). Em suas razões, postulou a reforma da sentença para se condenar os civis Jorge Loiola Gonçalves dos Santos e Jefferson Gonçalves dos Santos como incursos no art. 251 do CPM, em continuidade delitiva. E, ainda, a majoração da pena em relação a Carlos Antonio da Silva, incidindo a agravante contida no § 1º do art. 308 da mesma Lei; e em relação a Valdilea Gonçalves dos Santos, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal (fls. 458/468).

Em contra-razões, a Defesa de Carlos Antonio da Silva, à fl. 472, e a dos demais apelados, às fls. 477/484, postularam a manutenção da sentença de primeiro grau.

Instada a opinar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr Alexandre Concesi, manifestou-se, às fls. 500/504, pelo improvimento do recurso.

Os autos foram distribuídos em 17nov2006, recebidos em 27nov2006 e colocados em Mesa em 30mai2007, dando-se ciência à Defensoria Pública da União, conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

É o Relatório.

Relatados, decide-se:

VOTO

O representante do Ministério Público Militar, inconformado com a sentença de primeira instância, interpôs o presente recurso de apelação para fins de reforma do ***decisum*** que absolveu os Civis JORGE LOIOLA GONÇALVES DOS SANTOS e JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS, do crime previsto no artigo 251, § 3º, do Código Penal Militar, com fulcro na alínea "e", do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar. E, ainda, no tocante à fixação das penas aplicadas ao Civil CARLOS ANTONIO DA SILVA, condenado a 2 (dois) anos de reclusão, como incurso no artigo 308 da Lei Penal Castrense, e à Civil VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS, condenada a 2 (dois) anos de reclusão, como incursa no artigo 251 do mesmo ***Codex***, concedido a ambos o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade, com fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena, nos moldes do artigo 33, § 2º, letra "c", do Código Penal.

Em suas razões recursais, o nobre Promotor postulou a reforma da sentença em relação a quatro acusados, da forma a seguir: a condenação dos Civis Jorge Loiola Gonçalves dos Santos e Jefferson Gonçalves dos Santos pelo crime previsto no artigo 251 do Código Penal Militar, com a fixação da pena acima do mínimo legal, e em continuidade delitiva. Alegou que os acusados tinham pleno conhecimento da empreitada criminosa, inclusive tomando providências para encobrir as provas do ilícito.

Não há qualquer suporte probatório nos autos para uma condenação dos acusados supramencionados. Os argumentos trazidos pelo órgão do ***Parquet*** Castrense são praticamente aqueles expendidos em alegações escritas e são muito frágeis a ensejar a um decreto condenatório.

O simples fato de os acusados possuírem laços de parentesco e profissional, na qualidade de empregado ou de sócio da empresa "Produtos Hospitalares e Cirúrgicos Ltda – PHC", por si só, não nos indica qualquer participação ou mesmo conhecimento da atividade ilícita praticada pela Civil Valdilea, mãe dos ora apelados.

O simples depósito de cheques da Srª Valdilea nas respectivas contas-correntes dos acusados também não vincula qualquer participação deles na empreitada criminosa, com pleno conhecimento da origem ilícita do dinheiro.

No tocante aos dois civis condenados, Carlos Antonio da Silva e Valdilea Gonçalves dos Santos, o representante do Ministério Público Militar postulou a majoração da pena aplicada.

A saber, entendeu o Conselho Julgador que o delito imputado na denúncia em relação a Carlos Antonio da Silva não mostrou caracterizado, tendo, para tanto, condenado o acusado, por desclassificação, como incurso no crime previsto no artigo 308 do CPM (corrupção passiva).

O Sr Carlos declarou em juízo que trabalhava no Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha e ajudou na elaboração do processo de habilitação de pensão da Srª Maria de Lourdes Gonçalves, tudo dentro da legalidade.

Ocorre que a habilitação da mencionada beneficiária **só se operou em 25mai2000**, data, inclusive, posterior ao seu óbito, ocorrido em **29abr 2000**.

Evidente o conluio entre o funcionário do Serviço de Inativos e Pensionistas, Sr Carlos, e a irmã da pensionista falecida, Srª Valdilea. Aquele, como foi mencionado, foi quem ajudou no processo de habilitação à referida pensão, efetivado somente após o óbito. E, ainda, em seu depoimento, afirmou que recebeu quantias de dinheiro por parte de familiares da ex-pensionista, mas somente a título de agrado. Quantia essa no total de R$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), decorrentes de depósitos efetuados em sua conta-corrente de setembro de 2001 a novembro de 2002 (fl. 302).

Totalmente infundada tal justificativa. Ele, como funcionário da mencionada Seção, foi quem deu todo o suporte necessário a manutenção do recebimento indevido dos proventos de pensão. Diríamos até que a conduta do mesmo poderia se amoldar a um fato típico mais gravoso, só que não é permitido nessa ocasião, sob pena de infringência ao princípio ***ne reformatio in pejus***, posto que o órgão acusador se deu por satisfeito com a condenação do acusado em primeira instância, postulando somente a majoração da pena.

O § 1º do artigo 308 do Código Penal Militar assim preconiza:

"Art. 308 .....

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional."

Não vislumbramos a incidência de tal agravante. A pena aplicada ao civil Carlos Antonio da Silva foi devidamente sopesada, tendo em vista que se trata de um réu primário e possuidor de bons antecedentes.

Em relação à Srª Valdilea Gonçalves dos Santos, a acusada foi condenada à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursa no artigo 251 do Código Penal Militar.

O órgão julgador, na ocasião, concluiu pela devida comprovação nos autos do crime de estelionato pela acusada, considerando a fraude perpetrada pela civil, justamente com o intuito de obter a vantagem ilícita.

A acusada, segundo seu depoimento, foi quem ajudou a irmã, pensionista falecida, até o momento do seu óbito. Mesmo sabendo da condição de saúde da mesma, que culminou com a sua morte, juntamente com o Sr Carlos Antonio da Costa, levaram adiante a trama ilícita.

Declarou, ainda, em juízo, que julgou conveniente encerrar a conta-corrente no Banco do Brasil, em maio de 2006, e abrir uma outra no Banco Real para não ter maiores problemas, posto que aquela era vinculada ao serviço da ex-pensionista.

Reputamos a existência de duas condutas distintas, quais sejam, o ***falsum*** e o estelionato. O primeiro é nada mais nada menos que o crime-meio para se atingir o crime-fim. Não há, portanto, concurso de crimes como pleiteou o Ministério Público Militar.

O Conselho, ao fixar a pena, também englobou toda a atividade criminosa da civil, a qual, no seu conjunto, reveste-se na conduta delituosa ínsita no artigo 251 da Lei Penal Militar. As circunstâncias, o modo

como foi engendrada a trama entre a civil e o Sr Carlos, enfim, o meio executório foi devidamente sopesado pelo Juízo ***a quo***.

Não há que se falar em continuidade delitiva em estelionato praticado contra o Sistema de Previdência Social. Por uma construção doutrinária, o delito, em tela, é forçosamente classificado como crime eventualmente permanente.

Para um melhor esclarecimento, trazemos à baila as palavras do Professor Fábio Bittencourt da Rosa acerca da matéria, como se segue:

> *"... A ação delituosa, ou seja, a execução do delito se perfaz com o emprego de ardil ou artifício para falsear a realidade e iludir a boa-fé da vítima. Pretende-se obter vantagem em prejuízo alheio, sendo a tutela do crime representada pelo patrimônio.*
>
> *Exatamente por isso é forçoso concluir que o estelionato pode caracterizar um crime eventualmente permanente, o que ocorre com a fraude previdenciária, conforme se notou. A conduta fraudulenta traduz-se no procedimento viciado, em regra por documentos falsos, do que resulta a obtenção da vantagem indevida. A reiteração de recebimento dos benefícios é apenas o ponto que indica a permanência da consumação." (ROSA, Fábio Bittencourt. Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. P. 141)*

Dessa forma, a pena imposta aos Civis Valdilea e Carlos, pelos respectivos delitos, no seu mínimo legal, foi devidamente aplicada. Foram observados os critérios estabelecidos no artigo 69 do Código Penal Militar, como os bons antecedentes, a primariedade, ausência de agravantes e de atenuantes, causas especiais de aumento ou de diminuição de pena.

Além do que, fixar uma pena acima do mínimo legal, em face dos fatos trazidos aos autos, importaria em nulidade.

Nesse sentido, trazemos à colação jurisprudência da mais alta Corte:

> *"EMENTA:*
>
> *HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO. PENA MÍNIMA. REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS GRAVOSO QUE O PREVISTO EM LEI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO CRITÉRIO TRIFÁSICO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.*
>
> *1. Fixada a pena mínima de um ano, prevista para o crime de estelionato, à falta de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a imposição de regime mais gravoso que o previsto em lei*

revela-se incongruente, consubstanciando constrangimento ilegal sanável em habeas corpus.

2. Falta o interesse de agir no que tange à alegação de ausência de fundamentação quanto ao critério trifásico se a pena não excede o mínimo legal, como é o caso dos autos. Ordem concedida." (Habeas Corpus nº 89380/SP – Rel Min Eros Grau. Julg. 21/11/2006 – DJ de 16/02/2007).

A sentença de primeira instância deve ser mantida integralmente pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais passamos a reproduzir:

"... O conjunto probatório indica que a ação penal deve ser julgada procedente apenas em parte, para condenar CARLOS ANTÔNIO DA SILVA e VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS, operando-se ainda uma desclassificação para o art. 308 do CPM, no que se refere à conduta do primeiro. Assim vejamos:

CARLOS, às fls. 379/381, admitiu ter recebido créditos em sua conta-corrente feitos por parentes da Srª Maria de Lourdes Gonçalves Vasconcelos, pensionista de Serafim Raimundo Batista, falecida em 29/04/00. Tais depósitos estão certificados nos relatórios às fls. .... e na quebra de sigilo bancário em apartado, totalizando R$3.200,00 (três mil e duzentos reais).

*Este comportamento, contrariando a proposta ministerial, não se amolda, **data vênia**, ao delito de estelionato, visto que não existe nos autos suporte probante que sustente que esse acusado teria atuado no processo de habilitação da pensionista estando ciente de seu falecimento, querendo, conseqüentemente, iludir a administração militar para beneficiar e ser beneficiado por qualquer vantagem.*

*O fato alegado pela acusação de ter figurado como solicitante no procedimento administrativo, conforme se verifica às **fls. 75** do apenso II, não abala o raciocínio acima, até porque esteve nessa situação em outras oportunidades, como se constata às **fls.** 45/46, o que indica, nada mais, nada menos, que estava no exercício normal de sua atividade funcional no SIPM.*

*Inclusive, por reforçar a conclusão acima, vale mencionar as declarações da acusada **VALDILEA**, às **fls. 388/390**, quando afirma em relação a **CARLOS ANTÔNIO:***

'(...) que fez os depósitos para a pessoa que teria ajudado sua irmã lhe deu o nome e número da conta corrente para esses depósitos (...) que sua irmã, pelo que se recorda, apenas lhe deu o número e uma conta-corrente para depósitos a título de gratificação a uma pessoa que a ajudou na Marinha (...)'

Todavia, isto não quer dizer que está isento de qualquer responsabilidade. A sua conduta encontra tipicidade no delito de corrupção passiva, por ter recebido indevidamente, em razão de sua função, a quantia já indicada.

Esta desclassificação é totalmente permitida, pois o fato encontra-se devidamente narrado na denúncia, estando em perfeita sintonia com o mandamento previsto no artigo 437, alínea "a", do CPPM.

A tese defensiva não merece guarida.

As pessoas que oferecem, prometem ou contemplam com recompensas os servidores públicos, para que os mesmos exerçam atos de ofício, praticam o delito e corrupção ativa, e, aqueles que recebem, de corrupção passiva. In casu, o art. 309 do CPM talvez tenha sido perpetrado pela Srª Maria de Lourdes, mas, com a sua morte, nada resta a fazer.

Já ***VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS*** *certifica, em seu interrogatório, a sua exclusiva responsabilidade, afastando qualquer participação do segundo, terceiro e quinto acusados:*

'que assume que assinou quatro cheques da conta-corrente da sra. MARIA DE LOUDES após o seu falecimento (...) que gostaria de pedir desculpas por seu erro; que a própria acusada abriu uma conta do BANCO REAL em nome da pensionista falecida já que o no BANCO DO BRASIL haveria problemas porque era uma conta corrente ligada ao trabalho da pensionista; que mais uma vez gostaria de pedir desculpas; que realmente fez depósitos para seus filhos, mas os mesmos não sabiam a origem ilícita dos depósitos (...)'

O Laudo de Exame Pericial às ***fls. 35****, a quebra de sigilo bancário em apartado e o relatório do SIPM, às* ***fls. 301/302****, atestam os valores recebidos ilicitamente.*

A capitulação perseguida na exordial restou plenamente configurada, considerando que, mediante fraude, traduzida na falsifica-

ção da assinatura de sua irmã Maria de Lourdes (pensionista falecida) e outros expedientes, obteve vantagem ilegal para si e para outrem.

Não há excludente do crime.

Para o segundo e o terceiro acusados, nota-se que a fundamentação acusatória carece de confirmação na planície probatória.

A base de tal pleito está no seguinte entendimento:

> '(...) estreitos laços de parentesco com a Sra. Valdilea, inclusive no convívio profissional, fica claro que tinham absoluto conhecimento da ilicitude dos valores depositados em suas contas correntes.
>
> Em conclusão decorre do fato de os réus terem trabalhado ou serem associados na mesma empresa, o que lhes confere o evidente conhecimento da situação financeira da mesma, inclusive por ser uma empresa familiar como a Sra. Valdilea declara em seu depoimento, via de conseqüência é descabida a alegação de não tinham conhecimento da origem dos depósitos em suas contas, mormente pela quantia que era depositada (...) (**fls. 419**).

Será que este argumento, por si só, dá a certeza necessária para a procedência da ação penal?

Por que desprezar a confissão apresentada por **VALDILEA** em total harmonia com as versões desses acusados? E o que dizer da posição defensiva, às **fls. 426**?

> '(...) assim, a confiança naturalmente depositada na acusada, não só por ser sócia gerente da empresa PHC (fls. 396), mas em razão mesmo do laço de parentesco, não significa dizer que seus filhos e seu irmão soubessem da prática do delito mas, tão somente, que confiavam cegamente nos atos praticados por aquela que, nitidamente, dirigia os rumos da família.
>
> Durante seu interrogatório, a acusada mostrou-se bastante arrependida e envergonhada diante dos filhos e irmão, o que reforça o entendimento de que estes, de fato, nada sabiam (...)'.

A situação do quinto acusado trilha um caminho semelhante, talvez menos controvertido. Como bem disse o digno Promotor:

'(...) Quanto ao Sr. Francisco Rocha Gonçalves este procura se excusar da imputação dizendo que nada sabe sobre a fraude para movimentação da conta bancária da pensionista falecida Sra. Maria e Lourdes, ainda que dos autos conste que era sua propriedade a linha de telefone celular para a qual eram feitas ligações para confirmação da emissão dos cheques em nome da falecida (março de 2001) após a sua morte.

Essa questão de ligações telefônicas para a confirmação de emissão de cheques é esclarecida pela funcionária do Banco Real, testemunha arrolada à fls. 394, que informa que os cheques eram confirmados por uma mulher que se fazia passar pela Sra. Maria de Lourdes, excluindo assim a imputação contra o réu, informação esta que também é confirmada pela denunciada Sra. Valdilea (...)'

Claramente, instalaram-se sérias dúvidas, pelas quais torna-se obrigatório reconhecer razão à Defesa, quando sustenta:

'(...) Por derradeiro, não existe nos autos qualquer prova do envolvimento dos filhos e irmão da acusada na prática do delito em tela (...)'

ISTO POSTO, DECIDE *o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade de votos,* ***ABSOLVER JORGE LOIOLA GONÇALVES DOS SANTOS, JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS e FRANCISCO ROCHA GONÇALVES,*** *já qualificados, com fulcro no artigo 439, e, do* ***CPPM, CONDENAR CARLOS ANTÔNIO DA SILVA*** *como incurso no artigo 308 do CPM e, por maioria, 4X1,* ***CONDENAR VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS*** *no artigo 251 do mesmo Diploma Legal.*

Para tanto, fixa a pena-base para ***CARLOS ANTÔNIO DA SILVA*** *em 02 (dois) anos de reclusão, que se transforma em definitiva por ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena a ser cumprida inicialmente em regime aberto, por força do artigo 33, c, do CP.*

Para ***VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS, fixa a pena-base no mínimo legal, que se transforma em definitiva*** *por ausência de agravantes, causas de aumento e diminuição de pena, a ser cumprida inicialmente em* ***regime aberto****, por força do artigo 33, c, do CP. Deixa de aplicar a agravante do § 3º do art. 251 do CPM seguindo jurisprudência da Egrégia Corte Castrense, que prestigia o princípio do* **non bis in idem**.

Decide, ainda, para ambos, conceder o benefício da ***Suspensão Condicional da Pena****, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos, mediante as condições do artigo 626 do CPPM.*

Concede, finalmente, o direito de apelarem em liberdade, por preencherem os requisitos legais pertinentes."(fls., 439/444).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr Alexandre Concesi, manifestou-se pelo improvimento do recurso, tecendo as considerações a seguir:

"... Com efeito, procura-se imputar a ***JEFFERSON e JORGE LOIOLA*** *culpa pelo crime cometido porque em favor destes teriam sido depositadas importâncias de R$ 25.000,00 para o primeiro e de R$13.000,00 para o segundo,* ***no mesmo dia, 8 de janeiro de 2001****, ambos os valores provenientes da conta de MARIA DE LOURDES (fls. 301).*

Data vênia, tais valores podem até ter vindo da conta de MARIA DE LOURDES, mas não em decorrência dos depósitos feitos pela Marinha, uma vez que, após o óbito da referida pensionista, o montante depositado em favor desta não chega sequer aos R$ 25.000,00 (computando-se os R$ 10.871, 63 depositados e junho de 2000) que se diz ter sido dado a JEFFERSON. Pelo menos é o que se depreende da soma de valores líquidos, conforme consignados nos referidos bilhetes de pagamento.

O que se quer dizer, enfim, é que as contas não fecham, não estando devidamente explicitadas e trazendo, inclusive, no seu bojo, diversas contradições.

*Tal fato só reforça o entendimento manifestado na sentença '****a quo****' a respeito da ausência de provas em relação à participação dos demais acusados naquele evento delitivo.*

Se dúvida não há quanto à participação de VALDILEA, até mesmo pela sua confissão em juízo, muitas interrogações ficaram em aberto no que concerne à participação de JORGE LOIOLA e JEFFERSON.

Da mesma forma, consideramos que a apenação imposta a VALDILEA e a CARLOS estão em consonância com reiteradas decisões dessa Corte, no sentido de não agravar a pena nas hipóteses de crimes patrimoniais, como é caso, quando os réus são primários e de bons antecedentes, como também é o caso." (fls. 502/504).

É o quanto basta ao exame da questão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
ALMIRANTE-DE-ESQUADRA
RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA
APELAÇÃO Nº 2006.01.050425-7-RJ

Votei vencido, divergindo do Eminente Ministro-Relator e da ilustrada maioria de meus pares pelas razões a seguir expostas.

Entendo que o recurso ministerial merece parcial acolhimento.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a absolvição dos civis JORGE LOIOLA GONÇALVES DOS SANTOS e JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS do crime previsto no art. 251, § 3º, c/c o art. 53, tudo do CPM; e no tocante ao *quantum* das penas aplicadas ao civil CARLOS ANTONIO DA SILVA, condenado a 02 (dois) anos de reclusão, como incurso no art. 308 do CPM, e à civil VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS, condenada a 02 (dois) anos de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, ambos com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade, sendo fixado o regime aberto para o cumprimento inicial das penas, nos termos do art. 33, alínea "c", do CP.

Segundo se verifica dos autos, MARIA DE LOURDES GONÇALVES DE VASCONCELOS era companheira do ex-Combatente SERAFIM RAIMUNDO BATISTA que faleceu em 12/07/96 (fl. 37, Apenso 3). Em novembro de 1999, MARIA DE LOURDES requereu judicialmente justificação da sociedade de fato (fls. 58/60, Apenso 3), e em 21 de março de 2000 recebeu sentença favorável à homologação (fl. 78, Apenso 3). No dia 24 de março, MARIA DE LOURDES deu entrada no pedido de pensão junto ao Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha (fl. 53, Apenso 3).

O deferimento da pensão ocorreu dois meses depois, em 25 de maio de 2000 (fl. 74, Apenso 3). Ocorre que, nessa data, MARIA DE LOURDES já era falecida, fato ocorrido em 29 de abril de 2000, conforme certidão de óbito de fl. 09 (Vol. 1).

Os valores referentes à pensão foram depositados mês a mês, de junho de 2000 a janeiro de 2003, e só cessaram porque o filho do ex-Combatente compareceu ao SIPM em dezembro de 2002 para solicitar um documento do pai, e informou o óbito da madrasta (fl. 32/33).

Cabe, inicialmente, esclarecer que, efetivamente, o prejuízo sofrido pela Administração Militar foi de R$ 194.054,53 (cento e noventa e

quatro mil, cinqüenta e quatro reais e cinqüenta e três centavos), como narrado na denúncia, respaldado pelo Demonstrativo de Débito de fls. 36/42 e bilhetes de pagamento anexados aos autos. O valor de R$ 71.642,47 (setenta e um mil, seiscentos e quarenta e dois reais e quarenta e sete centavos) foi de fato depositado na conta corrente da pensionista falecida, embora no bilhete de pagamento de fl. 50 conste ter havido um desconto de R$ 69.212,47 (sessenta e nove mil, duzentos e doze reais e quarenta e sete centavos), o que levou a equívoco a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar. O desconto referido traz ao lado uma descrição, COPIM FO SUP, que significa, *"desconto automático do adiantamento efetuado por meio de folha suplementar"*, ou seja, que houve o pagamento antecipado dos valores em folha suplementar. Tanto assim que à fl. 61 do Apenso 1 se comprova o depósito em questão no dia 08 de janeiro de 2001, na exata quantia de R$ 69.212,47 (sessenta e nove mil, duzentos e doze reais e quarenta e sete centavos), na conta poupança da falecida, no Banco Real. O alto valor se refere à pensão não paga entre a morte do militar e o deferimento do pedido da pensionista, conforme se verifica da descrição ao lado do crédito no mesmo bilhete de fl. 50, com a sigla P EX-C EX AT, que significa *"diferenças de pensão de ex-combatente referente a exercícios anteriores"*.

Esse valor foi dividido entre os Acusados, nos seguintes moldes: R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) em favor da Empresa PHC – Produtos Hospitalares e Cirúrgicos, da qual eram sócios VALDILEA e JEFFERSON; R$ 13.000,00 (treze mil reais) para VALDILEA; R$ 13.000,00 (treze mil reais) para JORGE LOIOLA; e R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para JEFFERSON, conforme comprovam os cheques nominais de fls. 152/160 do Apenso 1.

Foi depositado em favor da pensionista falecida o valor total de R$ 161.629,36 (cento e sessenta e um mil, seiscentos e vinte e nove reais e trinta e seis centavos), assim especificado:

- **Ano 2000**, os valores de:

R$ 10.871,63 (dez mil, oitocentos e setenta e um reais e sessenta e três centavos) no mês de junho;

R$ 1.694,28 (um mil, seiscentos e noventa e quatro reais e vinte e oito centavos) nos meses de julho, agosto, setembro, outubro e dezembro; e

R$ 2.682,61 (dois mil, seiscentos e oitenta e dois reais e sessenta e um centavos) no mês de novembro, em virtude do 13º salário;

- **Ano 2001**, os valores de:

R$ 71.642,47 (setenta e um mil, seiscentos e quarenta e dois reais e quarenta e sete reais) no mês de janeiro;

R$ 2.430,00 (dois mil, quatrocentos e trinta reais) nos meses de fevereiro, março, abril, maio, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro; e

R$ 3.645,00 (três mil, seiscentos e quarenta e cinco reais) e R$ 4.860,00 (quatro mil, oitocentos e sessenta reais) nos meses de junho e novembro, respectivamente, relativos ao 13º salário;

- **Ano 2002**, os valores de:

R$ 2.430,00 (dois mil, quatrocentos e trinta reais), nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio;

R$ 2.677,50 (dois mil, seiscentos e setenta e sete reais e cinqüenta centavos) nos meses de julho, agosto, setembro, outubro e dezembro; e

R$ 4.016,25 (quatro mil, dezesseis reais e vinte e cinco centavos) e R$ 5.355,00 (cinco mil, trezentos e cinqüenta e cinco reais) nos meses de junho e novembro, respectivamente, relativos ao 13º salário; e

- **Ano 2003**, o valor de:

R$ 2.677,50 (dois mil, seiscentos e setenta e sete reais e cinqüenta centavos) no mês de janeiro.

Tais valores somam R$ 161.629,36 (cento e sessenta e um mil, seiscentos e vinte e nove reais e trinta e seis centavos) e chegaram a R$ 194.054,53 (cento e noventa e quatro mil, cinqüenta e quatro reais e cinqüenta e três centavos), porque atualizados, conforme explicitado no Demonstrativo de Débito, pelas seguintes legislações e coeficientes, descritos à fl. 42:

"LEGISLAÇÃO/COEFICIENTES UTILIZADOS:

- De 01/06/2000 a 26/10/2000 – Unidade Fiscal de Referência – UFIR – Art. 54 da Lei nº 8.383/91 – in DOU de 31/12/91;

- De 27/10/2000 a 28/02/2003 – Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA – Decisão 1.122/2000 TCU – Plenário, de 13/12/2000;

- Juros de Mora calculados nos termos do Art. 16 do DL nº 2.323/87 – in DOU de 05/03/87, Art. 54 da Lei nº 8.383/91 – in DOU de 31/12/91 e da Decisão nº 484/94 – TCU – Plenário, de 27/07/94, Ata nº 35/94, in DOU de 08/08/94 e da Decisão nº 1.122/2000 – TCU – Plenário, de 13/12/2000".

Após a instrução criminal ficou comprovado que VALDILEA se fez passar pela pensionista falecida, movimentando o dinheiro indevidamente depositado pelo SIPM; assinando cheques, inclusive recebendo ligações bancárias para confirmar a assinatura nas cártulas; abrindo e fechando contas correntes; e que foram sacados, mensalmente, os valores referentes à pensão. E que CARLOS ANTONIO DA SILVA recebeu indevidamente numerário que foi depositado pela família da pensionista falecida.

Quanto aos civis JORGE LOIOLA e JEFFERSON, filhos de VALDILEA, a Sentença entendeu não existirem provas suficientes para a condenação.

No tocante ao civil CARLOS ANTONIO DA SILVA, requer o *Parquet* seja aumentada a pena em 1/3 (um terço) por força do § 1º do art. 308 do CPM (*"A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional"*), aduzindo que está caracterizado o ato ilícito no documento assinado pelo Acusado após a morte da pensionista, possibilitando a fraude.

Não lhe assiste razão. A simples assinatura do Réu no referido documento, datado de 04/05/2000 e constante à fl. 75 do Apenso 3, não é suficiente para provar que naquela ocasião já soubesse que a pensionista era falecida. Assim, não há como deferir-se o aumento requerido.

De outro lado, a pena-base deve ser majorada, considerando-se as circunstâncias do art. 69 do CPM, eis que, no procedimento de quebra de sigilo bancário do Réu, verificou-se que a conduta delituosa de receber vantagem indevida em razão da função repetiu-se nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2001, e janeiro, fevereiro, abril, setembro e novembro de 2002, conforme fl. 262 do Apenso 1, demonstrando a intensidade do dolo e a maior extensão do dano, devendo ser aumentada para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

O Ministério Público Militar também recorre da absolvição de JORGE LOIOLA e de JEFFERSON, postulando, ainda, o aumento da pena em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a aplicação da continuidade delitiva.

Quanto a JORGE, a prova é insuficiente para a condenação.

É razoavelmente possível que desconhecesse a origem ilícita do dinheiro que foi depositado em sua conta corrente, não bastando para um decreto condenatório ter conhecimento de que sua mãe pouco recebia de pensão do marido falecido; que a empresa de que ela era sócia não passava por boa fase nos negócios; e que não havia outra fonte de renda na família. Afinal, o Acusado não morava na mesma residência de VALDILEA e também não era sócio da empresa. E, apesar de constarem várias ocorrências em suas Folhas de Antecedentes Criminais (FAC), como ressaltado pelo *Parquet*, pelos crimes dos arts. 129 (lesão corporal); 288 (quadrilha ou bando) e 312 (peculato), c/c os arts. 69 (concurso material) e 71 (crime continuado), tudo do CP; e art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97 (porte ilegal de arma) (fls. 345/348), tais crimes não se relacionam com o dos autos, inexistindo prova cabal de sua participação nos fatos delituosos em questão.

O mesmo, entretanto, não se pode dizer do Acusado JEFFERSON. Foi ele quem recebeu a maior parte do dinheiro depositado pelo SIPM a título de pensões atrasadas, os R$ 69.212,47 (sessenta e nove mil, duzentos e doze reais e quarenta e sete centavos), pois R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) foram depositados na sua conta corrente e R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) na conta da Empresa PHC – Produtos Hospitalares e Cirúrgicos, da qual era o único sócio junto a VALDILEA. JEFFERSON conhecia muito bem a situação financeira da mãe, pois moravam na mesma residência. Ele também participou dos procedimentos junto ao Banco Itaú no dia 24 de abril de 2000, quatro dias antes do falecimento de MARIA DE LOURDES, ocasião em que foram abertas três contas correntes, uma em nome de VALDILEA, outra na da Empresa PHC – Produtos Hospitalares e Cirúrgicos, e outra no seu próprio nome, contas essas para onde, posteriormente, foram emitidos os cheques em questão (fls. 224/246). Acresça-se, ainda, o incontestável fato de que, no dia 07 de maio de 2001 VALDILEA efetuou um contrato de adesão a produtos e serviços no Banco do Brasil em nome da pensionista falecida, sendo apontado como fonte de referência con-

sultada sobre as veracidades dos dados ali contidos "JEFFERSON SANTOS" (fls. 290/292), tudo a demonstrar que ele tinha o pleno conhecimento e participação na fraude que estava sendo praticada.

Embora sua mãe tenha assumido toda a responsabilidade pelo crime, ficou comprovada nos autos a co-autoria de JEFFERSON, devendo ser condenado como incurso no crime de estelionato.

Entretanto, não é possível a aplicação da continuidade delitiva, como requer o *Parquet*.

Assim tem sido o entendimento majoritário da Corte Castrense, nos casos como o que ora se apresenta, como se verifica no seguinte julgado:

> *"EMBARGOS. ESTELIONATO. FRAUDE CONTRA O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO MILITAR. CONTINUIDADE DELITIVA. INAPLICABILIDADE. CRIME ÚNICO.*
>
> *1. Aos embargantes imputou-se a prática do crime de estelionato, na modalidade continuada, pela obtenção de vantagem ilícita por meio de recadastramento de pensionista falecida.*
>
> *Embargos recebidos no limite estrito da divergência, ou seja, quanto à existência, ou não, de continuidade delitiva.*
>
> *3. Consoante reiterada jurisprudência dos tribunais, o crime é único, seja ele permanente ou instantâneo, pois a percepção da vantagem indevida prolonga-se no tempo, constatação que afasta, de plano, o excesso de pena aplicado a título de continuidade delitiva.*
>
> *Recurso de embargos acolhidos. Decisão majoritária."* (Superior Tribunal Militar, Embargos nº 2005.01.049847-1/RJ, Rel. para o Acórdão Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, DJ 02/06/2006)

Não obstante, JEFFERSON não pode receber a mesma pena que é dada àqueles que, em delitos idênticos, causam prejuízo bem menor do que o verificado nos autos.

Analisando-se as circunstâncias do art. 69 do CPM, fixa-se a pena-base acima do mínimo legal em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, considerando-se a maior extensão do dano causado à Administração Militar, no valor de R$ 194.054,53 (cento e noventa e quatro mil, cin-

qüenta e quatro reais e cinqüenta e três centavos), e a atitude de total insensibilidade após o crime, permitindo que sua genitora assumisse toda a responsabilidade pela prática delituosa. A pena é tornada definitiva à míngua de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas especiais de aumento ou diminuição de pena.

Requer, também, o *Parquet*, o aumento da pena-base imposta à Ré VALDILEA, em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a aplicação da continuidade delitiva.

A continuidade não pode ser aplicada, conforme a razão já exposta.

A pena-base, entretanto, deve ser aumentada para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, considerando-se as circunstâncias do art. 69 do CPM, em virtude da maior extensão do dano causado à administração militar, no valor de R$ 194.054,53 (cento e noventa e quatro mil, cinqüenta e quatro reais e cinqüenta e três centavos), e do modo de execução, tendo a Ré praticado diversos outros atos ilícitos ao fazer-se passar pela pensionista falecida, não só sacando, mensalmente, os valores referentes à pensão, mas assinando cheques, recebendo ligações bancárias para confirmar a assinatura nas cártulas; e abrindo e fechando contas correntes como se fosse a falecida.

Por todo o exposto, dava provimento parcial ao recurso ministerial para aumentar a pena-base imposta ao civil CARLOS ANTONIO DA SILVA para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão como incurso no art. 308 do CPM; aumentar a pena-base imposta à civil VALDILEA GONÇALVES DOS SANTOS para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão como incursa no art. 251 do CPM; e condenar o civil JEFFERSON GONÇALVES DOS SANTOS à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão como incurso no art. 251 do CPM, sem direito ao *sursis*, por força do art. 84, *caput*, do CPM, fixando para todos os Réus o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei nº 7.210/84.

Superior Tribunal Militar, em 14 de agosto de 2007.

Alte Esq RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA
Ministro do Superior Tribunal Militar

APELAÇÃO Nº 2007.01.050492-3-DF

SOLDADO DO EXÉRCITO. *POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE "MACONHA" EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: PRINCÍPIO DA INSIGNICÂNCIA. LEI Nº 11343/2006. INAPLICABILIDADE À JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. I – Princípio da Insignificância. "In casu", o fato de ser pequena a quantidade de "Maconha", apreendida em poder do agente não configura insignificância penal, dado que a Jurisprudência do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que o referido Princípio não se aplica no caso de posse de substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar. II – Lei nº 11 343/2006. Inaplicável na Justiça Militar da União, tendo em vista sua reconhecida especialização, com ordenamento jurídico próprio, não é razoável que se dê a seus jurisdicionados, processados por crimes militares definidos em lei, o mesmo tratamento previsto para aqueles processados e julgados pela Justiça Comum, com base no Código Penal Brasileiro ou em leis extravagantes congêneres. III – Restando comprovado, nos autos, que a substância entorpecente, encontrada em poder do Apelante, em lugar sujeito à Administração Militar, era "Cannabis Sativa Lineu", vulgarmente, chamada "Maconha" e inexistindo em seu favor qualquer causa excludente de culpabilidade e/ou de ilicitude, não há que se falar em absolvição. IV – Negado provimento ao Apelo Defensivo e mantida, integralmente, a Sentença questionada. V – Decisão uniforme.*

Relator — Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto.

Revisor — Min. Dr. Olympio Pereira Da Silva Junior.

Apelante — **GILSON BORGES DA SILVA, Sd. Ex.,** condenado à pena de 01 ano de prisão, como incurso no art. 290, ***"caput"***, c/c o art. 58, tudo do CPM, 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.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª CJM, de 07.12.2006.

Advogados — Drs. Heverton Gisclan Neves da Silva e José Arruda de Miranda Pinheiro, Defensores Públicos da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo integralmente a Sentença questionada. O Ministro FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE não participou do julgamento. Usaram da palavra a Dra. Marina da Silva Steinbruch, pela Defesa, e a Dra. Adriana Lorandi, Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar. O Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, em questão de ordem, apontou divergência entre o Parecer emitido pelo Ministério Público Militar constante dos autos e o pronunciamento oral da Representante do Ministério Público Militar. A Defesa foi consultada na forma do § 3º do art. 75 do RISTM.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. 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, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. (Extrato da Ata 66ª Sessão, 25.09.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Apelo Defensivo, mantendo, integralmente, a Sentença questionada.

Brasília, 25 de setembro de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Sergio Ernesto Alves Conforto*, Ministro-Relator — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, verifica-se que tratam de Recurso de Apelação interposto pelo **Sd. Ex. GILSON BORGES DA SILVA,** inconformado com a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, para o Exército, da Auditoria da 11ª CJM, que o condenou pela prática do delito capitulado no art. 290, do CPM.

O **Sd. Ex. GILSON BORGES DA SILVA,** da 2ª Companhia de Infantaria de Guarda, do Batalhão da Guarda Presidencial (2ª Cia Inf Gd/BGP), Brasília-DF, foi preso em flagrante pelo 1º Sgt. Inf. ROBERTO SILVA, que fora informado pelo 3º Sgt. REGINALDO FERREIRA MATIAS JÚNIOR que, ao passar pelo **Sd. GILSON,** sentiu cheiro característico de maconha.

O Sgt. ROBERTO SILVA perguntou ao **Sd. GILSON** se, realmente, estava fazendo uso de maconha, tendo recebido resposta negativa.

O Sgt. ROBERTO SILVA, por já ter trabalhado no Pelotão de Investigações Criminais, do Batalhão de Polícia do Exército de Brasília (PIC/BPEB), sabia que a maconha deixa um cheiro característico, por isso, cheirou a mão do **Sd. GILSON** e, por sentir cheiro, fez uma revista em seu armário.

Já no Alojamento dos Soldados, resolveu revistar os bolsos do **Sd. GILSON**, encontrando um cigarro enrolado em uma folha de papel, que apresentava características da maconha e um isqueiro.

Após, pegou o cigarro o cheirou e perguntou ao **Sd. GILSON** o que era aquilo e **GILSON** respondeu-lhe que era maconha (fl. 11).

No Auto de Prisão em Flagrante constam os seguintes documentos:

- Nota de ciência das garantias constitucionais ao Flagranteado (fl. 10);
- Termo de Apreensão da Substância Entorpecente encontrada em poder do **Sd. GILSON** (fl. 19);
- Laudo de Exame de Corpo de Delito (Lesões Corporais e Toxicológico, fls. 83 a 86);
- Laudo Pericial nº 034/2006-Crim., de 07.06.06, passado pelo BPEB, que indica tratar o material apreendido de substância conhecida como maconha (Cannabis Sativa) e informa que a substância recolhida fora encaminhada ao Instituto Nacional

de Criminalística do Departamento de Polícia Federal para ser lavrado o Laudo Definitivo (fls. 27 e 28).

O APF foi remetido à Auditoria da 11ª CJM a 06.06.06 (fl. 36).

A 08.06.06, a Juíza-Auditora concedeu liberdade provisória ao **Sd. GILSON**, determinando a expedição do respectivo Alvará de Soltura (fls. 38 e 39), que foi cumprido (fl. 46).

A Representante do MPM junto à Auditoria da 11ª CJM, a 19.06.06, denunciou o **Sd. GILSON**, perante aquele Juízo, como incurso no art. 290, do CPM (fls. 02 e 03).

A Exordial Acusatória foi recebida a 19.06.06 (fl. 48).

O Acusado foi citado a 13.07.06 (fls. 60 e 60v), qualificado e interrogado a 21.07.06 (fls. 62 e 63), quando declarou que:

> *"que confirma as declarações prestadas no APF; que quando encontraram a substância entorpecente no bolso do acusado, este se encontrava no alojamento da Companhia em frente ao seu armário; que pediu autorização para cortar seu cabelo e após cortá-lo, passou pela área de fumantes e lá avistou um Soldado, que não sabe dizer quem era, jogando um cigarro no chão; que o cigarro ainda estava aceso; que como o interrogando estava sem cigarro, resolveu pegar este que havia sido jogado no chão e deu uma tragada; que a princípio não identificou que era um cigarro de maconha, mas assim que o pegou, percebeu tratar-se de cigarro de maconha e ainda assim resolveu fumá-lo, dando uma tragada; que não declarou na entrevista de incorporação ser usuário de substância entorpecente, declarou apenas que fumava cigarro; que não teve nenhuma instrução sobre ser crime portar maconha no interior do quartel; que uma vez experimentou maconha influenciado por um amigo na escola, mas não é viciado; que quando avistou o Cb BARRETO, ficou com medo e apagou o cigarro que estava fumando e o guardou em seu bolso; que na hora não deu tempo de jogar fora, por isso resolveu guardar em seu bolso; que era um cigarro pequeno; que não se recorda de ter tido instrução sobre ser proibido o uso e porte de drogas dentro da Unidade Militar; que foi até a área de fumantes para ver se encontrava alguém para pedir*

um cigarro; que não conhece as provas contra si apuradas; que é verdadeira a acusação constante da denúncia; que não está sendo nem nunca foi processado pela prática de outra infração; que conhece as duas primeiras testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, nada tendo a alegar contra as mesmas; que não tinha nenhuma inimizade dentro da Unidade Militar; que não contou aos seus colegas de farda que fez uso de substância entorpecente. .....".

À fl. 75, adentrou, aos autos, o Laudo de Exame em Substância Vegetal (Maconha) nº 1245/06-INC, de 29.06.06, do Instituto Nacional de Criminalística, da Diretoria Técnica-científica, do Departamento de Polícia Federal, realizado na substância apreendida em poder do **Sd. GILSON**, com a seguinte conclusão:

> *"As análises realizadas na substância vegetal enviada revelaram tratar-se da espécie **Cannabis sativa (MACONHA)**, em face da identificação do **Tetrahidrocannabinol**, principal componente químico e psicoativo da **Cannabis sativa,** e de outros compostos canabinóides na sua composição." (fls. 75 a 78).*

As três testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar foram qualificadas e inquiridas no Juízo, constando suas respectivas declarações das fls. 96 a 99, tendo aquele Órgão, naquela oportunidade, declarado o encerramento de sua prova testemunhal (fls. 102). A Defesa, por sua vez, requereu vista dos autos e, às fls. 105, declarou não ter testemunhas a arrolar.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, a 07.12.06, por unanimidade de votos, decidiu julgar procedente a acusação contida na denúncia para o fim de considerar o **Sd. Ex. GILSON BORGES DA SILVA**, incurso no art. 290, ***caput***, do CPM, condenando-o a pena de 01 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, nos termos do ***caput*** do art.59 do citado Código, com o direito de recorrer em liberdade e a Suspensão Condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos (fls. 138 a 145).

A Defensoria Pública, a 14.12.06, apelou do Veredicto Condenatório (fl. 151).

Em suas razões recursais, a DPU requereu a absolvição do Apelante com base no art. 439, b, do CPPM e, alternativamente, a aplicação do disposto no art. 28, da Lei nº 11.343/06 que não prescreve pena privativa de liberdade para o usuário de drogas (fls. 157 a 164).

O MPM, contra-arrazoando, requereu o conhecimento do Recurso e seu improvimento para manter-se, integralmente a Sentença atacada (fls. 168 a 170).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, a 31.01.07, pelo Parecer da lavra do Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, Subprocurador-Geral, opinou pela improcedência da Apelação (fls. 182 a 185).

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

Assim relatados os autos, passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Tratam estes autos de Recurso de Apelação interposto pelo **Sd. Ex. GILSON BORGES DA SILVA**, inconformado com a Sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 290, do CPM.

A DPU, em suas razões recursais, traz duas teses, a saber.

A absolvição do Apelante, por estar presente a causa de exclusão de tipicidade (princípio da insignificância) que foi construída pela doutrina e pela jurisprudência para que as condutas fossem analisadas de acordo com o potencial lesivo e a relevância do bem jurídico que nelas pode-se encontrar.

E citou doutrina e jurisprudência em abono a sua tese.

E, alternativamente, no caso de não aplicação do Princípio da Insignificância, a aplicação da Lei nº 11 3434/06 à Justiça Militar da União, Lei essa que não mais prescreve a imposição de pena privativa de liberdade ao consumidor de drogas.

Antes de adentrar-se no exame dos pedidos da Defesa, aprecia-se a prova.

Toda prova produzida, inclusive, pela Defesa, serve de suporte para a manutenção da Sentença questionada.

O **Sd. GILSON**, ouvido em Juízo, admitiu ser verdadeira a acusação, confessando ter sido flagrado portando maconha (fls. 62 e 63).

As testemunhas ouvidas em Juízo, 1º Sgt. ROBERTO SILVA, 3º Sgt. REGINALDO FERREIA MATIAS JÚNIOR e Sd. MARQUES PAULO DA SILVA BORGES, cujos depoimentos constam dos autos, respectivamente,

às fls. 96 e 97, 98 e 99, confirmaram que o **Sd. GILSON** trazia substância entorpecente, de uso proibido no País, no bolso da farda que vestia.

A materialidade restou caracterizada dado que o material apreendido com o **Sd. GILSON** foi periciado, tendo os senhores peritos, no laudo preliminar de fls. 27 e 28 e no definitivo de fls. 75 a 78, concluído *"tratar-se da espécie de* ***Cannabis sativa (Maconha)****, em face de identificação do Tetrahidrocannabinol"*.

Princípio da Insignificância

A invocação do Princípio da Insignificância, em se tratando de crime contra a saúde pública, mostra-se inadequada, nesse sentido é a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, como se vê a seguir.

- Habeas Corpus nº 81735-1-PR

> *"Ementa: Habeas Corpus. 2. Posse de substância entorpecente em local sob a Administração Militar. Art. 290, do CPM. 3. Invocação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade. A pequena quantidade de entorpecente apreendida não descaracteriza o crime de posse de substância entorpecente. 4. Não há como trancar a ação penal por falta de justa causa. 5. Habeas Corpus indeferido."*
>
> *(DJU 93, de 17.05.02 – Seção I).*

- Habeas Corpus nº 82 324-6-SP

> *"EMENTA: - "Habeas Corpus". Crime previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76. Princípio da insignificância. Precedentes do S.T.F.*
>
> *- Ainda recentemente, esta Primeira Turma, julgando o HC 81.734, de que foi relator o eminente Ministro Sydney Sanches, com relação a militar que fumava cigarro de maconha em área sujeita a administração militar, não admitiu o princípio da insignificância ou crime da bagatela quanto a crime de posse e de uso de substância entorpecente, citando uma série de precedentes desta Corte, antigos e recentes, no sentido de que a pequena quantidade de tóxico encontrada em poder do réu não descaracteriza quer o crime do artigo 16 da Lei 6.368/76 (como ocorre no caso presente em que se trata de porte de "crack"), quer o do artigo 12 da mesma Lei.*

Nesse sentido, os RHCs 51.235 e 45.973, HCs 68.516, 69.806, 71.638 e 74.661 e o RC 108.697.

"Habeas Corpus" indeferido."

(DJU 225, de 22.11.02 – Seção I).

STM:

"Habeas Corpus. Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (Cannabis Sativa). Porte de pequena quantidade em Unidade Militar. O art. 290, do Código Penal Militar, não acolhe o princípio da insignificância da quantidade da erva na caracterização do fato delituoso. Ofensa à disciplina militar. O delito atribuído em tese ao paciente não permite a aplicação no disposto no art. 270, do Código de Processo Penal Militar. Decisão Unânime." (HC 032812-2-STM).

"SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE-PORTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR

I – As confissões dos Apelantes estão corroboradas pelas testemunhas ministeriais que, em Juízo, confirmaram a ocorrência dos fatos, tais como descritos nas Vestibulares Acusatórias.

II – Inaplicabilidade, à espécie, do Princípio da Insignificância.

III – Negado provimento aos Recursos Defensivos sem discrepância de votos." (Apelação 2005.01.049840-0-DF).

Aplicação da Lei nº 11343/06 ao caso concreto.

Melhor sorte não encontra o pedido de aplicação à espécie da Lei nº 11343/06.

Isto porque, no caso específico da Justiça Castrense, dada a sua reconhecida especialização, com ordenamento jurídico próprio, não é razoável que se dê aos seus jurisdicionados, processados por crimes militares definidos em lei, o mesmo tratamento previsto para aqueles processados e julgados pela Justiça Comum, com base no Código Penal Brasileiro ou em leis extravagantes congêneres.

Pelo que foi visto e examinado, é de negar-se provimento ao Recurso da Defesa, mantendo-se Decisão recorrida.

APELAÇÃO (FO) Nº 2007.01.050501-6-RS

APELAÇÃO – TENTATIVA DE PECULATO FURTO – *EX-MILITAR DENUNCIADO PELA PRÁTICA DO REFERIDO CRIME – ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA DO DELITO ÍNSITO NO ART. 240, § 5º DO CPM CONSIDERANDO-O COMO INFRAÇÃO DISCIPLINAR, À LUZ DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL NO SEU § 1º, AMBOS DO CPM, POR DESCLASSIFICAÇÃO. - Preliminar suscitada pelo representante do MPM em face de não-apresentação de contra-razões pela Defesa – Advogado constituído, devidamente intimado - Inexistência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. - Compete ao dominus litis, inicialmente, guarnecido do seu bom senso, e ao juiz, por ocasião do julgamento, à relevância da conduta, fazer o adequado enquadramento da conduta do acusado sempre sob a égide do bem jurídico tutelado, da função exercida pelo agente e da repercussão da conduta incriminadora. - Peculato-furto – Não-configuração – A conduta do apelado se amolda ao tipo previsto no art. 240, §5º, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM, no entanto, não merece qualquer reprimenda, eis que não houve ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Militar, pois o mesmo sequer saiu da esfera de vigilância – Princípio da insignificância, da proporcionalidade e da razoabilidade – Absolvição – Art. 439, "a", CPPM. - Preliminar rejeitada. - Negado provimento ao recurso ministerial. - Decisão unânime.*

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

Apelante — O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, no tocante à absolvição do ex-Sd Aer SÉRGIO LUIS MOTTIN do crime previsto, por desclassificação, no art. 240, § 5º, do CPM, considerando a infração como disciplinar.

Apelada — Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 14/11/2006.

Advogado — Dr. Douglas Hallam.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pelo Ministério Público Militar e, **no mérito**, negou provimento ao Apelo ministerial, mantendo inalterada a Sentença absolutória **a quo**, por seus jurídicos fundamentos. Presidência do Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. 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, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Flavio Flores da Cunha Bierrenbach e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro William de Oliveira Barros encontra-se em licença para tratamento de saúde. Extrato da Ata da 48ª Sessão (Extraordinária), 08.08.2007.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em REJEITAR a preliminar suscitada pelo Ministério Público Militar e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso ministerial para, mantendo a sentença de primeira instância, absolver o ex-Sd Aer **SÉRGIO LUIS MOTTIN** do crime previsto no artigo 240, § 5º, combinado com o artigo 30, inciso II, ambos do Código Penal Militar, com fulcro no artigo 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 08 de agosto de 2007 — Presidência do Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Relator — Gen Ex *Antonio Apparicio Ignacio Domingues*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público Militar interpôs, tempestivamente, o presente recurso de apelação contra a sentença de primeira instância que absolveu o ex-Sd Aer SÉRGIO LUIS MOTTIN do crime previsto, por desclassificação, no art. 240, § 5º, do CPM, considerando a infração como disciplinar.

A presente ação penal foi proposta com base nos elementos oriundos de inquérito policial militar, instaurado mediante a Portaria nº 14/SIJ/R, de 18jul2005, por determinação do Comandante do V COMAR, para apurar os fatos comunicados pelo Chefe da Subseção de Serviços Gerais, por meio da parte nº 047/SSG/05 (fl. 9).

A denúncia, oferecida em 2jan2006 e recebida em 18jan2006 (fl. 143), imputou ao acusado a seguinte prática delituosa:

> *"... Na data de 04 de maio de 2005, por volta das 17:25 horas, o então* ***Soldado da Aeronáutica S2 SNE Sérgio Luiz Mottin,*** *que estava designado pelo Boletim Interno nº 021/2002 do V COMAR, datado de 30 de janeiro de 2002, para prestar serviços na Subseção de Serviços Gerais do Quinto Comando Aéreo Regional (Canoas/RS), aproveitando-se da função que exercia naquela subseção, tentou subtrair material utilizado na execução de serviços de instalação de rede elétrica na Unidade Militar em que servia.*
>
> *A ação delituosa do ora denunciado restou descoberta porque o responsável pela Seção de Elétrica do Serviços Gerais, SO Marcos Aurélio Eswein Morellato, ao efetuar verificação do material, percebeu a falta de um rolo com 100m de fio de 6mm, destinado a ligações de iluminação de segurança da Unidade, com o que restou determinada a procura do referido material, tendo sido o mesmo encontrado em local diverso do que regularmente se destinaria a sua guarda. Na ocasião, o material foi deixado no mesmo local em que foi encontrado, com a finalidade de surpreender o agente responsável por tal comportamento delituoso.*
>
> *Após chamada do término do expediente o denunciado* ***Sérgio Luiz Mottin,*** *que prestava serviço na mesma seção de onde restou subtraída a res e tinha pleno acesso a mesma por conta da função que exercia, foi surpreendido adentrando a seção de elétrica da OM e colocando o rolo de fio no interior de sua mochila, com o que o SO Morellato informou tal fato ao 1º Tenente José Fernandes Ribeiro, que dirigiu-se ao Corpo da Guarda e pessoalmente flagrou o ora denunciado na posse da res objeto material do delito.*
>
> *O material em questão, consoante documentação de fls. 113/131, é bem público sob administração militar e seu valor total é de R$ 134,00 (centro e trinta e quatro reais), conforme relacionado às fls. 86/89 e 112 dos autos."(fl. 3).*

O acusado foi devidamente citado em 23mar2006, como se vê em documento de fl. 180/180v. Qualificado e interrogado, declarou, às fls. 185/188, que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros, pois, à épo-

ca, estava passando por dificuldades financeiras, o que o impeliu a agir da forma descrita na exordial acusatória.

O 1º Ten José Fernandes Ribeiro foi arrolado como testemunha do Ministério Público Militar, declarando, às fls. 199/201, que, após conversar com o acusado, retirou o rolo de fio do interior da mochila do mesmo.

A Defesa não arrolou testemunha (fl. 205).

O prazo aludido no art. 427 do CPPM transcorreu ***in albis*** para as partes (fls. 206/206v).

O representante do ***Parquet*** Militar, em alegações escritas, requereu a condenação do acusado nos termos da exordial (fls. 208/212).

A Defesa, por sua vez, postulou a absolvição do ex-militar por inexistir nos autos prova suficiente a embasar uma condenação; ou a sua absolvição com base no Princípio da Insignificância, tendo em vista o valor da ***res furtiva*** (fls. 214/215).

As partes mantiveram as suas teses acima citadas em sede de alegações orais (fl. 232).

Constam dos autos: folha de alterações militares (fls. 75/88 e 161/174); certidões de antecedentes penais, policiais (fls. 156/159) e judiciais (fl. 153); ficha de identificação datiloscópica (fl. 45); levantamento de preço do bem no mercado (fls. 91/93); e auto de avaliação (fl. 116).

Convém ressaltar que o acusado foi licenciado do serviço ativo, ***ex officio***, por conclusão de tempo de serviço, a partir de 31jul2005 (fl. 88).

Em sessão realizada no dia 14nov2006, o Conselho Permanente de Justiça para o Aeronáutica resolveu, por maioria de votos, absolver o acusado Sérgio Luiz Mottin do crime previsto no art. 303, § 2º, c/c o art.30, inciso II, ambos do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, tendo para tanto desclassificado o fato para o art. 240, § 5º, da Lei Substantiva Castrense, considerando a infração como disciplinar, nos moldes permissivos do § 1º do mesmo dispositivo legal.

A sentença da lavra do Dr Alceu Alves dos Santos, Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 3ª CJM, traz os seus fundamentos às fls. 237/244.

As partes foram intimadas nas seguintes datas: o representante do MPM em 21nov2006 (fl. 235) e a Defesa em 24nov2006 (fl. 248).

O órgão ministerial protocolou o presente recurso em 21nov2006 (fl. 246), portanto tempestivo. Em suas razões, postulou a reforma da sentença, posto que comprovadas autoria e materialidade do ilícito praticado, com perfeita adequação da conduta delituosa imputada ao acusado (fls. 250/253).

Decorrido o prazo processual previsto para contra-razões, a Defesa não apresentou qualquer documento (fl. 254).

Mediante despacho proferido pelo Juiz-Auditor Substituto, foi determinada a subida dos autos a esta Corte por entender que o fato de o advogado não contraditar recurso do MPM não constitui nulidade (fl. 258).

Instada a opinar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr Péricles Aurélio Lima de Queiroz, manifestou-se, preliminarmente, pelo retorno dos autos à primeira instância para fins de apresentação de contra-razões pela Defesa. No mérito, opinou pela procedência parcial do recurso, para que o acusado seja condenado por tentativa de furto atenuado, nos termos do art. 240, § 1º, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM (fls. 266/269).

Distribuídos os presentes autos a este relator em 2fev2007, recebidos em 9fev2007 e colocados em Mesa em10mai2007.

É o relatório.

Relatados, decide-se:

VOTO

PRELIMINAR

O nobre parecerista Dr Péricles Aurélio Lima de Queiroz, em face da não-apresentação de contra-razões pela Defesa, argüiu, em grau de preliminar, o retorno dos autos à origem para a apresentação da mencionada peça processual.

No presente processo, o representante legal do acusado, advogado constituído, foi devidamente intimado, nos moldes do artigo 288 do Código de Processo Penal Militar.

A Defesa foi intimada de todos os atos processuais, participando de toda a instrução criminal, atuando de forma incisiva. Não houve qualquer quebra ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Fernando de Almeida Pedroso, *in Processo Penal – O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*, assim leciona acerca do tema:

> *"...Concluindo: inexiste qualquer nulidade na omissão, pela defesa, da apresentação de uma das peças defensórias declinadas nesse tópico. O que não se admite é a ausência de defesa, ou sua omissão, em toda a relação processual penal, e não apenas em única e determinada fase, quando a oportunidade desta esteja vinculada a prazo e ao conseqüente efeito da preclusão." (PEDROSO,*

Fernando de Almeida. in Processo Penal – O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 248).

A Suprema Corte, em relação à matéria, assim vem se posicionando:

"...EMENTA: AÇÃO PENAL. Denúncia e condenação por tentativa de extorsão. Recurso do assistente da acusação. Provimento pelo STJ. Condenação por delito consumado. Admissibilidade. Mera requalificação jurídica dos mesmos fatos reconhecidos na instância de origem. Nulidade inexistente. Voto vencido. Não é nulo acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, sem rever nem rediscutir os fatos da causa, lhes confere, nos exatos termos e limites proclamados na instância de origem, nova qualificação jurídica, condenando o réu pelo delito de extorsão consumada, posto denunciado e condenado por tentativa. 2. AÇÃO PENAL. Defensor constituído. Contra-razões a recurso de assistente da acusação. Não apresentação, apesar de intimado. Cerceamento de defesa e nulidade processual. Inocorrência. HC indeferido. Interpretação do art. 5º, LIV e LV, da CF, art. 261 do CPC e da súmula 523. Voto vencido. Não constitui cerceamento de defesa, nem produz, por conseqüência, nulidade processual, o fato de, regularmente intimado, o defensor constituído do réu não apresentar contra-razões a recurso interposto pelo assistente da acusação." (HC 83292/RS - Rel. P/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Primeira Turma. Pub. DJ 23/04/2004. Pg 24).

.....

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRA-RAZÕES. INTIMAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO. ALEGAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. Inaplicável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos crimes hediondos. Precedentes. Inviabilidade da concessão da ordem ex officio. 2. Havendo sido regularmente intimado o defensor constituído, não há como prosperar a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em razão da não apresentação das contra-razões ao recurso especial. 3. Ordem indeferida." (HC 85395/RS - Relatora: Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Pub. DJ 29/04/2005. Pg 46).

Como bem salientado anteriormente, o nobre causídico foi devidamente intimado, nos moldes da lei processual penal militar, da abertura do prazo de vista para o oferecimento das respectivas contra-razões recursais, deixando de fazê-lo por conta própria. Além do mais, a defesa é constituída, ou seja, mais uma razão para estar sempre atenta e diligente na sua atuação profissional.

Assim sendo, REJEITO a preliminar suscitada pelo representante do Ministério Público Militar por falta de amparo legal.

MÉRITO

O representante do ***Parquet*** Castrense interpôs, em tempo hábil, o presente recurso de apelação, contra a sentença de primeira instância que absolveu o ex-Sd Aer SÉRGIO LUIS MOTTIN do crime previsto no artigo 303, § 2º, combinado com o artigo 30, inciso II, tudo do Código Penal Militar, com base no artigo 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar, tendo, para tanto, desclassificado a conduta inicial para o fato insito no artigo 240, § 5º, da Lei Substantiva Castrense, considerando a infração como disciplinar.

Alegou o Procurador que a autoria e a materialidade estão devidamente comprovadas nos autos. Em se tratando de crime contra o patrimônio sob a Administração Militar, não há que se falar em aplicação do Princípio da Insignificância, como aduziu o órgão julgador de primeiro grau. Apontou, ainda, que o Conselho desclassificou a conduta inicial para infração disciplinar, não se atentando para a condição de civil do acusado.

O acusado confessou, tanto na fase inquisitorial como em Juízo, que tentou subtrair o rolo de fio rígido com 100m de 6mm pois estava passando por dificuldades financeiras e, num momento de desespero, tentou se apoderar da ***res furtiva.***

O mencionado objeto foi avaliado em R$134,00 (centro e trinta e quatro reais) e nem sequer saiu da esfera de vigilância da Administração Militar.

Portanto, materialidade (em tese) e autoria devidamente comprovadas nos autos.

Num primeiro instante, o crime praticado pelo acusado, se assim considerássemos, a nosso sentir, melhor se amoldaria ao previsto no artigo 240, § 5º, do Código Penal Militar, qual seja, furto, tendo como objeto bem pertencente à Fazenda Nacional, e, ainda, na sua forma tentada, à luz do artigo 30, inciso II, da Lei Substantiva Castrense.

Não vislumbramos, em qualquer instante, a caracterização do delito de peculato-furto como postulou o representante do ***Parquet*** Castrense.

Inicialmente, urge que façamos uma análise histórica do crime de peculato-furto com o intuito de não banalizar a conduta da mais alta relevância no Direito Penal universal, equiparando-se o peculatário malversador com o ladrão, autor de um simples crime de furto.

Trazemos à colação o excelente estudo da lavra do saudoso professor Heleno Cláudio Fragoso que com sua habitual competência nos trouxe os seguintes ensinamentos:

"O crime de peculato está definido no art. 312, CP: 'Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.'

A punição do peculato remonta ao antigo direito romano. A palavra peculatus ou depeculatus origina-se de épocas anteriores à introdução da moeda, nas quais o gado constituía, como lembra Mommsen, III, 70, o mais importante patrimônio imobiliário da coletividade e o mais sujeito a furto. Possivelmente porque o gado estava ligado ao sacrifício religioso, o peculato aparece em épocas posteriores estreitamente relacionado ao sacrilégio, que era o furto de coisas consagradas à divindade. O título 13 do livro 48 do Digesto trata conjuntamente das duas espécies de crimes, sob a epígrafe Ad legem Iuliam peculatus, et de sacrilegis et de residuis. Pouco se conhece de tais leis, que pelo nome (Julia) deveriam ser da época de César ou Augusto. O sacrilégio e o peculato eram objeto da lei principal a que posteriormente se ajuntou a Lex Julia de residuis.

Na configuração do crime tinha-se em vista não a qualidade da pessoa que o praticava (funcionário), mas, sim, a da coisa que era objeto da ação delituosa e que deveria ser religiosa, sacra ou pública, (pecúnia sacra, religiosa, publicave). A palavra pecúnia designava não somente o dinheiro (numeratam pecúnia), como também qualquer outra coisa (D. 50.16.187). Era também a qualidade da coisa sobre a qual recaía a ação, o que distinguia, originalmente, o furto do peculatus, não sendo incomum que este seja designado nas fontes como furtum pecuniae publicae. Todavia, a noção de peculato, na época clássica, abrangia não só o furto e a apropriação indébita, como também toda fraude praticada em detrimento do aerarium. Aplicava-se a lex Julia de residuis a quem desviasse dinheiro público recebido para determinado fim (D. 48.13.2) e ao funcionário que se apropriasse de saldo do erário após a dedução de despesas (pecuniae residuae).

O julgamento do peculato e do sacrilégio fazia-se, no antigo direito, perante os quaestores parricidii (tribunal destinado ao julgamento dos homicídios), sendo aplicada a pena capital. Posteriormente, a pena era a interdictio acquae et ignis, a deportação e o confisco (D. 48.13.3), mas ao tempo do império voltou-se a aplicar a pena capital do peculato pelos magistrados.

A ação penal exercia-se mesmo em relação aos herdeiros (publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum, similiter adversus heredem exercentur, *D. 48.13.14), o que* Papiniano *dizia não ser feito sem razão* (nec immerito).

Na Idade Média penas atrozes foram aplicadas ao peculatário, sendo comum que a condenação implicasse na infâmia. Em muitos estatutos, porém, a pena era benigna, sendo aplicadas as penas cominadas aos ladrões. Com o movimento humanista do sec. XVIII as penas para este crime foram grandemente mitigadas.

Nossas Ordenações Filipinas, no livro V., tít 74, tratavam 'dos oficiais Del Rei que lhe furtam, ou deixam perder sua fazenda per malicia', impondo-lhes a pena cominada aos ladrões, além da perda do ofício e do pagamento de anóveas (nove vezes o valor da coisa furtada). O código de 1830 (art. 170) previa o peculato entre os crimes contra o tesouro público e a propriedade pública, punindo-o com a perda do emprego, prisão com trabalho por dois meses a quatro anos, e multa, de cinco a vinte por cento da quantia ou valor dos efeitos apropriados, consumidos ou extraviados. O primeiro código republicano contemplava-o no art. 221, classificando-o no título referente aos 'crimes contra a boa ordem e a administração pública'. O Dec. nº 4.780, de 1923 (arts. 1 a 4) veio dar ao crime mais ampla definição agravando as penas cominadas, tendo passado à Consolidação das Leis Penais (arts. 221 a 223). A partir do Dec. 4.780 passou-se a incluir no peculato também a apropriação de bens móveis particulares, na posse de funcionário em razão do cargo. Nossa legislação anterior restringia o crime aos bens públicos.

O nomen júris *'peculato' é tradicional no direito brasileiro, mas não é comum na legislação que antecedeu ao código* Zanardelli *(1889). Era este crime denominado 'malversação', nome ainda hoje empregado por vários códigos modernos. O vigente código italiano assim ainda denomina a apropriação indébita praticada por funcionário público, de bens de particulares, de que tem a posse em razão do cargo. No direito germânico, é o fato designado 'apropriação indébita funcional'* (amtsunterschlagung). *O código suíço não lhe deu título especial, fazendo do peculato apenas uma modalidade de apropriação indébita qualificada (art. 140, al. 2), situando-o, portanto, entre os crimes patrimoniais.*

Objeto da tutela jurídica é a administração pública, no que concerne à preservação do patrimônio público e do interesse patrimonial do Estado, e, ainda, à fidelidade e probidade dos agentes do poder público. Dando prevalência a este último aspecto, Carrara, § 3.336, classificava o peculato entre os crimes contra a fé pública, por entender que nos funcionários se deposita a confiança de toda a nação. Não há dúvida de que o dano que deste crime resulta é menos patrimonial que moral e político, como observam Maggiore e Manzini. Este último lembra que 'a probidade na administração pública é, de fato, índice do progresso moral e da educação política dos povos' ('Trattato', V, 102)."

Como vimos, compete ao ***dominus litis,*** inicialmente, guarnecido do seu bom senso, e ao juiz, por ocasião do julgamento, à relevância da conduta, fazer o adequado enquadramento da mesma sempre sob a égide do bem jurídico tutelado, da função exercida pelo agente e da repercussão da conduta incriminadora.

Após tecer as considerações acima, entendemos que a conduta do acusado, apesar de caracterizada, não merece qualquer reprimenda, eis que não houve ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Militar, pois o bem nem sequer saiu da esfera de vigilância.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, na obra *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 462, assim lecionam:

"Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – e muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade."

Damásio E. de Jesus, *in Código Penal Anotado*, 11ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 988, segue a mesma trilha e assim aduz acerca do tema:

"... De acordo com o princípio da ofensividade, o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta efetivamente ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art. 98, I, da CF, que disciplina as infrações penais de menor potencial ofensivo. Nos termos do princípio da insignificância, ligado aos chamados crimes de bagatela (ou delitos de lesão mínima),

recomenda-se que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância)."

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão recente, pronunciou-se no mesmo sentido da doutrina supracitada, na forma a seguir:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR. 1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por conseqüência, torna atípico o fato denunciado. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 2. Recurso provido." (RHC 89624/RS - Relatora: Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma. Pub. DJ 07/12/2006. P. 53).

Como podemos ver nos autos, nem sequer foi lavrado auto de prisão em flagrante contra o acusado, que foi liberado por orientação superior. Isso já indica, em princípio, que a própria Administração Militar hesitou em mensurar a conduta então praticada pelo ex-militar.

Aliados ao princípio da insignificância, invocamos, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nos presentes autos, o que certamente nos levarão ao caminho da absolvição do acusado.

Dessa forma, mantenho a sentença de primeira instância para absolver o acusado do crime lhe atribuído na exordial, tendo em vista a atipicidade da sua conduta.

É o quanto basta ao exame da questão.

APELAÇÃO – ESTELIONATO. *ARTIGO 251 DO CODIGO PENAL MILITAR. ATIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES MILITARES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO. ACUSADO LICENCIADO. EVENTUAL CONDENAÇÃO SEM EFEITOS DE PREVENÇÃO GERAL PERANTE A TROPA. 1- Recurso da defesa contra decisão de primeiro grau que condenou ex-soldado da Aeronáutica à pena de dois anos, como incurso no artigo 251 do Código Penal Militar. 2- Deve ser reconhecida, por aplicação do princípio da insignificância, a atipicidade da conduta que, embora formalmente enquadrada como crime militar, causa lesão ínfima à vítima. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3- Não apresenta repercussão penal a conduta de ex-soldado que, sem violência ou grave ameaça, serve-se de cartão de crédito da vítima, causando-lhe prejuízo de pouco mais de cem reais, sobretudo ante a constatação de pronta e integral reparação do dano. 4- O emprego do valor auferido no abastecimento do veículo da própria vítima descaracteriza o dolo específico de obtenção de vantagem ilícita e o embuste, próprios do crime de estelionato. 5- Diante do licenciamento do réu, por conclusão do tempo de serviço, eventual condenação seria inócua sob o prisma da prevenção geral perante a tropa. 6- Recurso provido. Sentença reformada. Decisão unânime.*

Relator — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Revisor — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues

Apelante — José Alci Lacerda Sombra Filho, ex-Sd Aer, condenado à pena de 02 anos de reclusão, como incurso, por três vezes, no art. 251, c/c os arts. 253 e 240, § 2º, tudo do CPM, e art. 71 do CP, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, de 17/01/2007.

Advogados — Drs. Carlos Eduardo Barbosa Paz e Marcelo Lopes Barroso, Defensores Públicos da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Apelo para, cassando a Sentença, absolver o ex-Sd Aer JOSÉ ALCI LACERDA SOMBRA FILHO, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM. Na forma regimental, usaram da palavra a Dra. Marina da Silva Steinbruch, pela Defesa, e o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Subprocurador-Geral da Justiça Militar. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Flávio de Oliveira Lencastre, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Henrique Marini e Souza, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata 52ª Sessão, 16.08.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso da defesa para, reformando a sentença, absolver o ex-soldado da Aeronáutica JOSÉ ALCI LACERDA SOMBRA FILHO, com fundamento no artigo 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 16 de agosto de 2007 — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Relator — Gen Ex *Antonio Apparicio Ignacio Domingues*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa do ex soldado da Aeronáutica JOSÉ ALCI LACERDA SOMBRA FILHO contra a sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª Circunscrição Judiciária Militar que o condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão, como incurso no artigo 251 do Código Penal Militar, por 03 (três) vezes, concedendo-lhe o benefício da suspensão condicional da pena e o direito de apelar em liberdade.

A denúncia (fls. 2/6) imputou ao recorrente a apropriação indébita do veículo de propriedade do suboficial Francisco Remo de Andrade Sales, além da prática de estelionato, por três vezes, em razão do uso do cartão de crédito do mesmo graduado.

Segundo a acusação, o ofendido anunciou no Esquadrão de Saúde da Base Aérea de Fortaleza sua intenção de vender o veículo Parati de sua propriedade. O acusado, então, manifestou interesse na compra e, em 16 de dezembro de 2005, dizendo possuir o dinheiro para a transação, pediu autorização para levar o carro a um mecânico para que pudesse avaliar o seu estado de conservação, sob a condição de devolvê-lo até às 12h do mesmo dia, o que não ocorreu.

O acusado, após percorrer longos percursos, transportando amigos, namorada e parentes, foi parar no município de Antonio Diogo, somente retornando com o veículo após ameaça concreta do ofendido de que procuraria a polícia. Teria, ainda, utilizado o cartão de crédito da vítima para abastecer o carro, causando-lhe prejuízo de R$130,00 (cento e trinta reais).

A denúncia foi recebida no dia 18 de abril de 2006 (fls. 76).

O réu foi citado, qualificado e interrogado (fls. 89/93), confessando integralmente os fatos narrados na denúncia.

Foram ouvidos em juízo o ofendido (fls. 107/109), o soldado Raul Gifoni Neto (fls. 111/113), para quem o acusado devolveu o veículo na madrugada do dia seguinte, 17 de dezembro, e Heublein Sales de Jesus (fls. 114/115), todos arrolados pelo Ministério Público Militar.

Pela defesa foram ouvidos João Carlos Lopes Sombra (fls. 130) e Raimundo Crisóstomo de Paula (fls. 131).

Na fase do artigo 427 CPPM, a defesa requereu a instauração de incidente de sanidade mental do acusado (fls. 137), o que foi indeferido pelo Conselho Permanente de Justiça (fls. 143/144).

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar (fls. 146/153) pediu a condenação do réu, nos termos da denúncia.

O advogado dativo renunciou ao patrocínio da causa, razão pela qual as alegações finais foram formuladas pela Defensoria Pública da União (fls. 160/174).

Submetido o réu a julgamento em 17 de janeiro de 2007, decidiu o Conselho Permanente de Justiça absolvê-lo, por maioria de votos, do crime de apropriação indébita, e condená-lo, de forma unânime, pelos três crimes de estelionato, aplicando a diminuição de 1/3 (um terço) da pena do artigo 240, § 2º, do CPM em razão do ressarcimento do prejuízo antes da instauração da ação penal, e a continuidade delitiva, na forma do artigo 71, do Código Penal comum, com aumento de ½ (metade), resultando a pena final de 2 (dois) anos de reclusão. O órgão julgador concedeu ainda o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade, e fixou o regime aberto para início da execução da pena, na hipótese de revogação do *sursis*.

A sentença (fls. 184/196) foi publicada no dia 24 de janeiro de 2007. A Defensoria Pública da União foi intimada no dia 29 seguinte (fls. 200) e interpôs recurso de apelação no dia 8 de fevereiro (fls. 201). Alegou, em síntese, a atipicidade da conduta do apelante qualificada como estelionato, por ausência de prejuízo, invocando os princípios da ofensividade e da insignificância, pedindo a reforma da sentença para que o réu fosse absolvido. Alternativamente, caso mantida a condenação, pediu o provimento do recurso para que a diminuição da pena decorrente da aplicação do artigo 240, § 2º, do CPM se fizesse no máximo previsto de 2/3 (dois terços).

Em contra-razões, o Ministério Público Militar pediu o improvimento do recurso.

O parecer do *custos legis*, por sua vez, opinou pelo provimento parcial do recurso, para que a diminuição da pena se operasse na fração de 2/3 (dois terços), já que a sentença não esclareceu o motivo de redução na fração mínima de 1/3 (um terço).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

O representante da Defensoria Pública da União junto ao Tribunal foi pessoalmente intimado da colocação dos autos em mesa para julgamento.

Relatados, decide-se.

VOTO

O recurso é tempestivo, já que interposto no décimo dia seguido após a intimação do representante da Defensoria Pública da União, instituição que goza do benefício do prazo recursal em dobro.

Inicialmente, foram feitas duas acusações contra o apelante: uma de apropriação indébita do veículo de propriedade do suboficial Francisco Remo de Andrade Sales, da qual o réu foi absolvido e não houve interposição de recurso pelo Ministério Público Militar. Segundo consta, o acusado, demonstrando interesse na compra do carro, pediu à vítima para levá-lo a um mecânico, de forma a avaliar sua condição antes de efetivar a compra. Saiu com o carro por volta das 9h da manhã do dia 16 de dezembro de 2005 e apenas restituiu-o na madrugada do dia seguinte, mediante ameaça feita pelo proprietário de que notificaria a polícia.

Entendeu o Conselho Permanente de Justiça não ter sido configurado o dolo específico de apropriação do bem de forma definitiva, absolvendo o acusado com fundamento na alínea "b" do artigo 439, do Código de Processo Penal Militar.

A segunda acusação é de prática de estelionato, já que o acusado, por três vezes, nesse interregno em que ficou na posse do veículo, utilizou-se do cartão de crédito do ofendido para pagar combustível, nos valores de R$30,00 (trinta reais), R$50,00 (cinqüenta reais) e R$50,00 (cinqüenta reais), totalizando R$130,00 (cento e trinta reais). A denúncia indicou cada uma das utilizações como crime autônomo. Houve ressarcimento integral do prejuízo, já que o próprio ofendido afirmou em juízo que o acusado pagou-lhe R$150,00 (cento e cinqüenta reais), logo após os fatos, com quantia excedente para ressarcir os prejuízos suportados em razão das saídas para procurar o réu na casa de seus parentes. Em razão desse fato, foi aplicado o artigo 253, c/c o artigo 240, § 2º, ambos do Código Penal Militar, reduzindo a pena em 1/3 (um terço), para posteriormente ser aplicado o artigo 71, do Código Penal comum (continuidade delitiva), na fração de ½ (um meio, ou metade), atingindo o total de 2 (dois) anos de reclusão.

O próprio acusado admitiu a utilização do cartão de crédito, tanto que providenciou o ressarcimento do prejuízo, mas também há prova documental do gasto, com a juntada do extrato respectivo aos autos (fls. 39).

Cinge-se a análise do recurso à tese defensiva, de atipicidade da conduta por ausência de prejuízo, invocando o princípio da ofensividade, ou pela insignificância do dano causado para o direito penal.

A sentença enfrentou o tema, afastando o princípio da insignificância sob o argumento de que o dano causado pela conduta delituosa corresponde a 36% (trinta e seis por cento) do valor do salário mínimo, ou 19% (dezenove por cento) do valor total da fatura do cartão de crédito do ofendido.

Impossível desconhecer tendência recente e crescente do Supremo Tribunal Federal pelo reconhecimento da aplicação do princípio da insignificância também aos delitos militares.

No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 87.478-9 PA, o Ministro Eros Grau expressou em acórdão a angústia que lhe gerou a imputação feita a um suboficial de prática de peculato, pela subtração de um fogão avaliado em R$ 455,00 (quatrocentos e cinqüenta e cinco reais). A princípio, como Relator do feito, votou pela denegação da ordem. Após pedido de vista do Ministro Carlos Ayres Britto, que o acompanhava, decidiu o Ministro Eros Grau reformular seu voto, agora para conceder a ordem e trancar a ação penal, afirmando:

> *"Há determinados momentos em que o rigor da lei precisa ser minimizado. O velho Aristóteles dizia que a lei, na sua abstração, pode prever quase tudo, mas não tudo; o problema não é da lei, é da realidade. A realidade trama determinadas situações. Não sei se o tempo me fez mais magistrado, mas talvez tenha feito com que eu seja mais prudente ou procure exercer a prudência na medida adequada.*
>
> *Parece incrível o número de casos de altíssima relevância, econômica e financeira, que passam pelas nossas mãos. Mas, seguramente, no dia em que eu for embora deste Tribunal (...) levarei na memória da experiência judicante este caso e, agora, também esse exercício de recomposição do meu voto.*
>
> *Trata-se de uma bagatela. Se eu estivesse no Superior Tribunal Militar votaria fazendo justiça para não conceder a ordem. Mas estou inteiramente convencido de que, nesta Turma, fazendo justiça, devo concedê-la."*

Em outro precedente relevante, relatado pela Ministra Carmen Lúcia (RHC 89.624), decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR. 1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por conseqüência, torna atípico o fato denunciado. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 2. Recurso provido.*

O caso apreciado era de furto, tendo o soldado subtraído do ofendido a quantia de R$ 154, 57 (cento e cinqüenta e quatro reais e cinqüenta e sete centavos), além da violação do armário de um outro soldado e furto de um par de coturnos.

Inegável, assim, pela contemporaneidade dos dois precedentes citados, a tendência jurisprudencial da Suprema Corte, quanto à aplicação do princípio da insignificância aos crimes militares, não exclusivamente os patrimoniais.

A solução, a meu ver, é adequada ao caso concreto ora em apreço, pelo baixo grau de ofensividade da conduta do agente, completamente desprovida de qualquer ato de coação ou violência, não apresentando repercussão penal pela insignificância da lesão provocada ao ofendido.

Aliás, tudo foi resolvido pelo próprio ofendido, já que logrou obter o carro de volta, além do integral ressarcimento do dano, recebendo até a mais do que o réu efetivamente gastou com o cartão de crédito.

Acrescente-se, ademais, que o uso indevido do cartão de crédito foi feito para abastecer o automóvel do próprio ofendido. Não houve o dolo específico no sentido de obter vantagem e sequer o embuste, característico do estelionato.

O reconhecimento de ausência de lesão significativa ao bem jurídico tutelado, contudo, não é causa de justificação de conduta típica. Atinge por completo a própria tipicidade da conduta, suprimindo-a, restando incabível qualquer análise de permissão legal. A doutrina esclarece:

> *"Há relativamente pouco tempo observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal. (...) A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos)." (Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 562).*

Entendo que o Supremo Tribunal Federal, como instância posta no topo do Poder Judiciário, é órgão capaz de estabelecer os parâmetros necessários indicados pela doutrina transcrita, de forma a evitar a degeneração da força normativa do ordenamento jurídico.

No caso vertente, o órgão julgador não vislumbrou qualquer tipicidade na apropriação do veículo do ofendido por quase um dia inteiro. Mas, ao contrário, aplicou severa pena de 2 (dois) anos de reclusão pela obtenção ilícita de R$130,00 (cento e trinta reais), prontamente restituída.

Mesmo tendo reconhecido o ressarcimento do prejuízo, o Conselho Permanente de Justiça aplicou redução mínima de 1/3 (um terço), sem que apresentasse qualquer fundamentação para afastar a diminuição máxima permitida em lei.

Nem deu resposta satisfatória à questão da insignificância. A simples afirmação de que o réu consumiu quase 20% (vinte por cento) do

valor da fatura do cartão de crédito não se presta a enfrentar a questão da atipicidade trazida pela defesa desde as alegações escritas.

Pela pronta solução do conflito efetivada pelo próprio ofendido, cabe aqui lembrar o que diz a doutrina acerca do princípio da intervenção mínima:

> *"O princípio da intervenção mínima, também conhecido como* ***ultima ratio****, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a* ***ultima ratio****, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (...) A razão desse princípio – afirma Roxin – 'radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social'." (Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13).*

Em reforço ao argumento, cabe esclarecer que o Comandante da Base Aérea de Fortaleza providenciou o licenciamento do acusado, por conclusão do tempo de serviço, de forma que eventual punição não se prestará nem mesmo a cumprir a função de prevenção geral pedagógica perante a tropa. E, como antes esclarecido, o réu ressarciu integralmente os gastos com o cartão de crédito e os prejuízos suportados pelo ofendido. Aliás, conforme o permissivo do artigo 253 do Código Penal Militar, teria sido viável a aplicação das regras dos §§ 1º e 2º do artigo 240 da lei substantiva para considerar a infração como de natureza disciplinar.

Assim, entendo que a sentença deva ser reformada, e o acusado absolvido, com reconhecimento da atipicidade da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância.

EMBARGOS (FO) Nº 2006.01.001895-0-PE

Embargos. Acórdão lavrado em autos de Correição Parcial. *Impossibilidade Jurídica. Não conhecimento. Embargos infringentes opostos pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar contra decisão prolatada em sede de Correição Parcial. A norma insculpida no art. 538 do CPPM trata-se de norma genérica, haja vista que faz alusão às sentenças finais sem especificá-las; a eficácia do aludido dispositivo é obtida quando complementada pelo art. 119 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. O dispositivo regimental dispõe, de forma taxativa, ser admissível os Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, tão-somente, contra decisão não unânime em Recurso em Sentido Estrito e em Apelação. Impõe-se como inadmissível a oposição de embargos infringentes contra Acórdão desta E. Corte prolatado em sede de Correição Parcial. Embargos Infringentes do Julgado não conhecidos, preliminarmente. Decisão unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Embargante — O Ministério Público Militar.

Embargado — O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 02 de junho de 2005, lavrado nos autos da Correição Parcial nº 2005.01.001895-9, referentes aos Civis Lucileide Salvino do Nascimento Silva e Edvaldo Francisco da Silva Júnior.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, preliminarmente, não conheceu dos Embargos Infringentes do Julgado, visto serem incabíveis, na forma do art. 119, inciso I, do RISTM. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, JOSÉ COÊLHO FERREIRA, FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE, RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA e MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. 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 Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. (Extrato da Ata 69ª Sessão, 04.10.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutido estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, preliminarmente, em não conhecer dos Embargos Infringentes do Julgado, visto serem incabíveis, na forma do art. 119, inciso I, do RISTM.

Brasília, 04 de outubro de 2007 — Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza, Ministro-Presidente — Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Ministro-Relator — Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes opostos pelo Ministério Público Militar (MPM), neste ato representado pela Dra. Maria Ester Henriques Tavares, Procuradora-Geral da Justiça Militar, e pelo Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Alexandre Concesi, contra o Acórdão que consubstanciou a decisão prolatada por esta Egrégia Corte no julgamento da Correição Parcial nº 2005.01.001895-9/PE em 02 de junho de 2005.

A Correição Parcial nº 2005.01.001895-9/PE teve por origem o interesse do ilustre Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar, Dr. Carlos Augusto Cardoso de Moraes Rego, em desconstituir a Decisão prolatada pelo Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), em 31 de março de 2005, nos autos do Inquérito Policial Militar (IPM) nº 06/05, em que figuram como indiciados os civis Lucileide Salvino do Nascimento Silva e Edvaldo Francisco da Silva Júnior.

Em avultada Petição, datada de 1º de fevereiro de 2006, os ilustres Representantes do MPM requerem que esta Egrégia Corte *"dê provimento in totum aos presentes embargos, (...) ficando, (...) desde logo preqüestionada a questão da inconstitucionalidade da decisão tomada por esse Eg. STM, para fins de eventual recurso extraordinário."* (fls. 142/154).

No propósito de se propiciar um perfeito descortino da situação fática que envolve a presente *quaestio*, extrai-se dos autos o relato que se segue.

O IPM nº 06/05 foi instaurado pelo Comandante da 7ª RM/7ª DE, em 20 de julho de 2004, com o fito de apurar fatos relativos à ocorrência de saques na conta corrente da Sra. Josefa Lina do Nascimento, ex-pensionista, falecida a 14 de fevereiro de 1999.

Com a conclusão das averiguações policiais, verificou-se que a Sra. Lucileide Salvino do Nascimento Silva e o Sr. Edvaldo Francisco da Silva Júnior, respectivamente, filha e neto da ex-pensionista, sacaram os valores indevidamente depositados na conta bancária da pensionista falecida, pela Administração Militar, até o mês de maio de 1999.

O prejuízo ao Erário foi de R$ 6.191,73 (seis mil, cento e noventa e um reais e setenta e três centavos). Houve o ressarcimento parcial à Conta Única do Tesouro Nacional de 09 das 41 parcelas de R$ 150,00 (cento e cinqüenta reais), acordadas entre a Sra. Lucileide e a Administração Militar.

Em manifestação datada de 28 de março de 2005, a Promotora da Justiça Militar Dra. Helena Mercês Claret da Mota requereu o arquivamento do IPM nº 06/05, por entender que o delito já estaria prescrito.

A representante do MPM aduziu que a conduta dos indiciados estaria tipificada no art. 249 do CPM e, assim sendo, desde a última retirada, em maio de 1999, até aquela data já se passara um lapso prescricional de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses; portanto, ocorrera a prescrição da pretensão punitiva retroativa, fulminando a pretensão punitiva estatal (fls. 93/95).

Embora reconhecesse que a conduta apurada nas investigações apresentava autoria, materialidade e indícios de culpabilidade recaindo sobre as pessoas nominadas – Sra. Lucileide e seu filho Edvaldo – o Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª CJM aquiesceu ao pleito da Representante do MPM e, em Decisão datada de 31 de março de 2005, determinou o arquivamento do IPM nº 06/05 (fls. 97/100).

O Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar, com esteio no art. 498, alínea *b*, do CPPM, e no art. 14, inciso I, alínea *c*, da Lei nº 8.457/92, representou contra o arquivamento, para que esta Colenda Corte reexaminasse a decisão do juízo *a quo* e, se assim entendesse, determinasse o desarquivamento do IPM nº 06/05 e que fosse promovida a ação penal contra os denunciados.

Assevera o ilustre Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar ter havido equívoco na tipificação do delito imputado aos denunciados, pois a conduta ilícita estaria contida no art. 248 do CPM e não no art. 249, conforme argüido pela Representante do MPM. Assim sendo, realça em sua Representação que (fl. 108), *in verbis*:

(...)

"Impossível, no entanto, anuir que se tratava de importância 'que erroneamente a Administração Militar continuou a depositar na conta-corrente da ex-pensionista', *pelo que estaria caracterizada* 'uma apropriação indébita de valores que, por erro, chegaram às mãos dos apontados indiciados'.

A hipótese seria, no mínimo, a do crime do art. 248 (apropriação indébita), afastada, via de conseqüência, a exclusão da punibilidade, pela prescrição da ação penal."

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em Parecer datado de 11 de maio de 2005, da lavra do douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Alexandre Concesi, opinou *"pelo provimento da Correição Parcial"* (fls. 116/118).

A Representação foi julgada em 02 de junho de 2005. O Ministro-Relator dava provimento ao pleito correcional; contudo, com a divisão da Corte (6x6) no tocante à competência atribuída ao Juiz-Auditor Corregedor para representar contra o arquivamento do IPM e, face ao argumento de que não estariam atendidos os requisitos contidos no art. 498, alínea b, do CPPM, foi acolhida preliminar de não conhecimento da Correição Parcial, na forma do art. 67, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM).

No atual momento processual, os representantes da PGJM argúem que o Acórdão embargado acabou vencedor meramente por força de disposição regimental, com supedâneo na tese de que a Correição Parcial não foi conhecida pelas seguintes razões, reconhecidas por esta Egrégia Corte (fl. 144):

(...)

"a) o Juiz-Auditor Corregedor não estaria legitimado para insurgir-se contra arquivamento de inquérito devidamente regular e;

b) a lei que atribui legitimidade ao Corregedor para argüir correição contra decisão de arquivamento de inquérito policial militar é inconstitucional, se não estabelecer também a previsão do exercício da ampla defesa."

Sob a ótica do MPM (fls. 141/154), a Decisão desta Corte Militar inova e contraria posição do próprio Tribunal, acarretando uma questão constitucional. Segundo argúem (fl. 143), *in verbis*:

"(...) a oposição destes embargos também se justifica pela gravidade da decisão tomada, (...) levando em conta que a mesma mutila e até mesmo fere de morte um dos órgãos do aparato Judiciário Militar, que é a Corregedoria-Geral, além do que contraria toda a sistemática processual pátria consubstanciada no duplo grau de jurisdição e no controle jurisdicional dos diversos órgãos, administrativos e até mesmo judiciais, conforme impostados na Constituição de República (...)".

Asseveram os ilustres representantes da Procuradoria-Geral da Justiça Militar como razões de direito que, *in verbis* (fls. 145/146):

(...)

"Primeiramente, compete dizer que a diferenciação que se pretende fazer entre error in procedendo e error in iudicando, para se afirmar que a Correição Parcial cabe em um caso e não cabe no outro, é extremamente delicada e difícil de se aferir, quando se trata de representação do Juiz-Auditor Corregedor contra arquivamento de IPM determinado pelo Juízo na instância.

Isso porque, tratando-se o inquérito de um procedimento, conforme reconhecido pelo Acórdão recorrido, de natureza meramente administrativa, como se pode considerar regular o arquivamento quando ***a própria decisão arquivatória reconhece a presença de indícios de materialidade e de autoria de ilícito, como acontece no presente caso?*** (sem grifo no original).

(...)

Neste caso, ficou claro que o arquivamento, além de tudo, foi absolutamente ***irregular, porque a conclusão da respectiva decisão colide frontalmente com a sua fundamentação.***

Não bastasse isso, parece-nos absolutamente legítimo que o Juiz-Auditor Corregedor possa questionar os arquivamentos promovidos na instância 'a quo', submetendo-os ao crivo da 2ª Instância, sem ferir qualquer direito do cidadão.

Com efeito, a sistemática processual pátria, - e dos países que vivem sob o estado de direito - prevê o duplo grau de jurisdição como elemento garantidor para se evitar que a decisão de uma só pessoa torne-se um verdadeiro arbítrio, impossível de ser questionada."

Por último, à guisa de conclusão, além de prequestionar a inconstitucionalidade da matéria relativa à declaração contida no Acórdão, afirma o MPM que (fls. 153/154), *in verbis*:

> *"(...) a decisão ora embargada contraria posição desse próprio Tribunal que foi quem apresentou o projeto que depois se converteu na Lei 8457/02* (sic), *e que ora se pretende ver declarada como inconstitucional, além do que colide frontalmente com jurisprudência já cristalizada do Pretório Excelso sobre o assunto, que não considera a matéria inconstitucional, e, por fim, afronta a lei que, por delegação da Carta Magna da República, estabelece a organização e funcionamento da Justiça Militar (...)"*

Em Despacho datado de 22 de março de 2006 (fl. 158), foram admitidos os presentes Embargos Infringentes do Julgado, vez que são tempestivos. Bem como, intimados os indiciados para apresentarem contra-razões aos presentes embargos, subscritas por advogados legalmente constituídos.

Em contra-razões aos presentes Embargos, o Defensor dos denunciados pugna pelo improvimento dos Embargos e manutenção do Acórdão hostilizado em todo seu teor (fls. 170/172).

Relatados, decide-se.

VOTO

Preliminar, de ofício, **de não conhecimento dos presentes Embargos Infringentes do Julgado**, por absoluta impossibilidade jurídica do pedido.

Os presentes Embargos são tempestivos, pois foram opostos consoante o prazo previsto no art. 540 do CPPM, contado a partir da data de intimação do Acórdão (fl. 134).

Contudo, ao se prosseguir no juízo de admissibilidade, verifica-se que os presentes Embargos Infringentes do Julgado não merecem acolhida, pois não atendem ao pressuposto recursal objetivo de serem cabíveis; isto é, não se constituem no meio de impugnação juridicamente possível para atacar a Decisão ora embargada, visto que carecem de previsão legal. Senão, vejamos.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar postula pelo acolhimento de sua pretensão (fl. 141) com supedâneo na disposição contida no art. 538 do CPPM, a qual estabelece que *"o Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar"*.

Como se observa na disposição estampada no art. 538 do CPPM, trata-se de uma norma genérica, cuja eficácia necessita ser complementada por outra, já que faz alusão às sentenças finais sem especificá-las.

In casu, entende-se que a integração será obtida a partir da aplicação da disposição contida no art. 119 do Regimento Interno do STM (RISTM), cuja dicção do texto permite aduzir que, *"Cabem Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, observados os requisitos legais: I - contra decisão não unânime em Recurso em Sentido Estrito e em Apelação; (...)"*.

Depreende-se, assim, que, ao dispor de forma taxativa a respeito do cabimento do referido recurso, o RISTM impõe como inadmissível a oposição de embargos infringentes contra Acórdão desta Egrégia Corte, prolatado em sede de Correição Parcial, como se verifica no presente caso.

Nesse sentido, em Decisões majoritárias e de modo reiterado, esta Egrégia Corte tem rejeitado por incabíveis os embargos opostos em condições análogas às da presente *quaestio*.

À guisa de exemplo, traz-se à colação a Decisão monocrática exarada em 07 de agosto de 2001, tendo por Ministro-Relator o Exmo. Gen Ex Expedito Hermes Rego Miranda, ao examinar a admissibilidade dos Embargos de nº 2001.01.001788-7/DF, *in verbis*:

> *"(...) Pelas razões expostas, é forçoso reconhecer-se que, por tratar-se de Aresto desta Corte em Correição Parcial, ainda que prolatado por maioria, não há como admitir-se o processamento dos Embargos de Nulidade do Julgado, opostos pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por incabíveis, dada a absoluta falta de previsão legal quanto à viabilidade de o referido Acórdão ser alvo de impugnação por meio desse* remedium juris*"*.

De igual forma, tanto a doutrina como a jurisprudência são acordes em admitir a possibilidade de oposição de embargos infringentes somente

para impugnar as decisões de 2ª instância quando prolatadas no julgamento dos recursos em Sentido Estrito e de Apelação.

Esse é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, quando afirmam que:[2]

> "(...) *Somente podem ser objeto de embargos infringentes os acórdãos proferidos pelos tribunais de segundo grau no julgamento de apelações ou recursos em sentido estrito. É o que se deduz, claramente, da rubrica do Cap. V, do Tit. II, Livro III, do CPP, no qual está inserido o dispositivo legal acima mencionado: 'Do processo e do julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações nos Tribunais de Apelação'.*
>
> *Diante disso, duas conclusões podem ser extraídas.*
>
> *A primeira é que* ***os embargos infringentes são incabíveis quando a divergência ocorrer em julgamento de outros recursos ou de ações de impugnação catalogadas como recursos pelo CPP*** *(...)*" (sem grifo no original)

Júlio Fabbrine Mirabete expressa orientação semelhante no sentido de que os embargos infringentes e de nulidade referem-se apenas ao recurso em sentido estrito e à apelação. *"Por isso, é praticamente pacífico na doutrina e na jurisprudência que não é cabível em revisão, em* habeas corpus, *em pedido de desaforamento, etc."*[3].

A partir da sabedoria dos Tribunais e à luz do disposto no parágrafo único do art. 609 do CPP, constata-se que *"os embargos infringentes apenas são admissíveis em apelação e no recurso em sentido estrito"* (STJ – 6ª T. – HC 5522 – Rel. Fernando Gonçalves – j. 15.9.97-DJU 29.6.98, p. 319).

Como se vê, apenas as decisões penais condenatórias proferidas pelos Tribunais em sede recursal, e desde que tomadas por voto majoritário, expõem-se à possibilidade jurídico-processual de impugnação mediante embargos infringentes.

---

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. p. 218.

[3] MIRABETE, Júlio Fabbrine. *Código de processo penal interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1567.

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. SOLICITAÇÃO DE TRANSPORTE. INQUÉRITO PENAL INICIADO E PRESIDIDO PELO PRÓPRIO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. O Ministério Público teve reconhecida sua inegável importância na Constituição Federal. Tem incontáveis poderes, mas, conforme decidiu a Corte Suprema, dentre eles, não estão o de instaurar e realizar procedimento investigatório criminal, com o escopo de colecionar informações que embasem uma denúncia. Ao dar início e praticar uma investigação criminal, ele mesmo, por sua própria iniciativa, na sede da Procuradoria da Justiça Militar em Fortaleza, fazendo requisições, intimações e tomadas de depoimentos, inclusive sem possibilidade alguma de qualquer tipo de participação na investigação criminal pela Defesa ou pelo Indiciado, e sem nenhum motivo para a não requisição da abertura de IPM à autoridade militar competente, o Órgão do Ministério Público agiu exorbitando de suas funções institucionais, não podendo, em conseqüência, ser recebida a denúncia oferecida com base em tal investigação, devendo ser trancada a ação penal. O art. 7º do CPPM dispõe sobre quem exerce a polícia judiciária militar. Ordem concedida para trancar o Processo nº 16/06-0, a que responde o Paciente JOSÉ SEVERINO CHEREGATO, em curso na Auditoria da 10ª CJM, sem prejuízo de eventual instauração de inquérito policial militar se assim requisitar o Parquet ou a autoridade militar competente, e determinar a remessa de cópia do Acórdão ao Comando da Base Aérea de Fortaleza para as providências que entender cabíveis. Maioria.

Relator — Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Paciente — José Severino Cheregato, Cap Aer, respondendo ao Processo nº 16/06-6 perante a Auditoria da 10ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do mencionado Juízo, impetra o presente habeas corpus, requerendo, liminarmente, a suspensão do andamento do referido processo, até o julgamento definitivo do presente "writ". No mérito, pede o trancamento da ação penal.

Impetrantes — Drs. Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e João Marcelo Lima Pedrosa.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, concedeu a ordem de **Habeas Corpus** para trancar o Processo nº 16/06-0, a que responde o Paciente JOSÉ SEVERINO CHEREGATO, em curso na Auditoria da 10ª CJM, sem prejuízo de eventual instauração de inquérito policial militar se assim requisitar o **Parquet** ou a autoridade militar competente e determinar a remessa de cópia do presente Acórdão ao Comando da Base Aérea de Fortaleza para as providências que entender cabíveis. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, MARCUS HERNDL, HENRIQUE MARINI E SOUZA e VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO denegavam a Ordem, por falta de amparo legal. Na forma regimental, usaram da palavra o Dr. João Marcelo Lima Pedrosa, pela Defesa, e o Dr. Edmar Jorge de Almeida, Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata 48ª Sessão, 22.08.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, em conceder a ordem de *habeas corpus* para trancar o Processo nº 16/06-0, a que responde o Paciente, JOSÉ SEVERINO CHEREGATO, em curso na Auditoria da 10ª CJM, sem prejuízo de eventual instauração de inquérito policial militar se assim requisitar o *Parquet* ou a autoridade militar competente, e determinar a remessa de cópia do presente Acórdão ao Comando da Base Aérea de Fortaleza para as providências que entender cabíveis.

Brasília, 22 de agosto de 2006 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos Drs. Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e João Marcelo Lima Pedrosa em favor do Capitão Capelão da Aeronáutica JOSÉ SEVERINO CHEREGATO, que responde ao Processo nº 16/06-0 perante a Auditoria da 10ª CJM, com incurso no delito de estelionato.

Narra a exordial acusatória que o Paciente requereu, na oportunidade de sua transferência da Base Aérea de Fortaleza para o VII Comando Aéreo Regional, o pagamento de indenização de transporte para si e dois sobrinhos que apresentou como dependentes econômicos, mas que nunca residiram sob o mesmo teto que ele, causando um prejuízo de R$ 2.664,81 (dois mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e oitenta e um centavos) ao patrimônio sob a Administração Militar.

Alegam os Impetrantes que o Paciente, atualmente servindo no VII COMAR, encontra-se sofrendo constrangimento em virtude de ato ilegal e abusivo praticado pelo Juiz-Auditor Substituto daquela Auditoria que, em 22 de junho de 2006, recebeu denúncia contra o Paciente, formulada com base em provas manifestamente ilegais; que o Promotor de Justiça Militar no Ceará resolveu, por conta própria, no âmbito da Procuradoria da Justiça Militar em Fortaleza, investigar a vida militar e pessoal do Paciente; que, dentre outras providências, solicitou ao Comando da Base Aérea cópias autenticadas do processo de indenização de transporte do Paciente; determinou a autuação das peças como procedimento inquisitorial; e solicitou o comparecimento de algumas pessoas à Procuradoria para prestarem depoimento acerca da vida do Paciente, e alguns dias após, ofereceu denúncia, incursionando-o no art. 251 do CPM; que a audiência de qualificação e interrogatório do Paciente está marcada para o dia 26 de julho; que houve afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa; que a Constituição e a lei atribuem ao Ministério Público a função de exercer o controle da atividade policial e não de substituí-la; que, no caso, percebe-se a atuação de um promotor investigador; que está configurado o impedimento previsto no art. 57, incisos "a " e "b" do CPPM, pois agiu como autoridade policial; que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o Ministério Público não pode realizar e presidir inquérito policial; que, segundo a melhor doutrina, não pode o *Parquet* substituir a autoridade policial; que falta justa causa para a ação penal dada a ilegalidade da prova e ainda porque a quantia referente à passagens dos dependentes foi integralmente devolvida em 18 de julho de 2006, haja vista os sobrinhos não poderem ter viajado para Manaus por motivo de força maior.

Requerem, liminarmente, a suspensão do trâmite do Processo nº 16/06-0 a que responde o Paciente perante a Auditoria da 10ª CJM, e, no mérito, o trancamento da ação penal, por vício de origem na investigação. Acosta cópia integral do referido Processo (fls. 23/70), comprovantes de pagamento em favor da Base Aérea de Fortaleza (fls. 72/73), e cópia de obra doutrinária aplicável ao caso (fls. 76/96).

A liminar foi deferida pelo Eminente Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência, para suspender o andamento do Processo até o julgamento do presente Habeas Corpus (fls. 100/102). Determinou, ainda, que fossem solicitadas informações ao Juízo e após, encaminhados os autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

A ilustre autoridade apontada como coatora informou, às fls. 111/112, que foi oferecida denúncia contra o Paciente, incursionando-o no crime de estelionato, e recebida em 22 de junho de 2006; que o Acusado foi citado, e a Defesa peticionou requerendo que a audiência de qualificação e interrogatório fosse deprecada para a Auditoria da 12ª CJM; que, posteriormente, a Defesa opôs exceção de impedimento em face do Representante Ministerial por ter conduzido, exclusivamente, procedimento investigatório que embasa a denúncia oferecida por ele próprio; que o Ministério Público Militar manifestou-se pela improcedência da exceção e contrário à expedição de carta precatória ao Juízo da 12ª CJM; e que o feito encontra-se suspenso em virtude da liminar concedida. Encaminha cópias de peças do Processo em questão (fls. 113/154).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 158/161, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. ROBERTO COUTINHO, opina pelo indeferimento da ordem.

Às fls. 167/168 a Defesa manifesta o desejo de estar presente ao julgamento para sustentar oralmente suas razões.

Foi designada data para julgamento e dado ciência à Defesa e à Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

É o Relatório.

VOTO

O presente habeas corpus tem por objetivo o trancamento do Processo nº 16/06-0, em curso na Auditoria da 10ª CJM, a que responde o Capitão Capelão da Aeronáutica JOSÉ SEVERINO CHEREGATO, porque a denúncia baseou-se em investigação originada e realizada pelo Promotor da Justiça Mili-

tar, no âmbito da Procuradoria da Justiça Militar em Fortaleza-Ceará, e, portanto, já que viciada, não poderia ter sido recebida pelo Juízo daquela Auditoria.

Não é nova e nem pacífica a discussão acerca da legitimidade ou não do Ministério Público para realizar diretamente procedimentos investigatórios.

O dissenso existe devido às mais extensas ou restritas interpretações dadas pelos doutrinadores e aplicadores do Direito ao art. 129 da Constituição Federal e aos arts. 6º, 7º e 8º, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Os Tribunais Regionais Federais, por exemplo, esposam decisões diferentes em cada Região.

Exemplifico com o seguinte trecho de ementa do TRF 3ª Região, HC nº 2002.03.00.000731-1/SP, DJ 26/03/2004:

> *"....*
>
> *II – A Constituição Federal, ao prever as atribuições funcionais do Ministério Público, embora admita a requisição pelo órgão ministerial de certas diligências investigatórias discriminadas nos incisos VI e VIII, não conferiu à Instituição o poder para exercer diretamente as funções de polícia judiciária (instaurar inquérito policial), nem para determinar, sob pena de condução coercitiva, o comparecimento de pessoas para serem inquiridas na condição de investigados ou testemunhas pelo próprio órgão ministerial.*
>
> *III - A atuação do Ministério Público na investigação policial é supletiva das atividades dos órgãos que têm a competência constitucional para exercerem a polícia judiciária, não podendo o órgão ministerial agir diretamente, nem sob o pretexto de ser titular da ação penal pública ou de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, incisos I e VII), esta última função que teve sua abrangência expressamente delimitada na Lei Complementar nº 75/93, artigos 7º, II, e 9º, em especial incisos III e IV deste último artigo, que prevêem a competência da Instituição ministerial apenas requisitar inquéritos policiais ou representar a outras autoridades para adoção de providências, não estabelecendo o poder de instaurar o inquérito policial ou notificar pessoas para prestar depoimento sob pena de condução coercitiva. (...)"*

Ao revés encontramos no TRF 4ª Região, HC nº 2002.01.046028-4/RS, julgado em 09/12/2002:

"....

4. (...) são, válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério público, que, no exercício de sua função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública (CF/88, art. 129, I), à luz da Lei Complementar nº 75/93, pode diligenciar, requisitando informações e documentos, solicitando perícias e serviços temporários de servidores da Administração Pública, entre outras providências, a fim de instruir seus procedimentos administrativos, sem quem se sujeite, dita atuação, à existência de inquérito policial. (...)"

O Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação infraconstitucional, tem cristalizado o entendimento de que pode o *Parquet* proceder, ele próprio, às investigações criminais.

Nesse sentido, podem ser citados, dentre inúmeros outros, os seguintes arestos: STJ, HC 55100/RJ, Ministro ARNALDO ESTIVES LIMA (DJ 29.05.2006); HC 48479/RJ, Ministro LAURITA VAZ (DJ 02.05.2006); HC 38495/SC, Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (DJ 27.03.2006) e HC 39720/BA, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (DJ 19.08.2006).

Leio trecho da ementa do HC 38495/SC:

"....

Em que pese o Ministério Público não poder presidir inquérito policial, a Constituição Federal atribui ao parquet poderes investigatórios, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. Se a Lei maior lhe atribui outras funções compatíveis com sua atribuição, conclui-se existir nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. (...)"

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem, em suas últimas decisões, manifestado posição contrária.

É o que se observa do julgamento do Recurso Extraordinário nº 205.473-9/AL, em 15/12/1998, Relator Min. CARLOS VELLOSO; do Recurso Extraordinário nº 233.072-4/RJ, julgado em 18/05/1999, Relator para o Acórdão Min. NELSON JOBIM; e por último, do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7/DF, trazido a cotejo pelo Impetrante, que restou assim ementado:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE.

.....

2. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE.

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime.

Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.

.....

Recurso conhecido e provido".

O Min. NELSON JOBIM, Relator do feito, traz elucidativa exposição sobre a evolução histórica da controvérsia.

Demonstra que, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal historicamente têm sido da polícia, pelas mais diversas razões, as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras nessa matéria terem sido repelidas, desde a proposta de instituição de Juizados de Instrução feita pelo então Ministro da Justiça, Dr. Vicente Rão, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, pela feitura da Lei Complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com o objetivo de dar atribuições investigatórias ao *Parquet*.

É do corpo do Acórdão:

"....

Em 1936, o Ministro da Justiça VICENTE RÁO, tentou introduzir, no sistema processual brasileiro, os juizados de instrução.

A Comissão da Segunda Secção do Congresso Nacional do Direito Judiciário, composta pelos Ministros BENTO DE FARIA, PLÍNIO CASADO e pelo Professor GAMA CERQUEIRA, acolheu a tese no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

Ela, entretanto, não vingou.

Na exposição de motivos do código de Processo Penal o Ministro FRANCISCO CAMPOS ponderou acerca da manutenção do inquérito policial.

.....

A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, ***é de atribuição exclusiva da polícia.***

Nesse sentido, leio em ESPÍNDOLA FILHO:

'... a investigação da existência do delito e o descobrimento de vários participantes de tais fatos, reunindo os elementos que podem dar a convicção da responsabilidade, ou irresponsabilidade dos mesmos, com a circunstância, ainda, de somente nessa fase se poderem efetivar algumas diligências de ***atribuição exclusiva da polícia****, ...'*

Com essa orientação, há precedente de NELSON HUNGRIA, neste Tribunal (RHC 34.827).

Leio em seu voto:

'.....

... o Código de Processo Penal ... não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou, seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do M.P. na investigação do crime ...

.....'

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA CIVIL, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido.

Ao final, manteve-se a tradição:

O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal.

A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, § 4º).

Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 7º e 8º).

Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII).

Ainda assim, a matéria estava longe de ser pacificada.

'.....

Em março de 1999, o Senador Pedro Simon apresentou nova Proposta de Emenda Constitucional, sob o n. 21, acrescentando parágrafo único, ao art. 98, da Constituição da República, disciplinando que nas infrações penais de relevância social, a serem definidas em lei, a instrução será feita diretamente perante o Poder Judiciário, sendo precedida de investigações preliminares, sob a direção do Ministério Público, auxiliado pelos órgãos da polícia judiciária.'

O Tribunal enfrentou a matéria (RE 233.072, NÉRI DA SILVEIRA).

.....

Está na ementa:

'.....

O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido.'

A polêmica continuou.

O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA, concedido ao MINISTÉRIO PÚBLICO pela Constituição foi regulamentado pela Resolução nº 32/97, do CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

A Constituição Federal dotou o MINISTÉRIO PÚBLICO do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII).

A norma constitucional não contemplou, porém, a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito penal.

Nem a Resolução 32/97.

Não cabe, portanto, aos seus membros, inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime.

Mas, requisitar diligência à autoridade policial.

Nesse sentido, decidiu a Segunda Turma (RECR 205.473, CARLOS VELLOSO).

Leio na ementa:

.....

I. – Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F. art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior.

.....

Do voto de VELLOSO destaco:

.....

... não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial,

dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º).

.....

Dou provimento ao RECURSO.

Anulo a requisição expedida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, por faltar-lhe legitimidade.

Em conseqüência, anulo o próprio expediente investigatório criminal instaurado por ele, para ouvir o RECORRENTE."

A corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a maior amplitude de atribuições do Ministério Público sustenta que a lei expressamente confere ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica, com competência privativa para promover a ação penal pública, bem como realizar os atos investigativos que se fizerem necessários a tal desiderato. Assim, são válidos os atos investigatórios realizados pelo MP, conforme permite a LC nº 75/93, em seu art. 8º, incisos I, II, IV, V, VI, VII, não estando impedido o *Parquet* de instaurar procedimento para apuração de fato de que tenha conhecimento e que constitua infração penal. Pode diligenciar, requisitando informações e documentos, solicitando perícias e serviços temporários, entre outras providências, a fim de instruir seus procedimentos administrativos, sem que se sujeite, dita atuação, à existência de inquérito policial. O poder de investigar fatos se inclui no poder mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei. Ademais, a competência para investigação penal não é exclusiva da polícia e se qualquer do povo pode iniciar averiguações sobre condutas ilícitas, por que não poderia fazê-lo o próprio *Parquet*, que é o dono da ação penal. Assim, a outorga constitucional da titularidade da ação penal ao Ministério Público, implica no uso de todos os meios necessários ao alcance do seu múnus, estando esses meios previstos constitucional e legalmente; e apesar de o Ministério Público não ter competência para presidir o inquérito policial, que é monopólio da polícia, a elucidação dos crimes não se esgota nesse âmbito, podendo ser efetivada por vários órgãos administrativos, conforme dispõe a própria lei (parágrafo único do art. 4º do CPP). Ademais, a premissa de que somente a polícia detém o monopólio das investigações põe em cheque várias estruturas administrati-

vas e investigativas realizadas por diversos órgãos no sentido de combater uma série de condutas criminosas. Existem também as hipóteses de corporativismo da polícia, seu envolvimento no crime, ou falta de confiança no desempenho das investigações.

Diante de tantas ponderações, é justificável a divergência.

Entretanto, conquanto possa não ser aconselhável uma interpretação restritiva das normas constitucionais relativas às atribuições do Ministério Público no âmbito penal, mesmo porque ele é, na tradição do nosso direito, o dono da ação penal, também não é recomendável a irrestrita interpretação das normas que dispõem sobre sua competência.

Em lapidar voto de vista no Recurso Extraordinário nº 233.072-4/RJ, julgado em 18 de maio de 1999, o Eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA assim se manifestou:

> *"A Constituição atribui ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil (artigo 129, III), mas não o inquérito penal, o que foi cometido a polícia judiciária (artigo 144, § 1º, I, e § 4º); atribuiu-lhe, também, a de promover a ação penal pública, privativamente e na forma da lei (artigo 129, I), e, ainda, a ação civil pública (artigo 129, III).*
>
> *4. Se, de um lado, não é obrigatória a existência de inquérito policial para a instauração da ação penal, por outro, quando se fizer necessário, é mister que seja realizado de acordo com as normas vigentes, sob pena de nulidade. Não vejo impedimento para que o Ministério Público requisite algum documento ou mesmo um processo administrativo para melhor fundar a ação penal que irá propor, o que não pode é que solitariamente realize investigação criminal a margem de qualquer controle.*
>
> *Isto porque o Ministério Público só poderá proceder a investigações preliminares criminais quando houver no sistema jurídico positivo normas que venham presidir a sua atuação, regrando-a; não pode ele, entretanto, motu próprio, criar normas novas e ignorar as existentes, sob pena de comprometer a segurança jurídica da sociedade e, mais, a dele própria.*
>
> *(...)*

A minha objeção está na inexistência de prévia normatização legal que regule tal atribuição. Veja-se sem normas que o regulamentem o procedimento investigatório penal do Ministério Público, não há garantia da lisura e do controle desta investigação, pois sem o devido processo administrativo o material coletado estará numa pasta ou numa gaveta ou num armário, sem acesso a quem quer que seja, inclusive ao advogado, o qual não terá a garantia de 'examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos' (Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94, artigo 7º, XIV); poderá não ser utilizada prova coletada que incrimine ou que absolva determinado indiciado, segundo conveniências subjetivas e fora de qualquer controle; não haverá como dar eficácia à disposição constitucional que admite ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (CF, artigo 5º, LIX), porque dificilmente se saberá qual o dies a quo do início da contagem deste prazo legal.

Em suma, o inquérito penal fora do controle normativo transformar-se-á inevitavelmente, em alguns casos, num escoadouro de paixões subalternas, como revela a história, que é pródiga em exemplos, e porque não dizer, a própria experiência adquirida neste Tribunal, onde não raro percebe-se procedimentos marcados com enorme carga passional".

Ao meu ver, o posicionamento até então dominante do Supremo é o mais acertado. Em face do texto constitucional vigente e o da Lei Complementar que o regulamentou, adotou-se um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: No campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, no curso dos quais permite-se que realize diretamente diligências, inclusive a colheita de depoimentos. Já em sede penal, é-lhe facultado requisitar diligências ou a abertura de inquéritos, podendo acompanhá-los. Aliás, dispõe o art. 14 do CPPM que: *"Em se tratando de apuração de fato delituoso de excepcional importância ou de difícil elucidação, o encarregado do inquérito poderá solicitar do procurador-geral a indicação de procurador que lhe dê assistência."* Mas não pode, ele próprio, fazer as vezes de polícia judiciária, realizando e presidindo inquérito penal.

Assim, é possível que na investigação de ilícito civil seja, ao final, apurado fato ilícito penal. Ou conhecedor de fatos que a seu ver correspondem a ilícitos penais, verificados em procedimentos administrativos de sua competência, ofereça denúncia ou requisite diligências investigatórias. Tem o poder-dever de denunciar, toda vez que tiver elementos fáticos, inequívocos para a formação de sua convicção. Pode denunciar diretamente, independente de inquérito, se tem conhecimento de fato que, em tese, configura um crime, e haja materialidade inequívoca e autoria indiciária. Pode, ainda, diligenciar, requisitar, acompanhar, mas não dar início à investigação penal e colher provas, ele próprio, com o fim de instaurar a ação penal.

O Ministério Público teve reconhecida sua inegável importância na Constituição Federal. Tem incontáveis poderes, mas, conforme decidiu a Corte Suprema, dentre eles, não estão o de instaurar e realizar procedimento investigatório criminal, com o escopo de colecionar informações que embasem uma denúncia. Suas atribuições para investigar diretamente se cingem aos inquéritos civis e aos feitos a eles correlatos. De outro modo, haveria uma polícia judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VII, CF, segundo a qual o Ministério Público deve exercer, conforme lei complementar, o controle externo da atividade policial.

No caso presente, foi autorizado ao Paciente, em 30 de junho de 2005 (fl. 41), o recebimento de indenização de transporte para si e dois sobrinhos que com ele seguiriam para o 7º COMAR.

Quase um ano depois, em 7 de junho de 2006, o MPM requisitou à OM cópia do processo de indenização (fl. 31). Não estão claras nos autos as razões de tal requisição, mesmo porque, desde o ano de 2000, os sobrinhos do Capitão CHEREGATO estavam incluídos como seus dependentes econômicos em virtude da apresentação à OM de Termo de Entrega sob Guarda e Responsabilidade expedido pelo Juiz de Direito da Vara Distrital de Potirendaba, Comarca de São José do Rio Preto – SP (fl. 55).

As informações foram autuadas na Procuradoria e a partir daí, lá realizadas diversas diligências com o fim de apurar a existência de crime praticado pelo Paciente na obtenção das passagens dos sobrinhos. Não se tratou de esclarecimento suplementar para subsidiar IPM ou denúncia. O *Parquet* promoveu um verdadeiro inquérito penal, para apurar fato desconhecido, substituindo-se à polícia judiciária, inquérito este, desordenado e sem obediência a qualquer norma legal, sequer sendo ouvido o Investigado.

O IPM é o instrumento de investigação penal da polícia judiciária militar.

É um procedimento administrativo destinado a apurar a existência de crime e indícios de autoria.

O art. 7º do CPPM dispõe sobre quem exerce a polícia judiciária militar.

A ação penal desfechada contra o Paciente foi lastreada em inquérito penal iniciado e presidido pelo próprio órgão do MPM.

Entendo, na esteira dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que, nessas condições, ao dar início e praticar uma investigação criminal, ele próprio, por sua própria iniciativa, na sede da Procuradoria da Justiça Militar em Fortaleza, fazendo requisições, intimações e tomadas de depoimentos, inclusive sem possibilidade alguma de qualquer tipo de participação na investigação criminal pela Defesa ou pelo Indiciado, e sem nenhum motivo para a não requisição da abertura de IPM à autoridade militar competente, o Órgão do Ministério Público agiu exorbitando de suas funções institucionais, não podendo, em conseqüência, ser recebida a denúncia oferecida com base em tal investigação, devendo ser trancada a ação penal.

Não obstante, embora considere abusiva a atividade desenvolvida no particular pelo Ministério Público Militar, não tenho por ilícito o material probatório coligido, extraído do processo de solicitação de transporte de pessoal, bagagem e auto, em face da transferência por necessidade de serviço da Base Aérea de Fortaleza para o Sétimo Comando Aéreo Regional.

Assim, o trancamento da ação não prejudicará eventual instauração de inquérito policial militar, se assim o requisitar o MPM.

Dispõe o art. 477 do CPPM que se o *habeas corpus* for concedido em virtude de nulidade do processo, será este renovado, salvo se do seu exame se tornar evidente a inexistência de crime, o que não é o caso. Ao contrário do que alegam os Impetrantes, a devolução do numerário não importa em falta de justa causa, apenas incide a atenuação prevista no art. 240, §§ 1º e 2º, do CPM, a ser aplicada no momento oportuno, se for o caso.

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO. *ART. 324, CPM. PRESCRIÇÃO. ATIPICIDADE. NORMA PENAL EM BRANCO. NORMA COMPLEMENTAR. FALTA DE DESCRIÇÃO TÍPICA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. 1.Tendo a denúncia imputado ao paciente conduta tipificada no artigo 324, do Código Penal Militar, na modalidade negligente, há de se reconhecer regra especial de prescrição do artigo 127 da lei penal militar, impondo prazo prescricional de quatro anos. 2. O delito de inobservância de lei, regulamento ou instrução é lei penal em branco, impondo ao órgão de acusação a demonstração da norma complementar vulnerada pela conduta do agente. A denúncia indicou duas normas administrativas da Marinha supostamente inobservadas que têm por conteúdo simples definição de funções exercidas pelo paciente, sem que imponham efetivamente conduta comissiva ou omissiva a ser rigorosamente observada. A indicação de terceira norma do Tesouro Nacional, já revogada, impunha obrigação ao outro denunciado, e não ao paciente. 3. A denúncia assume obviedades presumidas na indicação do suposto prejuízo suportado pela administração militar, sem que relatasse de forma clara a elementar normativa do artigo 324, do Código Penal Militar. 4. Ordem concedida para declarar a inépcia da denúncia, sem prejuízo de formulação de nova inicial. Decisão unânime.*

Relator — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Paciente — Sergio Henrique Lopes de Sousa, CF, respondendo ao Processo n.º 05/07-3 perante a 2ª 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, em preliminar, a concessão da ordem para que seja trancada a citada ação penal por prescrição. Caso ultrapassada a preliminar, pede o trancamento da ação penal, na forma do art. 467, alíneas "c" e "g", do CPPM.

Impetrantes — Drs. Angelo Bello Butrus e Darlene Bello da Silva.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade** concedeu a ordem de **Habeas Corpus** para determinar o trancamento do Processo nº 05/07-3, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª CJM, contra o CF SERGIO HENRIQUE LOPES DE SOUSA, sem prejuízo de formulação de nova denúncia. Na forma regimental, usaram da palavra o Dr. Angelo Bello Butrus, pela Defesa, e o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata 17ª Sessão, 20.03.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em conceder a ordem de *Habeas Corpus* para determinar, na forma do artigo 467, alínea "c", do Código de Processo Penal Militar, o trancamento do Processo nº 05/07-3, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª CJM, contra o CF SERGIO HENRIQUE LOPES DE SOUSA, sem prejuízo de formulação de nova denúncia.

Brasília, 20 de março de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de *habeas corpus* impetrado em favor do Capitão-de-Fragata SERGIO HENRIQUE LOPES DE SOUSA, denunciado nos autos do Processo n.º 05/07-3, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, com sede em Bagé/RS, como incurso no artigo 324, do Código Penal Militar, consistente no delito de inobservância de lei, regulamento ou instrução.

A impetração sustenta estar extinta a punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, sob o argumento de que a pena máxima cominada ao delito é de 6 (seis) meses de detenção, e que os fatos ocorreram até janeiro de 2005, tendo sido recebida a denúncia somente em 07 de fevereiro de 2007, mais de 2 (dois) anos após eventual consumação do crime.

No mérito, sustenta a falta de justa causa para a ação penal, em razão da atipicidade da conduta do paciente, razão pela qual pede a concessão da ordem para trancar a ação penal.

A petição inicial veio instruída com cópia da denúncia e das normas administrativas que complementam o tipo penal em branco em que foi incursionado o paciente.

Pela decisão de fls. 76/78 indeferi medida liminar e determinei o processamento do feito.

O Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar prestou informações (fls. 120/123), encaminhando cópias de balancetes financeiros do Depósito Naval de Rio Grande, das Normas sobre Administração Financeira da Marinha e termo de interrogatório do paciente e do outro militar denunciado.

O Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em parecer de fls. 113/117, opina pelo conhecimento e denegação da ordem, por falta de amparo legal.

Relatados, decide-se.

VOTO

A denúncia (fls. 15/19) imputou ao paciente a falta de cautela necessária para cumprir sua função de Agente Fiscal e Oficial de Conformidade Documental, por não ter fiscalizado, ou tê-lo feito de forma ineficiente, já que teria dado causa direta a ato prejudicial à administração militar, ensejando que o outro denunciado emitisse cheques desprovidos de fundos de conta que movimentava dinheiro público. Formulada contra o paciente e o 1º sargento ANDRÉ LUÍS CARREIRA SOARES, a denúncia diz o que segue:

> *"Consoante apurado nos inclusos autos de IPM, o primeiro denunciado, Capitão-de-Corveta LOPES, exerceu, cumulativamente, as funções e atribuições de Vice-Diretor, Agente Fiscal e Oficial de Conformidade Documental junto ao Depósito Naval de Rio Grande, no período de 01/11/03 a 21/07/04 e de 01/10/04 a 13/01/05, e o segundo denunciado, 1º Sargento SOARES, no período de 2003 a 2005, figurou como agente da administração*

responsável pela gestão dos recursos de suprimento de fundos destinados à referida organização militar da Marinha.

Para esse fim, os recursos públicos eram creditados na conta-corrente nº 334.05602, da agência 2694-4, do Banco do Brasil, aberto em nome do segundo denunciado e vinculada à respectiva unidade militar, por meio de dados de seu titular, pessoa física, e do número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do aludido Depósito Naval.

Nesse aspecto, convém salientar que a referida conta-corrente, cuja movimentação – inclusive com a utilização de cheques – era de responsabilidade pessoal e intransferível de seu único titular (o segundo denunciado), tem natureza transitória (temporária) e destina-se exclusivamente para a gestão e aplicação dos recursos relativos aos suprimentos de fundos (aplicados em casos excepcionais), conforme o disposto nas Normas Sobre Administração Financeira e Contabilidade na Marinha (Capítulos 5 e 27 dos Volumes II e VII, respectivamente – fls. 379/535).

Assim, para movimentar a referida conta-corrente, o segundo denunciado retirou 4 (quatro) talonários de cheques (de nº 850001 a 850020; 850021 a 850040; 850041 a 850060; 850061 a 850080), ou seja, contendo, cada um, vinte fólios, conforme requisições de fls. 44/45.

De fato, no período de 2003 e 2004, houve quatro concessões de suprimentos de fundos e sua integral utilização, conforme os processos de despesas de fls. 585/676, que foram aprovados, por amostragem, pelo órgão de controle interno da Marinha (fls. 677/682). De outro lado, em perícia contábil de fls. 774/779, realizada pela Superintendência da Polícia Federal, em Porto Alegre/RS, tais contas foram aprovadas, porém com ressalvas.

Ademais, conforme informação do Banco do Brasil àquela Organização Militar – que resultou na instauração do incluso IPM – e da confissão do segundo acusado (fls. 186/187), corroborada com os laudos periciais mencionados, houve utilização indevida da predita conta-corrente: com a emissão de cheques sem fundos; realização de outras transações bancárias indevidas, que foram utilizadas para custear despesas e atender interesses particulares do referido sargento.

Nesse aspecto, restou comprovada a existência de movimentações financeiras estranhas à destinação legal do suprimen-

to de fundos, tais como: a) dos 56 (cinqüenta e seis) cheques emitidos, 41 (quarenta e um) deles se destinaram a uso particular do segundo denunciado, totalizando R$ 10.522,85 (dez mil e quinhentos e vinte e dois reais e oitenta e cinco centavos), dos quais 08 (oito) foram devolvidos por insuficiência de fundos – cheques nº 850022, 850024, 850040, 850056, 850065 e 850066 -, correspondentes a R$ 3.916,00 (três mil novecentos e dezesseis reais); b) transferências, depósitos e saques totalizando um montante de R$ 6.768,34 (seis mil e setecentos e sessenta e oito reais e trinta e quatro centavos); c) débito de taxas/tarifas em relação aos cheques emitidos sem provisão de fundos, no total de R$ 101,50 (cento e um reais e cinqüenta centavos).

Assevere-se, ainda, que a referida conta bancária, pela sua natureza e por força de disposição legal (item 5.8.1, inciso IV, das SCM-301, fls. 422/424), é isenta da cobrança de CPMF e outras tarifas bancárias, fato que, logicamente, interessou ao segundo denunciado, eis que nas transações financeiras de seu interesse particular não haveria cobrança desse tributo, o que, permitiu de fato, houvesse o seu locupletamento ilícito.

Portanto, restou fartamente comprovado que no período de 15 de julho de 2004 a 25 de maio de 2005 – 10 (dez) meses e 10 (dez) dias – a mencionada conta-corrente, para atender interesse privado, restando evidentemente lesadas a regularidade e a probidade administrativas.

De outra parte, a conduta ilícita do segundo acusado foi facilitada pela ausência ou ineficiência de fiscalização por parte do primeiro denunciado, oficial responsável pela conferência e regularidade da aplicação dos aludidos recursos.

É que o referido oficial superior, investido nas funções de Agente Fiscal e de Oficial de Conformidade Documental – cujas atribuições estão previstas na aludida legislação da Marinha (fls. 732, 462/464), deveria fiscalizar a utilização e movimentação da referida conta, não apenas a comprovação da aplicação regular dos recursos públicos, o que não ocorreu (pois houve ressalvas, como apontada na perícia contábil de fls. 774/779).

Competia, ainda, ao primeiro denunciado, acompanhar o devido encerramento da conta bancária, após a aplicação dos recursos, o que também não ocorreu, fato que não obedeceu ao

mandamento contido no inciso III do parágrafo único do artigo 22 da Instrução Normativa nº 04 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 13/08/2002 (publicada no D.O.U. de 16/08/2002).

Dito isso, convém salientar que, durante o período em que o primeiro denunciado foi Agente Fiscal e Oficial de Conformidade Documental, houve duas oportunidades claras para o encerramento da referida conta-corrente: a primeira, entre 30/12/03 a 14/04/04 (extrato bancário de fls. 30 – anexo ao processo de despesa respectivo), a conta permaneceu 104 (cento e quatro) dias sem utilização e com saldo zero; a segunda, entre 18/05/04 e 02/08/04 (extrato de fls. 31/32), também ocorreu a situação anterior, por 81 (oitenta e um) dias.

Apesar dessas irregularidades, foi dado conformidade documental, sem restrições, nesse período, consoante demonstrado às fls. 720/726. Portanto, após a aplicação dos respectivos recursos (30/12/03 e 18/05/04), não houve encerramento da respectiva conta.

Além disso, das quatro requisições de cheques (fls. 44/45), três delas ocorreram em datas posteriores à aplicação do último processo de despesa (18/05/04), tais fatos evidenciam o intento ilícito do segundo denunciado e a ausência do dever objetivo de cuidado do agente fiscal e oficial de conformidade documental, que poderia ter impedido a ocorrência de tais condutas ilícitas.

Dessa forma, verificando-se que entre um processo e outro de despesa, não havia fiscalização sobre a movimentação da conta bancária, criou-se um terreno fértil para o plantio e colheita ilícita do segundo denunciado. Ou seja, o oficial responsável pela fiscalização (primeiro denunciado) apenas se preocupou com a aplicação dos recursos que se encerraram em dois períodos e, em face dessa negligência, houve um quadro favorável às ações do segundo denunciado, eis que as irregularidades somente foram descobertas pela diligência e informação do Banco do Brasil.

É que, se houvesse uma diligência ordinária ou uma cautela ou atenção exigidas naquelas circunstâncias, com a obser-

vância das normas pertinentes, tudo isso teria sido evitado, não haveria margem para o segundo denunciado utilizar, indevidamente, tal conta bancária.

Sendo assim, restaram comprovadas a materialidade e respectivas autorias delitivas, posto que o PRIMEIRO DENUNCIADO, na condição de Agente Fiscal e Oficial de Conformidade Documental, deixou de tomar as cautelas necessárias e cumprir seu mister funcional, pois não fiscalizou, ou se o fez, foi ineficiente, visto que sua negligência funcional deu causa direta a ato prejudicial à Administração Militar, uma vez que não observou o disposto no subitem 1.4.3, do Capítulo I e o item 9.5 do Capítulo 9 das SGM-301 (Normas sobre Administração Financeira e Contabilidade da Marinha) nem o previsto no inciso III, do parágrafo único, do artigo 22, da Instrução Normativa nº 04, da Secretaria do Tesouro Nacional, de 13/08/2002, pois ensejou que o SEGUNDO DENUNCIADO, aproveitando-se desse quadro fático, utilizasse indevidamente e para fins particulares, a conta bancária de finalidade exclusivamente pública – gestão e aplicação de recursos públicos -, com a emissão de cheques sem provisão de fundos, fatos que, indubitavelmente, resultaram em flagrante prejuízo à ORDEM ADMINISTRATIVA MILITAR, em especial à regularidade, à probidade e à moralidade administrativas."

Assim, de forma expressa, a denúncia imputou ao paciente conduta típica de inobservância de lei, regulamento ou instrução, na modalidade em que o agente pratica o fato por negligência, à qual o tipo comina pena de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Ao segundo denunciado foi imputado o crime do artigo 313, do Código Penal Militar, por 8 (oito) vezes, com continuidade delitiva, pela prática de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, em atentado contra a administração militar.

Três questões devem ser examinadas. A primeira delas diz respeito à prescrição da pretensão punitiva.

A impetração apega-se à pena cominada ao tipo quando praticado por tolerância, hipótese apenada com detenção até 6 (seis) meses, induzindo o reconhecimento da prescrição, já que a denúncia somente foi

recebida em fevereiro de 2007, mais de 2 (dois) anos após a última conduta delituosa ocorrida em janeiro de 2005.

No caso de aplicação de pena de suspensão do exercício do posto há regra especial de prescrição, contida no artigo 127, do Código Penal Militar, fixando o prazo de 4 (quatro) anos, não decorrido no caso em apreço.

E, como visto, a denúncia expressamente imputa ao paciente deliberada negligência no exercício de fiscalização, o que induz a aplicação da regra especial de prescrição, com prazo de 4 (quatro) anos.

A segunda e a terceira questões dizem respeito à tipicidade da conduta imputada ao paciente. Assim, alega a impetração que as normas supostamente inobservadas, e que complementam o tipo penal em branco, não impunham qualquer obrigação ao paciente. E que, por outro lado, o tipo penal contém a elementar normativa de prática de ato prejudicial à administração militar, o que não teria efetivamente ocorrido, induzindo à atipicidade da conduta.

Estes dois tópicos serão analisados separadamente.

Importante, contudo, prévia análise do tipo penal definido no artigo 324, do Código Penal Militar, que se apresenta da seguinte forma:

> *Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar:*
>
> *Pena – se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.*

A primeira observação a ser feita é que se trata de norma penal em branco, impondo a identificação de regra de conduta complementar para a aferição da tipicidade. No caso, a complementação é feita por lei, regulamento ou instrução a cuja fiel observância está obrigado o agente do delito.

A inobservância das normas complementares deve obrigatoriamente ocorrer no exercício de função, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar.

A conduta pode ser comissiva ou omissiva, segundo o conteúdo imperativo da norma complementar. Caso imponha o dever de práti-

ca de determinado ato, a inobservância se consumará com a omissão do agente, o não-fazer a conduta imperativa contida na norma. Por outro lado, quando a lei, o regulamento ou a instrução imponham ao agente um não-fazer, obviamente que a inobservância ocorrerá com a conduta comissiva contrária, fazendo o agente o que a norma expressamente lhe proíbe fazer.

Importante destacar aqui o problema que emerge do tipo penal que se analisa, quando confrontado com o princípio da reserva legal, de assento constitucional. Para tanto, basta uma comparação com outro tipo penal em branco, aquele do artigo 290 do Código Penal Militar. Neste, a conduta proibida integra o tipo sob a forma de onze verbos nucleares, delegando-se à norma complementar tão somente elencar as substâncias proibidas por causarem dependência química ou psíquica.

O crime de inobservância de lei limita-se a impor a observância da norma complementar, ou seja, a conduta não está no tipo, mas decorre de outra norma que a complementa. Há, ao que parece, uma afronta à construção teórica do delito, que parte sempre de uma conduta do agente para que seja definida a proibição. Aqui, ao contrário, o tipo impõe apenas a adesão ao ordenamento jurídico, o que não ocorre quando se pratica a conduta prevista em norma complementar. A impropriedade fica ainda mais grave quando a conduta imposta ao agente não decorre de lei, mas de normas administrativas, como no caso em apreço, o que afronta o princípio da reserva legal.

O tipo penal abriga norma que proíbe ao agente afastar-se das regras de conduta contidas em lei, regulamento ou instrução ou, em sentido contrário, impõe-lhe o dever de rigorosamente exercer sua função com estrito cumprimento do ordenamento jurídico como um todo, de forma que seu afastamento desse comando, desde que cause prejuízo à administração militar, implicará a formulação de juízo de tipicidade.

A leitura do tipo indica, ainda, que não é a conduta do agente que dá causa a prejuízo à administração militar. Ao contrário, é sua tolerância que permitirá que outrem pratique ato prejudicial, na primeira modalidade, assemelhando-se a uma omissão imprópria: o agente tem o dever de impedir que terceiro cause prejuízo, mas nada faz, como se fosse o garan-

te da situação. Na segunda modalidade, o agente viola o dever de cuidado, por negligência, permitindo que terceiro cause prejuízo à administração militar.

Por fim, há a elementar normativa de prática de ato prejudicial à administração militar, questão relevante por ser objeto da impetração. Aqui, o parecer do *custos legis* sustenta não se tratar de prejuízo material, obrigatoriamente. Em suas palavras:

> *"É que o tipo penal do artigo 324 do CPM quando exige a presença de ato prejudicial à administração militar, não necessariamente se refere a prejuízo material. A conclusão se impõe diante da interpretação sistemática, na medida em que o delito de que se cuida não é patrimonial, conseqüentemente, o prejuízo nele referido também não precisa ter reflexos econômicos."(fls. 116)*

Pois bem. A denúncia imputou ao paciente a inobservância de três regras específicas, duas delas contidas na SGM-301, sigla das Normas sobre Administração Financeira e Contabilidade da Marinha, e uma da Instrução Normativa nº 4, da Secretaria do Tesouro Nacional.

Imprescindível a análise das normas complementares, uma vez que a impetração sustenta a **ausência de justa causa**, decorrente da atipicidade da conduta do paciente, sem que seja necessário exame de provas.

O subitem nº 1.4.3, do Capítulo 1 da sgm-301 (fls. 133), incumbe-se da definição da função de Agente Fiscal, nos seguintes termos:

> *a) Agente Fiscal é aquele que tem a responsabilidade de auxiliar o Ordenador de Despesa ou seu Substituto no controle, fiscalização e acompanhamento rotineiro das contas de gestão e responsabilidade da UG (Unidade Gestora).*

O paciente era Vice-Diretor, Agente Fiscal e Oficial de Conformidade Documental junto ao Depósito Naval de Rio Grande, como já esclarecido na denúncia. O ordenador de despesa era o próprio Diretor da organização militar, cabendo ao Agente Fiscal, nos termos do regulamento, **auxiliá-lo** na fiscalização e acompanhamento rotineiro das contas de gestão.

O subitem 9.5 do Capítulo 9 do mesmo regulamento (fls. 98) define o exercício de Conformidade de Suporte Documental:

"9.5 – CONFORMIDADE DE SUPORTE DOCUMENTAL

A conformidade de suporte documental consiste na responsabilidade do servidor, designado por Portaria pela UG, quanto à certificação da existência de documento hábil que comprove a operação e retrate a transação efetuada. Essa certificação baseia-se na avaliação e no arquivamento de todos os documentos emitidos pela UGE, inerentes à execução financeira, tornando-a responsável por toda documentação atinente aos atos e fatos de gestão realizados.

Com a adoção plena da Conformidade de Suporte Documental, as UGE não mais enviarão as prestações de contas de Execução Financeira mensalmente à DcoM, tornando-se assim, responsáveis por sua guarda e conservação, devendo mantê-las arquivadas na própria Unidade, de forma organizada, em local seguro e de fácil acesso aos interessados, pelo prazo de cinco anos, a contar da aprovação das contas pelo TCU."

Como se pode ver, os dois subitens invocados como norma complementar ao tipo penal trazem definição de funções e atribuições genéricas, e não imperativos de conduta propriamente ditos. Assemelham-se a normas de interpretação, como é o caso do artigo 327 do Código Penal comum, incumbido de definir funcionário público.

O primeiro subitem transcrito indica maior grau de responsabilidade ao ordenador de despesa, impondo função auxiliar ao agente fiscal. O segundo subitem justifica-se na ordenação financeira da administração pública federal, toda ela feita em suporte digital, pelo SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal), impondo aos agentes públicos o arquivamento do suporte documental das transações eletronicamente registradas. Por exemplo, a realização de registro de uma nota de empenho no sistema eletrônico exige um correspondente material, sob a forma de documento, cabendo a quem exerce a função certificar que existe o suporte documental da transação inserida no sistema virtual. Nada além disso.

Como agente fiscal, e portanto auxiliar do ordenador de despesa, é plausível afirmar que a responsabilidade principal de fiscalização das atividades do titular da conta bancária seria do Diretor da organização militar, e como tal deveria ele próprio figurar no pólo passivo da ação penal, segundo a tese construída pela acusação.

Em relação à outra questão, da conformidade de suporte documental, vê-se que a narrativa posta na denúncia deixa de indicar a violação do dever de cuidado do paciente no exercício dessa função específica, e como eventual culpa teria permitido que o segundo denunciado continuasse a movimentar a conta corrente aberta em seu nome, para o suprimento de fundos.

Ao contrário, a leitura da definição da função revela a ausência de conexão lógica com a negligência imputada ao paciente.

A outra norma complementar invocada é a que revela o maior equívoco da denúncia. Segundo a acusação, o paciente teria infringido o que dispõe o artigo 22, parágrafo único, inciso III, da Instrução Normativa n.º 4, da Secretaria do Tesouro Nacional, publicada no Diário Oficial da União em 13/8/2002. Diz a regra, trazida aos autos pela impetração:

> *"Art. 22. Além dos casos previstos no artigo anterior, poderão ser abertas contas correntes bancárias por solicitação da STN, em caráter excepcional, nos termos desta Instrução Normativa.*
>
> *Parágrafo único. As contas abertas para atender a casos excepcionais de movimentação de Suprimento de Fundos, onde comprovadamente não se possa usar o Cartão de Crédito Corporativo do Governo Federal, terão as seguintes características:*
>
> *III – **serão obrigatoriamente encerradas pelo titular**, imediatamente após o período de aplicação dos recursos, quando o titular deixar de ser movimentador de suprimento de fundos e/ou de adiantamento da unidade;*

Aqui se encontra regra imperativa dirigida ao titular da conta corrente. Ocorre que, como a própria denúncia esclarece, o titular da conta era o 1º Sargento ANDRÉ LUÍS CARREIRA SOARES, de forma que não é possível imputar ao paciente qualquer responsabilidade pela inobservância da regra invocada. Não era o titular da conta; não tinha a obrigação de encerrá-la.

Não bastasse isso, em consulta à página na *Internet* do Tesouro Nacional, constatei a promulgação da Instrução Normativa n.º 4, de 30 de agosto de 2004 que, em seu artigo 32 revogou expressamente a Instrução Normativa n.º 4 (mesmo número, não é engano), de 13 de agosto de 2002, exatamente a que foi invocada na denúncia.

A disposição da nova Instrução Normativa acerca das contas de suprimento consta do artigo 9º, § 8º, nos seguintes termos:

> *§ 8º As contas de suprimento de fundos não movimentadas por mais de sessenta dias deverão ser encerradas e o saldo devolvido para as Unidades Gestoras titulares das contas.*

Ressalte-se que a denúncia imputou conduta negligente ao paciente por todo o período em que exerceu as funções de Vice-Diretor, Agente Fiscal e Oficial de Conformidade Documental, ou seja, de 01/11/03 a 21/07/2004 e 01/10/05. Todo o segundo período encontrava-se sob a vigência da nova Instrução Normativa. Não se pretende aqui adentrar na discussão envolvendo a lei penal em branco e a questão da intertemporalidade da norma complementar, tema altamente relevante mas que não apresenta maiores conseqüências no caso concreto.

Isso porque a norma revogada não impunha qualquer obrigação ao paciente, e a norma posterior expressamente prevê a possibilidade de que a conta de suprimento de fundos fique aberta por até sessenta dias.

Ainda na questão da tipicidade, resta enfrentar o último ponto, relativo à elementar normativa de prática de ato prejudicial à administração militar, como se vê na parte final do artigo 324, do Código Penal Militar.

Se é certa a tese sustentada pelo *custos legis*, ou seja, de que não se trata de crime patrimonial, de forma que não se exige prejuízo financeiro, é imprescindível que a denúncia demonstre qual o atentado concreto à ordem administrativa militar. Se não houve prejuízo financeiro, de que índole foi o prejuízo?

O delito de inobservância de lei, regulamento ou instrução é classificado como crime material, já que o tipo descreve a conduta, ainda que dependente de complementação normativa, e o seu resultado, sem o qual não há tipicidade.

A denúncia fala em utilização indevida de conta corrente e flagrante prejuízo à ordem administrativa, em especial à regularidade, à probidade e à moralidade administrativas. Imputa ao segundo denunciado locupletamento ilícito, por ter movimentado despesas pessoais em conta corrente isenta de recolhimento de CPMF. Diz que a movimentação da conta bancária, pelo período de 10 (dez) meses e 10

(dez) dias, para atender interesse privado, lesou a regularidade e a probidade administrativas.

Ressalte-se, em primeiro lugar, a premissa necessária para a avaliação da conduta do titular da conta corrente. Não tendo sido denunciado por peculato, resta claro que não se apropriou, ou desviou dinheiro público em proveito próprio ou de outrem. Conclui-se da premissa que arcou com todas as despesas elencadas na denúncia, inclusive quanto às taxas cobradas pela devolução de cheques sem fundo.

Assim, efetivamente não houve prejuízo patrimonial à administração militar. Contudo, não é possível afirmar de que forma a ordem administrativa militar tenha sido prejudicada com a conduta do 1º Sargento ANDRÉ LUÍS. É certo que não convém impedir o exercício da titularidade da ação penal, permitindo ao Ministério Público demonstrar o efetivo prejuízo, ou convencer-se de que nada foi alterado na normalidade da administração.

Seria imprescindível, contudo, a demonstração efetiva, já na denúncia, de que houve prejuízo, não sendo suficiente a invocação de que seria evidente a lesão à ordem administrativa, por meio de expressões genéricas. A taxatividade da lei não admite obviedades presumidas.

Inexistente o prejuízo patrimonial, a denúncia não logrou demonstrar alteração da ordem administrativa que justificasse a imputação ao paciente, ressaltando-se mais uma vez sua inépcia.

Assim, apenas para concluir e resumir, entendo que a denúncia invocou duas normas complementares de definição, que não impunham qualquer obrigação efetiva ao paciente para que fossem inobservadas, e uma norma complementar dirigida ao segundo denunciado. Ademais, não demonstrou efetivo prejuízo à ordem administrativa militar, do que se conclui pela inépcia da peça inicial.

Denúncia inepta inviabiliza o exercício da ampla defesa, e é nula de pleno direito, maculando todo o processo. Cabe a esta Corte conceder a ordem para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo de que outra denúncia possa vir a ser formulada, com a observância dos requisitos legais.

I - Registrando a ata a presença dos advogados é o ***quantum satis*** *para se ter a certeza de que causídicos diferentes compareceram e tiveram oportunidade de verificar a realização do ato e impugnarem qualquer vício. Acrescente-se que não existe qualquer norma processual determinando a assinatura do advogado no termo de depoimento, mas sim que de alguma forma se verifique a sua presença, tal como está registrado nos autos através da ata própria. II - Por fim, o ilustre impetrante não indica na inicial qual o prejuízo supostamente causado. III – Habeas Corpus denegado por unanimidade de votos, à míngua de amparo legal.*

Relator — Min. Gen. Ex. Sergio Ernesto Alves Conforto.

Pacientes — **HERNANDO FREIRE GRANGEIRO, 3º Sgt RRm PM/CE,** e os **Civis DOUGLAS FERREIRA ALVES CALIXTO, JANE ERANDE DA SILVA** e **LUCIANA DOS SANTOS GRANGEIRO**, respondendo ao Processo nº 9/02-1 perante a Auditoria da 10ª CJM, alegando estarem sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor do citado Juízo, impetram o presente habeas corpus, requerendo, liminarmente, a suspensão do aludido processo até o julgamento final deste "***writ***". No mérito, pedem a anulação da mencionada ação penal, a partir da Carta Precatória datada de 09/08/2006, expedindo-se novas Cartas Precatórias, realizando-se a oitiva das testemunhas de defesa, desta feita com a nomeação de diferentes Advogados para os acusados.

Impetrante — Dr. Marcelo Lopes Barroso, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, denegou a Ordem de **Habeas Corpus**, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Mário Sérgio Marques Soares. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo

Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e William de Oliveira Barros. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 27ª Sessão, 26.04.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em denegar a Ordem de Habeas Corpus, por falta de amparo legal.

Brasília-DF, 26 de abril de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Gen Ex Sergio *Ernesto Alves Conforto*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, verifica-se que tratam de Habeas Corpus impetrado contra decisão judicial que indeferiu requerimento da defesa dos pacientes para que fosse expedida nova carta precatória para oitiva das testemunhas da defesa, tendo em vista que os advogados que atuaram no juízo deprecado não assinaram a ata da sessão.

Alega, em síntese, que a pluralidade de denunciados levou ao reconhecimento de hipótese de colidência de defesas, razão pela qual o juízo designou o patrocínio da causa a diferentes defensores como forma de assegurar o efetivo exercício de ampla defesa.

A expedição de carta precatória para a Comarca de Crateús/CE, contudo, levou à realização de ato viciado, já que o juízo deprecado indicou um único advogado para atuar na defesa de todos os acusados, razão pela qual foi determinada a renovação do ato.

Posteriormente, expedida nova precatória com a expressa recomendação de que fosse anotada a hipótese de colidência de defesa, realizou-se a oitiva de testemunhas no juízo deprecado, sem que no termo constasse a assinatura de todos os advogados designados e que fora adotada a técnica de saber se o depoente confirma ou não o depoimento, anteriormente, prestado.

Sustenta, assim, a nulidade do ato probatório, e dos atos subseqüentes,pedindo liminar para suspender o andamento do processo e, no

mérito, requer a anulação do Processo, a partir da Carta Precatória do dia 09.08.06, expedindo-se novas Cartas Precatórias e realizada nova oitiva das Testemunhas de Defesa com a nomeação desta feita, de diferentes advogados para os acusados.

A inicial veio instruída com cópias dos autos (fls. 02 a 11).

O Habeas Corpus foi distribuído, a 02.04.07, ao Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH (fl. 146).

Na mesma data, o Ministro-Relator indeferiu o pleito liminar, requisitou as informações necessárias à apreciação do feito e, recebidas as informações, determinou a abertura de vista dos autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 148 a 150).

As informações adentraram aos autos das fls. 158 a 168.

Os autos deste Habeas Corpus, a 16.04.07, foram redistribuídos a este Relator (fl. 170).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, a 19.04.07, pelo Parecer da lavra do Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, Subprocurador-Geral, opinou pela denegação da ordem por falta de amparo legal (fls. 174 a 177).

Assim relatados, passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Tratam estes autos de ordem de HC impetrado pela Defensoria Pública da União em favor dos Acusados **HERNANDO FREIRE GRANGEIRO, DOUGLAS FERREIRA ALVES CALIXTO, JANE ERANDE DA SILVA** e **LUCIANA DOS SANTOS GRANGEIRO**, que respondem ao Processo nº 09/02-1, em trâmite perante o Juízo da Auditoria da 10ª CJM.

O Ministério Público Militar, a 19.09.02, ofereceu denúncia contra 16 (dezesseis) pessoas, dentre as quais os pacientes, imputando-lhes fraude no concurso de ingresso ao Curso de Formação de Sargentos, fato ocorrido em 2002, em Crateus/CE (fls. 44 a 63).

A Denúncia foi recebida, parcialmente, a 21.10.02, tendo sido rejeitada na parte em que imputou a prática do delito previsto no art. 311, do CPM quanto a **HERNANDO FREIRE GRANGEIRO, DOUGLAS FERREIRA ALVES CALIXTO** e **LUCIANA DOS SANTOS GRANGEIRO.**

A 05.11.02, o MPM interpôs Recurso em Sentido Estrito em face da Decisão prolatada, pugnando pelo recebimento da Denúncia em sua totalidade (fls. 158 e 159).

Esta Corte, a 06.02.03, por unanimidade de votos, deu provimento ao Recurso Criminal, cassando a Decisão que rejeitou parte da Exordial Acusatória, recebendo-a em seu inteiro teor.

Os Réus foram citados, qualificados e interrogados.

Foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo ***Parquet*** Militar.

Arroladas as testemunhas de defesa dos 2º, 4º, 5º e 10º Acusados foram ouvidas em Juízo.

Em Carta Precatória encaminhada à Comarca de Crateús-CE para a inquirição das demais testemunhas arroladas pela Defesa foi constatado que não foram nomeados advogados distintos para atuarem na defesa dos réus, resultando em colidência de defesa em tese e, assim, a Defesa dos ora Pacientes pleiteou o reencaminhamento da Deprecata.

Deferido o pleito a Deprecata foi reencaminhada.

Novamente cumprida e devolvida a Deprecata ao Juízo, a Defesa dos Pacientes, mais uma vez, manifestou insatisfação com o ato processual deprecado, requerendo sua renovação.

Em sua manifestação o MPM opinou pelo indeferimento do pedido, sustentando que não afrontara o Princípio da ampla defesa (fls. 141 e 142).

O Pedido foi indeferido pelo Juízo (fls. 158 e 159).

Os Pacientes pedem a concessão de ordem de Habeas Corpus com o fito de anular o processo a partir da expedição da última Carta Precatória, com a determinação à Autoridade Coatora que anule os depoimentos prestados, expedindo-se novas Cartas Precatórias e realizando-se novas audiências para oitiva das testemunhas de defesa, desta feita, com a nomeação diferentes advogados para os Acusados.

O Termo de Audiência-Criminal Justiça Comum (1ª Vara Criminal da Comarca de Crateús-CE (fls. 114 e 115), que os Pacientes pretendem ver anulado e renovado tem o seguinte teor:

"Carta Precatória nº 2006.0013.8778-2

Acusados: Antonio Francisco de Macedo Neto e outros.

Aos ***dezesseis (16)*** *dias do mês de* ***novembro*** *de* ***dois mil e seis (2006)****, pelas* ***11:00h****, nesta cidade e Comarca de Crateús, Estado do Ceará, na sala de audiências do Fórum Judiciário Des. José Olavo de Rodrigues Frota, onde presente se encontrava o Excelentíssimo Senhor Doutor* ***Magno Gomes de Oliveira****, Juiz de Direito da 1ª Vara desta Comarca, comigo Francisco Edmar Sampaio Duarte, Analista Judiciário Adjunto, mat. 603-1/3, ao final assinado, foi aberta a audiência do processo em epígrafe. Feito o pregão, verificou-se a presença do representante do Ministério Público,* ***Dr. José Arteiro Soares Goiano****, dos 3º, 4º, 5º, 9º e 10º acusados, além dos advogados adiante nominados e funcionando como defensores dativos exclusivamente para o ato e individualmente em favor dos dezesseis réus:* ***1. Dr. Antonio Aurélio de Azevedo Neto, 2. Dr. Antonio Carlos Cardoso Soares, 3. Dr. Antonio Klênio Marques Moura, 4. Dr. Francisco Bonfim Neto, 5. Dr. Francisco de Sousa Braz, 6. Dr. Frederico Antônio Araújo Bezerra, 7. Dr. Ismael Pedrosa Machado, 8. Dr. José Valdônio Costa, 9. Dra. Maria Leidiane Coutinho Coelho, 10. Dra. Régia Machado Batista, 11. Dr. Marcelo Gleidson Cavalcante Melo, 12. Dr. Magidiel Pedrosa Machado, 13. Dr. Antonio Cleílson César de Paiva, 14. Dr. Francisco Aldairton Ribeiro Carvalho Júnior, 15. Dra. Ana Paula Moura Bezerra e 16. Dr. José Bonfim de Almeida Júnior. INICIADOS OS TRABALHOS****, o MM Juiz reinquiriu as testemunhas..... Do que para constar, lavrou-se este termo que, empós lido e achado conforme, vai devidamente assinado. Eu, Francisco* ***Edmar*** *Sampaio* ***Duarte****, Analista Judiciário Adjunto, mat. 603-1/3, o digitei e eu,* ***Ana Zélia*** *Rodrigues – Diretora de Secretaria, em exercício, o subscrevi.*

Juiz de Direito (assinatura)

Ministério Público (assinatura)

Acusados Presentes: 3º, 4º, 5º, 9º e 10º (assinaturas)

Defensores:

(assinaturas – três)".

O douto e culto Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, assim se manifestou sobre a matéria em exame:

"(...) Com razão a decisão atacada.

Registrando a ata a presença dos advogados é o ***quantum satis*** *para se ter a certeza de que causídicos diferentes compareceram e tiveram oportunidade de verificar a realização do ato e impugnarem qualquer vício. Acrescente-se que não existe qualquer norma processual determinando a assinatura do advogado no termo de depoimento, mas sim que se alguma forma se verifique a sua presença, tal como está registrado nos autos através da ata própria.*

Por fim, o ilustre impetrante não indica na inicial qual o prejuízo supostamente causado, sobretudo diante de depoimentos que negam o conhecimento dos fatos, como se pode observar da sua leitura, de forma que se a defesa restou comprometida só o exame aprofundado da matéria poderá indicar, o que é vedado no estreito caminho do ***writ****. (...)" (fls. 176 e 177).*

Como muito bem ressaltou o MPM de Primeira Instância, a ausência das assinaturas de advogados no Termo de Audiência de Inquirição de Testemunhas juntado às fls. 114 e 115, por cópia, não invalida o ato, posto que a presença de todos os advogados está registrada no mencionado termo, assinado e rubricado pelo Exmº Sr. Juiz de Direito, que instruiu aquela Audiência e, também, pelo Representante do MP Estadual, ambos, é lógico, com fé pública. Esta assertiva encontra respaldo no § 1º, do art. 438, do CPPM, que diz: *Se qualquer dos juízes deixar de assinar a sentença, será declarado, pelo auditor, o seu voto, como vencedor ou vencido.*

Disse bem o Representante do MPM em Primeira Instância, ao ressaltar que a ausência das assinaturas dos defensores nos Termos de audiência constitui tão-somente, em seu entender, mera irregularidade, restritas ao aspecto formal, sem qualquer repercussão no direito de defesa do acusados.

Quanto a alegação dos Pacientes de que a prática adotada de saber-se se o depoente confirmava ou não o depoimento, anteriormente, prestado é, perfeitamente, válida, pois o que estava em jogo era a colisão de defesas e não os depoimentos das testemunhas. Demais disso, os Advogados que estavam todos presentes não apresentaram restrição alguma a tal prática.

Dentro do que visto e examinado, é de denegar-se o presente Habeas Corpus por carência de amparo legal.

HABEAS CORPUS. PRISÃO. DESERTOR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *Paciente desertor que, preso após apresentação voluntária, alega estar sofrendo constrangimento ilegal. Impossibilidade de apreciação de matéria de prova em sede de habeas corpus. A prisão do desertor e sua manutenção decorrem da lei (arts. 452 e 453 do CPPM). Inexiste inconstitucionalidade nas referidas prescrições legais, por se tratar de crime propriamente militar, estando os dispositivos supramencionados em conformidade com o artigo 5º, LXI, in fine, da Constituição Federal. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime.*

Relatora — Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Paciente — ROBERTO ALEXANDRE PIRES, 2º Sgt Mar, preso no Segundo Distrito Naval, em Salvador/BA, respondendo à IPD nº 505/07, em trâmite na Auditoria da 6ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Comandante da referida OM, impetra o presente *habeas corpus*, requerendo, liminarmente, a revogação de sua prisão.

Impetrantes — Drs. Abdon Antônio Abbade dos Reis e Anderson Jose Manta Cavalcanti.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do **Habeas Corpus** e denegou a ordem, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e William de Oliveira Barros. (Extrato da Ata 34ª Sessão (Extraordinária), 23.05.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, **em conhecer** do **pedido** e **denegar** a Ordem, por falta de amparo constitucional e legal.

Brasília, 23 de maio de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Dra. *Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, Ministra-Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do 2º Sargento da Marinha ROBERTO ALEXANDRE PIRES, respondendo à Instrução Provisória de Deserção nº 505/07, em trâmite na Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar, sob a alegação de que estaria sofrendo constrangimento ilegal em seu direito de locomoção por parte do Comandante do Segundo Distrito Naval, em Salvador/BA.

Alegam os impetrantes que o *habeas corpus* é um direito de todos os cidadãos, sem distinção quanto aos militares. Daí, ser a vedação prevista no artigo 142, § 2º, da Constituição Federal **inconstitucional**, por ferir o disposto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna.

Sustentam, outrossim, que não poderia ser imputado ao Paciente o delito de deserção, tendo em vista que ele somente desembarcou em razão de problemas familiares decorrentes de sua constante ausência em casa, com perigo iminente de pedido de separação por parte de sua esposa. Que seu superior hierárquico, apesar de ter conhecimento das circunstâncias em que se encontrava, não o autorizou a tirar férias ou folgas, menosprezando sua situação. Dessa forma, não teria sido por sua única e exclusiva culpa a perpetração da deserção.

Alfim, afirmam a desnecessidade da prisão cautelar tendo em vista a apresentação voluntária do militar, sua boa conduta em 19 anos de serviços prestados à Marinha do Brasil e estar ele lotado no local em que se encontra custodiado: o Segundo Distrito Naval; o que o tornaria acessível à justiça.

Pedem, pois, a concessão da ordem para que seja revogada a prisão do Paciente com a expedição do competente Alvará de Soltura.

O pedido de liminar foi indeferido por decisão de fls. 14/15, em face da ausência de demonstração de aparente ilegalidade da prisão.

A Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar prestou informações, às fls. 25/47, encaminhando, dentre documentos outros, cópias da Parte de Ausência (fls. 28), do Termo de Deserção (fls. 34), do ofício comunicando a apresentação voluntária do desertor (fl. 35) e da decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão do Paciente (fl. 47).

Foram juntadas aos autos as informações prestadas pelo Comandante do Navio Varredor Albardão (fls. 71/92), as quais demonstram que o militar já havia sofrido punições disciplinares por ter se ausentado sem autorização (fls. 81/83), além de ter gozado férias no período de 19/12/2006 a 17/01/2007 (fl. 84).

Em parecer acostado às fls. 96/99, o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Roberto Coutinho opina pelo conhecimento e indeferimento da ordem.

Isto posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente *writ*. Todavia, não assiste razão aos impetrantes.

Inicialmente, cumpre observar que a alegação de inconstitucionalidade do artigo 142, § 2º, da Constituição Federal é absolutamente impertinente. Isto porque norma originária prevista na *Lex Magna* não pode ser reputada inconstitucional. Descabe, na espécie, maiores digressões sobre o tema, destaque-se, tão-somente, referir-se o mencionado artigo 142, § 2º, da Carta Política às punições disciplinares aplicadas em caso de transgressão militar, e que deserção é crime tipificado pela Lei Penal Castrense, não mera transgressão estatuída em regulamentos.

Com efeito, conforme cópia da Parte de Ausência (fl. 28), o Paciente não compareceu à sua unidade militar no dia **15/02/2007**, completando 24 (vinte e quatro) horas de ausência em 17/02/2007, nos termos dos artigos 451, § 1º, e 456 do Código de Processo Penal Militar. O delito se consumou em **24/02/2007**, quando lavrado o respectivo Termo de Deserção (fl. 34).

Dessa forma, o paciente, ao se ausentar de sua unidade militar **por mais de oito dias**, teve lavrado contra si o Termo de Deserção, razão pela qual foi recolhido à prisão quando se apresentou, consoante o estatuído no artigo 452 do Código de Processo Penal Militar, *verbis:*

> *"**Art. 452**. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à*

propositura da ação penal, ***sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.***" (destaquei).

No tocante às alegações pessoais do Paciente para justificar a ausência, trata-se de matéria probatória a ser apreciada em processo próprio perante a Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar e não em sede de *habeas corpus*.

Cumpre ressaltar que, tendo o Paciente se apresentado em 04/04/2007 (fl. 35), ainda não expirou o prazo de 60 (sessenta) dias para o julgamento, condição *sine qua non* para a concessão da liberdade, a teor do artigo 453 do Código de Processo Penal Militar.

Isto posto, não há que se falar em constrangimento ilegal ou abuso de poder, uma vez que a prisão do desertor e sua manutenção decorrem da lei (arts. 452 e 453 do CPPM). Igualmente, inexiste inconstitucionalidade nas referidas prescrições legais, por se tratar, a deserção, de crime propriamente militar, estando os dispositivos supramencionados em conformidade com o artigo 5º, LXI, *in fine*, da Constituição Federal.

HABEAS CORPUS Nº 2007.01.034349-0-DF

HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. UBIQÜIDADE. *ARTS. 214, 215 E 216 DO CPM. CONDENAÇÃO. Os crimes militares contra a honra podem ser praticados através da internet. Não há falar que o meio utilizado preenche lacuna da lei por analogia ou invade esfera de competência do legislador. "A invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo" (STF, HC 76689). A calúnia e a difamação se consumam quando terceira pessoa toma conhecimento do fato dito calunioso ou difamatório, e a injúria quando o próprio Ofendido dela toma conhecimento. A competência fixar-se-á onde se tomou conhecimento das ofensas, sejam elas irrogadas pessoalmente, por carta ou por e-mail (Precedentes). A moderniza-*

ção dos meios utilizados não modifica os critérios competenciais. No caso, há notícia de que determinados e-mails só poderiam ser abertos no interior de Organizações Militares e, portanto, em lugar sujeito à Administração Militar. Hipótese que se subsume ao art. 9º, inciso III, alínea "b", do CPM. Ordem denegada. Maioria.

Relator — Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Paciente — Marcus Vinicius Pessoa de Belfort Teixeira, Cel RRm Aer, respondendo ao Processo nº 22/07-8 perante a Auditoria da 11ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MMª Juíza-Auditora do mencionado Juízo, bem como da Ilma. Sra. Promotora de Justiça Militar, Dra. Ana Carolina Scultori Teles Leiro, impetra o presente habeas corpus, requerendo, liminarmente, que seja determinado o sobrestamento da Ação Penal até julgamento final deste "writ". No mérito, pede o trancamento do referido Processo.

Impetrantes — Drs. Carlos Alberto Gomes e Valéria da Silva Ramos.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, denegou a Ordem, por falta de amparo legal. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO e JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS concediam a ordem de **Habeas Corpus** para trancar a Ação Penal movida em desfavor do Cel Aer RRm MARCUS VINICIUS PESSSOA DE BELFORT TEIXEIRA. O Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH fará declaração de voto. Na forma regimental, usaram da palavra o Dr. Carlos Alberto Gomes, pela Defesa, e o Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. 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, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Henrique Marini e Souza encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 63ª Sessão, 18.09.2007).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes auto, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, em denegar a Ordem por falta de amparo legal.

Brasília, 18 de setembro de 2007 — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro-Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira*, Ministro-Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor do Coronel da Reserva Remunerada da Aeronáutica MARCUS VINICIUS PESSOA DE BELFORT TEIXEIRA, em face da Decisão da Juíza-Auditora da Auditoria da 11ª CJM que recebeu denúncia incursionando-o nos arts. 214 (calúnia), 215 (difamação), 216 (injúria) e 218, incisos III e IV (*"**Art. 218.** As penas cominadas nos antecedentes artigos deste capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: (...); III – contra militar, ou funcionário público civil, em razão das suas funções; IV – na presença de duas ou mais pessoas, ou de inferior do ofendido, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria"*), c/c o art. 79 (concurso de crimes), todos do CPM, e determinou a instauração do Processo nº 22/07-8 naquela Auditoria (fls. 02/16).

Para melhor situar os acontecimentos, faz-se oportuno um breve retrospecto.

Segundo consta dos autos, em 31 de maio de 2006 o Cel Av RRm MARCUS VINICIUS PESSOA DE BELFORT TEIXEIRA encaminhou uma correspondência confidencial ao Comandante da Aeronáutica, tendo como anexos a Parte S/Nº, de 31 de maio de 2006, e uma lista de supostas irregularidades cometidas pelo Cel Av ÁTILA MAIA DA ROCHA, no decorrer de sua carreira militar, entre os anos de 1995 e 1997, que intitulou *"TRANSCRIÇÃO DO DOSSIÊ SOBRE O CEL. ÁTILA MAIA DA ROCHA"*, na qual constam acusações contra este Oficial, dentre outras condutas, de falsificação de documento público; deslealdade ao Comandante Imediato; assédio sexual; comércio irregular com a utilização de recursos da União; empréstimo da Banda de Música para comícios políticos; uso de aeronave da FAB para comércio particular; enxovalhamento da FAB diante da opinião pública; e irregularidades em processos licitatórios (fls. 28/33).

Em 07 de junho de 2006 foi instaurada Sindicância por determinação do Comandante da Aeronáutica, tendo como Sindicado o Cel ÁTILA MAIA (fls. 26 e 45).

Em 30 de junho o Ministério Público Militar solicitou àquele Comando informações acerca de eventual sindicância, aduzindo que documento apócrifo foi encaminhado à Procuradoria por meio de correio eletrônico, constando os mesmos fatos relatados ao Comandante da Aeronáutica (fls. 48 e 56).

O Brigadeiro-do-Ar Sindicante, após investigação dos fatos narrados na Parte S/Nº, ao final manifestou-se:

> *"Considerando o que dos autos consta e o acima exposto, e, ainda, os depoimentos constantes dos autos, em confronto com o depoimento do sindicado, conclui-se a existência de fatos que configuram indícios de infrações penais militares, capituladas nos artigos 215, 217 e 312, em tese prescritos, todos do Código Penal Militar, bem como indícios de delitos constantes do Código Penal Brasileiro e na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), sendo que sou de parecer, s.m.j., que seria recomendável que se remetesse cópia da presente sindicância ao Ministério Público Militar para as devidas apreciações, existindo, por último, outros fatos que configuram transgressões disciplinares, previstas no RMA 29-1 'Regulamento Disciplinar da Aeronáutica' (RDAER), (artigo 10, nºs 50, 61 e 66), e, quanto a estes, concluo que tais transgressões são da responsabilidade do Cel Av Átila Maia da Rocha e que poderão ser solucionadas à luz do RDAER"* (fl. 46).

Em 19 de julho de 2006 foi instaurado IPM para apurar os fatos constantes da Sindicância que configurassem indícios de infrações penais militares (fl. 58).

Ao final das investigações, o Brigadeiro-do-Ar Encarregado do Inquérito assim manifestou-se:

> *"Da análise de todas as peças que compõem o presente inquérito, chega-se às seguintes conclusões:*
>
> ***4.1** – O relato do objeto investigado no item 3.3 demonstra haver indício da ocorrência de crime militar cuja punibilidade estaria condicionada à apreciação judicial;*
>
> ***4.2** – Os relatos dos objetos investigados nos itens 3.1, 3.3, 3.13, 3.14 e 3.16 demonstram haver indícios da ocorrência de transgressão disciplinar, porém condicionados à apreciação, por autoridade competente do COMAER, quanto à sua prescrição;*
>
> ***4.3** – Os demais fatos não apresentam indícios de crime militar ou de transgressão disciplinar.*

4.4 – E apresentam-se as seguintes recomendações:

4.4.1 – Encaminhamento de cópia do parecer técnico de fl. 217 ao DECEA para avaliação e possível alteração do ROTAER; e

4.4.2 – Encaminhamento dos autos deste Inquérito à auditoria militar competente" (fl. 84).

A Solução do Inquérito Policial Militar dada pelo Comandante da Aeronáutica traz os seguintes trechos:

> *"Pelas conclusões das averiguações a que mandei proceder (...), verifica-se que os fatos apurados constituíram crime previsto no Código Penal Militar (...), envolvendo o Coronel-Aviador ÁTILA MAIA DA ROCHA, o qual, pelo tempo decorrido, incidiu, em tese, no instituto da prescrição prevista no artigo 125 do mesmo diploma legal.*
>
> *Verifica-se, também, a existência de transgressão disciplinar envolvendo o Coronel-Aviador ÁTILA MAIA DA ROCHA, que, pelo mesmo motivo, não mais justifica a imposição de qualquer punição disciplinar, por não atender aos pressupostos do artigo 6º do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (...).*
>
> *Determino, em conseqüência, que sejam os presentes autos encaminhados à Juíza-Auditora da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (...) e cópia do Relatório ao Comandante do Sexto Comando Aéreo Regional para a instauração de processo disciplinar referente ao Coronel-Aviador da Reserva Remunerada MARCUS VINÍCIUS PESSOA DE BELFORT TEIXEIRA"* (fl. 86).

O Cel ÁTILA MAIA requereu a juntada aos autos de *"DEFESA POR ESCRITO"*, o que foi indeferido pelo Oficial Encarregado do IPM ao fundamento de que o inquérito é procedimento presidido pela autoridade policial e, portanto, não é submetido ao princípio do contraditório; que o Requerente não foi indiciado no inquérito; e que a forma prevista em lei para depoimentos, declarações e interrogatórios é a oral, conforme art. 300, § 1º, do CPPM (fl. 88).

Os autos foram encaminhados à Auditoria da 11ª CJM, e, após seu exame, o Procurador da Justiça Militar Dr. GIOVANNI RATTACASO, em 26 de setembro de 2006, requereu a juntada da *"DEFESA POR ESCRITO"* enviada pelo Cel ÁTILA àquele Órgão Ministerial, bem como o arquivamento do IPM (fl. 91).

No pedido de arquivamento, o *Parquet* aduziu que muitas das acusações feitas contra o Cel ÁTILA MAIA não foram provadas; que os fatos

foram devidamente explicados ou negados pelo Oficial na sua *"DEFESA POR ESCRITO"*; e que eventual responsabilidade que lhe pudesse ser atribuída já estaria alcançada pelo instituto da prescrição (fls. 93/108).

O Representante Ministerial entendeu, ainda, que o Coronel-Aviador R/1 MARCUS VINÍCIUS PESSOA DE BELFORT TEIXEIRA, ao enviar ao Comandante da Aeronáutica e a todos os Oficiais-Generais daquela Força a sua Parte S/Nº, de 31 de maio de 2006, imputando ao Cel ÁTILA a prática de agressão física e moral contra uma servidora civil, com a apresentação de uma versão inverídica e fantasiosa do fato, incorreu no crime de calúnia; e que, quando juntou ao seu relato uma lista de denúncias contendo gravíssimas irrogações contra este Oficial sem qualquer confirmação ou elementos de prova, incorreu nos crimes de injúria e difamação. Salientou que, não obstante, tais delitos não poderiam ser alcançados pela Justiça Militar porque o Cel BELFORT é militar da Reserva, inocorrendo qualquer das hipóteses elencadas no art. 9º do CPM. Assim, a apreciação e o julgamento do feito seriam da competência da Justiça comum, e de ação privada, somente procedendo mediante queixa do Ofendido (fl. 110).

Em 29 de setembro de 2006 a Juíza-Auditora deferiu o requerimento ministerial e determinou o arquivamento do IPM (fl. 113).

Em 15 de novembro de 2006 o Cel BELFORT confeccionou peça intitulada *"LULA PROMOVE CORONEL QUE CONSTRANGEU FUNCIONÁRIA, RASGANDO-LHE A BLUSA!"*, com o subtítulo *"CORONEL DA AERONÁUTICA QUE OFENDEU A DIGNIDADE DE UMA FUNCIONÁRIA CIVIL E QUE COLOCOU AERONAVES E PASSAGEIROS DA TAM EM RISCO É PROMOVIDO EM 30 DE NOVEMBRO"*, com os destaques: *"**Indicação é do Comandante da Aeronáutica**"*; *"**Agiu porque estava 'preocupado' com a 'aparência' da funcionária**"*; *"**Após ofensa, mandou compor música para debochar do fato**"*; *"**Ato ofensivo só foi investigado em 2006, dez anos depois de ocorrido**"*; *"**Ato é tipificado como crime de ofensa à honra (injúria), mas já prescreveu**"*; *"**Expôs a perigo passageiros e aeronaves da TAM em Itaparica**"*; *"**Inquérito Policial Militar concluiu que... (impublicável por proibição legal)**"*; *"**Assunto é da Justiça Comum e, em tese, ainda, não prescreveu**"*; *"**Denunciado é assessor parlamentar no Congresso Nacional**"*; *"**Militar foi premiado depois de todas as irregularidades que cometeu**"*; *"**Códigos de ética da Instituição contra indicam a promoção**"*; *"**Comandantes ignoraram o caso até que** (quase) **tudo estivesse prescrito**"*; *"**Oficial que fez denúncias foi ameaçado de morte em telefonema anônimo**"*; *"**Motivações que, infelizmente, poucos entendem, enxergam ou acreditam...**"*; *"**A Força Aérea não pertence aos seus comandantes**"*; e *"**A Força Aérea pertence, verdadeiramente, ao povo brasileiro**"* (fls. 115/126).

Consta da referida peça:

"Por indicação exclusiva do Comandante da Aeronáutica, Tenente-Brigadeiro-do-Ar Luiz Carlos da Silva Bueno, o ***presidente Lula*** *está promovendo, ao posto de Brigadeiro-do-Ar (equivalente a General de Brigada), no dia 30 de novembro de 2006, o* ***Coronel Átila Maia da Rocha****, que, entre outras irregularidades, agrediu, física e moralmente, uma funcionária civil, tentando rasgar-lhe parte da blusa."*

"(...) Abruptamente, sob o pretexto de 'cuidar' da indumentária da mesma, ele puxou e rasgou-lhe parte da blusa, humilhando-a e expondo-a ao ridículo perante seus colegas de trabalho."

"O Coronel Átila Maia envolveu-se em outras irregularidades. Por conta própria, sem ter autorização nem competência legal, totalmente fora de suas atividades profissionais, por razões pessoais ainda ignoradas, patrocinou um acordo para que a empresa aérea TAM passasse a fazer pousos na pista do Aeroclube da Bahia, na Ilha de Itaparica, (aeródromo privado), para deixar e levar passageiros que se hospedavam no hotel Club Mediterranée (Club Med)."

"Essa ação expôs os aviões (e seus passageiros e tripulantes) a sérios riscos de colisão no ar, por ser inócua e, principalmente, pelo fato de poder induzir nos pilotos uma falsa sensação de segurança, visto que eles sabiam que estavam sendo orientados por um piloto da Aeronáutica, de elevada patente, e, também, Inspetor da Aviação Civil (embora essas condições não lhe dessem qualquer qualificação para o que fazia).

Também, era o Coronel Átila que, pessoalmente, orientava o taxiamento das aeronaves, ora dirigindo um veículo sinalizador improvisado, ora realizando o balizamento (sinalização manual) para o estacionamento final dos aviões, no pátio, sem qualquer preparo ou treinamento formal para isso.

Foi o Coronel Átila, ainda, quem estipulou a quantia de R$ 1.500,00, por mês, que a TAM pagaria ao aeroclube. Operações como essas são ilícitas, entre outros motivos, por contrariarem a letra 'd' do parágrafo 2° do artigo 30 do Código Brasileiro de Aeronáutica (...).

Com o tempo, o asfalto das pistas de pouso e de táxi não suportou o elevado peso das aeronaves da TAM (Fokker-50) e

começaram a ceder (desagregar). Aos poucos, foram surgindo sulcos no asfalto, que o Coronel Átila, prontamente, mandou 'corrigir', mudando as faixas de rolagem de lugar (cobrindo as antigas e pintando outras novas, paralelas às originais), ampliando, com isso, o número de sulcos e a destruição das pistas. Ficou mais do que evidente, desde o início das operações, que o asfalto das pistas e do pátio de estacionamento não suportava o peso dos aviões da TAM. A grande quantidade de sulcos (ainda, hoje, existentes) delata a ocorrência de muitos pousos, decolagens e manobras de solo (que danificaram, seriamente, o asfalto). As medidas paliativas e improvisadas adotadas pelo Coronel Átila Maia, elaboradas por pessoal não qualificado, nunca seriam suficientes para evitar um acidente de elevadas dimensões, como quase aconteceu.

(...) Outra vez, fica claro o nível de respeito e de preocupação do Coronel Átila pela vida dos passageiros e tripulantes das aeronaves, bem como pelas leis vigentes."

"O Coronel Átila Maia não cumpriu o seu dever, decorrente das diversas leis e normas vigentes. Mesmo diante do incidente ocorrido e da visibilidade dos grandes riscos inerentes às operações que coordenou, ele decidiu insistir na continuação das atividades aéreas irregulares, quando a ***sua obrigação era impedir, a qualquer custo****, tudo o que ocorreu. (...)"*

"(...) sabe-se que o relacionamento do Coronel Átila Maia com o Clube Med e com a TAM redundava, de alguma forma, em benefícios para a Base Aérea de Salvador. Naturalmente, como ele fazia parte da Base Aérea, não é impróprio supor que era, também, beneficiado pelas vantagens e promoções oferecidas."

"(...) e, agora, recebe como premiação uma promoção ao generalato, assumindo a delicada função de Chefe da Assessoria Parlamentar no Congresso Nacional, passando, assim, a ser uma ***lamentável referência para os militares mais jovens de todas as Forças.***"

"Em sua carreira, além de várias observações demeritórias recebidas de seus chefes (e conhecidas por muitos que com ele conviveram), esse militar chegou a acumular um total de punições disciplinares equivalentes a ***48 dias de prisão, relativas a outras transgressões*** *que não aquelas citadas aqui,*

Seria um ***fato absolutamente atípico****, em toda a história da Força Aérea Brasileira, promover ao generalato, oficial com esses antecedentes. Quanto aos indícios de crime ora citados, é verdade que o denunciado está fora do alcance da Justiça Militar pela prescrição legal de seus atos (salvo se surgirem fatos novos), mas,* ***não, da Justiça Comum****, como já observado."*

"Não seria natural esperar, por questão de pura justiça, que outros oficiais menos abonados ética e profissionalmente, possam, também, contar com o beneplácito institucional, para poderem passar a maior parte da carreira cometendo mazelas e, ao final, serem premiados com cargos e promoções? (...)"

"Nos sete anos que servi na Comissão de Promoções de Oficiais, não eram esses os critérios que vigoravam. ***Fatos ligados à ética e à moral eram sempre levados em conta****, porque caráter, depois de certa idade, não se muda com o tempo (como dizia um antigo e estimado chefe, hoje no STM: 'a natureza não dá saltos')."* (fls. 115/122)

Em 26 de novembro de 2006 o documento em questão foi enviado pelo Cel BELFORT aos endereços eletrônicos funcionais de diversos Oficiais das Forças Armadas e Ministros do Poder Judiciário, dentre outros Órgãos e autoridades (fls. 133/135).

Em 06 de dezembro o Brigadeiro-do-Ar ÁTILA MAIA representou junto ao Ministério Público Militar em Brasília em face do Cel BELFORT pela prática de crimes contra a sua honra e requereu a instauração de IPM (fls. 128/132), o que foi atendido a pedido do *Parquet*, para apurar os fatos constantes da Representação oferecida.

O Brigadeiro-do-Ar Encarregado do IPM, após ouvir testemunhas e receber os laudos periciais que solicitou, concluiu que o Representado não utilizou computador pertencente à Aeronáutica para enviar as mensagens; que a mensagem foi enviada aos Oficiais-Generais da ativa da Aeronáutica; que as denúncias realizadas pelo Cel BELFORT na mensagem eletrônica constituíam indícios de crime contra a honra e que, por estar o Cel BELFORT na reserva, não havia como ser alcançado pela alínea "b" do inciso III do art. 9º do CPM (fl. 144).

Encaminhados os autos à Auditoria da 11ª CJM (fl. 145), a Promotora da Justiça Militar Drª ANA CAROLINA SCULTORI TELES LEIRO ofereceu denúncia em face do Cel BELFORT por ter transmitido mensagem eletrônica median-

te o uso da internet para os endereços de e-mails funcionais de Oficiais-Generais da Força Aérea Brasileira e outras autoridades, mensagem esta que, conforme a exordial, foi lavrada com inequívoca intenção de injuriar, difamar e caluniar o Brigadeiro-do-Ar ÁTILA MAIA DA ROCHA (fls. 20/24).

A denúncia foi recebida pela Juíza-Auditora em 09 de abril de 2007 (fl. 18).

O Réu foi interrogado em 29 de julho de 2007, ocasião em que a Defesa apresentou exceção de incompetência, não acolhida pelo Conselho.

Na petição de *Habeas Corpus* alegam os Impetrantes que o Paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal por parte da Promotora de Justiça Militar que ofereceu a denúncia e da Juíza-Auditora que recebeu a referida peça, haja vista que o fato não se enquadra em qualquer das alíneas do art. 9º, inciso III, do CPM; que é inepta a exordial, uma vez que foi dirigida a Juiz incompetente para o julgamento do feito, pois os crimes em tese imputados ao Paciente não foram praticados em área sujeita à Administração Militar; que causa espanto a mesma Juíza-Auditora que, a pedido do MPM, determinou o arquivamento do primeiro IPM, receber a denúncia formulada contra o Paciente porque ele mandou, novamente, e-mail aos Oficiais-Generais, relatando os mesmos fatos; sugere que o motivo do recebimento da denúncia tenha sido a promoção do Representante, que passou a ostentar a patente de Oficial-General; que o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido de que, em se tratando de crimes praticados por militar da reserva, reformado ou civil, a Justiça Militar só é competente quando o bem jurídico tutelado for a Instituição Militar; e que foram feridas a alínea "a" do art. 77 ("***Art. 77.*** *A denúncia conterá: a) a designação do juiz a que se dirigir; (...)*") e as alíneas "b" e "d" do art. 78 ("***Art. 78.*** *A denúncia não será recebida pelo juiz: (...); b) se o fato narrado não constituir evidentemente crime da competência da Justiça Militar; (...); d) se for manifesta a incompetência do juiz ou a ilegitimidade do acusador. (...)*"), ambos do CPPM.

Requerem, liminarmente, o sobrestamento da ação penal e, no mérito, o trancamento do feito.

Acostam os documentos de fls. 17/147, com cópias de peças dos Inquéritos e do Processo.

Por Decisão de 25 de junho, neguei a liminar pleiteada por entender ausente o *fumus boni juris*, pois a denúncia descreveu materialidade e indícios de autoria de fato em tese criminoso, de aparente competência da Justiça Castrense, em face do que dispõe o art. 6º do CPM ("*Considera-se*

praticado o fato no lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado ..."), e, em já recebida a denúncia, determinei a solicitação das informações à ilustre Juíza-Auditora da Auditoria da 11ª CJM (fls. 151/153).

Às fls. 158/159, a Autoridade Judiciária informa que o Paciente foi denunciado como incurso nos arts. 214, 215, 216 e 218, incisos III e IV, c/c o art. 79, todos do CPM; que a denúncia foi regularmente apresentada com os requisitos necessários ao legítimo exercício do direito de ação penal e com base nas peças do IPM nº 4.096/07, que traz os elementos indicativos da justa causa para a acusação; que o Paciente foi devidamente citado, e que foi marcada a data de qualificação e interrogatório para o dia 29 de junho corrente.

Encaminha, em anexo, peças do Processo nº 0022/07-8 (fls. 160/170).

Insatisfeitos com a decisão denegatória da liminar, os Impetrantes ajuizaram Agravo Regimental, alegando que, além de incompetente a Justiça Militar, "*alicerçar o indeferimento da liminar pleiteada no artigo 6º do Código Penal Militar, também não seria crível vez que como demonstrado, pelo próprio encarregado do Inquérito Policial Militar, o Paciente expediu as mensagens eletrônicas (e-mails) de seu computador particular, localizado em sua residência*", e que "*o resultado também foi produzido em local não sujeito à Administração Militar, já que as caixas de correio eletrônico de Oficiais Generais da Aeronáutica também não são consideradas áreas militares*" (fls. 172/175).

Por Petição de fl. 183, o Advogado constituído pelo Paciente manifestou o desejo de sustentar oralmente sua defesa quando do julgamento do presente *Habeas Corpus*, requerendo fosse desde logo aprazada data para o julgamento do feito. Deferi parcialmente o pedido, deixando de marcar a data do julgamento, pois a presente ação ainda aguardava o deslinde do Agravo Regimental interposto pelo Causídico, e o Parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 180/181).

Por Despacho de fls. 177/178, mantive a Decisão agravada, uma vez que a discussão sobre a competência da Justiça Militar constituía o próprio mérito do *writ*, e não mais existia o *periculum in mora*, já tendo sido realizada a audiência de qualificação e interrogatório do Paciente. Na forma do art. 118, § 2º, do RISTM, submeti o feito à apreciação da Corte (fls. 189/196), e, na 52ª Sessão de Julgamento, em 16 de agosto de 2007,

foi rejeitado o Agravo Regimental *in* Habeas Corpus nº 2007.01.034349-1/DF, por unanimidade, mantendo-se íntegra a Decisão recorrida (fl. 199).

Em Parecer de fls. 207/210, o ilustre Subprocurador-Geral Dr. MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA opina pela *"manutenção do indeferimento do pedido liminar e pelo prosseguimento do feito em primeiro grau, para que apreciadas as provas do fato, possa-se afirmar pela competência ou não da Justiça Militar, já que, o crime em tese, pelo que se depreende da leitura dos pedidos de trancamento da ação, resta incontroverso. Quanto à competência não poderá ser esta apreciada apenas sob a informação exclusiva do Encarregado do IPM"*.

A Defesa requereu a juntada de Laudo Pericial elaborado pelo Centro de Computação da Aeronáutica de Brasília, aduzindo, ainda, que ficou provado que os endereços funcionais identificados não eram de uso restrito no âmbito interno da Aeronáutica (fls. 216/221).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar teve ciência da juntada do referido documento e de que o julgamento do *Habeas Corpus* foi marcado para o dia de hoje, 18 de setembro de 2007, data devidamente aprazada pela conveniência e sugestão dos Impetrantes (fl. 225).

É o Relatório.

VOTO

Cumpre inicialmente trazer à baila o ensinamento de Carla Rodrigues Araújo de Castro, na obra *"Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais"*, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2003, pág. 10, quanto à classificação dos referidos crimes:

> *"Os crimes de informática podem ser próprios ou impróprios. Os primeiros são aqueles que só podem ser praticados através da informática, sem ela é impossível a execução e consumação da infração. Na realidade, os crimes de informática próprios surgiram com a evolução desta Ciência, são tipos novos, que agridem a informática como bem juridicamente protegido. Daí porque, em face da escassa legislação existente, alguns fatos são atípicos e, portanto, não podem ser punidos. Exemplo: violação de e-mail, pirataria de software, pichação de homepages, vandalismo na rede, dano em arquivos provocado pelo envio de vírus etc.*

Os crimes de informática impróprios são os que podem ser praticados de qualquer forma, inclusive através da informática. Assim, o agente, para cometer o delito, utiliza, eventualmente, o sistema informático. O computador é um meio, um instrumento para a execução do crime. São

delitos que violam bens já protegidos por nossa legislação, como o patrimônio, a honra etc. Exemplo: ameaça, estelionato, calúnia, pedofilia."

Atualmente os crimes de informática próprios são objeto do Projeto de Lei da Câmara nº 89/2003 e dos Projetos de Lei do Senado nºs 137/2000 e 76/2000, que se encontram conjuntamente em trâmite no Congresso Nacional.

Dentre outros ali previstos, ressaltam-se os de acesso indevido a meio eletrônico; manipulação indevida de informação eletrônica; pornografia infantil; atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública; interrupção ou perturbação de serviço telegráfico e telefônico; e falsificação de cartão de crédito.

Os crimes de informática tidos como impróprios, como afirmado, já estão previstos na legislação penal pátria e apenas têm como inovação o meio utilizado para sua prática.

Destes últimos delitos tratam, em tese, os presentes autos.

Como se observa, não há falar em inovação de dispositivos legais; preenchimento de lacuna da lei por analogia; ou invasão da esfera de competência do legislador, ao considerar-se que o crime militar pode ser realizado através da internet.

Como bem colocado pelo Supremo Tribunal Federal, *"(...) uma vez que se compreenda na descrição típica da conduta incriminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo (...)"* (Habeas Corpus nº 76689/PB, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julg. 22/09/1998, DJ 06/11/1998).

A Constituição Federal, em seu artigo 124, reza que a lei definirá os crimes militares, cabendo à Justiça Militar seu processamento e julgamento.

Tais crimes são definidos no Código Penal Militar. O artigo 9º do referido diploma limita a atuação desta Justiça Especial. Serão crimes militares aqueles definidos no Código Penal Militar, desde que encontrem adequação às hipóteses previstas no art. 9º do CPM.

Questionam os Impetrantes a possibilidade de um ambiente virtual ser considerado *"lugar sujeito à Administração Militar"*.

Carla Rodrigues Araújo de Castro, opus cit., págs. 16/17, leciona:

> *"Tanto a calúnia, como a difamação protegem a honra objetiva e para a sua consumação é necessário que terceira pessoa tome conhecimento do fato (...)"* (fl. 16).

(...)

> *"O crime de injúria tutela a honra subjetiva, sendo suficiente para sua configuração que o ofendido tome conhecimento do fato. Assim, este delito pode ser praticado por e-mail, nas salas de conversas, nas homepages, nos sites etc."* (fl. 17).

Com efeito, o uso da internet é apenas um meio para a prática, em tese, do delito. O fato pode ser comparado ao envio de uma correspondência caluniosa. Não há que considerar o mero papel de carta *"lugar sujeito à Administração Militar"*, mas sim onde a correspondência será aberta e tornar-se-á conhecida.

Esta Corte Castrense já se pronunciou neste sentido. Uma civil foi processada por calúnia contra militar da ativa acusada de ser autora de cartas anônimas por intermédio das quais imputava falsamente a dois Oficiais do Exército a prática de atos obscenos no interior de uma Organização Militar. As cartas foram abertas e lidas na OM.

Considerou o Acórdão que:

> *"(...) nenhuma dúvida há quanto a competência da Justiça Militar, pois, no caso dos autos, evidencia-se que os fatos foram praticados contra militar da ativa, no pleno exercício de suas funções e, principalmente, em local sujeito à administração militar, como é o caso do HCE, posto que ali se tomou conhecimento das ofensas escritas pela acusada, adequando-se, perfeitamente, à hipótese prevista no* artigo 9º, *inciso III, alínea "b", do CPM"* (Habeas Corpus nº 2002.01.033702-4/DF, Rel. Min. Germano Arnoldi Pedrozo, DJ 26/03/2002).

A teoria da ubiqüidade (art. 6º do CPM) também auxilia na compreensão do feito.

De outro lado, quisesse o legislador limitar o alcance dos delitos contra a honra, teria excepcionado a natureza militar do crime, como fez, por exemplo, no art. 227 (violação de correspondência), ao dispor no § 4º que: *"Salvo o disposto no parágrafo anterior, qualquer dos crimes previstos neste artigo só é considerado militar no caso do artigo 9º, nº II, letra a"*; ou nos crimes do art. 228 (divulgação de segredo) e do art. 229 (violação de recato), quando dispôs no art. 231, todos do CPM, que: *"Os crimes previstos nos artigos 228 e 229 somente são considerados militares no caso do artigo 9º, nº II, letra a"*.

Embora a hipótese de crime contra a honra praticado por meio da internet seja aparentemente nova na Justiça Militar, é corriqueira noutros Tribunais, e apreciada conforme as regras gerais do processo. Da mesma forma como nos demais aspectos, não há razão para modificar os critérios competenciais por ter sido usado este moderno meio para realizar a conduta em tese criminosa.

Citem-se, por exemplo, os seguintes julgados:

- Superior Tribunal de Justiça, 3ª Seção, Conflito de Competência nº 40.569/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Julg. 10/03/2004, DJ 05/04/2004:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUÍZOS ESTADUAIS. EXTORSÃO VIA MENSAGENS ELETRÔNICAS PELA INTERNET. DELITO FORMAL. MOMENTO CONSUMATIVO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO TIPO. LOCAL DO RECEBIMENTO DOS E-MAILS.*
>
> *Na hipótese dos autos, houve o momento consumativo perpetrado pelo agente ao praticar o ato de constrangimento (envio dos e-mails de conteúdo extorsivo), e o das vítimas que se sentiram ameaçadas e intimidadas com o ato constrangedor, o que ocasionou a busca da Justiça.*
>
> *Consumação do lugar do recebimento das mensagens eletrônicas.*
>
> *Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Guarapuava/PR."*

- Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 3ª Turma, Recurso Criminal nº 2007.35.00.006689-0/GO, Rel. Des. Olindo Menezes, Julg. 10/07/2007, DJ 20/07/2007:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUBTRAÇÃO DE VALORES MEDIANTE USO DA INTERNET. FURTO MEDIANTE FRAUDE. COMPETÊNCIA. LOCAL DA AGÊNCIA SACADA.*
>
> *1. A conduta de se valer de meios eletrônicos ou virtuais, como a internet, para subtrair quantias depositadas em conta-corrente mantida pela Caixa Econômica Federal é tipificada como crime de furto qualificado mediante fraude, fixando-se a*

competência para processamento e julgamento no juízo do local onde o dano foi suportado. Precedentes.

2. Recurso em sentido estrito desprovido."

- Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 7ª Turma, Habeas Corpus nº 2004010255375/SC, Rel. Des. Maria de Fatima Freitas Labarrere, Julg. 14/09/2004, DJU 29/09/2004:

"Ementa: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA.

Não merece acolhida a alegação de ausência de justa causa para a ação penal, já que sabidamente tal condição somente pode ser reconhecida quando evidenciadas a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, quando presente uma das causas de extinção da punibilidade.

Se que os crimes foram perpetrados pela internet, via correio eletrônico, consuma o delito de calúnia no momento em que chega ao conhecimento de terceira pessoa a falsa imputação, e a injúria quando a ofensa chega ao conhecimento do ofendido, aplicando-se à espécie o artigo 70 do CPP.

Ordem denegada."

- Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, RHC nº 15688/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Julg. 28/04/2004, DJ 31/05/2004:

"CRIMINAL. RHC. CALÚNIA ATRAVÉS DA MÍDIA ELETRÔNICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. (...)

I - Denúncia que imputou ao paciente a prática do delito de calúnia por meio da mídia eletrônica.

II - O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório, como a ausência de especificação da calúnia contida no texto, do dolo do paciente, e de como os elementos de prova da suposta calúnia se dirigem à ofendida, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória (...)".

- Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, AgRg na APn nº 442/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Julg. 07/06/2006, DJ 26/06/2006:

> *"PENAL. INJÚRIA. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. SITE DA INTERNET. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.*
>
> *1 - Uma entrevista concedida em um chat (sala virtual de bate-papo), disponibilizada de modo 'on line', na home page de um jornal virtual, se reveste de publicidade bastante para se subsumir ao art. 12 da Lei nº 5.250/67 e, pois, atrair a incidência do prazo decadencial de três meses (art. 41, § 1º). Precedente da Corte Especial e da Quinta Turma - STJ.*
>
> *2 - Extinção da punibilidade decretada.*
>
> *3 - Agravo regimental não provido."*

- Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 3ª Turma, Recurso Criminal nº 2002.34.00.019177-9/DF, Rel. Des. Cândido Ribeiro, Julg. 09/03/2004, DJ 26/03/2004:

> *"DIREITO PENAL. CRIME DE INJÚRIA. QUEIXA-CRIME. PROVAS INSUFICIENTES. ART. 43, III, DO CPP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. OCORRÊNCIA.*
>
> *I - As provas juntadas aos autos mostram-se insuficientes e precárias, eis que retiradas de página na Internet de responsabilidade da Federação Nacional dos Policiais Federais (na forma de xerox autenticada), mantenedora do 'site'.*
>
> *II - Para que o querelado fosse responsabilizado pela íntegra do documento 'injurioso', seria necessária a juntada de outras provas que corroborassem o conteúdo da peça acusatória, o que não foi feito, ensejando a rejeição da queixa-crime por ilegitimidade da parte passiva (...)"*

No caso, os autos noticiam que os e-mails de determinadas autoridades militares a quem foi enviada a mensagem dita criminosa só poderiam ser abertos no interior de Organizações Militares, e, portanto, em lugar sujeito à Administração Militar.

É o que consta do Relatório do IPM de fls. 140/141, cujo trecho se transcreve:

"3.2 Da oitiva dos Oficiais do EMAER

Inicialmente foram escutados três Oficiais-Generais do Estado-Maior da Aeronáutica: Major-Brigadeiro-do-Ar JORGE ***GODINHO*** *BARRETO NERY, Brig Ar* ***ROBINSON*** *VELLOSO FILHO e Brig Ar ORLANIL MARIANO* ***LIMA DE ANDRADE****. Todos confirmaram que receberam a mensagem enviada pelo Cel R-1* ***BELFORT****; que estavam em seus locais de trabalho quando a leram; que só conseguiriam ler o e-mail se estivessem no EMAER, e se tivessem acesso e se identificado com o respectivo nome de usuário e senha em um computador conectado à rede interna de informática; que não teriam condições de acessar o e-mail de seus computadores particulares.*

3.2.1 Conclusão

Pelas oitivas, conclui-se que os oficiais citados acessaram os seus correios eletrônicos em seus locais de trabalho e que só poderiam acessar o e-mail enviado pelo Cel ***BELFORT*** *se estivessem no EMAER.*

(...)

3.4 Da Perícia

Nos quesitos apresentados aos peritos do Centro de Computação da Aeronáutica de Brasília (CCA-BR), 1º Ten Eng ANDRÉ LUIZ BANDEIRA ***MOLINA*** *e 1º Ten Eng CLÁUDIO MARCELO* ***ALBUQUERQUE*** *NASCIMENTO SILVA (fls. 56 a 60), ficou constatado (...); que o acesso dos destinatários aos seus e-mail funcionais por intermédio de máquinas não pertencentes às Organizações Militares da Aeronáutica é facultada aos administradores de correio eletrônico que hospedam esses domínios; que o CCA-BR não disponibiliza tal acesso; (...)".*

E mais adiante:

"3.4.1 Conclusão

(...)

Os e-mail funcionais podem ser acessados de qualquer computador conectado à Internet, desde que os administradores dos correios eletrônicos disponibilizem essa facilidade aos usuários."

Dessa forma, compete à Justiça Militar apreciar e julgar o feito, conforme o disposto no art. 9º, inciso III, alínea "b", primeira parte, do CPM (*"**Art. 9º** Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...); III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: (...); b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade...; (...)"*.

O Laudo Pericial elaborado pelo Centro de Computação da Aeronáutica de Brasília, juntado pela Defesa às fls. 217/221, veio apenas reforçar que as mensagens enviadas para os endereços do EMAER só poderiam ser abertas naquele local.

Transcreve-se trecho do referido Laudo:

> *"4 – Dos endereços funcionais identificados no quesito anterior, o acesso dos destinatários aos respectivos e-mails pode ser por intermédio de qualquer máquina que tenha acesso à INTERNET ou apenas de máquinas pertencentes às Organizações Militares da Aeronáutica? Porquê?*
>
> *Resposta: Depende de cada domínio das contas de correio, uma vez que essa possibilidade (acesso por intermédio de qualquer máquina que tenha acesso à INTERNET) é facultada aos administradores dos servidores de correio que hospedam esses domínios. Como exemplo, o CCA-BR, que administra o servidor de correio do domínio do EMAER, não disponibiliza tal acesso, mas o CCA-RJ, que administra o servidor de correio do domínio do DECEA, disponibiliza-o.*
>
> *5 – Os endereços funcionais identificados são de uso restrito ao âmbito interno da Aeronáutica para a tramitação de mensagens entre os usuários?*
>
> *Resposta: Não. Em virtude de serem válidos na INTERNET, esses endereços podem ser utilizados para comunicação com qualquer outro endereço de e-mail válido na INTERNET, não sendo restritos ao âmbito interno da Aeronáutica."*

Observe-se que o quesito de nº 5 atesta que o envio de mensagens dos endereços funcionais é irrestrita. É o quesito de nº 4 que informa sobre a limitação do acesso às mensagens.

Não há dúvida de que os fatos ficarão mais bem esclarecidos durante a instrução criminal, quando será confirmado em Juízo, sob o crivo do contraditório, o lugar em que se consumou cada delito imputado ao Paciente, assim como ser-lhe-á oportunizada a mais ampla defesa.

As razões que levaram a Drª Juíza-Auditora a reformular o entendimento sobre a competência da Justiça Militar em casos tais não diz respeito ao julgamento do presente *writ*.

O questionamento sobre a existência ou não de ofensa à ordem administrativa militar é matéria de prova, a ser perquirida também em 1ª instância.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
HABEAS CORPUS Nº 2007.01.034349-0-DF

Divergi de meus pares, votando vencido, por entender que a ordem deveria ter sido concedida para trancar a ação penal movida contra o coronel da reserva remunerada da aeronáutica MARCUS VINICIUS PESSOA DE BELFORT TEIXEIRA.

A conduta imputada ao paciente, a meu ver, não desborda os limites de crime comum praticado, em tese, contra a honra de um militar da ativa. O esforço argumentativo exposto no acórdão consegue apenas militarizar um crime comum.

A calúnia, a injúria e a difamação, tríade típica dos crimes contra a honra, encontram definição jurídica idêntica na lei penal comum e na militar. São as especialidades típicas que transformam tais delitos comuns em militares, como é o caso da condição do agente, do ofendido e do local de consumação do crime.

No caso em apreço, o agente é coronel aviador da reserva remunerada da Aeronáutica e, nessa condição, a lei penal militar dispensa-lhe tratamento idêntico àquele destinado aos civis e aos militares reformados.

Em suma, o agente não é mais militar, já que para a norma constitucional são denominados militares apenas os membros das forças armadas (artigo 142, § 3, da Constituição Federal). No mesmo sentido é o artigo 22, do Código Penal Militar, exigindo a incorporação às instituições militares para que o agente possa ser considerado militar, ao menos para efeitos de aplicação do estatuto específico.

Por tal razão, entendeu corretamente o acórdão que a conduta em apreço somente encontraria subsunção típica no artigo 9º, inciso III, alínea "b", do Código Penal Militar, hipótese em que o delito é praticado por civil, militar reformado ou da reserva remunerada, contra militar da ativa, em local sob administração militar.

Feita essa constatação, o acórdão adota premissa de que não importa o meio utilizado, bastando a publicidade da ofensa à honra da vítima para que se conforme a consumação típica.

Não discordo da premissa, mas sim do desdobramento do raciocínio. Com o objetivo claro de preservar a competência da justiça militar, o acórdão considerou a ocorrência do delito em local sob administração militar, eis que supostamente alguns *e-mails* irrogando insultos ao ofendido somente poderiam ter sido abertos em computadores instalados nos locais de trabalho dos destinatários.

Equiparou a leitura de um *e-mail* à abertura de uma carta, buscando precedente do Supremo Tribunal Federal em que se afirmou que a invenção da pólvora não exigiu redefinição da figura típica do homicídio.

A construção, contudo, carece de lógica. Não se está a negar tipicidade, ainda que aparente, à conduta do paciente. Ao contrário, o que se questiona é a inclusão de mais uma elementar típica, qual seja, o LOCAL SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR, esta sim capaz de atrair a competência da justiça militar.

E, nesse ponto específico, reside minha divergência.

Em primeiro lugar, chama a atenção o esforço exegético do acórdão para concluir que a caixa postal de alguns militares pode ser considerada local sob administração militar. Todos os precedentes judiciais trazidos prestam-se, tão somente, a demonstrar que os crimes de furto, estelionato e calúnia também podem ser cometidos com utilização da *internet*, o que chega a ser até óbvio.

O único precedente citado, oriundo do Superior Tribunal Militar, versa hipótese fática de envio de correspondência, e não *e-mail*, ao Hospital Central do Exército dirigindo ofensas à honra de subdiretor daquela unidade.

O paralelo demonstra apenas que o crime contra a honra pode ser cometido por carta ou por *e-mail*, mas não se presta a inserir a especialidade necessária à tipificação da conduta do paciente como crime militar.

A minha dificuldade no caso é a equiparação de caixa postal de *e-mail*, espaço essencialmente virtual, a local sob administração militar. Local é uma área ou região de limites definidos e, como tal, revela-se o oposto de espaço virtual, conceito introduzido com o advento da *internet*, e que significa o que existe apenas em potência ou como faculdade, não como realidade ou efeito real (conceitos encontrados no dicionário Houaiss).

Os laudos periciais referidos no acórdão não são tão conclusivos quanto tenta fazer parecer a tese vencedora. O item 3.4.1 afirma que os *e-mails* podem ser acessados de qualquer computador conectado à *internet*, desde que os administradores dos correios disponibilizem essa faculdade aos usuários.

O laudo elaborado pelo Centro de Computação da Aeronáutica, em resposta à pergunta acerca da possibilidade de leitura dos *e-mails* por qualquer computador, responde que isso depende de cada domínio das contas de correio. Nada mais inconclusivo...

Ao final do acórdão, ficou evidenciado que não há qualquer convicção acerca da prática delituosa ter sido consumada em local sob administração militar, deliberando-se mesmo assim pela continuidade da ação penal, paradoxalmente invocada a garantia da ampla defesa.

Não bastasse a quase total incerteza com relação à elementar típica que atrairia a competência da justiça militar, cabe destacar que as desavenças entre o paciente e o ofendido em nada afetaram a instituição militar.

Todas as acusações e ofensas são dirigidas ao oficial general que, ao invés de buscar reparação na justiça comum, valendo-se de ação civil e de queixa-crime, preferiu proteger-se na condição de militar da ativa, formulando representação ao Ministério Público Militar.

A condição do agente, militar da reserva equiparado a civil, exige a demonstração clara de ofensa à instituição militar para a configuração típica, como expressamente exige o artigo 9º, inciso III, do Código Penal Militar.

E, nesse aspecto, não houve qualquer abordagem pelo acórdão, cuja omissão autoriza a conclusão que a maioria deliberou militarizar um crime comum.

Por tais razões, votei vencido pela concessão da ordem de habeas corpus para trancar a ação penal movida contra o coronel da reserva remunerada da Aeronáutica MARCUS VINICIUS PESSOA DE BELFORT TEIXEIRA.

Brasília-DF, 18 de setembro de 2007.

FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
Ministro do Superior Tribunal Militar

HABEAS CORPUS Nº 2007.01.034354-7-RJ

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. INSTAURAÇÃO DE IPD. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL IMPROCEDENTE. As alegadas irregularidades mencionadas pela Defesa deverão ser sanadas pelos meios processuais adequados durante a instrução criminal, não sendo o presente instrumento meio hábil para fazê-lo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme "no sentido de que, sendo o inquérito policial peça de natureza informativa, os vícios nele porventura encontrados não repercutem na ação penal." Não evidenciado o alegado ato abusivo por parte da autoridade indigitada coatora, a qual está apenas a cumprir a sua atribuição constitucional, merece ser denegada a ordem por falta de amparo legal. Decisão unânime.

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

Paciente — WILLIAM GAMA DOS SANTOS, Sd Ex, respondendo à IPD nº 501/07 em trâmite na 4ª Auditoria da 1ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do mencionado Juízo, impetra o presente habeas corpus requerendo o arquivamento do procedimento instrutório.

Impetrante — Dra. LÚCIA MARIA LOBO, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e denegou a Ordem, por falta de amparo legal. Presidência do Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausente, justificadamente, o Ministro Henrique Marini e Souza. (Extrato da Ata 56ª SESSÃO, 30.08.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutido 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.

Brasília-DF, 30 de agosto 2007 — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro, Presidindo o Julgamento — Ten Brig Ar *William de Oliveira Barros*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União, em benefício do Sd Ex WILLIAM GAMA DOS SANTOS, o qual responde à Instrução Provisória de Deserção nº 501/07, por ter consumado crime de Deserção em 09 de dezembro de 2006, apontando como autoridade coatora o Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM. Sustenta a existência de nulidade na tramitação da inquisa, consistente em documentos sem assinatura e na falta do termo de reinclusão, requerendo o arquivamento do procedimento.

Inicialmente, os autos foram distribuídos ao eminente Ministro Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos, em 28 de junho de 2007, a quem coube solicitar as informações necessárias para a devida instrução.

As informações prestadas pelo Exmº Sr. Juiz-Auditor Dr. Marco Aurélio Petra de Mello revelam ter o Paciente consumado o crime de Deserção no dia 09 de dezembro de 2006 e se apresentado voluntariamente no dia 18 do mesmo mês, sendo recolhido ao xadrez da OM no dia 19 seguinte, nos termos do artigo 452 do CPPM. Foi posto em liberdade, em 12 de fevereiro de 2007, após cumprir sessenta dias de prisão processual. Consta, ainda, das informações a prática de uma nova Deserção, em 29 de março de 2007, cuja documentação pertinente foi distribuída ao Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM, em 12 de abril deste ano, encontrando-se o Paciente atualmente foragido. Por fim, negou a existência de peças processuais sem a devida assinatura.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por sua Subprocuradora-Geral Drª Maria Lúcia Wagner (fls. 128/131), afirmou que as informações prestadas pela autoridade coatora não vislumbram qualquer ilegalidade no ato da prisão do Paciente, tendo em vista a efetiva consumação do crime de deserção em 09 de dezembro de 2006. Aduziu tratar-se a deserção de crime propriamente militar, cujos efeitos se protraem no tempo e no espaço, autorizando a prisão do infrator, conforme dispõe o artigo 452 do CPPM. Pugnou pelo conhecimento e indeferimento do ***writ***.

Isso posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

Consistem em direito público subjetivo do Estado apurar e processar as infrações penais, de forma a promover um julgamento justo a seus jurisdicionados. A estes, a Constituição da República assegura o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, como requisitos indeclináveis para uma relação processual criminal válida.

Os autos revelam a inequívoca prática da conduta delitiva pelo Paciente, sendo sua submissão à custódia provisória devidamente amparada pelo artigo 452 do CPPM.

É bem verdade que a denúncia ainda não foi oferecida. Todavia, não se pode imputar ao Poder Judiciário a responsabilidade por essa demora, tendo em vista a informação de ter o Paciente incorrido em nova deserção no último dia 29 de março de 2007, encontrando-se foragido até o presente momento. Conforme dispõe o arti-

go 457 do Código de Processo Penal Militar, estando o desertor foragido, em se tratando de praça, os autos da IPD (Instrução Provisória de Deserção) deverão permanecer na Auditoria até a sua captura ou apresentação voluntária.

As alegadas irregularidades mencionadas pela Defesa deverão ser sanadas pelos meios processuais adequados durante a instrução criminal, não sendo o presente instrumento meio hábil para fazê-lo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme *"no sentido de que, sendo o inquérito policial peça de natureza informativa, os vícios nele porventura encontrados não repercutem na ação penal."* (Habeas Corpus nº 72.095-1/SP, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 01/08/1996, p. 5010).

Não evidenciado o alegado ato abusivo por parte da autoridade indigitada coatora, a qual está apenas a cumprir a sua atribuição constitucional, merece ser denegada a ordem por falta de amparo legal.

HABEAS CORPUS Nº 2007.01.034359-8-RJ

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. *Impetrado habeas corpus em favor de paciente denunciado pela prática de peculato-furto, sob a alegação de falta de justa causa, uma vez que teria recebido em seu contracheque auxílios dos quais não fazia jus por erro da Administração Militar. Meras alegações desacompanhadas de prova. Impossibilidade de produção de provas para exame de mérito em sede de habeas corpus. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime.*

Relatora — Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Paciente — Claudio Roberto Antunes de Souza, 1º Sgt Ex, respondendo ao Processo nº 52/06-6 perante a 3ª Auditoria da 1ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do

mencionado Juízo, impetra o presente *habeas corpus* requerendo o trancamento da citada ação penal.

Impetrante — Dra. Lucia Maria Lobo, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu 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 Doutor José Coêlho Ferreira. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Henrique Marini e Souza e José Alfredo Lourenço dos Santos. (Extrato da Ata 50ª Sessão, 14.08.2007).

ACÓRDÃO

Visto, relatado 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.

Brasília-DF, 14 de agosto de 2007 — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Dra. *Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, Ministra-Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do 1º Sargento do Exército CLAUDIO ROBERTO ANTUNES DE SOUZA, que responde ao Processo nº 52/06-6 perante a 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do mencionado Juízo e requerendo o trancamento da citada ação penal.

O paciente foi denunciado pela prática de peculato-furto em coautoria, pois teria recebido ilicitamente em seu contracheque auxílios dos quais não fazia jus.

Alega a impetrante que o paciente foi denunciado e responde a processo sem que haja justa causa para a referida coação, o que impede sua promoção, prejudicando sua carreira. Afirma que o relatório do IPM informou que o paciente recebeu a importância por erro da Administração Militar e que a própria denúncia deixou a entender tal fato em seu relato.

Afirma, ademais, ter o paciente ressarcido todo o montante à Fazenda Nacional, conforme declaração do Comandante do 57º BIMtz (Es) – Regimento Escola de Infantaria (fls. 04).

Instruíram o pedido, cópias da mencionada declaração, da denúncia (fls. 05/13) e do interrogatório do acusado (fls. 14/16).

Por fim, pede a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal.

Não houve pedido de liminar.

Em observância aos arts. 472 do CPPM e 6º, inciso XVI, do RISTM, o Ministro-Presidente, pelo despacho de fls. 22, requisitou informações da autoridade indigitada coatora.

O Juiz-Auditor Substituto da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar informou, às fls. 27, que o processo encontra-se em fase de oitiva de testemunhas e encaminhou cópias da denúncia (fls. 28/36) e de seu recebimento (fls. 37), do interrogatório do acusado (fls. 38/40) e da Ata da 32ª Sessão do Conselho (fls. 41/42).

Em parecer acostado às fls. 46/49, o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares opina pelo conhecimento e indeferimento da ordem, por ausência de amparo legal.

Isto posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente *writ*.

Todavia, não assiste razão à impetrante.

O *habeas corpus* é meio idôneo para trancar a ação penal se a atipicidade da conduta for evidente. No caso *sub examine*, faz-se necessária a produção de provas, uma vez que a defesa não trouxe aos autos qual-

quer elemento que pudesse demonstrar suas alegações e afastar, de plano, os indícios de crime e de sua autoria.

A impetrante, apesar de alegar que o relatório do IPM informou que o paciente recebeu a importância em seu contracheque por erro da Administração, não juntou cópias do IPM ou de seu relatório. Ademais, ao contrário do alegado, a denúncia descreve fato que, em tese, constitui crime.

Conforme acima narrado, a impetrante assevera que o acusado recebeu os valores por erro da Administração, não havendo justa causa para o prosseguimento da ação penal. Contudo, esta foi deflagrada justamente para averiguar se os supostos erros – que, por sinal, eram muitos e em favor de apenas determinados militares –, constituíram ou não uma ação criminosa por parte dos envolvidos em benefício próprio ou alheio.

A instrução processual ainda se encontra em fase de oitiva de testemunhas, não tendo sido esta Corte informada sobre qualquer prova concreta que pudesse indicar ou afastar a tipicidade do fato, sua antijuridicidade ou a culpabilidade do acusado, o que está sendo objeto da instrução em 1ª instância.

Dessa forma, não há que se falar em constrangimento ilegal ou abuso de poder.

HABEAS CORPUS Nº 2007.01.034378-4-AM

HABEAS CORPUS. CABIMENTO. APLICAÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. CONTROLE JUDICIAL. LEGALIDADE. PRECEDENTES. Alegação de ameaça abusiva visando aplicar sanção disciplinar. Procedimento Disciplinar onde foi concedida a oportunidade do exercício da ampla defesa e do contraditório. Não obstante a expressa vedação constitucional (art. 142, § 2º, CF), o habeas corpus é meio legítimo para o exercício do controle judicial das punições decorrentes de transgres-

sões disciplinares. Contudo, na sede deste remédio heróico, somente é possível o exame dos aspectos atinentes à sua legalidade ou abuso de poder. Hipóteses não configuradas. Denegação da ***Ordem.*** *Unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli.

Paciente — Emerson Leite Ferreira, 3º Sgt Ex, alegando estar ameaçado de ser punido disciplinarmente pelo Sr Comandante do 1º BIS, impetra o presente ***Habeas Corpus***, em caráter preventivo, requerendo, liminarmente, que não seja tolhido em seu direito de ir e vir.

Impetrante — O ***Paciente***, em causa própria.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do **Habeas Corpus** e denegou a Ordem, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. 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, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Henrique Marini e Souza encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 63ª Sessão, 18.09.2007).

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.

Brasília-DF, 18 de setembro de 2007 — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Gen Ex *Renaldo Quintas Magioli*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de ***Habeas Corpus***, impetrado em causa própria pelo 3º Sgt Ex EMERSON LEITE FERREIRA, sob a alegação de estar sendo ameaçado, abusivamente, de punição disciplinar pelo Comandante do 1º BIS, requerendo, em razão disso, ***preventiva e liminarmente***, a ***Ordem*** para que não seja tolhido "***em seu direito de ir e vir***".

Em sua ***Petição*** de fls 02/04, sustenta o ***Impetrante/Paciente***, em essência, que a Administração Militar extrapolou prazos legais no procedimento administrativo que desaguou na fixação da punição disciplinar que lhe foi atribuída, daí resultando "***a prescrição da pretensão punitiva por parte do Comando do 1º BIS***".

À guisa de anexos à sua ***Petição***, o ***Impetrante/Paciente*** juntou os documentos de fls 05/13.

A ***liminar*** pleiteada foi indeferida às fls 18/19.

As ***informações*** do Comandante do 1º BIS vieram às fls 26/30, acompanhadas dos anexos de fls 31 até 62.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em ***Parecer***, de fls 68/71, da lavra da Subprocuradora-Geral Drª Maria Lúcia Wagner, opina pelo conhecimento do ***Writ*** e pela denegação da ***Ordem***.

Relatado o suficiente, decide-se.

VOTO

Não assiste razão ao ***Impetrante/Paciente***.

Mostram os autos, em especial as ***informações*** ofertadas pela autoridade indigitada coatora, que o 3º Sgt EMERSON subtraiu um uniforme camuflado (***calça e gandola***) de um armário pertencente a um companheiro de Caserna, fato este que ensejou a abertura de um ***IPM***, o qual foi ulteriormente arquivado pelo Juízo da Auditoria da 12ª CJM "***sem embargo da aplicação, pela autoridade competente, da sanção disciplinar cabível ao indiciado***".

Desvelam as mesmas ***informações*** – ***e o próprio Impetrante/Paciente também o faz em sua petição*** – que, na esteira dessa decisão judicial, a Administração abriu o adequado procedimento disciplinar,

com esteio no Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

Dessas mesmas ***informações*** ressai também com clareza que o ***Impetrante/Paciente*** teve, ***nesse procedimento disciplinar***, integral oportunidade de exercer a ampla defesa e o contraditório, consoante mostra, particularmente, o ***Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar*** (***FATD***) acostado às fls 47/52.

De outra parte, colhe-se ainda dos esclarecimentos oferecidos pelo Comandante do 1º BIS que a punição a ser imposta ao 3º Sgt EMERSON tem previsão legal no número 80 do Anexo I, com a agravante do inciso III do art 20, tudo do Regulamento Disciplinar do Exército – RDE.

Por esse mesmo giro, observa-se que a ***Nota de Punição,*** inserta às fls 58, encontra-se assinada por autoridade inquestionavelmente competente, ***in casu***, o próprio Comandante do 1º BIS, havendo, inclusive, a ***peculiaridade de a punição ao Sgt EMERSON ter sido submetida à apreciação e aprovação do Comandante da 1ª Brigada de Infantaria de Selva. Na data de ontem, dia 17 de setembro, o Comandante da Brigada autorizou a aplicação da referida punição: 15 (quinze) dias de detenção***.

Por fim, de nenhum sentido é a alegação do ***Impetrante/Paciente*** de que o eventual descumprimento de prazo no procedimento disciplinar poderia ensejar a aventada "***prescrição da pretensão punitiva***" da reprimenda que lhe será imposta: ***a uma*** porque a mera publicação da prorrogação do prazo para apuração da falta disciplinar no dia 20 de julho de 2007, "***a contar do dia 17***", constitui, ***quando muito***, simples irregularidade, sem o condão, inclusive, de retirá-la, ***significativamente***, do contexto temporal que lhe é próprio; e, ***a duas***, porque, ***nesses termos***, nenhuma é a base legal para sequer cogitar-se da prescrição ou de qualquer outra figura que possibilite afastar a responsabilidade disciplinar do ***Impetrante/Paciente***.

Não há, pois, como se vê, qualquer traço de ilegalidade ou abuso de poder a permear a punição ao ***Impetrante/Paciente***, não se cogitando de hipótese que mereça abrigo no art 5º, inciso LXVIII, da CF.

Quanto ao conteúdo meritório do ato punitivo, nada há a dizer, posto que, conforme a firme jurisprudência desta Corte e do próprio Supremo Tribunal Federal, somente é cabível, em sede de ***Habeas Corpus***, o exame dos aspectos atinentes à sua legalidade ou abuso de poder, os quais, ***como consignado pelo eminente Ministro Moreira Alves***, as-

sim se expressam: ***hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função*** e ***pena suscetível de aplicação (in STF/HC nº 70.648-8/RJ)***.

Aliás, não há de constituir demasia resgatar precedente desta Corte, que, como uma luva, se ajusta ao caso presente e cuja ***Ementa*** é a seguir transcrita:

> *"HABEAS CORPUS – PUNIÇÃO DISCIPLINAR – CABIMENTO – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART 142, § 2º) – CONTROLE JUDICIAL – LEGALIDADE – PRECEDENTES.*
>
> *1. A despeito da expressa vedação constitucional (art 142, § 2º, CF), o habeas corpus é meio legítimo para o exercício do controle judicial das punições decorrentes de transgressões disciplinares. A doutrina e os precedentes judiciais limitam o controle judicial dos aspectos normais da punição disciplinar, vedando a análise do mérito administrativo.*
>
> *2. Na hipótese, trata-se de punição disciplinar aplicada por autoridade competente, dentro dos limites previstos pelo Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Eventuais irregularidades não maculam o procedimento apuratório, tendo sido disponibilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa.*
>
> *3. Ordem denegada, votação unânime."* (***in HC nº 2006.01.034201-0/DF, Relator Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach***).

HABEAS CORPUS Nº 2007.01.034384-9-PR

HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE. *PRISÃO EM FLAGRANTE.* *Impetrado habeas corpus em favor de paciente preso em flagrante delito por portar substância entorpecente. Decisão do Juiz-Auditor mantendo a prisão. Ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva. Excepcionalidade da prisão cautelar. Ordem concedida. Decisão unânime.*

Relatora — Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Paciente — Luis Filipe Sloboda Alves Lopes dos Santos, Sd Ex, preso em flagrante (APF nº 77/07, em trâmite na Auditoria da 5ª CJM), alegando estar sofrendo constrangimento ilegal, impetra o presente *habeas corpus*, requerendo a concessão da ordem para que seja posto em liberdade.

Impetrante — O Paciente, em causa própria.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do **Habeas Corpus** e concedeu a ordem para que o paciente Sd Ex LUIS FILIPE SLOBODA ALVES LOPES DOS SANTOS aguarde o desenrolar do feito em liberdade, salvo por motivo superveniente que venha a justificar sua custódia cautelar. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO e RENALDO QUINTAS MAGIOLI não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. O Ministro Henrique Marini e Souza encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 64ª Sessão (Extraordinária), 19.09.2007).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em conhecer do *habeas corpus* e conceder a ordem para que o paciente Soldado do Exército LUIS FILIPE SLOBODA ALVES LOPES DOS SANTOS aguarde o desenrolar do feito em liberdade, salvo por motivo superveniente que venha a justificar sua custódia cautelar.

Brasília, 19 de setembro de 2007 — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Dra. *Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, Ministra-Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por LUIS FILIPE SLOBODA ALVES LOPES DOS SANTOS, em causa própria, alegando ter sido preso, em 30/08/2007, no Vigésimo Batalhão de Infantaria, por porte de entorpecente. Requer a concessão da ordem para que responda o processo em liberdade, tendo em vista sua boa conduta, primariedade, bem como a ausência de antecedentes criminais.

A impetração, de apenas uma lauda, não veio instruída com qualquer documentação.

Pelo despacho de fl. 7, foram requisitadas informações ao juízo da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar.

O Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar prestou informações, às fls. 16/17, encaminhando, entre outros documentos, cópias do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 18/27), do Laudo de Constatação de Substância Entorpecente (fls. 32/33), das petições da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Militar, do advogado constituído pelo paciente que requereu a concessão de liberdade provisória e/ou relaxamento da prisão (fls. 40/54) e, ainda, da decisão indeferindo os pleitos (fls. 55/59).

Pela decisão de fls. 61/64, foi deferida medida liminar de ofício, com fulcro no art. 88, § 1º, do RISTM, para que o paciente fosse posto em liberdade, determinando a expedição de competente Alvará de Soltura.

Em seu parecer (fls. 72/74), o Dr. Edmar Jorge de Almeida, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, opinou pela denegação da ordem, por falta de amparo legal.

Relatados, decide-se.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente *writ*.

O paciente foi preso em flagrante em virtude de ter sido encontrado, em seu armário, um cigarro de substância entorpecente durante uma revista.

O art. 270 do CPPM, ao dispor sobre os crimes em que é admitida a liberdade provisória, não incluiu em seu texto o delito do art. 290 do CPM, por ser uma infração a que se comina pena de reclusão.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 consagrou novo entendimento sobre as prisões cautelares, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, devendo a prisão processual ser mantida somente em caráter excepcional quando realmente se fizer necessária.

Dessa forma, deve o Juiz-Auditor fundamentar a necessidade da prisão cautelar, demonstrando a presença dos requisitos dos artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar.

Por seu turno, o art. 257 do CPPM elenca as hipóteses de desnecessidade da prisão. Nesse sentido, não constam dos autos quaisquer condições ou circunstâncias pessoais favoráveis à presunção de que o indiciado fuja, exerça influência em testemunha ou perito e impeça ou perturbe, de qualquer modo, a ação da justiça.

Na decisão acostada às fls. 55/59, o Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 5ª CJM mantém a prisão do indiciado, tendo em vista *"a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, que ficarão ameaçados e atingidos com a liberdade dos indiciados."*

Ocorre, porém, que esta Corte, ao julgar delitos desta natureza, tem decidido pela aplicação da pena mínima, fazendo o acusado jus ao benefício da suspensão condicional da pena. Isto porque o art. 290 do CPM não distingue entre tráfico, posse e uso de entorpecentes. Dessa forma, cabe ao julgador, no momento da individualização da pena, sopesar o grau de reprovabilidade do comportamento do agente ativo.

Assim, a concessão da liberdade não representa possibilidade de ameaça à manutenção das normas, ao princípio de hierarquia e disciplina militares ou a qualquer outro requisito elencado no art. 255 do CPPM, mormente porque o Ministério Público poderá pugnar pela prisão preventiva do indiciado no desempenho de seu mister.

HABEAS CORPUS Nº 2007.01.034394-6-RS

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA. *ENTORPECENTE (ART. 290, CPM). LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO*

LEGAL. ORDEM HIERÁRQUICA E DISCIPLINAR. GRAVIDADE DO DELITO. 1. ***Habeas corpus*** *pedindo a liberdade provisória ao paciente, soldado do Exército preso em flagrante, trazendo consigo substância entorpecente. A vedação legal de concessão de liberdade provisória aos crimes apenados com reclusão (art. 270, CPPM) afronta as garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Precedente do Supremo Tribunal Federal (ADI n.º 3137). 2. Possibilidade, portanto, de concessão de liberdade provisória, mesmo havendo expressa vedação legal. Em sentido contrário, a manutenção da prisão em flagrante, convertida em preventiva, exige do magistrado fundamentação válida e convincente. A gravidade do delito, sob o argumento de ter sido praticado em organização militar de fronteira, conferindo à prisão preventiva o atributo de restabelecimento da ordem hierárquica e disciplinar, não é suporte jurídico válido para a vulneração do direito fundamental à liberdade de quem se encontra protegido por presunção de inocência. 3. A fundamentação do decreto prisional manifestou-se sob a forma de inaceitável antecipação de juízo precário de culpabilidade, uma vez que a prisão preventiva tem natureza instrumental, prestando-se a garantir a efetividade do processo e a aplicação da lei penal. A especialidade do direito penal militar não autoriza o afastamento de garantias constitucionais e relativização de direitos fundamentais, pois a norma constitucional quando quer dar tratamento diferente aos militares, é clara e expressa nesse sentido (art. 5º, inciso LXI). 4. Conduta do paciente, ademais, perfeitamente subsumida, pelo Ministério Público Militar, ao artigo 290, do Código Penal Militar, na modalidade "trazer*

consigo", indicando a sua menor gravidade, autorizando a concessão de liberdade provisória. Habeas corpus concedido. Votação majoritária.

Relator — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Paciente — Carlos André Figueiredo da Silva, Sd Ex, preso em flagrante (APF nº 66/07, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª CJM), alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do referido Juízo, impetra o presente *habeas corpus*, requerendo, liminarmente, que seja posto imediatamente em liberdade. No mérito, pede a concessão definitiva da ordem.

Impetrante — Dr.Robson de Souza, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, concedeu a ordem de **Habeas Corpus**, confirmando a liminar concedida, para que o paciente possa responder o processo em liberdade. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, JOSÉ COÊLHO FERREIRA, RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA e SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO denegavam a ordem, por falta de amparo legal e cassavam, em conseqüência, a liminar concedida. A Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. 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, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. (Extrato da Ata 70ª Sessão, 09.10.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, Acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em conceder a ordem de *Habeas Corpus*, confirmando a liminar concedida, para que o paciente possa responder o processo em liberdade.

Brasília, 09 de outubro de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

A Defensoria Pública da União impetrou *habeas corpus* em favor do soldado do Exército CARLOS ANDRÉ FIGUEIREDO DA SILVA, preso em flagrante no dia 14 de setembro de 2007, no 12º Regimento de Cavalaria Mecanizado, com sede em Jaguarão/RS, sob a acusação de estar portando substância entorpecente, mais especificamente um grama e cinqüenta e cinco decigramas de cloridrato de cocaína.

Sustenta a ilegalidade da manutenção da prisão do paciente, ao argumento de que sua conduta, ao contrário do que alega o Juiz-Auditor Substituto, não tem o condão de abalar as estruturas do aquartelamento e que, em última instância, eventual condenação não afastaria o benefício da suspensão condicional da pena. Pede concessão de medida liminar liberatória e, no mérito, a ordem para que o paciente possa beneficiar-se com liberdade provisória.

A impetração, feita por *facsimile*, veio devidamente instruída com cópia do auto de prisão em flagrante, laudo de exame provisório de substância entorpecente e decisão judicial de manutenção da prisão.

Pela decisão de fls. 44/47, deferi liminar determinando a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

O Juiz-Auditor Substituto prestou informações, negando ter feito qualquer manifestação que configurasse antecipação de culpabilidade ou mesmo do mérito da demanda, e que a fundamentação da manutenção da prisão decorrente do flagrante encontra respaldo no artigo 255, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar. Sustenta que há determinadas categorias de crimes militares com capacidade de estabelecer uma inquietação mais acentuada na tropa, como é o caso do porte de entorpecente, merecendo receber, cautelarmente, tratamento rígido por parte do juízo, sob pena de infligir exemplo negativo no seio da tropa.

No entendimento da autoridade coatora, a soltura de militar, no dia seguinte ao que é flagrado portando substância entorpecente em unidade de fronteira, presta-se a promover a ruptura real e significativa nos preceitos de hierarquia e disciplina, considerando a realidade que vige nos quartéis dos mais distantes rincões do país e que presume ter traduzido nos autos.

Afirma ainda que, só ao ser negada liberdade provisória em casos semelhantes, foi possível restabelecer a disciplina e derrogar o caos instalado no 8º Regimento de Cavalaria Mecanizada, com sede em Uruguaiana/RS. Informa também que na região da Campanha Gaúcha a utilização de maconha é corriqueira, mas quando se trata de cocaína a preocupação fica mais acentuada e, sendo assim, a política de negar liberdade provisória serve para estabilizar o comando, estabelecer exemplo positivo e evitar a ruptura dos preceitos hierárquicos e disciplinares. Imputa equívoco à confusão dos institutos da liberdade provisória e da suspensão condicional da pena, sendo certo que a prisão cautelar tem fundamento jurídico distinto da prisão decorrente de sentença penal condenatória definitiva. Pede, ao final, a revogação da medida liminar e a restauração da cautelar, sustentando que a ordem deva ser denegada.

Trouxe aos autos cópia da denúncia e de seu recebimento.

O Dr. Edmar Jorge de Almeida, Subprocurador-geral da Justiça Militar, em parecer de fls. 93/95, opinou pela denegação da ordem e revogação da medida liminar.

Relatados, decide-se.

VOTO

A localização de uma organização militar em região de fronteira, no mais distante rincão do país, não torna inaplicável a Constituição Federal, estatuto onde a liberdade e sua restrição, temas materialmente constitucionais, encontram sua regulamentação.

No Estado Democrático fundado no império da lei, a liberdade do cidadão é a regra geral, e sua restrição atém-se a hipóteses expressamente previstas. A condenação definitiva pela prática de crime, por exemplo, ao afastar a presunção de inocência que opera em favor de todos, permite o encarceramento pela formação de juízo de culpabilidade tornado imutável, já que inviável a interposição de qualquer recurso.

Antes da condenação definitiva, a liberdade pode ser cerceada, como no caso de flagrante delito, por exemplo, como ocorreu com o soldado do Exército CARLOS ANDRÉ FIGUEIREDO DA SILVA, que trazia consigo 1, 55 g (um grama e cinqüenta e cinco decigramas) de cocaína.

Sua conduta, ao menos em tese, encontra tipicidade no artigo 290 do Código Penal Militar, razão pela qual a polícia judiciária militar prontamente autuou-o em flagrante com observância das regras aplicáveis à espécie.

Comunicado o juízo no mesmo dia da prisão do paciente, decidiu o magistrado homologar o flagrante e decretar, de ofício, a prisão cautelar tomando por fundamento o artigo 255, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar, utilizando-se basicamente dos mesmos argumentos trazidos em informações.

É certo que o artigo 290, do Código Penal Militar, impõe pena de reclusão, incluindo-se dentre os crimes a que a lei nega a concessão de liberdade provisória, consoante dispõe o artigo 270, da lei processual penal militar.

O dispositivo legal, por óbvio, deve ser lido sob a ótica das normas constitucionais que tratam da liberdade e da prisão. E o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, ao examinar, por exemplo, dispositivo do Estatuto do Desarmamento – Lei n.º 10.868/2003 – semelhante àquele, vedando a concessão de liberdade provisória, entendeu tratar-se de norma inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal não admite hipótese de prisão *ex lege*, sem motivação, por vulneração das garantias do contraditório e da ampla defesa (ADI n.º 3137 – Rel. Ricardo Lewandowski – Informativo n.º 465).

O mesmo pode ser dito do artigo 270, do Código de Processo Penal Militar, outorgado antes da Constituição Federal, e como tal deve ser examinado sob a ótica do instituto da recepção, uma vez que *"toda a normatização infraconstitucional preexistente incompatível com a Constituição fica automaticamente revogada"*.[4]

A constatação da incompatibilidade do artigo 270, da lei adjetiva militar, com o texto constitucional, permite a conclusão de que mesmo nos crimes militares a que se comina pena de reclusão é possível a concessão de liberdade provisória, e que a manutenção da prisão em flagrante, convertida em preventiva, exige fundamentação válida e convincente do magistrado.

---

[4] Barroso, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 237)

Sendo possível a concessão de liberdade provisória, resta analisar o fundamento utilizado para a decretação da prisão preventiva do paciente. Em farta argumentação de natureza hipotética, o magistrado concluiu que a prisão preventiva, no caso concreto, tem o condão de restabelecer a ordem no quartel e servir de exemplo do rigor da lei penal, como forma de desestimular a multiplicação da conduta proibida. Por tal razão, decretou a prisão com base no artigo 255, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar, que dispõe:

> *Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos:*
>
> *e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.*

Como o próprio magistrado procurou esclarecer em suas informações, a prisão cautelar e a que decorre de trânsito em julgado da sentença penal condenatória têm fundamentos jurídicos distintos. Enquanto esta é a própria resposta estatal ao autor de conduta penalmente proibida, a prisão cautelar tem por escopo assegurar a aplicação da pena definitiva, impedindo que a ação do réu possa inviabilizar o processo, seja com sua ausência do distrito da culpa, seja interferindo negativamente na instrução probatória, destruindo ou ocultando provas, ou mesmo ameaçando testemunhas.

O Código de Processo Penal Militar traz ainda dispositivo particular, consistente no objetivo de manutenção da hierarquia e disciplina, quando ameaçadas com a liberdade do acusado.

Trata-se de hipótese de prisão cautelar, vale dizer *ad cautelam*, quando o acusado ainda encontra-se protegido por presunção de inocência, garantia constitucional que veda ao Estado-juiz dispensar ao réu tratamento de condenado enquanto não efetivada a sentença penal condenatória.

A garantia constitucional impede, por exemplo, que o magistrado imponha cerceamento concreto à liberdade do indivíduo com fundamento no crime cometido, porque isso nada mais significa do que simplesmente antecipar os efeitos de condenação final irrecorrível.

É exatamente isso, a meu ver, o que ocorre no caso em apreço. Por mais que o magistrado negue ter manifestado juízo de culpabilidade,

ou que tenha antecipado o exame de mérito da causa, é o que de fato ocorreu na decisão que decretou a prisão preventiva do paciente e, posteriormente, quando prestou informações para a instrução do presente *habeas corpus*. Para tal conclusão, bastaria a constatação de que o magistrado, de quem se espera imparcialidade e eqüidistância das partes, converteu-se em requerente ao prestar informações, expressamente pedindo a revogação da medida liminar, como se atuasse na condição de assistente de acusação, auxiliar do Ministério Público. Aliás, constitui fato inédito no Superior Tribunal Militar o pedido de revogação de liminar por parte de magistrado. Afinal, basta um Corregedor na primeira instância.

A meu ver, por mais que a lei processual penal militar admita a decretação de prisão preventiva de ofício, e o artigo 254 expressamente contemple a hipótese, o magistrado deve fundamentar validamente sua decisão, com motivação cautelar, evitando simplesmente antecipar para o início do processo, quando ainda nem a denúncia fora formulada, a prisão decorrente de sentença condenatória imutável. Deve, também, preocupar-se em manter a imparcialidade necessária e esperada de quem exerce o poder jurisdicional.

Todas essas questões estão muito bem colocadas em precedente do Supremo Tribunal Federal, onde há uma síntese precisa da prisão preventiva, e que se mostra adequada ao caso concreto:

> "*EMENTAS: 1. PRISÃO PREVENTIVA. Medida cautelar.* ***Natureza instrumental****. Sacrifício da liberdade individual. Excepcionalidade. Necessidade de se ater às hipóteses legais. Sentido do art. 312 do CPP. Medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, a prisão preventiva deve ordenar-se com* ***redobrada cautela****, à vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a* ***eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório****, bem como perante a garantia constitucional da* ***proibição de juízo precário de culpabilidade****, devendo fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais (fattispecie abstratas) que a autorizem.*
>
> *2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na* ***gravidade do delito****, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. É ilegal o de-*

creto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantir a ordem pública, se funda na gravidade do delito.

3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ***ordem pública****, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.*

4. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado no perigo de fuga do réu. Garantia da aplicação da lei penal. Ilegalidade. Decisão de caráter genérico e vago. HC concedido. Precedentes. Fuga do réu e garantia de aplicação da lei penal, sobretudo quando invocadas em decisão genérica, sem alusão a dados específicos da causa, não constituem causas legais para decreto de prisão preventiva." (HC 87.343-0 SP – Rel. Cezar Peluso – 2ª Turma – j. 24/04/2007 – DJ 22/06/2007, grifei)

Como se pode ver, a prisão preventiva presta-se, precipuamente, a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo condenatório. Em sentido contrário, não se presta a impor exemplo de conduta, não tem caráter pedagógico, nem serventia para restaurar disciplina em quartel. A prevenção geral, de forma a desestimular a prática do delito, é atribuição essencial da própria pena, e não da prisão cautelar, como transparece da decisão judicial impugnada.

Nela, a autoridade coatora, ainda que tenha expressamente reconhecido a excepcionalidade da prisão cautelar, de um lado, e a garantia da presunção de inocência, de outro, entendeu que o fato *"reveste-se de especial gravidade"*. Asseverou os gravames *"que acarretam à ordem disciplinar e hierárquica, assim como para a segurança do aquartelamento, de condutas de militares que portam e utilizam entorpecentes no interior dos Quartéis."* Diz ainda que foram vilipendiados valores basilares, sob os quais estão construídas as Instituições Militares.

Não é necessário maior esforço exegético para visualizar a semelhança entre a decisão judicial ora em exame com aquela que é tratada no precedente do Supremo Tribunal Federal antes transcrito. Basta operar a substituição da expressão "ordem pública" por "ordem disciplinar e hierárquica", e fica evidente o exercício de vedado juízo

precário de culpabilidade. De forma idêntica, ambas as decisões buscam suporte na gravidade do delito, fundamento reputado ilegal pela decisão da Suprema Corte.

E para tornar irrefutável a leitura de antecipação de juízo de culpabilidade, basta consultar o artigo 69, do Código Penal Militar, para constatar que o magistrado, para a fixação da **pena** privativa de liberdade, apreciará a **gravidade do crime** praticado!

Assim, não há como invocar a gravidade do delito para fundamentar a prisão preventiva, sem que com isso restem vilipendiadas garantias constitucionais essenciais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório. Na individualização da pena, caso o processo instaurado contra o soldado CARLOS ANDRÉ FIGUEIREDO DA SILVA chegue a esse ponto, caberá ao Conselho Permanente de Justiça apreciar o delito sob a ótica da sua gravidade, o dano causado pela conduta do agente, seus motivos, as circunstâncias de tempo e lugar, para que então opere a função preventiva do direito penal inserido no Estado Democrático.

Antes desse momento, tem-se mera e ilegal antecipação de juízo de culpabilidade.

O dispositivo legal indicado pela autoridade coatora para fundamentar a prisão do paciente, a meu ver, da forma que foi utilizado, prestou-se a manifestar antecipação de juízo de culpabilidade, e não a indicar a necessidade concreta e efetiva de segregação do paciente.

A princípio, qualquer crime militar atenta contra a hierarquia e a disciplina, bens jurídicos de índole constitucional, protegidos, em última instância, por todas as proibições típicas contidas na lei penal militar. Se o próprio tipo penal presta-se à proteção daqueles bens, cabe ao magistrado demonstrar que a prisão cautelar, fundada nesse argumento, não representa antecipação da tutela penal final e definitiva, o que afrontaria a presunção de inocência que milita a favor de todos os acusados.

O precedente do Supremo Tribunal Federal trazido pelo magistrado, por outro lado, não se presta a sustentar a decisão judicial. Antes mesmo da manifestação da Suprema Corte, tive oportunidade de expressar, aqui, a inaplicabilidade da Lei n.º 11.343/2006 aos crimes militares. E é isso o que foi decidido no HC 91.767/SP, restando resguardada a especialidade do direito penal militar e do órgão judicial competente para sua aplicação.

Todavia, a especialidade do crime militar e da justiça militar, como reconhecido naquele acórdão, não justificam a vulneração de princípios, garantias e direitos fundamentais a todos aplicáveis, militares e civis. No tocante à liberdade e seu cerceamento, quando a Constituição Federal quis dar tratamento especial aos militares, ela foi expressa, como é o caso do artigo 5º, inciso LXI, excepcionando o crime propriamente militar e a transgressão disciplinar, definidos em lei, da exigência de flagrante delito ou decisão judicial fundamentada e escrita para o decreto de prisão.

É essencial destacar, ainda, que a conduta do paciente, na forma apurada sumariamente em auto de prisão em flagrante, é indicativa da prática de porte de substância entorpecente. Não houve flagrante de consumo ou mesmo de tráfico. Se é certo que o tipo penal militar específico (art. 290, CPM) engloba, de forma anacrônica, todas as condutas, a constatação feita presta-se a presumir menor gravidade na ação do paciente, como o próprio Ministério Público Militar reconheceu na denúncia formulada (fls. 68/70)

Afirmei, na medida liminar, e reafirmo agora, que a segregação cautelar mostra-se injustificada quando nem mesmo a condenação importa cerceamento da liberdade, já que é perfeitamente possível a concessão do benefício da suspensão condicional da pena, como reiteradamente decide esta Corte. Na assertiva, todavia, não está contida qualquer proibição ao decreto de prisão preventiva, desde que esta se mostre necessária à instrução processual, ou a garantir a aplicação da lei penal. Mas quando o magistrado invoca a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da ordem hierárquica e disciplinar, a relação com o benefício do *sursis* se mostra correta e adequada. Se não haverá cerceamento de liberdade com decisão definitiva, não é necessária a prisão cautelar. Desnecessária, inócua e injusta.

Cabe aqui destacar ainda que esta Corte, em decisões recentes, no julgamento dos *Habeas Corpus* n.º 2007.01.034384-9 PR, relatado pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, e 2007.01.034382-2, este relatado pelo Ministro General de Exército Renaldo Quintas Magioli, concedeu a ordem em casos idênticos a este.

Na concessão da liminar, constatei, pelo sistema de acompanhamento processual, que não havia sido apresentada denúncia, com prazo legal já vencido. Com as informações vieram aos autos cópia da denúncia e de seu recebimento.

MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. *NATUREZA SIGILOSA. ESTATUTO DO ADVOGADO. ACESSO IRRESTRITO AOS AUTOS. INTERESSE PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO. Por sua natureza de procedimento administrativo de investigação inquisitorial, o Inquérito Policial Militar não está sujeito ao princípio do contraditório, especialmente quando a parte impetrante não figura como indiciada. O direito do advogado de examinar autos de inquéritos ou de flagrante, findos ou em andamento (inciso XIV do art. 7º da Lei nº 8.906/94), não abrange aqueles sujeitos a sigilo (inciso XIII do mesmo dispositivo legal), preponderando, na hipótese, o interesse público sobre o particular. Inviável a admissibilidade de advogado como litisconsorte na causa que patrocina, visando ter acesso a peças de inquérito policial que corre em sigilo. Ordem denegada. Decisão unânime.*

Relator — Min. Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza.

Impetrante — ANA ROMUALDA DE CARVALHO, Civil, impetra o presente "mandamus" contra ato da MMª Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, que indeferiu a extração de cópias dos autos do IPM nº 90/06, pedindo, liminarmente, que seja permitido o exame dos citados autos, autorizando-se o fornecimento de cópias e/ou apontamentos que bem julgar necessários. No mérito, pede a concessão definitiva da segurança.

Advogado — Dr. Maurício Luis Pereira Pinto.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, denegou a Segurança, por falta de amparo legal. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 69ª Sessão, 14.11.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em denegar a ordem, por falta de amparo legal.

Brasília, 14 de novembro de 2006 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Consta dos presentes autos que ANA ROMUALDA DE CARVALHO, Civil, por seu Advogado, impetra o presente *mandamus*, apontando como autoridade coatora a Exmª Srª Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, que, em Decisão de 05 de outubro de 2006, indeferiu pedido de extração de cópias dos autos do IPM nº 90/06, instaurado para investigar as condições em que se deu o óbito do 1º Ten Arthur Felipe de Carvalho Julião, ocorrido em 28 de abril de 2006, nas dependências do 38º Batalhão de Infantaria, sediado em Vila Velha/ES.

Argumenta que a Impetrante, na condição de mãe do falecido Oficial, tem interesse e legitimidade na investigação do caso, atuando paralelamente com o Ministério Público Militar.

Relata que os autos do IPM já haviam alçado à mencionada Auditoria, quando baixaram novamente à OM de origem, para cumprimento de diligências requeridas pelo Órgão Ministerial.

Requer a concessão de medida *liminar* para determinar à Autoridade Coatora que permita à Impetrante ter acesso aos autos do procedimento investigatório, autorizando a extração de cópias e a realização dos apontamentos necessários.

Invoca, como pressupostos à concessão da providência cautelar requerida, quanto à **plausibilidade do direito invocado** (*fumus boni iuris*), que o advogado tem direito de acesso a qualquer Inquérito Policial, nos termos do art. 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906/94, e, quanto ao **risco de dano irreparável** pela demora na concessão da ordem (*periculum in mora*), que a restituição dos autos do IPM ao Juízo poderá desencadear seu arquivamento, subtraindo da Impetrante a possibilidade de arrolar testemunha, e outras providências mais de seu interesse.

Em 11 de outubro último, indeferiu o Relator a *liminar* requerida, sob os seguintes fundamentos (fls. 23/25):

> *"No caso vertente, não comprovou a Impetrante a relação de parentesco com a mencionada vítima, de modo a atender ao requisito da legitimidade (art. 3º do CPC).*
>
> *De outro modo, os argumentos expendidos para amparar a plausibilidade do pedido referem-se a direitos e prerrogativas dos advogados, a teor da Lei nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados), que não se inserem no contexto dos direitos da Impetrante, mas sim de seu representante. E, por derradeiro, no que se refere à urgência em prevenir* ***risco de dano irreparável*** *(periculum in mora), despiciendas se tornam maiores considerações, uma vez que o inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é procedimento meramente investigativo de natureza administrativa e, como tal, não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por objetivo exatamente verificar a existência ou não de elementos suficientes para dar início à persecução penal.*
>
> *Sendo a liminar em mandado de segurança ato de livre arbítrio, que se insere no poder de cautela do juiz, nada impede possa ser concedida posteriormente, caso surjam razões suficientes a justificar.*
>
> *Ante o exposto, por não vislumbrar, in casu, os pressupostos necessários à sua concessão, INDEFIRO a liminar pretendida.".*

Aditando ao pedido já formulado, requereu (fls. 60/61) fosse reconsiderada a Decisão que indeferiu a medida liminar, ao mesmo tempo em que comprovou a relação de parentesco entre a Impetrante e o Oficial falecido (fls. 54/56).

A esse respeito, proferiu o Relator Despacho mantendo a mencionada Decisão, sob os seguintes argumentos (fl. 83):

"As investigações em comento estão sendo orientadas pelo Ministério Público Militar, com acompanhamento da Autoridade Judiciária, não havendo razão fundada a justificar a necessidade premente da intervenção de terceiros no acompanhamento do IPM já instaurado.

Por não vislumbrar fato novo relevante, mantenho, por ora, a mencionada Decisão.".

Por meio da petição de fls. 57/58, requereu o ilustre Causídico sua habilitação como ***litisconsorte ativo*** nos autos do presente Mandado de Segurança, de modo a ter acesso aos fatos em apuração no IPM já referido.

Prestando as informações solicitadas, esclareceu a Exmª Srª Juíza Auditora Drª Rosali Cunha Machado Lima (fls. 66/67):

"- Em 02.05.06, através da Portaria nº 062-5/1.1, do Ilmº Sr. Comandante do 38º Batalhão de Infantaria, foi instaurado Inquérito Policial Militar, cujo encarregado é o Maj Inf Mário Luis Carvalho Barbosa de Souza, em decorrência do óbito, nas dependências daquela Unidade Militar, do 1º Ten Inf Arthur Felipe de Carvalho Julião.

- O inquérito policial militar em tela foi remetido à OM de origem, objetivando o cumprimento de diligências solicitadas pelo Ministério Público Militar, através do ofício nº 1060/06, de 11.09.06, deste Juízo, tendo o Sr. Encarregado do IPM, em 04.10.06, solicitado prorrogação do prazo, por mais 20 (vinte) dias, o que foi deferido pelo Juízo.

- Em 02.10.06, protocolado no Juízo, ofício nº 01-Enc IPM 90/06, do Sr. Encarregado do IPM, no qual solicitava orientações quanto ao pedido de extração de cópias do retro mencionado feito, formulado pelo advogado constituído pela família da vítima, tendo este Juízo, indeferido tal procedimento, após consulta ao órgão ministerial, que entendeu inadequado o fornecimento de cópias, já que trata-se de investigação para apurar as condições em que se deu o óbito do TEN ARTHUR, ou seja, se ocorreu suicídio ou homicídio, bem assim a existência de pedido de quebra de sigilo telefônico. ***(Anexo)****.".*

Foram remetidas cópias dos seguintes documentos:

- Mensagem do Encarregado do IPM solicitando orientação quanto ao pedido a ele formulado pelo Advogado (fl. 69);

- Petição do Advogado dirigida ao Encarregado do IPM, solicitando autorização para extrair cópias de peças dos autos do IPM (fl. 70);
- Manifestação do Órgão Ministerial a respeito do pedido formulado pelo Advogado, posicionando-se contrário ao pleito (fl. 71);
- Decisão da Juíza-Auditora indeferindo o pedido (fl. 72); e
- Comunicação ao Encarregado do IPM a respeito do indeferimento do pedido formulado pelo Advogado (fl. 73).

Em nome da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou a insigne Subprocuradora-Geral Drª Maria Lucia Wagner, pelo Parecer de fls. 77/80, opinando pelo indeferimento do pedido formulado pelo Advogado para habilitar-se como litisconsorte ativo, uma vez que este não tem interesse direto no deslinde da causa, podendo ser destituído a qualquer tempo. Quanto à questão de fundo, opinou, de igual modo, pelo indeferimento do pleito, por não restar demonstrada a liquidez e certeza do pedido formulado.

Assim relatado, passou o Tribunal à

DECISÃO.

VOTO

I – QUANTO AO PEDIDO FOMULADO PELO ADVOGADO PARA HABILITAR-SE COMO LITISCONSORTE ATIVO NOS AUTOS DO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA.

Não se trata de preliminar, porquanto o pedido incidental formulado durante a tramitação do presente *mandamus* não constitui matéria prejudicial do mérito.

Como ponto de partida, enfatize-se que o referido pedido está direcionado à habilitação do ilustre Causídico como ***litisconsorte ativo*** exclusivamente nos autos do presente Mandado de Segurança, embora seu objetivo final, pelo que se depreende dos autos, seja obter condições de acesso aos autos do IPM nº 090/06, em curso perante a 4ª Auditoria da 1ª CJM.

Não se aflora plausível a interveniência do Advogado nesta fase postulatória, porquanto já figura no pólo ativo, representando a Impetrante.

Não seria igualmente razoável postular em nome próprio aquilo que já persegue em nome de sua constituinte, em razão dos poderes outorgados pelo instrumento de procuração de fl. 15.

O saudoso professor HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra "Mandado de Segurança, Ação Popular, ...", em edição atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes (Malheiros Editores, 26ª edição, 2003, p. 66) ensina que:

> *"Na prática tem-se admitido a intervenção de* litisconsorte ativo *depois de estabelecida a relação processual, com a prestação das informações pelo coator. Tal proceder se nos afigura atentatório dos princípios processuais que regem o* litisconsórcio e a assistência, *pois que aquele só é admissível na* instauração da lide ou no decêndio das informações, *e esta a qualquer tempo, mas sem a extensão dos efeitos da sentença ao interveniente-assistente, cuja missão é apenas de ajuda ao assistido, e não a de parte na demanda para colher direta e imediatamente os resultados da decisão."*.

No caso vertente, os objetivos perseguidos pela Impetrante e por seu Advogado são comuns, ou seja, ter acesso aos autos do IPM já referido, não havendo que se falar em litigância distinta.

A admissão do Advogado como litisconsorte ativo implicaria em reconhecimento de litigantes distintos, a teor do art. 48 do CPC, o que ensejaria injustificada demora de tramitação do feito.

Não merece prosperar o pedido de habilitação como litisconsorte ativo formulado pelo Dr. Maurício Luis Pereira Pinto, advogado constituído pela Impetrante, por falta de amparo legal.

II – DA SEGURANÇA REQUERIDA (MÉRITO).

A ação de mandado de segurança, como se sabe, é ação de natureza tipicamente civilista, de rito sumário. Destina-se a oferecer proteção imediata a quem se encontrar privado, ou na iminência de ser privado, de exercer direito líquido e certo, por ato de agente público, quando não amparado por ***habeas corpus*** ou ***habeas data***, nos termos do art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna.

Aponta a Impetrante como ato coator a Decisão de fl. 72, proferida pela MMª Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, indeferindo pedido formulado pelo Advogado, para ter acesso aos autos do IPM nº 90/06.

Na verdade, tal pleito foi formulado perante o Encarregado do citado IPM (fl. 70), que, por sua vez, através da Mensagem de fl. 69, solicitou orientação do Juiz-Auditor Dr. Marco Aurélio Petra de Mello quanto ao procedimento a adotar, tendo o mesmo determinado abertura de vista ao Órgão Ministerial, que se manifestou, pela promoção de fl. 71, contrário à pretensão do Advogado.

Calcada nessa promoção é que a Drª Rosali Cunha Machado Lima proferiu a Decisão de fl. 72, de próprio punho, nos seguintes termos:

" Indefiro o requerido adotando para decidir as razões do M.P.

Comunique-se."

Em cumprimento ao contido na parte final dessa decisão, a Srª Diretora de Secretaria daquele Juízo, por meio do expediente de fl. 73, comunicou ao Encarregado do IPM o indeferimento do pedido em tela.

Não consta dos autos a intimação do Advogado dos termos da mencionada Decisão, o que inviabiliza verificar se houve interposição de qualquer recurso.

De outro modo, como a Decisão foi proferida em 05 de outubro de 2006, deduz-se que a presente impetração atende ao previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, pois foi intentada em prazo inferior a 120 (cento e vinte) dias.

Diante do exposto, conclui-se que o pedido, sob o aspecto formal, atende aos requisitos previstos na mencionada legislação.

Adentrando na análise do pedido, verifica-se que o tema abordado pela Impetrante deixa transparecer a possibilidade de ocorrência de cerceamento de defesa, do direito de petição, do contraditório e de outros enfoques mais relacionados aos princípios e garantias fundamentais.

Há que se atentar, no entanto, que os fatos ainda estão em fase de investigação.

Por oportuno, extrai-se do lúcido parecer emitido em nome da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, da lavra da insigne Subprocuradora-Geral Drª. Maria Lúcia Wagner, os seguintes fragmentos (fls. 79):

> *"c) ademais, não pertence, nessa fase inquisitorial, a qualquer advogado, ainda que constituído pela família do militar morto, o direito de propor provas ou de produzi-las;*
>
> *d) cabe, nessa fase inquisitorial, à polícia judiciária militar e ao Ministério Público Militar a coleta do material probante;*
>
> *e) também não devemos fechar os olhos para a lúcida fundamentação (fl. 17) da Promotora da Justiça Militar, Adriana Santos, mostrando que o efetivo interesse dos familiares no deslinde da questão poderia atrapalhar as investigações, pois, se há indícios apontado para decisões administrativas do Comando, há também indícios apontando para questões familiares ligadas ao fato.".*

Como é notório, o inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é procedimento meramente investigativo de natureza administrativa e, como tal, não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por objetivo exatamente verificar a existência ou não de elementos suficientes para impulsionar uma ação penal através de um libelo acusatório.

Invoca o ilustre Patrono, a lastrear sua pretensão, como ***direito líquido e certo***, a prerrogativa contida no art. 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), que tem a seguinte redação:

"Art. 7º. São direitos do advogado:

.....omissis.....

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

.....".

Olvidou-se, no entanto, de atentar o nobre Causídico para o inciso anterior, do mesmo artigo, que assim dispõe:

> *"XIII – Examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração,* ***quando não estejam sujeitos a sigilo****, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;"*

(o grifo e o destaque não constam do texto legal)

Como é pacífico, exceções à parte, o inquérito policial é considerado procedimento administrativo sigiloso (art. 16 do CCPM e art. 20 do CPP – comum).

Ao discorrer sobre as características do inquérito policial, preleciona MIRABETE (Julio Fabbrini, *in* "Processo Penal", Ed. Atlas, 1998, p. 78), *in verbis*:

> *"O inquérito policial é ainda* ***sigiloso****, qualidade necessária a que possa a autoridade policial providenciar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato sem que lhe se oponham, no caminho, impecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações com ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas etc.".*

A jurisprudência predominante em nossos tribunais é no sentido de que o sigilo das investigações policiais por interesse público não vulnera o Estatuto da Advocacia.

Vejam-se, para exemplificar, os fragmentos de ementas de julgados a seguir transcritos:

1-) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

> *"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INQUÉRITO POLICIAL. VISTA DOS AUTOS POR ADVOGADO CONSTITUÍDO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO INATACADO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 283 DESTA COLENDA CORTE. A estrita especificidade do caso concreto é que justificou a aplicação da norma prevista no art. 20 do Código de Processo Penal. Logo, para se alcançar uma conclusão diversa da que chegou a Corte de origem, necessário seria reapreciar e reavaliar os elementos e circunstâncias singulares do caso concreto que levaram a autoridade tida por coatora a ressaltar a necessidade de manutenção do procedimento sigiloso. Incidência da Súmula 279 desta colenda Corte. O acórdão recorrido, além de fundamentar a sua decisão na necessidade da manutenção do sigilo do procedimento investigatório, acrescentou que o acesso ao inquérito colocaria em risco a segurança do Estado e da sociedade, fundamento este inatacado pela parte recorrente. Óbice da Súmula 283 desta Casa Maior da Justiça brasileira. Agravo regimental desprovido.".*

(RE-AgR 376749/PR- Julg. 30/06/2004-1ª Turma- Rel. Min. Carlos de Britto)

2-) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> A-)".....
>
> *I. Tratando-se de procedimento sob segredo de justiça, no qual o paciente não figura como indiciado, não há direito do seu advogado ao acesso irrestrito aos autos do inquérito.*
>
> *II. Não se evidencia violação ao Estatuto da Advocacia, se o impetrante não demonstra a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial do seu constituinte.*
>
> *III. O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial.*

IV. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado.

V. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida.".

(HC 38219/SP- Julg. 04/04/2005- 5ª Turma- Rel. Min. Gilson Dipp)

B-)

".....

Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de inquérito policial que esteja sendo conduzido sob sigilo, se o segredo das informações é imprescindível para as investigações.

O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial.

Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado.

Recurso desprovido.".

(RMS 17691/SC – Julg. 22/02/2005 – 5ª Turma – Rel. Min. Gilson Dipp)

C-)

"ADMINISTRATIVO - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS - CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexiste sigilo.

4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado.

5. Recurso ordinário improvido.",

(RMS 12516/PR – Julg. 20/08/2002 – 2ª Turma – Rel. Ministra Eliana Calmon)

No caso presente, a Decisão proferida pela Juíza-Auditora, indeferindo pedido de vista dos autos do IPM nº 90/06, já lhe conferiu a natureza de procedimento sigiloso.

A propósito, conforme consta da promoção de fl. 42, o MPM na instância *a quo* já enfatizou sobre a existência de pedido de quebra de sigilo telefônico, que poderá ser ampliado para algum membro da família, caso se mostre necessário.

Não se aflorando na situação em tela a indispensável liquidez e certeza de direito da Impetrante, ou de seu representante legal, em compulsar os autos do IPM já mencionado, só resta à Corte indeferir o pleito.

RECURSO CRIMINAL (FO) Nº 2006.01.007374-0-BA

REABILITAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. *REGISTROS CRIMINAIS. CABIMENTO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. É cabível a reabilitação, desde que existam registros processuais penais hábeis a trazer algum tipo de restrição ao exercício da cidadania. Preenchidos os requisitos legais, é cabível a reabilitação do requerente. Pedido deferido. Recurso improvido. Decisão majoritária.*

Relator — Min. Alte. Esq. Rayder Alencar da Silveira.

Relator p/
Acórdão — Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Recorrente — A MM. Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª CJM, de ofício.

Recorrida — A Decisão da MM. Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª CJM, de 25/08/2006, que concedeu reabilitação ao ST Ex MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO.

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

Decisão — Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao Recurso de ofício, mantendo-se inalterada a Decisão hostilizada. Os Ministros RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA (Relator), ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES e SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO davam provimento ao recurso de ofício para cassar a Decisão da MM. Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª CJM que concedeu reabilitação ao ST Ex MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO, por ser o reabilitando carecedor da ação, e determinavam que fosse oficiada à Auditoria de Correição da Justiça Militar para que adotasse providências junto ao setor competente de modo a sanar o problema apresentado pelo reabilitando. O voto do Ministro VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO foi computado na forma do art. 78, § 1º, do RISTM. Relator para o Acórdão Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH. O Ministro Relator fará voto vencido. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. 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, Marcus Hemdl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Valdesio Guilherme de Figueiredo. (Extrato da Ata 64ª Sessão, 24.10.2006).

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria de votos**, em negar provimento ao recurso de ofício, mantendo inalterada a decisão recorrida.

Brasília, 24 de outubro de 2006 — Gen Ex Max Hoertel, Ministro-Presidente Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Relator p/ Acórdão

RELATÓRIO

A Defensoria Pública da União requereu ao juízo da Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar a reabilitação do Subtenente do Exército MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO alegando, em síntese, existir registro na página do Superior Tribunal Militar, na *internet*, indicando a condenação e posterior declaração de extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva,

em relação aos delitos definidos nos artigos 216, 175 e 209, todos do Código Penal Militar. A petição inicial foi instruída com cópias da decisão judicial proferida no Processo n.º 09/98 (fls. 5/18), certidões negativas de distribuições judiciais (fls. 19/28), pedido de inscrição em processo de seleção para missão no exterior (fls. 29) e assentamentos militares do requerente (fls. 30/153).

Com vista dos autos, o Ministério Público Militar manifestou-se favoravelmente ao deferimento do pedido (fls. 161/162).

A Juíza-Auditora Substituta, pela decisão de fls. 163/165, deferiu o pedido e concedeu reabilitação ao requerente, recorrendo de ofício de sua decisão, em atendimento ao artigo 654, do Código de Processo Penal Militar.

Nesta instância, o *custos legis* manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 175/177).

Em sessão de julgamento, o Ministro-Relator do feito votou pelo deferimento do recurso, cassando a concessão de reabilitação, pelos argumentos expostos em voto vencido.

Relatados, decide-se.

VOTO

A reabilitação é modalidade de extinção da punibilidade, elencada no artigo 123, inciso V, do Código Penal Militar. O artigo 134, do mesmo estatuto, esclarece que alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva, de onde surge o problema central para enfrentar o requerimento em apreço.

Isso porque não houve pena imposta por sentença definitiva, na medida em que foi declarada a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

A Constituição Federal assegura a todos a presunção de inocência, ou de não culpabilidade, como preferem alguns doutrinadores. A garantia está insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da seguinte forma:

"LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

Adotou a Constituição Federal a fórmula da presunção de inocência, por ser o instituto jurídico que melhor assegura o cidadão, já que apenas a sentença penal condenatória definitiva é capaz de afastá-la.

Disso resulta que a sentença definitiva que reconhece a prescrição da pretensão punitiva não tem o efeito de afastar a presunção, de forma que o requerente permanece na condição de inocente, para todos os efeitos possíveis.

Seria inviável, portanto, a concessão de reabilitação, já que, como visto, um de seus requisitos é a existência de pena imposta por sentença definitiva, o que não ocorreu no presente feito.

O artigo 134, § 1º, do Código Penal Militar, estipula o decurso de prazo de 5 (cinco) anos, a contar da extinção da pena principal, como outro pressuposto para a reabilitação.

A prescrição reconhecida no presente feito, contudo, atingiu a pretensão punitiva do Estado, e não a pretensão executória, já que não se chegou ao ponto de trânsito em julgado da sentença condenatória.

Contudo, pelo que se depreende do requerimento, o interesse está no cancelamento, mediante averbação, dos antecedentes criminais do militar, já que se habilitou a prestar missão no exterior.

Diante da garantia da **presunção de inocência**, em nenhum momento abalada no caso do requerente, seria evidente constrangimento a seus direitos de cidadão que sofresse qualquer restrição em sua carreira profissional por sentença extintiva de punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

A presunção de inocência é princípio juspolítico de limitação do poder estatal, alçada à categoria de direito fundamental e, portanto, material e formalmente constitucional.

Como direito fundamental dotado de supremacia hierárquica, cabe ao intérprete aplicar os institutos processuais-legais de forma a conferir-lhes aplicabilidade ampla e imediata. Disso decorre ser interpretação incompatível com o preceito constitucional a conclusão de que a ausência de sentença penal condenatória impediria a admissão e concessão de reabilitação.

Por óbvio, o requerente sofreu uma restrição imprópria e inconstitucional ao amplo direito de exercício profissional, quando um registro processual incapaz de afastar a presunção de inocência foi utilizado como impeditivo de participação em missão no exterior.

Por isso, o princípio constitucional limita a atuação estatal como um todo, dirigindo-se a todo e qualquer agente público que pretenda impor restrição ao cidadão em virtude de registro processual penal.

Dado que ao cidadão resta única e exclusivamente o pedido de reabilitação para eliminar o registro que impede o exercício da cidadania, negá-lo representaria depreciação de direito fundamental, restringido por interpretação equivocada da lei. E à lei, como se sabe, não é dado o poder de limitação de direito fundamental, quando a própria Constituição não restringe seu exercício.

É o que impõe, efetivamente, o artigo 135, do Código Penal Militar:

"Art. 135. Declarada a reabilitação, serão cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais."

A reabilitação, na sistemática do direito penal militar, é o caminho para o cancelamento dos antecedentes criminais, sejam eles sentenças condenatórias ou meramente declaratórias de extinção de punibilidade.

Destaque-se que a disciplina da reabilitação no Código Penal comum não é a mesma, não sendo incluída nem mesmo no rol das causas extintivas de punibilidade. De fato, quando surge a possibilidade de concessão do benefício, a punibilidade já está extinta, seja pela prescrição da pretensão executória, pelo cumprimento da pena, por indulto, ou outro instituto qualquer.

Portanto, a jurisprudência relativa à reabilitação, consoante os artigos 93 e seguintes do Código Penal, firmou-se no sentido de ser inviável a concessão do benefício quando inexistir condenação penal transitada em julgado, ainda que se conceda o cancelamento dos registros policiais e judiciais. Nesse sentido:

> *"Reabilitação criminal. Inadmissibilidade. Extinção da punibilidade em face do reconhecimento da decadência do direito de punir. Instituto destinado a afastar o gravame decorrente da aplicação da pena, com necessária condenação trânsita em julgado. – A reabilitação criminal, instituto destinado a afastar o gravame decorrente da aplicação da pena, pressupõe a necessária condenação trânsita em julgado. Assim é que, reconhecida a decadência e decretada extinta a punibilidade, não há que cogitar sobre reabilitação, cabendo ao magistrado apenas determinar ao órgão administrativo encarregado da identificação do acusado que procede à exclusão dos registros referentes ao feito atingido pelo evento decadencial" (TACRIM-SP – 10ª Câm. Crim. – RO 1.259.163/4 – Rel. Vico Mañas – j. 31.07.2001 – RT*

796/629) (in Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Alberto Silva Franco e Rui Stocco, coordenadores. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 5, p. 894)

O Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES na discussão do feito, fez extensa e minuciosa exposição acerca da prescrição da pretensão punitiva e seus efeitos, como certamente fará constar de declaração de voto.

VOTO DE VISTA DO MINISTRO
Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
RECURSO CRIMINAL (FO) Nº 2006.01.007374-0-BA

Pedi vista dos presentes autos para melhor examinar a matéria em face do voto do ilustre Ministro-Relator, Alte Esq Rayder Alencar da Silveira, que culminou por cassar a decisão ***a quo*** que concedeu reabilitação ao ST Mauro Cavalcante de Souza Filho, considerando-o carecedor de ação.

Cuida-se de recurso de ofício interposto pela Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª CJM que concedeu reabilitação ao Subtenente em referência.

Recordando aos senhores, o reabilitando foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 175, parágrafo único (violência contra inferior), com a aplicação também da pena correspondente ao crime contra a pessoa, ou seja, combinado com os artigos 209 (lesão leve), 213 (maus tratos) e 216 (injúria), todos do Código Penal Militar.

Em sentença datada de 21mar2001, o Conselho Permanente para o Exército declarou extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, referente ao crime previsto no artigo 216, absolveu o ora reabilitando do crime previsto no artigo 213 e, finalmente, condenou-o à pena de 3 (três) meses de detenção como incurso no artigo 175 e também à pena de 4 (quatro) meses de detenção, como incurso no artigo 209, ***caput***, todos do Código Penal Militar, resultando na pena final de 7 (sete) meses de detenção, com o benefício da suspensão condicional da pena.

Ocorreu o trânsito em julgado em 3abr2001.

Em 2mai2001, no processo de execução, o magistrado ***a quo*** declarou extinta a punibilidade pela prescrição ainda da pretensão punitiva, pela pena imposta e concretizada dos crimes dos artigos 175 e 209, em sua forma retroativa, em face do previsto no artigo 123, inciso IV, c/c o artigo 125, inciso VII, parágrafo único, todos da Lei Substantiva Castrense.

Os autos, após a intimação das partes, foram arquivados.

Agora, em 3 de agosto do corrente ano, o ST Mauro Cavalcante de Souza Filho, através de seu advogado, requereu a presente "Reabilitação", alegando que está concorrendo a processo de seleção para missão no exterior e nos registros do Superior Tribunal Militar constam informações sobre o referido processo que já estão nos arquivos do Juízo por onde transcorreu o mesmo.

O reabilitando instruiu o requerimento com a documentação imposta por lei.

O representante do Ministério Público Militar, junto à instância ***a quo***, manifestou-se favoravelmente à concessão da reabilitação, por estarem preenchidas as formalidades legais.

A Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª CJM concedeu a reabilitação e, na forma da lei, recorreu de ofício (fls. 164/165).

A douta Procuradoria-Geral, em parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral, Drª Arilma Cunha da Silva (fls. 175/177), opinou no sentido de ser negado provimento ao recurso de ofício e de ser mantida a decisão ***a quo***.

O ilustre Ministro-Relator, Alte Esq Rayder Alencar da Silveira, em seu fundamentado voto, alega não ser a reabilitação o meio adequado do requerente para buscar o sigilo das suas informações judiciais, constantes dos registros no Superior Tribunal Militar.

Constam de seu voto os seguintes tópicos que o fundamentam:

> *"... A reabilitação criminal constitui a reintegração do condenado no exercício dos seus direitos que haviam sido atingidos pela sentença condenatória. Alcança, portanto, apenas o réu condenado.*
>
> *Conforme consta às fls. 17/18, em 02 de maio de 2001 foi declarada extinta a punibilidade dos crimes praticados pelo Reabilitando em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, e determinado o arquivamentos dos autos.*
>
> .....
>
> *Tal declaração de extinção da punibilidade, conforme pacífico entendimento doutrinário, apaga todos os efeitos da condenação, como se ela nunca tivesse existido.*

Nesse sentido, leciona DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, na obra 'Prescrição Penal', Saraiva, 2003, pág. 153:

> *'(...) a prescrição retroativa extingue a pretensão punitiva, rescinde a sentença condenatória e exclui seus efeitos principais e secundários. Como se trata de forma de prescrição da pretensão punitiva, o decurso de prazo, incidindo em período anterior à publicação da sentença condenatória, extingue o poder-dever de punir do Estado. De forma que no momento em que o Juiz profere a decisão não há mais o jus puniendi. Assim, a aplicação da prescrição retroativa rescinde a sentença condenatória, que só tem valor em termos de fixação da quantidade da pena privativa da liberdade, não subsistindo em nenhum de seus efeitos principais e secundários. Se o réu, dois anos após ser favorecido pela prescrição retroativa, vier a praticar outro delito, não será considerado reincidente por ausência de seu pressuposto, qual seja, a condenação anterior'."*

Cita o nobre Relator, ainda, Celso Delmanto, *in Código Penal Comentado*, Ed. Renovar, 2002, p. 227, e Antônio Lopes Baltazar, em sua obra *Prescrição Penal*, Edipro Editora, 2003, pp. 91/92.

A jurisprudência citada faz menção ao *RESP nº 665.531*, cujo Relator foi o Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 7mar2005.

Concluiu citando Julio Fabbrini Mirabete, *in Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 2000, p. 1520.

E, finalmente, deu provimento ao recurso de ofício para cassar a decisão ***a quo***, que concedeu reabilitação ao ST Mauro Cavalcante de Souza Filho, por ser o mesmo "carecedor da ação".

Ocorre que o nobre Relator, como nos demais casos trazidos a exame, nesta Corte, cita "apenas" doutrina e jurisprudência referentes à legislação substantiva e adjetiva ordinária as quais sofreram inúmeras alterações desde 1969 até a presente data.

Volto a afirmar que tais argumentos não se prestam ao exame do tema em nossa legislação especial, se não vejamos:

O ilustre Professor Damásio E. de Jesus, um voluptuoso escritor dos temas jurídicos penais, conta em seu "acervo" seguidos livros e edições comentando o Código Penal e Processual Penal comum, com opiniões, às vezes, divergentes, não por descuido, porém em conseqüência das inúmeras alterações procedidas nas legislações ordinárias.

Em seu livro *Prescrição Penal*, Editora Saraiva, 1989 (4ª edição), o nobre Professor analisa a Prescrição Retroperante ante a Súmula 146, do Supremo Tribunal Federal, e o Anteprojeto do Código Penal de 1969 (igual ao nosso) e a Lei nº 6.016 de 1973.

Ao analisar o § 1º, do artigo 111 do Anteprojeto do Código Penal de 1969, o mesmo assim se manifestou:

> *"Em 1963, um ano antes da edição da Súmula 146 do primitivo STF, foi publicado o Anteprojeto de CP, que, no art. 110, § 1º, com a indicação marginal 'superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre', adotava expressamente a prescrição retroativa: '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'.*
>
> *O Decreto-lei nº 1.004, que instituiu o CP de 1969, não adotou o princípio retroativo no tocante à pena imposta na sentença sem recurso da acusação. O art. 111, § 1º, com a indicação marginal 'superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre', impedia o efeito retroativo: 'A prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos' (grifo nosso). A expressão daí por diante indicava que a pena imposta na sentença, havendo apelação somente do réu, passava a regular o prazo prescricional superveniente à data de sua publicação, vedado o efeito retroativo. Recorrendo somente o réu e não havendo, em face disso, possibilidade de ser agravada a pena, da sentença em diante ela passava a reger a prescrição. Assim, a sentença condenatória cumpria sua função de causa interruptiva do prazo prescricional, permitindo que após ela recomeçasse a correr outro*

lapso, agora não mais regulado pela pena abstrata, mas concreta. Sobre o tema, explicava a Exposição de Motivos: 'Em matéria de prescrição, o Projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão' (nº 37).

Surgiu então o Projeto de lei nº 1.457, de 1973, do Poder Executivo, apresentando emendas ao CP de 1969. O § 1º do art. 111 teve sua indicação marginal alterada para 'superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação'. Rezava o texto: 'A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos'. Na Exposição de Motivos do Projeto, o então Min. Alfredo Buzaid esclarecia que, com fundamento na doutrina de Nélson Hungria e acatando o princípio contido na Súmula 146 do primitivo STF, a disposição adotava o princípio sumular retroativo. Para isso, havia suprimido a expressão 'daí por diante', não mais exigindo recurso exclusivo do réu, mas trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Estava aceito o princípio de que a pena concretizada na sentença, sem possibilidade de agravação em face da inexistência de recurso da acusação, era a sanção ab initio justa para a resposta penal, revelando-se a sanção abstrata muito severa e injusta para regular o lapso prescricional.

No final de 1973 surgiu a Lei nº 6.016, de 31 de dezembro, fruto do projeto de lei nº 1.457/73, que introduziu modificações no CP de 1969. O art. 111, § 1º, mantinha a mesma redação anterior, admitindo, segundo o Min. Alfredo Buzaid, a prescrição retroativa." (fls. 133/135).

A alteração de 1973 (Lei nº 6.016, de 31/12/1973) restabeleceu a possibilidade da ocorrência da prescrição retroativa, ao retirar a expressão "daí por diante".

Logo em seguida, tivemos a edição da Lei nº 6.416, de 24/5/1977, que alterou novamente o instituto da prescrição.

O artigo 110 passou a ter a seguinte redação:

> *"A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*
>
> *§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos (grifos nossos).*
>
> *§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por tempo inicial data anterior à do recebimento da denúncia."*

Afirma o mestre que "de forma 'complicada' e 'confusa', estava consagrada em nosso Código Penal a tese da prescrição retroativa, genuinamente incompatível criação brasileira, desconhecida na doutrina e na legislação estrangeira."

Assim, com o advento da inovação de 1977, passou a legislação penal ordinária a prever três espécies de prescrição:

1º) prescrição da pretensão punitiva (Código Penal, artigo 109);

2º) prescrição da pretensão executória (Código Penal, artigo 110, ***caput***); e

3º) prescrição retroativa (Código Penal, artigo 110, § 2º).

Continua o ilustre Professor em sua análise:

> *"... A Lei n. 7.209, de 11-7-1984, que deu nova redação à Parte Geral do CP de 1940, passou a reger a prescrição retroativa nos §§ 1º e 2º do art. 110:*
>
> *'§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.*
>
> *§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa'.*

Nos termos do novo sistema penal, duas são as espécies de prescrição em nossa legislação:

1ª) prescrição da pretensão punitiva: arts. 109 e 110, §§ 1º e 2º; e

2ª) prescrição da pretensão executória: art. 110, caput." (fl. 137).

Entendeu o Professor Damásio de Jesus que, a partir de 1984, passou a existir "Conflito Intertemporal de Leis" e nos ensina:

"...O art. 110, § 2º, do CP, com redação da Lei n. 6.416/77, havia incorporado o conteúdo da Súmula 146 do primitivo STF, restringindo o alcance da prescrição retroativa em dois pontos:

1º) o texto limitava a contagem do prazo extintivo da punibilidade entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória;

2º) só permitia que a extinção da punibilidade atingisse a pretensão executória da pena principal, subsistindo os outros efeitos da sentença condenatória.

O antigo parágrafo único do art. 110 do CP, em que se assentava a Súmula 146, não impedia a contagem do prazo anterior à denúncia. Tanto é que o primitivo STF, em certo período, admitia a consideração desse prazo. O texto do § 2º do art. 110, contudo, não permitia fosse levado em conta o tempo a partir da data do fato.

Incidente a Súmula 146, a sentença condenatória perdia total validade, salvo a eficácia de fixar a quantidade da pena para efeitos prescricionais retroativos. Assim, desapareciam todos os efeitos da sentença condenatória, principais ou acessórios. De acordo com o texto de 1977, entretanto, só era extinta a pretensão executória das penas principais, subsistindo a sentença condenatória, as primitivas penas acessórias, as medidas de segurança e as conseqüências secundárias da condenação.

Certo ou errado o seu conteúdo, a Súmula 146 tinha assento legal no antigo parágrafo único do art. 110 do CP, tanto

que todos os acórdãos do Pretório Excelso a ela faziam e fazem referência. Era então aquele dispositivo que permitia a incidência da prescrição retroativa.

Comparando-se as duas disposições, a do antigo parágrafo único com a do § 2º do art. 110 do CP, na reforma penal de 1977, via-se que aquele, em face das duas restrições da lei nova supramencionadas, era mais favorável ao réu. Diante disso, no conflito intertemporal de leis, prevalecia a ultra-atividade da disposição anterior. Em conseqüência, a Súmula 146 e o antigo parágrafo único do art. 110 do CP continuavam a regular os fatos ocorridos antes de 25-5-1977, data em que entrou em vigor a Lei nº 6.416. Não se tratava, que fique bem assinalado, de comparar a Súmula 146 com o anterior § 2º do art. 110 do CP. Cuidava-se de comparar duas disposições: uma, a do antigo parágrafo único, em que se assentava a Súmula 146, que permitia, com variação de entendimento na jurisprudência, os efeitos da prescrição retroativa; outra, a do anterior § 2º do art. 110 do CP, que, adotando expressamente o princípio sumular, não permitia a sua aplicação com todas as conseqüências da adoção da tese sumular, as quais a legislação antiga não impedia.

Com o advento da Lei nº 7.209, de 11-7-1984, que reformulou a Parte Geral do CP, a prescrição retroativa, como ficou consignado, retornou ao seu destino de forma de prescrição da pretensão punitiva." (fls. 138/141).

Finalmente, ao analisar os "efeitos" da prescrição (extinção da pretensão punitiva), afirmou:

"No regime da reforma penal de 1984, a prescrição retroativa extingue a pretensão punitiva, rescinde a sentença condenatória e exclui seus efeitos principais e secundários. Como se trata de forma de prescrição da pretensão punitiva, o decurso do prazo, incidindo em período anterior à publicação da sentença condenatória, extingue o poder-dever de punir do Estado. De forma que no momento em que o Juiz profere a decisão não há mais o jus puniendi. Assim, a aplicação da prescrição retroativa rescinde a sentença condenatória, que só tem valor em termos de fixação da quantidade da pena privativa da liberdade, não subsistindo em nenhum de seus efeitos principais e secundários. Se o réu, dois

anos após ser favorecido pela prescrição retroativa, vier a praticar outro delito, não será considerado reincidente por ausência de seu pressuposto, qual seja, a condenação anterior." (fls. 166/167).

É nesse sentido que se tem fixado toda a jurisprudência e a doutrina citadas pelo nobre Ministro-Relator e que, a meu sentir, imprestável ao exame da ***quaestio***, sob a égide do Código Penal Militar – Decreto-Lei 1.001, de 21/10/1969.

In casu, é mais grave a análise do tema, pois "não houve recurso quer do representante do Ministério Público Militar quer da Defesa", o que poderíamos entender que o que ocorreu foi a prescrição da pretensão executória e não da pretensão punitiva.

A controvérsia não pára aí, pois o próprio mestre citado, em seu livro *O Novo Sistema Penal*, comentando a Lei nº 6.416, de 24/5/1977, assim mencionou:

"... O termo prescrição, no sentido comum, significa preceito, ordem expressa; no sentido jurídico, significa perda de um direito em face de seu não-exercício dentro de certo prazo. Prescrição penal, num conceito preliminar, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Preferimos dizer que a prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo.

Nos termos do art. 108, IV, primeira figura do CP, a prescrição constitui causa de extinção da punibilidade. A prescrição faz desaparecer o direito de o Estado exercer o jus persequendi in judicio ou o jus punitionis, subsistindo o crime em todos os seus requisitos. Se a prescrição ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, vindo o sujeito a cometer novo crime, não é considerado reincidente, pois falta o pressuposto da recidiva (sentença condenatória anterior com trânsito em julgado). Se ocorre depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, esta subsiste com seus efeitos secundários, como, p. es., o de forjar a reincidência." (fls. 139/140).

.....

"Os efeitos da prescrição retroativa são semelhantes ao da prescrição da pretensão executória, com restrição. Extinta a punibilidade após o trânsito em julgado da sentença condenató-

ria (prescrição da pretensão executória), nos termos do que dispõe o art. 110, caput, do CP, desaparecem os efeitos principais da condenação, referentes à imposição das penas principais e medidas de segurança. Os efeitos secundários, porém, permanecem. Assim, se o sujeito vier a cometer novo delito, será considerado reincidente. Como ensinam José F. Argibay Molina e outros, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão executória, o único efeito é o de a pena não se poder fazer efetiva, 'pero la condena que la impuso no desaparece, extremo por el cual esa condena válida produce todos los efectos, por ejempo, que la ley le señala, tanto em orden a la reincidencia, como respecto de la condenación condicional'." (fl. 159).

.....

"Assim, o único efeito da prescrição retroativa é o de impedir a execução das penas principais, restando intangíveis os outros efeitos da sentença condenatória, referentes às penas acessórias, medidas de segurança e conseqüências reflexas (efeitos secundários da condenação como fato jurídico). A prescrição retroativa se assemelha à prescrição da pretensão executória, com restrição. Ocorre que em face desta desaparecem todos os efeitos principais da condenação (penas principais, acessórias e medidas de segurança). Na forma retroativa, porém, dentre os efeitos principais, somente são atingidas as penas principais.

Ex.: o sujeito pratica um crime de lesão corporal leve. Dois anos e dois meses depois do recebimento da denúncia é condenado a três meses de detenção. A acusação não recorre. O réu apela. Como a pena é inferior a um ano, não havendo recurso da acusação, aplica-se o princípio retroativo, considerando-se o prazo de dois anos a partir do recebimento da denúncia. O Tribunal pode aplicar o disposto no art. 110, § 2º, do CP, decretando a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Neste caso, só é extinta a pena principal (três meses de detenção), subsistindo a condenação e seus efeitos secundários." (fl. 160).

O Professor Damásio, mais adiante, analisando o trânsito em julgado para o acusado, assim se expressa:

"E se houver recurso do réu?

Eventual apelação do réu, tendo a sentença transitado em julgado para a acusação, não impede o juiz de decretar a extinção da punibilidade da pretensão executória. Neste caso, o recurso sobe, devendo o Tribunal examinar o mérito. Confirmando a condenação, subsiste a prescrição retroativa. Absolvido o réu, fica sem efeito a decretação da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.

E se a acusação recorre contra a decisão que decretou a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, apelando o réu pelo mérito?

Sobem os dois recursos (apelação e recurso em sentido estrito). O Tribunal, em primeiro lugar, examina o mérito. Mantida a condenação, passa a apreciar a incidência da prescrição retroativa." (fls. 164/165).

Entretanto, toda essa discussão e exegese pecam por não examinar o instituto da prescrição de forma correta, trazendo a análise dos mestres, abstraindo-se da peculiaridade que a prescrição retroativa é criação pátria, com oscilações e conflitos, a cada lei editada que venha alterar o Código Penal Brasileiro.

Urge distinguir entre prescrição da pretensão punitiva pela pena ***in abstracto*** e pela pena ***in concreto***.

No primeiro caso, não há como exigir do Estado o exame do ***meritum causae***, pois o mesmo não exerceu o ***jus persequendi*** se for antes do recebimento da exordial acusatória e já exerceu-o, se após o recebimento da denúncia, porém perdeu o ***jus puniendi***.

Nesses casos, pela pena ***in abstracto***, a prescrição impede o exame do mérito posto que o crime não existe mais perante o mundo jurídico.

Não há efeitos penais, posto que não houve o juízo da culpabilidade do acusado. Inexistem efeitos penais e extrapenais, ou principais ou secundários.

Já na prescrição da pretensão punitiva pela pena ***in concreto***, torna-se relevante o exame dos efeitos da condenação pelos seguintes motivos:

Primeiramente, o Estado, através do órgão próprio, o Judiciário, exerceu o ***jus persequendi*** através da ação penal própria e exerceu o ***jus puniendi***, aplicando ao acusado a sanção própria e justa, em tese, que só

não se efetivou em face do recurso do próprio réu e do trânsito em julgado para a acusação.

Assim, o órgão estatal reconheceu a existência do fato delituoso, sua materialidade, e afirmou a responsabilidade ou culpabilidade do réu.

Nesses casos, e somente nesses casos, reconhecida a prescrição retroperante pela pena ***in concreto***, está impedido o órgão estatal de aplicar, ou melhor, de executar a pena.

Jus puniendi é o direito de punir do Estado que difere do direito de executar a sanção aplicada.

Assim, o efeito principal da sanção que é o efetivo cumprimento da mesma, o Estado perde com a prescrição da pretensão punitiva pela pena ***in concreto***, e de forma retroperante.

Quanto aos efeitos secundários, somente atinge a reincidência e não impede que o Estado busque a reparação civil e administrativa do dano causado pela ação do réu.

Em complemento ao exposto, poderíamos citar trechos de inúmeros acórdãos que se amoldam ao texto do Código Penal Militar, tais como:

> *"Ementa: Extinguindo-se, por prescrição, a punibilidade do crime, o réu não perde o direito à ação para revisar o seu processo.*
>
> *Negando-se o Tribunal competente a conhecer do pedido de revisão sob o fundamento de que, em tal situação, o réu perdeu interesse em que se reveja o seu processo, pratica esse Tribunal certa forma de coação, pois o negar conhecimento a um tal pedido poderá comprometer, no futuro do réu, o seu direito à liberdade.*
>
> *Trata-se de coação que se pode remediar por habeas corpus." (HC nº 50.078-SP – Rel. Min. Antonio Neder, Pub. RTJ 63. Pg. 55).*
>
> .....
>
> *"Ementa: Habeas corpus. Não é possível, em habeas corpus, indagar da existência, ou não, de justa causa, após decreto de extinção da punibilidade, pela prescrição. Pedido prejudicado." (HC nº 46.070-SP – Rel. Min. Eloy da Rocha. Pub. 20.02.1970).*

E muito mais.

A relevância da discussão acerca do tema tem outro enfoque diverso do trazido à colação pelo ilustre relator, que é o equívoco contido em nosso Código Penal Militar quando em seu artigo 123 inseriu a reabilitação como causa de extinção de punibilidade.

O Código Penal Militar, em sua exposição de motivos, em seu item 13 justificou a introdução desse instituto às causas de extinção de punibilidade, ao dizer:

> *"13. Dentre as causas extintivas da punibilidade, o Projeto incorporou, em suas linhas gerais, a recente lei sobre reabilitação, que alterou os dispositivos do Código Penal comum relativos a este instituto. A nova legislação tornou-o mais humano incentivando de modo positivo a regeneração do delinqüente. Não poderia o Código Penal Militar deixar de adotá-lo, na forma da lei promulgada pelo Governo revolucionário."*

Acontece que, em seguida, o legislador veio a retirar a "reabilitação" das causas de extinção de punibilidade, o que demonstra a miscelânea, a confusão de teorias inseridas e alteradas em nossos códigos, deixando ao exegeta incauto a mercê de teorias até conflitantes.

Com o advento da Lei 7.209/84, reformando ao Parte Geral do Código Penal, passou a vigorar o entendimento de que a reabilitação apenas suspende alguns efeitos da sentença penal condenatória, como se verifica no item 82 da Exposição de Motivos do Código Penal:

> *"A reabilitação não é causa extintiva da punibilidade e, por isso, ao invés de estar disciplinada naquele Título, como no Código vigente, ganhou Capítulo próprio no Título V. Trata-se de instituto que não extingue, mas tão-somente suspende alguns efeitos penais da sentença condenatória, visto que a qualquer tempo, revogada a reabilitação, se restabelece o* ***statu quo ante****. Diferentemente, as causas extintivas da punibilidade operam efeitos irrevogáveis, fazendo cessar definitivamente a pretensão punitiva ou a executória".*

Assim, o equívoco inserto em nossa legislação especial, vem confundir institutos e dificultar uma interpretação sistêmica e comparativa com a legislação ordinária e seus inúmeros doutrinadores e intérpretes.

Ademais, o que busca o requerente com o presente pedido de reabilitação é justamente o sigilo das informações acerca do processo a que respondeu perante a nossa justiça especializada, e que só poderá ocorrer com a reabilitação. As "demais" causas de extinção de punibilidade, em qualquer de suas formas não têm o condão de determinar o setor de registro processual do órgão do judiciário de suprimir ou apagar os mesmos.

Correto, pois o ex-réu em requerer a reabilitação, como corretos estão o juiz "a quo" que a concedeu; o representante do Ministério Público Militar que opinou favoravelmente; e o representante da Procuradoria-Geral que, de igual forma, manifestou-se pela legalidade do benefício, com o conseqüente desprovimento do recurso de ofício.

Assim sendo, divergindo do ilustre Ministro-Relator, CONHEÇO do recurso interposto pelo réu, ST MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO, e NEGO-LHE provimento, mantendo a decisão que concedeu reabilitação ao mesmo, na forma da Lei.

Superior Tribunal Militar, 24 de outubro de 2006.

Dr CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA

Votei vencido no presente feito pelas razões que passo a expor.

Trata-se de recurso de ofício interposto pela Drª. Juíza-Auditora da Auditoria da 6ª CJM contra Decisão que concedeu reabilitação ao Subtenente do Exército MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO.

Segundo consta nos autos, o Reabilitando foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 175, parágrafo único (violência contra inferior, com a aplicação da pena do crime contra a pessoa) c/c os arts. 209 (lesão leve), 213 (maus-tratos) e 216 (injúria), todos do CPM.

A denúncia foi recebida em 12 de agosto de 1998.

Por Sentença de 21 de março de 2001, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército declarou extinta a pretensão punitiva do Estado

pela ocorrência da prescrição no tocante ao crime do art. 216, absolveu o 2º Sargento MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO do crime do art. 213, e condenou-o à pena de 03 (três) meses de detenção pela prática do crime previsto no art. 175, e à pena de 04 (quatro) meses de detenção pelo do art. 209, *caput*, todos do CPM, totalizando 07 (sete) meses de detenção, convertida em prisão, com o benefício do *sursis* por dois anos (fls. 05/14).

A Sentença transitou em julgado em 03 de abril de 2001 (fl. 18).

Em Decisão de 02 de maio de 2001 o Magistrado *a quo* declarou extinta a punibilidade quanto aos crimes dos arts. 175 e 209 do CPM pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua forma retroativa, *"com esteio nos art. 123, inc. IV c/c art. 125, inc. VII e seu parágrafo único, todos do Código Penal Militar"*, e determinou o arquivamento dos autos (fls. 17/18).

Em 03 de agosto de 2006 a Defesa requereu a reabilitação do Subtenente MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO aduzindo que no site do STM constam as informações sobre o processo a que ele respondeu perante a Auditoria da 12ª CJM e que necessita regularizar sua situação funcional, pois está concorrendo a processo de seleção para missão no exterior (fls. 02/04).

Juntou ao pedido, dentre outros documentos, cópias da Sentença condenatória e da decisão que declarou a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa (fls. 05/14 e 17/18); Certidões Negativas cíveis e criminais da Justiça Eleitoral (fls. 19, 24 e 25); da Justiça Estadual (fls. 20 e 27); da Justiça Militar (fls. 21 e 23); da Justiça Federal (fls. 22 e 26), fornecidas pelo Poder Judiciário dos Estados da Bahia e do Amazonas; e Folhas de Alterações do Reabilitando referentes ao período compreendido entre o primeiro semestre de 1985 e o primeiro semestre de 2006 (fls. 30/153).

Após manifestação favorável do Representante Ministerial (fls. 161/162), a Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª CJM concedeu a reabilitação e recorreu de ofício, nos termos do art. 654 do CPPM (fls. 164/165).

Verifica-se dos autos que a referida Decisão não pode subsistir.

Insurgiu-se a Defesa contra o fato de estarem disponibilizadas na internet, no site do STM, informações acerca do processo a que o Reabilitando respondeu perante a Justiça Militar. Aduziu que ele necessita regu-

larizar sua situação funcional, pois está concorrendo a processo de seleção para missão no exterior.

Conquanto tenha razão em postular o sigilo dos referidos dados, não é o pedido de reabilitação o meio adequado para sua obtenção.

A reabilitação criminal constitui a reintegração do condenado no exercício dos seus direitos que haviam sido atingidos pela sentença condenatória. Alcança, portanto, apenas o réu condenado.

Conforme consta às fls. 17/18, em 02 de maio de 2001 foi declarada extinta a punibilidade dos crimes praticados pelo Reabilitando em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, e determinado o arquivamento dos autos.

De fato, considerando a pena em concreto aplicada na sentença – 03 (três) meses de detenção pelo art. 175, e 04 (quatro) meses de detenção pelo art. 209, ambos do CPM - verifica-se que entre o recebimento da denúncia, em 12 de agosto de 1998 (fl. 06) e a publicação da sentença condenatória, em 21 de março de 2001 (fl. 14) decorreu prazo superior a dois anos.

Tal declaração de extinção da punibilidade, conforme pacífico entendimento doutrinário, apaga todos o efeitos da condenação, como se ela nunca tivesse existido.

Nesse sentido, leciona DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, na obra "Prescrição Penal", Saraiva, 2003, pág. 153:

> *"(...) a prescrição retroativa extingue a pretensão punitiva, rescinde a sentença condenatória e exclui seus efeitos principais e secundários. Como se trata de forma de prescrição da pretensão punitiva, o decurso de prazo, incidindo em período anterior à publicação da sentença condenatória, extingue o poder-dever de punir do Estado. De forma que no momento em que o Juiz profere a decisão não há mais o jus puniendi. Assim, a aplicação da prescrição retroativa rescinde a sentença condenatória, que só tem valor em termos de fixação da quantidade da pena privativa da liberdade, não subsistindo em nenhum de seus efeitos principais e secundários. Se o réu, dois anos após ser favorecido pela prescrição retroativa, vier a praticar outro delito, não será considerado reincidente por ausência de seu pressuposto, qual seja, a condenação anterior".*

CELSO DELMANTO em "Código Penal Comentado", Ed. Renovar, 2002, pág. 227 leciona sobre os efeitos da prescrição retroativa:

> *"(...) Não implica responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, nem gera futura reincidência; o réu não responde pelas custas de processo e os danos poder-lhe-ão ser cobrados no cível, mas só por via ordinária".*

ANTONIO LOPES BALTAZAR, na obra "Prescrição Penal", Edipro Editora, 2003, págs. 91/92, assim se manifesta sobre o tema:

> *"Declarada extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, é como se não tivesse havido punição; assim, não terá incidência qualquer efeito resultante de uma sentença condenatória (...)".*

A própria Administração Militar não ignorou os efeitos da declaração da prescrição da pretensão punitiva pelo Juízo a quo.

Consta nas Folhas de Alterações do Reabilitando o Ofício nº 299 – Asse Jur/6, de 08 de novembro de 2004, do Comandante da 6ª Região Militar ao Comandante do Centro de Embarcações do Comando Militar da Amazônia, nos seguintes termos:

> *"- 1.Versa o presente expediente sobre a mudança de comportamento do referido militar, dessa OM. – 2. Em atenção aos documentos da referência, informo a esse Comando que o referido militar foi condenado nos autos do processo Nr 09/98-3, que transitou na 6ª CJM. em 21 de março de 2001, a pena de 07 meses de prisão, quanto aos crimes previstos nos Arts. 175 e 209, ambos do CPM, convertida em sursis (suspensão condicional da pena) pelo prazo de 02(dois) anos, conforme publicação no Boletim Regional Nr 064, de 04 de abril de 2001, da 6ª Região Militar, cujo trânsito em julgado se deu em 03 de abril de 2001, conforme publicação no Boletim Regional Nr 095, de 22 de maio de 2001, da 6ª Região Militar. Por ocasião das reportadas publicações a Companhia de Comando da 6ª Região Militar devia ter alterado o comportamento de referido militar, do EXCEPCIONAL para o MAU, conforme prescreve o Art 51 do Dec 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército), porém esse ato administrativo não se efetivou, conforme indicam as Folhas de Alterações anexas. –3. No entanto, em 02 de maio de 2001, o*

Juiz-Auditor da 6ª CJM declarou extinta a punibilidade quanto aos crimes previstos nos Arts. 175 e 209, ambos do CPM, em virtude de o Estado ter perdido a pretensão punitiva, com fulcro no Art. 123, IV, combinado com o Art. 125, VII e seu § único, ambos do CPM; cuja comunicação foi realizada por aquele Juízo no mesmo momento do trânsito em julgado da sentença, sendo publicada no Boletim Regional Nr 095, de 22 de maio de 2001, da 6ª Região Militar, fato que também não constou das Folhas de Alterações do militar por equívoco da sua OM à época. –4. O reconhecimento judicial da prescrição da pretensão punitiva extinguiu o aludido processo Nr 09/98-3, que transitou na 6ª CJM, no qual o militar havia sido condenado, evento que eliminou qualquer conseqüência penal ou administrativa resultante da extinta condenação, como se o processo jamais tivesse existido, consoante dispõe a legislação, a doutrina e a jurisprudência jurídica. –5. Diante do exposto, a Administração Militar deve retificar o comportamento do referido militar de MAU, em decorrência da condenação penal, para EXCEPCIONAL, que era o comportamento anterior à condenação, em virtude de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, situação devidamente comprovada pelas cópias dos Boletins Regionais que se seguem anexas" (fl. 138).

Com efeito, continuou a constar nas Alterações do militar o comportamento "EXCEPCIONAL". Assim, também não se vislumbra a alegada irregularidade na situação funcional do Reabilitando.

Como já afirmado, o meio eleito não foi o adequado para buscar o direito que efetivamente o Reabilitando tem de que não sejam disponibilizados na internet os dados referentes à condenação e subseqüente extinção da punibilidade. No caso, a sentença condenatória foi rescindida pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa. E se não existe condenação, não é cabível a reabilitação criminal, pois não há do que se ser reabilitado. Não existiu pena e nem foram atingidos direitos a que o Reabilitando precise ser reintegrado. Tanto assim que chegou a ser promovido no continuar de sua carreira, sendo hoje Subtenente.

Cite-se, por oportuno, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REABILI-TAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE PRO-CESSUAL.*

Uma vez decretada a prescrição punitiva e inexistindo, portando, qualquer condenação, resta ausente o interesse processual de se obter a reabilitação criminal.

Recurso não conhecido." (Recurso especial nº 665.531, Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 07/03/2005).

No mesmo diapasão encontramos na obra de JULIO FABBRINI MIRABETE, Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 2000,pág. 1520, os seguintes julgados:

"*Declarada extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da ação penal, inexiste, pois condenação. Destarte, não pode ser reabilitado quem não foi punido (RT 423/365)*".

"*Tendo sido extinta a punibilidade do réu pela prescrição da pretensão punitiva, ainda que de natureza retroativa, é incabível a reabilitação que só atinge os efeitos penais da condenação (RJDTACRIM 2/223)*".

A queixa manifestada pelo ST MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO precisa, de fato, ser sanada, e pode perfeitamente ser resolvida no âmbito administrativo, devendo a Corte determinar a exclusão dos registros referentes ao feito atingido pelo evento prescricional, como já é praxe em outros órgãos de justiça.

Assim, dava provimento ao recurso de ofício para cassar a Decisão da MMª Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 6ª CJM que concedeu reabilitação ao Subtenente MAURO CAVALCANTE DE SOUZA FILHO, por ser o Reabilitando carecedor da ação, determinando fosse oficiada a Auditoria de Correição da Justiça Militar para providências junto ao setor competente de modo a sanar o problema apresentado pelo Reabilitando.

Superior Tribunal Militar, em 24 de outubro de 2006.

Alte Esq RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA
Ministro-Relator

RECURSO CRIMINAL (FO) Nº 2006.01.007400-2-MS

Recurso Criminal. Posse de entorpecentes. Local não sujeito à Administração Militar. Propositura da ação penal. Incompetência da Justiça Militar Federal. Recurso provido. *Reforma da decisão declaratória de incompetência da Justiça Militar, por ocasião do juízo de retratação, previsto no art. 520 do CPPM. Interposição de Recurso Inominado da DPU, com fulcro no parágrafo único do aludido dispositivo. Ao Ministério Público Militar, para propor a ação penal, impõe-se a narração do fato delituoso com todas as suas elementares e indícios que levam à convicção da existência do crime e de sua autoria, consoante estabelece o art. 30 do Código Adjetivo Castrense. A propositura da ação penal pressupõe, sempre e necessariamente, a presença de indícios da existência do crime e da sua autoria; descabe conjecturar que tais elementos venham a se configurar no transcorrer da instrução criminal. Ausente a elementar "local sujeito à Administração Militar", prevista no art. 290 do CPM, e, não havendo ainda quaisquer indícios das condutas assimiladas descritas no § 1º do aludido dispositivo, impõe-se a rejeição da denúncia por absoluta incompetência desta Justiça Castrense. Recurso defensivo provido. Decisão unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

Recorrente — MICHAEL DOMBERTO DA SILVA CARDOSO, ex-Sd Ex, incurso no art. 290, *caput*, c/c o art. 72, incisos I e III, alínea *d*, do CPM, e JONAS BARROS DE MELLO, Sd Ex, incurso no art. 290, *caput*, do citado diploma legal.

Recorrida — A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 27.11.2006, proferida nos autos do Processo nº 32/06-8, que declarou a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os recorrentes.

Advogada — Dra. Daniele de Souza Osório, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso interposto pela Defensoria Pública da União para, desconstituindo a Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, proferida nos autos do Processo nº 32/06-8, declarar a incompetência da Justiça Militar da União para julgar o referido feito.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. 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, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Flavio Flores da Cunha Bierrenbach e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro William de Oliveira Barros encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 48ª Sessão (Extraordinária), 08.08.2007).

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em dar provimento ao Recurso interposto pela Defensoria Pública da União para, desconstituindo a decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, proferida nos autos do Processo n.º 32/06-8, declarar a incompetência da Justiça Militar da União para julgar o referido feito.

Brasília, 08 de agosto de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Antonio Apparicio Ignacio Domingues*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelos ex-Sd Ex Michael Domberto da Silva Cardoso e Sd Ex Jonas Barros de Mello contra a decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), de 27 de novembro de 2006, proferida nos

autos do Processo nº 32/06-8, que declarou a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os recorrentes.

O Ministério Público Militar (MPM) ofereceu denúncia em desfavor dos recorrentes, em 30 de agosto de 2006, como incursos no art. 290 do CPM, pelos seguintes fatos (fls. 02/06):

> (...)
>
> "Os presentes autos noticiam que os **Soldados Ex MICHEL** (sic) **DOMBERTO DA SILVA CARDOSO e JONAS BARROS DE MELO** (sic), ambos então servindo no 20º Regimento de Cavalaria Blindado, **foram flagrados, em data de 14 de julho de 2006**, por estarem portando uma 'caixa de fósforos' contendo em seu interior **3 (três) pedras na cor branca/amarelada exalando odor e com todas as características de substância entorpecente 'cocaína'**, substância entorpecente de posse, uso e comércio proscritos no país. Vislumbra-se desde logo, portanto, o crime militar de nomen juris 'tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar', ex vi do art. 290, caput, do Código Penal Militar, sobressaindo-se, de pronto, a competência da Justiça Militar da União (...)
>
> Houve como **condutor** do APF o Cb PM Ricardo Marques Benites (...)
>
> Em seu depoimento, o **condutor** asseverou que em ronda pela estrada que liga a Av. Tamandaré com a Rua Marques de Herval, atrás da chácara do Latino, bairro Nova Lima, por volta das 18 hs do dia 14 de julho de 2006, fez a abordagem dos denunciados, que se encontravam numa moto e em atitude suspeita, e, procedendo à busca pessoal, encontrou o objeto material do delito (...)" (sem grifo no original).

A exordial acusatória se baseou no Auto de Prisão em Flagrante nº 51/2006 (fls.16/20); Exame de Constatação (fl. 26); Notas de culpa (fls. 27/28); Termo de Apreensão de Material (fl. 29); Exames de Corpo de Delito (fls. 75/78); e Laudo Pericial Químico Toxicológico (fls. 82/89).

Por decisão de 24 de julho de 2006 (fls. 55/56), o Juízo da Auditoria da 9ª CJM concedeu aos Recorrentes a liberdade provisória requerida pelo *Parquet* castrense (fls. 39/45) e pela Defensoria Pública da União

(DPU) (fls. 48/53), ante a ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, nos moldes previstos no art. 255 do CPPM, sendo cumpridos os respectivos alvarás de soltura nessa mesma data (fls. 58/59).

Em 18 de agosto de 2006, o Recorrente Michael Domberto da Silva Cardoso foi licenciado do Serviço Militar (fl. 79), após pronunciamento favorável daquele Juízo (fls. 66/68) ao responder a consulta do Comandante do 20º Regimento de Cavalaria Blindado sobre a possibilidade de licenciá-lo, ante o fato de já ter cumprido tempo de serviço militar inicial (fl. 61).

A denúncia foi recebida em 04 de setembro de 2006 (fls. 92/93).

O Recorrente Jonas Barros de Mello, Sd Ex, foi qualificado e interrogado em 27 de setembro de 2006. Na oportunidade, confirmou terem sido flagrados por policial militar estadual em local próximo a uma chácara, mas negou qualquer ligação com entorpecentes encontrados no chão e com o Recorrente Michael Domberto da Silva Cardoso, pois apenas teria dado carona a ele após o término do seu serviço no quartel, sem saber, no entanto, que ele era usuário de drogas (fls. 104/107).

Na mesma ocasião, **a Defensoria Pública da União argüiu exceção de incompetência da Justiça castrense**, *ex vi* do art. 143 do CPPM, asseverando que o crime não ocorrera em local sujeito à Administração Militar, como exige o art. 290 do CPM. Ainda, segundo a Defesa, os Recorrentes não estavam em serviço nem tampouco havia indícios de que um fornecera substância entorpecente ao outro, não havendo, conseqüentemente, como aplicar o § 1º do art. 290 do CPM. A vista de tais argumentos, **o Conselho Permanente de Justiça acolheu os argumentos da Defesa e decidiu declinar da competência para julgar o feito** (fls. 113/119).

Irresignado com a antecitada Decisão, **o Ministério Público Militar interpôs Recurso em Sentido Estrito** (fls. 123/124), em cujas razões de recurso asseverou que *"(...) por não ter sido provado que os acusados não estavam em serviço no momento do porte ilegal da cocaína, bem como que um não recebeu o objeto do delito de outro militar, a competência da Justiça Militar da União, conforme artigo 9º, I, do Código Penal Militar, é de rigor."* (fl. 131).

Por sua vez, a Defensoria Pública da União contra-arrazoou os argumentos ministeriais aduzindo que *"(...) A premissa utilizada no recurso é equivocada, uma vez que, ao contrário, deveria ter sido produzida prova de que os acusados estavam efetivamente de serviço naquele horário."* (fl. 137).

Em Juízo de Retratação, na data de 27 de novembro de 2006, conforme faculta o art. 520 do CPPM, o **Conselho Permanente de Justiça decidiu reformar a decisão recorrida e declarar a competência da Justiça Militar**, com esteio nos seguintes argumentos, *in verbis*:

> *"(...) que até agora somente foram feitos os Interrogatórios e requerido Exame de Constatação Preliminar, o qual não consta nos autos, havendo necessidade de se verificar melhor as provas da Instrução Criminal, se o crime em tela é, ou não, da competência da Justiça Militar da União. (...)"* (fl. 144)

Diante da retratação do Conselho Permanente de Justiça, nos termos do parágrafo único do art. 520 do CPPM, a **DPU interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito para restabelecer a primeira Decisão do CPJEx, que declarou a incompetência desta Justiça especializada**, utilizando os mesmos argumentos expostos nas referidas Contra-Razões (fls. 143/144).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por intermédio de parecer da lavra do douto Subprocurador-Geral Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (fls. 152/155), pronunciou-se no sentido de que deva ser mantida *"(...) inalterada a r. Decisão de incompetência proferida na Ação Penal nº 32/06-8, da Auditoria da 9ª CJM."* (fl. 155).

Relatados, decide-se.

VOTO

O presente recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, portanto, ser conhecido. **Quanto ao mérito, impõe-se o seu provimento.**

O Ministério Público Militar, ao imputar aos Recorrentes conduta prevista no *caput* do art. 290 do Código Penal Militar, afirma a competência desta Justiça especializada por entender se tratar de crime contra a saúde pública, definido na lei penal militar de modo diverso da lei penal

comum, mais especificamente o art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, incidindo assim o art. 9º, inciso I, do CPM.

Dentre as elementares do referido delito, sobressai a locução "lugar sujeito à Administração Militar"; ou seja, os diversos comportamentos descritos nos tipos somente serão reprimidos se executados em lugar sujeito à Administração Militar.

Noticiam os autos que o Juiz *a quo*, depois de recebida a denúncia, notou que os fatos não se passaram em local sujeito à Administração Militar, mas em área de circulação urbana. Essa constatação levou o Conselho Permanente de Justiça, posteriormente, a declinar da competência desta Justiça para julgar a *quaestio*. Vejamos trecho transcrito dos fundamentos decisórios, *in verbis*:

> *(...)*
>
> *"Verifica-se que os dois acusados, quando flagrados,* ***não estavam em local sujeito à Administração Militar. Não estavam em serviço ou em missão de natureza militar nem estavam em manobras ou exercício militares.***
>
> ***A Denúncia e o APF não descrevem, nem de forma remota, indícios de fornecimento de substância entorpecente de um militar para outro militar.*** (sem grifo no original)
>
> *Desta forma, o fato não se enquadra no artigo 290, caput, conforme denunciados, e também não se enquadra nos incisos do parágrafo 1º do mesmo dispositivo.*
>
> *Por esse motivo, a Denúncia poderia não ter sido recebida. Ocorre que a Juíza-Auditora que abaixo assina, em um primeiro momento, equivocou-se a respeito do local onde os acusados foram flagrados, achando que se tratava de local sujeito à Administração Militar. Por isso, a Denúncia foi recebida."* (fl. 117)

Forçoso é reconhecer que **a ausência da elementar "local sujeito à Administração Militar", prevista no art. 290 do CPM, por si só, afasta a competência da Justiça Castrense;** por conseguinte, a denúncia deveria ter sido mesmo rejeitada, em face de *"(...) o fato narrado não constituir evidentemente crime da competência da Justiça Militar;"*, segundo a dicção do art. 78, alínea *b*, do CPPM.

Conseqüentemente, a reforma da aludida decisão, fundada no argumento de que, no transcurso da instrução criminal, a competência da Justiça Militar poderia ser firmada caso se comprovasse a ocorrência dos casos assimilados previstos no § 1º, incisos I e III, do art. 290, do CPM, resultou em novo equívoco daquele Juízo.

A propositura da ação penal pressupõe, sempre e necessariamente, indícios da existência do crime e da sua autoria, consoante estabelece o art. 30 do Código Adjetivo Castrense. Meras suspeitas, que não constituam induções lógicas e diretas de fatos provados, não são provas, nem princípio de prova, e, por isso, não autorizam a propositura da ação penal.

Cabe ao Ministério Público Militar, ao propor a ação penal e desde logo, narrar o fato delituoso com todas as suas elementares apontando os indícios que o levaram à convicção da existência do crime e de sua autoria, e não no transcorrer da instrução criminal. Desse modo, a doutrina de José Frederico Marques, *in verbis*:

> *"O que deve trazer os caracteres de certa e determinada, na peça acusatória, é a imputação. Esta consiste em atribuir à pessoa do réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituosos; por isso, imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta do acusado descrevendo-a o acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada.*
>
> *Uma vez que, no fato delituoso, tem o processo penal o seu objeto ou causa material, imperioso se torna que os atos que o constituem venham devidamente especificados, com a indicação bem clara do que se atribui ao acusado."* [5]

Apesar de os laudos periciais, preliminar e definitivo, oriundos do Batalhão de Polícia do Exército (fl. 26) e do Instituto de Análises Laboratoriais Forenses (fls. 82/89), respectivamente, terem identificado a substância como cocaína, não há subsunção da conduta descrita da denúncia, nem de forma alternativa, a nenhuma das condutas previstas no art. 290 do CPM.

---

[5] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, José Frederico Marques. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. 2v, p. 186.

Os Recorrentes, quando flagrados pela Polícia Militar Estadual do Mato Grosso do Sul, além de estarem em local não sujeito à Administração Militar, não estavam em serviço e, segundo consta da própria denúncia, *"Não há prova nos autos de que o denunciado praticara qualquer ato de traficância (...)"* (fl. 05).

Ademais, admitir-se-ia a imputação dos Recorrentes aos tipos penais previstos nos incisos I a III do § 1º do art. 290 do CPM, de modo a firmar a competência desta Justiça, se o *Parquet* castrense tivesse, ao propor a ação penal, ventilado, mesmo que implicitamente, essas hipóteses apontado os respectivos indícios para que, no transcorrer da instrução, fossem comprovados ou não.

Por oportuno, vale citar o parecer do douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, *in verbis*:

> *(...)*
>
> *"Não obstante o esforço do Ministério Público em defesa da jurisdição especializada, o caso retratado nos autos não reserva dúvida sobre a natureza do crime. Os agentes se encontravam fora da área militar, em logradouro destinado à circulação urbana, quando sofreram revista pela polícia, encontrando-se em seu poder uma pequena porção de substância entorpecente de uso proibido.*
>
> *Os autos oferecem informação verossímil sobre a situação dos acusados. Nesse sentido, o acusado Jonas Mello declarou que 'cumpria expediente normal e não estava de serviço; que, naquela data, saiu do quartel às 17horas30min para apresentar-se às 18h00min hora, no Círculo Militar; que, na hora que foi preso, o depoente estava com roupa de garçom (...)'.*
>
> *Por outro lado, para se configurar as hipóteses assimiladas ao artigo 290 do CPM, como refere o Ministério Público, caberia se exigir indícios veementes das condutas ali descritas. Não é o caso de se aceitar conjectura ou suposição.*
>
> *(...) Não é preciso dizer que a matéria apresenta índole constitucional e a persistência de um julgamento no juízo absolutamente incompetente resulta nulidade do processo. (...)"* (fls. 154/155)

Destarte, é de ser reformada a decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM proferida, nos autos do Processo nº 32/06-8, que declarou a competência desta Justiça Militar para julgar os recorrentes.

RECURSO CRIMINAL Nº 2007.01.007411-8-MS

RECURSO CRIMINAL CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU DENÚNCIA DO MPM POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. *1. A denúncia narra atitude desrespeitosa de um soldado da Polícia Militar, em função de policiamento ostensivo, para com um oficial do Exército, dentro de vila militar. 2. A vila militar é considerada área sob administração militar e, portanto, sob jurisdição militar (Conflito de Competência nº 61.859/MS, relatora Min. Laurita Vaz, DJ de 13/09/2006); 3. De acordo com a emenda constitucional nº 18 de 05/02/1998, o militar integrante das FFAA e o Policial Militar integrante das corporações dos Estados são militares da ativa, sendo o primeiro da esfera federal e o segundo da esfera estadual; 4. A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o art. 22 do CPM. Do mesmo modo, a orientação contida no enunciado da Súmula 297 do Supremo Tribunal Federal, editada em 16/12/1963, encontra-se superada ante o novo texto constitucional. Precedente deste Tribunal (Recurso Criminal nº 2002.01.7044-9); 5. Recurso Criminal conhecido e provido. Unânime.*

Relator — Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Recorrente — O Ministério Público Militar.

Recorrida — A Decisão da MMª. Juíza-Auditora da Auditoria da 9ª CJM, de 31/10/2006, proferida nos autos do IPM nº 37/06, que

rejeitou a denúncia oferecida contra o Sd PM SANDRO MORAES AOKI, como incurso no art. 163 do CPM, com fundamento no art. 78, alínea "b", do CPPM.

Advogado — Dra. Daniele de Souza Osório, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso ministerial para cassar a Decisão recorrida e declarar a competência da Justiça Militar da União para processar o feito, com fundamento nos arts. 42, 125 e 142 da Constituição Federal, c/c o art. 9º, incisos II, alínea "a", e III, alínea "b", do Código Penal Militar, determinando a baixa dos autos à Auditoria da 9ª CJM para a análise dos demais requisitos da Denúncia.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do- Ar Henrique Marini e Souza. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach e José Alfredo Lourenço dos Santos. (Extrato da Ata 49ª Sessão (Extraordinária), 13.08.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL PARA CASSAR A DECISÃO RECORRIDA E DECLARAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA O PROCESSAMENTO DO FEITO, com fundamento nos artigos 42, 125 e 142 da nossa Constituição Federal, c/c o art. 9º, incisos II, alínea "a", e III, alínea "b", do Código Penal Militar, determinando a baixa dos autos à Auditoria da 9ª CJM para a análise dos demais requisitos da Denúncia.

Brasília, 13 de agosto de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público Militar interpôs o presente recurso em sentido estrito contra a respeitável decisão da MMª Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 9ª CJM (fls. 175/178), que rejeitou Denúncia oferecida contra o Sd PM SANDRO MORAES AOKI, como incurso no art. 163 do CPM (recusa de obediência).

2. A Denúncia (fls.166/172) foi ofertada em 10/10/2006 com base nos elementos colhidos no IPM nº 037/06, mandado instaurar pelo Comando do 11º Regimento de Cavalaria Mecanizado, a requerimento do Ministério Público Militar.

3. Os autos do IPM noticiam que, no dia **21 de abril de 2005**, por volta das 16h, o 1º Ten Ex JOSÉ NIUTON DA NOVA foi acionado pelo Oficial de Dia do 11º Regimento de Cavalaria Mecanizado para comparecer à residência do 2º Sgt DELMAR FIGUEIRA VIEIRA e solicitou que, na qualidade de Comandante de Esquadrão e superior hierárquico direto do Sargento, tentasse pacificar uma briga do mesmo com a respectiva esposa. O Ten DA NOVA dirigiu-se ao local tendo encontrado o Sgt DELMAR bastante embriagado e violento. Enquanto tentava acalmá-lo, uma viatura da Polícia Militar estacionou em frente à residência, na Vila Militar, de onde desembarcaram os Soldados da PM ORUÊ e AOKI, acompanhados da esposa do Sgt DELMAR. Ao ver a viatura da PM o Sargento DELMAR agitou-se ainda mais. Então, o Tenente DA NOVA deu ordens para que a viatura da Polícia do Exército saísse do local e solicitou aos PMs que também se retirassem. Ignorando a intervenção do Tenente do Exército, o Soldado AOKI iniciou uma discussão com o Sgt DELMAR e sacou sua arma. O Ten DA NOVA pediu que o PM se acalmasse e perguntou seu nome. Sem responder, o Soldado da PM AOKI apontou para a plaqueta e em seguida deu as costas ao Oficial. Momentos depois, outra viatura da Polícia Militar, acionada pelo Soldado ORUÊ, estacionou no local, de onde desceram o Cabo da PM OLIVEIRA e o Soldado da PM CASTRO. Diante da situação de desentendimento que se criou entre o Tenente da NOVA e o Soldado AOKI, o Cabo OLIVEIRA telefonou ao Oficial de Dia da Polícia Militar e passou a ligação ao Ten DA NOVA que, ante as ponderações do Oficial da PM concordou em levar o Sgt DELMAR até a Delegacia de Polícia local, porém, em seu próprio carro e não na viatura militar.

4. Todos se dirigiram à Delegacia do 1º Distrito Policial de Ponta Porã, onde foi lavrado o Boletim de Ocorrência nº 455/2005/1º DP/PP.

5. O incidente desencadeou o Processo nº 019.05.200240-1 (fls. 07/20), com curso no Juizado Especial Criminal daquela cidade, figurando no pólo ativo o Soldado da PM SANDRO MORAES AOKI e no pólo passivo o 2º Sgt Ex DELMAR FIGUEIRA VIEIRA, bem como o 1º Ten JOSÉ NIUTON DA NOVA, sob a acusação de desacato e difamação.

6. Em audiência preliminar, o Sgt DELMAR FIGUEIRA VIEIRA **aceitou** a proposta formulada pelo representante do Ministério Público do Estado, consistente no pagamento de "um salário mínimo" ao Projeto assistencial Padrinho (na forma dos arts. 72, 74 e 75 da Lei 9.099/95). Após o cumprimento do acordo foi lavrada decisão de extinção da punibilidade (fl. 82).

7. O Ten JOSÉ NIUTON DA NOVA, por sua vez, **não aceitou** a proposta formulada pelo Ministério Público, tendo se efetivado contra ele uma representação criminal por desacato (art. 331 do CP) ao Soldado da PM AOKI.

8. Deflagrado o Processo, os advogados do Tenente DA NOVA argüiram EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA em relação ao foro do Juizado Especial Criminal, tendo obtido o acatamento de sua argüição por meio da decisão judicial de fls. 71/72, com parecer favorável do representante do Ministério Público estadual (fl. 83).

9. Os autos foram enviados ao Juízo da Auditoria da 9ª CJM, ocasião em que o representante do Ministério Público Militar requereu novas diligências (fls. 86/88) sob o seguinte fundamento:

> *"A análise detida dos autos, notadamente quanto à documentação acostada às fls. 05/17, 29, 38/45 e 54/63, está a sugerir que há veementes indícios de que o suposto autor do desacato (art. 299 do Código Penal Militar), e os demais militares do Exército que acompanharam a diligência de prisão do 2º Sgt Ex DELMAR FIGUEIRA VIEIRA, hajam sido, isto sim,* ***vítimas*** *de crime militar de ameaça (art.s 9º, II, a, e 223, do Código Penal Militar) pelo Policial Militar SANDRO MORAES AOKI. A apuração verticalizada dos fatos,* ***a parte objecti et a parte subjecti****, trará à lume elementos necessários à correta e segura formação da* ***opinio delicti*** *do* ***Parquet*** *das Armas.".*

10. As diligências requeridas pelo representante do Ministério Público Militar foram deferidas e realizadas às fls. 102/111, 118/121, 124/128 e 151/157 onde se encontram acostados os Termos de Declarações do 2º

Sgt Ex DELMAR Figueira Vieira, do 1º Ten Ex José Niuton DA NOVA, do Al CFST Jaime da Silva SANTOS, do 3º Sgt RONEY dos Santos Nunes, do Sgt PM Cândido Ramão ORUÊ, do Cb PM Gilmar de OLIVEIRA, do Cb PM Genílson CASTRO Martins e do Sd PM Sandro Moraes AOKI.

11. Com base nos elementos colhidos, foi ofertada a Denúncia, cuja decisão de rejeição é objeto do presente recurso criminal.

12. Transcrevo os fundamentos utilizados pela MMª Juíza-Auditora Drª Safira Maria de Figueredo Sousa na decisão em que rejeitou a Denúncia (fls. 175/178):

> *"Assevera o* ***Parquet*** *Militar que a competência da Justiça Militar da União se afigura com fundamento na alínea "a", do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar.*
>
> *Argumenta que se o Policial Militar fosse considerado civil, a competência desta Justiça Especializada estaria determinada pela alínea "b", do inciso III, do art. 9º, do Código Penal Militar.*
>
> *Verifica-se,* ***in casu****, a incompetência desta Justiça Castrense da União. Para fins de aplicação da lei penal militar perante a Justiça Militar da União, o policial militar não é considerado militar. Assim, não incide o disposto na alínea* ***a****, do inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar. Também não há incidência do art. 9º, inciso III, alínea* ***b****, do mesmo diploma legal, pois a vila militar não é considerado lugar sujeito à Administração Militar.*
>
> *Nesse sentido, os entendimentos doutrinários e jurisprudencial apontam que, a competência, no presente caso, não pode ser da Justiça Militar da União:*
>
> > *'Escapa da competência da Justiça Militar Federal, as infrações definidas da lei repressiva castrense cometidas pelo policial militar e pelo bombeiro militar, porque não são considerados militares perante esse órgão judiciário federal. Da mesma forma , o integrante das Forças Armadas não é militar para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar estadual. O militar que, nos termos da Constituição, se encontra sujeito à Justiça Militar federal é , exclusivamente, o integrante das Forças Armadas, é o militar definido no art. 22 do Código Penal Militar.' (Célio*

Lobão. Direito Penal Militar, 2ª ed. atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, pág. 115).

'CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR ESTADUAL CONTRA SOLDADO DAS FORÇAS ARMADAS EM VILA MILITAR.

1. Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os crimes praticados por Policial Militar em atividade contra Soldado da Aeronáutica na mesma situação (art. 125, § 4º, da Constituição Federal).

2. A vila militar da Aeronáutica, onde teriam ocorrido os crimes imputados ao Policial Militar não pode ser considerada área sujeita à administração militar, a fim de atrair a competência da Justiça Militar Federal.

3. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência da Justiça Militar Estadual.'

(Conflito de Competência nº 34.625-BA. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgamento: 26/03/2003.)

Posto isso, REJEITO A DENÚNCIA oferecida contra o Sd PM SANDRO MORAES AOKI, com fundamento no art. 78, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar e determino a remessa dos presentes autos à Auditoria Militar Estadual de Mato Grosso do Sul."

13. Em razões recursais (fls. 183/197) o representante do Ministério Público Militar sustenta a competência desta Justiça Militar da União para processar e julgar crime militar cometido por militar estadual (Soldado da PM do Estado de Mato Grosso do Sul) contra militar federal (Tenente do Exército Brasileiro). Argumenta, em síntese, que:

a) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trazida a colação na decisão de rejeição afronta a jurisprudência do Superior Tribunal Militar, firmada no julgamento do Recurso Criminal nº 2002.01.007044-9/RS, cuja ementa transcrevo:

"RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA COM FUNDAMENTO NA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR ILÍCITO PENAL PRA-

TICADO POR SARGENTO DO EXÉRCITO CONTRA SOLDADOS E CABO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO, EM SITUAÇÃO DE SERVIÇO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM AFASTADA. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 18, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 42 DA CARTA FEDERAL DE 1988.

I – A conjugação do art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, com os artigos 42, 125, § 4º, e 142, todos da Constituição Federal, conduz a concluir-se pela competência da Justiça Militar para processar e julgar crime militar, em tese, praticado por militar contra militar, todos em situação de atividade por definição constitucional;

II - A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o art. 22 do CPM. Do mesmo modo, a orientação contida no enunciado da Súmula 297 do Supremo Tribunal Federal, editada em 16/12/1963, encontra-se superada ante o novo texto constitucional;

III – O crime que envolve militar federal e militar estadual desperta o interesse da União, já que a Justiça Militar Federal tutela interesses da Federação, como a manutenção da ordem, disciplina e hierarquia nas Corporações Militares estaduais e nas FFAA.

IV - Apelo ministerial provido por maioria."

b) ao julgar o Conflito de Competência nº 61.859/MS, da relatoria da Ministra Laurita Vaz, DJ de 13/09/2006, o Superior Tribunal de Justiça, modificando posicionamento anterior *"não apenas reconheceu que vila militar é lugar sujeito a administração militar como, diante de tal ilação, reconheceu outrossim que os delitos ali praticados eram militares, e da competência da Justiça Militar da União"*. Citada decisão restou assim ementada, *verbis*:

"EMENTA: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MILITAR EM SERVIÇO. LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR."

c) O crime descrito na denúncia é de natureza militar, com fundamento no art. 9º, II, "a", do CPM, pois praticado por militar contra militar, sendo o bem jurídico violado a autoridade de um Oficial do Exército.

14. A representante da Defensoria Pública da União apresentou contra-razões, às fls. 200/210, em que argüi preliminar de nulidade do processo tendo em vista que, apesar de ter sido ouvido no IPM, o Soldado PM SANDRO MORAES AOKI não foi cientificado da qualidade de indiciado e também não foi intimado da decisão que rejeitou a denúncia contra ele ofertada, sendo essa intimação necessária para salvaguardar seu direito à ampla defesa. No mérito, reafirma os argumentos expendidos na decisão judicial que rejeitou a denúncia, aduzindo, ainda, que o Tenente do Exército, suposto ofendido, não estava de serviço, vez que vestia trajes civis. Requer, por fim, a manutenção da decisão recorrida.

15. A MMª Juíza-Auditora Substituta da Auditoria da 9ª CJM, por decisão de fls. 212/213, manteve a decisão recorrida.

16. O Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Alexandre Concesi manifestou-se à fl. 223 no sentido de que, antes de opinar no feito, fosse acolhida a preliminar argüida pela Defensoria Pública da União, com a baixa dos autos à origem para que o Policial Militar Sandro Moraes Aoki pudesse expressar sua vontade de constituir advogado ou de ser defendido pela DPU.

17. Pela decisão de fls. 226/228, determinei a baixa dos autos para a devida intimação do acusado, que optou por ser defendido pela Defensoria Pública da União (fl. 239).

18. A nobre Defensora Drª Daniele de Souza Osório ratificou as contra-razões apresentadas anteriormente (fl. 244).

19. Com vistas novamente à Procuradoria da Justiça Militar da União, o parecer do Dr. Alexandre Concesi (fls. 250/254), no tocante ao mérito, é no sentido de dar provimento ao recurso ministerial para que seja declarada a competência da Justiça Militar da União.

20. É o relatório.

VOTO

A intimação da decisão recorrida tem a data de 07 de novembro de 2006 (fl. 179) e o presente recurso foi interposto no dia 10 do mesmo mês (fl. 179v). Portanto, o recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

2. Ressalto, primeiramente, que o presente recurso em sentido estrito, interposto contra decisão de rejeição de Denúncia, tem por objetivo a definição da competência da Justiça Castrense para processar e julgar praça da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, por crime de insubordinação descrito no art. 163 do CPM cometido contra um Oficial do Exército, dentro da Vila Militar do 11º Regimento de Cavalaria Mecanizada, situada em Ponta Porã.

3. O enquadramento legal trazido na Denúncia não me pareça correto, haja vista que o crime de recusa de obediência descrito no art. 163 do CPM requer o vínculo funcional entre superior e inferior, o que obviamente não ocorre no caso sob exame. Cumpre, todavia, observar, que isso não torna a Denúncia inepta, como bem asseverou em parecer ministerial o ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Alexandre Concesi, cujo trecho destaco (fls. 253/254), *verbis*:

> *"S. Exª., o ilustrado Promotor que atuou no feito, tipificou a conduta do agente como sendo a do artigo 163 do CPM (crime de insubordinação), o que é, evidentemente, um equívoco, pois elementar do tipo em tal delito é a relação de subordinação entre ofensor e ofendido, qual seja a recusa em obedecer ordem de superior ou a dever imposto em lei, regulamento ou instrução.*
>
> *Ora, o policial militar não é subordinado do Oficial do Exército e não houve, in casu, recusa em obedecer a dever imposto em lei, regulamento ou instrução.*
>
> *O que pode, em tese, ter havido, foi um crime de desacato (artigo 299 do CPM), ou um crime, enfim, que tenha atentado contra a administração militar, ou até mesmo um crime contra a honra do oficial envolvido.*
>
> *Essa é uma questão, contudo, a ser resolvida na instância a quo, através da retificação do enquadramento legal constante na denúncia.*
>
> *Com efeito, como é notório, o réu responde pelos fatos relatados na peça acusatória, de modo que o enquadramento legal equivocado não gera, ipso facto, a inépcia da vestibular.*
>
> *No caso, discute-se, reitere-se, tão-somente a questão da competência em razão do princípio tantum devolutum quantum apellatum.*

Desse modo, conjugado esse princípio com aquele, segundo o qual o acusado responde pelos fatos narrados na denúncia, somos do parecer de que essa Corte Superior Castrense deveria julgar procedente o recurso, decidindo pela competência da Justiça Militar da União para apreciar a questão, devolvendo-se o feito à instância ***a quo*** *para que seja aberta vista ao Ministério Público a fim de requerer o que considerar de direito para a deflagração, afinal, da correspondente ação penal."*

4. Como visto, a matéria a ser enfrentada cinge-se à definição da competência, que está a ser afastada por força da decisão recorrida, sem que o órgão *a quo* houvesse suscitado o conflito negativo de competência, o que seria natural ante a negativa de competência declarada pelo órgão da Justiça comum (fls. 71/72).

5. Caso semelhante foi trazido a esta Corte Militar no Recurso Criminal nº 2002.01.007044-9/RS, em que fui o Relator para o acórdão, cujos fundamentos podem ser aproveitados para o julgamento em apreço, *verbis:*

"14. A Exmª Srª Juíza-Auditora Substituta rejeitou a denúncia com fundamento em óbices jurisprudenciais e no conteúdo do art. 22 do CPM, que assim dispõe:

'É considerado militar, para efeito da aplicação deste código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporado às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar'.

15. Conforme o posicionamento adotado pela r. decisão atacada, não seriam militares, para efeitos penais, os integrantes da Polícia Militar dos Estados em situação de policiamento civil, posição que sempre foi prestigiada por essa egrégia Corte.

16. Ocorre que o art. 22 do CPM é norma infraconstitucional e anterior à Constituição Federal de 1988, não tendo sido recepcionado pela mesma. Incompatibilidade semelhante exsurge do enunciado da Súmula nº 297 do Supremo Tribunal Federal, também anterior à Lei Maior em vigor.

17. É de todos sabido que o Direito não é inerte e que os tribunais costumam rever seus posicionamentos a fim de acompanhar as evoluções sociais em seus mais amplos espectros. A própria Constituição Federal vem sofrendo diversas modifica-

ções por meio de emendas, sobrelevando citar no presente caso **a emenda constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, que modificou o caput do art. 42**, cujo texto dispõe sobre o regime jurídico dos militares dos Estados, como se segue:

> 'Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios'.
>
> § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, § § 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores."

17. Assim, o art. 22 do CPM, citado pela MMª Magistrada de 1º grau e datado de 1969, traz uma definição de militar que não mais se coaduna com as modificações enxertadas no texto constitucional, sendo certo que, atualmente, também os membros da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros dos Estados são considerados militares para todos os efeitos e se submetem, também por força do art. 6º do CPPM, aos princípios da hierarquia e da disciplina insculpidos no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar, não restando dúvidas de que os integrantes das Polícias Militares são militares no sentido estrito da palavra.

18. Segue-se, pois, a regra de competência contida no **§ 4º do art. 125 da Constituição Federal**, em sua parte inicial:

> "§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei".

19. Os militares das FFAA, por sua vez, são militares federais, conforme dispõe **o § 3º do art. 142 da Carta Magna** e são julgados pela Justiça Militar por força do **art. 124, caput,** da mesma Carta Magna.

20. As prerrogativas e impedimentos deste segmento de militares vêm listados nos incisos I a X do § 3º do art. 142 da CF e estendem-se aos militares integrantes das corporações estaduais por força do comando constitucional contido no § 1º do já citado art. 42.

21. À luz do conceito constitucional de militar acima exposto, que abrange os militares de categoria federal (integrantes das FFAA) e os militares de categoria estadual (integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros dos Estados), temos que os fatos apresentados na denúncia constituem crime militar em tese, pois praticados por um militar contra outros militares, todos em situação de atividade, ou seja, da ativa.".

6. Com efeito, sem entrar no mérito do enquadramento legal, a denúncia narra atitude desrespeitosa de um soldado da Polícia Militar estadual, em função de policiamento ostensivo, para com um oficial do Exército, dentro de vila militar, área sob administração militar federal.

7. Como bem asseverado pelo douto Promotor de Justiça em suas razões recursais, o aresto utilizado pela M.Mª Juíza-Auditora para fundamentar a decisão recorrida *(Conflito de Competência nº 34.625-BA, Relator o Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 26/03/2003)* encontra-se superado por recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 61.859/MS, em que foi relatora a Min. Laurita Vaz, DJ de 13/09/2006. Destaco os seguintes trechos:

"No caso em apreço, conforme as informações dos autos, as vítimas, uma criança de 06 (seis) anos e outra de 07 (sete) anos, teriam sido submetidas à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal por Dener Pablo Campos Ortiz. Consta que o acusado é soldado do Comando do Exército, tendo praticado os delitos no exercício de sua função, enquanto estava em serviço de guarda. E, ainda, que a Vila Militar Perimetral, local do crime, é sujeito à administração militar. Cabe transcrever o art. 9º do Código Penal Militar, litteris:

'Art. 9º (...)

Depreende-se que o fato narrado subsume-se ao artigo 9º, inciso II, alínea b, do Código Penal Militar, evidenciando a competência da Justiça Castrense, visto que foram os delitos praticados por militar em serviço e em local sujeito à Administração Castrense.

Ante o exposto, com fulcro no art. 120, parágrafo único do Código de Processo Civil, CONHEÇO do conflito para DECLARAR competente o Juízo Auditor da 9ª Circunscrição Judiciária Militar da União em Campo Grande/MS."

8. Firmado o precedente transcrito, insta analisar os fundamentos constitucionais para a solução da questão.

9. É que, à luz da Constituição Federal de 1988, após a modificação trazida pela emenda nº 18 de 05/02/1998, tanto o Policial Militar como o Oficial do Exército são militares da ativa. O fato de o Tenente DA NOVA estar à paisana no momento da discussão não afasta a sua situação de atividade, pois, como restou esclarecido, tratava-se de uma emergência, tendo o Tenente sido destacado para ir à casa do Sgt DELMAR por determinação do Oficial de Dia de sua unidade militar, com a missão tentar resolver um problema que envolvia um subordinado seu.

10. Por fim, releva observar o bem jurídico tutelado, que, no caso sob exame, pode ser definido como a autoridade de um Oficial do Exército, dentro de área sujeita à administração militar federal.

11. Entendo, portanto, que o crime é de natureza militar, seja porque a hipótese se enquadra no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, vez que praticado por militar da ativa contra militar da ativa, seja por encontrar também enquadramento no art. 9º, inciso III, alínea "b", do mesmo diploma legal, que considera como crime militar aquele cometido em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade, no exercício de função inerente a seu cargo. Ora, ambos os envolvidos estão sujeitos ao ordenamento jurídico penal prescrito no CPM, sendo diferenciados apenas pelos estatutos que os regem, ou seja, a Lei Federal nº 6.880/80, no caso dos militares das Forças Armadas, e as respectivas leis estaduais, que regem a disciplina e a hierarquia dentro das corporações das Policias Militares nos diversos Estados, definidos, constitu-

cionalmente, como força reserva das Forças Armadas (art. 144, § 6º, da Constituição Federal).

12. Ante tais fundamentos, não há como negar a existência de um crime de natureza militar, não só porque cometido por dois militares, como também porque ocorrido dentro de área sob jurisdição militar.

13. A Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, mui acertadamente, declinou da competência para processar e julgar o presente feito. Caso a Justiça Militar da União também se considere incompetente, estabelece-se um conflito negativo de competência, a ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal.

RECURSO CRIMINAL Nº 2007.01.007435-5-SP

FALSA DECLARAÇÃO DE RESIDÊNCIA. *APRESENTAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO FORJADO. AUXÍLIO-TRANSPORTE. SUJEIÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO À PRÉVIA VERIFICAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. CRIME IMPOSSÍVEL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ESTELIONATO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. Para a consumação da falsidade ideológica, exige-se, além dos elementos objetivos descritos no tipo, a finalidade de o agente atentar contra a Administração Militar, criando obrigação ou alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante. No presente caso, o agente visou à obtenção de uma vantagem financeira, utilizando a falsidade como meio de obtê-la. Assim, não se tem por relevante a argumentação da acusação para considerar o fato um crime formal, haja vista a conduta apreciada, em tese, não se limitar apenas às falsas declarações lançadas nos documentos públicos e particulares. Diante da ineficácia do meio empregado pelo agente para obtenção de indevida vantagem, haja vista*

a sujeição da documentação apresentada à verificação prévia por parte da Administração Militar, impossibilitando, assim, o induzimento desta em erro, impõe-se a manutenção da decisão que rejeitou a denúncia, devendo o fato ser apreciado à luz da esfera disciplinar. Decisão unânime.

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

Recorrente — O Ministério Público Militar

Recorrida — A Decisão da MMª Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 27/02/2007, proferida nos autos do IPM nº 8/07, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o Sd Aer JOSÉ RODOLFO FERREIRA CALIXTO, como incurso no art. 312 do CPM.

Advogada — Dra. Juliana Godoy Trombini, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Militar, para manter **in totum** a Decisão da MM. Juíza-Auditora Substituta, de 27/02/2007, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Tenente-Brigadeiro-do-Ar Henrique Marini e Souza. 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, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e William de Oliveira Barros. (Extrato da Ata 38ª Sessão, 05.06.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Militar, para manter **in totum** a decisão que rejeitou a denúncia contra o Sd Aer José Rodolfo

Ferreira Calixto, restringindo-se o fato no âmbito disciplinar, a juízo da autoridade competente.

Brasília-DF, 05 de junho de 2007 — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *William de Oliveira Barros*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de tempestivo recurso em sentido estrito, interposto contra a decisão, de 27 de fevereiro de 2007, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor do Sd Aer JOSÉ RODOLFO FERREIRA CALIXTO, como incurso no artigo 312 do CPM.

Em 31 de janeiro de 2007, o Procurador da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Junior, com base nos autos de IPM nº 8/07, oriundos do Grupamento de Infra-Estrutura e Apoio de São José dos Campos – GIA-SJ, denunciou o Sd Aer JOSÉ RODOLFO FERREIRA CALIXTO, atribuindo-lhe a conduta tipificada no artigo 312 do CPM, nos termos da exordial acusatória de fls. 02/05, ***in verbis***:

> *"Consta dos autos que, o supranominado, no dia 17 de julho de 2006, deu entrada, na Divisão de Recursos Humanos – DRH, na documentação para percepção de auxílio transporte, anexando a esta, um contrato de locação residencial, firmado com o Sr Roney Gervazio Domiciano, constando como endereço residencial a Rua Antonio Augusto Claro, nº 423, Vila Figueira, Suzano/SP, (fls. 12/13); e um bilhete de passagem Rodoviária de Mogi das Cruzes para São José dos Campos (fls. 14).*
>
> *Ao analisar a documentação apresentada, o Chefe do GIA/SJ, determinou a realização de diligência no endereço supracitado pelo denunciado, em contato com uma vizinha, a mesma declarou que o morador da casa é o Sr. Adauto e que nunca morou nenhum militar na referida casa (fls. 17). No entanto contradiz tal afirmativa às fls. 40, onde declara que o S2 Calixto reside com o Sr Adauto.*
>
> *No intuito de localizar o Sr Roney Gervásio Domiciano, e informações sobre o Sr Adauto, novas diligências foram realizadas (fls. 46/47), e em contato com o Sr. Mario Fernandes de Ascenção Filho, Diretor Comercial da Empresa GENEA Administração, Incorporação e Participações Ltda, o mesmo informou que é administrador do*

imóvel em que reside o Sr Adauto e que desconhece a pessoa de José Rodolfo Calixto, bem como a de Rodney Gervásio Domiciano.

Note-se, que após as declarações do Sr Mario Fernandes, o libelado compareceu no Setor de Investigações e Justiça, declarando que faltara com a verdade na declaração de residência, para percepção de auxílio-transporte (fls. 48).

No depoimento de fls. 58/60, o Sr Rodney Gervásio Domiciano; relatou não possuir casa própria, desconhecer qualquer contrato de locação, onde conste seu nome como locador, afirma ainda que a assinatura exarada no contrato não confere com a sua e que nunca forneceu seu número de CPF para o denunciado.

A testemunha Nádia Fernandes de Ascenção (fls. 66), declarou residir na Rua Antonio Augusto Claro; nº 409, Vila Filgueira Ascenção, Suzano/SP e ser vizinha do Sr. Adauto, residente no nº 423 e que somente viu o Sd José Rodolfo Ferreira Calixto uma única vez, ocasião em que o mesmo lhe disse residir no nº 423, da referida rua.

.....

No depoimento de fls. 74, o SO QSS SGS Ricardo Fajardo Ferreira declara que foi procurado pelo S2 Calixto, que o mesmo disse que precisava de uma orientação, pois tinha declarado dados falsos de residência para percepção a maior de auxílio-transporte e que outras pessoas foram envolvidas nesta mentira.

O denunciado em seu depoimento de fls. 75/76, declara que reside com seus pais e irmão, tendo alterado na Declaração para fins de percepção de Auxílio-Transporte, o endereço residencial, porque estava passando por dificuldades financeiras, pois seu pai estava desempregado, passando assim a ser o único responsável por todas as despesas de sua casa, que o contrato de locação apresentado é falso, que baixou da internet, que as quatro assinaturas são dele, que os nomes das testemunhas são inventados, que conseguiu o CPF do Sr. Roney, seu vizinho, através de um boleto bancário que o mesmo tinha lhe confiado para pagar no banco."

A Exmª Srª Juíza-Auditora Substituta Drª Eleonora Salles de C. Borges, em 27 de fevereiro de 2007, rejeitou a peça acusatória, com fulcro no artigo 78, "b", do CPPM, por concluir pela impossibilidade da prática delituosa, tendo em vista que o documento, embora falso, não estava

revestido da potencialidade de, por si só, causar prejuízo ou enganar a Administração diante da sujeição à prévia confirmação das declarações lançadas pelo militar interessado no auxílio-transporte.

Irresignado, o Promotor de Justiça Militar Dr. Jorge Augusto Lima Melgaço, no mesmo dia em que tomou ciência da mencionada decisão, 05 de março de 2007, interpôs o presente recurso, aduzindo em suas razões inexistir, no tipo penal descrito no artigo 312 do CPM, "qualquer elemento que condicione a subsunção do fato à prévia verificação da Administração Militar, sendo formal o crime de que ora se cuida, razão pela qual a consumação ocorre com a inserção de informação falsa em documento dirigido à OM, tal qual acontece no presente caso".

Pugnou pela reforma **in totum** da decisão recorrida, com o conseqüente recebimento da peça acusatória.

Em 16 de abril de 2007, a Defensoria Pública da União, com base nos mesmos argumentos constantes da decisão recorrida, sustentou a atipicidade da conduta atribuída ao Sd Aer José Rodolfo Ferreira Calixto, afirmando a inexistência de indícios mínimos comprovadores da autoria e materialidade, e pugnou pelo improvimento do apelo ministerial.

Em 20 de abril de 2007, a MMª Juíza-Auditora Substituta Drª Eleonora Salles de C. Borges, nos termos do artigo 520 do CPPM, manteve a decisão de fl. 110, determinando a subida dos autos a esta Egrégia Corte.

O processo encontra-se instruído com os documentos de fl. 10 **usque** 17.

Instado a manifestar-se, o ***custos legis***, por seu Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso ministerial por entender que a conduta perpetrada pelo Sd Aer José Rodolfo Ferreira Calixto não se revestiu da capacidade de causar prejuízo à Administração. Salientou a inequívoca motivação do agente em obter a indevida vantagem pecuniária, o que implicaria, em tese, na capitulação do delito em comento na figura do artigo 251 do CPM, na forma tentada. Ainda assim, frisou que, mesmo em tal hipótese, não se vislumbraria crime algum, haja vista a inidoneidade do meio empregado.

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

Isso posto, passa o Tribunal a decidir.

Para a consumação do delito em comento, exige-se, além dos elementos objetivos descritos no tipo, a finalidade de o agente atentar contra a Administração Militar, criando obrigação ou alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante. No presente caso, o agente visou à obtenção de uma vantagem financeira, utilizando a falsidade como meio de obtê-la. Assim, não se tem por relevante a argumentação do recorrente para considerar o fato um crime formal, haja vista a conduta apreciada, em tese, não se limitar apenas às falsas declarações lançadas nos documentos públicos e particulares.

É bem verdade que a intenção do Sd Calixto de obter vantagem indevida, inserindo falsas informações na declaração para fins de percepção de auxílio-transporte, restou evidenciada nos autos. Todavia, vislumbra-se a ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente, para a consumação do resultado, tendo em vista o zelo da Administração Castrense de verificá-las previamente, a fim de comprovar ou não a sua veracidade, antes de efetivar-se o pagamento, conforme orienta a Instrução do Comando da Aeronáutica nº 161-14, de 21 de agosto de 2002, em cumprimento ao Decreto nº 2.963, de 24 de fevereiro de 1999, que regulamenta a concessão do auxílio-transporte dos militares federais.

> *"Decreto nº 2.963, de 24/02/99*
>
> *Art. 1º. O Auxílio-Transporte de natureza jurídica indenizatória, e concedido em pecúnia pela União, será processado pelos Sistemas de Pagamento das Forças Armadas e destina-se ao custeio parcial de despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual, pelos militares federais, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa, excetuados* ***(SIC)*** *aquelas realizadas nos deslocamentos em intervalos para repouso ou alimentação, durante a jornada de trabalho e aquelas efetuadas com transportes seletivos ou especiais.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 5º. Os Ministros Militares, no âmbito dos respectivos Ministérios, baixarão os atos necessários à execução deste Decreto."*
>
> ***ICA nº 161-14, aprovada pela Portaria nº 13/DIRINT, de 21/08/2002.***
>
> ***4. CONCESSÃO***

4.1 Os Chefes dos Órgãos de Pessoal responderão solidariamente pelas informações contidas no Formulário de Solicitação do Auxílio-Transporte. ***Portanto, deverão averiguar a veracidade das informações, inclusive quanto à utilização paralela de transporte fornecido pela OM do solicitante****. Sempre que ocorrerem valores elevados do Auxílio-Transporte que alterem de forma relevante a despesa da OM com o benefício, deverão ser avaliados e sugerido ao Ordenador de Despesas da OM, alternativas que atendam o princípio da economicidade, como por exemplo, contratação de empresa para transporte de pessoal ou aquisição de viaturas para transporte de todo ou parcela do efetivo." (Grifos nossos)*

Em não sendo contabilizado qualquer prejuízo à Administração Castrense, tendo em vista a constatação antecipada da inexistência da moradia declarada pelo Sd. Calixto, na cidade de Suzano/SP, tem-se por atípica a conduta perpetrada em face da ausência de potencialidade lesiva, devendo o fato ser apreciado à luz da esfera disciplinar.

A doutrina é firme no posicionamento da atipicidade da conduta ora apreciada. Fernando Capez, **in** Curso de Direito Penal, Parte Especial, volume 3, Editora Saraiva, edição 2004, p. 325/6, leciona que, em relação a documento sujeito à verificação da veracidade de seu conteúdo pelo funcionário público, *"se o documento é elaborado para ser submetido a análise ou verificação, por exemplo, um requerimento contendo dados falsos, não há falar no delito em questão, pois sua eficácia está subordinada a uma condição suspensiva, consistente na aprovação ulterior do agente público ou delegado."*

No mesmo sentido, foi a decisão proferida por esta Corte, nos autos da Apelação nº 1999.01.048276-8/AM, tendo como relator o eminente Ministro Alte Esq José Julio Pedrosa e revisor o insigne Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, **in verbis**:

"MILITAR TRANSFERIDO PARA A RESERVA REMUNERADA. INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE. ESTELIONATO. BIS IN IDEM. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INEXISTÊNCIA DE CRIME.

(...)

Não comete o crime de falsidade ideológica o militar que apõe falsa declaração de residência em documento apresentado

à Administração Militar, a fim de justificar a percepção da correspondente indenização de transporte, se tal declaração é sujeita à verificação pela Organização Militar que a recebe. Apelo ministerial improvido. Apelo defensivo a que se dá provimento para absolver o Acusado. Unânime."

Igualmente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos de Habeas Corpus nº 84440/SP, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, em 08/03/2005, por unanimidade, proferiu a seguinte decisão, **in verbis**:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. JUSTA CAUSA. DENÚNCIA.

I – Impossibilidade de ser atribuído aos pacientes o delito de uso de documento falso, a menos que fosse possível a invocação da responsabilidade objetiva, inadmissível no Direito Penal brasileiro.

II – Para caracterização do delito de falsidade ideológica, exige-se, ao menos, que se verifique a potencialidade do efeito danoso, que, no caso, não ficou evidenciada.

III – H. C. deferido."

Cumpre ressaltar o reconhecimento pela própria denúncia de ter o Chefe do GIA-SJ determinado a realização de diligência a fim de comprovar as declarações prestadas pelo Sd. Calixto.

Assim, diante da ineficácia do meio empregado pelo agente para obtenção de indevida vantagem, haja vista a sujeição da documentação apresentada à verificação prévia por parte da Administração Militar, impossibilitando, assim, o induzimento desta em erro, impõe-se a manutenção da decisão recorrida.

RECURSO CRIMINAL Nº 2007.01.007469-0-SP

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. Hipótese em que a Denúncia, tanto no seu aspecto formal, quanto na sua face material, responde aos requisitos elencados no artigo 77 do CPPM, não

incidindo, por outro lado, em qualquer das hipóteses previstas no artigo 78 do citado Código. Diagnóstico de falta de justa causa para a deflagração da Ação Penal mostra-se insustentável diante dos elementos constantes dos autos. A Exordial descreve conduta que, em tese, amolda-se ao tipo penal previsto no artigo 251 do CPM e oferece seguros indícios de autoria. Provimento do Recurso. Unânime.

Relator — Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli.

Recorrente — O Ministério Público Militar.

Recorrida — A **Decisão** da Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 29/06/2007, proferida nos autos do **IPM** nº 66/07, que rejeitou a **Denúncia** oferecida contra o Civil RONALDO DOS PASSOS BREGOLA, como incurso no art 251, **caput**, do CPM.

Advogada — Drª Juliana Godoy Trombini, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao recurso do Ministério Público Militar para, cassando a Decisão hostilizada, receber a denúncia oferecida contra o Civil RONALDO DOS PASSOS BREGOLA, determinando a baixa dos autos para o prosseguimento do feito no Juízo **a quo**.

Presidência do Ministro Doutor José Coêlho Ferreira. 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, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira, Sergio Ernesto Alves Conforto, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Renaldo Quintas Magioli e Francisco José da Silva Fernandes. O Ministro Henrique Marini e Souza encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 65ª Sessão, 20.09.2007).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, ***por unanimidade***, em dar provimen-

to ao ***Recurso*** do ***MPM*** para, cassando a ***Decisão*** hostilizada, receber a ***Denúncia*** intentada em desfavor do Civil RONALDO DOS PASSOS BREGOLA e determinar o prosseguimento do feito no Juízo ***a quo***.

Brasília, 20 de setembro de 2007 — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente — Gen Ex *Renaldo Quintas Magioli*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de ***Recurso em Sentido Estrito***, interposto pelo Ministério Público Militar, contra a ***Decisão*** da Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 29/06/2007, proferida nos autos do ***IPM*** nº 66/07, que rejeitou a ***Denúncia*** oferecida contra o Civil RONALDO DOS SANTOS BREGOLA, como incurso no art 251, ***caput***, do CPM (fls 52/54).

Narra a ***Denúncia*** de fls. 52/54, em essência, que o ***Denunciado*** – ***valendo-se do cartão magnético e da senha referentes à conta corrente da ex-pensionista ROSA DOS SANTOS BREGOLA (sua mãe)*** – fez sucessivos saques nessa conta, apropriando-se, ***destarte e ilicitamente***, dos valores que foram depositados inadvertidamente pela Administração Militar.

A ***Acusatória*** encontra-se lastreada no ***IPM*** de fls 02 ***até*** 46 (***Solução***, fls 47).

A ***Decisão*** hostilizada assenta-se no entendimento de que, ao revés do que consta na ***Denúncia***, os elementos indiciários existentes na ***Inquisa*** não dariam suporte legal ao enquadramento de RONALDO DOS PASSOS BREGOLA no tipo recortado no art 251 do CPM, tendo em vista, sobretudo, que este declarou "***que quando sua mãe, ex-pensionista do Exército, faleceu, mais precisamente no dia do falecimento desta, telefonou para o Exército pedindo ajuda e requerendo informações sobre os direitos e deveres da mesma***", o que, inclusive, foi afirmado também por sua irmã, HELENA BREGOLA.

Como síntese desse entendimento, conclui a ***Decisão*** recorrida que não haveria, na hipótese, ***justa causa*** para a deflagração da ***Ação Penal*** (fls 56/58).

A tempestiva ***Petição*** recursal é vista às fls 60.

Em suas ***Razões*** de ***Recurso*** de fls 62/65, ***MPM*** sustenta, em essência, que os elementos constantes na ***Inquisa*** dão conta de que o ***Denunciado*** sacou a quantia de R$ 3.285,64 (***três mil, duzentos e oitenta e cinco reais e***

sessenta e quatro centavos), que foi depositada na conta corrente de sua mãe, falecida em 09 de novembro de 2006, valendo-se dos respectivos cartão e senha que se encontravam em seu poder. Argumenta que, ***prima facie***, não é correto afirmar que não houve fraude na conduta do ***Denunciado*** somente com base na sua afirmação de que teria comunicado o óbito de sua mãe por telefone, o que teria sido confirmado por sua irmã; e, mais ainda, quando está demonstrado que "***o fato somente foi descoberto em razão do chefe da SIP/2, após cruzar as dados do SISOB (sistema de óbitos da DATAPREV com a base de dados do ULTRASIP), haver constatado o falecimento da ex-pensionista, determinando, então, a suspensão do pagamento da respectiva pensão***". Cita escólios doutrinários e precedentes jurisprudenciais, que, a seu sentir, repudiam a rejeição da ***Oferta Acusatória*** em casos que tais. Pede, enfim, pela reforma da ***Decisão*** guerreada.

Em suas ***Contra Razões*** de ***Recurso*** de fls 72/76, a ***Defesa***, de logo, sustenta que a prova indiciária não é indicativa de ***justa causa*** para a ***Acusação***, revelando, ao contrário, a atipicidade do fato narrado na Denúncia. Argumenta que, ***in casu***, o ***Denunciado*** não agiu fraudulentamente, com a intenção de enganar a Administração, "***uma vez que comunicou o óbito de sua mãe ao Exército no dia do falecimento desta, pedindo ajuda e requerendo informações sobre os direitos e deveres da pensionista***". Aduz, a propósito, que tal iniciativa do ***Denunciado*** foi também descrita por sua irmã. De outra parte, pondera que o ***Denunciado "apenas efetuou alguns saques na conta corrente da ex-pensionista tão-somente para pagamento das despesas decorrentes do falecimento de sua mãe, não utilizando os valores em proveito próprio"***. Em abono desses argumentos centrais, cita precedentes desta Corte. Ressalta ***"ser imprescindível, para o recebimento da denúncia, a existência de elementos mínimos que comprovem a materialidade e a autoria delitiva, bem como a perfeita subsunção de um fato a um tipo penal, a fim de que haja justa causa para o início de uma ação penal"***. Afirma, por fim, que a conduta atribuída ao Denunciado configura ***"mera irregularidade a ser resolvida na esfera administrativa ou no foro civil competente"***.

Às fls. 77v, o Juiz-Auditor manifesta-se confirmando a ***Decisão*** recorrida.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em ***Parecer*** de fls. 87/90, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Roberto Coutinho, opina pelo provimento do ***Recurso***.

Relatado o suficiente, decide-se.

O ***Recurso*** merece prosperar, uma vez que a ***Denúncia, tanto no seu aspecto formal, quanto na sua face material***, responde aos requisitos elencados no artigo 77 do CPPM, não incidindo, por outro lado, em qualquer das hipóteses previstas no artigo 78 do mesmo Código.

Assim, ***em primeiro lugar***, vê-se que a ***Exordial*** descreve conduta, que, ***em tese***, amolda-se ao tipo penal previsto no artigo 251 do CPM, oferece seguros indícios de autoria, expõe as razões de convicção do ***Parquet***, atendendo, além disso, às demais exigências do artigo 77 do CPPM.

Ainda assim, ***ao depois***, observa-se que a ***Inicial*** encontra seguro lastro na ***Inquisa***, a qual mostra, de maneira detalhada, que, ***após o falecimento da ex-pensionista ROSA DOS SANTOS BREGOLA, em 09 de novembro de 2006***, foram efetivados saques na conta corrente que lhe pertencia e na qual eram depositados, pela Administração Militar, os valores atinentes à sua pensão; e, ademais, que a interrupção dos depósitos da pensão decorreu, ***exclusivamente***, do controle que foi exercido pela Administração e que o autor dos saques indevidos foi, sem dúvida, o ***Denunciado*** RONALDO DOS PASSOS BREGOLA.

Nesses termos, à evidência, desvela-se por inteiro insatisfatório o fundamento central da ***Decisão*** hostilizada, qual seja – ***repita-se*** – o de carecer a ***Exordial*** de ***justa causa*** para a propositura da ***Ação Penal***.

É certo que, ***como aponta a Decisão recorrida***, o ***Denunciado*** declarou que, no dia do falecimento de sua mãe, teria telefonado para o Exército, "***pedindo ajuda e querendo informações sobre os direitos e deveres da pensionista***" (fls. 32); é correto também que sua irmã HELENA BREGOLA declarou que o ***Denunciado*** teria informado ao Exército o falecimento da ex-pensionista.

Contudo, ***data venia***, não há como admitir-se que essas declarações solitárias – ***vale dizer, por inteiro vagas e desacompanhadas de qualquer comprovação efetiva*** – sejam suficientes para colocar por terra todos os demais elementos materiais colhidos no ***IPM, conforme precedentes descritos***, os quais, ***como visto***, apontam, ***firmemente***, em sentido diametralmente oposto, ***ou seja***, que foi a própria Administração que ***por si só*** descobriu que a ex-pensionista havia falecido e que, por isso,

suspendeu os depósitos relativos à sua pensão, inibindo, a partir daí, os saques que vinham sendo feitos pelo ***Denunciado***.

E, ***renovada venia***, diante dessa equação, não há igualmente como se concluir de plano – ***como o faz o Decisum guerreado*** – que o ***Denunciado*** teria agido sem a intenção de fraudar a ***Administração***, vale dizer, sem o dolo característico do ***Estelionato***.

Impende reconhecer que não é - ***e nem pode ser*** – o Juiz um mero homologador de ***Denúncias***; contudo, é também obrigatório admitir que, na formação de um juízo apropriado de delibação, não pode pretender esgotar a ***quaestio*** diante dos primeiros indícios de inocência do ***Denunciado***, alheando-se de tudo o mais que se apurou em seu desfavor.

No caso vertente, é inescondível que a ***Decisão*** guerreada ultrapassou, de muito, os limites de um adequado juízo de delibação, prejulgando a causa e antecipando o seu desate, à revelia do devido processo legal; e, o que é pior, com base em temerário e desautorizado diagnóstico sobre a inexistência do elemento subjetivo do injusto.

Não é demasia frisar que precisa é a lição jurisprudencial, a afirmar a correção do recebimento da ***Denúncia*** em casos que tais, onde se faz presente o ***fumus boni iuris***:

> *"Recebimento da denúncia - Preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal, não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 43 do mesmo Código - Não obstante as alegações do acusado, sua resposta não afastou a imputação que lhe é feita, sendo certo, ademais, que a existência, ou não, do elemento subjetivo é questão a ser apurada no curso da ação penal - Denúncia recebida (STF - AP 270-0 - Rel. Moreira Alves - DJU 25.6.82, p. 6.225).*
>
> *"O despacho de recebimento ou rejeição da denúncia deve limitar-se ao exame das questões atinentes ao art. 43 do CPP, e não fazer apreciações sobre as provas coligidas no inquérito, principalmente sobre a existência ou não do elemento subjetivo da infração. Uma vez que os fatos descritos constituam, em tese, infração penal, há condições de viabilidade para se instaurar a ação penal" (TJSP - Rec. - Rel. Ferreira Leite - RT 547/325).*

"A denúncia é afirmação problemática de responsabilidade criminal. Se, em tese, o fato descrito se ajusta ao modelo legal, não se há de falar em ausência de justa causa. Se o acusado agiu ou não com dolo, somente os elementos de prova, a serem coligidos na instauração criminal, irão configurá-lo. É ônus do Ministério Público, no processo penal, a prova desse elemento subjetivo do crime" (TFR - Rec. 808 - Rel. Adhemar Raymundo da Silva - DJU 9.12.82, p. 1.274).

Índice Numérico

APELAÇÃO	RELATOR
2004.01.049615-7-SP	Min. Gen Ex Expedito Hermes Rego Miranda ..... JSTM 15-16/09
2005.01.049842-7-PE	Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos ..... JSTM 15-16/24
2005.01.049872-9-BA	Min. Ten Brig Ar Marcus Herndl ..... JSTM 15-16/32
2005.01.049915-6-RJ	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo..... JSTM 15-16/55
2005.01.050024-3-RS	Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares ..... JSTM 15-16/66
2005.01.050127-4-SP	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo..... JSTM 15-16/86
2006.01.050190-0-RS	Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos ..... JSTM 15-16/102
2006.01.050269-6-SP	Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares..... JSTM 15-16/112
2006.01.050310-2-RJ	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior..... JSTM 15-16/119
2006.01.050313-7-RS	Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli..... JSTM 15-16/150
2006.01.050349-8-RJ	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Júnior..... JSTM 15-16/159
2006.01.050354-4-RJ	Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos ..... JSTM 15-16/169
2005.01.050380-5-MS	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo..... JSTM 15-16/187
2006.01.050387-0-CE	Min. Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza..... JSTM 15-16/195
2006.01.050409-7-SP	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo..... JSTM 15-16/205
2006.01.050425-7-RJ	Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares ..... JSTM 15-16/213
2007.01.050492-3-DF	Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto ..... JSTM 15-16/236
2007.01.050501-6-RS	Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares..... JSTM 15-16/244
2007.01.050542-3-CE	Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach ..... JSTM 15-16/255

EMBARGOS	RELATOR	
2006.01.001895-0-PE	Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues	JSTM 15-16/264

HABEAS CORPUS	RELATOR	
2006.01.034226-5-CE	Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira	JSTM 15-16/272
2007.01.034305-9-RS	Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach	JSTM 15-16/287
2007.01.034316-4-CE	Min. Gen. Ex. Sergio Ernesto Alves Conforto	JSTM 15-16/300
2007.01.034326-1-BA	Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	JSTM 15-16/307
2007.01.034349-0-DF	Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira	JSTM 15-16/310
2007.01.034354-7-RJ	Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros	JSTM 15-16/332
2007.01.034359-8-RJ	Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	JSTM 15-16/335
2007.01.034378-4-AM	Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli	JSTM 15-16/338
2007.01.034384-9-PR	Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	JSTM 15-16/342
2007.01.034394-6-RS	Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach	JSTM 15-16/345

MANDATO DE SEGURANÇA	RELATOR	
2006.01.000686-9-ES	Min. Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza	JSTM 15-16/356

RECURSO CRIMINAL	RELATOR	
2006.01.007374-0 BA	Min. Alte. Esq. Rayder Alencar da Silveira	JSTM 15-16/366
2006.01.007400-2-MS	Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues	JSTM 15-16/390
2007.01.007411-8-MS	Min. Dr. José Coêlho Ferreira	JSTM 15-16/398
2007.01.007435-5-SP	Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros	JSTM 15-16/411
2007.01.007469-0-SP	Min. Gen Ex Renaldo Quintas Magioli	JSTM 15-16/418

Índice de Assunto

Abuso de poder. Hipóteses não configuradas. Punição disciplinar. Ilegalidade. Habeas Corpus. Descabimento. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034378-4 – AM – JSTM 15-16/338.

Acusado Licenciado. Conclusão de tempo de serviço. Estelionato. Atipicidade. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Apelo provido. Sentença condenatória de primeira instância. Reforma. Absolvição do acusado. Ap. nº 2007.01.050542-3 –CE- JSTM 15-16/255.

Apropriação indébita. Pensão. Recebimento indevido. Inexistência de delito. Presença de erro essencial. Absolvição. Sentença apelatória a quo mantida. Decisão unânime. Ap. Nº 2005.01.049842-7-PE - JSTM 15-16/24.

Arma de Fogo. Disparo Acidental. Lesão Corporal Culposa. Absolvição. Apelo Improvido. Sentença Condenatória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Art. 210, CPM. Ap. nº 2006.01.050269-6-SP- JSTM 15/16/112

Arquivamento de IPD. Deserção. Prescrição. Periculosidade do acusado. Desertor preso. Justiça comum. Ausência de manifestação do MPM. Decisão de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Decisão unânime. Ap. nº 2006.01.050380-5 –MS- JSTM 15-16/187.

Atestado Médico. Documento Falso. Uso. Documento Particular. Sentença Absolutória de Primeira Instância. Reforma. Apelo Provido. Réus Condenados. Regime Prisional Aberto. Decisão Por Maioria. Art. 311, CPM. Ap. nº 2006.01.050354-4 – RJ- JSTM 15-16/169.

Atestado Médico. Documento Falso. Uso. Documento Público. Majoração da pena. Pena-Base. Aplicação. Regime prisional aberto. Decisão unânime. Art. 315 c.c art. 311, CPM; art. 611, CPPM; art. 33, § 2º, C, CPB. Ap. nº 2005.01.049915-6- RJ- JSTM 15-16/55.

Ato Libidinoso. Local Sujeito à Administração Militar. Militar em Serviço. Minoração da Pena. Apelo Provido. Sentença Condenatória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Art. 235 c.c art. 155, CPM. Ap. nº 2005.01.050024-3 – RS- JSTM 15-16/66.

Ato libidinoso. Nulidade da ação penal. Ausência de exame de corpo de delito. Irregularidade no IPM. Apelo improvido. Nulidade rejeitada. Sentencia condenatória de primeira instância. Manutenção Deci-

são unânime. Art. 235 c.c arts. 237, II, 72 e 73, CPM. Ap. Nº 2005 01.050127-4-SP - JSTM 15-16/86.

Ausência de exame de corpo de delito. Ato libidinoso. Nulidade da ação penal. Irregularidade no IPM. Apelo improvido. Nulidade rejeitada. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão unânime. Art. 235 c.c arts 237, II, 72 e 73, CPM. Ap. nº 2005.01.050127-4- SP- JSTM 15-16/86.

Ausência de réu preso. Nulidade de julgamento. Sessão de julgamento. Inobservância de formalidade essencial do processo. Restituição dos Autos. Juízo a quo. Novo julgamento. Decisão por maioria. Art. 500, IV, CPPM. Ap. nº 2004.01.049615-7- SP- JSTM 15-16/09.

Auxílios. Recebimento indevido. Habeas Corpus. Peculato. Furto. Erro da administração militar. Alegações desacompanhadas de provas. Trancamento da ação penal. Constrangimento ilegal. Ausência. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034359-8-RJ- JSTM 15-16/335.

Calúnia, difamação, injúria. Habeas Corpus. Mensagens eletrônicas via internet. Lugar sujeito à administração militar. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Decisão por maioria. Art. 214, 215 e 216, CC; art. 70, CPM. HC nº 2007.01.034349-0-DF-JSTM 15-16/310.

Coautoria. Estelionato. Proventos de Pensão. Recebimento Indevido. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Anulação. Majoração da Pena. Apelo Improvido. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Pena Mínima Legal. Manutenção. Ausência de Agravante. Decisão Por Maioria. Ap. nº 2006.01.050425-7 - RJ- JSTM 15-16/213.

Concurso de agentes. Latrocínio. Morte de oficial. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Decisão unânime. Arts. 70, II, d e 53, CPM. Ap. nº 2006.01.050349-8 – RJ- JSTM 15-16/159.

Correição Parcial. Impossibilidade jurídica .Embargos de nulidade. Embargos infringentes. Não conhecimento. Art. 119, I, RISTM. Embargos nº 2006.01.001895-0- PE- JSTM 15-16/264.

Desclassificação do delito. Homicídio doloso qualificado. Lesão corporal. Nulidade da sentença. Negado provimento. Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Majoração da Pena. Decisão Unânime. Art. 205, §2º, I, IV c.c art 30, II, § único, CPM. Art. 102, CPM. Ap. nº 2005.01.049872-9- BA- JSTM 15-16/32.

Desclassificação do Delito. Peculato Furto. Tentativa. Infração Disciplinar. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Ap. nº 2007.01.050501-6 – RS- JSTM nº 15-16/244.

Deserção. Arquivamento de IPD. Prescrição. Periculosidade do acusado. Desertor preso. Justiça comum. Ausência de manifestação do MPM. Decisão de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Decisão unânime. Ap. Nº 2006.01.050380-5-MS - JSTM 15-16/187.

Deserção. Habeas Corpus. Procedimento instrutório. Irregularidade. Arquivamento do procedimento. Ordem denegada. Falta de amparo legal. HC nº 2007.01.034354-7-RJ-JSTM 15-16/332.

Deserção. Habeas Corpus. Revogação da prisão. Constrangimento ilegal. Ordem denegada. Falta de amparo legal. Decisão unânime. Art. 452 e 453, CPPM; art. 5º, LXI, CF. HC nº 2007.01.034326-1-BA-JSTM 15-16/307.

Deserção. Reinclusão às fileiras do Exército. Incapacidade Temporária. Perda da condição de militar. Apelo não conhecido. Falta de condição de procedibilidade. Decisão por maioria. Art. 397, CPPM; súmula 12, STM. Ap. nº 2006.01.050409-7 – SP- JSTM 15-16/205.

Deserção. Sentença absolutória de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Sentença reformada. Condenação "AD QUEM". Decisão por maioria. Art. 187, CPM. Ap. Nº 2006.01.050190-RS - JSTM 15-16/102.

Desertor preso. Justiça comum. Deserção. Arquivamento de IPD. Prescrição. Periculosidade do acusado. Ausência de manifestação do MPM. Decisão de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Decisão unânime. Ap. nº 2006.01.050380-5 –MS- JSTM 15-16/187.

Disparo Acidental. Arma de Fogo. Lesão Corporal Culposa. Absolvição. Apelo Improvido. Sentença Condenatória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Art. 210, CPM. Ap. nº 2006.01.050269-6-SP- JSTM 15/16/112

Documento falso. Uso. Atestado médico. Documento particular. Sentença absolutória de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Réus condenados. Regime prisional aberto. Decisão por maioria. Art. 315 c.c art. 311, CPM. Ap. Nº 2006.01.050354-4-RJ- JSTM 15-16/169.

Documento falso. Uso. Atestado médico. Documento público. Majoração da pena. Pena base. Aplicação. Regime prisional aberto. Decisão unânimime. Art. 315 c.c art. 311, CPM, art. 611, CPPM. Art. 33, § 2º, c, CPB. Ap. Nº 2005.01.049915-6-RJ- JSTM 15-16/55.

Embargos de nulidade. Embargos infringentes. Correição parcial. Impossibilidade jurídica . Não conhecimento. Art. 119, I, RISTM. Embargos nº 2006.01.001895-0- PE- JSTM 15-16/264.

Embargos infringentes. Embargos de nulidade. Correição parcial. Impossibilidade jurídica . Não conhecimento. Art. 119, I, RISTM. Embargos nº 2006.01.001895-0- PE- JSTM 15-16/264.

Entorpecente. Porte. Habeas Corpus. Liberdade provisória. Ordem concedida. Decisão por maioria. Art. 270, CPPM. HC nº 2007.01.034394-6-RS-JSTM 15-16/345.

Entorpecente. Porte. Habeas Corpus. Liberdade provisória. Relaxamento da prisão. Ordem concedida. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034384-9-PR-JSTM 15-16/342.

Entorpecente. Posse. Local não sujeito à administração militar. Decisão de 1ª instância. Desconstituição. Justiça Militar. Incompetência para julgar. recurso provido. RC nº 2006.01.007400-2-MS-JSTM 15-16/390.

Entorpecente. Posse. Lugar sujeito à administração militar. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade à JMU. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão unânime. Art. 290, caput c.c art. 58, CPM. Ap. nº 2007.01.050492-3 – DF- JSTM 15-16/236.

Entorpecente. Uso. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade à JMU. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão por maioria. Art. 290, CPM. Ap. nº 2006.01.050387-0 – CE- JSTM 15-16/195.

Erro da administração militar. Habeas Corpus. Peculato. Furto. Auxílios. Recebimento indevido. Alegações desacompanhadas de provas. Trancamento da ação penal. Constrangimento ilegal. Ausência. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034359-8-RJ-JSTM 15-16/335.

Erro Médico. Nexo causal. Homicídio culposo. Demonstrado. Sentença absolutória de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Réu condenado. Art. 206, § 1º, CPM. Ap. nº 2006.01.050310-2 – RJ-JSTM 15-16/119

Estelionato. Atipicidade. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Acusado licenciado. Conclusão de tempo de serviço. Apelo provido. Sentença condenatória de primeira instância. Reforma. Absolvição do acusado. Ap. nº 2007.01.050542-3 –CE- JSTM 15-16/255.

Estelionato. Coautoria. Proventos de Pensão. Recebimento Indevido. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Anulação. Majoração da Pena. Apelo Improvido. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Pena Mínima Legal. Manutenção. Ausência de Agravante. Decisão Por Maioria. Ap. nº 2006.01.050425-7 - RJ- JSTM 15-16/213.

Estelionato. Habeas Corpus. Indenização de transporte. Trancamento da ação penal. Origem da investigação. Ato ilegal. Ordem concedida. Decisão por maioria. HC nº 2006.01.034226-5-CE-JSTM 15-16/272.

Exclusão das Forças Armadas. Pena Acessória. Aplicação. Homicídio doloso qualificado. Nulidade da Sentença. Desclassificação do delito. Lesão Corporal. Negado Provimento. Majoração da Pena. Decisão Unânime. Art. 205, §2º, I, IV c.c art 30, II, § único, CPM. Art. 102, CPM. Ap. nº 2005.01.049872-9- BA- JSTM 15-16/32.

Exclusão das Forças Armadas. Pena Acessória. Aplicação. Latrocínio. Concurso de Agentes. Morte de Oficial. Apelo Improvido. Sentença Condenatória de Primeira Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Arts. 70, II, d e 53, COM. Ap. nº 2006.01.050349-8 – RJ- JSTM 15-16/159.

Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva reabilitação. Presunção de inocência. Decisão de 1ª instância. Manutenção. Recurso improvido. RCr. Nº 2006.01.007374-0 – BA- JSTM. 15-16/366.

Falsidade ideológica. Rejeição da denúncia. Decisão de primeira instância. Cassação. Recurso improvido. Manutenção da decisão. Inexistência de crime. RCr nº 2007.01.007435-5-SP-JSTM 15-16/411.

Falsificação de documento. Materialidade e autoria comprovadas. Pena privativa de liberdade. Substituição. Pena restritiva de direitos. Apelo improvido. Falta de amparo legal. Decisão unânime. Art. 311, § 1º, CPM c.c art. 71, CP. Ap. Nº 2006.01.050313-7-RS - JSTM 15-16/150.

Furto. Peculato. Habeas Corpus. Auxílios. Recebimento indevido. Erro da administração militar. Alegações desacompanhadas de provas. Trancamento da ação penal. Constrangimento ilegal. Ausência. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034359-8-RJ-JSTM 15-16/335.

Habeas Corpus. Anulação da ação penal. Ausência de assinatura de advogados. Termo de audiência. Inquirição de testemunha. Registro de ata de presença. Validade jurídica. Ordem denegada. Falta de amparo legal. Art. 438, § 1º, CPPM. HC nº 2007.01.034316-4-CE-JSTM 15-16/300.

Habeas Corpus. Calúnia, difamação, injúria. Mensagens eletrônicas via internet. Lugar sujeito à administração militar. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Decisão por maioria. Art. 214, 215 e 216, CC; art. 70, CPM. HC nº 2007.01.034349-0-DF-JSTM 15-16/310.

Habeas Corpus. Deserção. Procedimento instrutório. Irregularidade. Arquivamento do procedimento. Ordem denegada. Falta de amparo legal. HC nº 2007.01.034354-7-RJ-JSTM 15-16/332.

Habeas Corpus. Deserção. Revogação da prisão. Constrangimento ilegal. Ordem denegada. Falta de amparo legal. Decisão unânime. Art. 452 e 453, CPPM; art. 5º, LXI, CF. HC nº 2007.01.034326-1-BA-JSTM 15-16/307.

Habeas Corpus. Entorpecente. Porte. Liberdade provisória. Ordem concedida. Decisão por maioria. Art. 270, Cppm. HC nº 2007.01.034394-6-RS-JSTM 15-16/345.

Habeas Corpus. Entorpecente. Porte. Liberdade provisória. Relaxamento da prisão. Ordem concedida. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034384-9-PR-JSTM 15-16/342.

Habeas Corpus. Estelionato. Indenização de transporte. Trancamento da ação penal. Origem da investigação. Ato ilegal. Ordem concedida. Decisão por maioria. HC nº 2006.01.034226-5-CE-JSTM 15-16/272.

Habeas Corpus. Inobservância de lei, Regulamento ou instrução. Suprimento de fundos. Destinação ilegal. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 467, c, CPPM. HC nº 2007.01.034.305-9-RS-JSTM. 15-16/287.

Habeas Corpus. Peculato. Furto. Auxílios. Recebimento indevido. Erro da administração militar. Alegações desacompanhadas de provas. Trancamento da ação penal. Constrangimento ilegal. Ausência. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034359-8-RJ-JSTM 15-16/335.

Homicídio culposo. Erro médico. Nexo causal demonstrado. Sentença absolutória de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Reu condenado. Art. 206, § 1º, CPM. Ap. Nº 2006.01.050310-2-RJ - JSTM 15-16/119.

Homicídio doloso qualificado. Nulidade da sentença. Desclassificação do delito. Lesão corporal. Negado provimento. Pena acessória exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Majoração da pena. Decisão por unanimidade. Art. 205, § 2º, I, IV c.c art. 30, II. § único, CPM. Art. 102, CPM. Ap. Nº 2005.01.049872-9-BA - JSTM 15-16/32.

Indenização de transporte. Habeas Corpus. Estelionato. Trancamento da ação penal. Origem da investigação. Ato ilegal. Ordem concedida. Decisão por maioria. HC nº 2006.01.034226-5-CE-JSTM 15-16/272.

Inépcia da denúncia. Habeas corpus. Inobservância de lei, Regulamento ou instrução. Suprimento de fundos. Destinação ilegal. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 467, c, CPPM. HC nº 2007.01.034305-9-RS-JSTM. 15-16/287.

Inobservância de formalidade essencial do processo. Nulidade de julgamento. Sessão de julgamento. Ausência de réu preso. Restituição

dos Autos. Juízo a quo. Novo julgamento. Decisão por maioria. Art. 500, IV, CPPM. Ap. nº 2004.01.049615-7- SP- JSTM 15-16/09.

Inobservância de lei, Regulamento ou instrução. Habeas Corpus. Suprimento de fundos. Destinação ilegal. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Decisão unânime. Art. 467, c, CPPM. HC nº 2007.01.034305-9-RS-JSTM. 15-16/287.

Inquérito policial militar. Natureza sigilosa. Mandado de segurança. Vista dos autos. Advogado constituído. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 7º, XIII, Lei 8.906/94 MS nº 2006.01.000686-9-ES-JSTM 15-16/356.

Irregularidade no IPM. Ato libidinoso. Nulidade da ação penal. Ausencia de exame de corpo de delito. Apelo improvido. Nulidade rejeitada. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão unânime. Art. 235 c.c arts 237, II, 72 e 73, CPM. Ap. nº 2005.01.050127-4- SP- JSTM 15-16/86.

Justiça militar. Competência para julgar. Recusa de obediência. Rejeição da denúncia. Decisão de primeira instância. Cassação. Recurso provido. Decisão unânime. Art. 42, 125 e 142, CF c.c. art. 9º, II, a, e III, b, CPM. RCr nº 2007.01.007411-8-MS-JSTM 15-16/398.

Latrocínio. Concurso de agentes. Morte de oficial. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Decisão unânime. Art. 70, II, d e 53, CPM. Ap. Nº 2006.01.050349-8-RJ - JSTM 15-16/159.

Lesão Corporal Culposa. Arma de Fogo. Disparo Acidental. Absolvição. Apelo Improvido. Sentença Condenatória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Art. 210, CPM. Ap. nº 2006.01.050269-6-SP- JSTM 15/16/112.

Local não sujeito à administração militar. Entorpecente. Posse. Decisão de 1ª instância. Desconstituição. Justiça militar. Incompetência para julgar. Recurso provido. RC nº 2006.01.007400-2-MS-JSTM 15-16/390.

Local Sujeito à Administração Militar. Ato Libidinoso. Militar em Serviço. Minoração da Pena. Apelo Provido. Sentença Condenatória de 1ª

Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Art. 235 c.c art. 155, CPM. Ap. nº 2005.01.050024-3 – RS- JSTM 15-16/66.

Lugar Sujeito à administração militar. Entorpecente. Posse. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade à JMU. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância Manutenção. Decisão unânime. Art. 290, caput c.c art. 58, CPM. Ap. nº 2007.01.050492-3 – DF- JSTM 15-16/236.

Lugar sujeito à administração militar. Habeas Corpus. Calúnia, difamação, injúria. Mensagens eletrônicas via internet. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Decisão por maioria. Art. 214, 215 e 216, CC; art. 70, CPM. HC nº 2007.01.034349-0-DF-JSTM 15-16/310.

Mandado de segurança. Inquérito policial militar. Natureza sigilosa. Vista dos autos. Advogado constituído. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 7º, XIII, Lei 8.906/94. MS nº 2006.01.000686-9-ES-JSTM 15-16/356.

Materialidade e autoria comprovadas. Falsificação de documento. Pena privativa de liberdade. Substituição. Pena restritiva de direitos. Apelo provido. Falta de amparo legal. Decisão unânime. Art. 311, § 1º, CPM, c.c art. 71, CP. Ap. nº 2006.01.050313-7- RS- JSTM 15-16/150.

Mensagens eletrônicas via internet. Habeas Corpus. Calúnia, difamação, Injúria. Lugar sujeito à administração militar. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Decisão por maioria. Art. 214, 215 e 216, CC; art. 70, CPM. HC nº 2007.01.034349-0-DF-JSTM 15-16/310.

Militar em Serviço. Ato Libidinoso. Local Sujeito à Administração Militar. Minoração da Pena. Apelo Provido. Sentença Condenatória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Art. 235 c.c art. 155, CPM. Ap. nº 2005.01.050024-3 – RS- JSTM 15-16/66.

Morte de oficial. Latrocínio. Concurso de agentes. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Decisão unânime. Arts. 70, II, d e 53, COM. Ap. nº 2006.01.050349-8 – RJ- JSTM 15-16/159.

Nexo causal demonstrado. Homicídio culposo. Erro médico. Sentença absolutória de primeira instância. Reforma. Apelo provido. Réu

condenado. Art. 206, § 1º, COM. Ap. nº 2006.01.050310-2 – RJ- JSTM 15-16/119.

Nulidade da ação penal. Ausência de exame de corpo de delito. Ato libidinoso. Irregularidade no IPM. Apelo improvido. Nulidade rejeitada. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão unânime. Art. 235 c.c arts 237, II, 72 e 73, COM. Ap. nº 2005.01.050127-4- SP- JSTM 15-16/86.

Nulidade da Sentença. Homicídio doloso qualificado. Desclassificação do delito. Lesão corporal. Negado provimento. Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Majoração da Pena. Decisão Unânime. Art. 205, §2º, I, IV c.c art 30, II, § único, CPM. Art. 102, CPM. Ap. nº 2005.01.049872-9- BA- JSTM 15-16/32.

Nulidade de julgamento. Sessão de julgamento. Ausência de réu preso. inobservância de formalidade essencial do processo. Restituição dos autos. Juizo aquo. Novo julgamento. Decisão por maioria. Art. 500, IV, CPPM. Ap. nº 2004.01.049615-7- SP- JSTM 15-16/09.

Peculato Furto. Tentativa. Desclassificação do Delito. Infração Disciplinar. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Ap. nº 2007.01.050501-6 – RS- JSTM nº 15-16/244.

Peculato. Furto. Habeas Corpus. Auxílios. Recebimento indevido. Erro da administração militar. Alegações desacompanhadas de provas. Trancamento da ação penal. Constrangimento ilegal. Ausência. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034359-8-RJ- JSTM 15-16/335.

Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Latrocínio. Concurso de agentes. Morte de oficial. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão unânime. Arts. 70, II, d e 53, COM. Ap. nº 2006.01.050349-8 – RJ- JSTM 15-16/159.

Pena Acessória. Exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Homicídio doloso qualificado. Nulidade da Sentença. Desclassificação do delito. Lesão Corporal. Negado Provimento. Majoração da Pena. Decisão Unânime. Art. 205, §2º, I, IV c.c art 30, II, § único, CPM. Art. 102, CPM. Ap. nº 2005.01.049872-9- BA- JSTM 15-16/32.

Pena privativa de liberdade. Substituição. Pena restritiva de direitos. Falsificação de documento. Materialidade e autoria comprovadas. Apelo provido. Falta de amparo legal. Decisão unânime. Art. 311, § 1º, CPM, c.c art. 71, CP. Ap. nº 2006.01.050313-7- RS- JSTM 15-16/150.

Pensão. Apropriação indébita. Recebimento indevido. Inexistência de delito. Presença de erro essencial. Absolvição. Sentença absolutória a quo. Mantida. Decisão unânime. Ap. nº 2005.01.049842-7 –DF- JSTM-15-16/24.

Perda da condição de militar. Deserção. Reinclusão às fileiras do exército. Incapacidade temporária. Apelo não conhecido. Falta de condição de procedibilidade. Decisão por maioria. Art. 397, CPPM; súmula 12, STM. Ap. nº 2006.01.050409-7 – SP- JSTM 15-16/205.

Prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Reabilitação. Presunção de inocência. Decisão de 1ª instância. Manutenção. Recurso improvido. RCr. Nº 2006.01.007374-0 – BA- JSTM. 15-16/366.

Presunção de inocência. Reabilitação. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Decisão de 1ª instância. Manutenção. Recurso improvido. RCr. Nº 2006.01.007374-0 – BA- JSTM. 15-16/366.

Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Estelionato. Atipicidade. Acusado licenciado. Conclusão de tempo de serviço. Apelo provido. Sentença condenatória de primeira instância. Reforma. Absolvição do acusado. Ap. nº 2007.01.050542-3 –CE- JSTM 15-16/255.

Princípio da insignificância. Entorpecente. Uso. Inaplicabilidade à JMU. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão por maioria. Art. 290, CPM. Ap. nº 2006.01.050387-0 – CE- JSTM 15-16/195.

Princípio da insignificância. Inaplicabilidade à JMU. Entorpecente. Posse. Lugar sujeito à administração militar. Apelo improvido. Sentença condenatória de primeira instância. Manutenção. Decisão unânime. Art. 290, caput c.c art. 58, CPM. Ap. nº 2007.01.050492-3 – DF- JSTM 15-16/236.

Procedimento instrutório. Irregularidade. Habeas Corpus. Deserção. Arquivamento do procedimento. Ordem denegada. Falta de amparo legal. HC nº 2007.01.034354-7-RJ-JSTM 15-16/332.

Proventos de Pensão. Recebimento Indevido. Estelionato. Coautoria. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Anulação. Majoração da Pena. Apelo Improvido. Sentença Absolutória de 1ª Instância. Manutenção. Decisão Unânime. Pena Mínima Legal. Manutenção. Ausência de Agravante. Decisão Por Maioria. Ap. nº 2006.01.050425-7 - RJ- JSTM 15-16/213.

Punição disciplinar. Ilegalidade. Abuso de poder. Hipóteses não configuradas. Habeas Corpus. Descabimento. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2007.01.034378-4 - AM – JSTM 15-16/328.

Reabilitação. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Presunção de inocência. Decisão de 1ª instância. Manutenção. Recurso improvido. RCr. Nº 2006.01.007374-0 – BA- JSTM. 15-16/366.

Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Decisão de primeira instância. Recurso provido. Recebimento da denúncia. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr nº 2007.01.007469-0-SP- JSTM 15-16/418.

Recusa de obediência. Rejeição da denúncia. Decisão de primeira instância. Cassação. Recurso provido. Justiça militar. Competência para julgar. Decisão unânime. Art. 42 125 e 142, CF c.c. art. 9º, II, a, e III, b, CPM. RCr nº 2007.01.007411-8-MS-JSTM 15-16/398.

Reinclusão Às Fileiras do Exército. Deserção. Incapacidade temporária. Perda da condição de militar. Apelo não conhecido. Falta de condição de procedibilidade. Decisão por maioria. Art. 397, CPPM; súmula 12, STM. Ap. nº 2006.01.050409-7 – SP- JSTM 15-16/205.

Sentença absolutória de primeira instância. Reforma. Deserção. Apelo provido. Sentença reformada. Condenação "AD QUEM". Decisão por maioria. Art. 187, CPM. Ap. nº 2006.01.050190-0- RS- JSTM 15-16/102.

Sessão de Julgamento. Nulidade de Julgamento. Ausência de réu preso. Inobservância de Formalidade essencial do processo. Restituição dos autos. Juízo a quo. Novo julgamento. Decisão por maioria. Art. 500, IV, CPPM. Ap. nº 2004.01.049615-7- SP- JSTM 15-16/09.

Suprimento de Fundos. Destinação Ilegal. Habeas Corpus. Inobservância de Lei, Regulamento Ou Instrução. Inépcia da Denúncia. Tranca-

mento da Ação Penal. Ordem Concedida. Decisão Unânime. Art. 467, c, CPPM. HC nº 2007.01.034305-9-RS-JSTM. 15-16/287.

Vista dos autos. Mandado de segurança. Inquérito policial militar. Natureza sigilosa. Advogado constituído. Ordem denegada. Decisão unânime. Art. 7º, XIII, Lei 8.906/94. MS nº 2006.01.000686-9-ES-JSTM 15-16/356.