

Jurisprudência do Superior Tribunal Militar



volume 7
números 1-2

janeiro/dezembro - 1998

ISSN 0104-0952

Superior Tribunal Militar

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

v. 7 n. 1-2
janeiro/dezembro 1998

Brasília — DF

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Biênio 1997 — 1999

Presidente:

Gen. Ex. *Antonio Joaquim Soares Moreira* (aposentadoria a partir de 05.03.1998)

Gen. Ex. *Edson Alves Mey* (posse em 04.03.1998)

Vice-Presidente:

Dr. *Paulo Cesar Cataldo* (renúncia em 18.12.1997)

Dr. *Aldo da Silva Fagundes* (posse em 19.12.1997)

Ministros:

Dr. *Antonio Carlos de Seixas Telles* (aposentadoria a partir de 22.01.1998)

Dr. *Antonio Carlos de Nogueira*

Ten. Brig. do Ar *Carlos de Almeida Baptista*

Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*

Alte Esq. *Carlos Eduardo Cezar de Andrade*

Gen. Ex. *José Sampaio Maia*

Alte Esq. *José Julio Pedrosa*

Ten. Brig. do Ar *Sérgio Xavier Ferolla*

Alte Esq. *Domingos Alfredo Silva*

Ten. Brig. do Ar *João Felipe Sampaio de Lacerda Junior*

Gen. Ex. *Germano Arnoldi Pedrozo*

Gen. Ex. *José Enaldo Rodrigues de Siqueira*

Dr. *Carlos Alberto Marques Soares* (posse em 17.06.1998)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

(Sessão Administrativa, 24.06.1998)

Presidente:

Min. Alte Esq. *Carlos Eduardo Cezar de Andrade*

Membros:

Min. Ten. Brig. do Ar *Sérgio Xavier Ferolla*

Min. Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*

Suplente:

Min. Gen. Ex. *José Sampaio Maia*

Superior Tribunal Militar
Comissão de Jurisprudência
Edifício-Sede — 4º andar
Editor: Diretoria de Documentação e Divulgação
Edifício-Sede — 10º andar
Telefax: (061) 224-1299
Praça dos Tribunais Superiores
70098-900 — Brasília, DF

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

Jurisprudência do Superior Tribunal Militar v.1 (1992 -). —
Brasília, Superior Tribunal Militar, 1993-

Semestral

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

ISSN 0104-0952

1. Direito Penal Militar — Periódicos — Brasil. 2. Jurisprudên-
cia — Periódicos — Brasil. I. Superior Tribunal Militar.

CDU 344.1(81)(05)

340.142(81)(05)

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

Apelação	9
Conflito de Competência	105
Conselho de Justificação	111
Correição Parcial	146
Desaforamento	163
Embargos	169
<i>Habeas Corpus</i>	182
Mandado de Segurança	203
Questão Administrativa	212
Recurso Criminal	222
Revisão Criminal	243

ÍNDICES

Numérico	259
Assunto	263

Jurisprudência

APELAÇÃO Nº 47.901-5-R J

Estelionato. Sentença subscrita unicamente pelo juiz togado. Aplicação do artigo 438, § 1º, do CPPM. Nulidade inexistente, precariedade da matéria probante. A tipicidade do delito descrito no art. 251 do CPM se configura quando o agente emprega engodo para induzir a vítima em erro, com o propósito de obter indevido proveito patrimonial. Agentes de reduzido nível cultural, ingênuas, sem malícia, que não demonstram qualquer aptidão para enganar terceiros. Juizes Militares que deixaram de subscrever a sentença, por término de jurisdição, quando da publicação. Certificado a respeito do § 1º, do art. 438 do CPPM. Atraso da publicação justificado. Decisão válida e eficaz. Preliminar de nulidade rejeitada. Decisão unânime. No mérito, a precariedade da prova não demonstra animus decipiendi. Recurso improvido. Sentença absolutória confirmada. Decisão uniforme.

Relator — Min. Ten. Brig. do Ar João Felipe Sampaio de Lacerda Junior.

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

Apelante — O Ministério Público Militar junto à 5ª Auditoria da 1ª CJM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 5ª Auditoria da 1ª CJM, de 12/09/96, na parte em que absolveu os civis Maria Elizabeth Tinoco Brulon, Sebastião Paulino Monteiro Filho, Edna Coelho Monteiro, Thereza Maria da Conceição, Marluse Barboza, Denerci Ribeiro Zahal, Débora Cristina Ramos Siqueira, Janete Torres da Silva e Alice Ferreira de Figueiredo, do crime previsto no art. 251 do CPM.

Advogados — Drs. Adelcy Maria Rocha Simões Corrêa, Mariza Pereira do Couto (Defensoras-Públicas) e Ronaldo Albano.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da Justiça Militar e, no mérito, negou provimento ao apelo, confirmando a sentença absolutória. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares deu-se por impedido.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. O Ministro José Julio Pedrosa encontra-se em gozo de licença. (Extrato da Ata 56ª Sessão, 17.09.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e, no mérito, negar provimento ao apelo, confirmando a sentença absolutória.

Brasília, 17 de setembro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Ten. Brig. do Ar *João Felipe Sampaio de Lacerda Junior*, Relator.

RELATÓRIO

Consta que o presente recurso de Apelação foi interposto pelo representante do Ministério Público Militar junto à 5ª Auditoria da 1ª CJM, sendo apelada a sentença de 12 de setembro de 1996, proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, na parte em que absolveu do crime previsto no art. 251 do CPM, os seguintes acusados civis:

- | | |
|-------------------------------------|-----------------------|
| 1) Maria Elizabeth Tinoco Brulon | - Denunciada nº 03; |
| 2) Sebastião Paulino Monteiro Filho | - Denunciado nº 05; |
| 3) Edna Coelho Monteiro | - Denunciada Nº 06; |
| 4) Thereza Maria da Conceição | - Denunciada nº 07; |
| 5) Marluse Barboza | - Denunciada nº 08; |
| 6) Denerci Ribeiro Zahal | - Denunciada nº 10; |
| 7) Débora Cristina Ramos Siqueira | - Denunciada nº 12; |
| 8) Janete Torres da Silva | - Denunciada nº 13; e |
| 9) Alice Ferreira de Figueiredo | - Denunciada nº 14. |

Consta dos alentados seis (6) volumes principais e dos seis (6) anexos que compõem o presente processo, que em data de 20 de junho de 1992, o Órgão Ministerial, por seu representante junto à então 3ª Auditoria do Exército da 1ª CJM, ofereceu denúncia contra 15 (quinze) pessoas, todas civis, dentre as quais as 9 (nove) ora apeladas, tendo-as como incursoas no delito previsto no art. 251 do CPM (estelionato).

Narra a peça vestibular que:

(fls. 07) “ No ano de 1987, as duas primeiras denunciadas, Maria da Glória e Leonor, valendo-se de suas atividades como funcionárias da SSIP/2ª CSM, começaram a adulterar Títulos de Pensão Militar para fazerem implantações ilegais de pensionistas, ilícitos que se desenvolveram até o mês de maio de 1989. Nesse período foram implantados ilegalmente como pensionistas os demais denunciados: Alice, Alaíde, Débora, Denercy, Edna, Sebastião, Janete, Marluce, Maria Elizabeth, Thereza Maria e Marino Fernandes, sendo que este último não chegou a receber a referida pensão, pois as irregularidades foram descobertas, conforme documento de fls. 4, realizada sindicância e conseqüente instauração do presente IPM (fls. 2), bem como, foram bloqueados os pagamentos das pensões citadas acima.

As duas primeiras denunciadas são funcionárias da SSIP/2ª CSM sendo que Leonor, há aproximadamente onze anos, exercendo a função de organizar os processos de habilitação dos pensionistas para encaminhá-los ao chefe do setor e Maria da Glória, há cerca de três anos, é encarregada das alterações dos militares inativos e, ainda, substituindo a funcionária Reinalda Pinto Guimarães, nos impedimentos desta, na função de fazer as alterações de pensionistas já implantados e implantações de novos pensionistas.

A atividade delituosa iniciava-se com a utilização de um Título de Pensão Militar legalmente concedido, vindo da SIP/1 autorizado, que era adulterado pelas duas primeiras denunciadas, passando dele a constar o nome de um falso pensionista, no caso, os demais denunciados, eram preenchidos os Formulários de Implantação de Pagamento de Pensionistas, com a conseqüente implantação e as Fichas de Apresentação. Após implantados, esses “pensionistas” passavam a receber a pensão no Banco onde abriram a conta, para onde a Administração Militar enviava o dinheiro, emitindo para cada um os respectivos contra cheques.

Foi realizado o Laudo Pericial nº 27/89, com Laudo Complementar, nos documentos adulterados, já citados acima, concluindo os peritos que as adulterações feitas nos documentos relativos a Alaíde Silva foram feitas parte de próprio punho e parte pela denunciada Maria da Glória; sendo que as de Alice Ferreira de Figueiredo, Edna C. Monteiro, Marino Fernandes e Sebastião P. M. Filho promanaram do punho de Maria da Glória, que, também, de próprio punho realizou parte da falsificação no "Atestado de Óbito" de fls. 276. Em relação aos documentos periciados relativos a denunciada Marluce, parte das adulterações foram feitas de próprio punho e parte pela denunciada Leonor, tendo, também promanado do punho de Leonor as constantes nos documentos da denunciada Débora, Maria Elizabeth, Marluce e Thereza.

A denunciada Alice começou a receber a pensão no mês de julho de 1987, Alaíde em setembro de 1987, Débora em novembro de 1987, Denercy em novembro de 1987, Edna em setembro de 1987, Sebastião em novembro de 1987, Thereza Maria em outubro de 1987, Janete em outubro de 1987, Marluce em dezembro de 1988 e Maria Elizabeth em setembro de 1988. Todos recebendo pelos seus respectivos Bancos, onde abriram conta e forneceram os dados para constar dos seus documentos, na SSIP/2ª CSM, até o mês de maio de 1989, quando os delitos foram descobertos e cancelados os pagamentos.

Ressaltando que Marino Fernandes não chegou a receber pensão, pois foi através dos seus documentos que foram descobertos os fatos apurados no IPM 45/89, embora Marino já estivesse implantado e com pensão concedida no valor de 2.042,20 para o mês de maio, mas esse valor foi bloqueado.

Com relação a Alice F. Figueiredo, esta passou a receber indevidamente a pensão em julho de 1987, através da Caixa Econômica Federal, agência Fonseca, RJ. Avisava mensalmente a quantia e quando poderia ser retirada a pensão do Banco, local onde comparecia, recebia o contracheque e retirava a "pensão" através de cheques, sendo o total dividido (sic) em três partes, ocasião em que Alice entregava um cheque em branco para Maria da Glória retirar sua parte.

Em relação a Alaíde, sua implantação ilegal como pensionista foi feita por intermédio e com a ajuda de Maria da Glória, Vera e Sandra.

A denunciada Alaíde passou a receber a pensão indevida a partir (sic) de setembro de 1987, através do Banco do Brasil, agência Icaraí, RJ, dividindo-a com Maria da Glória, Vera e Sandra, de modo que só ficava com salário mensalmente, que era retirado através de cheques, e o resto ficava para Maria da Glória, a quem Alaíde dava todo mês um cheque assinado em branco, cheque que era preenchido por Vera Tinoco Davies, e, posteriormente dividido.

A denunciada Denercy passou a receber ilegalmente a pensão em novembro de 1987, pela Caixa Econômica Federal, agência Fonseca, RJ., após Maria da Glória ter adulterado o Título de Pensão de Alzira Moreira Pena. O valor da pensão era mensalmente dividida em três partes, duas partes eram entregues a Maria da Glória. Denercy retirava o dinheiro do Banco, mensalmente, usando cheques, sendo que Denercy ficava com um terço da pensão. Ressaltando o fato de Denercy ser sogra de Sheyla Davies de Souza, filha de Maria da Glória, sendo que foi por intermédio e com a ajuda de Sheyla que Denercy conseguiu receber a referida pensão. Foi na casa de Sheyla que Denercy entregou seus documentos, foi junto com Sheyla que foi abrir a conta bancária para receber a "pensão", e era para Sheyla que ficava um terço da pensão recebida por Denercy.

A denunciada Edna começou a receber a pensão em setembro de 1987, após ir na CEF - Amaral Peixoto abrir uma conta e dar o nº para Maria da Glória. No primeiro mês que recebeu pensão, Maria da Glória acompanhou Denercy ao Banco, mas não entrou, esperou do lado de fora para dividirem o dinheiro. Divisão que foi sempre feita em quatro partes, sendo que Denercy ficava com uma. Nas vezes seguintes, quando passou a receber mensalmente o dinheiro, dava um cheque para Maria da Glória retirar sua parte.

O denunciado Sebastião, marido de Edna, dois meses após esta começar a receber a "pensão", também, passou a receber indevidamente a pensão, através de uma conta que abriu para esse fim, na Caixa Econômica Federal, agência Fonseca. Do mesmo modo e nas mesmas condições que sua esposa Edna, que era quem fazia a divisão do dinheiro, acima citado, com Maria da Glória e entregava o cheque com a parte de Maria da Glória na pensão. Sendo que a conta referida acima, foi aberta para o recebimento da "pensão", tanto que, conforme informação bancária foi isenta de depósito inicial por ser "conta salário".

A denunciada Maria Elizabeth, implantada ilegalmente com um Título de Pensão adulterado pela denunciada Leonor, passou a receber pensão no mês de setembro de 1988, ocasião em que foi ao Banco do Brasil dentro da 2ª CSM, acompanhada de Vera Lúcia, pois foi por orientação, por intermédio e com a ajuda de Vera, que disse que "Glorinha arranjava pensão na 2ª CSM", que Maria Elizabeth providenciou e entregou seus documentos para passar a receber a "pensão".

Assim, no recebimento da primeira "pensão" por Maria Elizabeth, esta foi ao Banco acompanhada de Vera Lúcia Tinoco Davies, que é cunhada de Maria da Glória, local onde encontraram com Maria da Glória e Leonor. Após retirar o dinheiro no Caixa do Banco, Maria Elizabeth o dividiu em quatro partes: sendo uma para ela própria, uma para Vera, uma para Maria da Glória e a outra para Leonor. Das vezes seguintes ia sozinha ao Banco e depois entregava as citadas três partes para Glorinha, sendo certo que sempre recebeu "seus proventos contra recibo", não sendo portadora de talonário de cheques.

A denunciada Marluce Barboza foi implantada através de documentos adulterados, adulterações feitas pela denunciada Leonor e por seu próprio punho, passando a receber indevidamente uma pensão do Exército Brasileiro desde novembro de 1988, através do Banco do Brasil, agência Niterói. A referida pensão, Marluce dividia com Leonor e Maria da Glória, em três partes iguais, quantia que entregava, mensalmente, a uma das duas (Leonor ou Maria da Glória), sendo que a última, no mês de maio, entregou a Leonor, no "Cafezinho do Plaza Shopping". Sendo certo, que de dezembro de 1988 a março de 1989, sacava com cheques avulso, pois, somente em abril de 1989 foi-lhe fornecido talonário de cheques.

A denunciada Thereza Maria da Conceição passou a receber ilegalmente pensão do Exército, através da denunciada Marluce, que serviu de intermediária entre Thereza, Leonor e Glorinha, sendo certo que a adulteração dos documentos para recebimento da pensão de Thereza Maria foram feitas por Leonor. A pensão que a denunciada Thereza passou a receber em outubro de 1987, na Caixa Econômica Federal, agência Niterói, era dividida em três partes iguais, sendo uma parte para Leonor, uma para Maria da Glória e a outra era subdividida entre Thereza e Marluce. Thereza recebeu pessoalmente algumas vezes, mas geralmente entregava um cheque para Marluce e esta se encarregava de fazer a divisão, bem como, Marluce, recebia, no Banco, o contracheque de Thereza.

A denunciada Débora passou a receber indevidamente pensão do Exército, através da adulteração de um Título de Pensão Militar feita pela denunciada Leonor, desde o mês de novembro de 1987. Para recebimento da referida pensão a denunciada Débora abriu uma conta bancária na CEF, agência Amaral Peixoto - Niterói, da qual mensalmente, entregava para Maria da Glória um cheque assinado, correspondente à parte desta e de Leonor na "pensão".

A denunciada Janete Torres da Silva, cunhada de Leonor, foi implantada como pensionista do Exército com a adulteração do Título de Pensão Militar assinado de próprio punho e através da denunciada Maria da Glória. Janete entregou seus documentos para Maria da Glória e quando esta conseguiu a falsa implantação, foram juntas, Janete e Maria da Glória, ao Banco do Brasil, agência São Gonçalo, onde Janete abriu uma conta para passar a receber a "pensão", que recebeu desde outubro de 1987, sendo que conforme informação bancária, inicialmente, retirava o dinheiro contra recibo, através de documento não compensável, e, somente, posteriormente, recebeu talonário de cheques. No recebimento de sua pensão, Janete ligava, mensalmente, para Glorinha marcando um encontro, a fim de dar a esta a parte dela na "pensão". Acrescentando-se que quando foi descoberto que ocorriam irregularidades na implantação de pensionistas, foi entregue na 2ª CSM o documento de fls. 276, atestando falsamente o óbito de Janete.

Os ora denunciados, para obterem vantagem financeira ilícita, conforme acima narrado, infringiram a Legislação Penal Militar, sendo que as duas primeiras denunciadas valendo-se da facilidade de serem funcionárias da SSIP/2ª CSM RJ., que contavam com a confiança de todos no local de trabalho, usando de meios fraudulentos, fraudaram os documentos para concessão de pensão militar, usando um Título de Pensão que já tivesse sido autorizado pela SIP/1, trocando os nomes dos legítimos beneficiários, para daí em diante, conseguirem a implantação dos demais denunciados. Estes passaram a receber indevidamente as pensões militares, (vantagem financeira ilícita), que era dividida, conforme acima descrito, paga pela Fazenda Nacional, Exército Brasileiro."

A denúncia teve por suporte o IPM instaurado por determinação do Comando da 1ª Região Militar, achando-se a conclusão às fls. 496 e a solução às fls. 498/500.

O IPM deu entrada na Auditoria já referida, pela primeira vez, em 04 de outubro de 1989 (fls. 502).

Somente em 14 de agosto de 1992 houve recebimento, em parte, da denúncia oferecida, tendo sido rejeitada em relação a alguns denunciados (fls. 757 - vol. 4).

O Órgão Ministerial interpôs recurso em sentido estrito (fls. 759), ensejando o Recurso Criminal nº 6.058-3/RJ, que teve como Relator o Ministro Jorge José de Carvalho, tendo esta Corte, por maioria de votos, provido o

recurso para determinar o recebimento da peça vestibular em sua totalidade, com o prosseguimento do feito na instância a quo, como se vê do venerando Acórdão de 10 de dezembro de 1992 (fls. 801/827).

Ressalte-se que no referido Recurso Criminal falou pela douta Procuradoria o Dr. Mário Sérgio Marques Soares.

Os termos de qualificação e interrogatório dos ora apelados encontram-se juntados aos autos, como se segue:

- | | |
|-------------------------------------|-------------------------------------|
| 1) Maria Elizabeth Tinoco Brulon | - réu - citação p/edital - fls 903; |
| 2) Sebastião Paulino Monteiro Filho | - fls. 933; |
| 3) Edna Coelho Monteiro | - fls. 952; |
| 4) Thereza Maria da Conceição | - fls. 860; |
| 5) Marluse Barboza | - fls. 864; |
| 6) Denerci Ribeiro Zahal | - fls. 867; |
| 7) Débora Cristina Ramos Siqueira | - fls. 871; |
| 8) Janete Torres da Silva | - fls. 892; e |
| 9) Alice Ferreira de Figueiredo | - fls. 873. |

As testemunhas da Acusação foram inquiridas em Juízo, como consta dos assentados de fls. 983/988, 1.000/1.011, e 1.059/1.064 (volume 5), e as da Defesa às fls. 1.136/1.142.

Em alegações finais escritas o Ministério Público Militar requereu, sucintamente (uma única folha - fls. 1.176), a procedência da ação para condenar os acusados nos termos em que foram denunciados.

As alegações finais defensórias acham-se acostadas às fls. 1.186/1.189 e 1.190/1.212.

A acusada Alaíde Silva faleceu em 11 de fevereiro de 1994, conforme comprovado pela Certidão de Óbito de fls. 1.298.

Depois de prorrogações sucessivas, por cinco vezes, pelo menos, finalmente realizou-se a sessão de julgamento em 12 de setembro de 1996, conforme registra, com detalhes, a Ata de fls. 1.419/1.423.

A insigne Magistrada - Dra. Maria Letícia de Alencar - esclareceu (fls. 1.424) a respeito do excesso de prazo para redação da sentença, que só foi apresentada à Secretaria em 18 de outubro de 1996, designando o dia 28 seguinte, prorrogado depois para 30 (fls. 1.426), para leitura e audiência admonitória, ao tempo em que declinou (fls. 1424 - verso), *in verbis*:

“Deixo de convocar o Conselho por término de jurisdição, o que ocorreu a 30 de setembro, devendo lavar-se certidão.”

A sentença acostada às fls. 1.433/1.468, de que ora recorre, em parte, registra, como relevante, em relação aos apelados, o seguinte:

1) Preliminarmente decretou a extinção da punibilidade, pela morte, da acusada Alaíde Silva;

2) Desacolheu o Colegiado o pedido apresentado pelo Órgão Ministerial, durante a sustentação oral, no início do julgamento, que requereu a desclassificação do delito constante da denúncia (art. 251), para o art. 251, § 3º do CPM;

3) Rejeitou (fls. 1.451) preliminar de nulidade argüida pela defesa da ré Maria da Glória Davies de Souza, que sustentou inexistir Alegações Finais Escritas do Ministério Público, uma vez que as apresentadas (fls. 1.176), em uma única folha, eram ineptas e sem condições de produzir seus efeitos processuais;

No mérito, decidiu o Conselho de Justiça:

a) Em relação às acusadas Maria da Glória Davies de Souza e Leonor Caseiro da Silva (que não figuram nesta Apelação nem como recorrentes, nem como recorridas) condená-las à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursas no art. 251 do CPM, com Sursis, pelo prazo de 3 (três) anos, sob as condições estipuladas na sentença (fls. 1.467); e,

b) Decidiu o Colegiado, ainda, absolver as demais 12 pessoas acusadas, dentre as quais as nove ora apeladas, tendo por fundamento o disposto na alínea e, do art. 439, do CPPM.

A sentença já referida, em sua última página (fls. 1.468), apresenta uma única assinatura de Juiz, que se deduz ser a Dr^a. Maria Letícia de Alencar, Juíza-Auditora Substituta à época, além dos "cientes" de advogados, da Defensora Pública e do Procurador da Justiça Militar, com datas variadas (04, 05, 11 e 19 de nov/96), sendo a ciência do Ministério Público Militar antecedida pela data 05/11/96.

Em tempo hábil o Órgão Ministerial interpôs o presente recurso (foi intimado em — 05/11/96 — 3ª feira — ciente, fls. 1.468 e Certidão — 1.469 - verso, apresentou petição de recurso em 11/11/96 - fls. 1.472) apelando em relação à absolvição dos seguintes acusados:

- 1) Maria Elizabeth Tinoco Brulon;
- 2) Sebastião Paulino Monteiro Filho;
- 3) Edna Coelho Monteiro;
- 4) Thereza Maria da Conceição;
- 5) Marluse Barboza;
- 6) Denerci Ribeiro Zahal;
- 7) Débora Cristina Ramos Siqueira;
- 8) Janete Torres da Silva; e
- 9) Alice Ferreira de Figueiredo.

Sustenta o Órgão Ministerial recorrente, em suas razões de apelação (fls. 1.474/1.487), em resumo, que:

(fls. 1.476) "Entende o Ministério Público Militar que nos autos está suficientemente comprovada a consumação do delito imputado aos acusados, conforme ação delituosa descrita, em relação a cada um dos denunciados, na peça vestibular acusatória, visto que obtiveram a vantagem ilícita, em prejuízo da Administração Militar e, que os agentes tinham o especial fim de agir, ou seja, quiseram receber indevidamente as pensões militares, e conscientemente para se apoderarem da vantagem financeira ilícita, empregaram um meio fraudulento.

A ação delituosa, o estelionato, se desenrolou da seguinte forma: a acusada Maria da Glória e Leonor, de 1987 a 1989, fizeram implantações ilegais de pensionistas, utilizando-se de Títulos de Pensão que tinham sido legalmente autorizados pela SIP/1, os quais adulteraram, trocando os nomes dos legítimos beneficiários, pelos dos acusados Maria Elisabeth Tinoco Brulon, Sebastião Paulino Monteiro Filho, Edna Coelho Monteiro, Tereza Maria da Conceição, Marluce Barboza, Denercy Ribeiro Fahal, Débora Cristina Ramos Siqueira, Janete Torres da Silva e Alice Ferreira de Figueiredo, que, assim, passaram a receber indevidamente as pensões militares, as quais, as acusadas tinham consciência que não faziam jus ao recebimento, valores pagos pela Fazenda Nacional, Exército Brasileiro

Todos os acusados absolvidos na sentença que o Ministério Público Militar ora recorre, receberam dos cofres da Administração Militar, pensões ilegais, pensões que foram depositadas nas cotas (sic) dos acusados, e que foram divididas com as condenadas Maria da Glória e Leonor, sendo que estes fatos se encontram sobejamente provados nos depoimentos dos acusados, bem como nos extratos e movimentação bancária de cada um dos acusados, acostados nos autos nos apensos de 1 a 5, bem como no levantamento contábil feito às fls. 433.

Sendo que o referido documento, de fls. 433, encontramos comprovado o montante pago pela Administração Militar, em consequência da fraude utilizada pelas Acusadas."

Passou o Apelante em seguida a discorrer, individualizando a conduta de cada um dos apelados, em relação às provas constantes dos autos, como se vê de fls. 1.478/1.486, que se dispensa a leitura, para abreviar este relatório

Concluiu o ora recorrente seu arrazoado requerendo a reforma da sentença apelada, na parte que absolveu os apelados já nominados, para condená-los pela prática do delito de Estelionato contra a Administração Militar.

Em favor dos apelados contra-arrazoaram os nobres defensores, como se vê das peças constantes dos autos (fls. 1.489/1.500 e 1.503/1.504).

Alçando os autos a esta Superior Instância em 04 de março de 1997, depois de autuados, foram distribuídos, inicialmente, ao Ministro Jorge José de Carvalho, como Relator, e ao Ministro Paulo Cesar Cataldo, como Revisor (fls. 1.511).

Posteriormente, em 07 de março de 1997 o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior passou a figurar como Revisor (fls. 1.512).

Em 10 de março de 1997 foi aberta vista à douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, permanecendo os autos naquele Órgão até 10 de dezembro do mesmo ano, quando recebeu o parecer de fls. 1.516/1.527, datado de 09/11/97, subscrito pela Subprocuradora-Geral — Dra. Adriana Lorandi Ferreira Carneiro, que argumentou, em síntese, o seguinte:

Que a sentença de que ora se recorre "" é inexistente para o mundo jurídico, pois apócrifa. Dela não consta a assinatura de nenhum Juiz membro do Conselho Permanente, nem a identificação dos mesmos, havendo no final do documento, às fls. 1.468 uma assinatura, presumidamente da Juíza-Auditora, também não identificada, e os vários "cientes" dos patronos dos acusados e do Ministério Público."

E acrescenta a ilustre parecerista:

(fls. 1.523) "A Sessão de Julgamento do caso vertente ocorreu no dia 12 de setembro de 1996, portanto, há 01 ano e três meses. Assim sendo, há que se proceder a novo julgamento pelo Conselho Permanente de Justiça com jurisdição para o trimestre, não havendo possibilidade de se restaurar o conselho que efetuou o julgamento, sob pena de se violar o princípio do juiz natural.

Isso porque a sentença é ato processual escrito, decorrente do julgamento. Ela e o julgamento formam uma unidade. Tanto isso é verdade que a lei diz que se a sentença ou decisão não for lida na sessão em que se proclamar o resultado do julgamento, sê-lo-á pelo auditor em pública audiência, dentro do prazo de oito dias (art. 443 do CPPM). Assim, inexistente a sentença, por ausência do requisito previsto no art. 438, "e" do CPPM, há que se ser declarada sua inexistência, devendo outro julgamento ser realizado e outra sentença ser proferida validamente, com reabertura de oportunidade recursal."

Arremata a digna Subprocuradora-Geral:

(fls. 1.526/1.527) "A sentença juridicamente inexistente é uma não-sentença, independentemente de declaração judicial. Ela não tem aptidão para gerar a res iudicata. A inexistência pode ser argüível e declarável em qualquer processo ou instância, e, até mesmo, ex officio.

E é por essa e por todas as razões acima expostas que opino no sentido de que a presente apelação não seja conhecida por esta Alta Corte de Justiça e que seja declarada a inexistência da sentença, devendo outro julgamento ser efetuado pelo Conselho Permanente de Justiça com jurisdição no trimestre civil em que for realizada a nova sessão de julgamento."

Em 15 de dezembro de 1997 foram os autos redistribuídos e conclusos ao atual Relator. (fls. 1.530/1.531).

No dia seguinte (16/12/97) proferiu o mesmo despacho (fls. 1.532) determinando a remessa do 6º volume à Auditoria de origem para que a ilustre Juíza Auditora que atuara no feito informasse o que soubesse a respeito das questões aventadas pela representante do *Custos Legis*.

Manifestando-se nos autos, por solicitação do Relator, esclareceu a Juíza-Auditora Dra. Maria Letícia de Alencar (fls. 1.537/1.540), em resumo, que as medidas relacionadas à falta de assinaturas dos Juízes Militares na sentença recorrida decorreu do término do trimestre e encontrava amparo nos artigos 436 e 438, § 1º do CPPM.

Esclareceu mais a digna Magistrada (fls. 1.537/38), *in verbis*:

"Mais ainda, é de se perquirir qual a verdadeira razão da fisionomia pasma que o parecer do órgão do Ministério Público Militar expressa, porque a medida adotada pelo Juízo, sendo absolutamente conforme à lei, era, à toda evidência, a única que se impunha, valendo trazer à colação a regra do § 1º do artigo 438 do Código de Processo Penal Militar, que prevendo hipóteses como estas autoriza o Juiz-Auditor a declarar o voto (ou votos), como vencedor ou vencido, do Juiz (ou Juizes) Militar (ou Militares) que, por qualquer razão, não esteja presente para assinar a sentença.

Anote-se que, no caso concreto, não havia o que declarar, uma vez que - como se vê da Ata de fls. 1429/1433 - a decisão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército foi unânime.

Tudo está, portanto, devidamente certificado nos autos, valendo ainda registrar que a razão do não chamamento do Conselho vem consignada, como já se expôs, no despacho de fls. 1424 e 1424v, do qual teve regular ciência o órgão do Ministério Público Militar que oficia perante o Juízo da 5ª Auditoria da 1ª CJM, sem qualquer desfalecimento.

Parece, todavia, existir um óbice maior, que torna ainda mais despropositado o parecer do órgão do Ministério Público Militar, que sequer se manifesta, como de seu mister, sobre o mérito do recurso, quiçá por, em sua onipotência, supor que a sua simples opinião sobre o não conhecimento do apelo pudesse vincular o Tribunal, quiçá por, verificando a extensão dos autos, não se animar à leitura das peças antecedentes à sentença."

Em vista das informações prestadas pela insigne Juíza-Auditora, em despacho datado de 02 de março último (fls. 1.544), determinou o Relator vista à Procuradoria-Geral para que se manifestasse sobre o mérito e aduzisse tudo mais que entendesse de direito.

Determinou, também, vista aos defensores dos apelados, para preservar íntegros os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, seguindo os cânones do artigo 379, segunda parte, do CPPM.

Pela Procuradoria-Geral oficiou novamente a Dr^a. Adriana Lorandi Ferreira Carneiro (fls. 1547/49), ratificando o parecer anterior, no sentido do não conhecimento do presente recurso, por inexistência de sentença e realização de novo julgamento.

Deixou a ilustre parecerista de opinar sobre o mérito, argumentando, *ipsis litteris*:

(fls. 1.548) "No que concerne à energia e veemência inusitadas e desnecessárias com que a Magistrada dá colorido à sua argumentação, o que poderia ser apontado, isto sim, como o resultado de "condições biopsicológicas de quem assim se tenha permitido proceder", segundo suas próprias palavras, o Ministério Público, no exercício pleno de suas atribuições, prefere imputar tal destempero verbal a um momentâneo desequilíbrio emocional que, não sendo, nem de longe, aquilo que se espera deva fluir da pena doura e serena de um Magistrado, pode, por vezes, ocorrer, quando não existe argumentação substantiva capaz de negar ou justificar um fato - a inexistência da sentença.

Uma sentença que não é sentença não tem mérito a ser apreciado, razão por que o Ministério Público Militar nada tem a acrescentar ao Parecer já emitido."

Os ilustres patronos dos apelados se manifestaram nos autos, nada aduzindo de relevante.

A Defensoria Pública da União, por sua representante junto a esta Corte Castrense, teve oportunidade para conhecer e se pronunciar nos presentes autos.

Assim relatado, passou o Tribunal à decisão.

VOTO

Da preliminar aventada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar no sentido do não conhecimento da apelação interposta, com declaração de inexistência da sentença apelada.

A respeito de "conhecer" encontramos na literatura jurídica que "o conhecimento pode ser do próprio juiz ou do tribunal: o juiz conheceu da petição de folhas, i.e., acatou o pedido nela contido. O Tribunal conheceu do recurso, ou seja, admitiu o seu processamento, o que não quer dizer que acolheu as suas razões." (in "Enciclopédia Saraiva de Direito", 1977, v. 18, p. 164).

Diz mais a referida Enciclopédia: (ainda p. 164).

"Conhecer do recurso significa que ele está em termos, que é cabível, que atende os preceitos legais para ser interposto inclusive no que se refere à competência;..."

A Apelação, como modalidade de recurso que é, tem suporte jurídico no texto constitucional quando este estrutura o Poder Judiciário, fixando matérias competenciais, de acordo com o grau da instância, escalonando os órgãos judicantes e estabelecendo o princípio do duplo grau de jurisdição.

Na solução dos conflitos de interesses postos em litígio na relação jurídica de um processo é indispensável que exista previsão legal de um segundo exame da matéria, para que não se corra o risco de consagrar-se uma injustiça, se não por outro motivo, pela razão simplista da própria falibilidade humana.

O instrumento para o exercício do duplo grau de jurisdição, via de regra, é o recurso, em suas diversas modalidades.

Na tramitação do recurso de Apelação depara-se com dois momentos distintos, processados em duas instâncias diferentes:

1) *No Juízo da admissibilidade - que se efetiva na instância a quo, quando são avaliados os pressupostos objetivos (cabimento, tempestividade, regularidade procedimental, etc...); e*

2) *No Juízo ou instância recursal — que se efetiva em segundo grau de jurisdição, isto é, no Juízo ou Tribunal ad quem, onde confirmados os pressupostos objetivos, com a adequação do recurso (princípio da fungibilidade) e avaliados os pressupostos subjetivos (sucumbência e legitimidade) procede-se o provimento (reforma da decisão recorrida, no todo ou em parte), ou procede-se o improvimento do recurso, confirmando-se ou mantendo-se a decisão recorrida.*

Diz o renomado Mirabete (Julio Fabriní, in "Processo Penal"; Ed. Atlas, 4. ed., 1995, p. 597):

“Para que o recurso possa ser examinado pelo Juízo ou Tribunal ad quem é necessário que se cumpram todos os seus pressupostos, que são as exigências legais para que seja ele conhecido.”

E, mais adiante, ainda à página 597:

“Assim, um recurso pode ser conhecido (quando presentes os pressupostos exigidos) ou não-conhecido (quando ausente um ou mais dos pressupostos exigidos)...”

No caso *sub judice* estão presentes todos os pressupostos exigidos para admissibilidade do recurso interposto, de modo que possa ser examinado por esta Corte.

Por outro lado acha-se acostado aos autos um documento composto de 36 (trinta e seis) folhas datilografadas e rubricadas (fls. 1.433/1.468) contendo no frontispício da página inicial, com destaque, a denominação “sentença”. Esse documento que qualifica todos os denunciados, expõe, com clareza e previsão, todo o desenrolar da ação penal; declara as razões de convicção em que se funda, além das provas colhidas nos autos; traz em seu bojo os dispositivos legais em que se amparam os diversos aspectos jurídicos enfocados e está devidamente datado e assinado com chancela idêntica àquelas apostas às fls. 1.374, 1.344 e outras dezenas de documentos semelhantes constantes dos autos, cujas assinaturas foram lançadas sobre o nome: “Dr^a. Maria Letícia de Alencar — Juíza-Auditora”.

Traz ainda o questionado documento rotulado como “Sentença”, em sua última página (fls. 1.468), os “cientes” dos advogados que atuaram e atuam no feito, inclusive o da representante do Ministério Público Militar, ora apelante.

Acrescente-se, ainda, que se tal documento (sentença) foi juntado aos autos pelo Diretor de Secretaria (fls. 1.432), que tem fé de ofício, é porque evidentemente foi reconhecido como pertinente ao presente processo e apresentado pela autoridade competente, no caso, a digna Juíza-Auditora.

Falar-se em inexistência de sentença diante de tais circunstâncias, *datíssima venia*, não parece o mais adequado no caso concreto.

Quando no muito poder-se-ia falar em nulidade da sentença prolatada, caso sua eficácia fosse questionada.

Mas a respeito da propalada nulidade o Apelante nada questionou, levando a crer que admitiu a sentença apelada como válida, em todos seus aspectos, quer formais, quer materiais.

A justificativa apresentada pela ilustrada Juíza-Auditora (fls. 1.424), esclarecendo que deixava de convocar o Conselho de Justiça por já haver se

encerrado o trimestre de jurisdição e determinando fosse certificado nos autos a respeito, atendeu o disposto no § 1º, do art. 438 do CPPM.

Não há como declarar-se a nulidade da sentença, em razão dos seguintes argumentos:

1) *A preliminar de inexistência ou nulidade da sentença aventada pela douta Procuradoria-Geral, se acolhida, ensejaria a ruptura dos princípios institucionais de unicidade e indivisibilidade do Ministério Público, conforme preconizado no § 1º do art. 127 da Magna Carta, uma vez que o Órgão Ministerial de Primeira Instância teve posicionamento oposto ao reconhecer a validade da sentença, tanto que dela apelou.*

2) *Nada se questionou sobre o modo pelo qual a formalidade da falta de assinatura dos Juízes militares na sentença pudesse ter influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, como exige o artigo 502 do CPPM; e ainda,*

3) *Não se insere no bojo do presente apelo qualquer questão relacionada à referida nulidade, razão pela qual, não fosse a relevante credibilidade que merece o custos legis, sequer se conheceria da matéria, pelo princípio "tantum devolutum quantum appellatum", pois, "recorrendo a acusação em caráter limitado, não pode o Tribunal dar provimento em maior extensão contra o apelado", conforme ensina o renomado Mirabete (Julio Fabbrini, Processo Penal. Ed. Atlas, 4. ed., 1995, p. 645).*

Ademais, o Excelso Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência a respeito da questão, sumulada no verbete nº 160, com a seguinte redação:

Súmula 160/STF

"É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício."

Por tais razões o Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar aventada pela douta Procuradoria-Geral e conheceu do recurso, considerando válida e eficaz a sentença apelada, o que não implica, neste momento preliminar, em confirmação ou reforma da mesma.

DO MÉRITO

Em suas Razões de Apelação requer o Órgão Ministerial a reforma da sentença recorrida, na parte em que absolveu os civis já nominados, para condená-los pela prática de delito de estelionato (art. 251 do CPM).

Não deve prosperar a pretensão do Recorrente.

Como enfatizado na denúncia e na sentença absolutória apelada, as acusadas Maria da Glória Davies de Souza e Leonor Caseiro da Silva, como funcionárias da SSIP/2ª CSM, valendo-se da atividade funcional que exerciam, fizeram implantar, de modo fraudulento, o nome das ora recorridas como pensionistas militares.

Tal conduta justificou o apenamento dessas acusadas à reprimenda de 2 anos de reclusão, pelo delito previsto no art. 251 do CPM, tendo a sentença condenatória já transitado em julgado para o MPM (3ª certidão de fls. 1.470) e Defesa (3ª certidão de fls. 1.469-verso e 2ª certidão de fls. 1.470-verso).

De concreto o que restou comprovado nos autos é que essas duas acusadas, que embora não figurem neste recurso de apelação, devem aqui ser destacadas como verdadeiras responsáveis pelo envolvimento das ora apeladas nos fatos em julgamento.

Como enfatizado na sentença (fls. 1.456/1.457) as ora apeladas eram pessoas desprovidas de malícia, ingênuas e humildes que foram usadas para a prática delituosa e depois ludibriadas na percepção das vantagens financeiras, assinando cheques em branco ou outros documentos eivados de vícios de vontade.

Veja-se, por exemplo, o caso de Alice Ferreira de Figueiredo, sexagenária que trabalhou como empregada doméstica para a sentenciada Maria da Glória Davies de Souza. Pessoa extremamente humilde que nunca frequentou uma escola, declarou (fls. 874 - 4º volume), *in verbis* "... que D. Glória procurou a interroganda perguntando se ela não queria receber mais um dinheirinho e a interroganda procurando saber de que forma, foi informada que esse dinheiro vinha do quartel e era deixado pelos que morriam e não tinham família, ..."

Thereza Maria da Conceição declarou (fls. 861 - 4º volume: "que Marluce então disse-lhe da possibilidade de arranjar-lhe uma pensão; a interroganda não fez maiores perguntas sobre a fonte pagadora de tal pensão, chegando a supor que ela viesse do Fundo Rural; Marluce esclareceu que bastava que a interroganda assinasse alguns papéis e abrisse uma conta na Caixa, digo, num Banco, sendo que a interroganda desde logo disse-lhe que tinha uma conta da Caixa Econômica; a interroganda não sabe que papeis foram estes que assinou, mas o fato é que depois Marluce voltou trazendo um talonário completo de cheques que deu para a interroganda assinar; tal fato aconteceu e todos os talões foram assinados em branco."

Consta (fls. 1.466) como fundamentado da sentença absolutória:

“A prova dos autos é, portanto muito precária no que pertine aos demais acusados, todos primários, que não apresentam, por derradeiro, a olhos vistos, qualquer aptidão para tal empreitada criminosa.”

Por tudo isto e mais que dos autos consta é que o Colegiado, à unanimidade de votos, julgou improcedente, em parte, o libelo acusatório, para absolver os ora apelados, com fulcro na regra descrita na alínea “e”, do artigo 439, do CPPM, fundamentos jurídicos esses que merecem ser confirmados nesta Instância Recursal, ante a fragilidade do conjunto probatório constante dos autos, que não autoriza a imposição da sanção penal privativa de liberdade, devendo a sentença absolutória recorrida ser integralmente confirmada.

APELAÇÃO Nº 48.009-0-RJ

Deserção. Acusado absolvido sob tese de bis in idem. Pretexto que in casu não se confirma. Sentença a quo reformada. Inconformismo do Órgão Ministerial diante de absolvição de desertor. Sopesamento referente a praça estável do Corpo de Fuzileiros Navais. Considerando que o denunciado restara, a priori, submetido pela MB a um Conselho de Disciplina (CD), em função do qual haveria se decidido, inclusive, por sua reforma ex officio a bem da disciplina, o CPJMar da 1ª Aud/1ª CJM, incumbido de julgá-lo como violador do Art. 187 do CPM, aventou pela ocorrência de bis in idem caso viesse o mesmo a ser condenado pela Justiça Castrense. Sendo de puro cunho administrativo, não há como, juris et de jure, se pretender que os efeitos de um CD possam interferir, sequer abstratamente, em matéria de natureza penal, em razão da qual nem poderia se furtrar de responder o acusado, eis que, in concreto, perpetrou a deserção in tela quando em condição de militar da ativa. Ademais, in casu, devido a sua própria condição de sub judice obstou-se a publicação do respectivo decisum de sua reforma. Cabalmente analisadas, se têm como incoerentes e fluídicas, in totum, as causas exculpantes sopesadas, no 1º grau, como lédimas para absolver o réu em julgamento. Provimento do apelo ministerial para, com reforma do absolutório a quo, se condenar o ora apelado à luz do Art. 187 c/c os Arts. 189, in fine, e 59, todos do Diploma Repressor Castrense. Decisão por unanimidade.

Relator — Min. Alte Esq. Carlos Eduardo Cezar de Andrade.

Revisor — Min. Dr Olympio Pereira da Silva Junior.

Apelante — O Ministério Público Militar junto à 1ª Auditoria da 1ª CJM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 08/09/97, que absolveu o Cb FN Almir Rodrigues da Silva, do crime previsto no art. 187, do CPM.

Advogada — Drª Adelcy Maria Rocha Simões Corrêa — Defensora Pública.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao apelo do MPM para, reformando a sentença, condenar o Cb FN Almir Rodrigues da Silva à pena de 06 meses de prisão, como incurso no Art 187 c/c Art. 189, in fine e 59, todos dispositivos do CPM. Presidência do Ministro Aldo Fagundes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Sub-procurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo e José Enaldo Rodrigues de Siqueira. (Extrato da Ata 35ª Sessão, 09.06.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Militar, para, reformando a hostilizada Sentença de 1º grau, condenar o apelado, Cb Fn Almir Rodrigues da Silva, à pena-base de nove (9) meses de detenção por incurso no Art. 187, a qual é diminuída de 1/3, ex vi a parte final do Art. 189, fixando-se em definitiva em seis (6) meses de prisão, à luz do que estabelece o Art. 59, tudo do CPM.

Brasília, 09 de junho de 1998 — Dr. Aldo da Silva Fagundes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente — Alte Esq. Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Relator — Dr. Olimpio Pereira da Silva Junior, Revisor.

RELATÓRIO

Acusado de deserção pelo MPM, viu-se Almir Rodrigues da Silva, Cb do CFN, como objeto de denúncia, fls. 02, oferecida ao Juízo da 1ªAud/1ªCJM.

Estribando-se em IPD nº 154/97, fls. 03/10, lavrada no Batalhão de Engenharia de Fuzileiros Navais (BtlEngFuzNav), onde servia o acusado, a vestibular, de 07/abr/97, increpa *ad litteram*:

... *"ter faltado, desde o dia 07 de janeiro de 1997, por mais de oito (08) dias, sem justificativa, completando em 16 de janeiro de 1997 o tempo necessário para a consumação do crime de deserção, previsto no artigo 187 do Código Penal Militar, razão porque lavrou-se o Termo de Deserção de fls. 06."*

Nascido a 10/out/64 e incorporado em 24/ago/83, tratando-se, portanto, de praça estável, foi o desertor devidamente agregado pela Portaria nº 36, de 22/jan/97, do Comando de Apoio do CF (CAPCFN), fls. 16.

Visto haver se apresentado voluntariamente em 13/mar/97, recolheu-se o desertor ao Presídio da Marinha, fls. 18, sendo, então, submetido à inspeção de saúde, e, posto ser considerado hígido, revertido ao Serviço Ativo da Marinha, a partir da data supramencionada, fls. 20.

Registre-se constar do "Dossiê" de Vida Completa do CB FN Almir Rodrigues da Silva, ser esta a quarta vez que comete o delito de deserção, visto assim ter procedido, em 12/nov/94, em 14/fev/96, em 12/ago/96 e, agora, a 16/jan/97.

Em 10/abr/97, a diligente RDPU manifestou-se no feito, fls. 29, informando que aquele militar fora reformado, a bem da disciplina, nos termos do Art. 106, inciso VI, da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares) conforme Decisão Final, de 18/mar/96, fls. 30, proferida por Conselho de Disciplina ao qual, acusado de conduta irregular, se submetera na esfera da Administração Naval, à luz do Art. 2º, I, "b", do DL 71500/72. Em face disto o Órgão Assistencial requereu o arquivamento da retrocitada IPD, por falta de procedibilidade para a ação penal.

Em face do requerimento defensivo, o MPM formulou *ad oponendum*, fls. 32/33:

.....
... *"não procede o pedido, pois a reforma não tem o condão, até por tratar-se de um ato meramente administrativo, de inibir a ação penal, pois, além do mais, se tal ocorresse estaríamos beneficiando os infratores da lei penal, através de pretensa punição.*

Conforme dispõe o art. 13 do Código Penal Militar o reformado não perde sua condição de militar, senão vejamos:

"O militar da reserva, ou reformado, conserva as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação, para o efeito de

aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar. (grifos nossos)

Ora, na hipótese, o CB. FN. Almir Rodrigues da Silva, quando foi reformado, já havia desertado ...

.....
É evidente que, ele, não poderia responder por deserção a não ser que já o tivesse praticado, antes da reforma, como no caso.

Não há que falar-se, aqui, de condições de procedibilidade, pois, na hipótese, não se cogita de reinclusão ou reversão, porque o reformado simplesmente não deixa de ser militar, como ocorre com a praça sem estabilidade, que depende de reinclusão para readquirir sua condição de militar e poder ser processado.

Diante de tais razões, e outras que poderiam ser aduzidas, opinamos contrariamente ao pedido de arquivamento" ...

Decidindo sobre a vertente *quaestio*, o Juízo da 1ªAud/1ªCJM, após requerer e ser informado, em 08/mar/97, pelo Comando do Pessoal de Fuzileiros Navais, que o ora apelado se encontra ainda na ativa, por estar *sub judice* respondendo ao presente crime de deserção (fls. 39) indeferiu, fls. 40, a pretensão de arquivamento expressa *in casu* pela DPU, recebendo, então, a vestibular havida contra o Cb FN Almir Rodrigues da Silva.

Vendo-se citado, fls. 46, compareceu, pois, o acusado, em 26/mar/97, ante o CPJMar da supramencionada Auditoria para qualificação e interrogatório, declarando nessa ocasião *in verbis*, fls. 49:

... "que faltou no período a que se refere a denúncia, permanecendo trabalhando em Ipanema, Rio de Janeiro, de 07 de janeiro até 10 de fevereiro de 1997; que conhece as provas apuradas, nada tendo a alegar contra as mesmas; que realmente faltou à sua OM, mas não teve a intenção de praticar o delito de deserção; que já foi processado na Justiça Militar na 5ª Auditoria e 2ª Auditoria da 1ª CJM; que todos os processos resultaram em condenações; que respondeu as outras deserções porque passava por sérios problemas familiares; que no que se refere a este Processo, quer dizer que estava saindo do cumprimento de uma pena do Presídio Naval, e como seu pagamento ainda estava bloqueado, foi obrigado a arrumar um emprego para manter a normalidade da sua família; que mora com duas irmãs, dois cunhados e três sobrinhos, bem como com um irmão mais novo; que na época do seu afastamento, nenhuma dessas pessoas trabalhava, sendo que o acusado é que sustentava a família; que apesar de não pagar aluguel, todas as despesas ordinárias ficavam sob seu encargo,

inclusive estava fazendo algumas reformas para acomodar toda a família; que arrumou um emprego numa Locadora de Vídeo "Blockbustee", situada em Ipanema; que nesta locadora fazia todo tipo de faxina; que percebia por dia, R\$ 20,00 (vinte reais); que trabalhava, inclusive, aos sábados e domingos; que não procurou ninguém na Marinha para auxiliar, porque tem conhecimento que é de praxe o pagamento ficar bloqueado por mais ou menos 2 meses, quando o militar sai do Presídio; que já sabia estar respondendo a um Conselho de Disciplina e que poderia sair da Marinha e diante da situação familiar, optou por cometer uma nova deserção, digo, optou por dar auxílio à sua família, ao invés de apresentar-se para o expediente normal; que mesmo com o documento às fls. 30, o acusado sabia que tinha que comparecer ao expediente normal, porque o documento ainda não tinha sido publicado; que mesmo com o teor do documento às fls. 30, sabia que ainda era militar da ativa, antes de se ausentar no período a que se refere a inicial".

Requerida pela DPU, procedeu-se, na qualidade de informante, a oitiva de Gizelia Rodrigues da Silva, irmã do réu e cujo depoimento versou sobre dificuldades financeiras atravessadas por esse, aludindo, *in essentia*, fls. 76:

... "a depoente tem um irmão, além do acusado, que é "viciado"; que este irmão faz diversas dívidas, sendo que o acusado "tem que correr atrás", para pagar as referidas dívidas; que no período de ausência o acusado arrumou um emprego numa locadora, emprego este que lhe dava um ganho maior e assim podia saldar várias dívidas; ... que na residência do acusado moravam 11 pessoas e apenas ele trabalhava; ... que o acusado quando estava preso, a depoente conseguiu através do serviço de costura saldar algumas dívidas, mas estas iam acumulando; ... que das 11 pessoas da família, 5 são crianças; ... que atualmente o soldo que o acusado recebe da Marinha e os ganhos esporádicos da depoente, conseguem manter as despesas da família;" ...

Reunindo-se, em 08/set/98, para sopesar a *persecutio criminis in iudicio*, o CPJMar da 1ªAud/1ªCJM, após proceder reinterrogatório do acusado, fls. 106, profere Sentença absolutória, fls. 112/116, a qual considera e fundamenta, *ipsis litteris*, que:

"Ao ser interrogado, em Juízo, fls. 76, o réu alegou em seu prol uma situação de necessidade, despida de suporte fático e jurídico necessário para albergue da excludente adequada.

No entanto, sendo a lei um elemento de cultura, porquanto emerge das realidades ambientais, não pode levar à injustiça e muito menos a situações de descalabro.

Considerando que a pena deve ser equivalente ao mal praticado, pois atinge os sentimentos mais profundos da humanidade, segue-se que a pena disciplinar ou criminal se encontram no mesmo patamar de sofrimento, de dor, pela vulneração dos valores fundamentais da pessoa humana.

Apesar do crime propriamente militar ser de criação artificial política, segundo o saudoso Ministro Alberto Romeiro, tal predicado não lhe retira a apreciação do direito natural e de valores que vulneram os interesses gerais da humanidade.

O fato do acusado, com serviços prestados à briosa Marinha Brasileira, bem ou mal, ter sido submetido a um Conselho de Justificação (sic), — um verdadeiro “juízo” — e punido com a pena de reforma, “a bem da disciplina”, pelo mesmo fato, já atingiu as finalidades axiológico-filosóficas das sanções penais, máxime aquelas cuja afetação reduz o valor da personalidade, desestruturando a pessoa do plano moral.

Diga-se mais: é indiscutível que a pena disciplinar, do mesmo modo que a sanção criminal, atinge profundamente a estima pessoal, ferindo a pessoa humana (perdoem-me a redundância) na órbita moral.

As pessoas sentem e pensam. Sentindo, têm emoções, nesse clima a dor; sendo que a dor moral afeta sobremaneira a estrutura psíquica da pessoa.

Valores superiores como a Hierarquia e a Disciplina, cuja verticalidade reclama rigor, regra, não pode albergar providências odiosas como o *bis in idem*, tanto mais porque o apreço e o respeito à dignidade do homem são imperativos de conservação de tais pilares.

Existindo a lei não só em estado orgânico, mas também inorgânico, que são os Princípios Gerais do Direito, urge trazer a lume, como razão fundamental da Sentença, a dialética Hegeliana:

“Como o delito é a negação do Direito, a pena, enquanto negação de uma negação, constitui afirmação do Direito”.

Assim, a deserção, desenhada na inicial, foi uma negação ao Direito, sendo que a reforma do réu a bem da disciplina se constituiu numa negação de uma negação, representando a afirmação do Direito de punir, ainda que ontologicamente.

.....
Motivos expostos, o órgão colegiado, por unanimidade, julga improcedente a denúncia e, conseqüentemente,

Absolve

Almir Rodrigues da Silva, com base no art. 3º, do CPPM, c/c o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.”.

Efetuada a leitura do *decisum* supra, fls. 117, inconformado, apela o Parquet Militar, tempestivamente, para questionar, *in summa*, fls. 120/121:

“Não se cogita, *in casu*, de um *bis in idem*, pois as órbitas penal, disciplinar e administrativa não se confundem, podendo o indivíduo com uma só ação atingir as três e por elas todas ser punido já que cada uma atinge uma norma de natureza diferente.

Por tudo que se disse e, em particular, pelos antecedentes do réu que nunca se deteve diante da lei, torna-se imperativa a reforma da decisão recorrida, condenando-se o apelado nas penas do art. 187 c/c o 189, inciso I e 70 todos do Código Penal Militar, preservando-se a hierarquia, a disciplina, o direito e prestigiando-se a justiça.”.

Em contra-razões, fls. 123/126, pugna a DPU pela manutenção da recorrida Sentença “a quo”, ressaltando quanto à propriedade dos considerandos jurídicos que lastram a absolvição “in tela”.

Vindo o feito ao nível *ad quem*, oficiando nos autos, fls. 136/143, a douta PGJM opinou pelo provimento do presente apelo ministerial.

Debruçando-se sobre o feito, constatando, inclusive, pela ausência das folhas de alterações do acusado nos autos, sentiu este Relator necessidade de maiores esclarecimentos quanto à aventada reforma do mesmo.

Neste sentido, e com fundamento no Art. 12, inciso II do RISTM, exarou despacho à DIJUR, fls. 149, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para que diligenciasse no sentido de se verem a eles carreados não só as Folhas de Alterações do apelado, como também, a informação referente à publicação, ou não, em Boletim do Ministério da Marinha, da Decisão Final do Conselho de Disciplina que, a 18/MAR/96, reformara o CB FN Almir Rodrigues da Silva.

Sob instância, então, do Juízo da 1ªAud/1ªCJM, o Comando do Pessoal de Fuzileiros Navais, além de encaminhar os assentamentos do acusado, fls. 154/220, participou, fls. 153, concernente à reforma deste, que, *in concreto*:

... “o ato administrativo de reforma a Bem da Disciplina decorrente da decisão final do Conselho de Disciplina a que o mili-

tar foi submetido, ainda não foi formalizado com a devida publicação no Boletim do Ministério da Marinha, em virtude do Processo de Deserção nº 512/97-4, desse Juízo, o qual se encontra no Egrégio Superior Tribunal Militar, em grau de recurso do Ministério Público Militar.”.

VOTO

Tem-se em crivo pedido ministerial concernente à reforma do *decisum* absolutório tomado, pelo CPJMar da 1ªAud/1ªCJM, no julgamento do Cb FN Almir Rodrigues da Silva, denunciado como desertor, na forma do Art. 187 do CPM.

Cabe, *in casu*, se assinalar logo quanto à estabilidade do apelado, posto ver-se, desde 24/ago/83, como integrante do Corpo de Fuzileiros Navais, conforme se verifica de seus assentamentos, fls. 155, contando, presentemente, mais de quatorze (14) anos de serviço.

Nesta sua condição de praça estável, observa-se dos autos, inclusive, quanto a ter sido alvo de um Conselho de Disciplina, do qual haveria resultado como reformado a bem da disciplina, fls. 30.

Considerando, então, tal reforma como ato legal perfeitamente concluído, o Conselho Julgador de 1º grau proclamou a absolvição *in tela*, com lastro em argumentações que, de essência filosófica, fizeram-no enredar-se no convencimento da possibilidade de ocorrência de *bis in idem*, caso se visse o réu condenado na presente ação penal.

Houve-se, entretanto, aquele Juízo, de forma deveras equivocada, eis que o ora apelado fora, *a priori*, objeto de julgamento em Conselho de Disciplina, processo esse de natureza eminentemente administrativa e disciplinar, e conduzido, no âmbito da Marinha do Brasil, com respaldo no Art. 2º, I, b do DL 71500/72, em razão de conduta irregular do acusado.

Assim firmando-se, o CPJMar da 1ªAud/1ªCJM deixou de atentar quanto à separação precisa dos poderes disciplinar da administração e punitivo do Estado, que, como gravames de ordens distintas, podem recair sobre o acusado, em decorrência de sua própria condição de praça com estabilidade.

Se não vejamos:

O Decreto nº 71.500, de 05/dez/72, ao dispor sobre o Conselho de Disciplina, estabelece, no seu Art. 13 e respectivos incisos, quanto ao desfecho do procedimento em foco, *ipsis litteris*:

“Art. 13 — Recebidos os autos do processo do Conselho de Disciplina, a autoridade nomeante, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, aceitando, ou não, seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:

.....
IV — a remessa do processo ao Ministro Militar respectivo ou autoridade a quem tenha sido delegada competência para efetivar reforma ou exclusão a bem da disciplina ... se considera que:

a) a razão pela qual a praça foi julgada culpada está prevista nos itens I, II, ou IV do Art. 2º."

À luz, pois, do que se vê com atinência a esse específico desfecho legal de um Conselho de Disciplina, conclui-se que, uma reforma, ou, ainda, uma exclusão, a bem da disciplina, quando concretizada ex-officio pela administração militar, não poderá dar margem a ocorrência de *bis in idem* ante outra condenação criminal, eis que, neste particular, a punição é disciplinar e o processo se esgota na esfera administrativa da Força Armada a qual pertence a praça estável, em que pese poder sua conduta, também, refletir no contexto judicial.

Para melhor sedimentar tal entendimento, é oportuno citar o que ensina Hely Lopes Meirelles, in "Direito Administrativo Brasileiro", 28. ed., Malheiros, 1977, p. 109, *in verbis*:

"A punição disciplinar e a criminal tem fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade de aplicação conjunta de duas penalidades sem que ocorra *bis in idem*.

Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo a punição administrativa (a disciplinar) e a punição penal (criminal), porque aquela é sempre um *minus* em relação a esta."

Devidamente colocados os esclarecimentos que, a meu sentir, se fazem necessários ao deslinde da *quaestio ora* em análise, compete de se ver, objetivamente, quanto ao *modus procedendi* adotado pelo apelado, que, se traduzindo por quádruplo cometimento de deserção, redundando, não apenas como explícita violação a preceito insculpido na Lei Substantiva Castrense, porém, igualmente, como demonstração cabal de seu desprezo à inerente condição de militar.

Como relatado, constata-se que o Cb FN Almir Rodrigues da Silva perpetrara, anteriormente à deserção motivo do presente feito, e ocorrida em 16/jan/97, três (03) outras deserções, consumadas em 12/nov/94, 14/fev/96 e 12/ago/96, resultando condenado nos Processos nºs 514/94-0, 507/96-0 e 520/96-7, que tramitaram, respectivamente, nas 2ªAud/1ªCJM e 5ªAud/1ªCJM.

Verifica-se, também, constar dos autos que, no período compreendido entre 06/ago/95, data de sua libertação em decorrência do cumprimento da pena relativa a sua primeira deserção, e 14/FEV/96, quando consuma a segunda deserção, o apelado respondeu a um primeiro Conselho

de Disciplina com enquadramento, então, no inciso III do Art. 2º do Decreto nº 71.500/72, o qual se viu arquivado, por não julgar o acusado incapaz de permanecer na ativa, embora impedido definitivamente de acesso à graduação superior (fls. 214).

Logo “a posteriori”, o Cb FN Almir foi submetido a outro Conselho de Disciplina, o qual ora se enfoca.

O primeiro desses Conselhos de Disciplina deu-se por concluído, ainda no decorrer de 1995, com publicação no Boletim do Ministério da Marinha de nº 20/95, enquanto que, com relação ao segundo, somente se definiria em 18/mar/96.

Há de ter-se em mente, entretanto, que, exatamente a 18/mar/96, o apelado, por ser praça estável, encontrava-se agregado, ex vi do que reza o Art. 82, VII, do Estatuto dos Militares, uma vez que se via em situação declarada de desertor, desde 14/fev/96, por motivo de sua segunda deserção, da qual somente se apresentou, voluntariamente, em 26/MAR/96, para novamente desertar em 12/ago/96. Manteve-se, assim, na condição de militar *sub judice* durante quase todo aquele ano, eis que sua Sentença transitou em julgado, na 5ªAud/1ªCJM, em 13/dez/96.

Vê-se, pois, que, *in casu*, mesmo podendo causar espécie a constatação de haver a Administração Naval proferido uma Decisão Final de Conselho de Disciplina relativa a um militar que se encontrava em declarado estado de deserção, este, por ser praça estável, detinha a sua condição de militar, eis que não permanecera, vez alguma, desertor e agregado por prazo ininterrupto superior a 1 ano, como previsto no Art. 128, § 1º da Lei 6880/80 para se ver, então, excluído da MB, o que confere legalidade ao ato.

No entanto, por ver-se, mais uma vez, como desertor, em 16/jan/97, a decisão de reforma do apelado, *ex-officio*, findou se caracterizando, de *facto et de jure*, como de impossível efetivação para fins externos, *ipso facto*, mantendo o CB FN Almir na ativa (fls. 16, 25, 39 e 153), e *sub judice*, até a presente data.

A esse respeito, aliás, é relevante transcrever, como também o faz a douta RPGJM, o que leciona, mais uma vez, Hely Lopes Meireles, *in op cit* p. 74/75, *verbis*:

“Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos, que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exeqüibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige...

Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária, não só deixam de produzir seus regulares efeitos, como se expõem à invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade...". (grifei)

Com tudo o que, à exaustão, se examinou, relativamente à reforma, *ex-officio*, a bem da disciplina, a que se refere estes compulsados autos, é de se patentear que, em momento algum, as implicações da referida medida tiveram valia para o ora apelado.

Por conseqüência, e em termos finais, indubitavelmente, confundiu-se o Colegiado a *quo* ao fundamentar a recorrida Sentença absolutória, sendo inteiramente procedente, então, o inconformismo trazido, *in casu*, pelo *Parquet* Militar, neste particular.

A par disto, a meu sentir, as colocações filosóficas que emolduram a sentença a *quo* não são de molde a, por si só, sustentarem a absolvição do ora apelado, mormente quando se constata tratar-se de réu contumaz em prática do delito de deserção, já tendo sido condenado, em outras oportunidades pelo mesmo crime capitulado no Art. 187 do CPM.

Trata-se, ademais, de réu confesso, maior e reincidente, não se vendo, também, abrigado, *in casu*, por nenhuma excludente de culpabilidade, entre as elencadas na Lei Substantiva Castrense.

APELAÇÃO nº 48.015-3-RJ

Furto Qualificado – Desclassificação – Para a condenação no crime previsto no § 2º do art. 303 do CPM (peculato furto), necessário se faz, a prova efetiva de que, para a consumação da subtração do dinheiro, valor ou bem, o agente valeu-se da facilidade de ser militar ou funcionário. O simples fato de ser o agente militar e a res furtiva ser encontrada em sua casa, não é prova suficiente para a caracterização do peculato. Evidencia-se, no caso, o crime de furto.

Relator — Min. Ten. Brig. Ar Carlos de Almeida Baptista.

Revisor e Relator para Acórdão — Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior.

Apelante — Jildeon Nogueira dos Santos, 3º Sgt. Ex., condenado a 04 anos de prisão, como incurso no art. 303 § 2º do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 26/08/97.

Advogados — Drs. Flávio Jorge Martins, Shirlei de Athayde Tavares, Berenice da Costa Gaspar e Rita de Cassia Lima da Silva.

Decisão — O Tribunal, por maioria, deu provimento parcial ao apelo da defesa para, mantida a condenação, reduzir a pena imposta ao 3º Sgt Ex. Jildeon Nogueira dos Santos para 02 anos de prisão como incurso no Art. 240, § 5º, c/c 59, ambos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 anos nas condições prescritas no Art 626 e deferindo ao juízo a *quo* a presidência da audiência admonitória, ex vi do Art. 611, ambos do CPPM. Vencidos os Ministros Carlos de Almeida Baptista (Relator), Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva e João Felipe Sampaio de Lacerda Junior que davam provimento parcial ao apelo defensivo para, mantida a condenação, reduzir a pena imposta para 03 anos de reclusão, excluída a aplicação da agravante do Art. 70, inciso II, letra "I" e com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do Art. 102, ambos do CPM. Resultado proclamado na forma do Art. 67, parágrafo único, inciso I, primeira parte, do RISTM. O Ministro Relator fará voto vencido. O Ministro Carlos Eduardo Cezar de Andrade fará declaração de voto. Presidência do Ministro Aldo Fagundes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro General-de-Exército Antonio Joaquim Soares Moreira. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, Edson Alves Mey, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva e João Felipe Sampaio de Lacerda Junior. (Extrato da Ata 6ª Sessão, 17.02.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao apelo da defesa para, mantida a condenação, reduzir a pena imposta ao 3ª Sgt. Ex. Jildeon Nogueira dos Santos para 02 anos de prisão como incurso no artigo 240, § 5º, c/c o artigo 59, ambos do CPM, com o benefício do *sursis*, pelo prazo de 02 anos nas condições prescritas no artigo 626 e deferindo ao juízo a *quo* a presidência da Audiência Admonitória, ex vi do artigo 611, ambos do CPPM.

Brasília, 17 de fevereiro de 1998 — Dr. Aldo da Silva Fagundes, Vice-Presidente, presidindo a sessão — Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Revisor e Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

A presente ação penal, ora apreciada em grau de recurso interposto pela Defesa, refere-se ao militar Jildeon Nogueira dos Santos, 3º Sgt. Ex. ser-

vindo no Hospital Central do Exército, condenado a 4 anos de prisão, como incurso no artigo 303, § 2º, do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

2. A peça acusatória (fls. 2/3), embasada no IPM (fls. 5/265) instaurado por determinação do Sr. Diretor do referido nosocômio militar (fls. 8), relata o fato tido como incriminador nos termos que se seguem:

“No dia 17 de janeiro de 1996, durante o serviço, o denunciado, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de servidor militar, livre e conscientemente, subtraiu, em proveito próprio, três caixas de munições calibre 7,62 mm, pertencentes ao Exército Brasileiro, que se encontravam armazenadas em um armário no quarto do Comandante da Guarda daquele hospital militar.

Para tanto, o denunciado, aproveitou-se do fato de estar de serviço como Comandante da Guarda do Hospital Central do Exército, do dia 16 para 17 de janeiro de 1996, o que lhe facilitava o acesso ao armário localizado no quarto do Comandante da Guarda, onde se encontravam as munições subtraídas, sobras do Tiro de Instrução do Curso de Formação de Cabos de 1995, conforme ofício nº 0365/IPM, às fls. 281.

A res furtiva foi encontrada e apreendida na residência do denunciado, acondicionada em uma sacola plástica, dentro de uma escrivaninha onde ficavam os pertences do denunciado, segundo depoimento de sua esposa, pela polícia civil, em 02 de fevereiro de 1996, quando do cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão, conforme Auto de Apresentação e Apreensão acostado aos autos às fls. 12.

Em assim procedendo, o denunciado consumou o crime de peculato-furto. Desta forma, em sendo objetivamente e subjetivamente típica e reprovável a conduta do denunciado está ele incurso nas sanções do artigo 303, § 2º, por força do artigo 9º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar.”

3. Oriundos da fase inquisitória, encontram-se, entre outros documentos, acostados aos autos o Auto de Apresentação e Apreensão da munição encontrada no domicílio do acusado às fls. 15: Guias de Remessa e Nota Fiscal, fornecidas pelo Depósito Central de Munições, concernente ao fornecimento da munição 7,62 mm TR M1, Marca CBC, lote 87 1º Trim. 10L-01632/93 às fls. 72/77: Folhas de Alterações às fls. 107/124: expediente originário do HCE mencionando o consumo de munição calibre 7,62 mm TR M1 e a inexistência de desaparecimento ou roubo de munição, às fls. 166/167: diversas partes do Comandante da Guarda relativas aos serviços

realizados nos dias 17 de dezembro de 1995 a 27 de janeiro de 1996, às fls. 195/218: dois Laudos de Exame em Munição, às fls. 220/223: Auto de Avaliação e Conferência às fls. 230/231: Relatório e Conclusão do IPM às fls. 250/260 e Solução às fls. 263.

4. Mediante diligências requeridas pelo Ministério Público Militar, vieram aos autos outro termo de perguntas ao indiciado: as atribuições dos componentes da guarda do Quartel: expediente do Encarregado do IPM esclarecendo sobre a origem da munição encontrada na residência do acusado.

5. Recebida a denúncia em 24 de julho de 1996 e procedida a citação, realizou-se a audiência de qualificação e interrogatório. Em outras duas assentadas, foram inquiridas três testemunhas numerárias, desistindo o Órgão Ministerial da oitiva da quarta testemunha.

6. Em prosseguimento à instrução criminal, foram inquiridas as três testemunhas arroladas pela Defensoria Pública.

7. Na dilação do artigo 427 do CPPM, o Parquet Militar declarou nada ter a requerer enquanto que a Defensoria Pública requereu a juntadas de diversos documentos, totalizando nove folhas.

8. Em alegações finais, o Ministério Público Militar, pinçando trechos do interrogatório e de depoimentos de testemunhas, realça que, embora o acusado negue a subtração da munição, toda a prova produzida aponta para a certeza da sua culpabilidade, requerendo, assim, a procedência da pretensão condenatória.

9. A Defensoria Pública, em suas alegações finais escritas, enaltecendo o serviço militar que presta o acusado, já somando mais de trinta anos, em que sempre teve sob responsabilidade armas e munições, enfatiza nunca haver sido constatado falta ou furto de armamento na Unidade. Acrescenta que, inobstante as anotações feitas no livro de parte, é certo que em 22 de março de 1996, nenhuma falta de munição foi constatada no HCE, conforme expressa o Ofício acostado às fls. 166/167. Em continuação, reconhecendo que as evidências não são favoráveis visto não ter o acusado explicação plausível quanto à munição encontrada em sua casa, requereu a Defensoria Pública sua absolvição diante da dúvida que se apresenta.

10. Realizado o julgamento em 26 de agosto de 1997, após sustentação oral dos respectivos posicionamentos jurídicos, em réplica e tréplica, pelas partes, decidiu o Conselho Julgador, por unanimidade de votos, condenar o acusado e, por maioria (4 x 1), como incurso no artigo 303, § 2º à pena de 4

anos de reclusão convertida em prisão, por força do artigo 59, com a aplicação do artigo 102, tudo do CPM. A pena-base foi fixada no mínimo legal, acrescida de 1/3 (um terço), por entender o Conselho Julgador ser indubitosa a incidência da agravante contida na letra "l" do artigo 70, do CPM. Ainda por maioria (4 x 1), foi concedido o direito de apelar em liberdade.

10.2 O voto discordante foi prolatado pelo Juiz-Presidente que condenava o militar *sub judice*, com fulcro no artigo 240, § 5º do CPM, à pena de 2 anos de reclusão com *sursis*. Entendeu o Sr. Juiz-Presidente, ao declarar o seu voto vencido, que a munição não poderia ser acautelada no Corpo da Guarda, sendo que o réu ou qualquer outro graduado permanecia sem qualquer responsabilidade sobre aquele material que lá se achava irregularmente (fls. 441).

11. Inconformado com a decisão condenatória, tempestivamente, recorre a Defesa representada pelos Advogados constituídos mediante o instrumento procuratório acostado às fls. 444.

11.2 Em suas razões recursais, a Defesa realça que entre as várias declarações obtidas na fase pré-judicial, apenas no segundo depoimento do 3º Sgt. Temp. Agatângelo José Ferreira da Costa é que consta a ausência das três caixas de munição. E, prosseguindo, assevera que tal comunicação é que levou o Encarregado do IPM a indiciar o Apelante, por estar de serviço no dia 16 para 17 de janeiro de 1996.

11.3 Reportando-se às diversas declarações prestadas na fase inquisitória, as quais transcreve, entende que as mesmas colocam em dúvida as afirmações do mencionado 3º Sgt. Temp. Agatângelo e, por conseqüência, a conclusão do IPM.

11.4 Enfatiza, em continuação, inexistir qualquer prova cabal e efetiva de que o Apelante subtraiu, em proveito próprio, as três caixas de munição calibre 7,62 mm que foram encontradas em sua residência, sendo que o próprio Encarregado do IPM alertou ter constatado um total descontrole com relação ao consumo e armazenamento de munição pertencente ao HCE.

11.5 Realçando a existência de inúmeras dúvidas não esclarecidas, como a procedência exata da munição encontrada com o Apelante; de onde ela foi retirada e se foi mesmo subtraída pelo 3º Sgt. Nogueira ou colocada em sua bolsa, inadvertidamente; requer a Defesa a sua absolvição, com fulcro no artigo 439, letra "e" do CPPM.

11.6 Pondera, alternativamente, a Defesa, em não sendo assim entendido, que a condenação recaia no artigo 240, § 5º do CPM, sendo des-

classificado o delito para infração disciplinar, em face do princípio da insignificância, visto o valor total dos sessenta cartuchos 7,62 mm TR M1 ter sido avaliado em R\$ 30,60 (trinta reais e sessenta centavos).

12. Em contra-razões de apelação, o Ministério Público Militar pondera pelo desprovemento do recurso interposto para ser mantida a Sentença condenatória.

12.2 Aduz que as três caixas de munição traçante totalizando sessenta cartuchos e que foram apreendidas na casa do Apelante em razão de mandado de busca e apreensão expedido com a finalidade de encontrar provas contra traficantes foragidos, irmãos da sua esposa, foram identificadas como pertencentes ao HCE. Enfatizando tópicos de declarações que transcreve e a conclusão condenatória do Conselho de Justiça, considera estar afastada a alegação de insuficiência de provas.

12.3 Igualmente, entende que não deve prosperar o pedido condenatório por furto qualificado por ser a questão de responsabilidade irrelevante. Alude que o peculato-furto não exige sequer a posse ou detenção, mas, tão-somente, a subtração valendo-se da facilidade que lhe propicia a qualidade de militar ou de funcionário. E, na hipótese dos autos, o Apelante não tinha posse ou detenção, mas valeu-se da condição de comandante da guarda que lhe facilitou o acesso ao local onde estavam guardadas as munições, consoante demonstram as provas colhidas.

12.4 Concluindo, o *Parquet* Militar, considerando estar demonstrado que o crime consumado foi de peculato-furto, apenas como argumentação, ainda que fosse o delito de furto, jamais caberia a aplicação do princípio da insignificância na conduta tão grave consistente na subtração de munição das Forças Armadas.

13. Nesta Instância Superior, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 487/489) opina pela manutenção da Sentença questionada por estar demonstrada, de maneira incontroversa, a autoria e materialidade delitivas.

13.2 Expressa a ilustrada Instituição Ministerial que a conduta reprovável do Apelante tipifica, perfeitamente, o crime capitulado no § 2º do artigo 303 do CPM, visto que para a subtração da munição se valeu da condição de comandante da guarda, para ter acesso ao local onde estava guardada a munição.

Relatados, decide-se.

VOTO

A proposta acusatória bem como as alegações finais e o pronunciamento oral do Ministério Público Militar na audiência de julgamento deste

processo, imputam a conduta delitiva reprimida pelo artigo 303, § 2º do CPM, ou seja a prática de peculato-furto.

2. A Sentença reconheceu a procedência da ação penal, decretando, por unanimidade, a condenação e, por maioria, por infringência ao artigo 303, § 2º com aplicação da agravante genérica prevista no artigo 70, letra "I", tudo do CPM, estabelecendo a pena de 4 anos de prisão.

3. Ao recorrer a esta Superior Instância, a Defesa reafirma a tese de negativa de autoria, ponderando pela absolvição com fulcro no artigo 439, letra "e" do CPPM. Alternativamente, a Defesa postula a desclassificação do crime para o artigo 240, § 5º do CPM, ou seja furto qualificado atenuado pelo pequeno valor da *res furtiva*, sendo o delito considerado como infração disciplinar.

4. O fato incriminador determinante da instauração do IPM em que se fundou a denúncia consistiu no encontro de três caixas de munições calibre 7,62 mm Tr M1, marca CBC, lote 87 1.;TRIM/93/CBC 10L-0163/93, entre outros objetos, na casa do Apelante, pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, conforme Auto de Apresentação e Apreensão acostado às fls. 15.

4.2 Os agentes da referida Polícia Civil se encontravam cumprindo Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 31ª Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro objetivando obter provas contra diversos criminosos de altíssima periculosidade, envolvidos em vários seqüestros, roubos e tráfico de entorpecentes, consoante expediente de fls. 39/40. Depreende-se do referido expediente que a esposa do Apelante é irmã do delinqüente de alcunha "Gordinho".

5. Na fase investigatória foi constatado que a munição apreendida pertence ao Ministério do Exército, constante do lote adquirido da fábrica CBC, conforme Nota Fiscal de fls. 77, sendo a mesma distribuída entre o HCE, 38º B I, 5ª BDA C BLD, 27ª BI PQDT e 20º B Log PQDT, consoante Guias de Remessa de fls. 72/76. As mencionadas Unidades, instadas a informar sobre o extravio daquela munição, esclareceram não haver constatado qualquer desaparecimento de munição.

6. A munição apreendida foi periciada sendo constatado estar em perfeitas condições de uso. O Auto de Avaliação e Conferência, realizado na munição do HCE empaiolada no depósito de munições do 1º Batalhão Logístico, constatou a existência de 1.214 cartuchos da munição referida, sendo cada cápsula avaliada, atualmente, em R\$ 0,51 (cinquenta e um centavos).

7. Foi apurado que de 500 (quinhentos) cartuchos da munição mencionada, resultantes de sobra do Tiro de Instrução do Curso de Formação de Cabos de 1995, foram recolhidos ao Corpo da Guarda, embora não perten-

cendo ao acervo do aludido Corpo da Guarda, por ter sido aquele local considerado o mais seguro, no interior do HCE, para que a mesma ficasse armazenada aguardando seu recolhimento ao paiol do 1ºB.Log (fls.284).

7.2 Consta de registros feitos por Comandantes da Guarda, em seus serviços, iniciando do serviço de 18 para 19 de dezembro de 1995, a existência daqueles 500 cartuchos de munição 7,62 mm, sem lançamento em cautela. No serviço do dia 17 para 18 de janeiro de 1998, o Comandante da Guarda registrou, em relação à mencionada munição, a existência de 440 cartuchos.

8. O Apelante que, desde a fase inquisitória alega desconhecer a origem da munição 7,62 mm encontrada em sua residência, em Juízo (300/302), reafirmou aquela declaração, considerando a denúncia não ser verdadeira. Confirmou que, na data consignada na acusação, se encontrava tirando serviço de Comandante da Guarda do HCE, sendo que ficou surpreso com o ocorrido, não sabendo justificar como aquela munição foi parar no seu quarto pois é o único homem que lá entra. Afirmou ter um cunhado que está sendo procurado pela polícia, porém desconhece seu paradeiro sendo certo que não freqüentava sua casa e com o mesmo não mantém qualquer tipo de relacionamento. Mencionou que a munição foi apreendida mediante mandado de busca e apreensão expedido pela Justiça comum e cumprido pela polícia civil, tendo como destinatário o seu cunhado, já falecido, irmão gêmeo do seu outro cunhado, conhecido por "Gordinho" sendo que o endereço de sua residência dado por alguém que desconhece. Afirmou haver tomado conhecimento, através da sua esposa, que a diligência policial se efetivou visando a prisão do "Gordinho" e não do seu cunhado falecido. Ratificando não ter como justificar a localização da munição fotografada às fls. 243, em sua residência, declarou desconhecer em qual o local da Unidade onde era guardada aquela munição.

8.2 Na fase inquisitória, foi consignada uma declaração de real significação para a apuração do fato imputado, visto que, ao ser perguntado pelo Encarregado do IPM se *"indagou à alguém se havia a possibilidade de ser identificada a munição como sendo do Hospital, respondeu que sim, para saber se a munição realmente pertencia ao Hospital:"*

9. A testemunha de acusação 3º Sgt. Temp. Agatângelo José Ferreira da Costa, (fls. 331/332), declarou haver relatado no livro do Corpo da Guarda a quantidade de munição que encontrou com a efetiva redução das 3 caixas desaparecidas. Afirmou que não havia livro de controle das referidas munições guardadas no Corpo da Guarda e que fez o registro no livro que cuida das munições a serem utilizadas pela Guarda. Esclareceu que,

certa feita, em novembro de 1995, após o T I B, levou a munição para devolver no 1º B. Log o que não conseguiu pois não havia ninguém para a receber. Afirmou que sempre, ao receber o serviço, conferia a munição e que só deu pela falta quando o serviço lhe foi passado pelo acusado.

9.2 Esta testemunha, ao ser inquirida pelo Encarregado do IPM comunicou um fato significativo eis que declarou que, ao passar o serviço de Comandante da Guarda do HCE ao Sgt. Nogueira, no início de março de 1996, o mesmo lhe relatou "que a polícia havia estado em sua residência e encontrado 03 (três) caixas de munição traçante, numa mochila velame, em seguida me perguntou quem era o Sargento de munições do hospital e se havia como identificar se a munição traçante era do hospital...".

10. A testemunha de acusação 3º Sgt. Roberto Peclat da Silva declarou ter visto no Corpo da Guarda as caixas daquela munição sendo que não é normal ser guardada a sobra de munição naquele local. Mencionou que o procedimento correto é recolher a sobra ao paiol do 1º B.Log, mas, ao que parece, o Sgt. Agatângelo quando levou a munição não havia ninguém para recebê-la. Afirmou que o Comandante da Guarda responde por todo material guardado dentro do Corpo da Guarda.

11. A testemunha de acusação Cel José Saturnino da Silva nada esclareceu sobre os fatos constantes da denúncia, realçando, contudo, a conduta exemplar do acusado, sem qualquer ressalva a ser feita, sendo o mesmo assíduo, respeitador e interessado em trabalhar bem.

12. A testemunha de defesa, 2º Sgt. Marcos Aurélio Ferreira Pinho declarou que, ao passar o serviço, o graduado deve fazer a conferência de todo o material existente, inclusive armas e munições. Afirmou que a munição traçante não tinha registro e a passagem de serviço se dava com a contagem do que havia. Esclareceu que a falta de munição implicava em comunicação imediata do graduado ao Oficial de Dia. Afirmou ter o acusado conceito muito bom, que lhe causa estranheza a acusação, pois o mesmo tem como característica ser muito exigente na conferência de munição.

13. A testemunha de defesa 2º Sgt. Evaldo Bezerra da Silva declarou que a munição especificada na denúncia não tinha registro, sendo a conferência visual e a conferência efetiva feita em relação à munição acautelada. Mencionou ser o acusado excelente militar tendo ficado surpreso com a acusação contra o mesmo.

14. Da apreciação do acervo carregado para os autos, afigura-se que a prova documental demonstra que a *res furtiva* integra o quantitativo adquirido pelo Ministério do Exército e distribuído a diversas Unidades, entre as quais se inclui o HCE. Estava guardada no Corpo da Guarda, mediante regis-

tro no livro de ocorrências, por ser sobra de exercício de tiro, para ser encaminhada ao paiol do 1ºB.Log.

15. A prova testemunhal evidencia que parte da dita munição destinada a exercício de tiro não foi consumida, sendo armazenada no Corpo da Guarda do HCE, considerado local seguro, para posterior recolhimento ao paiol do 1º B Log.

16. Embora não providenciada a cautela daquela munição, totalizando 500 cartuchos 7,62 mm traçante, o controle administrativo era exercido mediante lançamento no Livro de Ocorrências do Comandante da Guarda.

17. O desaparecimento das três caixas de munição, contendo 60 cartuchos 7,62 mm traçante, foi registrado na passagem de serviço do dia 17 para 18 de janeiro de 1996, pelo comandante da guarda que assumiu o serviço que lhe foi passado pelo acusado, ora Apelante.

18. O Apelante, ao assumir o serviço de Comandante da Guarda do dia 16 para 17 de janeiro de 1996 (fls. 212) não registrou a existência dos 500 cartuchos mencionados. Aliás, muitos outros graduados que o precederam não fizeram tal registro ao deixar o serviço, embora, desde o dia 18 de dezembro de 1995, já estivesse consignado, com a ressalva de sem cautela, a aludida munição no livro do Corpo da Guarda.

19. Poder-se-ia concluir, assim, que outra pessoa poderia, anteriormente, haver retirado aquela munição. Entretanto, coincidentemente, três caixas de munição, 7,62 mm, traçante, pertencente ao lote distribuído ao HCE, conforme prova documental, foram apreendidas, em 2 de fevereiro de 1996, na casa do Apelante em seus aposentos. Embora negando a autoria, o Apelante não conseguiu apresentar justificativa plausível quanto à enfocada munição estar guardada no quarto em seu domicílio onde, como declarou, o único homem que entrava era o próprio Apelante.

20. Depreende-se dos autos que o Apelante, por servir na Unidade e se encontrar de serviço no local onde estavam guardados os 500 cartuchos de munição 7, 62 mm traçante, desfrutava de pleno acesso à mesma.

21. Não obstante ninguém haver presenciado a subtração, as provas colacionadas, indubitavelmente, demonstram a autoria. Restou provado que o Apelante se encontrava de serviço no local em que estava guardada a munição subtraída: que as três caixas de munição retiradas do Corpo da Guarda foram apreendidas em sua residência. e que a aludida munição apreendida no seu domicílio pertence ao lote distribuído à Unidade em que o mesmo serve. Ademais, o Apelante se preocupou em saber se havia possibilidade de ser reconhecida aquela munição apreendida em seu domicílio como pertencente ao HCE, circunstância esta muito incriminadora, apurada no curso das investigações.

22. Igualmente está provada a materialidade pela farta prova documental carregada para os autos.

23. A conduta reprovável do Apelante se amolda, e encontra tipicidade no delito capitulado no artigo 240, § 5º do CPM, visto que, não restou comprovado o momento da subtração, nem que usou, o acusado, de sua qualidade de militar para a efetivação da subtração. Deve, assim, a condenação imposta pelo Conselho Julgador ser mantida, alterando-se, apenas, a capitulação e conseqüentemente a pena, que passa a ser de 2 (dois) anos de reclusão, face a inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Não há que se falar em considerar a infração como disciplinar pelo pequeno valor da *res furtiva*, tendo em vista tratar-se de material bélico de enorme potencial de perigo.

DECLARAÇÃO DE VOTO
MINISTRO ALMIRANTE-DE-ESQUADRA
CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE
APELAÇÃO Nº 48.015-3-RJ

Adoto, parcialmente, no que pertine à análise da matéria fática e jurídica, o teor do voto vencido do Relator do presente feito.

Assim o faço, por entender que a agravante genérica, prevista no Art. 70, letra "I" do CPM, pode ser retirada do teor da Sentença de *prima instantia*, por não restar indubiosamente provado terem as 3 caixas de munição cal. 7,62 mm traçante, apreendidas, em 02 de fevereiro de 1996, na casa do ora apelante, e em seus aposentos, sido retiradas do local, onde se encontravam armazenadas, no Corpo da Guarda, durante o serviço de Comandante da Guarda, tirado pelo Sgt Nogueira (apelante), no dia 16/jan/96.

É certo que, dos autos *sub examine* exsurge, de forma clara, a não sujeição dos 500 cartuchos da referida munição, a um controle regular pelos Comandantes da Guarda que antecederam ao serviço do ora apelante, o que não permite se afirmar que este, ao iniciar seu serviço, no dia 16/jan/96, efetivamente, recebera e passara a se responsabilizar pelos 500 cartuchos de 7,62 mm e não, já, por 440 unidades dessa munição.

Discordo, entretanto, de se ver retirada do texto da Sentença a *quo*, a agravante genérica prevista no Art. 70, letra "I" do CPM, por não considerá-la como parte integrante do tipo penal de peculato-furto, que é imputado ao ora apelante, a teor do Art. 303, § 2º, da Lei Substantiva Castrense, carac-

terizando a sua manutenção, um *bis in idem* apenatório, como se depreende do Voto Vencido.

A situação de militar de serviço não é condição *sine qua non* para tipificar o delito de peculato-furto, bastando, para tanto, a qualidade, pura e simples, de militar do agente, a lhe proporcionar facilidades para subtrair ou contribuir para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, o bem sob administração militar.

Assim, e por julgar não provada a subtração das 3 caixas de munição pelo 3º Sgt Jildeon Nogueira dos Santos, durante o seu serviço de Comandante da Guarda, mas, sem dúvida, em outra ocasião qualquer, concordo em reduzir a pena imposta ao ora apelante para 3 anos de prisão, como exposto, *in fine*, no voto vencido do Ministro-Relator.

Superior Tribunal Militar, 17 de fevereiro de 1998 — Alte Esq. Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Ministro do Superior Tribunal Militar.

APELAÇÃO Nº 48.022-8-RJ

Deserção. Praça sem Estabilidade. Incapacidade Definitiva. A comprovada incapacidade física definitiva para o serviço ativo de praça sem estabilidade impede ex vi legis a reinclusão do desertor no serviço ativo e, conseqüentemente, não pode ser processado e julgado por crime propriamente militar, por inexistência de condição de prosseguibilidade. Negado provimento ao recurso. Decisão unânime.

Relator — Min. Ten. Brig. do Ar Carlos de Almeida Baptista.

Revisor — Min. Dr. Antônio Carlos de Nogueira.

Apelante — O Ministério Público Militar junto à 6ª Auditoria da 1ª CJM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 6ª Auditoria da 1ª CJM, de 08/09/97, que anulou o Processo em que consta como acusado o Mn Pierre Sounder Celso de Araújo, a partir da denúncia, inclusive, com base na Súmula nº 12 do Superior Tribunal Militar.

Advogado — Dr. Josemar Leal Santana - Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao apelo.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior e Germano Arnoldi Pedrozo. Ausente o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata 11ª Sessão, 10.03.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Brasília, 10 de março de 1998 — Ministro Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Ten. Brig. do Ar *Carlos de Almeida Baptista*, Relator. Ministro Dr. *Antonio Carlos de Nogueira*, Revisor.

RELATÓRIO

Verifica-se que o então militar Pierre Sounder Celso de Araújo, Mn, servindo na Base Naval do Rio de Janeiro, foi denunciado por infringência ao artigo 187 do CPM, em razão de haver se ausentado, desautorizadamente, no período de 31 de julho a 8 de agosto de 1996. Em conseqüência, foi lavrado o Termo de Deserção e excluído aquele desertor do serviço ativo da Marinha.

Capturado em 23 de outubro de 1996, foi reincluído no serviço ativo da Armada, em razão de haver sido considerado apto em inspeção de saúde.

Recebida a denúncia em 13 de dezembro de 1996, em 21 seguinte foi aquele militar posto em liberdade em razão de determinação expedida pelo Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM, ex vi do artigo 453 do CPPM.

Em 26 de janeiro de 1997, o referido militar veio a consumir outra deserção. Submetido a inspeção de saúde, foi considerado incapaz definitivamente para fins do serviço militar pelo Centro de Perícias Médicas da Marinha, encontrando-se ausente da Base Naval do Rio de Janeiro desde 24 de abril de 1997, consoante expediente de fls. 87.

Apresentado o feito em mesa, o conselho julgador decidiu, à unanimidade de votos, extinguir o processo a contar da denúncia, inclusive, por falta de condição de prosseguibilidade por não mais reunir o acusado a condição de militar, aplicando, por analogia, a Súmula nº 12/STM.

Inconformado com aquela decisão, tempestivamente, o Ministério Público Militar recorre em sentido estrito, com fundamento no artigo 516, alínea n, do CPPM.

O *Parquet* militar, ao formular seu arrazoado, alude que os casos de nulidades estão previstos no artigo 500 e que a exigência inserta no § 2º do artigo 457, tudo do CPPM, refere-se à deserção originária, devendo as deserções posteriores serem apreciadas em autos próprios "elidindo-se, nesses, a propositura de ação penal diante da ausência de condição de procedibilidade prevista para os crimes de deserção e insubmissão: fazer o sujeito ativo, parte do quadro de militares em atividade no Serviço Militar."

Prosseguindo, o Ministério Público Militar alude que o problema deve ser analisado à luz da tipicidade visto que a conduta consumada é punível e o fato do agente não mais ser considerado capaz de exercer funções no serviço ativo, não pode e nem deve assumir contornos de *lex mitior*.

Acrescentando a aplicação, na hipótese dos autos, do instituto da revelia, requereu procedência do recurso interposto, para fins de desconstituição da decisão questionada e prosseguimento do regular processo.

A Defensoria Pública da União ponderou pela improcedência do recurso interposto, mantendo-se a sentença hostilizada, diante da ausência de condição de procedibilidade ou de prosseguibilidade da ação penal militar por haver o agente voltado à condição de civil, estando impossibilitado de reverter ao serviço militar.

O magistrado a quo fez subir os autos a esta superior instância na forma do artigo 534 do CPPM., visto a decisão colegiada recorrida estar embasada na Súmula nº 12 STM. Realça que a sentença contestada, com força de definitiva, deveria ser impugnada pelo recurso de apelação consoante artigo 526, alínea b, 2ª parte do CPPM, ou buscando analogia ao artigo 267, do Código de Processo Civil. Contudo, observados os princípios da conversão e da fungibilidade (art. 514 e parágrafo único /CPPM) recebeu o recurso interposto como Apelação.

Nesta superior instância a DIJUR certificou constar em relação ao apelado: *Habeas Corpus* nº 33.063-1-RJ; Apelação nº 47.481-3-RJ; Embargos de Declaração nº 47.481-0-RJ; *Habeas Corpus* nº 73.257-7/130-STF; Embargos nº 47.481-7-RJ; e Apelação nº 47.780-4-RJ.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, atuando no feito, inicialmente realça que o apelado não foi citado regularmente e, após transcrever doutrina pertinente de diversos juristas, menciona que o conselho julgador anulou, com propriedade, o presente procedimento, não obstante o tenha feito embasando-se na ausência de qualidade de militar do denunciado.

Em prosseguimento, tece considerações sobre não desfrutar o apelado da condição de militar. Comenta que o delito de deserção é crime próprio e que na esfera do direito processual penal militar é exigido a qualidade de militar para o sujeito ativo ser processado e julgado por incursão naquele

delito. E mencionando ensinamentos doutrinários realça que, na hipótese sob comento, a inexistência da qualidade de militar constitui uma ausência de condição objetiva de punibilidade no crime de deserção, nada havendo o que se discutir sobre a decisão atacada.

Mencionando concordar com o recebimento do recurso ministerial como apelação, visto que realmente houve uma decisão judicial com força de definitiva, sendo incabível o recurso em sentido estrito, registra ser inadmissível o pedido ministerial de aplicação do instituto da revelia, eis que o denunciado sequer foi citado regularmente.

Conclui a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar opinando pelo improvimento da presente apelação.

A douta Defensoria Pública da União foi intimada na forma do inciso I, parte inicial, do artigo 44, da Lei Complementar nº 80/94, de que este processo foi posto em mesa para julgamento.

Isto posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

O inconformismo expresso nestes autos foi interposto pelo Ministério Público Militar com fundamento no artigo 516, alínea *n*, do CPPM, ou seja, como recurso em sentido estrito contra sentença que anulou no todo o processo da instrução criminal.

O descontentamento ministerial foi recebido pelo douto magistrado de primeira instância como apelação, na forma do artigo 526, alínea *b*, segunda parte, do CPPM, isto é, como recurso de apelação em desfavor de sentença definitiva, para tanto buscando analogia com o artigo 267 do Código de Processo Civil. O feito foi instruído com as contra-razões elaboradas pela Defensoria Pública da União, e subiu a esta superior instância consoante artigo 534 do CPPM.

Antes de se adentrar na apreciação da matéria objeto da irresignação do "parquet" militar, inicialmente, objetivando evitar futuras dúvidas em recursos a serem interpostos, comenta-se sobre o procedimento ora trazido à colação.

A ação penal militar originária da presente apelação foi apreciada pelo conselho julgador "a quo" que, em decisão unânime, decidiu, por falta de condição de prosseguibilidade, anular o procedimento a partir da denúncia, inclusive. A decisão colegiada de primeira instância louvou-se da Súmula nº 12 /STM, em razão do acusado de infringência ao artigo 187 do CPM haver sido considerado incapaz definitivamente para o serviço ativo da Marinha.

A sentença impugnada, indubitavelmente, se configura como , terminativa da instância, constituindo-se uma sentença definitiva nos precisos termos do artigo 162, § 1º do Código de Processo Civil, que expressa:

“Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

A lei adjetiva castrense, ao elencar no seu artigo 516 as possibilidades de interposição de recursos em sentido estrito, em suas alíneas a até q, não previu a hipótese versada nestes autos, ou seja contra sentença definitiva ou com força de definitiva.

O embasamento articulado pelo órgão ministerial, consistente no artigo 516, alínea n, do CPPM, que versa contra decisão ou sentença que *“anular, no todo ou em parte, o processo da instrução criminal”* não se ajusta à espécie sob comento.

A previsão recursal inerente ao caso concreto ora em apreciação encontra-se no artigo 526, b, do CPPM, que admite a apelação contra *“sentença definitiva ou com força de definitiva, nos casos não previstos no capítulo anterior”*, isto é, no capítulo destinado aos recursos em sentido estrito.

Em razão do exposto, o recebimento da impugnação ministerial, formulada contra a sentença do CPJMar, como apelação, consoante artigo 526, letra b, do CPPM, está coerente com a lei adjetiva castrense. E como realçou a insigne parecerista da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar é incabível a interposição de recurso em sentido estrito na espécie versada nestes autos.

Adentrando na apreciação do mérito da Apelação interposta é de ser considerado que o apelado é praça de 13 de dezembro de 1992, não desfrutando de estabilidade funcional.

Constatada a incapacidade definitiva para o serviço ativo da Armada, pela Junta Regular de Saúde da Diretoria de Saúde da Marinha, o Apelado deixou de desfrutar da condição de militar, eis que, excluído do serviço ativo devido a outra deserção consumada, não mais pode ser reincluído *“ex vi”* do artigo 457, § 2º do CPPM.

O Termo de Inspeção de Saúde declaratório da incapacidade física definitiva do apelado foi trazido a estes autos, estando acostado às fls. 80. O *“parquet”* militar junto ao Juízo de origem pronunciou-se, com fulcro no artigo 3º, alínea *“e”* do CPPM c/c o artigo 267, inciso IY do CPC, no sentido de ser declarada a extinção do processo sem julgamento do mérito.

A hipótese versada nestes autos encontra ressonância na copiosa jurisprudência castrense. (cf. Ap. nº 44.669-0-RJ *“in”* DJ de 18/01/87, Ap. nº 44.998-3-RJ. *“in”* DJ de 12/04/88). A comprovada incapacidade física defi-

nitiva para o serviço ativo de praça sem estabilidade impede, *ex vi legis*, a reinclusão de desertor no serviço ativo e, conseqüentemente, não pode ser processado e julgado por crime propriamente militar, por inexistência de condição de prosseguibilidade.

A pretensão recursal ministerial no sentido do processo prosseguir à revelia, em razão do ex-militar não haver sido citado é inviável visto tratar-se de feito regido por rito especial concernente à deserção, em que é premente, como já demonstrado, a condição de militar em atividade do agente ativo.

APELAÇÃO Nº 48.080-3-DF

Abandono de serviço. Inexigibilidade de conduta diversa. Inaplicabilidade deste princípio ao caso concreto. O princípio de não exigibilidade, se aplicado com indiscriminação, adquire amplitude incompatível com os fundamentos do Direito Penal, resultando, por fim, um critério anárquico, contrário à necessária segurança da ordem jurídica. (Aníbal Bruno) A exigibilidade deve ser examinada em relação ao agente individualizado, tendo em vista a situação concreta em que se acha. Nem por isso, entretanto, deixa a inexigibilidade de possuir limites que se impõem por razões de justiça. A inexigibilidade encontra seu limite na existência de certa proporcionalidade entre os dois bens, o protegido e o sacrificado. Pode o primeiro ser inferior ao segundo, devendo, porém, manter com o mesmo uma certa proporção. (Miguel Reale Júnior) Na hipótese dos autos, tem-se como sobejamente comprovada a prática do crime imputado, preenchendo a conduta todos os elementos da figura penal prevista no art. 195 do CPM, pois o Apelado praticou ação típica, antijurídica e culpável, na medida em que ausentou-se do lugar onde estava tirando serviço, sem autorização, com inobservância do dever militar e em prejuízo da administração militar. Apelo provido. Decisão majoritária.

Relator — Min. Dr. Antonio Carlos de Nogueira.

Revisor — Min. Ten. Brig. do Ar Carlos de Almeida Baptista.

Apelante — O Ministério Público Militar junto à Auditoria da 11ª CJM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª CJM, de 27/01/98, que absolveu o Sd. Ex. José Edilson de Araújo do crime previsto no art. 195, do CPM.

Advogado — Dr. Alexandre Lobão Rocha, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, por maioria, deu provimento ao apelo ministerial para, reformando a sentença, condenar o Sd. Ex. José Edilson de Araújo à pena de 03 meses de prisão, como incurso no Art. 195, c/c o Art. 59, ambos do CPM, concedendo-lhe o *sursis* pelo prazo de 02 anos, nas condições do Acórdão, delegando ao Juízo a quo a presidência da audiência admonitória, *ex vi* do Art 611 do CPPM. Vencidos os Ministros Carlos de Almeida Baptista (Revisor), Aldo Fagundes, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares que negavam provimento ao apelo. O Ministro Revisor fará voto vencido.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antônio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata 64ª Sessão, 15.10.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em dar provimento ao apelo do MPM para, reformando a sentença, condenar o Sd. Ex. José Edilson de Araújo à pena de 03 meses de prisão, como incurso no art. 195 c/c o art. 59, ambos do CPM, concedendo-lhe o *sursis* pelo prazo de 02 anos, nas condições indicadas no acórdão, delegando ao juízo a quo a presidência da audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM.

Brasília, 15 de outubro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Dr. *Antonio Carlos de Nogueira*, Relator.

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar junto ao juízo da 11ª CJM ofereceu denúncia contra o Sd. Ex. José Edilson de Araújo, servindo no 32º Grupo de Artilharia de Campanha, como incurso nas sanções do art. 195 do CPM, por haver, no dia 09 de abril de 1997, cerca das 19h30, aban-

donado o serviço de guarda do Quartel da citada OM, para o qual estava regularmente designado, conforme escala da administração militar.

Segundo a denúncia: (fls. 02/03)

“A Escala de Serviço acostada às fls. 38/41, bem como declarações testemunhais, provam, quantum sufficit, a afronta, pelo denunciando, do comando proibitivo ínsito no art. 195, do CPM, fator bastante e autorizador do presente requisitório com vistas à instauração da relação processual e final julgamento.

Ex posistis, protesta o Órgão Ministerial pelo recebimento da presente Exordial Acusatória, com a citação do denunciado, para se ver processar e julgar perante esse r. Juízo, como incurso no crime a este imputado, art. 195 do Código Repressivo Militar, requerendo, desde logo, se proceda à intimação das testemunhas infra arroladas, a fim de sua oportuna oitiva.”

O Acusado foi preso em flagrante no dia 10-04-98 (fls. 11), sendo posto em liberdade no dia 11-04-98 (fls. 17), por força de decisão do juízo da 11ª CJM (fls. 12/13).

O APF, posteriormente convertido em IPM, veio acompanhado da Folha de Alterações do Acusado, bem como da Escala de Serviço para o dia 09-04-97 (fls. 37 e 43).

A denúncia, inicialmente rejeitada, foi recebida por Despacho de 31-07-97 (fls. 121/122), em juízo de retratação, seguindo-se a citação (fls. 130), qualificação e interrogatório (fls. 131), ocasião em que o Acusado reconheceu como verdadeira a imputação que lhe fora atribuída na peça acusatória.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público foram inquiridas na forma da lei (fls. 136/141). Também ouvidas regularmente, as testemunhas de Defesa, fls. 162/165.

No prazo do art. 427 do CPPM, as partes nada requereram (fls. 171).

Em suas alegações escritas (fls. 175/178), o Ministério Público pugnou pela condenação do Acusado, nos termos expressos na denúncia, uma vez que restou cabalmente demonstrada a conduta delituosa, consoante confissão no APF, no IPM e em juízo, tudo corroborado pela prova documental e testemunhal. Requereu a aplicação da pena mínima, com o benefício do *sursis*.

A Defesa, por seu turno, em alegações escritas de fls. 180/184, postuló a absolvição com base no art. 439, letra b, do CPPM, alegando que o Acusado não agiu com o dolo específico indispensável à tipificação do delito, pois o cotejo da prova produzida indica que o jovem recruta estava nitidamente apavorado com a realidade desconhecida e peculiar à vida mili-

tar, vivenciando questionamentos sobre sua própria capacidade individual para apreender a rotina do Quartel.

No julgamento da *quaestio*, em sessão de 27-01-98, decidiu o CPJ da 11ª CJM, por maioria, vencidos o Presidente e o Juiz-Auditor, julgar improcedente a acusação, absolvendo o Sd. Ex. José Edilson de Araújo do crime previsto no art. 195 do CPM, com base no art. 439, letra *b*, do CPPM.

Regularmente intimado da sentença (fls. 210), tempestivamente o Ministério Público, por sua Representante, interpôs o presente recurso de apelação (fls. 213), pleiteando a reforma da decisão e a conseqüente condenação do Apelado nas sanções do art. 195 do CPM, pois, conquanto incluído em escala de serviço, deliberadamente faltou com o dever militar, sendo incontestado o *animus* em abandonar o lugar de serviço, como amplamente se infere da confissão e dos depoimentos das testemunhas.

Em contra-razões (fls. 224/226), o Representante da Defensoria Pública da União pediu a manutenção da sentença absolutória, sustentando que o atuar do Apelado decorreu de circunstâncias decisivas para a conduta, tratando-se de pessoa muito jovem, com baixo nível de instrução, totalmente despreparado para assumir a nova realidade com que se defrontava, e, sem encontrar ajuda ou orientação de um superior, optou pela saída mais simples, ou seja, a fuga do problema, porém, sem intenção deliberada de abandonar o lugar de serviço.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, com parecer subscrito pela Doutora Rita Laport, ilustre Subprocuradora-Geral, opinou pelo provimento do recurso.

A Representante da Defensoria Pública da União junto a este Tribunal, Doutora Anne Elisabeth Nunes de Oliveira, Subdefensora Pública Geral da União, tomou ciência de que este processo foi posto em mesa para julgamento em 13-10-98 (fls. 245).

É o relatório.

VOTO

Analisando-se a apelação interposta pelo Ministério Público Militar, à luz dos autos, verifica-se que o Sd. Ex. José Edilson de Araújo foi denunciado como incurso no art. 195 do CPM, por haver abandonado o serviço para o qual estava designado, no dia 09-04-97, conforme escala de serviço.

A absolvição baseou-se no artigo 439, letra *b*, do CPPM, ou seja, não constituir o fato infração penal, ao argumento de que não era possível exigir

do agente comportamento diferente do que tomou, tendo em vista suas circunstâncias pessoais.

A conduta do Apelado, infringindo a norma incriminadora inscrita no artigo 195 do CPM, ficou amplamente configurada como reprovável.

Por volta de 19h30, do dia 09-04-97, quando estava em período de descanso, com previsão para reassumir o rodízio de postos do serviço de guarda do Quartel às 23h20, o Sd. Araújo ausentou-se da OM.

Confessou a prática do delito em todas as oportunidades em que foi ouvido, sendo oportuno destacar-se o depoimento prestado perante o Conselho de Justiça, quando afirmou, *verbis*: (fls. 131).

“que havia terminado um rodízio sendo-lhe dito para ir jantar; que o interrogando já estava pensando em fugir do quartel, então pegou suas coisas e saiu; que saiu do quartel cerca de 19:30 horas; que ainda teria mais dois rodízios a cumprir naquela noite; que desde o primeiro dia em que se apresentou no Grupo começou a pensar em desertar; que sabia que abandonar posto era crime; que também sabia que deserção era crime.”

Sabe-se que a confissão precisa estar em harmonia com todo o contingente probatório carreado aos autos, conferindo-se-lhe, assim, total credibilidade.

Nesse passo, também se faz oportuno trazer à colação a prova testemunhal, em especial os seguintes depoimentos:

1) Reginaldo Marcelino dos Santos, testemunha do MPM (fls. 140), disse: *“que naquele dia um Coronel estava saindo e havia apresentação de armas e o acusado errou no movimento da arma; que o acusado é iniciante como o depoente e há sempre o medo de errar; que o depoente acha que o acusado ficou com medo das conseqüências daquele erro; que o acusado disse ao depoente estar com medo daquelas conseqüências; que nas outras duas vezes naquele dia em que o acusado voltou a falar do assunto com o depoente não referiu a existência de outro fato; que ao dizer ao depoente, pela última vez, que iria fugir, o acusado estava rindo e o depoente não acreditou que o fizesse; que quando o depoente foi acordar o acusado para entrar no seu quarto de hora, à noite, não mais o encontrou.”*

2) Carlos Eduardo Romão, testemunha do MPM (fls. 138), disse: *“que por volta de 23:00 horas, estava o depoente lendo em seu alojamento quando o Sargento da Permanência o informou de que o acusado não havia sido encontrado no quartel; que foi dada falta do acusado naquela oportuni-*

dade porque às 23:00 horas deveria iniciar o seu quarto de hora e não foi encontrado; que pessoalmente o depoente constatou que o acusado não se encontrava no quartel; que após ter sido capturado o acusado respondendo a indagação feita pelo depoente disse que havia fugido do quartel por não se sentir em condições de cumprir serviço militar, isto é, não se considerava apto para ser um militar."

3) Júlio César Ferreira Alves, testemunha de Defesa (fls. 163) disse: *"que o acusado estava escalado naquele dia para guarda do quartel; que o serviço era prestado em rodízio durante duas horas, sendo vinte minutos em cada posto e descanso de quatro horas."*

4) Adiel Pereira de Souza, testemunha de Defesa (fls. 164), disse: *"que o acusado também estava de serviço naquele dia; que foi sentido a falta do acusado em torno de 19:30 horas daquele dia porque ele iria entrar no quarto de hora em seguida; que o depoente pertence à mesma Bateria do acusado."*

Diante do contexto probatório, tem-se como sobejamente configurado o crime de abandono, conforme estatui o artigo 195 do CPM, porque o Apelado praticou ação típica, antijurídica e culpável, pois se ausentou do lugar onde estava tirando serviço, sem autorização, com inobservância do dever militar e em prejuízo da administração militar.

A sentença diz: *"No caso sub examine não é possível exigir do acusado que tivesse um comportamento diferente do que tomou, tendo em conta sua personalidade e diversos fatores que em conjunto influenciaram a ação do agente."* (fls. 207).

Ora, Aníbal Bruno, in *Direito Penal*, Editora Forense, 4ª ed., 1984, discorrendo sobre a exigibilidade de conduta diferente como elemento do conceito da culpabilidade, leciona:

"O princípio de não exigibilidade, se aplicado com tal indiscriminação, adquiriria amplitude incompatível com os fundamentos do Direito Penal, resultando, por fim, um critério anárquico, contrário à necessária segurança da ordem jurídica. Devemos concordar com Mezger em que o Direito exige necessariamente esforços e sacrifícios para que se evite a prática de crimes. A não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois se o Direito não impõe heroísmos, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal." (ob. cit. Parte Geral, Tomo 2º, pág. 105)

Já o ilustre jurista, Miguel Reale Júnior, in dos Estados de Necessidade, tratando de inexigibilidade razoável, também afirma:

"Entendemos, que a razoabilidade constitui um limite dentro da possibilidade de que seja o bem lesado de valor superior ao salvo.

A inexigibilidade encontra seu limite na existência de certa proporcionalidade entre os dois bens, o protegido e o sacrificado. Pode o primeiro ser inferior ao segundo, devendo, porém, manter com o mesmo uma certa proporção.

Segundo essa diretriz, ou seja, nos limites impostos pela necessidade de certa proporcionalidade entre o bem salvo e o sacrificado, deve o juiz através do processo simpatético mediato refazer a experiência alheia, vivendo o processo formativo da vontade, analisando o momento opcional do agente, a fim de concluir pela validade ou não desta opção diante do valor imposto pela norma e de valor do direito como dever ser. E é pela análise do poder concreto do agente, que o juiz apreendeu reproduzindo a situação concreta, que assumirá ou não relevância a opção do agente. Se tal se der, o direito se revaloriza diante da relevância da subjetividade do agente, entendendo não reprovável seu comportamento, não exigível outra conduta, porque, apesar de lesiva, ela se funda em uma opção válida". (ob. cit. José Bushatsky Editor, 1971, páginas 92, 93 e 94).

No caso dos autos, efetivamente, trata-se de Soldado recém-incorporado, iniciando o serviço militar. Entretanto, a alegação de que o Apelado estava despreparado para enfrentar o serviço militar não é excludente de criminalidade. Já estava incorporado há 24 dias.

Assim, considerando estar provado, amplamente, que a conduta preenche todos os elementos da figura penal em que foi denunciado, e ainda, que de acordo com o contingente probatório, era exigível do Apelado outra conduta, ao invés do agir delituoso com que se houve, é de ser provido o apelo do MPM.

À vista das regras norteadoras da quantidade de reação estatal, preconizadas no art. 69 do CPM, é fixada a pena-base no mínimo legal de 03 meses de detenção, como incurso no art. 195 do CPM, convertida em prisão, ex vi do art. 59 do citado diploma, que se torna definitiva nesse *quantum*.

O Apelado é primário e não registra antecedentes desabonadores, circunstâncias que nos levam à presunção de que não tornará a delinquir. Portanto, presentes os requisitos do art. 84, incisos I e II, do CPM, é de conceder-se-lhe o *sursis* pelo prazo de 02 anos, observadas as cláusulas e condições previstas nas alíneas *b*, *d* e *e*, todas do art. 626 do CPPM.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO, NA FORMA DO ARTIGO 51,
§ 8º DO RI/STM, PROLATADO PELO EMINENTE MINISTRO
TENENTE-BRIGADEIRO-DO-AR CARLOS DE ALMEIDA BAPTISTA,
NA CONDIÇÃO DE REVISOR, NOS AUTOS DA APELAÇÃO Nº
48.080-3-DF, JULGADA EM 15 DE OUTUBRO DE 1998.

Discordei da maioria dos meus eminentes pares que deram provimento ao recurso ministerial para, reformando a sentença "a quo", condenar o apelado por infringência ao artigo 195, combinado com o artigo 159, ambos do CPM. Posicionei-me pela manutenção da sentença absolutória, embasada no artigo 539, letra *b* do CPPM, consoante as considerações que se seguem:

Trata-se de Sd. Ex. servindo no 32º Grupo de Artilharia de Campanha, denunciado por infringência ao artigo 195 do CPM, em razão de, escalado para o serviço de guarda do quartel no dia 9 de abril de 1997, por volta das 19 hs 30 min, haver abandonado o serviço para o qual estava regularmente designado consoante escala previamente conhecida.

Segundo as Folhas de Alterações, o referido militar, menor de idade, assentou praça em 17 de março de 1997, sendo preso em flagrante delito em 10 de abril daquele ano por abandono de serviço. Contava, então, com 24 dias de caserna.

Da prova oral produzida, constato que uma testemunha numerária declarou que "quando o acusado se encontrava no posto P1, deixou cair seu fuzil sendo repreendido pelo Sargento, que, em outra oportunidade, naquele mesmo dia, uma ou duas vezes deixou de prestar continência a oficiais, sendo repreendido pelo fato, que o depoente acha que provavelmente o acusado se sentiu pressionado por esses fatos e em decorrência dessa pressão, fugiu.

Outra testemunha numerária declarou que "naquele dia um Coronel estava saindo e havia apresentação de armas e o acusado errou no movimento da arma, ...: que o depoente acha que o acusado ficou com medo das conseqüências daquele erro, que o acusado disse ao depoente estar com medo daquelas conseqüências, ...: que pelo que o depoente entendeu das palavras do acusado este estava com medo da punição que sofreria pela falha ocorrida, ...: que de vez em quando os recrutas eram humilhados diante da tropa, que as humilhações decorriam de agressões verbais, como por exemplo ser chamado de burro.

Três testemunhas de defesa declararam que aquele era o primeiro serviço daquela turma de guarda, sendo que uma das testemunhas afirmou que o acusado esteve presente no jantar. Foi dito por uma destas testemunhas que "naqueles trinta dias subseqüentes à incorporação o depoente se sentia humilhado no quartel: que em uma ocasião o depoente foi obrigado a

cantar para os Soldados mais antigos dormirem, que o acusado também era obrigado a fazer essas coisas: que o acusado também se sentia humilhado, que também fizeram o depoente rastejar por baixo dos beliches, que o depoente também chegou a pensar em deixar o quartel, ...: que aqueles fatos ocorreram logo após os primeiros dias à incorporação e nervoso o depoente não sabia identificar os seus autores:"

O Conselho Julgador houve por bem absolver o acusado, por maioria, com fulcro no artigo 439, letra *b* do CPPM. Os votos divergentes foram do Juiz-Presidente e do Juiz-Auditor Substituto.

A maioria do Colegiado "a quo" expressou, no veredicto absolutório, o que se segue:

"O interrogatório do réu é prova fidedigna para afirmar-se que o medo de uma punição por conta de ter deixado seu fuzil cair diante de oficiais que passavam em frente ao seu posto, foi fator decisivo para que fugisse do quartel, exatamente no dia em que estava escalado para prestar serviço pela primeira vez como sentinela."

Concordo com a decisão absolutória de primeira instância porque está comprovado que o acusado cometeu o delito intimidado por uma possível punição devido a falha cometida como, também, em razão de estar atemorizado com a forma com que era tratado por seus superiores.

Ademais, absolvo o apelado, principalmente, por entender que o mesmo não se encontrava preparado para assumir a responsabilidade do serviço de guarda do quartel.

Note-se que o apelado contava com apenas vinte e quatro dias de incorporação quando foi escalado para o serviço de guarda. Este ínfimo lapso temporal de caserna não lhe permitiu adaptar-se ao rigorismo da vida militar.

Ora, não é possível, em apenas vinte e quatro dias de incorporação preparar-se um jovem adolescente, que deixa os cuidados que recebe em seu lar, para a pureza militar que, na hipótese dos autos, de certa forma extrapolava os limites da instrução para intimidar o recruta com palavras ásperas e humilhantes.

Entendo que a conduta do apelado não decorreu da vontade livre e consciente de cometer o delito imputado, ou seja, inexistente o dolo como orientador daquele procedimento. Houve, sim, intimidação que a sua inexperiência vivencial não soube contornar. A prova judicial é robusta do quanto se encontrava assustado o apelado devido à aspereza que vinha sofrendo no relacionamento dentro da Unidade. O procedimento do apelado não chegou a colocar em perigo a Unidade mesmo porque não estava preparado

para defendê-la. Assim, sua conduta não extrapolou a esfera administrativa, onde a sua falta deverá ser avaliada.

Diante do exposto, votei no sentido de negar provimento ao recurso Ministerial.

Brasília, 15 de outubro de 1998 — Ten.-Brig.-do-Ar Carlos de Almeida Baptista, Ministro.

APELAÇÃO Nº 48.081-1-RS

Falsificação de Documento. Absolvição mantida, dado que, na espécie, a falsidade não criou perigo de dano, não se tipificando, destarte, o ilícito penal. Condenação, por Supressão de documento, preservada, posto que restou caracterizado, no caso vertente, o dolo, consistente na vontade de o agente ocultar o documento com a finalidade de beneficiar-se. Sursis concedido, conservado inalterado, vez que ao Estado o que mais interessa não é punir, mas sim reeducar o elemento que cometeu erro e conduzi-lo à sociedade como parte integrante daqueles que respeitam o direito alheio. Recurso improvido. Decisão unânime.

Relator — Min. Gen. Ex. José Sampaio Maia.

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

Apelante — O Ministério Público Militar junto à 2ª Auditoria da 3ª CJM.

Apelada — A Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 21.01.98.

Advogado — Dr. França Boa Nova Martins.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao apelo ministerial.

Presidência do Min. General-de-Exército Edson Alves Mey. Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo e José Enaldo Rodrigues de Siqueira. Ausentes os Ministros Carlos Eduardo Cezar de Andrade, José Julio Pedrosa e Sérgio Xavier Ferolla. (Extrato da Ata 19ª Sessão, 07.04.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo ministerial.

Brasília, 07 de abril de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Gen. Ex. *José Sampaio Maia*, Relator — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Revisor.

RELATÓRIO

Verifica-se que tratam de Recurso de Apelação interposto pelo R. do MPM, oficiando junto à 2ª Auditoria da 3ª CJM, irresignado com a Sentença do Conselho Especial de Justiça, para a Marinha, daquele Juízo, de 21.01.98, que absolveu o CT Marco Antônio Schnich, do crime previsto no *art. 311, § 1º* e o condenou a 02 (dois) anos de prisão, como incurso no *art. 316*, ambos os artigos do *CPM*, concedendo-lhe *sursis* pelo prazo de 03 (três) anos.

O CT Marco Antônio Schnich, a 19.12.95, foi desligado, por transferência, do Navio Patrulha "Parati" (Nap Parati), a fim de apresentar-se ao Comando do Grupamento Naval do Sul (Com Grup NS), fls. 126.

A 22.01.96, apresentou-se no Rebocador de Alto Mar " Tritão" (Rb AM Tritão), fls. 125.

Em data de 15.04.96, o CT Schnich recebeu, com outras funções, a de Secretário do Rebocador, fls. 125.

O Cmt do Rb AM Tritão, em abril de 1996, cumprindo determinação regulamentar, solicitou ao Navio Patrulha " Parati" cópia da última avaliação do CT Schnich, fls. 08.

A 02.05.96, chegou no Rb AM Tritão a resposta do Nap Parati, fls. 43, que foi recebida pelo CT Schnich como Secretário da Embarcação.

O CT Schnich trocou a sua Folha de Informações de Oficiais (FIO) por uma Folha de Avaliação de Oficiais (FAO), inserindo-lhe auto-avaliações. Após, entregou-a ao Cmt do Rebocador . E asseverou que assim procedera com receio de que o Cmt do Rb AM Tritão tomasse conhecimento de suas punições anteriores, que lhe grangeara uma avaliação e imagem de péssimo Oficial, fls. 165v. Tendo ficado de posse da FIO.

Ao receber o Ofício nº 046- Confidencial, de 25.04.96, do Cmt do Nap Parati, o Cmt do Rb AM Tritão observou que seu anexo continha uma Folha de Avaliação de Oficiais (FAO), do CT Schnich e não uma Folha de Informações de Oficiais (FIO), como constava no Ofício de remessa.

O Cmt do Nap Parati observou quanto à FAO que:

- continha avaliação no campo destinado a CMG, quando o avaliado era Oficial Intermediário; e
- a assinatura aposta não coincidia com a da autoridade signatária do Ofício que a encaminhara ou seja do Cmt. do Nap Parati.

Posteriormente, o Cmt do Rebocador, em contato telefônico com a origem do documento, confirmou que os dados transmitidos não condiziam com os recebidos, fls. 08.

Estes acontecimentos geraram a instauração de um IPM através da Portaria nº 0006, de 03.07.96, do Comandante do Grupamento Naval do Sul, fls. 07.

O IPM concluiu, a 11.08.96, pela existência do ilícito penal, cujo indiciado era o CT Schnich, fls. 56.

A 28.01.97, o R. do MPM junto à 2ª Auditoria da 3ª CJM, denunciou o CT Schnich como incurso nos arts. 311, § 1º (Falsificação de Documento) e 316 (Supressão de Documento), ambos do CPM, fls. 02 e 03.

A Exordial Acusatória foi recebida a 13.02.97, fls. 02.

O Acusado foi citado a 24.03.97, fls. 159.

Em assentada de 25.03.97, ocorreu a qualificação e o interrogatório, fls. 165 a 166v.

Adentrou aos autos, fls. 90 a 92, o Laudo de Exame Documentoscópico nº 14 660-96, de 28.11.96, passado pelo Instituto Nacional de Criminalística, do Departamento da Polícia Federal, da Secretaria de Polícia Federal, do Ministério da Justiça, que comprova que os algarismos manuscritos, lançados no Corpo da Folha de Avaliação de Oficiais, que foi entregue ao Cmt do Rb AM Tritão, partiram do punho escriturador do CT Marco Antônio Schnich.

Após a oitiva das testemunhas de acusação, o CT Nivaldo dos Santos Júnior e Cb. Luiz Henrique de Jesus Cruz, fls. 190 a 193v, o Ministério Público Militar ofereceu "Arguição de Incompetência" a 19.06.97, fls. 229 e 230, manifestação esta que não foi acatada pelo Conselho Especial de Justiça em Decisão de 21.08.97, fls. 251 a 255, da qual inexistiu recurso, fls. 257.

Em cooperação jurisdicional, através de precatória, foram inquiridas as testemunhas numerárias CC Luiz Cláudio de Barros Monte e CF José Mauro Otero Conti, fls. 296 a 298 e 303 a 305.

A Defesa requereu a oitiva das testemunhas: CF Francisco Antônio Cardoso Garcia e CT Marcos Camargo, fls. 312, foram inquiridas conforme assentada de fls. 316 e verso e 317 e 317v.

O Conselho Especial de Justiça, para a Marinha, da 2ª Auditoria da 3ª CJM, a 21.01.98, resolveu, por unanimidade de votos, julgar procedente, em parte, a Denúncia e, conseqüentemente absolver o CT Schnich quanto à conduta delituosa prevista no art. 311, § 1º, do CPM, à luz do art. 439, b, do CPPM e condená-lo à pena de 02 (dois) de reclusão, convertida em prisão, a teor do art. 59, do CPM, como incurso no art. 316, da Lei Substantiva Penal Castrense, concedendo-lhe a suspensão condicional da pena, pelo prazo de 03 (três) anos, fls. 344 e 345.

O R. do *Parquet* Militar, a 23.01.98, recorreu do Veredicto Absolutório, fls. 348.

Em seu arrazoado próprio o R. do Órgão Ministerial, fls. 351 a 362, requer o provimento do presente Recurso para que se reforme a Sentença a quo e condene-se o CT Marco Antônio Schnich nas penas dos arts. 311, § 1º e 316, ambos do CPM, negando-se-lhe a suspensão condicional da pena.

Pede, alternativamente, que:

— se mantida a absolvição pela prática do art. 311, do CPM, seja reformada a Sentença ora recorrida para negar-se ao acusado a concessão do *sursis*, ou, ainda, para aumentar-se o prazo de suspensão condicional da pena para 06 (seis) anos, face à gravidade dos fatos.

Contra-arrazoando, a Defesa pugna pelo não provimento do Apelo Ministerial e pela confirmação e manutenção integral do *Decisum* recorrido, fls. 365.

Instada a manifestar-se nestes autos nesta Instância, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, fê-lo a 18.03.98, por intermédio do Dr. Alexandre Concesi, Subprocurador-Geral, opinando pela procedência *in totum* da Sentença de Primeira Instância, com a conseqüente rejeição do Apelo, fls. 375 a 380.

A 31.03.98, o Relator, determinou que a Representação da Defensoria Pública da União junto a esta Corte de Justiça Castrense fosse, intimada pessoalmente, nestes autos de que o presente Processo foi apresentado em mesa para julgamento a 31.03.98, fls. 384v.

Em data de 02.04.98, a DPU após seu ciente do despacho da Relatoria, fls. 385.

Assim relatados estes autos, passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Recurso interposto pelo Representante do MPM, em exercício perante à 2ª Auditoria da 3ª CJM, requerendo que o Apelado seja condenado nas sanções previstas nos arts. art. 311, § 1º e art. 316, ambos da Lei Penal Militar, sem *sursis* ou, alternativamente, se mantida a absolvição de infringência do art. 311, do CPM, que lhe seja negado o *sursis*, ou, ainda, que o prazo de suspensão condicional da pena seja aumentado para 06 (seis) anos, face à gravidade dos fatos, objeto dos presentes autos.

A Dinâmica fática apresenta-se da forma a seguir especificada.

Os autos referem que, em abril de 1996, o Comandante da Embarcação em que servia o CT Marco Antônio Schnich solicitou ao ex-Comandante deste que lhe enviasse cópia da última avaliação do CT Schnich.

O ex-Comandante remeteu, com Ofício, a Folha de Informações de Oficiais do CT Schnich, que, por ser Secretário da Unidade Militar, recebeu-a. E temendo que seu novo Comandante tomasse conhecimento de suas punições e de seu conceito desfavorável, ficou com a Folha de Informações de Oficiais, substituindo-a por uma Folha de Avaliação de Oficiais, onde se auto-avaliou, preenchendo, inclusive, o campo destinado a Oficiais Superiores.

— O Comandante do Oficial, ao receber a documentação, de plano, verificou que:

— a Folha de Avaliação de Oficiais não era o anexo do Ofício de remessa e sim a Folha de Informações de Oficiais;

— a assinatura constante de Folha de Avaliação de Oficiais não era a mesma do Cmt do Nap Parati, signatário do Ofício de remessa; e

— havia preenchimento incorreto de campo, destinado a Oficial Superior, quando o avaliado era Oficial Intermediário.

Em ligação telefônica com o Cmt. Nap Parati, signatário da correspondência em tela, o Cmt do Rb AM Tristão teve a confirmação de que os dados transmitidos não correspondiam aos recebidos.

O CT Schnich, em seu interrogatório judicial, fls. 165v, confessou a troca da FIO pela FAO, onde alterou conceitos, confissão esta corroborada pelo caudal probatório carreado aos autos.

A Sentença absolveu o CT Schnich do delito previsto no art. 311, do CPM (Falsificação de documento), em virtude da contrafação ter sido grosseira, não conseguindo enganar seu Comandante e condenou-o por ocultação de documento (art. 316, do CPM), com a concessão de *sursis*.

A seguir, analisa-se o que pede o MPM em seu recurso.

a) A condenação pelo art. 311, do CPM (Falsificação de Documento).

Neste aspecto o Decreto Condenatório não merece reparos, pois, como já se observou a falsificação não foi de molde a enganar seu destinatário, que imediatamente, a percebeu.

Segundo o Magistério de Sylvio do Amaral, em seu livro " Falsidade Documental" , 3. ed., 1989, Ed. Revista dos Tribunais, p. 72:

" 57. A imitação deve ser apta a enganar o homem comum.

É que, da imitação da verdade, na falsificação, decorre outro elemento constitutivo do crime, com ela intimamente entrelaçada, e que, a seguir examinaremos: a aptidão do falso para produzir prejuízo. A falsidade que não cria pelo menos um perigo de dano para alguém não constitui ilícito penal.

Ora, se o agente procede com dolo, o crime, pelo lado subjetivo, está configurado. Resta, então, verificar se o ato incriminado preenche os requisitos materiais, um dos quais se reputa a potencialidade de dano. E, para isso, necessário é examinar o grau de perfeição da imitação, para concluir-se que, se for nenhum, de modo que a falsificação a ninguém possa iludir, não se configurará o crime, por falta de um elemento material no procedimento do agente- a capacidade de produzir prejuízo. Faltará ao ato a tipicidade indispensável à integração do delito".

Dentro dessa mesma linha de entendimento, tem-se os ensinamentos de:

— Damásio Evangelista de Jesus, em " Direito Penal", 4. v. Parte Especial, 2. ed., 1989- Ed. Saraiva, p. 40; e

— Júlio Fabbrini Mirabete, em "Manual de Direito Penal", Parte Especial, v. 3, 4. ed., 1990. Ed. Atlas, p. 222.

Outro não é o sentir da Construção Pretoriana, como a seguir se demonstra.

"Se a deturpação é de natureza tal que pode ser facilmente percebida, o procedimento do falsário não atinge as culminâncias do ilícito penal. O falso punível é só aquele que ilude os sentidos, ou a inteligência, ou que tem qualidades de semelhança com o original, capazes de produzir tal resultado, tomado por padrão o senso crítico do homem mediano. O falsário a quem falta habilidade para enganar o observador desprevenido é um malfeitor malogrado,

dotado de malvagra intenizone, mas indiferente para o direito penal, que o não considera um violador da fé pública; ou, em verdade, não é um falsário, evidenciando no desmazelo da falsificação a ausência do animus criminoso essencial aos crimes de falsidade” TJSP- AC. Rel Acácio Rebouças – RT 239/204 e RT – 206/312.

Nesse mesmo sentido tem-se as Revistas dos Tribunais 303/126; 329/134; 441/342; 448/313; 541/365 e 605/301.

b) A negativa da concessão da suspensão condicional da execução da pena, uma vez que, segundo o MPM, os antecedentes do acusado não são bons, face às inúmeras punições que sofrera, inclusive prisão rigorosa.

Esta pretensão Ministerial, também, não merece trânsito, porque para que as transgressões disciplinares sejam consideradas como maus antecedentes militares, é preciso que elas sejam da mesma natureza do crime praticado, que tenham caracteres fundamentais comuns. O que inoocorre nos presentes autos.

Também, neste aspecto, não se deve perder de vista que, o que mais importa ao Estado, não é punir, mas sim reeducar o elemento que errou e conduzi-lo à sociedade como parte integrante daqueles que respeitam o direito alheio. Toda vez que essa recuperação possa ser obtida, mesmo fora das grades de um cárcere, a lógica e a melhor política criminal recomendam a concessão da suspensão condicional da pena ao punido, atribuindo-lhe, porém, o cumprimento de determinadas condições.

Nesse mesmo sentido, tem-se o ensinamento do Criminalista Edgard Moura de Bittencourt, em seu livro “Crime”, p. 116, onde leciona:

“ No sursis, não é propriamente a lei que perdoa. É o homem sociável, tornado delinquente primário, que constrói as circunstâncias exteriores de seu perdão.”.

c) Aumento no prazo de suspensão condicional da pena de três para seis anos, em caso de manutenção da absolvição do Suplicado da imputação do delito previsto no art. 311, do CPM.

Isto não é passível de atendimento, posto que é necessário que se observe o “Princípio da Confiança nos Juízes Próximos” das pessoas em causa, dos fatos e das provas, com meios de convicção mais seguros do que os Juízes distantes.

No caso em exame, os Juízes do Conselho Especial de Justiça, que estavam nas condições acima, não vislumbraram a necessidade de fixar o período de *sursis*, que foi concedido ao punido, acima de três anos. Razão por que, observando-se o Princípio supramencionado, não é recomendável que esta Instância o faça.

Pelo que foi visto e examinado, vê-se que a pretensão recursal não merece prosperar.

APELAÇÃO N.º 48.088-9-RJ

Homicídio qualificado. Tentativa. Provada com saciedade a materialidade e a autoria, não há que se falar em absolvição. A prova testemunhal não é medida pela quantidade e sim por sua qualidade. Sendo ela firme e em harmonia com as demais provas existentes nos autos, é suficiente para sustentar uma condenação. A jurisprudência e a doutrina nos indicam que os depoimentos são pesados e não contados. A audácia e a ousadia extrema de praticar o delito no interior de uma Unidade Militar, utilizando-se de armamento pesado, autoriza, nos termos do art. 69, do CPM, a fixação de uma pena base acima do mínimo legal. Provimento parcial do Recurso. Decisão unânime.

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

Revisor — Min. Alte Esq. Domingos Alfredo Silva.

Apelante — O Ministério Público Militar, junto à 3ª Auditoria da 1ª CJM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 10/12/97, que absolveu o civil Edmar da Silva Santos do crime previsto nos arts. 177, § 1º, quatro vezes no artigo 205, § 2º, inciso V, c/c artigo 30, inciso II; artigo 254; artigo 259; tudo combinado com os artigos 53 e 79 do CPM.

Advogado — Dr. Igara Paulo e Silva.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, deu provimento parcial ao apelo para condenar o civil Edmar da Silva Santos à pena de 13 anos e 04 meses de reclusão, como incurso no Art. 205, § 2º, inciso V, c/c o Art. 30, inciso II e atendidos os requisitos do Art. 69, todos do CPM, fixando o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey, Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. Roberto Coutinho. Pre-

sentos os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. Ausentes os Ministros Carlos Eduardo Cezar de Andrade e José Julio Pedrosa. O Ministro Aldo da Silva Fagundes encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 67ª Sessão, 26.10.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao apelo do Ministério Público Militar para condenar o civil Edmar da Silva Santos à pena de 13 anos e 04 meses de reclusão, como incurso no art. 205, § 2º, inciso V, c/c/ o art. 30, inciso II e atendidos os requisitos do Art. 69, todos do CPM, fixando o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Brasília, 27 de outubro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Ministro-Presidente — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Relator — Alte Esq. *Domingos Alfredo Silva*, Revisor.

RELATÓRIO

Em 17 de abril de 1996, o Ministério Público Militar, junto à 3ª Auditoria da 1ª CJM, ofereceu Denúncia contra Edmar da Silva Santos pelos seguintes fatos delituosos:

“... No dia 03 de novembro de 1995, por volta de 12:10h., o denunciado e mais outros quatro indivíduos, ainda não totalmente identificados, todos fortemente armados, após terem roubado o posto do Banco do Brasil S/A dentro da Base de Abastecimento da Marinha, com animus necandi, efetuaram disparos de arma de fogo contra o Capitão-tenente João Evangelista Cidade Neto, o 1º Sargento José Tarciso Florêncio, o marinheiro Marcos Antonio de Souza Leal e o cabo Juscelino Rodrigues, que estavam de serviço junto ao portão principal e tentavam impedir sua fuga, tendo o cabo sido atingido na região abdominal por um dos projéteis disparados, conforme relatório médico de fls. 98.

Além do denunciado, somente foi identificado Regimar Pessoa Senna, ferido durante o tiroteio ocorrido no local, vindo a falecer logo depois.

O denunciado e seus companheiros tentavam sair pelo portão principal da base, usando um carro roubado, e avançaram com

esse carro contra aquele portão e muro, que ficaram danificados. Como o carro ficou preso nas ferragens do portão, o denunciado e os outros elementos não identificados, abandonaram-no e fugiram a pé, deixando no interior do veículo armas e munições de uso exclusivo e propriedade das Forças Armadas.

O denunciado foi posteriormente preso pela polícia civil e reconhecido por uma das pessoas presentes no local quando da prática dos fatos aqui narrados, conforme auto de reconhecimento de pessoa às fls. 131, feito na Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos contra Estabelecimentos Financeiros (DRRFCEF) em 07 de dezembro de 1995.

Com sua conduta, o denunciado, com seus companheiros, praticou as seguintes condutas delituosas, em concurso material:

opôs-se com violência à ordem legal recebida dos militares que estavam de serviço naquele local e tentavam impedir sua evasão da unidade militar, consumando o crime de resistência;

com animus necandi, efetuou disparos de arma de fogo na direção daqueles quatro militares, para fins de assegurar a impunidade do crime anteriormente perpetrado, não conseguindo consumir os crimes de homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade, quais sejam, erros de pontaria, vindo a lesionar um deles na região abdominal, realizando, assim, quatro tentativas de crime de homicídio qualificado;

receptou as armas e munições de uso exclusivo e de propriedade das Forças Armadas, encontradas no interior do carro abandonado por ele e seus companheiros: uma pistola GLOCK, calibre 9mm, com três carregadores, com cinquenta balas; um fuzil AR-15 com dois carregadores com noventa munições intactas; uma granada defensiva; nove carregadores de calibre 7,62mm, todos intactos; 192 munições de calibre 7,62mm intactas, praticando assim o crime de receptação.

danificou bem público, ao avançar com o automóvel contra o portão e o muro da unidade militar de onde se evadiu, consumando o crime de dano.

Está assim o denunciado incurso uma vez nas sanções do artigo 177, § 1º; quatro vezes nas sanções do artigo 205, § 2º, inciso V, c/c artigo 30, inciso II; uma vez nas sanções do artigo 254 e uma vez nas sanções do artigo 259, § único, tudo c/c os artigos 53 e 79, todos do Código Penal Militar..”

Recebida a peça inicial acusatória, foi o acusado interrogado às fls. 218:

“... Que se encontrava numa oficina mecânica em Bonsucesso, objetivando uma vistoria em seu carro no dia e hora relacionados com o roubo ao Posto do Banco do Brasil, dentro da Base de Abastecimento da Marinha; que chegou na Oficina as 9 horas saindo por volta das 16:00 horas e indo em seguida a um posto de gasolina próximo vistoriar seu carro; que nada sabe informar a respeito do roubo ao Posto do Banco do Brasil S.A. situado na Base de Abastecimento da Marinha; que não conhece os ofendidos arrolados na inicial; que também não conhece as testemunhas arroladas na denúncia;... posteriormente foi encaminhado à Marinha tendo sido inquirido na OM sobre sua participação do roubo do posto do BB citado na denúncia, com relação a este fato, roubo do BB na Base de Abastecimento da Marinha, o interrogando negou sua participação;... que o interrogando observa que o supramencionado padrinho participou do assalto; que o mencionado padrinho participou do roubo do Banco do Brasil situado na Base de Abastecimento da Marinha;...”

Em depoimento declararam os ofendidos:

Capitão-Tenente João Evangelista Cidade Neto:

“... que confirma totalmente as declarações prestadas na fase de IPM às fls. 26/28; que por volta de 12:05 min. do dia 03.11-95, o depoente encontrava-se de serviço, quando então soou o alarme referente assalto a banco, em virtude desta situação o depoente tomou todas as medidas administrativas para evitar a fuga dos assaltante;... que partiu dos elementos que estavam no referido veículo o disparo de arma de fogo em direção a sentinela que se encontrava na guarita; que o depoente chegou a dar ordens verbais para que os ocupantes do veículo abandonassem o mesmo, que esta ordem foi dada antes de começar o tiroteio;...”

1º Sgt José Tarciso Florencio:

“... que confirma integralmente as declarações prestadas na fase de IPM às fls. 39/41; que o depoente afirma que estava de serviço de contramestre por volta de 12:15, do dia 03-11-95, ocorreu o fato descrito na peça acusatória;... que o CT CIDADE deu uma ordem verbal aos elementos que estavam dentro do citado veículo para que saíssem do carro, que então estes elementos começaram a atirar;... que estava distante cerca de sete metros do Ten Cidade quando iniciou-se o tiroteio;...”

Cabo Juscelino Rodrigues:

“... que estava de serviço como identificador do portão principal por volta das 12:10 min, do dia 03-11-95, soou o alarme do Banco do Brasil; posteriormente com a intenção de saírem da Base chegou um caminhão, atrás deste caminhão viu um veículo Omega, com cinco ocupantes; que foi dado pelo Cap Ten CIDADE uma ordem ao motorista do caminhão par que o mesmo parasse e se identificar; que esta ordem não foi dada aos ocupantes do Omega porque eles já chegaram atirando; que o tiro que atingiu o depoente foi dado por um dos ocupantes do veículo Omega; que chegou a disparar contra os citados ocupantes; que as pessoas que estavam dentro do veículo Omega atiraram contra o depoente bem como os demais militares que se encontravam no portão principal...”

Marinheiro Marcos Antonio de Souza Leal:

“... que confirma integralmente o depoimento prestado na fase do IPM às fls. 51/53; que no dia do ocorrido o depoente era o sentinela do portão principal; que após tomar algumas providências a fim de conter os assaltantes chegou ao portão principal um caminhão; que foi o Cb Juscelino que deu a ordem para o motorista do caminhão parar e se identificar; que o Oficial de serviço também deu a mesma ordem; que não percebeu nenhum militar dar a mesma ordem aos ocupantes do Omega, até porque não deu tempo, uma vez que estes já chegaram atirando; que os ocupantes do Omega atiraram em direção ao depoente, bem como em direção ao Cb JUSCELINO; que logo que iniciaram os disparos é que o Cb JUSCELINO foi atingido; que o depoente e outros militares revidaram a agressão; que existiam aproximadamente cinco pessoas dentro do veículo;...”

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, assim depuseram:

1º Sgt Orlando Bastos de Almeida:

“... que por ocasião do fato descrito na denúncia o depoente pode afirmar que não conseguiu ver quem efetuava os disparos em quem; que nesta ocasião um militar que estava ferido aproximou-se do seu carro, tentando se proteger; que o depoente bem como a sua família no desenrolar da situação foi rendido pelos assaltantes; que dois assaltantes entraram no seu veículo e logo após fugiram com o carro do depoente, que um dos assaltantes; branco, forte, medindo em torno de 1,65m, cabelo curto e o outro mais franzino, mais alto e moreno acentuado, cabelo curto;... Pelo

MPM, respondeu: que o acusado possui algumas características de uma das pessoas que entrou em seu veículo, conforme acima narrado, tais como: peso, altura e cor..."

João Manoel de Lima:

"... que confirma integralmente o depoimento prestado às fls. 67/69; que na data dos fatos descritos na fase acusatória, durante o assalto na Agência bancária, o depoente viu três assaltantes no interior da mesma; que quer afirmar que o acusado era um dos assaltantes que encontrava-se no interior da Agência bancária, sendo que as fls. 68 descreve o acusado como "um outro era branco, cabelos claros, estatura mediana e usava uma camisa de linha semelhante as que vende na SRM"; que quer afirmar ainda que a pessoa que reconheceu na Delegacia identificado como Edmar da Silva Santos, é o acusado, que encontrava-se no interior do Banco no momento do assalto; que pode verificar as fls. 259 a fotografia que encontra-se na parte de baixo, reconhecendo o rapaz da foto como o assaltante que obrigou a Gerente do Banco a ir ao cofre; que não tem nenhuma dúvida que o acusado era um dos assaltantes. Pela Defesa respondeu: que o acusado a época dos fatos poderia estar com o cabelo de cor diversa, mas tem certeza que apesar desta diferença o acusado era um dos assaltantes; que o acusado, com referência ao tipo de cabelo, a época usava, cabelos claros, cortados curtos, podendo ser considerado uma pessoa meio calvo; que ao se referir cabelos curtos quer informar que não havia nem necessidade de penteá-los; que com relação ao tipo de cabelo, o depoente nada mais tem a acrescentar, informando mais uma vez que não tem dúvida, que trata-se do acusado; que não viu nenhum rapaz louro entre os assaltantes; que confirma que eram três assaltantes no interior do Banco; que pode afirmar que o acusado é um dos assaltantes porque o depoente estava no Setor de Atendimento e o acusado estava ao seu lado, não mais que um metro de distância; que ficou perto do acusado cerca de mais ou menos cinco minutos; que o acusado não estava na fila das pessoas que iriam ser atendidas; que o elemento que saiu do cofre com o malote entregou ao acusado; que na Delegacia ao reconhecer o acusado como um dos assaltantes foi adotado o seguinte procedimento: colocar o acusado sozinho de frente e de perfil para ser reconhecido pelo depoente, cerca de três metros de distância; que na data do reconhecimento feito na Delegacia, o acusado estava com os cabelos da mesma forma, no dia do assalto, claros; que o acusado na época possuía boa aparência, estando muito diferente na data de hoje, inclusive mais gordo,

acrescenta ainda, que o acusado alterou o seu aspecto físico no sentido de ter engordado, está usando na data de hoje um bigode, não considera hoje o acusado com boa aparência, por ele está mais gordo; que na data de hoje o depoente não se entrevistou com o representante do Ministério Público Militar; que o depoente quer afirmar que não disse que o acusado a época dos fatos usava os cabelos loiros e sim afirma que usava cabelos claros; que não viu nenhum dos assaltantes baixinho e loiro; que pode visualizar o acusado, na data do ocorrido, de forma direta.”

Carlos Rui Leite Pires:

“... que confirma integralmente o seu depoimento prestado às fls. 90/92; que na data do fato descrito na denúncia pode afirmar que existiam três assaltantes dentro da Agência Bancária, um que encaminhou a Gerente ao cofre, um outro alto que tirou a arma do depoente e um baixinho e louro que ficou nas imediações dentro da Agência Bancária;... que só viu o assalto começar quando a Gerente saiu do cofre, não podendo verificar nesta ocasião o assaltante que teria acompanhado a Gerente ao cofre; que pode ver os outros dois assaltantes no meio de várias pessoas;...”

Marcelo Moura Feres:

“... que confirma integralmente o depoimento prestado às fls. 84/85; que durante o assalto a que se refere a peça acusatória, o depoente pode afirmar que pôde ver três assaltantes no interior da Agência;...”

Ana Maria Rodrigues Lanhas:

“... que confirma integralmente o depoimento de fls. 29/31, na fase do IPM; que no dia do fato descrito na peça acusatória, um dos assaltantes procurou a depoente, armado com uma granada e lhe obrigou a se dirigir ao cofre; que este assaltante possuía as seguintes características físicas: moreno, gordinho e mais baixo que a depoente, medindo cerca de 1,65m de altura; que não pode afirmar que esta pessoa seja o acusado, mais acrescenta que existe certas semelhanças físicas;...”

Em 10 de julho de 1996, o Conselho de Justiça resolve revogar a prisão preventiva do acusado decretada a pedido da autoridade investigante (representação às fls. 168), em 19 de dezembro de 1995, com base no art. 259 do CPPM, prolatando a seguinte decisão:

“... A prisão preventiva só pode ser decretada ou mantida, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes

de autoria. Trata-se de uma medida cautelar que só se justifica em situações especiais, cuja custódia provisória seja indispensável. É medida de extrema exceção.

As provas produzidas pelo representante do MPM, em que pese o membro do "Parquet" entender que o fato, por si só, traduz a periculosidade do acusado, não autorizam a existência do pressuposto contido na alínea b do art. 254 do CPPM, pressuposto este, que deve anteceder a existência ou não, das circunstâncias constantes no art. 255 do mesmo diploma legal...

Assim, não existem indícios suficientes de autoria, já que apenas uma pessoa reconheceu o acusado como um dos assaltantes, sendo que outras quatro testemunhas são unânimes em defender exatamente o contrário. Com isso, se não há prova bastante para se afirmar a autoria do assalto, esta carência se estende aos fatos descritos na inicial.

ISTO POSTO, DECIDE o Conselho Permanente de Justiça, por maioria de votos (4x1), REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA do acusado, face o contido no art. 259 do CPPM.

Expeça-se o competente Alvará de Soltura."

Contra a decisão recorreu o Ministério Público Militar a esta Egrégia Corte, que em 26 de setembro de 1996, cassou a decisão recorrida, restabelecendo a prisão preventiva do acusado, estando a Ementa do V. Acórdão assim escrita:

"Ementa – Recurso Criminal – Prisão Preventiva – Em se tratando de medida cautelar de extrema exceção, estando ainda presentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva, ou seja aqueles previstos no artigo 254, alíneas "c" e "d" e artigo 255, ambos do CPPM, não há porque revogá-la durante a instrução criminal. Decisão unânime."

Vale ressaltar que uma vez solto, o acusado jamais apareceu em Juízo e não foi cumprido, por conseguinte, o mandado de prisão, sendo, ao final, julgado à revelia.

Pela defesa foram arroladas e ouvidas as seguintes testemunhas:

Ivan Francisco Pinheiro (fls. 325):

"... que eu não me encontrava no local dos fatos narrados na denúncia, que quando ocorreu os fatos eu me encontrava na minha oficina localizada na Rua Gonzaga Duque, 358, em Ramos; que conheço o acusado de uma relação profissional, uma vez que o mesmo, até onde eu sei, compra e vende carros usados; que vez por outra aparece na minha oficina para reparos nos respectivos carros; que antes da data consignada na denúncia pouco sabia com relação ao acusado; que antes, digo, após a instauração desse processo fui procurado pelos familiares do acusado a senhora sua mãe e sua esposa solicitando que eu testemunhasse que no dia do assalto o acusado se encontrava em minha companhia almoçando em minha oficina;... Pelo Juiz-Togado foi perguntado testando a memória do depoente, qual dia da semana do dia 24 de dezembro de 1995, respondeu que não se lembra; que com relação a data citada na denúncia se tornou marcante para mim quando fui procurado pela mãe e esposa do acusado; que não tenho condições de indicar à Justiça nenhum elemento comprobatório..."

José Carlos de Santana (fls. 327):

"... desconhece uma vez que nesse dia e hora eu me encontrava trabalhando numa oficina mecânica, na Rua Gonzaga Dutra, 358, em Ramos; que conhecia seu Edmar de vista dentro da oficina, sendo certo que jamais trabalhei em seus veículos; que posso afirmar que de dia 3-11-95, por volta das 12 horas, o acusado se encontrava almoçando na oficina na companhia do Sr. Ivan, sendo que eu me afastei um pouco, mas também almocei no interior da oficina e que o neguinho foi encarregado de apanhar as três quentinhas, sem medo de errar, por ter boa memória, até porque o dia 3-11-95 é data de aniversário de meu filho;... que o Edmar compareceu umas três ou quatro vezes na oficina; que decorrido 40 dias do assalto a esposa do acusado compareceu a oficina fazendo um relato ao Sr. Ivan e pedindo que este confirmasse que nessa data e hora do assalto Edmar estaria almoçando na oficina, ato esse que foi transmitido pelo próprio Ivan, posteriormente, que deseja consignar que essa senhora compareceu a oficina uns 40 dias após o assalto; que eu não estou lembrado se outra pessoa se fez presente na hora do almoço do dia 3-11-95, não estando lembrado do indivíduo chamado Julio, lembrando-me perfeitamente, que neguinho comprou 3 quentinhas; que eu não me lembro da pessoa do acusado almoçando outras vezes na oficina..."

Em diligências, requer o Ministério Público Militar esclarecimento sobre a folha penal do acusado, junta às fls. 311, bem como a perícia das armas e munições apreendidas. Com relação a folha penal, vem a informação de que os autos encontram-se com o Ministério Público para oferecimento de Denúncia pelo crime previsto no art. 157 (assalto). Quanto a perícia, esta foi realizada, o material apreendido foi assim classificado:

“... — granada defensiva — Fabricada pela Companhia de Explosivos Valparaíba, embora seja de uso exclusivo das Forças Armadas, não pode ser identificada como pertencente a Marinha do Brasil (MB) por não possuir o número do lote;

Revólver cal. 38 marca TAURUS nº 839323 sem munição — não pertence ao patrimônio da (MB), nem foi cadastrada como arma particular de militares da MB.

Pistola marca GLOCK, 9mm nº AEG-206 municiada com três carregadores com 50 balas intactas — a pistola não pertence ao patrimônio da MB, nem foi cadastrada como arma particular de militares da MB. As munições de calibre 9mm são de diversas procedências e não possuem número de lote que possibilitaria a sua identificação.

Fuzil AR-15 marca COLT com dois carregadores e 90 munições intactas — não pertence ao patrimônio da MB, nem foi cadastrada como arma particular de militares da MB. Quanto a este item devemos informar que o fabricante da referida arma é a Bushmaster e não a COLT. As munições de calibre 5,56mm são de diversas procedências e não possuem número de lote que possibilitaria a sua identificação.

Nove carregadores de cal. 7,62mm — utilizados no fuzil FAL e PARAFAL — Fabricado pela IMBEL- embora sejam de uso exclusivo das Forças Armadas, não podem ser identificados como pertencentes a MB por serem acessórios de armamento e não possuem número de identificação.

192 munições de cal. 7,62mm intactas — não puderam ser identificados como pertencentes a MB porque os cartuchos traçantes cal. 7,62mm produzidos pela Companhia Brasileira de Cartuchos CBC possuem apenas o ano de fabricação gravados nos culotes dos estojos.”

Em alegações finais diz o Ministério Público Militar:

“... Preliminarmente, diante do laudo de fls. 422, que atesta não serem os bens receptados de propriedade da Marinha, o que

torna este Conselho incompetente para julgar o crime de receptação, deixa o Parquet de manifestar-se nestas alegações sobre este crime, reservando-se para falar após o cumprimento das diligências requeridas às fls. 424/425.

Quanto aos crimes de resistência e dano, imputados ao acusado na denúncia, considerando que não restou provado o dolo do acusado para prática desses crimes e que se configuram essas condutas apenas como exaurimento do roubo praticado na agência do Banco do Brasil S.A., retira o Parquet, nestas alegações, a acusação referente a estes crimes.

Entretanto, restaram provadas a materialidade e a autoria das quatro tentativas de homicídio qualificado imputadas na denúncia, capituladas no art. 205, § 2º, inciso V, c/c art. 30, inciso II e 53, na forma do art. 79, todos do Código Penal Militar.

Embora tenha o acusado negado a prática dos fatos delituosos que lhe foram imputados na denúncia e aqui ratificados, os depoimentos testemunhais, tanto no IPM como em júízo, comprovam a sua participação, com outros elementos não identificados, no assalto à agência do Banco do Brasil S.A. dentro de uma unidade da Marinha, que culminou, durante a fuga, com as tentativas de homicídio de quatro militares, um deles Offerido na região abdominal..."

Em júízo, os ofendidos confirmaram a prática dos atos que configuram as tentativas de homicídio pelos assaltantes, entre eles o acusado,...

Ademais, após a concessão de liberdade provisória este júízo, o acusado desapareceu, estando em lugar ignorado até a presente data, o que impede o cumprimento da decisão do Superior Tribunal Militar, que deu provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, restabelecendo a prisão preventiva. Apesar das diligências feitas pela autoridade militar, o acusado não foi encontrado, ou seja, está foragido.

Destaque-se, ainda, que o acusado estava desempregado desde 1994, mas possuía um automóvel MONZA SLE, conforme suas declarações no IPM, às fls. 141/146. Nesse depoimento, disse que o carro estava na sua casa e que deu ordem à sua esposa para vendê-lo no intuito de manter o sustento da família, dando a entender que o automóvel destinava-se a uso pessoal e não para comércio. Em outro momento, no mesmo depoimento, afirmou, que mantinha sua família com compra e venda de carros, mas declarou

que estava providenciando a transferência daquele automóvel para o seu nome, através de um despachante, cujas despesas seriam aproximadamente R\$500,00 (quinhentos reais), transferência essa que não é o usual neste comércio. Embora tenha declarado que iria vender o carro no intuito de prover o sustento da família, tinha uma reserva de R\$2.000,00 (dois mil reais), que utilizou para pagamento dos honorários de seu advogado neste processo. Todas essas afirmações, pela sua incoerência, são inverossímeis.

Desta forma, por entender provada a culpabilidade do acusado, requer a condenação nos termos destas alegações escritas."

A Defesa, em alegações, informa:

"1 — As fls. 298/300, sintetizam com clareza absoluta todo o conteúdo dos autos processuais, ressaltando com propriedade que após a oitiva da última testemunha arrolada na denúncia nenhum dos ofendidos reconheceram nenhum dos participantes do fato delituoso. Outrossim, as testemunhas de acusação num total de 5 (cinco), apenas uma reconheceu o Acusado como participante do delito. Entretanto, esta testemunha fez o reconhecimento de forma irregular, perante a Autoridade Policial, e em juízo ficou confuso quanto a descrição do Acusado, assim sendo, não existem indícios suficientes para sustentar a Pretensão Punitiva sustentada na peça de Denúncia.

AUTORIA

1 — O Ministério Público apesar do eu desempenho e do elevado número de ofendidos e testemunhas, não conseguiu prova a Autoria, como pode agora, pretender requerer a condenação do Acusado, baseando-se apenas em um único testemunho claudicante e incoerente, que foi o testemunho do Sr. João Manoel de Lima. Assim sendo a peça exordial ficou deveras comprometida, haja vista, que pretendeu transformar mentiras em verdades, esquecendo que assim agindo, atentar contra a dignidade da justiça, que neste caso específico já se manifestou brilhantemente as fls. 298/300.

Assim sendo, como ficou claramente demonstrado não restou provado a culpabilidade do Acusado, e em nome da mais cristalina Justiça se impõe a Absolvição do Acusado."

Em 10 de dezembro de 1997, foi o acusado julgado e absolvido, por unanimidade, pelo CPJ de Marinha, tendo sido a respectiva Sentença lavrada nos seguintes termos:

“... Na trilha do que consta da peça acusatória, o réu Edmar da Silva Santos teria composto um bando marginal e roubado um banco cuja agência se acha no interior da Base de Abastecimento da Marinha/RJ. Importa ao foro castrense as tentativas de homicídio contra militares de serviço, quando da fuga, bem como os delitos de dano no portão da OM, resistência e receptação de armas. Respeitante aos três últimos ilícitos, vale anotar a bem lançada promoção ministerial que, força do universo probatório, pleiteia absolvição uma vez dano e resistência integram dinâmica executória dos fatos que compõem as tentativas de homicídio, dando-se hipótese concreta de relação consecutiva, e, a receptação estaria, inexoravelmente, afastada na medida em que as armas apresadas e utilizadas pelos assaltantes não pertencem ao patrimônio de qualquer ente militar.

Naquele diapasão, a improcedência da denúncia ressurgiu manifesta.

No que diz com os aventados crimes contra a vida, insiste o “Parquet” na tese de que o réu foi reconhecido no instante do roubo que antecedeu aqueles eventos. E mais. Teria Edmar da Silva Santos relações de conhecimento e convivência, com o bandido que faleceu ao curso da empreitada criminosa que se apura. De-mais, não trabalha e tem dinheiro para se manter...

Em verdade, não se discute a fisicidade das condutas tidas como penalmente proibidas. Aliás, vítimas, testemunhas e perícias afastam a mínima dúvida sobre os meliantes terem tentado matar militares que procuravam impedir a fuga que realizavam após o roubo do Banco.

Incerta mesma é a prova de autoria.

De início, ressalte-se que Edmar da Silva Santos tem folha penal em branco e sempre que inquirido, negou a ilicitude em tela. Impressiona a testemunha de fls. 280. É a mesma que na inquisição reconheceu o acusado, motivando mesma denúncia e decreto de custódia cautelar. De outro modo, pessoas estiveram frente a frente como os assaltantes e nenhuma delas apontou o réu... Aqui, ressoa e reforça a dúvida um dado importante lançado pela Defesa técnica: não há nem se falar em intimidação pois Edmar estava preso nos instantes em que outras testemunhas, também presenciais, negaram sua presença na cena delitativa.

Na lição prática do insigne Roberto Lyra a certeza de autoria está na convicção de que o réu não é inocente. Ao nosso aviso, tal inacontece em face das provas colhidas nestes autos.

Inegável que Edmar parece não ser pessoa de boa índole. Mas aparência não faz o colegiado, no ambiente do livre convencimento, julgar e condenar um homem a 10 anos ou mais de reclusão! O grito da injustiça é muito forte. Descabe arriscar. Pelo menos, aqui, os julgadores não o farão.

Motivo expostos, resolve o CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA para Marinha, por unanimidade de votos, absolver o civil Edmar da Silva Santos dos crimes previstos no artigo 177, § 1º, quatro vezes no artigo 205, § 2º, inciso V, c/c artigo 30, inciso II; artigo 254; artigo 259; tudo c/c 53 e 79 do CPM."

Irresignado, apela então o Ministério Público Militar apresentando as suas razões:

"... 3. Desenvolvida a instrução criminal não restou comprovada a conduta do denunciado no que concerne a resistência e dano, conforme manifestação em alegações escritas do Parquet Militar...

6. De outro lado restou comprovada a materialidade e autoria das quatro tentativas de homicídio qualificado perpetrado pelo denunciado, como se exporá.

7. Inobstante as alegações de improcedência da acusação, feitas pelo denunciado em seu interrogatório, sua participação encontra-se caracterizada no evento, tanto que, quando da realização do reconhecimento do réu, junto à Polícia Civil e em Juízo, a testemunha foi concludente, segura e incisiva...

9. Em juízo, a mesma testemunha João Manoel de Lima, corajosamente, com o acusado presente, não teve dúvidas em reconhecê-lo como um dos assaltantes, conforme seu depoimento às fls. 280/281: ...

10. Em juízo, os ofendidos confirmaram a prática dos atos que configuram as tentativas de homicídio para assaltantes, entre eles o acusado,...

12. Entretanto, assim não entendeu o Colendo Conselho Permanente de Justiça da Marinha, prolatando sentença absolutória, vazando sua fundamentação na incerteza de autoria quanto as tentativas de homicídio, face a precariedade de prova, embora, como acima consignado, haja testemunho firme, convicto de que o denunciado participou da empreitada criminosa.

13. Tal decisão, Exmos. Srs. Ministros, não deve prosperar, pois, como já salientado, o fato resta cabalmente comprovado, a participação do denunciado, da mesma forma, não pode ser questionada diante do conjunto de provas e do depoimento contundente, apresentado, o qual, aliás, está de acordo com os demais elementos probatórios carreados aos autos.

14. Vale ressaltar que o depoimento de uma testemunha quando coerente e de acordo com as demais provas dos autos é respaldo suficiente para uma condenação.

15. Ressalte-se que, outro não é o entendimento da doutrina e jurisprudência, que trago a colação.

“Saliente-se que não vigora no nosso direito o brocardo “testis unus, testis nullus”, uma única testemunha faz prova bastante para a decisão, quando o seu depoimento se harmoniza com os elementos probatórios colhidos nos autos” (MIRABETE, Júlio Fabrini — Cód. Proc. Penal Interpretado — Ed. Atlas — 1994, 2ª Ed., pág. 255).

“Como corolário do sistema da livre convicção do juiz, é rejeitado o velho brocardo “testis unus, testis nullus” — Não se compreende a prevenção legal contra a voixd’un, quando, tal seja o seu mérito, pode bastar à elucidação da verdade e a certeza moral do juiz..” (Exposição de Motivos do CPP).

“Admite-se que seja a decisão embasada em prova de que constam versões de uma única testemunha, desde que coerentes, não colidindo com prova já existente nos autos” (RT. 612/390).

“O brocardo “testis unus, testis nullus” de há muito está superado como regra de hermenêutica, pois os juízes pesam os depoimentos, não os contam” (JTA CRESP 57/240).

16. Por todo o exposto, Excelentíssimos Senhores Ministros, requer o Órgão do Ministério Público Militar, seja o presente recurso de apelação conhecido e provido para ver a R. Sentença, ora recorrida, reformada, com a conseqüente condenação do Sr. Edmar da Silva Santos, como incurso nas sanções do disposto no artigo 205, § 2º, inciso V, quatro vezes c/c artigo 30, inciso II, todos do Código Penal Militar, como medida de inteira Justiça.

Rio de Janeiro (RJ), 20 de fevereiro de 1998.”

A Defesa apresenta suas declarações às fls. 490 e seguintes:

"... DA ÚNICA TESTEMUNHA A SUSTENTARA ACUSAÇÃO

1 — Em um universo de 05 (cinco) testemunhas e 04 (quatro) ofendidos, conforme denúncia de fls. 2, o Ilustre membro do Ministério Público, ultra valorizou a única que sustenta a acusação, mesmo as custas de algumas ilegalidades, como as referidas as fls. 299, e falta de credibilidade como as apontadas pelo Juízo de 1ª instância, as fls. 300...

DOS OFENDIDOS

1 — Nenhum dos ofendidos qualificados as fls, 261/262, 263, 264, 265, reconheceu o acusado como um dos assaltantes que fizeram os disparos contra os ofendidos...

A GRANDE INDAGAÇÃO

1 — Confrontando-se os testemunhos se verifica que das 08 (oito) testemunhas, sendo 06 (seis) de acusação e 02 (duas) de defesa, acrescido dos depoimentos dos 4 (quatro) ofendidos, apenas 01 (uma) reconhece o acusado, a grande indagação e a seguinte: uma testemunha, vale mais que dez? a resposta é: não...

A FAVOR DO ACUSADO

... Face ao exposto, Excelentíssimos Senhores Ministros, a defesa requer o não provimento do recurso, sendo mantido na íntegra a R. Sentença do Juízo do 1º Grau, que absolveu o acusado: Edmar da Silva Santos, das sanções do disposto no artigo 205, parágrafo 2º, inciso V, quatro vezes c/c art. 30, inciso II, todos do Código Penal Militar."

Ouvida a Procuradoria-Geral, veio esta às fls. 501:

"... A nosso ver, equivocou-se a r. Sentença absolutória na avaliação das provas trazidas aos autos pelo Ministério Público e pela defesa.

A favor do Apelado milita:

1. O fato de ter negado a prática dos fatos delituosos que lhe foram imputados na denúncia,

2. O depoimento das testemunhas arroladas pela defesa, Sr. Ivan Francisco Pinheiro (fls. 324-326) e José Carlos de Santana (fls. 327-328), que afirmam ter o Apelado no dia dos fatos almoçado em sua companhia na oficina de propriedade de Ivan.

Porém, muito mais eloqüentes nos parecem os demais elementos dos autos, que demonstram a fragilidade das alegações defensivas:

1. O depoimento da testemunha João Manoel de Lima, que se encontrava no setor de Atendimento da Agência do Banco do Brasil, bem próximo do Apelado (menos de um metro) e que, por sua posição privilegiada, pôde reconhecê-lo sem nenhuma dúvida, tanto perante a Autoridade Policial quanto em juízo. Ressalte-se que, ao ser mostrada a ele a fotografia do outro assaltante, que foi morto, João Manoel imediatamente reconheceu-a como sendo a pessoa que teria obrigado a Gerente do Banco a ir até o cofre. Afirma também que a ação de Edmar no momento do assalto foi a de segurar a Gerente quando ela tentava fugir e posteriormente, após ela ter desmaiado, empurrado a mesma sobre uma cadeira;

2. O fato de ser o acusado "compadre" de Regimar, o assaltante que morreu durante a troca de tiros entre os militares e a quadrilha, mantendo uma estreita relação de amizade com o mesmo;

3. O depoimento dos ofendidos, que confirmaram a prática dos atos que configuraram as tentativas de homicídio pelos assaltantes, entre eles o Apelado, como se pode verificar dos seus depoimentos (Cap. Ten João Evangelista Cidade Neto — fls. 261-262; José Tarcísio Florêncio — fls. 263; Cb Juscelino Rodrigues, fls. 264 e Marcos Antonio de Souza Leal, fls. 265).

4. A precariedade e incoerência do testemunho do Sr. Ivan Francisco Pinheiro e José Carlos Santana:

a. primeiramente cumpre destacar que foram chamados a testemunhar pela mãe e pela esposa do Apelado, que lhe pediram que confirmasse que no dia dos fatos seu marido encontrava-se na oficina com eles. É evidente que foram elas que informaram a testemunha sobre a data do assalto:...

Causa espécie, outrossim, que José Carlos, embora declare ter boa memória, lembre-se apenas da presença do Apelado naquele dia na oficina, chegando a afirmar a hora de sua chegada e saída, porém não se recordando sequer das pessoas que supostamente teriam almoçado com o mesmo naquele dia:...

b. A testemunha Ivan se contradiz ao dizer inicialmente que o Apelado vez por outra aparecia na oficina para reparos em carros usados que iria revender e que seu contato anterior com ele se dera no dia 03.11.95 (data do assalto). Afirmou ainda que não era comum o Apelado permanecer na oficina durante reparos efetuados em seus carros.

Aduz ainda o Sr. Ivan que "conhecia o acusado de uma relação profissional", sendo certo que "antes da data consignada na denúncia pouco sabia com relação a ele." Parece estranho que, não tendo amizade com o Apelado, tivessem almoçado juntos no dia dos fatos delituosos, comprando "quentinhas" de uma pensão nas proximidades. Essa atitude denota que, ou há certa intimidade entre ambos, ou os fatos não se passaram dessa maneira.

Como bem salientou a douta Promotora Militar, Dra. Cláudia Ramalho Luz de Castro, em suas Alegações Escritas,

"não é crível que, sem nenhuma relação de amizade com o acusado, após passados tantos meses, pudessem essas testemunhas lembrar com detalhes o ocorrido na oficina naquele dia, somente no que se refere ao acusado" (fls. 435).

5. O Apelado, após lhe ter sido concedida liberdade provisória pelo Conselho Permanente de Justiça, desapareceu, não tendo sido possível dar cumprimento à decisão desta E. Corte, que, dando provimento ao recurso do Parquet, restabeleceu sua prisão preventiva. Apesar de todas as diligências efetuadas pelas autoridades militares e civis, não foi possível recapturá-lo, estando o mesmo em lugar incerto e não sabido, demonstrando inequívoca vontade de se furtar à aplicação da lei penal militar.

6. As testemunhas Marcelo Feres (fls. 84 e 283), funcionário do Banco do Brasil e Orlando Bastos de Almeida (fls. 119 e 278), embora não tendo condições de afirmar categoricamente ser o Apelado um dos autores do assalto e das tentativas de homicídio, reconhecem que ele possui algumas características do indivíduo que participou do evento delitivo:...

Consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, uma decisão condenatória somente é possível diante de um juízo de certeza.

A certeza exigida é a certeza moral e não a certeza absoluta. É a persuasão produzida no ânimo do juiz resultante da indicação feita pelas provas; é um estado de espírito pelo qual, no exame dos motivos convergentes e divergentes, um deles deve ser rejeitado por inidôneo, destituído de credibilidade, fora da realidade...

Uma só testemunha faz prova bastante, quando seu depoimento se harmoniza com o mais que se apurar no processo. É nesse sentido que se orienta a jurisprudência de nossos tribunais...

Isso posto, pelas razões acima expostas, opina o Ministério Público Militar pelo provimento do Recurso de Apelação interposto pelo Parquet Militar, com a reforma da r. sentença apelada e a conseqüente condenação de Edmar da Silva Santos nas penas do art. 205, § 2º, inciso V (quatro vezes), c/c art. 30, inciso II, todos do Código Penal Militar.”

Relatados, decide-se.

VOTO

Razão assiste, inteiramente, ao Recorrente. Não há como negar a autoria do civil Edmar da Silva Santos, no crime perpetrado no dia 03 de novembro de 1995, quando por volta das 12 horas, juntamente com mais 4 comparsas, todos fortemente armados, após terem assaltado a agência do Banco do Brasil no interior da Base de Abastecimento da Marinha, efetuou disparos de arma de fogo contra a guarda que ali se encontrava de serviço, sendo certo, ainda, que tais disparos tinham o objetivo concreto, o dolo, a intenção, por fim, o objetivo de atingir, matar aqueles que se opuseram contra sua fuga.

Restou comprovada, com saciedade, a materialidade e a autoria dessas 4 tentativas do homicídio, não só pelo depoimento como pelo reconhecimento feito pela testemunha João Manoel de Lima, que, corajosamente, frente a frente com o acusado declarou:

“... que quer afirmar que o acusado era um dos assaltantes que encontrava-se no interior da Agência bancária;... que quer afirmar ainda que a pessoa que reconheceu na Delegacia identificado como Edmar da Silva Santos, é o acusado, que encontrava-se no interior do Banco... que não tem nenhuma dúvida que o acusado era um dos assaltantes... que pode afirmar que o acusado é um dos assaltantes porque o depoente estava no Setor de Atendimento e o acusado estava ao seu lado, não mais que um metro de distância; que ficou perto do acusado cerca de mais ou menos cinco minutos;... que o elemento que saiu do cofre com o malote entregou ao acusado;...”

Os ofendidos, que sustentaram o fogo contra o acusado, declaram que de dentro do Omega partiram os tiros contra os militares que se encontravam no portão. Que já chegaram naquele local atirando e que logo que iniciaram os disparos o Cabo Juscelino foi atingido.

A versão apresentada pela defesa e corroborada pelo depoimento de suas testemunhas, de que o acusado encontrava-se em uma oficina no momento do assalto, cai por terra, face sua precariedade e incoerência

como relata, com propriedade, a Ilustre Subprocuradora-Geral,

Depoimento de Ivan às fls. 326:

“... que com relação a data citada na denúncia se tornou marcante para mim quando fui procurado pela mãe e esposa do acusado; que não tenho condições de indicar à Justiça nenhum elemento comprobatório...”

Depoimento de José Carlos às fls. 327:

“... que decorrido 40 dias do assalto a esposa do acusado compareceu a oficina fazendo um relato ao Sr. Ivan e pedindo que este confirmasse que nessa data e hora do assalto Edmar estaria almoçando na oficina,... que vinculei a pessoa do acusado a um assalto de grande repercussão, repito, fato esse que tomei conhecimento 40 dias após, através de Sr. Ivan; sendo certo que Ivan me comunicou o dia dessa ocorrência.”

Causa espécie, diz a Subprocuradora, outrossim, que José Carlos, embora declare ter boa memória, lembre-se apenas da presença do Apelado naquele dia na oficina. Chegando a afirmar a hora de sua chegada e saída, porém, não se recordando sequer das pessoas que supostamente teriam almoçado com o mesmo naquele dia.

Dois outros fatos também são orientadores da autoria do delito por parte do Apelante. O primeiro, o fato de Regimar (assaltante ferido no assalto e veio a falecer) ter sido compadre de Edmar, com quem aliás mantinha estreita ligação e o outro é que, após lhe ter sido concedida a liberdade provisória, desapareceu. Apesar de todas as diligências realizadas não foi mais possível encontrá-lo, o que demonstra inequívoca (conforme diz o Ministério Público Militar), vontade de furtar-se à aplicação da Lei Penal Militar.

Não importa, tem decidido assim, a Jurisprudência, e é a lógica do Direito, a quantidade de testemunhas. O que importa é a sua qualidade.

Se uma só declaração é firme e harmoniosa com as provas já apuradas no processo, não há que se falar em falta de prova.

Os depoimentos são pesados e não contados.

Apenas no que diz respeito ao cometimento do delito, por quatro vezes, entendemos, que a ação delituosa possa ser considerada como apenas uma.

Posse de entorpecente. Delito que, in casu, encontra-se delineado e provado em todos os seus elementos; irrelevância, in casu, da circunstância de ser mínima a quantidade de maconha apreendida em poder do réu, eis que a razão jurídica em que se assenta a norma incriminadora diz respeito, não à lesividade comprovada no caso concreto, mas sim às propriedades da droga e ao risco que esta representa, em particular no âmbito da Caserna, não só para a saúde de seus integrantes, mas também para a indispensável estabilidade das relações hierárquicas e disciplinares próprias e peculiares à vida militar; improvidamento ao apelo; unânime.

Relator — Min. Gen. Ex. José Enaldo Rodrigues de Siqueira.

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

Apelante — Vianeí Dani, Soldado do Exército, condenado a 01 (um) ano de prisão, como incurso no art. 290, do CPM, com o benefício do “sursis” pelo prazo de 02 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 16/07/98.

Advogados — Drs. Zeni Alves Arndt e Airton Fernandes Rodrigues, Defensores Públicos da União.

Decisão — Improvido o apelo. Decisão unânime

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dr^a Marisa Terezinha Cauduro da Silva. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. Ausente o Ministro José Julio Pedrosa. (Extrato da Ata 61ª Sessão, 06.10.1998)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo da Defesa, para manter na íntegra a decisão hostilizada.

Brasília, 06 de outubro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Gen. Ex. *José Enaldo Rodrigues de Siqueira*, Ministro-Relator — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Revisor.

RELATÓRIO

No dia 18 de março de 1998, o representante do Ministério Público Militar, junto à 3ª Auditoria da 3ª CJM, ofereceu Denúncia contra o Soldado do Exército Vianeí Dani, com 19 anos de idade, imputando-lhe a prática do delito ínsito no art. 290, do CPM.

Narra a peça acusatória de fls. 02/05, em essência, que, no dia 14 de janeiro de 1998, quando da realização de uma revista no xadrez do Quartel do 19º RCMec/Santa Rosa/RS, foi encontrada sob o colchão do Acusado um cigarro, o qual, após os competentes exames, se constatou ser de maconha, tendo o próprio Soldado Vianeí Dani admitido que tal substância lhe pertencia.

Instaurado o pertinente Inquérito, fls. 07/38, mais uma vez o Acusado voltou a admitir ser o dono da maconha encontrada, esclarecendo que a introduzira no xadrez, após tê-la recebido de um civil, seu conhecido, que preferiu não identificar.

Em Juízo, consoante o Termo de Qualificação e Interrogatório de fls. 87/88, admitiu o Acusado, mais uma vez, ser sua a substância encontrada no xadrez da Unidade, esclarecendo, em síntese, que a introduzira em tal dependência “dentro de uma carteira de cigarro que colocou no colchão”. Acrescentou, em consonância com o seu depoimento na Inquisa, que recebeu a substância tóxica de um civil, que insistiu em não identificar, durante uma saída para serviço no Pelotão de Obras.

Ouvidas às fls. 101/104, as testemunhas numerárias do MPM confirmaram não só a apreensão da substância tóxica sob o colchão do Acusado, nas condições precedentemente descritas, como também terem duas delas ouvido a sua confissão de ser o proprietário da mesma.

A Defesa, conforme manifestação de fls. 107, não arrolou testemunhas.

Em suas Alegações Escritas de fls. 112/116, o MPM, após referir-se aos laudos alusivos à substância apreendida em poder do Acusado, às várias oportunidades em que se deu por confesso e à prova testemunhal confirmatória, pediu pelo reconhecimento da procedência da Denúncia, com a conseqüente expedição do decreto condenatório.

Em suas Alegações Finais de fls. 119, a Defesa, em curta manifestação, argumentou não estar tipificada a conduta do Acusado, diante da precariedade da prova carreada aos autos, pedindo, afinal, pela absolvição.

Há no processo, ainda, as indicações e os documentos merecedores de realce, conforme se segue:

- *Decretação de Custódia Preventiva*, em 17 de abril de 1998, fls. 74v;
- *Recebimento da Denúncia*, em 28 de abril de 1998, fls. 78;
- *Citação do Acusado*, em 04 de maio de 1998, fls. 86;
- *Concessão de Liberdade Provisória*, em 05 de maio de 1998, fls. 89;
- *Alterações Militares do Acusado*, fls. 23/28 e 55/56;
- *Laudo de Constatação da Natureza da Substância*, expedido pela Delegacia de Polícia de Santa Rosa/RS, com indicação de tratar-se o material apreendido de *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como *maconha*, fls. 35;
- *Relatório e Solução do IPM*, fls. 38 e 41;
- *Ofício do Comandante do 19º RCMec*, dando conta da prisão do Acusado, em 26 de março de 1998, pela Polícia Militar, portando 01 (um) grama de cocaína, fls. 65 (fls. 109);
- *Laudo de Exame em Substância Vegetal*, expedido pelo Instituto Nacional de Criminalística/DPF, com diagnóstico de tratar-se de maconha a substância apreendida, fls. 71/73;
- *Certidão de Sorteio e Compromisso do CPJ*: II trimestre/98, fls. 84; e III trimestre/98, fls. 122.

Em 16 de julho de 1998, conforme retratado às fls. 124/124v, foi realizada a Sessão de Julgamento, oportunidade em que, por unanimidade, o CPJ decidiu condenar o Acusado à pena de 01 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, como incurso no art. 290, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade.

A Sentença, acostada às fls. 126/134, após descrever os principais aspectos do evolver da *quaestio*, alinhou os fundamentos de fato e de direito que alicerçaram a condenação.

Tempestivamente, apelou a Defesa às fls. 139.

Em suas *Razões de Recurso* de fls. 141/144, embora reconhecendo ser o Acusado confesso, protestou, em essência, pela aplicação, *in casu*, do princípio da insignificância, levando-se em conta a pouca quantidade de maconha apreendida. Acrescentou que outro fato a considerar é que o Acusado estava preso em cela, não tendo sequer feito uso da maconha. Pediu, afinal, pela absolvição.

Em suas *Contra-Razões* de fls. 146/152, o MPM, com apoio em diversos precedentes desta própria Corte, argumentou que o princípio da insignificância

não é de ser considerado na hipótese dos autos, aduzindo que essa vedação encontra-se justificada pelo maléfico social intrinsecamente contido na própria conduta delituosa. Finalizou, afirmando que o Acusado, como restou provado, é realmente viciado, tendo sido perfeita a decisão do CPJ ao condená-lo.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 160/164, da lavra do Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opinou no sentido de "que a apelação seja julgada procedente".

Relatado o suficiente, decide-se.

VOTO

Expressa-se indubidosa, *in casu*, a autoria. Em primeiro lugar, o próprio Soldado Vianeí Dani, tanto na fase inquisitorial, como em Juízo, confessou ser o dono da substância encontrada sob seu colchão, no xadrez onde estava preso (fls. 87/88). Ao depois, as testemunhas Cabo José Oscar Angsti, Cabo Neri Marques de Azevedo e Cabo Cristiano Weber, em seus depoimentos respectivamente de fls. 103, 104, e 105, revelaram que presenciaram o ato de apreensão da maconha, nas condições precedentemente descritas, acrescentando, ainda, as duas primeiras, que ouviram o Acusado admitir para o Oficial de Serviço que a droga encontrada era de sua propriedade. Finalmente, também o Tenente Jackson Mainfeld descreveu, em absoluta harmonia com a confissão do Acusado e as declarações das testemunhas presenciais, o episódio de apreensão da maconha que era guardada pelo Acusado (fls. 101).

Revela-se igualmente incontroversa a materialidade do delito imputado ao Acusado. Nesse sentido, apontam, de logo, o "*Laudo de Constatação da Natureza de Substância*", expedido pela Delegacia de Polícia de Santa Rosa (fls. 35), com a indicação de tratar-se o material apreendido de "*cannabis sativa linneu*" (fls. 35), e o "*Laudo de Substância Vegetal*", elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística/Departamento de Polícia Federal (fls. 71/73), este também indicando ser *maconha* a substância apreendida e ressaltando ter sido constatada, na sua composição, a presença de tetrahydrocannabinol e de outros compostos canabinóides, o que a caracteriza como entorpecente e com a propriedade de causar dependência química ou psicológica ao ser humano.

Completa-se o tipo imputado ao Acusado, em sua feição objetiva, pela também clara constatação de que o Acusado guardava o entorpecente em lugar sujeito à administração militar. Para esse norte, apontam a precitada prova testemunhal, toda convergente para a indicação de ter sido a droga apreendida no xadrez do 19º Regimento de Cavalaria Mecanizado, e a também já referida

confissão do Acusado, o qual, além de ter admitido, *no momento da apreensão*, ser o seu proprietário, veio, *ao depois*, esclarecer que a introduzira no interior do quartel e mais especificamente do xadrez, após tê-la recebido de um civil, que se encontrava do lado externo da cerca que delimita a área militar, durante uma “saída” para trabalhos do Pelotão de Obras.

Não é de se deixar passar *in albis* a circunstância de que, *in casu*, o Acusado, *por ser praça com já alguns meses de Caserna e com histórico de vida a demonstrar não ter sido a presente apreensão de drogas em seu poder um caso isolado* (fls. 105), tinha evidente consciência de estar exercitando conduta defesa por lei, o que mais se evidencia quando se leva em conta o seu ardil de ter ocultado a *maconha*, sob o colchão, no interior de um maço de cigarros comuns.

Por outro lado, mostra-se inconsistente a tese aventada pela Defesa para exculpar o Acusado.

Nesse passo — *ainda que tenha merecido o beneplácito do representante da PCJM* — não é de acolher-se, a qualquer título, a alegação de ser pequena a quantidade de maconha apreendida, para, a partir daí, sob o pálio do *princípio da insignificância*, decretar-se a atipicidade do proceder do acusado.

Sabe-se, *é de frisar-se*, que tal tese tem sido acolhida por juristas de nomeada, entre eles a desembargador Geraldo Gomes, como se vê expresso no fragmento de sua lavra, *in verbis*:

“A apreensão de apenas 134 mg de maconha em poder do agente é insuficiente para configurar o delito do art. 16 da lei 6.368/76. A percentagem de THC (tetrahydrocannabinol) em relação ao peso da erva, na espécie, corresponde à cerca de 1%, quantia inócua para produzir dependência física ou psíquica” (TJSP-AC 26.634 — RT 594/331).

Todavia, tem-se conhecimento também de que, *não obstante a existência dessa corrente de pensamento sobre a matéria*, há outra que se lhe contrapõe, segundo a qual, por ser o crime em tela de perigo abstrato, irrelevante é a quantidade apreendida para a sua configuração.

E vista a questão por essas lentes, a maior razão jurídica da norma *sob comento* é a prevenção do uso da droga, já que a conduta descrita coloca em risco, *em particular no âmbito da Caserna*, não só a saúde de seus integrantes, mas também a indispensável estabilidade das relações hierárquicas e disciplinares, próprias e peculiares à vida militar.

Diga-se, ademais, que esse último entendimento já é francamente predominante, mesmo fora dos limites desta Corte Militar, não sendo, mesmo alhures, diferentes os fundamentos que o sustentam.

De Vicente Greco Filho, colhe-se a lição que segue, *in verbis*:

“A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa.

Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la coloca a saúde pública em perigo, porque é fator na difusão dos tóxicos. Já vimos, ao abordar a psicodinâmica do vício, que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno” (in “Tóxicos — Prevenção — Repressão”, Saraiva, SP, 1982, pg. 113).

Mais ainda, a matéria encontra-se hoje inteiramente pacificada na cúpula do Judiciário, através de firmes e seguidos julgados proferidos pelo Excelso Pretório, como se vê, *verbis*:

“É firme a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a circunstância de ser mínima a quantidade de maconha apreendida em poder do réu não afasta a configuração do crime previsto no art. 16, da Lei 6.368/76, que está vinculada às propriedades da droga, ao risco social e de saúde pública e não à lesividade comprovada em caso concreto” (Recurso Extraordinário Criminal nº 113.722-SP — Relator Ministro Sydney Sanches — RT 130/842).

Esta Corte, em reiterados precedentes, em harmonia com a linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, vem repudiando a aplicação do princípio da insignificância em casos que tais, como se observa, à guisa de referência, nos Acórdãos, a seguir ementados:

“Possê e uso de entorpecente — Militar de posse de maconha. A circunstância de ser ínfima a quantidade de maconha encontrada em poder do réu não prejudica a configuração da tipicidade do crime, que se caracteriza pelo simples fato de trazer consigo ou mesmo guardar a maconha em lugar sujeito à administração militar. Dado provimento ao apelo do Ministério Público, reformando a sentença a quo. Concessão do sursis pelo prazo de 02 anos. Decisão unânime. (Apelação nº 46.805-6/SP, Relator Min. Gen. Ex. Jorge Frederico Machado de Sant’anna).

Entorpecente (maconha) Guarda, para consumo próprio, de pequena quantidade. Improcedência do Princípio da Bagatela, por não estipular o tipo penal a quantidade que caracteriza o delito. Impossibilidade da revogação, pela Lei 6.368/76, do artigo 290, do Código Penal Militar, por ser lei especial, cuja revogação (derrogação ou ab-rogação), somente, pode ocorrer por outra lei especial que, especificamente, o declare. Recurso improvido. Decisão unânime.” (Apelação nº 46.875-7/DF, Relator Min. Gen. Ex. Wilberto Luiz Lima).

É o suficiente, a caracterizar que irreparável foi o *decisum* condenatório proferido em 1º grau.

Quanto à dosimetria da pena, nada há também a justificar qualquer alteração, até porque a reprimenda restou fixada no mínimo legal para a espécie, convertida em prisão, com a concessão do *sursis* pelo prazo igualmente mínimo de 02 (dois) anos.

APELAÇÃO Nº 48.178-8-PA

Receptação Culposa – Conduta Atípica. Instauração de IPM somente após a restituição da res. Acusado que adquire arma de fogo sem examiná-la e, ao ser alertado, logo em seguida, que se tratava de pistola pertencente ao Exército Brasileiro, devolve-a, imediatamente, ao Comandante de sua Cia., não chega a praticar o delito de receptação, mesmo em sua modalidade culposa. Autoria do furto atribuída a uma menor, que só foi descoberta porque o acusado apontou quem lhe teria vendido a pistola. Ausência do animus rem sibi habendi, característico do crime de receptação culposa. Acolhimento da tese da atipicidade da conduta do agente. Acusado, pessoa humilde, com bons antecedentes e primário, que demonstrou boa índole. Provimento ao apelo da defesa para absolver o réu. Decisão Unânime.

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor — Min. Gen. Ex. Germano Arnoldi Pedrozo.

Apelante — Juracy José Pereira da Silva, Sd Ex, condenado a 30 dias de prisão como incurso no Art. 255, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do CPJ da Auditoria da 8ª CJM, de 2.9.98.

Advogado — Dr. Benedito Gomes Ferreira, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao apelo defensivo para, reformando a sentença a *quo*, absolver o apelante do crime previsto no Art. 255 do CPM, com fulcro no Art. 439, alínea “b” do CPPM.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata 79ª Sessão, 07.12.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, à unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo do réu, Sd. Ex. Juracy José Pereira da Silva, para, reformando a sentença de primeira instância, absolvê-lo do crime previsto no Art. 255, do Código Penal Militar, com fulcro na letra “b”, do Art. 439, do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 07 de dezembro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Relator.

RELATÓRIO

Em 11 de junho de 1997, o representante do Ministério Público junto à Auditoria da 8ª CJM ofereceu denúncia contra o Sd Ex Juracy José Pereira da Silva, imputando-lhe a prática do crime previsto no Art. 255, *caput*, do CPM - receptação culposa (fls. 02/04).

Com base em Inquérito Policial Militar, instaurado por determinação do Cmt da 23ª Cia Com Sl Cap Luiz Claudio Gomes Gonçalves (fl.10), o órgão ministerial assim descreveu o fato gerador da perseguição:

“Por volta do dia 12/02/97 o Sd Juracy se encontrava de férias na casa de seu sogro, Sr. Antonio Pereira da Silva, situada na Folha 32, Quadra 5, Lote 70, em Marabá-PA, onde reside com a esposa, quando o cunhado, Sr. Moisés Ferreira, lhe informou que sabia quem possuía uma arma de fogo para vender, por um preço muito barato.

Interessado em adquirir o armamento, para a autodefesa da sua família, em torno do dia 15/02/97, acompanhado do cunhado Moisés, dirigiu-se o militar à residência do menor Ismael Batista dos Santos, na Folha 33, Quadra 22, Lote 10, na mesma Cidade, o qual lhe apresentou a Pistola Taurus Calibre 9mm parabellum, mod. 92 oxidada (preta) de 15 tiros, ref 92 afdo ca, número de série ao4411; 01 (um) carregador de pistola marca taurus modelo 92 para munição 9mm; 02 (dois) Cartuchos Marca CBC 9mm Luger Eterg Cod 017043 e 02 (dois) Cartuchos Marca CBC 9mm Luger Expo Cod 017020, avaliados (Fl 121/122), respectivamente, em R\$271,85 (duzentos e setenta e um reais e oitenta e cinco centavos), R\$21,85 (vinte e um reais e oitenta e cinco centavos), R\$0,87 (oitenta e sete centavos) por unidade e R\$1,00 (um real) por unidade, perfazendo o total de R\$297,44 (duzentos e noventa e sete reais e quarenta e quatro centavos).

O material oferecido pelo menor Ismael era produto de furto, por ele praticado, na residência do Major Amauri Marcondes, do 52º BIS, situada na Rua General Dale Coutinho, PNR nº 14, Vila Militar Presidente Castelo Branco, em Marabá-PA.

A res furtiva, pertencente ao nominado Oficial Superior (Fl 64 e 136), foi subtraída no período em que este se encontrava no gozo de férias, em S. Luís-MA, estando sujeita ao controle da Administração Militar, ex vi da Portaria nº 001-DMB, de 11/06/92.

Combinado o preço, R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), o Sd Juracy adquiriu o material, dando R\$ 100,00 (cem reais) de entrada, ficando a parcela restante para ser paga por ocasião da percepção do seu vencimento.

Ciente de que o material bélico na sua posse pertencia ao Exército Brasileiro, conforme as Armas da República e a inscrição gravadas na pistola, o Soldado efetuou algumas ligações para o Comandante da 23ª Cia Com SI, no intuito de informá-lo quanto ao ocorrido, sem conseguir contactá-lo.

No dia 21/02/97, último dia das férias, o Sd Juracy, espontaneamente, procurou o seu Comandante de OM para lhe narrar os fatos, oportunidade em que ambos se dirigiram à residência do Soldado onde se efetivou a apreensão da producta sceleris pelo Oficial.

Da análise das circunstâncias em que o evento se desdobrou fica evidenciada a ausência de cuidados mínimos por parte do agente, em razão da natureza da coisa, considerando que adquiria uma arma, cuja procedência desconhecia, sem documentos, inobservando os procedimentos previstos nas normas administrativas de controle pertinentes.

A aquisição dos objetos, em mãos do menor Ismael, com 16 anos de idade, demonstra a conduta incauta do militar, que devia presumir, pela condição de quem os oferecia, a sua origem criminosa."

(fls. 02/04)

A denúncia foi recebida em 02 de julho de 1997, oportunidade em que o MM Juiz-Auditor Substituto, Dr. Alcides Alcaraz Gomes, designou o dia 14 de agosto de 1997 para qualificação e interrogatório do acusado (fl. 163).

De acordo com o despacho exarado às fls. 157/159, o Dr. Juiz-Auditor Substituto, ao receber a cota ministerial, "considerando que o delito imputado era de menor potencial ofensivo", nos termos da Lei nº 9.099/95, que dentre as inovações que vaticina introduz a "suspensão condicional do processo", encaminhou os autos ao *Parquet* militar, para que este se posicionasse acerca da aplicação, *in casu*, desse instituto, na forma do Art. 89 da mencionada lei.

O promotor militar, às fls. 161/162, entendeu haver possibilidade de, no caso presente, fazer incidir a Lei nº 9.099/95, no que se refere à suspensão condicional do processo, já que o legislador castrense não contemplou os autores da receptação culposa com os privilégios contidos no Art. 240, §§ 1º e 2º do CPM, requerendo, desse modo, a notificação do indiciado Juracy José Pereira da Silva para a adoção do procedimento previsto no Art. 89 e parágrafos do citado diploma legal.

A defesa, por sua vez, constituída pelo defensor dativo nomeado, Dr. Benedito Gomes Ferreira, declinou da proposta naquela fase processual (fls. 201/202).

Em 14 de agosto de 1997, decidiu o Conselho Permanente de Justiça do Exército:

... "Por maioria de votos, vencidos o sr. Presidente e a juíza-auditores substituta, no sentido de que a lei nº 9.099/95 é aplicável na justiça militar; decidiu. Também, por unanimidade de votos, que a aceitação de proposta de suspensão condicional do processo só pode ocorrer antes do início da instrução criminal; e, por fim, não homologou a proposta formulada às fls. 161/162, face à não aceitação da mesma pelo acusado e seu defensor, prosseguindo na realização do ato de qualificação e interrogatório do acusado, nos termos do art. 89, caput, e §§ 1º e 7º, da lei nº 9.099/95." (fls. 215)

Regularmente citado, fl. 193, com efeito, na data aprazada, foi o acusado qualificado e interrogado (fls. 196/200), seguindo-se a Inquirição das testemunhas constantes do rol acusatório (fls. 235/237; 300/301; 331 e 367/368).

O ciclo probatório foi concluído com o depoimento de testemunha arrolada pela defesa, como comprova o documento de fl. 381.

Na dilação do Art. 427 do CPPM, as partes nada requereram.

Dada nova vista às partes, desta feita nos termos do Art. 428 do CPPM, acusação e defesa ofereceram suas alegações finais que se encontram acostadas às fls. 449/457 e 460/477, respectivamente.

Em alegações escritas, o órgão da acusação postulou a procedência *in totum* da ação (fls. 449/457) e a defesa (fls. 460/477) pugnou pela absolvição do seu defendente, tendo em vista que o mesmo não sabia ou sequer poderia saber da origem criminosa da *res* já que não poderia "prevalecer a presunção dos elementos constitutivos da receptação, seja dolosa ou culposa".

Despacho saneador, à fl. 478, designa o dia 02 de setembro de 1998 para julgamento.

Na época fixada, ocorreu o julgamento, havendo o CPJ, por unanimidade, deliberado pela procedência da ação e conseqüente apenação do acusado, nos termos que se seguem, *verbis*:

... "Resolve o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, constituído para o trimestre em curso, por unanimidade de votos, condenar o Sd Juracy José Pereira da Silva, já qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 255, caput, do Código Penal Militar, passando a dosimetria da pena, em consonância com as circunstâncias do art. 69 do CPM.

Em face de ser o réu primário e ter bons antecedentes, resolve o Conselho, ainda por unanimidade, aplicar-lhe a pena no seu mínimo legal, de 30 (trinta) dias de detenção, transformada em prisão, ex vi do art. 59 do CPM, a qual se torna definitiva, face a ausência de causas capazes de alterá-la, detraindo-se o tempo de prisão cumprida em decorrência de transgressão disciplinar por este mesmo fato. Pelas mesmas razões, decide o CPJ, ainda por unanimidade, conceder ao réu o direito de apelar em liberdade. Estando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 84 do CPM, concede também o benefício da Suspensão Condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos, desde que aceitas as condições a seguir descritas:

Apresentar-se a este Juízo, ou a outro que lhe for designado, a cada 90 dias;

Não se ausentar do território sob jurisdição deste Juízo, sem prévia autorização;

Em caso de licenciamento do Serviço Militar, apresentar ao Juízo, em tempo razoável, comprovante de estar exercendo atividade remunerada honesta;

Não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender, salvo em serviço e a natureza deste a exigir;

Não mudar de residência sem prévia comunicação a este Juízo."

(fls.493/508).

A sentença lançada, às fls. 493/508, foi lida e assinada no dia 04.09.98.

O sentenciado manifestou, tempestivamente, irresignação, insistindo, em suas razões de apelação, no pleito absolutório, alegando, em síntese, desconhecimento da origem da *res*, que tampouco conhecia a condição do menor com quem transacionou e que a *r. sentença* não considerou sua boa-fé e honestidade, já que a recuperação da arma só fora possível através da devolução por ele efetuada (fls. 512 e 514/532).

Em contra-razões o MPM requer a confirmação da decisão hostilizada, por se encontrar em consonância com a lei, o direito e as provas dos autos (fls. 535/542).

Junto a este Tribunal, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opina pela procedência da apelação, para conceder ao apelante o perdão judicial previsto no parágrafo único do Art. 255 do CPM e o faz pelos fundamentos a seguir aduzidos:

..."A denúncia narra que o Apelante dirigiu-se a casa de um menor de nome Ismael, na companhia de seu cunhado, e do referido menor adquiriu uma pistola Taurus 9mm, pelo preço de R\$ 250,00, tendo pago R\$ 100,00 de entrada. Ciente de que se tratava de material pertencente ao EB, em razão do Brasão (ciência posterior, pois do contrário ter-se-ia receptação dolosa), procurou o seu comandante, oportunidade em que foi efetuada a apreensão da arma.

A violação ao dever de cuidado ocorreu, segundo a denúncia, em razão da natureza da coisa, arma sem procedência, sem documentos, e aquisição com inobservância dos procedimentos previstos nas normas administrativas relacionadas a transação com armas de fogo. Além disso, adquiriu a arma de um menor, ou seja, pela condição de quem a oferece deveria presumir-se tratar de ilicitude.

A v. sentença considerou que deveria prevalecer a confissão obtida na fase inquisitorial, em que o Apelante confessou que adquiriu a arma diretamente das mãos do menor:

Irretocável se nos parece o fundamento do decreto condenatório. Como bem demonstrado pelo MPM, a confissão na fase inquisitorial não é isolada, porquanto encontra amparo nas demais provas produzidas em juízo, notadamente, no depoimento das testemunhas, até porque logo no início do seu interrogatório declarou que conhecia o menor Ismael. Na fase do inquérito declarou que foi com seu cunhado até a residência de um cidadão de nome Ismael (provavelmente menor de idade, pelas suas características) o qual lhe apresentou um pacote contendo uma arma e, a parte dois carregadores e quatro cartuchos, que o preço combinado foi de R\$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) e que podia ser parcelado: perguntado se comprou a arma em questão, respondeu que sim, que deu R\$ 100,00 (cem reais) de entrada e o restante ficou para quando recebesse a segunda parcela de seu vencimento.

O próprio Moisés, ouvido em depoimento de fls. 300/1, declarou que o soldado Juracy adquiriu a arma e os acessórios pelo valor de 200,00 (duzentos) reais, sendo que o acusado deu de sinal apenas 100 (cem) reais, que não fez a entrega de nenhuma arma ao acusado; que quem fez a entrega da arma foi o menor Ismael. Como bem esclarecido nas contra-razões o depoimento de Moisés está em perfeita consonância com o prestado pelo menor infrator que, em juízo declarou que o Soldado adquiriu pessoalmente dele a arma questionada, negócio que foi concretizado na segunda oportunidade em que compareceu na sua residência.

Independentemente da tentativa de negativa de autoria por parte do Apelante, é incontroverso que o seu cunhado agiu com ele conluiado, colaborando na empreitada criminosa. Embora seja tema que suscite discussões parece-nos perfeitamente possível a co-autoria em crime culposo. A participação não é possível, como sustentam os adeptos da co-delinquência dentro do crime culposo, posto que é necessária a violação ao dever de cuidado. Isso sem falar que perfeitamente possível que tivesse agido dolosamente, hipótese em que não seria possível falar em co-delinquência, cujo pressuposto básico é o liame subjetivo. Não entendemos porque não foi denunciado.

A denúncia atribui a prática da receptação culposa, tanto pelo fato da natureza da coisa negociada, uma arma adquirida em uma rua, fora de casa comercial, sem nota fiscal, como também pela condição de quem a oferece, um menor. Quanto a esse último aspecto tem-se caso clássico de receptação culposa.

O valor não foi considerado, porquanto até se aproxima do valor real do objeto do crime, tampouco levou em consideração o MPM as inscrições das armas da república na pistola, posto que aí seria tranqüila a tipificação na modalidade dolosa, no mínimo no dolo eventual.

Configurado está a saciedade, o crime em comento. No entanto, parece-nos possível a aplicação do perdão judicial. Certamente não se tem bem de pequeno valor, mesmo considerando-se que o parâmetro do salário mínimo foi abolido em face da atual Carta Magna, que proíbe este tipo de vinculação. Mas é que o tratamento dado à receptação culposa é mais gravoso do que o dispensado à receptação dolosa que, em face do parágrafo único do artigo 254 pode ter a incidência da causa de desadequação do tipo do parágrafo segundo do artigo 240. Ou seja, pela redação legal é irrelevante, na receptação culposa, que o agente restitua o objeto do crime. Trata-se de manifesta injustiça, porquanto pela sua natureza, crime culposo não pode ter tratamento mais gravoso que o dispensado ao crime doloso. Dessa maneira, para não invocar-se a analogia, até porque inexistente na hipótese, no mínimo lícito e justo invocar-se o perdão judicial. É solução que bem se adequa à hipótese, atende à equidade, pois a reprovabilidade da conduta do agente foi mínima diante do fato de que procurou as autoridades militares para dar ciência de que estava na posse de uma arma oriunda da Força à qual estava ele vinculado.

Isto posto, somos de parecer que seja julgada procedente a Apelação, para conceder ao Apelante o perdão Judicial previsto no parágrafo único do artigo 255 do CPM."

(fls. 553/558)

Conclusos a este Relator em 17.11.98, foram os autos postos em mesa no mesmo dia.

Relatados e examinados, decide-se.

VOTO

Cuida-se de recurso interposto pelo réu, Sd Ex Juracy José Pereira da Silva, por estar inconformado com a sentença de primeira instância que o condenou à pena de 30 (trinta) dias, como incurso no Art. 255, do CPM, concedendo-lhe a suspensão da pena pelo prazo de 2 (dois) anos.

Louve-se, *ab initio*, a bem-lançada sentença da lavra da jovem Juíza-Auditora Substituta, Dr^a Maria do Socorro Leal, que examinou com profundidade a matéria de fato e a tese de direito trilhada na mesma.

Inegavelmente, ficou evidenciado nos autos a materialidade do delito de furto cuja autoria é atribuída a outra pessoa, diversa do réu ora apelante.

Entretanto, divergimos das conclusões da sentença quando optou por apenar o ora apelante, por todos os fundamentos que se seguem.

Urge que se examine a posição da jurisprudência ante os fatos semelhantes e o exame do interesse do Estado em punir agentes nos casos em que ocorra ressarcimento ou devolução da *res furtiva*, antes até mesmo da instauração do procedimento provisional, senão vejamos:

“Não há crime a punir se o acusado por receptação culposa, apenas conhecia a origem ilícita da coisa, antes da instauração da ação penal se apressa em restituí-la ao legítimo proprietário.”

(TACrim-SP — AC Relator Gonçalves Sobrinho — JUTACRIM 59/84).

“O tipo do art. 180, § 1º, do CP é anormal. Não basta que o agente realize a ação típica (adquirir ou receber a coisa de origem criminosa) para que o delito se mostre presente. É sempre necessário que essa ação esteja acompanhada de um determinado coeficiente subjetivo (no caso, culpa em sentido estrito) que deve ser extraído de circunstâncias enumeradas pelo legislador e que são reveladoras de um procedimento culposo. Só então a figura delitiva estará esgotada em sua tipicidade.”

(TACrim-SP — AC 299.271 — Relator Silva Franco).

A receptação culposa é crime comissivo. Constitui-se pela aquisição ou recebimento, que exige ação da parte do receptor. É crime instantâneo, que se consuma quando o delinqüente recebe ou adquire o objeto material proveniente do delito pressuposto. Nesse momento e lugar, o crime se consuma.

Se o agente, momentos depois, é que percebe a origem delituosa do objeto e procura imediatamente a autoridade militar para restituí-lo, carece a sua conduta do elemento subjetivo do delito que lhe é imputado.

Não obstante a conduta que entendemos atípica, emergem alguns pontos relevantes à matéria.

Inicialmente, o apelante adquiriu a arma sem que a examinasse, estando a mesma embrulhada.

Quando alertado por seu sogro, acerca do emblema do Exército gravado na mesma, procurou as autoridades militares para devolvê-la, antes mesmo da instauração do inquérito. Foi a sua restituição que ensejou a instauração do procedimento provisional, como se verifica na Portaria de fl. 10.

E, finalmente, somente em decorrência da ação do apelante foi que as autoridades militares descobriram o autor do furto da arma na residência do Major Amauri Marcondes.

O preço que seria pago pelo apelante (R\$ 250,00) não era de tal forma desproporcional que o levasse a presumir que a arma provinha de crime, posto que a avaliação da mesma foi de R\$ 297,44.

Agiu a autoridade militar com muito mais senso de justiça do que a própria Justiça, ao concluir no relatório e na solução que o apelante não teria praticado crime algum (fls. 141/5 e fl. 147).

Seria um desestímulo ao agente que, adquirindo um objeto, e percebendo a sua origem ilícita, venha restituí-lo ao seu dono, correndo o risco de ser processado e condenado.

Melhor não seria dar fim ao objeto?

A receptação culposa tem no núcleo três elementos:

a natureza do objeto;

desproporção entre o valor e o preço;

e a condição de quem oferece ou vende a coisa.

Pela natureza do objeto é possível prever-se a sua origem ilícita.

Os elementos da receptação são relativos e só poderão ter valor jurídico, confirmadores da tipicidade do delito em causa, se forem examinados ante o fato concreto, as características pessoais dos agentes envolvidos e a capacidade do adquirente de presumir a origem da coisa como produto de crime.

A aquisição da *res* por homem rústico, que, de pronto, não tem capacidade de perceber e presumir a natureza e origem criminosa do objeto, descaracteriza até mesmo a culpa em sua conduta, ainda mais se, quando é alertado acerca da origem delituosa da *res*, preocupa-se com a pronta restituição da mesma, achando, inclusive, ser meritória a sua ação.

Nesse sentido, tem-se firmado a jurisprudência ao apontar que não há crime se, apenas conhecida a origem ilícita da coisa, antes da instauração

da ação penal, o agente se apressa em restituí-la ao seu legítimo proprietário (JUTACRIM/SP 59/84).

O Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, das mais proeminentes cortes criminais do País, em acórdão que se amolda ao tema objeto do presente recurso, assim decidiu:

“Receptação Culposa — Pronta devolução da ‘res’ quando conhecida a sua origem ilícita — Carência do elemento subjetivo perante eliminação do dano antes da denúncia — Trancamento da ação.”

(HC nº 92.090 — 4ª C. Crim — TACrim/SP — LEX nº 59 — pág. 84/6)

“Daí se vê que razão assiste ao STF quando entende que não há crime a punir quando o agente é ofendido, em casos que tais, acertam suas contas satisfatoriamente antes da denúncia, pois então a pena não é mais ‘resonable ni oportuna’ ”.

(HC nº 30.448 — SP — 3ª C. Crim. — Ac. Un. RT — vol. 430/366).

In casu, além da espontaneidade da restituição da *res*, antes mesmo da instauração do inquérito policial militar, ou seja, o procedimento provisional só iniciou após a ação do réu de restituir o objeto, evidencia-se a circunstância talvez mais importante para as Forças Armadas, que seria a recuperação de armamentos extraviados de seus quartéis e dos militares.

Em suma, inexistindo o *animus rem sibi habendi*, característico do crime de receptação culposa, merece acolhimento a tese da atipicidade da conduta do agente.

Por derradeiro, além de atentarmos para os antecedentes do acusado, primário e com bom comportamento, circunstâncias reconhecidas na sentença recorrida, deparamo-nos com os aspectos de política criminal, em casos como o presente em que emerge a boa índole do apelante e os objetivos da correta aplicação de uma sanção penal.

Seria, talvez, muito melhor para o réu, às vésperas da edição do indulto natalino, recusar o *sursis*, cumprir apenas 1/3 da pena de 30 dias que lhe foi aplicada e beneficiar-se com a extinção da punibilidade, a ficar *sub sursis* por 2 anos.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 287-4-RJ

Conflito Positivo de Competência. Deserção. Conexão probatória. Continência por cumulação objetiva. Inexistência. As deserções consumadas por um mesmo agente em situações e épocas distintas, caracterizam-se como crimes repetidos e, como tais, são autônomos. Verificando-se que os motivos alegados para justificar os delitos são diversos, as provas relativas a um processo não podem influir nas provas de outro; e em havendo autonomia de desígnios, onde o único liame existente entre os dois processos em trâmites distintos em dois juízos, é o fato de ter sido cometido pelo mesmo agente, não há como aplicar-se os institutos da conexão e continência. Conflito conhecido, porém, declarando-se competente para processar o Processo nº 506/98-7 o Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM. Decisão unânime.

Relator — Min. Gen. Ex. Germano Arnoldi Pedrozo.

Suscitante — A Exm^a Sr^a Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 1ª CJM suscita Conflito de Competência, nos autos do Processo nº 506/98-7 (6ª Auditoria da 1ª CJM), referente ao 2º Sgt Mar Carlos Alberto Machado, diante do que dispõe a alínea “c” do Art 99 e da alínea “b” do Art 100, todos do CPPM.

Suscitado — O Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, conheceu do Conflito de Competência, declarando competente para processar e julgar o Processo nº 506/98-7 o Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM. O Ministro Antonio Carlos de Nogueira não participou do julgamento. Presidência do Ministro Aldo Fagundes, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. Ausente o Ministro José Julio Pedrosa. (Extrato da Ata 84ª Sessão, 17.12.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em conhecer do presente Conflito Positivo de Competência, porém, declarando competente para processar e julgar o Processo nº 506/98-7, o Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM.

Brasília, 17 de dezembro de 1998 — Dr. *Aldo da Silva Fagundes*, Ministro presidindo o julgamento, na ausência ocasional do Presidente — Gen. Ex. *Germano Arnoldi Pedrozo*, Relator.

RELATÓRIO

Em 23/10/98, a MM Juíza-Auditora Substituta da 2ª Auditoria da 1ª CJM, Drª Maria Lúcia Karam, suscitou conflito positivo de competência, estabelecido com o Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM, referente ao Processo nº 506/98-7, originário dessa Auditoria, com fundamento na alínea "c" do artigo 99 (conexão probatória ou instrumental) e da alínea "b" do artigo 100 (continência por cumulação objetiva), todos do CPPM.

O fato refere-se a dois delitos de deserção a que teria praticado o 2º Sgt Mar Carlos Alberto Machado, que resultaram nos Processos nºs 503/93-3 da 2ª Auditoria da 1ª CJM e 506/98-7 da 6ª Auditoria da 1ª CJM, dos quais se faz um retrospecto de seus andamentos nas respectivas Auditorias.

2ª Auditoria da 1ª CJM.

O primeiro deles (1º apenso) teve origem na IPD nº 287/96, quando o referido militar ausentou-se, sem licença, da Unidade onde servia — Base Almirante Castro e Silva — desde 24/6/96, sendo capturado em 29/7/96, declarado apto em inspeção de saúde e revertido. Oferecida a denúncia em 5/2/97, esta foi recebida em 7/2/97. A 3/3/97, o Acusado foi qualificado e interrogado enquanto que a 16/7/98 foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela Defesa.

6ª Auditoria da 1ª CJM.

O segundo processo (2º, 3º e 4º apensos) iniciou-se com a IPD nº 265/98, quando o citado militar novamente ausentou-se, sem licença, daquela OM, desde o dia 27/3/98, apresentando-se, voluntariamente, em 9/4/98, sendo submetido à inspeção de saúde, declarado apto e revertido ao SAM. Oferecida a denúncia em 22/5/98, foi ela recebida em 28/5/98, ocasião em que foi expedido Alvará de Soltura, por força do Art 453 do CPPM. Em 26/8/98, o Acusado foi qualificado e interrogado.

Em 21/8/98, a Drª Juíza-Auditora Substituta da 2ª Auditoria da 1ª CJM, solicitou ao Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM a remessa dos autos do

Processo nº 506/98-7, reconhecendo sua competência para apreciar o feito, de acordo com a regra contida nos Arts 94 e 107 do CPPM (fl 7).

Em 26/8/98, diante de tal pedido o Conselho Permanente de Justiça da 6ª Auditoria da 1ª CJM decidiu não inquirir as testemunhas e suspender o processo. Decidiu, ainda, submeter o Acusado a exame de sanidade mental, cujo laudo concluiu pela semi-imputabilidade do Acusado.

Em decisão de 6/10/98 (fls 8/10), o Dr Juiz-Auditor Substituto da 6ª Auditoria da 1ª CJM determinou o prosseguimento do feito, por considerar-se competente para o conhecimento da causa, referente ao Processo nº 506/98-7, a ele distribuído.

Argumentou quanto à hipótese de conexão probatória que “os motivos alegados pelo réu para justificar a ausência são completamente diversos”, citando trechos das declarações do Acusado, por ocasião dos interrogatórios dos dois processos e que, dessa maneira, “a prova de uma infração não possui qualquer influência sobre a outra”.

No que diz respeito à continência por cumulação objetiva, argumentou que “os supostos delitos foram praticados em épocas e situações completamente distintas”, sendo que “o legislador, no artigo 100, “b”, do CPPM, pretende atirar casos de concurso formal...”.

Por decisão de 23/10/98, a Drª Juíza-Auditora Substituta da 2ª Auditoria da 1ª CJM reafirmou a sua competência para o conhecimento da causa, objeto do Processo nº 506/98-7, em curso na 6ª Auditoria da 1ª CJM, suscitando conflito positivo de competência (fls 2/6).

Ao embasar sua decisão argumentou, em essência, *verbis*:

“... No caso concreto, em que propostas duas ações penais contra o mesmo réu, nas quais imputada a prática de dois delitos de deserção, alegadamente ocorridos durante a prestação do serviço militar em uma mesma Unidade, a utilidade da reunião das ações é manifesta, pouco importando o tempo que estiver a separar as alegadas ausências. Em casos de repetidas deserções atribuídas a um mesmo militar, como um mínimo de experiência no âmbito da Justiça Militar demonstra, as circunstâncias que cercam as ausências igualmente se repetem, assim as provas produzidas nos processos sendo, em sua maioria, também repetitivas, o que torna manifesta a conveniência de produção de atividade instrutória conjunta, a, como autoriza a regra da alínea “c” do artigo 99 do Código de Processo Penal Militar, determinar a reunião das ações penais, conveniência esta relacionada não apenas à desejável avaliação uniforme daquelas provas, mas ainda ao princípio, segundo o

qual a máxima eficácia na entrega da prestação jurisdicional há de se fazer com o mínimo de atividade exigível — o chamado princípio da economia processual...”

“... Esta outra hipótese de conexão (que a regra da alínea b do artigo 100 do Código de Processo Penal Militar trata como de continência), inegavelmente se estabelece entre as duas causas, cuidando-se ali, como já lembrado, de alegadas práticas de dois delitos de deserção, atribuídos à mesma pessoa.

Vale notar que, diferentemente do que ocorre no processo penal comum, a hipótese prevista na referida regra da alínea b do artigo 100 do Código de Processo Penal Militar não contempla apenas os casos de concurso ideal de tipos (artigo 77, inciso II do Código de Processo Penal), incluindo sim casos de concurso real, o que se explica pelo tratamento não diferenciado, na lei penal militar, dos concursos real e ideal (artigo 79 do Código Penal Militar)...”.

Concluiu que as duas ações haveriam de ter curso na 2ª Auditoria da 1ª CJM, haja vista que esse Juízo antecedeu o Juízo da 6ª Auditoria da 1ª CJM, na realização de ato processual.

Distribuído em 13/11/98, os autos vieram-me conclusos em 16/11/98 (fls 20 e 21).

Em 17/11/98, proferi despacho determinando o sobrestamento dos processos objetos do conflito, em curso naqueles Juízos, solicitando informações necessárias à instrução do feito (fl 22).

Com a chegada das informações, determinei que fossem pensados aos presentes autos as cópias a que aludem os ofícios da 2ª e 6ª Auditorias da 1ª CJM, datados de 11 e 19 de novembro do corrente, respectivamente (fl 27).

Instada a manifestar-se, a douda Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, Dr Luiz Antônio Bueno Xavier, opinou pelo conhecimento do presente Conflito Positivo de Competência, e pela atribuição de competência para a 6ª Auditoria da 1ª CJM, a fim de processar e julgar o presente feito (fls 34/38).

Relatado, decide-se.

VOTO

Inicialmente, é de conhecer-se o presente Conflito Positivo de Competência em razão do que dispõe a letra “a”, do inciso I, do artigo 112, do CPPM, eis que dois Juízos julgam-se competentes para conhecer o feito.

Quanto aos argumentos expostos, não assiste razão à douta magistrada da 2ª Auditoria da 1ª CJM.

A matéria de que versa os presentes autos não é nova.

Recentemente, esta Corte teve oportunidade de enfrentar a questão ao apreciar, na Sessão de Julgamento de 02 de abril de 1998, o Conflito Negativo de Competência nº 282-3/RJ, relatado pelo eminente Ministro Sérgio Xavier Ferolla, envolvendo os Juízos da 1ª e 2ª Auditorias da 1ª CJM, afastando a possibilidade de ocorrência dos institutos de conexão e continência nos casos de deserções consumadas pelo mesmo agente.

Em outra oportunidade, ainda mais recente, por ocasião do julgamento da Apelação nº 48.093-7, realizado em 3/9/98 (Rel Min Carlos de Almeida Baptista e Rev Min Olympio Pereira da Silva Junior), em caso semelhante, este Tribunal, por decisão unânime, rejeitou preliminar suscitada pela douta PCJM, no sentido de considerar como crime continuado deserção sucessivas, adotando como fundamento a decisão tomada no citado Conflito de Competência nº 282-3.

No presente caso, a diferença é que se trata de conflito positivo e que o outro Juízo envolvido é a 6ª Aud 1ª CJM.

Pela análise destes autos, ainda que se admitisse a compatibilidade de tais institutos processuais, verifica-se a incoerência de ambas as hipóteses.

A primeira refere-se à chamada conexão probatória ou instrumental, identificada na alínea "c", do Art 99, do CPPM, exigindo para sua configuração que a prova de uma infração influa na prova de outra.

Da leitura das declarações feitas pelo Acusado, por ocasião dos interrogatórios nos dois processos, constata-se, como destacou o Dr Juiz-Auditor da 6ª Auditoria da 1ª CJM, que os motivos alegados para justificar as ausências são completamente diversos, sendo certo que no Processo nº 506/98-7, da 6ª Auditoria da 1ª CJM, tal motivo prendeu-se ao fato de ingerir excessivamente bebidas alcoólicas, ao passo que no Processo nº 503/97-3, da 2ª Auditoria da 1ª CJM, alegou-se problemas familiares e financeiros.

Assim é que não há como reconhecer qualquer influência de uma prova sobre a outra, de molde a configurar conexão estabelecida entre as duas causas.

No que diz respeito ao segundo argumento de que na hipótese também incidiria a regra da alínea "b", do artigo 100, do CPPM (continência por cumulação objetiva), que representa a prática por uma única pessoa de várias infrações em concurso, também não se amolda ao presente caso.

Merece, entretanto, reparo a colocação feita pelo ilustre magistrado da 6ª Auditoria da 1ª CJM ao afirmar que o legislador, no artigo 100, "b", do CPPM, "... pretende atingir os casos de concurso formal, ou seja, o agente mediante uma ação ou omissão comete dois ou mais crimes...".

O texto da lei fala em "uma única pessoa praticar várias infrações em concurso", não restringindo a uma só ação.

Portanto, a legislação processual militar prevê não só o concurso formal mas também o material, ao contrário da legislação processual comum que apenas prevê o concurso formal de crimes.

Difícil imaginar a possibilidade da prática de várias deserções mediante uma única ação.

In casu, o agente mediante mais de uma omissão praticou duas infrações, situação que, em tese, configuraria o concurso material.

Em assim considerando, estaríamos admitindo a ocorrência de continuidade delitiva, em consonância com o entendimento doutrinário que define o crime continuado como uma forma abrandada de concurso material.

Ainda que se considerasse a possibilidade da ocorrência do crime continuado no delito de mera conduta, como é o caso da deserção, necessário se faz identificar o liame existente entre os dois processos.

A primeira deserção consumou-se em 3/7/96, enquanto que a segunda teve o seu momento consumativo somente em 4/4/98, ou seja, após um lapso temporal superior a 2 (dois) anos entre os dois delitos.

Outro aspecto a ser considerado é que na primeira vez em que o Acusado intencionou afastar-se em definitivo do serviço, tal propósito foi interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade - captura - enquanto que ao ausentar-se pela segunda vez, desistiu em permanecer na condição de desertor por apresentação voluntária, o que demonstra autonomia de desígnios entre ambas as condutas delitivas.

Na definição de Damásio de Jesus (Direito Penal, Vol I, 15ª edição, pág 525), "*ocorre a autonomia de desígnios quando o sujeito pretende praticar não um só crime, mas vários, tendo consciência e vontade em relação a cada um deles, considerado isoladamente*".

Os autos revelam que estamos diante de reiteração criminosa, ou seja, de crimes repetidos realizados em épocas e situações distintas, onde o único liame existente entre os processos em trâmites distintos nos dois Juízos, é o fato de ter sido cometido pelo mesmo agente.

Dessa forma, diante da própria característica de que se reveste o crime de deserção, sendo um delito propriamente militar, autônomo, de mera conduta e instantâneo de efeitos permanentes, não é possível considerar que as provas relativas a um processo possam influir nas provas de outro processo, uma vez que as condutas foram realizadas em tempo e com desígnios diferentes.

Os processos nºs 503/97 e 506/98-7 deverão prosseguir seu curso normal, nas 2ª e 6ª Auditorias da 1ª CJM, respectivamente, suspendendo-se, assim, a determinação anterior de sobrestamento desses feitos, constante de fl. 22 dos presentes autos.

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 168-0-MS

Conselho de Justificação. Oficial do Exército julgado, em Conselho de Justificação, culpado de incorreção no desempenho do cargo, conduta irregular e prática de atos atentatórios ao pundonor militar e ao decoro da classe. Arguição de preliminares. No sistema constitucional, a Justiça Militar tem uma competência privativa que não lhe pode ser sonogada: processar e julgar os crimes militares. Essa competência pode, contudo, ser estendida a outros casos, como prevê o parágrafo único do art. 124 da Carta Magna, que expressamente remete à lei ordinária a regulamentação da organização, funcionamento e competência da Justiça Militar. O inciso VII do § 3º do art. 142 da Constituição não restringe as hipóteses de julgamento pelo Superior Tribunal Militar de indignidade ou incompatibilidade com o Oficialato, somente impõe sua obrigatoriedade nos casos de Oficiais condenados a pena privativa de liberdade superior a dois anos. Imperativo o reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos das Leis nºs 5.836/72 e 8.457/92, que atribuem competência ao STM para julgar as decisões dos Conselhos de Justificação. Não se conhece de preliminar que visa a suspensão do processo, se o próprio Justificante postulou, e obteve, via mandamus, o prosseguimento do feito. A relação de afinidade, estritamente definida na lei, não se estende a concunhados, nem há considerar-se "acusador" Oficial que autentica Boletim Interno que publicou nota de puni-

ção do Justificante inscrita por outro Oficial. Alegações de cerceamento de defesa e inexistência do devido processo legal na aplicação de punições disciplinares não dizem respeito ao Conselho de Justificação. O Libelo Acusatório, no Conselho de Justificação, corresponde à "indicação do servidor" no processo disciplinar da Lei nº 8.112/90. Resta descaracterizado o alegado cerceamento da defesa no Conselho de Justificação se o Justificante, presente em todas as sessões na forma da Lei nº 5.836/72, toma conhecimento das acusações na primeira sessão, recebe o Libelo Acusatório no momento processual adequado e é assistido por defesa técnica, cumprindo-se integralmente o rito previsto na lei. Preliminares da Defesa que se rejeitam ou não se conhecem. No mérito, fatos e circunstâncias apontam para um quadro de repetidas agressões aos preceitos da ética e aos deveres militares, estatuídos na Lei nº 6.680/80, e revelam a incompatibilidade do Justificante com as exigências insitas à condição de Oficial das Forças Armadas. Reconhecida a incompatibilidade com o oficialato, impõe-se a perda do posto e da patente, ex vi do art. 16 da Lei nº 5.836/72 e do inciso VI do § 3º do art. 142 da Constituição, e não apenas a reforma do oficial. Julga-se, por unanimidade, o Justificante culpado, e, por maioria, declara-se a incompatibilidade com o oficialato, determinando-se a perda do seu posto e patente.

Relator — Min. Alte Esq. José Julio Pedrosa.

Revisor — Min. Dr. Antonio Carlos de Nogueira.

Justificante — Dalton Roberto de Melo Franco, Capitão do Exército.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, julgou o Cap. Ex. Dalton Roberto de Melo Franco culpado de incorreção no desempenho do cargo, de conduta irregular e da prática de atos que afetam o pundonor militar e o decoro da classe, e, por maioria, declarou-o incompatível com o oficialato e determinou a perda do seu posto e patente, a teor do Art. 16, inciso I da Lei nº 5.836/72 e do Art. 142, § 3º, inciso VI da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, 05.02.98. Os Ministros Antonio Joaquim Soares Moreira, Aldo Fagundes e Carlos Eduardo Cezar de Andrade declaravam o justificado incapaz de permanecer no serviço ativo, determinando a sua reforma nos termos do Art. 16, inciso II da Lei nº 5.836/72. O Ministro Carlos Eduardo Cezar de Andrade fará declaração de voto.

Presidência do Ministro General-de-Exército Antonio Joaquim Soares Moreira. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, Edson Alves Mey, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior e Germano Arnoldi Pedrozo. (Extrato da Ata 9ª Sessão, 03.03.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em rejeitar a primeira preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, não conhecer da segunda preliminar para sobrestamento do feito, rejeitar a terceira preliminar relativa ao impedimento de membros do Conselho de Justificação e rejeitar a quarta preliminar na parte referente ao Conselho de Justificação e não conhecer da parte relativa às punições disciplinares. No mérito, o Tribunal, por unanimidade, julgou o Cap. Ex. Dalton Roberto de Melo Fanco culpado de incorreção no desempenho do cargo, de conduta irregular e da prática de atos que afetam o pundonor militar e o decoro da classe, e, por maioria, declarou-o incompatível com o oficialato e determinou a perda do posto e patente, a teor do Art. 16, inciso I da Lei nº 5.836/72 e do Art. 142, § 3º, inciso VI da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 05/02/98.

Brasília-DF, 9 de dezembro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Alte Esq. *José Julio Pedrosa*, Relator

RELATÓRIO

O Exmo Sr. Ministro de Estado do Exército, em cumprimento ao art. 13, inciso V, alínea "a", da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, encaminhou a este Egrégio Superior Tribunal Militar, em 12 de agosto de 1996, os autos do Conselho de Justificação a que foi submetido o Capitão do Exército Dalton Roberto de Melo Franco.

Consta dos autos que, em 29 de março de 1996, o General de Divisão Expedito Hermes Rego Miranda, Comandante Militar do Oeste, encaminhou ao Ministro do Exército o ofício nº 045-E21 (fls. 03/38), de seguinte teor, *in verbis*:

“1. Proponho a V. Exa submeter a Conselho de Justificação o Cap Cav Dalton Roberto de Melo Franco, do 20º Regimento de Cavalaria Blindado, Campo Grande/MS, como incluso em todas as letras do item I, do Art. 2º da Lei nº 5.836 de 05 dez 1972.

2. Este Comando vem acompanhando, com muita preocupação a atuação do referido Oficial, por apresentar conduta incompatível com os preceitos da ética militar violando constantemente os deveres militares, mesmo orientado e advertido sobre o seu procedimento e conduta contrária a disciplina, respeito e decoro militar.

3. No exame das folhas de alterações, em poder do Capitão, verificou-se estarem as mesmas repletas de irregularidades onde existem omissões de punições anteriormente sofridas, supressão de folhas e rasuras em datas de conclusão, graus e classificações em cursos de especialização.

4. O histórico da vida militar do Cap Melo Franco, retrata inúmeras punições nos últimos seis anos, relacionadas em anexo, e que acrescidas das últimas transgressões cometidas no ano de 1995, demonstram tratar-se de um Oficial que por sua atuação, é incapaz de exercer o cargo com probidade, lealdade e rigoroso cumprimento dos deveres militares.

5. No julgamento da consistência desta solicitação, e se V Exa considerar procedente o pedido de instalação do Conselho de Justificação, proponho que o Cap Melo Franco seja afastado do 20º RCB, ficando a disposição em outra OM do CMO e que os seguintes Oficiais componham o Conselho:

— Cel Cav Qema Renato Ribas Danguì, do Cmdo CMO — Presidente;

Ten Cel Cav Qema Reinaldo Goulart Corrêa, do Cmdo 4ª Bda C Mec — Interrogador e Relator;

Maj Cav Qema Paulo Gerson Camargo Serafini — Relator.”

O expediente traz em anexo um histórico de punições do Capitão Dalton Roberto de Melo Franco, do qual se extrai:

Em 1990:

— Detido por 8 (oito) dias por ter participado de transações pecuniárias envolvendo objetos apreendidos sob a responsabilidade da OM e de comercialização proibida.

Em 1991:

— Preso por 15 (quinze) dias por ter ludibriado a boa fé do S/4 do Btl, apossando-se indevidamente da chave de um dos paióis da Unidade; ter adentrado e retirado munição do mesmo, para fins particulares, sem que para isto estivesse autorizado, deixando de cumprir norma regulamentar na esfera de suas atribuições, e ter concorrido desta forma para que não fosse cumprida ordem expressa do Comandante do Btl, e ainda quando questionado sobre os fatos ter faltado a verdade;

— preso por 4 (quatro) dias por ter realizado uma ligação de comando com o 2º RCGD sem estar autorizado para isto, solicitando munição à referida OM; por ter faltado à verdade para com o Comte do 2º RCGD e, novamente, quando inquirido pelo Comte do 1º BFESP.

Em 1995:

— Repreendido por ter utilizado o nome do escalão superior (CMO e 4ª Bda C Mec) como promotores, e da unidade como responsável, por eventos esportivos na Guarnição de Campo Grande, sem conhecimento e autorização daqueles órgãos;

— detido por 4 (quatro) dias porque, após o cumprimento de missão da Unidade na Base Aérea de Campo Grande, se dirigiu ao Shopping Campo Grande, durante o horário de expediente, fardado com uniforme 3.D-2, utilizando viatura militar, fazendo-se acompanhar de um Oficial mais moderno recém chegado ao Regimento, onde foi tratar de assuntos de interesse particular, ligados ao Clube de Tiro de Campo Grande, do qual é membro, deixando de cumprir normas regulamentares;

— preso por 15 (quinze) dias, sem fazer serviços, por não cumprir norma regulamentar na esfera de suas atribuições, ao deixar de encaminhar ao seu Comandante parte prevista no § 5º do art. 341 do RISC, bem como, ter deixado de cumprir ordem taxativa de seu Comandante, no sentido de que tão logo chegasse em São Paulo, para onde disse que iria para tratar de sua saúde, entrasse em ligação com o Comandante ou Sub Comandante do Regimento, para informar o endereço da clínica e o seu próprio endereço, naquela cidade, uma vez que alegara não conhecê-los por completo, e a fim de que pudesse ser cumprido o previsto no art. 342 do RISC, chegando a passar à situação de desaparecido de acordo com o art. 91 do Estatuto dos Militares;

— preso por 15 (quinze) dias por ter faltado a verdade ao afirmar que iria a São Paulo realizar cirurgia, tendo sido autorizado a viajar para aquela cidade, enquanto aguardava concessão de LTSP, por não ter se apresentado, e ainda, por ter se ausentado do País, viajando para os EUA, em 23 de junho de 1995, sem o conhecimento do Comandante de sua Unidade e sem a autorização do Comandante Militar do Oeste, retornando ao País em

02 de julho de 1995; punição agravada para 20 (vinte) dias pelo Comandante da 4ª Bda C Mec, por ter o referido Oficial se tornado praticante contumaz de transgressões disciplinares de natureza grave, incompatíveis com o seu posto e a função que exerce em uma OM de pronto emprego, tornando-se, com isso, um mau exemplo para seus pares e subordinados;

— preso por 20 (vinte) dias por ter apresentado, ao seu Comandante de Unidade, Folhas de Alterações que, estando sob sua responsabilidade e das quais tem a obrigação de zelar pela fidedignidade, não condizem com a realidade, encontrando-se incompletas, rasuradas, com omissão de dados e de punições graves, com datas de conclusão, graus e classificações em Cursos de Especialização com rasuras de cadastro e avaliação (DCA), além de diversas outras irregularidades menores;

— preso por 2 (dois) dias por ter faltado a verdade ao apresentar suas razões de defesa, afirmando não ter feito uso indevido de distintivo de curso de operações na selva, quando na realidade o fez, como ficou amplamente comprovado em sindicância instaurada pelo Comandante do 20º RCB, sendo reincidente em faltas desta natureza.

A proposta de instalação do Conselho de Justificação foi acolhida pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército que, em 07 de maio de 1996, expediu a competente Portaria de Nomeação (fl. 009).

Às fls. 011/142, acostadas cópias das Folhas de Alterações do Justificante.

À fl. 151, ofício do Justificante solicitando prazo para constituir advogado, em face de ter sido convocado para qualificação e interrogatório; solicitação indeferida pelo Conselho (fl. 150).

Às fls. 152/158, Auto de Qualificação e Interrogatório do Justificante. Na ocasião o Justificante disse que só responderia as perguntas que lhe foram feitas, com a presença de seu advogado.

Às fls. 163/165, o ilustre patrono do Justificante argüi a suspeição do Presidente do Conselho de Justificação, Coronel Renato Ribas Danguì, e do Relator, Tenente Coronel Reinaldo Goulart Corrêa, alegando que o primeiro é concunhado do acusador Tenente Coronel João Carlos Canépple, e o segundo é signatário do pedido de instauração do Conselho.

Em sessão de 09/05/1996, o Conselho, por unanimidade, rejeitou a argüição ao fundamento de que concunhados não são afins entre si, e de que o Coronel João Carlos Canépple e o Tenente Coronel Reinaldo Goulart Corrêa não figuram no processo como acusadores.

Às fls. 179/185, Termo de Inquirição da testemunha Tenente Coronel Julio Rodrigues Guedes Fagundes, Sub Comandante do 20º RCB.

Às fls. 187/189, rol de 11 (onze) testemunhas apresentado pela Defesa do Justificante.

Às fls. 193/198, acostada, por iniciativa da Defesa, cópia de decisão interlocutória proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Mato Grosso do Sul, nos autos do Processo nº 96.2712-9, concedendo liminar para

“que se suspendam todas as punições — e seus efeitos — aplicadas ao requerente Dalton Roberto de Melo Franco, qualificado na inicial, e para que o mesmo possa permanecer no serviço ativo do Exército Brasileiro e auferir direitos, vantagens e benefícios próprios da carreira militar, até final julgamento da ação principal.”

Às fls. 199/202 e 205/206, Termos de Inquirição das testemunhas Major Aristeu Prestes Dos Santos e Tenente Coronel Laercio Vergilio.

À fl. 209, mensagem do Presidente do Conselho de Justificação ao Chefe de Gabinete do Ministro do Exército solicitando o sobrestamento do Conselho em face da liminar concedida pelo MM Juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Mato Grosso do Sul.

À fl. 210, despacho do Ministro de Estado do Exército sobrestando o Conselho de Justificação, a partir de 15/05/1996.

Às fls. 217/224, decisão do MM Juiz da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul acolhendo Embargos de Declaração ajuizados pela União, no sentido de que a liminar concedida no Processo nº 96.2712-9 não alcança o presente Conselho de Justificação.

É de citar o seguinte trecho da decisão da Justiça Federal de 1ª instância, *in verbis*:

“Vê-se, pois, de todo o exposto, que o Conselho de Justificação não é instalado exclusivamente por força ou em consequência de transgressões disciplinares perpetradas pelo oficial. Pode ser instalado por conta da ocorrência de outros fatos. Nesse ponto relembramos a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “outras podem ser as razões de incompatibilidade, como a falta de aptidão, o desajustamento à disciplina, tendências psicológicas.”

De outro lado, a decisão do Conselho que o declarar culpado não importa, ipso facto, a perda do posto e da patente.

No caso, porém, tendo em vista reiteradas transgressões disciplinares, a Autoridade Militar, ao aplicar uma das penas disciplina-

res, propôs ao Comandante Militar a submissão do requerente ao prefalado Conselho. Isso não configura pena, mas provocação da Autoridade competente no sentido de que, se for o caso, seja o oficial submetido a Processo de Justificação.

Assim, em conclusão, tenho que a submissão do requerente ao referido Conselho não consubstancia pena ou faz parte desta, como pensa o requerente. É bem verdade que do Processo de Justificação pode resultar apenação, de natureza diversa da já aplicada.

A liminar tem o condão de suspender as penas — e seus efeitos -, mas não os fatos que lhes deram ensejo. Esses mesmos fatos, que não se apagam por força da decisão judicial, podem dar ensejo ao Processo de Justificação.”

À fl. 225, despacho do Ministro de Estado do Exército determinando que sejam retomados os trabalhos do Conselho de Justificação.

Às fls. 238/246, Termo de Reinquirição do Justificante.

Às fls. 247/248, acostado o Libelo Acusatório, de seguinte teor, *in verbis*:

“1. O Conselho de Justificação nomeado por Portaria Ministerial nº 025-Res, de 07 de maio de 1996, atendendo ao que preceitua o artigo 9º da Lei nº 5.836, de 05 de dezembro de 1972, encaminha-vos o seguinte Libelo Acusatório, segundo o qual vos são imputados os atos abaixo relacionados:

a. ter agido de má fé com o Chefe da 4ª Seção do 1º Batalhão de Forças Especiais (Rio de Janeiro-RJ), em abril de 1991, ao apossar-se da chave de um dos paióis da Unidade; ter adentrado e retirado munição do mesmo, para fins particulares, sem autorização, não cumprindo, assim, norma regulamentar; ter concorrido para que não fosse cumprida ordem expressa do Comandante da Unidade, referente ao assunto munição e ainda, quando questionado sobre o fato, ter faltado à verdade, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados nos incisos I, IV e XIX do Art 28 e nos incisos III e V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980;

b. ter, em abril de 1991, quando servia no 1º Batalhão de Forças Especiais (Rio de Janeiro-RJ), realizado ligação de comando com o 2º Regimento de Cavalaria de Guardas (Rio de Janeiro-RJ), sem estar autorizado pelo seu Comandante de Unidade e de ter faltado à verdade para com o Comandante do 2º Regimento de Cavalaria de Guardas e para o seu Comandante de Unidade, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados nos incisos I, IV e XIX do Art 28 e nos incisos III e V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980;

c. *ter, em 01 de junho de 1995, deixado de cumprir ordem do seu Comandante de Unidade — 20º Regimento de Cavalaria Blindado (Campo Grande-MS) — para que não mais tratasse de assunto relacionado com o Clube de Tiro de Campo Grande-MS, durante o horário de expediente, e, apesar de bem alertado, ter se dirigido ao Shopping Campo Grande, durante o expediente, fardado e em viatura militar para tratar justamente desse assunto, deixando, assim, de cumprir ordem recebida, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados nos incisos IV e XIX do Art 28 e no inciso V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980;*

d. *de, em junho de 1995, ao solicitar ao seu Comandante de Unidade autorização para viajar a São Paulo-SP, a pretexto de tratar da saúde, ter recebido ordem clara e expressa de que, assim que chegasse a São Paulo, entrasse em ligação com o Comandante e não ter cumprido essa ordem, não fazendo absolutamente nenhuma ligação, chegando mesmo a ser considerado como desaparecido, conforme legislação em vigor, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados nos incisos IV e XIX do Art 28 e no inciso V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980;*

e. *ter, em 06 de março de 1995, assinado documento em nome do Comandante do 20º Regimento de Cavalaria Blindado (Campo Grande-MS), por delegação e sem que tivesse recebido essa delegação e de ter, em consequência desse documento, retirado de conta corrente tipo B, do Banco do Brasil, importância que havia sido depositada através de cheque nominal para o 20º Regimento de Cavalaria Blindado, tudo sem dar conhecimento ao Comandante da Unidade, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados nos incisos IV e XIX do Art 28 e nos incisos III e V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980;*

f. *servindo no 20º Regimento de Cavalaria Blindado (Campo Grande-MS), ter apresentado ao Comandante em abril de 1995, suas folhas de alterações com rasuras, supressão de dados e punições, modificação de datas, graus e classificação de conclusão de cursos, além da substituição das vias recebidas das OM por cópias xerográficas, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados nos incisos IV e XIX do Art 28 e nos incisos III e V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980;*

g. ter usado, diversas vezes, em 1995, no 20º Regimento de Cavalaria Blindado (Campo Grande-MS), distintivo de curso que não realizou e quando questionado a respeito ter faltado à verdade, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados nos incisos I, IV e XIX do Art 28 e nos incisos III e V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980;

h. ter faltado à verdade, em junho de 1995, ao afirmar ao Comandante do 20º Regimento de Cavalaria Blindado (Campo Grande-MS) que iria a São Paulo-SP para realizar uma cirurgia e na realidade ter viajado para os Estados Unidos da América, sem qualquer tipo de autorização, infringindo, dessa forma, preceitos da ética e do dever militar, capitulados no inciso I, IV e XIX do Art 28 e nos incisos III e V do Art 31, todos da Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980.

2. Assim, de acordo com o citado Art 9º da Lei nº 5836/72, deveis apresentar, por escrito, dentro do prazo de 05 (cinco) dias, a contar da data de recebimento do presente Libelo, as razões ou justificativas que julgardes convenientes à vossa defesa."

Às fls. 264/267, 270/277 e 280/282, Termos de Inquirição das testemunhas 1º Tenente Adilson Ponciano da Silva Junior, Coronel João Carlos Canépele e 2º Sargento José Antonio de Moura.

Às fls. 320/321, 323/324, 326, 328/329, 353, 355, 357, 359/360 e 362/363, Termos de Inquirição das seguintes testemunhas, ouvidas por precatória: 1º Tenente Márcilio Muniz da Silva, Capitão Marco Aurélio Boaventura, Capitão Roberto Luiz Venturini, Capitão Mario Fernandes, 1º Tenente Sérgio Simas Lopes Peres, Capitão George da Silva Divério, Tenente Coronel Ricardo Martins Duarte de Aguiar, General de Brigada Sylvio Lucas da Gama Imbuzeiro e Tenente Coronel Joel Ferreira Pedreira.

À fl. 330, mensagem informando que o Ministro de Estado do Exército prorrogou por 20 (vinte) dias o prazo para a conclusão do Conselho de Justificação.

Às fls. 332/342, Laudo Pericial de Exame de Fotografia e Negativo nº 008/96-CIG.

À fl. 349, cópia do ofício nº 18-S/3 do Comandante do 20º Regimento de Cavalaria Blindado à Diretoria do Banco Real, assinado pelo Justificante por delegação.

À fl. 351, cópia do cheque nº 018635, emitido pelo Banco Real S. A., Agência Campo Grande Centro, nominal ao 20º RCB, e à fl. 350 cópia do recibo passado pelo Justificante, tudo no valor de R\$ 7.480,00 (sete mil quatrocentos e oitenta reais).

Às fls. 365/403, cópias das Folhas de Alterações apresentadas pelo Justificante, assinaladas no verso de cada folha as alterações constatadas em relação às cópias remetidas pela Diretoria de Cadastro e Avaliação.

Às fls. 408/710, Razões de Defesa do Justificante, subscritas pelo Dr. Rogério de Avelar.

No documento o Justificante, por seu Patrono, nega as acusações que lhe são imputadas e dá a sua própria versão dos fatos, segundo a qual ele, Justificante, tendo sido encarregado de uma sindicância, e posteriormente de outras investigações, para apurar fatos relacionados com o uso de entorpecentes por soldados, chegou à possibilidade de um oficial e alguns sargentos estarem envolvidos na venda de entorpecentes no Regimento, e a partir daí passou a sofrer “ensandecida perseguição”; questiona o mérito e a legalidade das punições disciplinares sofridas pelo Justificante, as quais teriam sido aplicadas sem a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; argüi a inconstitucionalidade da Lei nº 5.836/72, entendendo que a competência para julgar as decisões do Conselho de Justificação atribuída ao Superior Tribunal Militar não foi recepcionada pela Constituição vigente, pois o art. 124 atribui à Justiça Militar competência apenas para processar e julgar os crimes militares previstos em lei; e, novamente argüi o impedimento de 02 (dois) membros do Conselho de Justificação.

Por fim, requer, *in verbis* :

“1. Que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 5.836/72; das punições retro referidas bem como dos efeitos inconstitucionais e ilegítimos, operando o efeito da sentença ora requerida, ex radice, excluindo do ordenamento jurídico as referidas punições e respectivos efeitos, inclusive no pertinente ao Inconstitucional Conselho de Justificação, às promoções, diferenças de soldos e cursos a que faz jus.

2. Que seja declarado por sentença deste r. Conselho de Justificação, a procedência da Justificação efetuada pelo Justificante, encerrando-se, destarte, o presente procedimento.”

De fls. 713 usque 726, o Relatório do Conselho de Justificação. O item 4 do Relatório - conclusão - traz os seguintes *consideranda, in verbis*:

“Considerando que as provas que retirou munição de um paiol do 1º BFEsp, valendo-se de uma segunda via da chave e após o término do expediente, são seguramente apontadas pelas testemunhas e não contestadas pelo Justificante em suas razões de defesa e que, a grande quantidade — aproximadamente 5 (cinco) mil cartuchos - aliada ao destino dado a essa munição, conforme alegação do Justificante durante a apuração, constituem fato de extrema gravidade e revelam conduta incompatível com a situação de Oficial;

Considerando que, por iniciativa própria e às escondidas do seu Comandante de Unidade, procurou outras OM, apresentando falsos motivos para solicitar empréstimo de munição, praticando, ao mesmo tempo, dois atos frontais à ética militar: usar indevidamente o nome de sua OM e tentar ludibriar a boa fé de outros Comandantes;

Considerando que restou comprovado que o Justificante, ao se dirigir ao Shopping Campo Grande, em horário de expediente, para tratar de assunto do Clube de Tiro, deixou de cumprir ordem do seu Comandante de Unidade, fato este que, analisado em conjunto com a conduta do Justificante, revela, nitidamente, despreocupação com o sentimento do cumprimento de ordem, independentemente da natureza ou da abrangência da mesma;

Considerando que ao não entrar em ligação com o Comando do Regimento, após sua chegada a S. Paulo e ao tentar descaracterizar determinação superior, confirma o procedimento incorreto de deixar de cumprir ordem recebida e demonstra insensibilidade aos preceitos da ética militar;

Considerando que ao assinar documento, por delegação, sem que tivesse autorização para isso, sem dar conhecimento desse fato ao seu Comandante de Unidade, agiu de forma contrária aos mais elementares princípios da ética e repetiu, claramente, a conduta indesejável de afrontar os preceitos militares da lealdade, da responsabilidade e do cumprimento de ordens, levando em conta que, dessa assinatura resultou o recebimento de cheque nominal para o 20º RCB e que só foi possível a sua retirada porque o Justificante valeu-se de conta tipo B, que deveria ter encerrado quando passou a função de Comandante de Subunidade e não o fez; isto tudo sem comunicar ao Comando do Regimento;

Considerando que, ao usar no uniforme, distintivo de curso que não realizou, revelou comportamento estranho aos padrões de conduta da vida militar, onde se valoriza, no mais alto grau, a conclusão de cursos, como mérito pessoal, quer pela seriedade que a Instituição empresta a cada um deles, quer pelo elenco de dificuldades que envolvem a realização. Frente a esta peculiaridade, constitui fato incomum, reprovável e aético qualquer militar e particularmente o Oficial, valer-se dessa atitude pelo simples motivo da ostentação pessoal;

Considerando que o Justificante apresentou ao Escalão Superior folhas de alterações das diferentes OM onde serviu, contendo

diversas irregularidades e não representando a realidade da sua carreira militar, que os citados documentos encontravam-se sob sua responsabilidade; que não há indícios de que qualquer de seus superiores hierárquicos que manusearam suas folhas de alterações tivesse motivos para querer prejudicá-lo, adulterando-as; que as folhas de alterações são documentos oficiais importantes dos quais o militar deve zelar pela fidedignidade, o que não foi efetivado, demonstrando, o Justificante, a não observância de preceitos da ética militar, bem como desvios morais incompatíveis com a carreira das Armas e que de todo o elenco de irregularidades encontradas nenhuma tinha o sentido de prejudicá-lo e sim o de enaltece-lo ou de omitir dado que não lhe é favorável; e

Considerando que em sua defesa não apresentou qualquer justificativa, quer através de provas testemunhais, quer através de provas documentais, para os atos que lhe foram imputados no libelo acusatório; que o Conselho de Justificação é um processo administrativo que visa apurar os fatos no campo ético e moral; que o referido militar vem apresentando conduta incompatível com a sua condição de oficial do Exército Brasileiro através de atitudes contumazes de natureza grave e que os atos imputados ao Justificante violaram os preceitos da ética e do dever militar, particularmente os previstos nos incisos I, IV e XIX do Art. 28 e III e V do Art. 31, tudo da lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980 e afetaram a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, constituindo-se o Justificante, em péssimo exemplo para seus pares e subordinados."

O Conselho de Justificação resolveu, por unanimidade, julgar o Capitão do Exército Dalton Roberto de Melo Franco culpado da acusação que lhe foi feita de *"conduta indigna com a condição de Oficial do Exército por incorreção no desempenho do cargo, conduta irregular e por ter praticado atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe."*

À fl. 729, decisão do Exm^o. Sr. Ministro de Estado do Exército concordando com o julgamento do Conselho de Justificação e remetendo os autos ao Superior Tribunal Militar, na forma do art. 13, inciso V, alínea a, da Lei nº 5.836/72.

Recebidos no Tribunal em 15 de agosto de 1996, foram os autos distribuídos ao Eminentíssimo Ministro General de Exército Antonio Joaquim Soares Moreira que, por despacho de fl. 735, determinou a abertura de vista ao Justificante para, no prazo de 05 (cinco) dias, apresentar, por escrito, as razões de defesa sobre os fatos que lhe são imputados e que ensejaram a decisão do Conselho de Justificação.

Em consequência, vieram aos autos as Razões de Defesa de fls. 746/1022.

Em longo arrazoado, a Defesa suscita, inicialmente, quatro preliminares. Na *primeira preliminar* argüi a incompetência do Superior Tribunal Militar para funcionar no presente processo e a inconstitucionalidade da Lei nº 5.836/72; na *segunda preliminar* requer a suspensão do processo até o julgamento das ações cautelar e ordinária em trâmite na 2ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Mato Grosso do Sul; na *terceira preliminar* requer seja declarado o impedimento de 02 (dois) membros do Conselho de Justificação, o Coronel Renato Ribas Dangui e o Tenente Coronel Reinaldo Goulart Corrêa; e na *quarta preliminar* alega a inexistência do devido processo legal e cerceamento de defesa na aplicação das punições disciplinares sofridas pelo Justificante e cerceamento da defesa no processo do Conselho de Justificação.

No mérito, a Defesa mais uma vez nega as imputações feitas ao Justificante; historia os fatos relacionados com a sindicância aberta no 20º RCB para apurar o uso de entorpecentes por soldados do 4º Esquadrão de Fuzileiros Blindados, da qual foi encarregado, e expõe a sua versão de que esses fatos deram início à perseguição do Justificante, mormente porque este teria levantado a possibilidade de envolvimento do 2º Tenente Luis Sérgio da Costa Souto e dos Sargentos Clairton Coelho da Luz, Gilvan Cantarelli Scherer e Luciano Oliveira Aquino na venda de entorpecentes no Regimento; e, procura novamente demonstrar que as punições sofridas pelo Justificante foram injustas e aplicadas sem o devido processo legal, ampla defesa ou contraditório.

De sua síntese conclusiva, às fls. 841/842, extrai-se, *in verbis*:

“Em síntese, pode-se afirmar sem sombra de dúvida, que o Justificante está pagando por ser honesto e cumpridor de suas obrigações, contrariando assim, interesses escusos de poderosos, que maculam esta secular Instituição, que é o Exército Brasileiro.

As contas telefônicas, anexadas, e o livro de ligações telefônicas, comprovam a ligação entre o Comando do Regimento e o Coronel Souto, no CIE, em Brasília, DF.

Os verdadeiros bandidos continuam impunes, e em atividade, sendo que os Sargentos envolvidos, que permaneceram no regimento, com seu soldo de cerca de dez salários mínimos, já conseguem ser proprietários de empresa de transporte (vários caminhões novos), casas em bairros luxuosos, veículos de luxo, e outras mordomias que suas ilícitas atividades propiciam.

O Tenente Souto, recebeu como prêmio a sua transferência para o Rio de Janeiro/RJ, não podendo afirmar se há continuidade de seu envolvimento com ilícitos naquela cidade.

Ao punir o Justificante, a instituição faz rolar em seus sepulcros, os heróis da Pátria, que deram suas vidas para elevar o nome do Exército, a confiabilidade que a mesma goza em toda a sociedade brasileira, quiçá mundial."

Por fim, requer o Justificante, às fls. 843/844, *in verbis*:

"1. Que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 5.836/72; das punições retro referidas bem como dos efeitos inconstitucionais e ilegítimos, operando o efeito da sentença ora requerida, ex-radice, excluindo do ordenamento jurídico as referidas punições e respectivos efeitos, inclusive no pertinente ao Inconstitucional Conselho de Justificação, às promoções, diferenças de soldo e cursos a que faz jus.

2. Que seja declarado por sentença desse E. Superior Tribunal Militar, a procedência da justificação efetuada pelo Justificante, encerrando-se destarte, o presente procedimento.

.....

3. Requer o Justificante, se digne, esta E. Corte, determinar a oitiva do 1º Ten Odom Luis Paraná de Souza, atualmente servindo no 20º Regimento de Cavalaria Blindada, em Campo Grande-MS, a fim de que o mesmo esclareça se o Cap. Melo Franco estava ou não autorizado pelo Comandante do Regimento, Cel. João Carlos Canepelle, a ir a outros locais que não a Base Aérea de Campo Grande."

Com vista à douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, o ilustre Subprocurador-Geral Dr. Mario Sérgio Marques Soares, no parecer de fls. 1026/1050, entendendo que os fatos imputados ao Justificante traduzem, em tese, crimes militares, opina pelo sobrestamento do presente Conselho de Justificação, com a remessa de cópias autênticas às Auditorias competentes para julgarem esses fatos em tese criminosos, aguardando-se as correspondentes manifestações judiciais para o prosseguimento e desfecho da presente apuração administrativa.

Esclarecido, à fl. 1058, quais as peças do processo que deveriam ser remetidas às Auditorias, foram as mesmas copiadas e encaminhadas à douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, conforme certidão de fl. 1063.

Submetido o processo a julgamento na sessão de 17 de março de 1997, o Tribunal, por maioria, decidiu pelo sobrestamento do feito, na forma do art. 160, § 1º do Regimento Interno do STM, aguardando-se as manifestações do foro criminal para o seu prosseguimento (fl. 1069).

Inconformado com a decisão que sobrestou o andamento do Conselho de Justificação, contra ela impetrou o Justificante o Mandado de Segurança nº 345-2/MS, do qual foi Relator o Eminentíssimo Ministro Dr. Antonio Carlos de Nogueira.

O Mandado de Segurança foi julgado na sessão de 28 de agosto de 1997, tendo o Tribunal, por unanimidade, concedido parcialmente a segurança para, dando por cessado o sobrestamento, determinar o prosseguimento do feito (fl. 1104).

Em consequência, os autos foram a mim redistribuídos em 5 de setembro de 1997 e, em 8 seguinte, determinei nova vista à douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 1099 e 1101v).

No parecer de fls. 1121/1133, o ilustre Subprocurador-Geral atuante no feito, Dr. Mário Sérgio Marques Soares, entende que nenhuma das preliminares suscitadas pela Defesa têm "*consistência mínima para invalidar o procedimento*", e opina pela procedência da presente apuração administrativa ao fundamento de que, *in verbis*:

"... cremos que o apurado traduz comportamento pessoal voltado a ludibriar seus superiores, a faltar com a verdade, a usurpar de atribuição de seu comandante, oficiando em seu nome para atender interesses escusos, de todo incompatível para com o oficialato e atentatório da dignidade pessoal e do pundonor militar, sobrepondo os seus interesses pessoais sobre os da organização militar, inclusive desviando munição e usando distintivo de curso do qual não obteve aproveitamento, ..."

É o relatório.

VOTO

Vejamos, inicialmente, as preliminares suscitadas pela Defesa.

Na *primeira preliminar* a Defesa arguiu a incompetência do Superior Tribunal Militar para funcionar no presente processo, bem como a inconstitucionalidade da Lei nº 5.836/72.

Alega que o dispositivo da Lei nº 5.836/72 que atribui competência única ao Superior Tribunal Militar para julgar as decisões dos Conselhos de Justificação não foi recepcionado pela Constituição de 1988, posto que esta,

em seu art. 124, atribui competência restrita à Justiça Militar, qual seja a de "processar e julgar os crimes militares definidos em lei"; e, que o § 7º do art. 42 não propicia à Corte essa competência pois, como esclarece o § 8º do mesmo artigo, quem será julgado na conformidade do § 7º são os Oficiais das Forças Armadas que tiverem sido condenados, na Justiça Comum ou Militar, a pena privativa de liberdade superior a 02 (dois) anos, o que não é o caso do Justificante.

E conclui, à fl. 749, *in verbis*:

"... a Justiça Militar é incompetente para julgar o presente processo devido à inexistência de prática de crime por parte do Justificante, impondo-se a declaração de incompetência do Superior Tribunal Militar, devendo ser remetidos os presentes autos à Justiça Federal, foro este competente para dirimir as lides de origem meramente administrativa, sendo o que se requer.

Impõe-se, ainda, a declaração de inconstitucionalidade da referida Lei nº 5.836/72, que atribui competência ao Superior Tribunal Militar para julgar a decisão de Conselho de Justificação que versou sobre atos administrativos, o que é desde já requerido, evitando-se que o Justificante seja submetido a mais esta inconstitucionalidade."

Não tem razão a ilustre Defesa do Justificante.

Ensina o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 3, Ed. Saraiva, 1994, p. 35, *in verbis*:

"No sistema constitucional, a Justiça Militar tem uma competência privativa que não lhe pode ser sonogada: processar e julgar os crimes militares. Para tanto é que foi prevista. Essa competência pode, contudo, ser estendida a outros casos (v., infra, parágrafo único)."

E mais abaixo:

"Prevê-se aqui (refere-se ao parágrafo único do art. 124) lei ordinária que, regulamentando a Constituição, estabeleça a organização da Justiça Militar (especialmente dos tribunais e juízes inferiores referidos no art. 122, II), o seu funcionamento e a respectiva competência."

De fato, a lei ordinária atribui ao Superior Tribunal Militar competência para julgar os processos oriundos de Conselho de Justificação. E não somente a Lei nº 5.836/72, que a Defesa diz não ter sido nesse particular recepcionada pela Carta de 1988, mas também a Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 (art. 6º, II, "f"), promulgada na vigência da atual Constituição.

E nem poderia ser de outro modo, porque a Constituição estabelece, no § 7º do art. 42, que em tempo de paz pertence exclusivamente a tribunal militar de caráter permanente — o Superior Tribunal Militar — a competência para reconhecer a indignidade ou a incompatibilidade com o oficialato e determinar a perda de posto e patente, dos Oficiais das Forças Armadas.

Assim, o Conselho de Justificação, processo de natureza administrativa que busca justamente julgar da indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, isto é, da incapacidade do Oficial das Forças Armadas permanecer no serviço ativo e na inatividade, restaria inútil se não pudesse resultar, nos casos de Justificante culpado, na perda do posto e patente.

A Defesa alega que somente os Oficiais das Forças Armadas enquadrados no § 8º do art. 42, isto é, os condenados a pena privativa de liberdade superior a 02 (dois) anos, poderão ser julgados na conformidade do § 7º.

Trata-se de mero erro de leitura. Resulta claro do texto constitucional que a condenação à pena restritiva de liberdade superior a 02 (dois) anos é apenas um dos casos em que o Oficial é submetido ao julgamento pelo Superior Tribunal Militar, previsto no § 7º antes referido. É, isto sim, o único caso em que este julgamento é tornado obrigatório no texto constitucional. É óbvio, entretanto, que o julgamento pode ocorrer também nos casos de condenação à pena inferior a 02 (dois) anos ou quando não houver condenação alguma. E nisto a Constituição de 1988 não inovou; apenas repetiu a norma anterior, introduzida pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, referindo à primeira das duas hipóteses acima, esclarece, *opus cit.* p. 278, *in verbis*:

“É claro, por outro lado, que a condenação, mesmo a pena inferior, pode ser causa de perda do posto e da patente, se ela demonstrar indignidade ou se dela resultar incompatibilidade. Neste caso, porém, a Constituição não impõe, como decorrência da condenação, o julgamento por tribunal militar. Cabe, então, à autoridade competente, vindo a conhecer a condenação, pedir a decretação da perda da patente e do posto por indignidade ou incompatibilidade, se assim entender.”

E, nos termos da lei, isto se faz mediante Conselho de Justificação.

O saudoso Ministro Jorge Alberto Romeiro também esclarece a questão, em seu “Curso de Direito Penal Militar”, Ed. Saraiva, 1994, p. 219, *in verbis*:

“Atente-se, finalmente, que o § 8º do art. 42 da Constituição limita-se apenas a tornar obrigatório, para o oficial condenado à pena que refere, o julgamento previsto pelo § 7º do mesmo

artigo, sem excluir desse julgamento casos outros, que possam importar em indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, com conseqüente perda do posto e da patente.

Esses casos estão previstos na Lei nº 5.836, de 5-12-1972, que "dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências"(art. 2º)."

Portanto, a competência do Superior Tribunal Militar para julgar os feitos originários dos Conselhos de Justificação decorre do próprio mandamento constitucional.

Descabido é o encaminhamento do feito à Justiça Federal, como requer a Defesa, eis que a esse ramo do Poder Judiciário não se atribuiu competência para julgá-lo, seja na Constituição, seja na lei ordinária.

Firme é a jurisprudência da Corte Castrense neste sentido e é este o entendimento reiterado em inúmeros julgados da Suprema Corte relacionados com Conselho de Justificação e perda de posto e patente.

É de mencionar que os §§ 7º e 8º do art. 42 da Constituição Federal, acima citados, constituem hoje os incisos VI e VII do § 3º do art. 142, por força da Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998.

Isto posto, rejeito a primeira preliminar.

Na *segunda preliminar*, a Defesa requer a suspensão do presente processo até o julgamento das Ações Cautelar nº 96.2712-9 e Ordinária nº 96.3720-5, em trâmite na 2ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Mato Grosso do Sul, sob a alegação de que são questões prejudiciais.

Nas referidas ações, dizem os autos, o Justificante busca a anulação das punições que lhe teriam sido impostas sem a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ora, é sabido que o Conselho de Justificação não julga punições, nem quanto ao mérito e nem quanto às formalidades exigidas para a sua aplicação; julga fatos, pouco importando se esses fatos tenham resultado, ou não, em punições disciplinares.

Assim, não há falar em questão prejudicial.

Ademais, a preliminar ficou prejudicada pelo Mandado de Segurança nº 345-2/MS, impetrado pelo próprio Justificante com o fim de obter o prosseguimento do presente feito e que foi concedido na sessão de 28 de agosto de 1997.

Isto posto, não conheço da segunda preliminar.

Na terceira preliminar, a Defesa requer, novamente, seja declarado o impedimento de 02 (dois) membros do Conselho de Justificação, o Coronel Renato Ribas Danguí e o Tenente Coronel Reinaldo Goulart Corrêa.

Alega que o primeiro é conchudo do Coronel João Carlos Cané-pelle, no seu entender o principal acusador no processo, e que o segundo, Tenente Coronel Reinaldo Goulart Corrêa, também é acusador como mostra o documento de fls. 175/177.

Aduz que em tais circunstâncias é de se aplicar o § 2º do art. 5º, da Lei nº 5.836/72, que dispõe, *in verbis*

"art. 5º

§ 2º Não podem fazer parte do Conselho de Justificação:
o oficial que formulou a acusação;

os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco sangüíneo ou afim na linha reta ou até quarto grau de consangüinidade colateral ou de natureza civil; e ..."

No que diz respeito à questão da afinidade, vale repetir o magistério de Washington de Barros Monteiro, *in* "Curso de Direito Civil", 2º volume, p. 235/236, citado no parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, fls. 1128/1129, *in verbis*:

"A afinidade é vínculo de ordem jurídica; ela não decorre da natureza ou do sangue, como o parentesco por consangüinidade, mas tão somente da lei. Esse conceito vem claramente expresso na língua inglesa, que designa o afim pelo mesmo vocábulo com o qual indica o consangüíneo correspondente, acrescentando-lhe a frase *in law* (segundo a lei). Assim, sogro é chamado *father in law* (pai segundo a lei) e conchudo *brother in law* (irmão segundo a lei).

A afinidade é, outrossim, relação de índole estritamente pessoal e não se estende além dos limites traçados em lei. Dessa regra decorrem as conseqüências seguintes: a) nenhum vínculo de afinidade existe entre os parentes dos cônjuges; b) os afins de cada cônjuge não são afins entre si (*affines inter se non sunt affines, porquanto affinitas non parit affinitatem. Assim, conchudos não são afins entre si*). c) ... "

Ainda citando o parecer da Procuradoria-Geral, acrescente-se recente decisão da Suprema Corte relativa a arguição idêntica a do justificante, assim ementada, *in verbis*:

"Ementa: Habeas Corpus. Improcedência das nulidades alegadas na impetração. Acrescente-se que, no que concerne ao fato de

que um jurado seria concunhado do irmão da vítima, que, além de não haver parentesco por afinidade sequer com o irmão da vítima, e portanto muito menos com a vítima - o que afasta a existência de impedimento —, o certo é que, tendo sido as votações dos quesitos incriminadores do ora paciente tomadas por seis votos a um, a participação de outro jurado em lugar dele não teria influência alguma no julgamento, o que, também, é bastante para afastar qualquer alegação de prejuízo. Habeas corpus indeferido.(HC nº 70.730/PR; Relator: Ministro Moreira Alves; DJU de 16/12/94 pág. 34.887)."

Ademais, o Coronel João Carlos Canéppelle foi Comandante do Justificante e testemunha no Conselho de Justificação, mas não figura como acusador nos presentes autos. A simples leitura do documento de fls. 003/008 é bastante para dissipar qualquer dúvida a respeito.

Igualmente, não se pode chamar de acusador o Tenente Coronel Reinaldo Goulart Corrêa somente por ter autenticado o documento de fls. 175/177, Boletim Reservado Especial que publicou nota de punição subscrita pelo General de Brigada Sylvio Lucas da Gama Imbuzeiro, Comandante da 4ª Bda C Mec.

Isto posto, rejeito a terceira preliminar.

Na quarta preliminar, a Defesa alega inexistência do devido processo legal e cerceamento de defesa nos procedimentos que resultaram nas punições disciplinares aplicadas ao Justificante; alega, ainda, cerceamento de defesa no Conselho de Justificação.

Irrelevantes as alegações relacionadas com punições disciplinares, eis que não dizem respeito ao Conselho de Justificação.

Quanto ao Conselho, foi cumprido fielmente o rito previsto na Lei nº 5.836/72.

O Justificante esteve presente em todas as sessões do Conselho, na conformidade com o estabelecido na citada lei; tomou conhecimento das acusações, constantes do documento de fls. 003/008, na 1ª sessão do Conselho; recebeu o Libelo Acusatório no momento processual adequado; e, foi assistido por defesa técnica.

É importante acentuar que o Libelo Acusatório, no Conselho de Justificação, corresponde à "indiciação do servidor" no processo disciplinar previsto no art. 148 e seguintes da Lei nº 8.112/90. Ele tem o propósito de dar conhecimento claro da imputação e assim facilitar ao Justificante contestá-la no exercício do seu direito de ampla defesa.

A defesa técnica, numa “*constante e robusta intervenção*”, nas palavras do ilustre parecerista da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, peticionou, requereu juntada de documentos, argüiu impedimento de membros do Conselho, requereu a suspensão do processo, apresentou rol de testemunhas, formulou quesitos para cartas precatórias e produziu alentadas Razões de Defesa.

Não há falar em cerceamento de defesa no presente processo.

Isto posto, não conheço da preliminar no que diz respeito a punições disciplinares e rejeito-a no que toca ao Conselho de Justificação.

Vejamos o mérito.

Contra o Justificante, Capitão do Exército Dalton Roberto de Melo Franco, constam as seguintes acusações:

a) ter agido de má fé com o Chefe da 4ª Seção do 1º Batalhão de Forças Especiais (Rio de Janeiro - RJ), em abril de 1991, ao apossar-se da chave de um dos paióis da Unidade; ter adentrado e retirado munição do mesmo, para fins particulares, sem autorização; ter concorrido para que não fosse cumprida ordem expressa do Comandante da Unidade referente ao assunto munição, e ainda, quando questionado sobre o fato, ter faltado a verdade;

b) ter, em abril de 1991, quando servia no 1º Batalhão de Forças Especiais, realizado ligação de comando com o 2º Regimento de Cavalaria de Guardas (Rio de Janeiro - RJ), sem estar autorizado pelo seu Comandante de Unidade, e de ter faltado à verdade para com o Comandante do 2º RCG e para com o seu Comandante de Unidade;

c) ter, em 01 de junho de 1995, deixado de cumprir ordem do seu Comandante de Unidade, 20º Regimento de Cavalaria Blindado (Campo Grande — MS), para que não mais tratasse de assunto relacionado com o Clube de Tiro de Campo Grande — MS, durante o horário de expediente, e, apesar de bem alertado, ter se dirigido ao Shopping Campo Grande, durante o expediente, fardado e em viatura militar, para tratar justamente desse assunto, deixando, assim, de cumprir ordem recebida;

d) ter, em junho de 1995, ao solicitar ao seu Comandante de Unidade autorização para viajar a São Paulo - SP, a pretexto de tratar da saúde, recebido ordem clara e expressa de que, assim que chegasse a São Paulo, entrasse em ligação com o Comandante e não ter cumprido essa ordem, não fazendo absolutamente nenhuma ligação, chegando mesmo a ser considerado como desaparecido, conforme legislação em vigor;

e) ter, em 06 de março de 1995, assinado por delegação documento em nome do Comandante do 20º Regimento de Cavalaria Blindado, sem que tivesse recebido essa delegação e, em consequência desse documento, ter retirado da conta corrente tipo “B” do Banco do Brasil importância que havia sido depositada através de cheque nominal ao 20º RCB, tudo sem dar conhecimento ao Comandante da Unidade;

f) servindo no 20º Regimento de Cavalaria Blindado, ter apresentado ao Comandante, em abril de 1995, suas Folhas de Alterações com rasuras, supressão de dados e punições, modificação de datas, graus e classificação em cursos, além da substituição das vias recebidas das OM por cópias xerográficas;

g) ter usado, por diversas vezes, em 1995, no 20º Regimento de Cavalaria Blindado, distintivo de curso que não realizou e, quando questionado a respeito, ter faltado à verdade; e

h) ter faltado à verdade, em junho de 1995, ao afirmar ao Comandante do 20º Regimento de Cavalaria Blindado que iria a São Paulo - SP para realizar uma cirurgia quando, na realidade, viajou para os Estados Unidos da América, sem qualquer tipo de autorização.

A primeira acusação refere-se a fatos pelos quais o Justificante foi denunciado perante o Juízo da 4ª Auditoria da 1ª CJM; a segunda, foi alcançada pela prescrição, nos termos do art. 18 da Lei nº 5.836/72; e, a penúltima, diz respeito a fatos que deram causa à denúncia do Justificante perante o Juízo da 9ª CJM.

As demais acusações, apreciadas na conformidade do § 2º do art. 160 do Regimento Interno do STM, e em cumprimento à decisão proferida no Mandado de Segurança nº 345-2/MS, apontam para um quadro de repetidas agressões aos preceitos da ética militar estabelecidos nos incisos I, IV e XIX do art. 28 da Lei nº 6.880/80, e aos deveres militares constantes dos incisos III e V do art. 31 do mesmo diploma legal.

Como diz o ilustre parecerista da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, à fl. 1131, *in verbis*:

“Os demais fatos ensejadores da submissão do justificante ao Conselho retratam igualmente uma conduta reiterada do sentido da perfídia, da mentira, do engodo, tramas seguidas, uma para tentar encobrir a outra.”

Particularmente grave foi a conduta do Justificante no episódio da viagem aos Estados Unidos da América.

O Justificante, tendo solicitado e obtido autorização para viajar a São Paulo a fim de realizar tratamento médico (fl. 553), na realidade permaneceu menos de 24 (vinte e quatro) horas naquela cidade, seguindo viagem para os Estados Unidos da América, a passeio, sem que para isso tivesse a necessária autorização. O próprio Justificante confirma em seu depoimento, à fl. 241, que viajou ao exterior sem autorização do Comandante Militar de Área.

Na ocasião, não tendo feito as comunicações regulamentares, o Justificante passou a ser considerado desaparecido, nos termos do art. 91 do Estatuto dos Militares, conforme fez público o Boletim Interno nº 117, de 26/06/95, do 20º RCB (fl. 131).

A Defesa, em suas Razões, às fls. 770/771 e 802, pretende fazer crer que o Comandante do Justificante não só tinha conhecimento da viagem, como *“autorizou que o Capitão Melo Franco viajasse antes da publicação oficial da autorização do Escalão Superior”*. Tal linha de defesa, entretanto, contradiz as próprias declarações do Justificante às fls. 240/242, o que a torna imprestável para o fim a que se propõe.

O estratagema utilizado pelo Justificante para viajar ao exterior sem a autorização regulamentar e o sigilo com que procurou cercar a viagem - consta de seu depoimento, à fl. 241, que sequer comunicou às pessoas da família que iria viajar — constituem conduta inaceitável para um Oficial das Forças Armadas.

Igualmente grave é a adulteração das Folhas de Alterações do Justificante, feita com o fim de melhorar, fraudulentamente, as informações de sua fé de ofício.

Como atesta a diligência de fls. 305/403, nas Folhas de Alterações foram constatadas rasuras, supressão de punições e modificação de datas, graus e classificação em cursos.

O Justificante nega que tenha feito essas alterações, embora elas tenham o sentido de beneficiá-lo, e diz, à fl. 243, não saber a quem atribuí-las. Em suas Razões, a Defesa, fazendo o que o Justificante não fez no depoimento, atribui a adulteração ao Comandante do 20º RCB ou ao Comandante da 4ª Bda C Mec, versão inverossímil e desprovida de qualquer suporte probatório.

É certo, entretanto, que as Folhas de Alterações estavam sob a responsabilidade do Justificante e que as irregularidades foram detectadas quando ele as entregou ao Comandante da Unidade, conforme esclarecem os depoimentos de fls. 270/277 e 359/360.

Também neste episódio, o comportamento do Justificante, do ponto de vista ético e moral, é inaceitável para um Oficial das Forças Armadas.

Grave, ainda, é a questão do ofício endereçado à Diretoria do Banco Real (fl. 349), solicitando recursos para o patrocínio de evento esportivo, que o Justificante assinou em nome do seu Comandante, sem que para isso tivesse a competente delegação.

Em consequência desse ofício, o Justificante, sem o conhecimento do seu Comandante, recebeu do Banco Real um cheque, nominal ao 20º RCB,

no valor de R\$ 7.480,00 (sete mil, quatrocentos e oitenta reais), conforme documentos de fls. 350/351, importância por ele sacada mediante a utilização de uma conta tipo "B" que deixou de encerrar quando passou a função de Comandante de Subunidade.

Em seu depoimento de fls. 238/246, o Justificante, perguntado se tinha delegação para assinar em nome do Comandante do Regimento, respondeu, evasivamente, "que o Comandante havia dado autonomia para realizar contatos relativos ao evento", o que, não precisa grande esforço para constatar, é coisa bem diferente.

O fato é que o Justificante não produziu e nem mesmo alegou a existência de tal delegação.

Não elidiu, portanto, a acusação que lhe foi feita.

Os autos tratam, ainda, de uma acusação sobre a ida do Justificante ao Shopping Center Campo Grande, na hora do expediente, para tratar de assunto particular relacionado com o Clube de Tiro, apesar do Comandante da Unidade ter proibido que esse assunto fosse tratado durante o expediente.

O Justificante, que foi punido disciplinarmente por esse fato, nega que tenha tratado do assunto em sua ida ao Shopping Center (fl. 240).

A Defesa requer, em suas Razões, que nesta instância se determine a oitiva do 1º Tenente Odom Luis Paraná de Souza, para esclarecer detalhe relacionado com o fato.

Não é de se deferir o requerimento, porque este não é momento processual oportuno para ouvir testemunhas e também porque, de qualquer forma, o episódio não altera o quadro antes delineado e os autos têm elementos bastantes para que se proceda o julgamento.

A Defesa dispensa grande parte de seu longo arrazoado para expor a versão segundo a qual o Justificante, tendo sido encarregado de uma sindicância, e posteriormente de outras investigações, para apurar fatos relacionados com o uso de entorpecentes por soldados, chegou à possibilidade de um Oficial, o 2º Tenente Luiz Sérgio da Costa Souto, e mais 03 (três) Sargentos, estarem envolvidos na venda de entorpecentes no Regimento.

A partir desse fato, diz a Defesa, desencadeou-se "ensandecida perseguição" ao Justificante, "tendo o mesmo sido punido em 07 (sete) oportunidades".

A abordagem é bastante minuciosa, mas nela é impossível separar a fantasia da realidade e, sobretudo, em momento algum se demonstra o vínculo entre a estória e o presente Conselho de Justificação.

O certo é que não teria sido possível submeter o Capitão Dalton Roberto de Melo Franco a este Conselho de Justificação, e de julgá-lo culpado, a despeito de todos os esforços que pudessem ter sido feitos pelo 2º Tenente Luis Sérgio da Costa Souto, por seu pai Coronel Souto, pelos 03 (três) Sargentos citados e por quem mais seja, se ele não tivesse, deliberadamente, percorrido a trajetória delituosa descrita nos autos.

Resulta claro dos presentes autos que o Justificante, Capitão Dalton Roberto de Melo Franco, ofendeu repetidas vezes princípios da ética militar e do dever militar, estatuídos na Lei nº 6.880/80, e revelou-se incapaz de responder positivamente aos estímulos da vida castrense e de assumir as mínimas responsabilidades inerentes ao oficialato.

O Justificante é de ser julgado culpado de incorreção no desempenho do cargo, de conduta irregular e da prática de atos atentatórios ao punitor militar e ao decoro da classe.

Os fatos apurados e as circunstâncias que os cercam revelam sua incompatibilidade com as exigências ínsitas à condição de Oficial das Forças Armadas.

DECLARAÇÃO DE VOTO
MINISTRO ALMIRANTE-DE-ESQUADRA
CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE
CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 168-0-MS

Votei em dissenso da maioria dos meus pares, tão somente quanto à sanção a aplicar ao Cap Ex Dalton Ribeiro de Melo Franco, eis que, julgado, à unanimidade, por esta Egrégia Corte Castrense, culpado dos fatos que lhe foram imputados no Libelo Acusatório.

A Sentença, majoritária, de 03/mar/98, declarou o citado militar incompatível com o oficialato e, em consequência, determinou a perda de seu posto e patente.

É curial ser o Conselho de Justificação, como se vê de forma clara, na Lei 5.836/72, um processo especial, destinado a julgar quanto a incapacidade do Oficial das Forças Armadas em permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

O Superior Tribunal Militar, julgando-o culpado dos atos ou fatos que lhe são imputados, sujeita-o à perda do posto e da patente, se considerado indigno ou incompatível para o oficialato, ou à reforma, se visto como incapaz de permanecer na ativa.

Tal julgamento, em seu escopo, cuida de avaliar o oficial, então justificante, dentro dos limites éticos-morais de seu comportamento a revelar, ou não,

por força de seu desvalor, em ter-se como irremissível a sua conduta e, *ipso facto*, a possibilidade de manter-se como oficial da ativa das Forças Armadas.

Como norma de conduta, a Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, elenca em seu Art. 28, dezenove (19) preceitos de ética militar, em que repousam os sustentáculos do elevado conceito que se tem por inerente àqueles que abraçam a carreira militar.

É mister ressaltar, no entanto, que a violação isolada de um ou de outro destes preceitos não importa, inexoravelmente, em se ter o oficial expurgado da classe ou afastado do serviço ativo. Na verdade, o que conduz a tais desideratos é o caráter comportamental que flui do conjunto de ações e atitudes do transgressor, a caracterizar, de vez, uma personalidade que não se harmoniza com os valores cultuados na caserna.

É sob esta moldura que impõe verificar-se aquilo que, transcendendo de sua constatada e injustificada conduta, grava o Cap Ex Dalton Ribeiro de Melo Franco, de modo negativo, no contexto ético-moral que é exigido do oficial das Forças Armadas.

Conforme se vê do Libelo Acusatório, de fls. 247/248, pesam contra o Cap Melo Franco, oito (8) imputações que retratam a prática de reiteradas transgressões disciplinares, em face das quais, foi, inclusive, devidamente julgado e punido pelas Autoridades Militares a quem, à época dos fatos, se subordinava.

O exame dessas ocorrências, que ora se constituem em acusações, não justificadas, de violação do dever e da ética militar, por parte do oficial, conforme concluiu o Conselho de Justificação em seu Relatório, de fls. 713 *usque* 726, revela, de pronto, que duas delas, (alíneas a e b), e referentes a atos cometidos pelo oficial em 1991, não que ser desconsideradas, eis que, além da primeira ser alvo de ação penal em curso na 4ªAud/1ªCJM, ocorreram há mais de seis (6) anos e, portanto, encontram-se prescritas para os efeitos da Lei 5.836/72, *ex vi* de seu Art. 18. Por sua vez, a imputação constante da alínea g, deu origem à denúncia do Justificante junto ao Juízo da Aud/9ªCJM, e de igual modo, há que ter a avaliação de seu mérito sustada até o trânsito em julgado da pertinente ação penal.

Assim, o Conselho de Justificação, em sua presente fase de julgamento, se ateu às demais acusações, constantes das alíneas c a f e da alínea h do Libelo Acusatório.

Passemos, então, a considerá-las, não mais à luz das razões do Cap Melo Franco, como expostas neste CJ e com as quais procurou se justificar, eis que já discutidas, à saciedade, e julgadas, à unanimidade, pelos Ministros do STM, como improcedentes, mas tão somente pelo desvalor com que se apresentam ante o que se exige do comportamento de um oficial das FFAA.

O escopo do Conselho de Justificação limitando-se, como já assinalado, ao sopesamento do caráter ético-moral do comportamento do Oficial Justificante exige, de início, que se esclareça o que há de se entender por ética.

Em seu sentido genérico, ética é a ciência que elege as normas de conduta ou de comportamento humano, para que o homem, observando-as, resolva as contradições que se apresentam durante o seu viver e, sintetizando-as, pautе suas ações sob os valores individuais, sociais, morais, psíquicos e culturais que, verdadeiramente, concorram para o bem comum.

A ética-militar, como espécie da ética geral, a esta se integra formando um todo harmônico, não sendo, pois, concebível uma ética militar em justaposição à ética geral, ou pior, ter-se aquela em contraposição a esta.

No entanto, os valores do comportamento humano, à luz da ética militar, hão que ser analisados, basicamente, na ambiência e nos limites da micro-sociedade castrense, no caso, o Exército Brasileiro.

A leitura atenta do Art. 28 do Estatuto dos Militares, revela-nos dezoito preceitos de ética militar, que, descrevendo normas de conduta a serem observadas pelos integrantes das Forças Armadas, hão que ser vistos à luz da semântica que se aplica ao sentimento do dever, ao pundonor militar e ao decoro da classe.

Tais sentimentos que devem reger a conduta do Oficial das Forças Armadas, são distintos entre si, embora, por vezes, concorram para amoldar uma figura de mérito comportamental.

É curial que o sentimento de pundonor militar está intrinsecamente vinculado ao de dignidade, brio, honra, assim como, também, o de decoro da classe. Já o sentimento do dever está relacionado com a responsabilidade funcional do militar, cuja não observância acarreta respostas disciplinares ou penais, que podem retratar, inaptidão para o exercício da função militar, ou, até mesmo, a incompatibilidade para o oficialato.

No entanto, o sopesamento entre dignidade, incompatibilidade e inaptidão, quando relativos ao exercício do oficialato, há que ser mui acurado, eis que é tênue a faixa que os separa. Assim, no âmbito militar, admite-se que todo oficial indigno é incompatível com o oficialato, embora nem todo oficial considerado incompatível com o oficialato seja um oficial indigno.

Da mesma forma, nem sempre a inobservância, contumaz ou não, dos deveres especificados em lei, implica em se ter o oficial como incompatível com o oficialato, antes tal comportamento pode aflorar pela sua inaptidão para o exercício da função militar.

In casu, a análise dos atos pelos quais o Cap Melo Franco foi considerado culpado, revela, a meu sentir, um quadro que nos conduz ao encontro de uma personalidade rebelde e irresponsável, demonstrada por um contumaz descumprimento do dever militar, seja pela inobservância de normas ou instruções regulamentares, seja, por vezes, pelo desamor com a verdade que cercam suas atitudes no âmbito da caserna, pelo que foi, várias vezes, punido disciplinarmente.

Não afloram dos autos, condutas morais ou funcionais que retratem ser um oficial indigno a permanecer como oficial do EB, com o que, aliás, acordam os Ministros desta Corte Castrense.

Por seu turno, a incompatibilidade do Cap. Melo Franco, tendo caráter eminentemente funcional e indisciplinar, está mais vinculada ao exercício do serviço ativo, do que a impossibilidade de se tê-lo, também, como inativo, e, conseqüentemente se ver expurgado de sua classe.

Esses são os fundamentos pelos quais, julgando-o culpado, considerei incapaz de permanecer na ativa e o declarei reformado.

Brasília, 03 de março de 1998 — Alte Esq. Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Ministro.

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 175-2-DF

Conselho de Justificação. Patente, "in casu", a incompetência da autoridade nomeante. Preliminar de nulidade suscitada de ofício. Anulação do processo "ab initio". Oficial da MB sob acusações de procedimento incorreto no desempenho do cargo, conduta irregular e incapacidade no exercício de funções militares. Feito nomeado pelo Diretor do Pessoal Militar da Marinha, com base em subdelegação de competência para tanto. Inteligência do inciso I do Art. 4º da Lei nº 5.836/72, que demarca, "in casu", como de competência do Ministro de Estado da Marinha, a nomeação da espécie "in tela", sem contemplar qualquer possibilidade de delegação de competência nesse sentido. Por conseguinte, a subdelegação de competência mencionada "ut retro", ainda que pautada, "stricto sensu", em decreto permissivo de tal finalidade, carece inquestionavelmente de específico respaldo legal para a hipótese "sub examine", visto que, em admiúndo-se o contrário, restaria violado o princípio da hierarquia das

leis, resguardado, inclusive, pela própria Constituição Federal, na exatidão do que se confere do Parágrafo único do seu Art. 84. Cristalina a incompetência da autoridade nomeante do evidenciado CJ, que, em virtude de acolhimento de preliminar de nulidade argüida de ofício, se declara anulado "ab initio", com fundamento calcado, sobretudo, na Lei nº 5.836/72, Art. 4º, inciso I, bem como no Art. 5º, inciso LIII, da Carta Magna, e no Art. 500, inciso I, do Diploma dos Ritos Castrenses, ressaltando-se, contudo, na "quaestio", a possibilidade de sua renovação, através de competente decisão do Ministro da Força Singular a que pertence o Justificante. Decisão por unanimidade.

Relator — Min. Alte Esq. Carlos Eduardo Cezar de Andrade.

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

O Exmº Sr. Ministro de Estado da Marinha, em cumprimento ao disposto no art. 13, inciso V, letra "a" da Lei nº 5.836/72, encaminha os autos do Conselho de Justificação a que foi submetido o Cap. Ten. Mar. Ricardo Machado Malveira.

Advogados — Drs. Antonio Ricardo Mesquita da Silva e Aaron Rafael Mesquita da Silva.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, preliminarmente, anulou o Conselho de Justificação *ab initio*, por falta de competência da autoridade nomeante, ex vi do Art 4º, inciso I, da Lei nº 5.836/72, Art 500, inciso I, do CPPM e Art 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, ressalvada a possibilidade de renovação, a juízo de conveniência e oportunidade do Exmº Sr Ministro de Estado da Marinha. Na forma regimental, fizeram uso da palavra o Advogado Dr Antonio Ricardo Mesquita da Silva e Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. Kleber de Carvalho Coêlho. Pedindo a palavra pela ordem, o advogado da defesa requereu fosse feito a juntada aos autos, por linha, da íntegra de suas razões, tendo sido deferido pelo Presidente.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Kleber de Carvalho Coêlho. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo e José Enaldo Rodrigues de Siqueira. (Extrato da Ata 33ª Sessão, 02.06.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em declarar este examinado Conselho de Justificação nulo *ab initio*, por falta de competência da autoridade que o nomeou, *ex vi* do Art. 4º, inciso I, da Lei nº 5.836/72, do Art. 500, inciso I, do CPPM e do Art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, ressalvada a possibilidade de renovação, a juízo de conveniência e oportunidade do Exmº Sr. Ministro de Estado da Marinha.

Brasília, 02 de junho de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Ministro-Presidente — Alte Esq. *Carlos Eduardo Cezar de Andrade*, Relator — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Revisor.

RELATÓRIO

O Exmº Sr. Diretor do Pessoal Militar da Marinha, através da Portaria nº 0626, de 28/mai/97, (fls. 09), nomeou um Conselho de Justificação para julgar, *ex officio*, o Cap Ten Ricardo Machado Malveira, sob fundamento do Art. 2º, inciso I, alíneas a) e b), e inciso III da Lei nº 5.836, de 05/dez/72.

Do respectivo Libelo Acusatório, fls. 03/08, vêem-se contra o Justificante dezenove (19) acusações, e quatro (4) punições disciplinares, estas totalizando trinta (30) dias de prisão rigorosa, e, aquelas, relativas, de um modo geral, a atitudes consideradas incabíveis no procedimento funcional de um Oficial, agravadas algumas, inclusive, por haverem sido tomadas em sua qualidade de Imediato de um Navio de Guerra, *in casu*, o Navio-Patrolha “gurupi”, das quais se destaca: a) dormir em serviço noturno com o seu navio em plena navegação; b) deitar-se no piso do passadiço do navio, por diversas vezes, quando de serviço de oficial de quarto, no período noturno; c) tratar a tripulação em termos incompatíveis com a disciplina militar; d) efetuar serviço de oficial de quarto descalço; e) entrar com um cachorro na coberta de rancho do navio durante reunião do Comandante com a guarnição; f) ter chorado em reunião com a guarnição de seu navio, quando se desculpava por seu comportamento como Imediato; g) apresentar-se em parada com um cachorro no colo; além de outras que, de forma geral, versam sobre condutas não condizentes com sua condição de Oficial e de Imediato.

À instância do próprio CJ, fls. 196/199, foi o Justificante submetido a Exame de Sanidade Mental, fls. 294/297, declarando os Peritos responsáveis por essa inspeção, realizada em 1º/jul/97, que o mesmo encontrava-se perfeitamente hígido no período compreendido entre ABR e AGO/96, época de ocorrência dos fatos elencados no Libelo Acusatório.

Em 20/jun/97, o Justificante constituiu como seu Advogado, o Dr. Antonio Ricardo Mesquita da Silva, OAB/RJ Nº 24.651, e, ainda, os demais constantes da Procuração apensa aos autos, fls. 159.

Assistido pelo nominado causídico, viu-se o Justificante, a 24/jun/97, qualificado e interrogado, fls. 165/168.

Carreou-se para os autos, na sustentação do Libelo Acusatório, oito (08) depoimentos testemunhais, fls. 170/180, 182/186, 188/189 e 250/257, e mais dez (10) pelo Justificante, fls. 239/243, 246/248, 259/265 e 281/287.

As Razões por Escrito do Justificante, foram elaboradas e apresentadas pelo seu Patrono de Defesa, fls. 314/343.

Sob o crivo dos Juízes do CJ que julgaram comprovadas 13 das 19 acusações constantes do Libelo Acusatório, restou o Justificante, em votação unânime, como culpado, nos termos assinalados no Relatório, fls. 358/371.

Concluso o feito, viu-se, em seguida, remetido, fls. 376, pelo Diretor do Pessoal Militar da Marinha, autoridade nomeante, ao Exm^o Sr. Ministro de Estado da Marinha, que, aceitando a decisão de culpabilidade expressa contra o Justificante, despachou nos autos, fls. 377, determinando o encaminhamento dos mesmos a este Egrégio Pretório Castrense.

Neste grau *ad quem*, distribuídos a este Relator, fls. 381, intimou-se, à vista do Art. 15 da Lei nº 5.836/72, ao Justificante, fls. 383, para oferecimento de sua defesa por escrito.

Vendo-se isto a cargo do Advogado constituído do Justificante, não trouxe este aos autos uma peça defensoria propriamente dita, como aliás exigido pela fase de tramitação do feito, optando em peticionar, fls. 396/398, dentre outras medidas, no sentido de que fossem requisitadas cópias autênticas dos autos da Sindicância e do Inquérito Policial Militar aludidos na Parte Acusatória motivante deste CJ, e, bem como, as fitas eletromagnéticas que serviram à gravação de todos os atos pertinentes ao mesmo.

Oficiando nos autos, fls. 402/404, pela douta PGJM, o seu diligente Parecerista, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, frisando pela ausência da devida manifestação defensiva *in nomine* do Justificante, aludiu, contudo, relativamente à petição supracitada, que, com exceção das indicadas fitas de gravação, os demais pedidos elencados pelo seu Advogado faziam-se, *in casu*, realmente admissíveis de atendimento.

Concorde este Relator, tratou-se de, por despacho de 10/dez/97 (fls. 43) diligenciar junto à Diretoria do Foro das Auditorias da 1^a CJM, a fim de que se visse atendida, como sugerido pelo *custos legis*, o que requerido pelo ilustre Advogado do Justificante.

Isto feito, e novamente dado vistas dos autos ao referido causídico para oferecimento da defesa escrita, vieram-me eles conclusos em 26/mar/98, com longa manifestação defensoria às fls. 721 *usque* 750, na qual argúi uma preliminar de inconstitucionalidade da Lei 5.836/72 e três de nulidade do presente CJ, para, no mérito, requerer seja o Justificante declarado não culpado das acusações constantes do libelo.

Por final, e mais uma vez oficiando no feito em evidência (fls. 757/761), o douto Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, tece o seguinte parecer, *verbis*:

“O feito padece de vício procedimental “ab ovo” qual seja, sua instauração por autoridade militar incompetente, eis que a Portaria de nomeação do Conselho foi lavrada pelo Diretor do Pessoal Militar da Marinha (fls. 09), contrariando o disposto no Art. 4º, inciso I, da Lei nº 5.836/72.”.

Relatados, decide-se:

VOTO

Entende este Relator de, neste passo, suscitar, de ofício, na forma do Art. 79, § 1º, do RISTM, preliminar de nulidade atinente a este CJ, em face dos seguintes considerandos:

I — recentemente, acolhendo preliminar argüida pela douta PGJM, esta Corte Superior Castrense, ao julgar o Conselho de Justificação nº 171-0/DF, à unanimidade de seus membros, declarou o referido feito nulo *ab initio*, posto a sua constituição haver emanado de autoridade incompetente para tanto, desde que, nos estritos critérios ditados pela Lei nº 5.836/72, compete, respectivamente, a nomeação da espécie tão somente aos Ministros de Estado da Marinha, Exército e Aeronáutica; e aos Comandantes de TO, de ZD ou de Forças Singulares Isoladas, quando em campanha.

Entendeu esta Corte tratar-se, como, também, no caso em apreço, de competência exclusiva e individualizada, haja vista não existir dispositivo de lei autorizando a sua atribuição a outro agente público que não o respectivo Ministro de Estado da Força a que pertença o Justificante.

E por que:

A consulta a vários juristas nos revela que a maioria é de parecer que a atribuição de competência, quando explicitamente prevista em lei, só pode ser delegada a outrem se também autorizada por lei.

Desses pareceres, destaca-se o do Professor Regys Fernandes de Oliveira, in "Delegação Administrativa", Ed. Revista dos Tribunais, 1968, pp. 53 e 55 e de onde extrai-se os seguintes trechos, *verbo ad verbum*:

"A garantia dos cidadãos está em que as funções públicas sejam exercidas nos estritos limites da lei. Se a atividade atinge terceiros, estando o agente no exercício de suas funções, apenas poderá haver o constrangimento jurídico dos particulares, se existir base legal para tanto.

Com mais razão no tema que se cuida. Como o pressuposto da validade do ato é a competência e quem a fixa é a lei; somente por texto legal é que pode ser alterada, ainda que para exercício momentâneo. Como diz Miele, "a razão do necessário fundamento legislativo da delegação é bastante óbvia, partindo da consideração de que com a delegação se efetua uma variação da ordem legislativa das competências e que a variação consiste no tornar participantes da mesma competência do órgão ou ente delegado um outro órgão ou ente, que de outra forma não seria competente para dispor sobre o objeto da delegação."

O fundamento dado por Miele, mais do que qualquer outro, põe a nu a necessidade de que a lei preveja a possibilidade da delegação. É que se o ato da delegação vai implicar quem deva exercer a competência fixada, como se admitir que um ato de menor força jurídica possa perturbar a regularidade funcional do organismo."

"A delegação apenas é permitida diante do texto constitucional ou legal expresso, pois embora não implique em alteração da competência estabelecida, atribui seu exercício a outro órgão, que não aquele normativamente designado. Não se pode alterar, ainda que apenas o exercício, através de ato administrativo, o que foi fixado a nível legal."

No mesmo sentido Odete Medauar, in "Delegação Administrativa", Revista Forense, vol. 278, 1982, p. 24, registra, *in verbis*:

"A nosso ver a fonte ou suporte primeiro da delegação administrativa, no direito brasileiro, deve ser a lei ou o decreto-lei. Com base na lei, o ato administrativo — regulamento, decreto, portaria — poderá ser o instrumento adequado para concretizar a delegação administrativa. Em suma, a lei cria condições para a delegação; o decreto a institui."

Também nos informa o Eminentíssimo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, (in "Teoria dos Atos Administrativos", Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 67), *"in verbis"*:

"A competência investe o funcionário, ou a autoridade, dos poderes para a prática do ato administrativo. Essa competência é intransferível, salvo nos casos em que a lei permite a delegação."

Portanto, no Direito Administrativo Brasileiro, a delegação de competência há que ser autorizada em ato de mesma hierarquia daquele que atribuiu a competência à autoridade delegante, eis que, de alguma forma, altera o que dispõe o texto legal.

Embora vigentes, as disposições constantes dos Arts. 12 e 6º, inciso III, do Decreto-lei nº 200, de 25.02.67, não conferem suporte legal às delegações de competência como a ora em apreço, eis que aquele diploma dispõe sobre essa matéria de forma genérica visando atender o princípio da descentralização da administração pública.

Já o inciso I do Art. 4º da Lei nº 5.836/72 demarca como sendo competência restrita e específica do Ministro da Marinha a nomeação do Conselho de Justificação, no âmbito da sua Força, embora ali não se veja, de forma explícita, ser esse ato exclusivo daquela autoridade.

Cumprе ressaltar, entretanto, que entendimento, simplista, de que — o que a lei não proíbe a lei permite — não encontra guarida na melhor doutrina. Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 22.ed., Editora Malheiros, p. 82, ao tratar da legalidade, assim se manifesta, "verbis:

"A legalidade, como princípio de administração (CF art.37 "caput") significa que o administrador público está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido ...

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "poder fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim"."

Aliás, a própria CF, em seu Art. 84, Parágrafo único, observa este princípio ao mencionar, expressamente, as atribuições conferidas ao Presidente da República, passíveis de serem delegadas a terceiros, ali especificamente nominados.

II — a Lei 5.836/72, ao longo de sua atenta e completa leitura, não revela admitir, mesmo de forma implícita, qualquer possibilidade de delegar-se competência para a nomeação prevista no inciso I, de seu Art. 4º; e

III — verifica-se do Conselho de Justificação em pauta, referente a Oficial da MB, não haver sido esse nomeado expressamente pelo Ministro de Estado da Marinha, e sim pelo Diretor do Pessoal Militar da Marinha, por subdelegação do Diretor-Geral do Pessoal da Marinha, conforme Portaria nº 248, de 27 Jun 96, desta autoridade, fls. 09, a qual, por sua vez, a recebeu por força de Portaria Ministerial nº 098/96.

Por sua vez, a Portaria Ministerial 098/96, já referida, fundamenta-se no Inciso VI, Art. 7º do Decreto nº 967, de 29 Out 93, sendo curial que decreto não pode alterar lei.

Cabe, pois, neste passo, decidir-se, “*in casu*”, de plano, e por analogia, em conformidade com o julgado retro-apontado, do qual aflora o entendimento desta Corte.

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 1.565-0-RJ

Deserção. Exército. Prisão legal. Comunicação tardia da prisão. Relaxamento indevido pelo juízo a quo. 1. Embora a deserção seja um delicto formal, que se consuma num determinado momento, seus efeitos perduram no tempo, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência consideram-na, também, um crime instantâneo, de efeitos permanentes. 2. Por essa razão, depois de consumado o crime, o desertor encontra-se em estado de flagrância, recebendo da Lei Processual Penal Militar o mesmo tratamento que se dá ao preso em flagrante, conforme a regra do art. 243, do CPPM. 3. É entendimento pacífico da jurisprudência dos Tribunais de que o relaxamento da prisão em flagrante, da qual a prisão do desertor na forma do art. 452 do CPPM, é congênere, só se justifica quando for reconhecida a inexistência dos motivos legais que autorizaram a prisão. Não é o caso dos autos. 4. A comunicação tardia ou a falta de comunicação, não invalida a prisão ex vi legis do desertor. “...a consequência da ausência ou tardia comunicação consistirá apenas em se promover a responsabilidade da Autoridade omissa ou retardatária...” (Tourinho Filho). Julgada prejudicada a presente Correição Parcial, por perda do objeto, determinando o seu arquivamento. Decisão unânime.

Relator — Min. Ten. Brig. do Ar Sérgio Xavier Ferolla.

Requerente — O Ministério Público Militar junto à 5ª Auditoria da 1ª CJM.

Requerida — A Decisão da Exm^a Sra. Juíza-Auditora da 5ª Auditoria da 1ª CJM, de 11/11/97, que determinou o relaxamento da prisão do Sd. Ex. Adriano Araújo da Silva, nos autos da IPD nº 292/97.

Advogada — Dra. Ana Maria David Cortez — Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicada a presente Correição Parcial, por perda do objeto, determinando o seu arquivamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior e Germano Arnoldi Pedrozo. Ausente o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata 11ª Sessão, 10.03.1998)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, na forma do Voto do Relator, em julgar prejudicada a presente Correição Parcial, por perda do objeto, determinando o seu arquivamento.

Brasília, 10 de março de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Ten. Brig. do Ar *Sérgio Xavier Ferolla*, Relator.

RELATÓRIO

Verifica-se que consta dos autos que o Soldado do Exército Adriano Araújo da Silva, servindo no 27º Batalhão de Infantaria Pára-quedista (Rio de Janeiro-RJ), ausentou-se daquela Unidade, sem autorização, desde 12 de setembro de 1997 (fls 06), vindo a consumir o crime de deserção no dia 21 do mesmo mês (fls 07).

O Sd. Adriano apresentou-se, voluntariamente, em 31 de outubro de 1997, sendo, na mesma data, recolhido ao xadrez. A prisão do desertor foi comunicada ao Juízo competente 10 (dez) dias após aquela providência (fls 10).

Distribuído o respectivo processo de deserção à 5ª Auditoria da 1ª CJM, a Juíza-Auditora Substituta, Dra. Maria Letícia de Alencar, proferiu a seguinte decisão (fls 11):

Verbis: "Verifico, analisando estes autos, especialmente o documento de fls., que o indiciado apresentou-se, voluntariamente, no 27º BI Pqdt, aos 31 de outubro p.p e que a comunicação de sua prisão se deu, apenas, na data de hoje, 11/11/97, embora o referido documento esteja datado do dia 10 de novembro.

Tal comunicação — absolutamente intempestiva — enseja o reconhecimento de ilegalidade da custódia, que deve ser imediatamente comunicada, nos termos da Constituição brasileira, submetido o seu conhecimento ao crivo do Judiciário desde logo, constituindo o exame de sua legalidade direito subjetivo do cidadão.

Isto Posto, determino o relaxamento da prisão de Adriano Araújo da Silva, que deve ser posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Determino, outrossim, a expedição de ofício ao Comando do 27º BI Pqdt para que informe por que motivo a prisão não foi imediatamente comunicada.

Expeça-se Alvará, cientificando-se a Defensoria Pública e concedendo-se vista ao MPM."

Às fls 13, Alvará de Soltura, devidamente cumprido no dia 11 de novembro de 1997.

Inconformada com tal decisão, tempestivamente, a Representante do Ministério Público Militar requereu a presente Correição Parcial (fls 02), fundamentando o pedido na forma abaixo transcrita (fls 03/05):

"... Primeiramente, cumpre ressaltar que a prisão em causa decorreu do art. 452 do Código de Processo Penal Militar, e que, nos precisos termos do art. 453 da mesma lei, somente impõe-se a liberdade do desertor que não for julgado no prazo de sessenta dias.

Segundo o art. 5º, LXII, da Constituição Federal, toda e qualquer prisão deve ser comunicada imediatamente ao Juiz competente, o que não teria ocorrido na hipótese em exame.

O decurso de tempo entre a prisão e a efetiva comunicação ao Juízo, de dez dias, foi bastante para que a autoridade judiciária, considerando ilegal a custódia, a relaxasse.

Todavia, há que se argumentar que a falta de comunicação pode constituir falta funcional, ou mesmo crime, não consistindo, por si só, em causa determinante de ilegalidade da prisão. Aliás, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no tocante a Prisão em Flagrante:

"Falta de comunicação da prisão à autoridade judiciária no prazo legal: fato que somente poderia nulificar a prisão se provado o uso, pela autoridade policial, de coação contra o indiciado (...)".

Observe-se, ainda, que o julgado refere-se à falta de comunicação de prisão ao juiz competente. In casu, trata-se de mero atraso, vez que a autoridade militar promoveu a comunicação dez dias após o encarceramento do Sd Adriano Araújo da Silva.

Mister ressaltar que somente se encontra previsão legal para a soltura de "desertor" se, decorridos sessenta dias, não for este julgado. Evidentemente, se considerado incapaz para o Serviço das Forças Armadas, fica o indiciado isento da reinclusão e do processo por determinação legal. Conseqüentemente, há de ser liberado.

Isto posto, demonstrada a ocorrência de error in procedendo, cometido pelo Juízo ao não obedecer às normas processuais cabíveis à espécie, observando-se, outrossim, que a custódia foi considerada ilegal unicamente em conseqüência de atraso na comunicação ao juízo, vem o Ministério Público Militar requerer seja deferida a presente correição parcial, objetivando o restabelecimento da prisão do Sd. Adriano Araújo da Silva."

Em Contra-razões, sustenta a Defensoria Pública o acerto da decisão hostilizada, pugnando por sua manutenção (fls 15/16).

Em Despacho de fls 17, após manter o *decisum* impugnado, foi determinada a subida do pleito correicional a esta Corte.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls 23/27, da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opina pelo indeferimento da Correição Parcial.

Por determinação do Relator, vieram ao processo as informações de fls 33, com as quais o Dr. José Victor Marques dos Santos, Juiz-Auditor da 5ª Auditoria da 1ª CJM informa que a IPD nº 292/97 é, atualmente, o Processo nº 529/97-2, cuja denúncia contra o Sd. Ex. Adriano Araújo da Silva foi recebida em 19/12/97, tendo sido designada a data de 19/02/98, para a citação do referido acusado e o dia 26/02/98 para qualificação e interrogatório, o que de fato aconteceu, estando o processo com vista à Defesa para indicação de testemunhas.

Por tratar-se de processo em que atua a Defensoria Pública, foi determinada a intimação pessoal do ilustre Representante da Defensoria Pública-Geral da União, junto a este Tribunal, de que o feito foi posto em mesa para julgamento (fls 34Vº).

Isto posto

Passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Nos últimos tempos, temos visto com certa freqüência e bastante preocupação, que alguns juízes-auditores da Justiça Militar da União, em suas manifestações judiciais, têm procurado tirar do crime de deserção a especial relevância que a lei atribui a tal delito esquecendo-se, os que assim procedem, dos reflexos negativos que essa atitude traz às Forças Armadas, uma vez que a deserção é um dos crimes considerados de peculiar gravidade no seio da Instituição Castrense, pois além de atentar contra o dever militar, está relacionada — pelos menos em tese - a um ato de covardia daqueles que a cometem.

Por outro lado, não é a primeira vez que um juiz-auditor considera ilegal a prisão de um desertor, pelo fato de a autoridade militar não comunicar “imediatamente” à auditoria seu recolhimento ao xadrez.

Até parece que os magistrados que assim entendem, desconhecem as peculiaridades da prisão a que se sujeitam os desertores, quer se apresentem voluntariamente (como no caso concreto), quer sejam capturados.

Como é sabido, a prisão do desertor não é mera faculdade concedida à autoridade judiciária militar. Tal decorre de imperativa previsão legal, ínsita no artigo 452 do Código de Processo Penal Militar, que dispõe, *in 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” (Grifamos).

Embora a deserção seja um delito formal, que se consuma num determinado momento, seus efeitos perduram no tempo, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência consideram tratar-se de crime instantâneo, de efeitos permanentes.

Por essa razão, depois de consumado o crime, o desertor encontra-se em estado de flagrância, recebendo da Lei Processual Penal Militar o mesmo tratamento que se dá ao preso em flagrante, conforme regra prevista no artigo 243, nos seguintes termos:

“Art. 243 — Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito”.

Tratando-se de procedimento ordinário, o prazo para que o indiciado possa ser mantido preso é de 50 (cinquenta) dias, conforme artigo 390, do CPPM, prazo que corresponde, também, à conclusão da instrução criminal.

Entretanto, no caso do processo especial de deserção, a mesma norma processual dispõe de modo diverso, estabelecendo que se o desertor não for julgado no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, "... salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo".

No caso concreto, não se vislumbra nos autos nenhuma relação entre a prisão do Soldado Adriano Araújo da Silva, realizada no último dia 31 de outubro, por força do artigo 452, do CPPM e a alegada intempestividade na comunicação de tal prisão por parte do 27º Batalhão de Infantaria Pára-quedista, efetivada em 10 de novembro de 1997 (fls 10), fato este tido pelo Juízo *a quo* como bastante para demonstrar a ilegalidade da prisão e suficiente para determinar o relaxamento da mesma (fls 11).

É entendimento pacífico da jurisprudência de nossos Tribunais de que o relaxamento da prisão em flagrante, da qual a prisão do desertor na forma do artigo 452 do CPPM, é congênere, só se justifica quando for reconhecida a inexistência dos motivos legais que autorizaram a prisão. Não é o caso dos autos. O que noticia o processo é um interregno de 10 (dez) dias entre a clausura do desertor e a correspondente comunicação ao Juízo competente. E o atraso na participação de qualquer prisão, em tese, pode constituir-se em abuso de poder a ser atribuído à autoridade administrativa sem que, necessariamente, resulte na invalidação do ato prisional.

Sobre o assunto, leciona o Professor Tourinho Filho:

"... dispõem os incisos LXII, LXIII e LXV do art. 5º da Lei Maior:

"A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada".

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

"A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

Assim, cumpre à Autoridade que lavrar o auto de prisão em flagrante comunicá-la ao Juiz e esta comunicação é feita enviando-se ao Magistrado cópia do auto respectivo. Se, porventura, o

Juiz entender não ser o caso de flagrante ou se achar terem sido inobservadas as formalidades legais, poderá relaxá-la e, conforme o caso, poderá inclusive providenciar, junto ao órgão da acusação, apuração da responsabilidade da Autoridade coatora (...).

Não se pense, todavia, que a falta de comunicação ou a comunicação não feita “imediatamente” invalidará o flagrante. Conforme salientou o Excelso Pretório, tal comunicação não é requisito de legalidade da prisão, mas um meio de se evitarem prisões ilegais. Assim, a consequência da ausência ou tardia comunicação consistirá apenas em se promover a responsabilidade da Autoridade omissa ou retardatária... ”. (sem grifos no original)

(Processo Penal — Fernando da Costa Tourinho Filho, 12ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 3º volume, 1990, páginas 402/403).

Diante do exposto, razão assiste à Representante do Ministério Público Militar junto à 5ª Auditoria da 1ª CJM, ora Requerente, quando sustenta a ocorrência de *error in procedendo* por parte da Magistrada prolatora da decisão hostilizada.

De fato, o entendimento predominante nesta Corte é o de que é cabível Correição Parcial quando, nos autos de uma Instrução Provisória de Deserção, há o relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória a desertor, antes de decorridos os 60 (sessenta) dias de clausura previstos no artigo 453, do CPPM, exceto se o mesmo for julgado “incapaz para o serviço militar”, caso em que tornar-se-ia impraticável sua reinclusão ao efetivo das Forças Armadas, tendo como consequência lógica sua liberação da prisão, por falta de condição de procedibilidade.

Não há nos autos notícia de incapacidade do Sd. Adriano.

Embora reconhecida a existência de erro inescusável cometido pelo Juízo *a quo*, relaxando, indevidamente, a prisão do Sd. Ex. Adriano Araújo da Silva, efetuada por força de disposição legal, *in casu*, a presente Correição Parcial restou prejudicada, por perda de objeto, uma vez que já decorreu prazo superior a 60 dias, contado da data da apresentação voluntária e conseqüente prisão do desertor, ocorrida em 31 de outubro de 1997.

Em que pese o Sd. Adriano ter cumprido apenas 10 dias de prisão, não há como reverter a situação atual ao *statu quo ante*, por extrapolação do prazo previsto no artigo 453 do CPPM, acrescido do fato de o desertor em nada ter contribuído para o relaxamento indevido de sua prisão, cujo Alvará de Soltura foi efetivamente cumprido em 11 de novembro de 1997 (fls 13), estando o processo seguindo o seu curso normal, com o réu solto.

Tivesse o MPM impetrado Mandado de Segurança contra a decisão hostilizada, com pedido de liminar, por certo esta Corte teria restabelecido a prisão do aludido desertor, em tempo hábil.

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 1.581-0-MS

Correição Parcial. Quebra de sigilo bancário. A quebra de sigilo bancário é, apenas, uma possibilidade legal. Não é regra, nem se pode transformar em rotina. Trata-se de tema de natureza constitucional que requer cautela e precaução no seu exame. In casu, a sustentação feita pelo CPJ ao indeferir o pedido na primeira instância convence de que a medida é mesmo desnecessária. Correição indeferida. Unânime.

Relator — Min. Dr. Aldo Fagundes.

Requerente — O Ministério Público Militar junto à Auditoria da 9ª CJM.

Requerida — A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 04.08.98, que indeferiu o pedido do Requerente de quebra de sigilo bancário de conta corrente de pensionista falecida, da qual o acusado Civil Vicente Cáceres continuou a receber valores depositados pela Base Aérea de Campo Grande.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a presente Correição Parcial.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata 58ª Sessão, 24.09.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, á unanimidade, nos termos do voto do Ministro-Relator, indeferir a presente Correição Parcial.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público Militar, junto à Auditoria da 9ª CJM, oferece a este E.STM a presente Correição Parcial, irresignado com a r. Decisão do CPJ/Aer daquele Juízo que, por maioria de votos, indeferiu o pedido do *Parquet* Militar, de quebra de sigilo bancário de pensionista falecida e da qual o acusado civil Vicente Cáceres, continuou a receber os valores depositados pela Base Aérea de Campo Grande.

Da representação ministerial, transcrevemos:

“Este Órgão do MPM manifestou denúncia contra o civil Vicente Cáceres, pela prática de estelionato, porquanto não comunicando o falecimento da pensionista da qual era procurador, continuou a receber os valores depositados pela Base Aérea de Campo Grande.

Em cota, solicitamos fossem requisitados os extratos bancários da conta-corrente e, em sustentação oral, afirmamos que o deferimento do pedido é medida imprescindível para a certeza de uma condenação e necessário para demonstrar que os valores depositados pelo Ministério da Aeronáutica efetivamente não estão na referida conta e foram integralmente sacados pelo acusado, cuidando-se da própria materialidade do delito.

O douto Conselho ao indeferir a solicitação, considerou que o pedido em questão corresponde à quebra do sigilo bancário, anteriormente requerida pelo Encarregado do IPM e indeferida em razão das provas produzidas, onde houve um acordo e o acusado assumiu a dívida.

Entenderam, ainda, os nobres julgadores, que há nos autos elementos suficientes para a apuração dos fatos, e que a quebra é medida de caráter excepcional, só admitida quando por outros meios não for possível a busca da verdade.

Entretanto, estamos em que o Egrégio Conselho não agiu com o costumeiro acerto.

Com efeito, entendemos imprescindível a quebra do sigilo bancário da conta-corrente da ex-pensionista porquanto dela depende a prova da própria materialidade do crime, ou seja, a prova do fato típico, do fato criminoso na sua totalidade, incluído aí o prejuízo alheio.

É sabido que o crime de estelionato é material e exige para sua consumação duplo resultado, ou seja, vantagem ilícita e prejuízo alheio, e é justamente este prejuízo do Ministério da Aeronáutica que deve ser suficientemente provado através da medida requerida, à qual nem a defesa se opôs.

Cumprir registrar que o processo de reversão da importância, que poderia demonstrar a insuficiência de saldo na referida conta e o aludido prejuízo foi, segundo o encarregado do IPM (fl. 153), realizado através de acordo com o Sr. Vicente Cáceres.

A confissão do acusado, as Relações de Crédito dos Beneficiários de Pensão do Ministério da Aeronáutica e o levantamento da Tesouraria da Base Aérea de Campo Grande, se foram elementos probatórios suficientes para lastrear a acusação, não o são, data venia, para formar o juízo de certeza exigido pela doutrina e jurisprudência como necessário para uma condenação criminal, se desacompanhados de elemento probatório que demonstre, efetivamente, que os valores depositados pela Administração Militar, após o falecimento da pensionista, não estão na conta-corrente da mesma.

O acordo no qual o civil assumiu a dívida e que serviu de fundamento para a decisão objurgada, não se presta a afastar a necessidade de se quebrar o sigilo bancário, e a sua valoração, como foi feita, fere o princípio da verdade real que vigora com mais intensidade no processo penal, onde a natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes.

De outra parte, os requisitos, segundo a Alta Corte, imprescindíveis à quebra do sigilo bancário como direito fundamental à privacidade e à intimidade e que foram observados pelo pedido do Parquet são:

“o princípio da objetividade material (que exige início de prova quanto à existência de um delito e de sua autoria); o princípio da pertinente adequação (que supõe relação lógica entre o objeto penal investigado e os documentos pretendidos); o princípio da proibição de excesso (que exige a demonstração da imprescindibilidade da prova para o êxito da investigação e a inexistência de outros meios menos danosos ou limitativos)” (Repertório IOB de Jurisprudência — 1ª Quinzena de julho de 1998, Misabel Abreu Machado Derzi, Professora de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Professora Titular da Faculdade de Direito Milton Campos).

Com tal decisão, data maxima venia, o Órgão do MPM se vê impedido de desempenhar sua missão, já que a ele cabe o ônus da acusação que restou cerceada por error in procedendo que causou tumulto no processo, por parte do douto Conselho Permanente de Justiça.

Ante o exposto, requer o Parquet das Armas seja deferida a presente Correição Parcial, para o fim de se quebrar o sigilo bancário da conta-corrente da ex-pensionista, remetendo-se ao Juízo a quo os extratos bancários requeridos."

Às fls. 07, a DPU, aduz, contra-arrazoando. Verbis:

"... a defesa não se opôs ao pedido formulado pelo Dr. Promotor, ou seja requisitar os extratos bancários da conta-corrente n.º 602771-1, junto ao Banco Bamerindus, Agência Dom Aquino, para exame pericial dos valores depositados e sacados da referida conta, por entender que o pedido formulado era com relação à pensionista Dona Aulógia Francisca Costa, e que, o mesmo se referia, principalmente, à documentos que já se encontravam acostados aos autos, ou seja, cópias da relação de crédito dos beneficiários de pensão (fls. 120/133), efetuada pela Aeronáutica para o Banco Bamerindus, onde se vê o nome da pensionista Eulógia grifado em cor preta.

Do ponto de vista da Defesa, a resposta do Banco, nada mais seria do que a que já consta na relação de crédito, emitida pelo Ministério da Aeronáutica (fls.120/133).

Por outro lado, não vê a defesa tenha o indeferimento do Egrégio Conselho, o condão de causar tumulto nos autos, uma vez que, vindo ou não, os extratos da pensionista, em nada modificará a situação processual até agora existente; não há que se falar em tumulto como quer fazer crer o nobre Promotor.

Diante do exposto, requer a Defensoria Pública da União, que, não seja deferida a presente Correição Parcial por entender que não houve ato tumultuário praticado pelo Conselho de Justiça para a Aeronáutica, por ser esta, medida de verdadeira Justiça."

A decisão impugnada foi tomada pelo CPJ em 4 de agosto de 1998 (fls. 19) assim, verbis:

"decidiu, por maioria de votos (4x1), indeferir o pedido de quebra de sigilo bancário, conforme o Artigo 5º, incisos X e XII, da

Constituição Federal, e ainda Artigo 38 da Lei n.º 4.595/64, sem prejuízo de ser apreciada futuramente a necessidade da medida, ficando os presentes devidamente intimados."

Acostada aos autos (fls. 09), a exordial acusatória que incursionou o acusado, nas sanções do art. 251, *caput*, do CPM. Para melhor situar a matéria, destacamos da inicial os tópicos a seguir:

"... o denunciado era procurador de sua sogra, Srª Eulógia Francisca Costa, junto ao Banco Bamerindus, agência Dom Aquino (fl. 17), onde o Ministério da Aeronáutica depositava regularmente na conta-corrente n.º 602771-0 a pensão deixada pelo companheiro da aludida senhora, o funcionário civil Primo Scalcheti, falecido em 06 de outubro de 1975, conforme documento de fl. 137.

A pensionista faleceu em 29 de maio de 1997, conforme Certidão de Óbito de fl. 16, e o denunciado, para continuar recebendo indevidamente a pensão, não comunicou o fato à Base Aérea de Campo Grande que, mantida em erro pelo silêncio ardiloso do antigo mandatário, continuou a depositar os valores até o mês de novembro do mesmo ano.

O denunciado sacava o dinheiro da referida conta-corrente através de cartão magnético, conseguindo obter ilicitamente para si, no período de maio a novembro de 1997, a quantia de R\$ 2.338,41 (dois mil, trezentos e trinta e oito reais e quarenta e um centavos), em prejuízo do patrimônio sob a administração militar.

Registre-se que o denunciado tinha plena representação dos meios e das conseqüências de sua ação criminoso, assim agindo para sanar dívidas contraídas pela pensionista.

A materialidade está comprovada pelas Relações de Crédito de fls. 117/130 e pelo documento de fl. 116, da Tesouraria da Base Aérea de Campo Grande-MS, além de depoimento testemunhal; a autoria, por prova indiciária, pela confissão de fl. 35 e pelo pagamento de uma das dez parcelas de R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais), através das quais o denunciado acordou restituir o valor (fls. 35 e 64/65)."

Às fls. 16, a Ata da audiência de qualificação e interrogatório do réu que disse ser sua esposa filha única da pensionista e que moravam juntos, há mais de 20 anos. Que dona Eulógia por ser filha de militar, era pensionista do Exército e que sua esposa, é filha do segundo casamento da mãe, com um funcionário da Aeronáutica, já falecido, do qual a mãe recebia pensão.

Opinando pela PCJM, fls. 35, a ínclita Subprocuradora-Geral Drª Marisa Terezinha Cauduro da Silva, traduz, finalmente, seu entendimento sobre a *quaestio*, *in verbis*:

“... somos pelo deferimento da presente Correção Parcial, com a finalidade de desconstituir a decisão que não oportunizou ao Ministério Público levar a termo o devido processo legal acusatório, com a conseqüente determinação por essa Egrégia Corte Castrense da quebra parcial do sigilo bancário referente a conta bancária da falecida pensionista Eulógia Francisca Costa, no período de março a dezembro de 1997.”

A DPU foi intimada às fls. 39 de que o feito foi colocado em mesa para julgamento.

VOTO

Na parte final da ata da sessão do CPJ na qual foi apreciada a quebra do sigilo bancário do denunciado, consta, *verbis*:

“Por derradeiro, o representante do Ministério Público Militar deu-se por satisfeito com a prova testemunhal produzida, pelo que a Juíza-Auditora determinou a abertura de vista à Defesa para fins do contido no Art. 417, § 2º, do Código de Processo Penal Militar.”

Isto indica que a instrução criminal se aproxima do encerramento, cumprido o rito processual pertinente.

A decisão do CPJ não é peça isolada nos autos. A rigor, é reiteração de indeferimento já ocorrido na fase inquisitorial. E está fundamentada, *verbis* (fls. 19):

“O Conselho Permanente de Justiça, então, passou a deliberar e, considerando que o pedido em questão corresponde à quebra do sigilo bancário, anteriormente requerida pelo Encarregado do IPM e indeferida em razão das provas produzidas, onde houve um acordo e o acusado assumiu a dívida; levando em conta ainda que há elementos nos autos suficientes para apuração dos fatos e ser a quebra medida de caráter excepcional só admitida quando por outros meios não for possível a busca da verdade; e que o Julgador deve, nestes casos proceder com cautela, prudência e moderação, pois o sigilo bancário decorre do direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas, consagrado na Carta Magna; decidiu, por maioria de votos (4x1), indeferir o pedido de quebra de sigilo bancário, conforme o Artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, e ainda Artigo 38 da Lei n.º 4.595/64, sem prejuízo de ser apreciada futuramente a necessidade da medida, ficando os presentes devidamente intimados.”

A quebra do sigilo bancário é, apenas, uma possibilidade legal. Evidentemente, não é regra nem se pode transformar em rotina.

Este Tribunal, sobre a matéria, tem se pronunciado com a cautela e as precauções impostas pelo debate de tema relacionado com direitos e garantias individuais. É matéria constitucional, portanto.

No presente caso, a sustentação feita pelo CPJ, e já transcrita, revela, a meu sentir, a desnecessidade da medida para a perfeita apreciação da *quaestio*.

Com estes fundamentos, indefiro a presente Correição Parcial proposta pelo nobre RMPM.

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 1.588-7-RS

Correição Parcial. Testemunho da genitora do acusado. Ocorrência de recusa em depor. O artigo 354 do CPPM faculta às pessoas que enumera eximirem-se da obrigação de depor. A lei não impede, porém, que o depoimento seja prestado, se as referidas pessoas a ele não se opuserem. Correição Parcial indeferida. Unânime.

Relator — Min. Alte Esq. José Julio Pedrosa.

Requerentes — Cláudio Luis Pereira Barbosa, Sd Ex e Wagner Ademir Silveira da Silva, Civil, requerem Correição Parcial nos autos do Processo nº 04/98-2, contra Decisão do Conselho Permanente de Justiça, de 1º de outubro de 1998, que rejeitou pedido da Defesa dos requerentes no sentido de interromper o interrogatório da testemunha informante Helena Pereira Barbosa, mãe de um dos acusados.

Advogada — Drª Zeni Alves Arndt, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a Correição Parcial.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata 80ª Sessão, 09.12.1998)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em indeferir a presente Correição Parcial.

Brasília, 03 de março de 1998 — Gen. Ex. Antonio Joaquim Soares Moreira, Presidente — Alte Esq. José Júlio Pedrosa, Relator — Dr. Antonio Carlos de Nogueira, Revisor.

RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial requerida pela Dr^a. Defensora Pública da União atuante na 1^a Auditoria da 3^a CJM, pretendendo o desentranhamento dos autos do depoimento prestado em Juízo pela Sr^a Helena Pereira Barbosa, genitora do Soldado do Exército Cláudio Luís Pereira Barbosa que responde a processo naquela Auditoria, como incurso no art. 240, § 5º (duas vezes) c/c art. 70, II e art. 80, todos do CPM.

No requerimento de fls. 03/04, a ilustre Defensora alega que a Sr^a Helena Pereira Barbosa demonstrou surpresa e inconformismo por se ver obrigada a depor contra o próprio filho, pois, quando da intimação para comparecer em Juízo, pensava que seria testemunha de defesa. E que o Dr. Juiz-Auditor, antes de iniciar a inquirição, advertiu-a de que ninguém está obrigado a depor contra descendente mas, aquela senhora, por ser pessoa muito humilde, não entendeu o significado dessa advertência e, por isso, mesmo visivelmente constrangida, respondeu a todas as questões perguntadas pelo Juízo, fazendo contundente prova em benefício da Acusação e em prejuízo do filho.

Que diante daquela situação, a Defesa suscitou questão de ordem e requereu a suspensão da oitiva do depoimento, com amparo no art. 354 do CPPM, o que foi indeferido. Diz que o Dr. Juiz-Auditor, "*indignado e emocionalmente descontrolado*", argumentou não ser oportuno interromper o depoimento e que a defesa poderia tê-lo impedido antes do seu início; e não o tendo feito, deveria permanecer calada até que o mesmo fosse concluído. Ato contínuo, continuou tomando o depoimento da testemunha.

Ressalta que a atitude do Magistrado constitui abuso, a uma, porque não tem razão quando afirma que as Partes somente poderão suscitar questão de ordem quando do término dos depoimentos, pois depois que o ato prejudicial se consumou de nada serve tentar remediar o dano; e a outra porque somente quando a testemunha começou a responder o que lhe era perguntado é que a Defesa poderia avaliar se ela fazia prova contrária aos interesses de seu descendente.

Salienta, por fim, que a testemunha tem o direito de se recusar a depor contra o seu próprio filho, com base no art. 354 do CPPM, e que o Órgão Acusador poderá colher outros depoimentos, até porque já arrolou diversas testemunhas, sendo este depoimento totalmente dispensável para o esclarecimento da verdade.

E requer que este Superior Tribunal Militar corrija o erro e determine seja desentranhado o depoimento da Sr^a Helena Pereira Barbosa, devendo o mesmo ser inutilizado para que dele nada reste nos autos e para que a lei seja obedecida.

Em contra-razões de fls. 16/18, a Dr^a. Promotora da Justiça Militar invoca a parte final do art. 354 do CPPM, sustentando que apenas o testemunho da Sr^a Helena Pereira Barbosa pode respaldar a confissão do réu quanto ao furto de uma das pistolas, pois foi a ela que este revelou o que fizera e foi ela quem contactou a pessoa que adquirira a "res furtiva", podendo confirmar a posse ilícita dessa arma por parte do réu e a subsequente transferência a terceiros. Ressalta ser irrelevante que a testemunha tenha entendido, ou não, a advertência feita com fundamento no art. 296 do CPPM, pois este deve ser interpretado em conjunto com o art. 354 do mesmo código, sem o que este segundo preceito tornar-se-ia letra morta. E que do cotejo entre ambos, conclui-se que, em respeito aos laços familiares, a lei não obriga ninguém a incriminar cônjuge, descendente, ascendente ou irmão, exceção feita à hipótese de ser o testemunho indispensável à prova do fato e de suas circunstâncias. Coerentemente, nesta última situação, há de prevalecer o interesse público sobre o privado (fl. 18).

E requer o improvimento da Correição Parcial.

Acompanham a inicial, trasladadas, as seguintes peças: denúncia e aditamento (fls. 05/10), Ata da Sessão de 1º de outubro de 1998 (fl. 11/12), e assentada de inquirição da testemunha Helena Pereira Barbosa (fl. 13).

A fl. 19, o Dr. Juiz-Auditor expõe as razões de sustentação do ato impugnado, nos seguintes termos, *in verbis*:

"A Defensora-Pública impetrou esta Correição Parcial, porque não lhe foi permitido interromper o depoimento da informante Helena Pereira Barbosa, arrolada como testemunha de acusação.

A ata registrou o modo como os fatos aconteceram e demonstra que incorreu erro, abuso ou ato tumultuário, que justifique esta Correição (fls. 11/12).

A informante foi previamente advertida (art. 296, § 2º do CPPM) e à defesa foi oportunizado contraditar, descabendo ulterior interrupção, durante o ato de inquirição do juiz (art. 352, §§ 3º e 4º do CPPM).

.....

O modo de se expressar da Defensora-Pública está em desacordo com o vernáculo, ao determinar o que o Juiz deve fazer (Remeta-se... deverão ser trasladados — fl. 02) ou, ao utilizar expressões indecorosas e de cunho subjetivo (o dr. Juiz-Auditor indignado e emocionalmente descontrolado — fl. 03), não correspondentes com a realidade” (fl. 19).

Juntados aos autos o Termo de Inquirição da Testemunha Helena Pereira Barbosa, prestado no IPM, no Quartel da 3ª ICFEx (fls. 20/22), e os Termos de Qualificação e Interrogatório do Soldado Cláudio Luís Pereira Barbosa (fls. 23/25) e do Civil Wagner Ademir Silveira da Silva (fls. 26/27).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer de fls. 35/40, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Nelson Luiz Arruda Senra, opina pelo conhecimento e não acolhimento da Correição Parcial.

A Defensoria Pública da União foi intimada de que o presente feito está em mesa para julgamento (fl. 43).

É o relatório.

VOTO

Insurge-se a Dr^a. Defensora Pública da União contra o indeferimento, por parte do Juízo a quo, do pedido de interrupção da oitiva da testemunha Helena Pereira Barbosa, genitora do Acusado Soldado do Exército Cláudio Luís Pereira Barbosa, postulando o desentranhamento dos autos do respectivo depoimento.

Não há como deferir o pleito da Defesa.

Com efeito, decorre do § 2º do art. 296 do CPPM que ninguém está obrigado a produzir prova que incrimine seu descendente, e ainda, do art. 354, que ao ascendente do Acusado é facultado eximir-se da obrigação de depor, salvo “quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”.

No dizer do Professor José Carlos Xavier de Aquino, in “A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro”, Ed. Saraiva, 1994, p. 85 :

“... os legisladores, no decorrer dos tempos, visaram, com a exceção em exame, proteger e respeitar os laços existentes entre as famílias. É evidente que, se não houvesse essa possibilidade de eximir-se ao dever de depor em razão do parentesco, criar-se-ia, no “eu” do suspeito que fosse obrigado a testemunhar contra um seu parente, um conflito interior consubstanciado entre o dever de dizer a verdade e a obrigação de ajudar um ente pelo qual ele nutre afeto. Portanto, concordamos em que o fundamento da exceção sub studio é a preservação da solidariedade familiar.”

A lei não impede, porém, que o depoimento seja prestado, se dele não eximir-se o ascendente. Proibidas de depor estão as pessoas enumeradas no art. 355 do CPPM, e entre elas não se encontram os ascendentes, descendentes ou outros parentes do Acusado.

In casu, conforme Ata de fls. 11/12, a testemunha foi advertida, nos termos do § 2º do art. 296 do CPPM, de que não estava obrigada a produzir prova contra seu filho.

Não obstante, prestou depoimento em Juízo, como informante, corroborando as declarações feitas no IPM, conforme comprova o Termo de Inquirição de fls. 20/22. E, desde o IPM a testemunha se dispôs a contar os fatos como deles tinha conhecimento.

De outro lado, prevê o § 3º do art. 352 do CPPM que o momento processual adequado para contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé, ocorre antes de iniciado o depoimento.

Mas, bem se verifica nos autos, que a Defesa não contraditou a testemunha, apenas requereu que se interrompesse a tomada de seu depoimento por ser mãe do Acusado.

Ora, a lei não veda o depoimento da mãe do Acusado, só lhe faculta eximir-se de depor. E, como já explicitado, o Juízo advertiu-a de que não tinha obrigação de acusar o filho e a testemunha não fez menção de se opor ao ato de testemunhar.

A decisão impugnada não implica, pois, em erro, abuso ou ato tumultuário, praticado pelo Juízo a quo, a ser corrigido pela via correicional.

Ausentes os pressupostos da alínea a do art. 498 do CPPM, impõe-se o indeferimento da presente Correição Parcial.

DESAFORAMENTO Nº 369-9-PR

Desaforamento. Interesse particular do acusado. Indeferimento do pedido. O desaforamento do processo é medida excepcional, acarreta uma derrogação de competência territorial e afeta a garantia do juiz natural. Conseqüentemente, somente é cabível tal providência quando a demonstração da excepcionalidade se mostrar convincente. Neste caso, a pleiteada alteração de foro fundamenta-se exclusivamente no interesse particular do Acusado, não se enquadrando o pedido em qualquer das hipóteses elencadas na legislação processual penal militar. Pedido indeferido. Decisão Unânime.

Relator — Min. Dr. Antonio Carlos de Nogueira.

Requerente — O 1º Sgt. Aer. José Carlos Pereira Ximenis, respondendo a processo perante a Auditoria da 5ª CJM, com fundamento no art. 109, letra a, do CPPM, pede o desaforamento dos autos do Processo nº 20/97-0, daquele Juízo, para a Auditoria da 12ª CJM.

Advogada — Dra. Eliana de Fátima Zanfelicé.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido com o conseqüente retorno dos autos à Auditoria da 5ª CJM para o prosseguimento da ação penal. Presidência do Ministro Aldo Fagundes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Kleber de Carvalho Coelho. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata 42ª Sessão, 1º.07.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, no sentido de indeferir o pedido, com o conseqüente retorno dos autos à Auditoria da 5ª CJM para o prosseguimento da ação penal, tendo em vista que não ficou demonstrado o interesse da justiça, na forma da alínea a do artigo 109 do CPPM.

Brasília, 01 de julho de 1998 — Dr. Aldo da Silva Fagundes, Vice-Presidente, no exercício ocasional da Presidência — Dr. Antonio Carlos de Nogueira, Relator.

RELATÓRIO

De acordo com os autos, em 07-02-97 o à época 1º Sgt. Aer. José Carlos Pereira Ximenis foi denunciado perante o juízo da 5ª CJM como incurso nos artigos 160 e 251 do CPM. Pela mesma denúncia, sua companheira, Srª Mara Rubia Morgado Rodrigues Fernandes, também foi acusada da prática dos delitos previstos nos arts. 251 e 223 do CPM. (fls. 02/05).

A citada denúncia foi integralmente rejeitada sob a alegação de incompetência territorial da Auditoria da 5ª CJM. O MM. Juiz-Auditor entendia que os fatos deveriam ser analisados pela Auditoria da 12ª CJM (fls. 101).

Analisando o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Militar, este Tribunal, *“por unanimidade, deu provimento ao recurso do MPM para, desconstituindo o Despacho recorrido: 1) declarar a competência, por prevenção, do Juízo da Auditoria da 5ª CJM para apreciar a denúncia quanto ao Art. 251 do CPM, à luz dos pressupostos do Art. 77 do CPPM, determinando, para tanto, a restituição dos autos àquele Juízo; 2) com referência aos delitos dos Arts 160 e 223, do CPM, receber a denúncia, determinando o prosseguimento do feito.”* (fls. 160).

O acórdão deste Tribunal prolatado no recurso acima citado transitou em julgado em 13-10-97 (fls. 180).

Com a baixa dos autos à 5ª CJM, em 15-12-97 a denúncia foi recebida no que se refere à acusação por infringência ao art. 251 do CPM, imputada ao Sgt. Ximenis e à civil Mara Rubia (fls.190). No dia 18-12-97 expediu-se FAX ao Comandante da Base Aérea de Florianópolis noticiando o recebimento da denúncia em relação ao militar (fls. 192). Pelo Ofício nº 20/SIJ/377, de 08-04-98, o juízo foi informado que o Sgt. José Carlos Pereira Ximenis fora licenciado da Aeronáutica, a pedido, em 18-03-98 (fls. 290), passando o citado ex-militar a residir em Manaus-AM.

A outra Acusada, Srª Mara Rubia Morgado Rodrigues Fernandes, faleceu em 15-04-98, conforme certidão de óbito de fls. 359, o que ensejou a declaração de extinção da punibilidade da de cujus (fls. 384).

Em 07-05-98 a Defesa pediu ao juízo que encaminhasse ao STM uma Representação apresentada pelo Acusado José Carlos Pereira Ximenis, requerendo desaforamento do Processo nº 20/97-0, da Auditoria da 5ª CJM para a Auditoria da 12ª CJM, alegando que, com o seu licenciamento da Aeronáutica, passou a residir em Manaus, sendo que a mudança de domicílio teve o objetivo de prestar assistência a seus filhos menores (fls. 365/372).

O Requerente aduziu que:

“No caso vertente, o pedido se fulcra no interesse da justiça, alínea a do referido artigo, por retardar os atos processuais, onerar a União Federal, além de prejudicar a defesa do acusado, pois é preceito constitucional, inserto no artigo 5º, LV, a garantia aos acusados em geral do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ora, o contraditório e a ampla defesa estão intimamente ligados, não havendo um sem o outro. Sendo a defesa uma garantia indisponível do acusado e, cabendo ao Estado garantí-la, através do Poder Judiciário, com todos os meios a ela inerentes, entende o acusado, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, ser de direito o desaforamento do presente feito, a fim de estabelecer a paridade de armas com o Órgão acusador, de vez que este tem representação em todos os Estados, o mesmo ocorrendo com a Força Aérea.

.....

Caso a competência seja mantida em Curitiba, e os atos processuais pertinentes forem realizados por carta precatória para a cidade de Manaus, é evidente que haverá um prejuízo incalculável à defesa posto que, a Procuradora do acusado não estaria presente, não podendo, em nome da ampla defesa, executar os atos a ela inerentes. Ademais, na função do Estado de dar a cada um o que é seu segundo os ditames da lei, além da garantia do contraditório e da plenitude do direito de defesa, está a isonomia processual e a bilateralidade dos atos processuais.

.....

Com as mudanças involuntárias verificadas, inverteu-se a situação e no momento, deixar o processo na 5ª CJM é tolher a ampla defesa do acusado e condená-lo por antecipação o que não se coaduna nem com a doutrina e nem com as decisões dos nossos Tribunais, considerando-se que as normas processuais são de direito público.

.....

Não bastasse isso, a impossibilidade do acusado em arcar com os ônus decorrentes de seus deslocamentos para a cidade de Curitiba — passagens de avião e estadia — além dos gastos telefônicos com sua procuradora para o trato de assuntos relativos à defesa; o que não ocorrerá se o processo se desenvolver no domicílio do acusado, o qual, evidentemente estará em contato constante com o seu procurador e exercendo seu direito de acompanhar pessoalmente os atos processuais pertinentes.”

Caso não atendido, pede “que as despesas atinentes à locomoção e estadia do acusado na sede da 5ª CJM, sejam custeadas integralmente pelo Juízo ou Órgão competente, sempre ressaltando a impossibilidade financeira do réu.” (fls. 365/372).

Em Primeira Instância, o RMPM assim se manifestou: (fls. 373v).

"Ressalvada a atribuição do Dr. Procurador-Geral, prevista no art. 109, § 2º, da Lei Processual Castrense, o Órgão do MPM na 1ª instância, objetivando a economia e a celeridade processual, manifesta-se favoravelmente ao desaforamento, nos termos do pleito defensivo".

Sobre o pedido da Defesa, em Sessão de 25-05-98 o CPJ assim se pronunciou: (fls. 382/383).

"No tocante ao pedido de desaforamento, este Órgão nada opõe ao pleito defensivo, tendo em vista que o acusado foi licenciado do serviço ativo da Aeronáutica e declarou residir na cidade de Manaus/AM, conforme noticiado às fls. 290, sobrevindo o óbito da companheira e conseqüente sobrecarga com relação aos dependentes. Acrescente-se que a competência deste Juízo deu-se por prevenção, conforme v. acórdão, fls. 161 a 178, particularmente ao estelionato, em tese, perpetrado. Assim sendo, entende-se que a presença do ex-militar junto ao Órgão jurisdicional permitirá amplitude de defesa, economia e celeridade processual estando este Juízo a disposição de eventual cooperação judicial, se for o caso. Em conseqüência, remetam-se estes autos com urgência ao egrégio Superior Tribunal Militar para os fins de direito."

Oficiando nos autos, a Doutora Solange Augusto Ferreira, Subprocuradora-Geral, opinou pelo indeferimento do pedido, porque o pleito versa interesse particular. (fls. 391/398)

É o relatório.

VOTO

Já vimos pelo relatório, que o pedido baseou-se na alínea "a" do artigo 109 do CPPM, que prevê a possibilidade de desaforamento "no interesse da ordem pública, da justiça ou da disciplina militar," e que o Requerente foi licenciado da Aeronáutica, apesar de encontrar-se sub judice. Em razão disso, transferiu sua residência para a cidade de Manaus/AM com a finalidade de prestar assistência a seus filhos. Em seu pedido, alega que não possui condições financeiras para arcar com despesas de locomoção (Manaus-Curitiba), bem como com estadia na sede da 5ª CJM. Alegou, também, que o desaforamento tem o objetivo de evitar prejuízos aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em reiteradas decisões, analisando casos semelhantes ao presente, este Superior Tribunal Militar firmou entendimento no sentido de que interesses particulares não justificam o desaforamento.

Nesse sentido, transcreve-se dois julgados da Corte, assim ementados:

DESAFORAMENTO Nº 348-6

“I — Não pode merecer prosperar para efeito de acarretar o desaforamento do julgamento por interesse particular do acusado. II. Tratando-se de medida excepcional, o desaforamento só é cabível em vista das ‘graves razões’ elencadas no art. 109 e alíneas do CPPM, o que não se vislumbra nestes autos. III. Pedido indeferido. IV. Decisão unânime.” (Rel. Min. Luiz Leal Ferreira).

DESAFORAMENTO Nº 355-9

“Desaforamento. Pleito fundado no interesse da justiça. Constituindo-se o desaforamento em derrogação da competência territorial que, por sua vez, afeta a garantia do juiz natural, mister a satisfatória e convincente demonstração da excepcionalidade legitimadora da pretendida alteração. Justificativa insuficiente. Pedido indeferido. Decisão Majoritária.” (Rel. Min. Jorge José de Carvalho).

Sobre o pleito, também é oportuno trazer à lume o Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, do qual merece destaque os seguintes trechos: (fls. 396/397).

“Analisando o caso dos autos, para se averiguar a existência do interesse da justiça ser prejudicado com o prosseguimento do processo, estando o acusado residente fora da comarca de Curitiba/PR, deve-se ter em conta o que poderá ocorrer no andamento do feito. E, ao fazer tal avaliação, não vislumbramos prejuízo à tranquilidade, à normalidade, da tramitação do processo,(...).

O interrogatório do acusado poderá ser realizado através de Precatória cumprida em Manaus/AM. Os demais atos processuais podem ser efetuados na comarca de Curitiba/PR, com a dispensa do requerente às sessões, sendo, somente, imprescindível a sua presença no ato do julgamento.

A advogada de defesa constituída pelo requerente, atuante no feito, tem escritório na cidade de Curitiba/PR (fls. 358), e, com certeza, em caso de desaforamento do processo, não terá condições de representá-lo em Manaus/AM. Nesse ponto, ao contrário do que se alegou, não se vê nenhum prejuízo para a ampla defesa e para o contraditório.

Outrossim, não existe nenhum prejuízo para a Justiça Militar com a permanência do processo tramitando no Juízo da Auditoria da 5ª CJM, Curitiba/PR, eis que, o acusado por não pertencer

mais à Aeronáutica, e encontrar-se residindo em Manaus/AM, não existe a obrigatoriedade, para esta Arma, de deslocá-lo entre as duas cidades para responder ao processo a que responde.

O desaforamento do processo é uma medida excepcional, acarreta uma derrogação de competência territorial, e afeta a garantia do juiz natural, e, conseqüentemente, apenas é cabível, nas hipóteses elencadas no art. 109, e suas alíneas, do CPPM. Em assim sendo, o pedido da medida excepcional deve se restringir àquelas hipóteses, devendo haver a satisfatória e convincente demonstração da excepcionalidade. O que não ocorreu na presente quaestio."

Como demonstrado à saciedade, a pleiteada alteração de foro fundamenta-se exclusivamente no interesse particular do Acusado, eis que passou a residir na cidade de Manaus-AM, não se enquadrando o pedido, portanto, nas hipóteses elencadas na legislação processual penal militar. Conseqüentemente, a solução que se impõe para este caso é o indeferimento.

No que se refere ao custeamento de despesas atinentes à locomoção e estadia do Acusado na sede da 5ª CJM, também pleiteado, caso não atendido o pedido de desaforamento, a matéria sequer merece consideração por parte do Tribunal, diante do absurdo de que se reveste a pretensão deduzida pelo Requerente.

EMBARGOS Nº 47.820-9-RJ

Embargos infringentes. Maus tratos. Incide no delito de maus tratos o agente que no comando de exercício e instrução, age com excesso, abusando dos meios de correção e disciplina, ocasionando lesões em subordinados. Consuma-se o delito com a simples exposição a perigo não só a vida como a saúde. Embargos rejeitados. Decisão majoritária.

Relator — Min. Gen. Ex. Germano Arnoldi Pedrozo.

Revisor — Min. Dr. Aldo da Silva Fagundes.

Embargante — Argenil de Paula Freitas, Cb Ex.

Embargado — O Acórdão do Superior Tribunal Militar de 01/07/97.

Advogada — Drª Adelcy Maria Rocha Simões Correa -Defensora Pública.

Decisão — O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos opostos, mantendo o acórdão embargado. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, que os acolhia, fará declaração de voto. Presidência do Ministro Antonio Carlos de Nogueira, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Sub-procurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Nelson Luiz de Arruda Senra. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo e José Enaldo Rodrigues de Siqueira. (Extrato da Ata 21ª Sessão, 16.04.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em rejeitar os presentes embargos, mantendo, em conseqüência o aresto atacado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 16 de abril de 1998 — Dr. *Antonio Carlos de Nogueira*, Ministro presidindo o julgamento — Gen. Ex. *Germano Arnoldi Pedrozo*, Relator — Dr. *Aldo Fagundes*, Revisor.

RELATÓRIO

Em 22/2/96, o Ministério Público Militar ofereceu denúncia contra o Cb Ex Argenil de Paula Freitas e o Sd Ex Márcio Pereira dos Santos, atribuindo-lhes a prática do delito de lesão corporal grave, por terem cometido agressões físicas em diversos militares que, sob o comando dos denunciados, participavam do Treinamento de Instrução Básica de Combate/95 (TIBC/95), realizado na Serra do Medanha, no Rio de Janeiro, na Oficina de Primeiros Socorros, incursionando-os no Art 209, § 1º c/c os Arts 70, II, "e", e 53, todos do CPM.

O Cb Ex Argenil utilizou-se de um facão e o Sd Ex Santos de uma vara e, conforme depoimentos constantes no IPM, espancaram três soldados, sendo que um deles sofreu diversas lesões descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito.

Por sentença de 06/08/96 (fls. 225/231), o CPJ da 1ª Auditoria da 1ª CJM, condenou o Cb Ex Argenil de Paula Freitas, a 02 meses e 20 dias de detenção, como incurso, por desclassificação, no Art 213 c/c o Art 70, inciso

I, ambos do CPM, fixando a pena-base em 02 meses e acrescida de 1/3 (um terço), sem *sursis*, por ser reincidente, porém com o direito de apelar em liberdade, e absolveu o Sd Marcio Pereira dos Santos, por insuficiência de provas, a teor do Art 439, "e", do CPPM.

Nesta Superior Instância, em sessão de 01 de julho de 1997, foi julgada a Apelação interposta pelo ora Embargante, tendo como Relator o eminente Ministro Carlos Eduardo Cezar de Andrade e como Revisor o eminente Ministro Olympio Pereira da Silva Júnior, decidindo o Tribunal, por maioria de votos, dar provimento parcial ao apelo defensivo para, mantendo a condenação, reduzir a pena imposta ao Cb Ex Argenil de Paula Freitas, para 02 meses e 12 dias de prisão. Vencido o Ministro Revisor, que dava provimento ao apelo para absolver o condenado, com fulcro no Art 439, letra "b", do CPPM.

Às fls. 301/320, encontra-se o venerando Acórdão embargado que ficou assim ementado:

"Maus tratos, Ocorrência em exercício castrense. Comprovação incontestada do delito. Tese defensiva contrapondo-se a decisorio condenatório de 1º grau, alegando como mera decorrência acidental a imputatio facti havida contra o apelante. Propósito esse que não se sustenta. Exuberantes se revelam, com pertinência ao quadro fático sub examine, as provas da conduta delituosa perpetrada pelo apelante, como reconhecido autor de maus tratos que infligiu, sponte sua, em recrutas submetidos à instrução de pára-queda. Mantida a condenação in tela, dá-se provimento parcial ao presente recurso no sentido de redução da pena imposta ao apelante, visto que a Sentença a quo não guardou coerência entre a penação e seu agravamento. Decisão majoritária".

O voto vencido da lavra do eminente Ministro Revisor, Dr Olympio Pereira da Silva Júnior, constante de fls. 295/296, ficou assim fundamentado:

"O tipo objetivo do crime previsto no artigo 213 do CPM, traz a conduta transcrita na ação de expor a perigo, perigo este que deve ser direto e iminente, concreto e demonstrado, nunca abstrato, incerto ou presumido.

Não tendo o agente acarretado situação de fato em que a vida de outrem é exposta a perigo direto e iminente, e não havendo vontade ou consciência no sentido de tal situação, não há o crime definido no artigo 213 do CPM.

É mansa e pacífica a jurisprudência em afirmar que este delito é infração de perigo. Assim, em se concretizando o dano, aquela figura delitiva desaparece, pelo princípio da absorção.

Tal interpretação é absolutamente aceita, mesmo que, tratando-se de disparo de arma de fogo, por exemplo, contra desafeto e existindo ofensa à integridade física deste, não há que se falar em perigo para a vida ou saúde e sim em lesões corporais.

Desta forma, não encontrando quaisquer elementos no processo (provas testemunhais e periciais) que apontassem na direção do crime previsto no artigo 213 do CPM, votei, evidentemente, pela sua inexistência, conforme letra "b" do artigo 439 do CPPM."

Inconformado com o mencionado aresto, embargou, tempestivamente, o Cb. Ex. Argenil de Paula Freitas, por intermédio da Defensoria Pública (fl. 325).

Os embargos foram admitidos (fl. 328), porquanto atendidos os pressupostos legais, sendo os autos encaminhados à douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oportunidade em que o ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Nelson Luiz Arruda Senra, opinou pelo não acolhimento dos embargos e a conseqüente manutenção do Acórdão hostilizado (fls. 351/356).

A 31/3/98, a Defensoria Pública da União, junto a esta Corte, foi intimada de que o presente processo foi posto em mesa para julgamento (fl. 365).

Por despacho de fl. 368 foi deferido pedido de abertura de vista à Defensoria Pública da União, na forma do Art 18, inciso VI, da LC 80/94, para apresentação do memorial constante de fls 372/375.

Relatado, decide-se.

VOTO

Conforme se verifica dos autos, o ora embargante foi denunciado por lesão corporal grave, tendo o Conselho alterado a classificação do delito para o de maus tratos, aplicando ao condenado a pena mínima prevista no artigo 213 do CPM, agravada pela reincidência no máximo previsto no artigo 73 do mesmo diploma castrense.

Nesta superior instância foi mantida a condenação sendo, porém, reduzida a pena, com a aplicação da agravante no seu mínimo (1/5), guardando, assim, coerência com a apenação.

Como bem analisou o venerando acórdão embargado restaram comprovadas pelo Auto de Exame de Corpo de Delito (fls.20/23) a que foi submetido um dos ofendidos, as agressões por ele sofridas, bem como a confirmação pelo Laudo Pericial de Reconstituição do Local da Agressão (fls. 99/103) de que o embargante bateu nos soldados nos ombros, braços e pernas, ambos realizados durante o inquérito e que foram corroborados em Juízo por intermédio de declarações harmoniosas dos ofendidos, de que haviam sido maltratados.

Não merece reparo o venerando acórdão desta Corte.

Os argumentos trazidos pela douta Defensoria Pública da União junto à 1ª Auditoria da 1ª CJM, embora com suporte no judicioso voto do eminente Ministro Revisor da Apelação, *data venia*, no caso concreto, não encontram respaldo na doutrina e na jurisprudência capazes de modificar o aresto embargado.

A conduta delituosa do Cb Argenil está perfeitamente integrada à figura típica do artigo 213 do Código Penal Militar.

Conforme exige o tipo penal em comento, existia uma relação instrutor-instruendo, ou seja uma espécie de vinculação jurídica entre o Acusado e as vítimas, sendo que as mesmas estavam sob seu comando em exercício de instrução realizado no Treinamento Individual Básico de Combate/95 (TIBC/95), uma vez que figurava como integrante daquela "oficina".

Não há como prosperar os argumentos expendidos pela Defesa com suporte no respeitável voto vencido quando afirma que "não tendo o agente acarretado situação de fato em que a vida de outrem é exposta a perigo direto e iminente, e não havendo vontade ou consciência no sentido de tal situação, não há o crime definido no artigo 213 do CPM."

Ora, o tipo penal descreve não só "expor a perigo a vida", mas também "a saúde", logo seus objetos jurídicos são a vida e a saúde humanas.

Ademais, quem age em total descumprimento as ordens em vigor na Administração Militar, efetuando agressões gratuitas e excessivas (tapas, pranchadas ...) em subordinados ocasionando-lhes lesões, age com abuso de meios corretivos ou disciplinares com as conseqüências previstas no texto legal.

O tipo penal não exige o dano efetivo. Eventualmente pode ocorrer, mas essencialmente é crime de perigo, consumando-se com a exposição do sujeito passivo ao perigo de dano.

É farta a jurisprudência distinguindo os dois delitos, da qual se destaca o Acórdão do Tribunal de Alçada Criminal, assim ementado:

"Se, em virtude dos maus tratos, a vítima sofreu lesões corporais leves, por aí ficou demonstrada a ocorrência de perigo concreto à sua saúde e, conseqüentemente, restou preenchido o tipo objetivo do delito do art. 136 do CP".(RJD 19/29).

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO
DOUTOR OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR
NOS AUTOS DOS EMBARGOS Nº 47.820-9-RJ.

Acolhi os Embargos interpostos pela Douta Defensoria Pública da União, em favor de Argenil de Paula Freitas, objetivando sua absolvição, por entender que o tipo do crime previsto no art. 213 do CPM, traduz a conduta da ação de expor a perigo.

Não encontrei, de nenhuma forma, no agir do acusado, a conduta exigida na infração penal.

Assim, com base nos mesmos argumentos que ensejaram meu voto discordante quando do Julgamento da Apelação, acolhi os presentes Embargos.

Brasília, 16 de abril de 1998 — Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro do STM.

EMBARGOS Nº 48.087-4-DF

Furto – Flagrante Preparado (Delito de Ensaio) – ocorrência. Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação – Súmula 145 do STF. A mudança do cenário do crime, adrede montado, colocando-se carteira no interior da pasta da pseudo vítima, deixada semi-aberta, com dinheiro que não lhe pertencia, constituiu-se em forma indireta de instigação. Cenário diverso do dia anterior. Criou-se, pois, uma farsa, distinta da realidade. Repugna, sob o aspecto moral, não aceitar o óbvio, o que os olhos vêem nas filmagens e a prova aponta como certo. Entretanto, não pode o agente estatal, como também a pseudo-vítima, no afã de surpreender o “larâpio” contumaz, criar cenário ou estimular a ação do mesmo para que possa ser surpreendido. Nesses casos o elemento subjetivo do delito existe em todas as suas circunstâncias, porém, sob o aspecto objetivo não há violação da lei. Embargos providos – Absolução do embargante. Decisão majoritária.

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor — Min. Alt Esq. Carlos Eduardo Cezar de Andrade.

Embargante — Fabrício dos Santos Silva, MN.

Embargado — O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 25 de junho de 1998.

Advogado — Dr. Alexandre Lobão Rocha, Defensor Público da União.

Decisão — O Presidente, na forma do Art. 67, parágrafo único, inciso I do RISTM, proclamou a decisão de dar provimento aos Embargos para, refor-

mando a decisão embargada, absolver o embargante com fulcro no Art. 439, alínea "b" do CPPM, contra o voto dos Ministros Carlos de Almeida Baptista, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior e Germano Arnoldi Pedrozo que mantinham o Acórdão embargado. O Ministro João Felipe Sampaio de Lacerda Junior fará declaração de voto. O Ministro Domingos Alfredo Silva não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. Ausente o Ministro José Júlio Pedrosa. O Ministro Aldo da Silva Fagundes encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 68ª Sessão, 29.10.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, em dar provimento aos presentes embargos infringentes para, desconstituindo o acórdão impugnado, absolver o embargante MN-Rc Fabrício dos Santos Silva, do crime previsto no Art. 240, c/c o Art. 30, inciso II, do Código Penal Militar, por ser atípica a conduta do mesmo, e, na conformidade da letra "b", do Art. 439, do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 29 de outubro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Ministro-Presidente — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Relator — Alte Esq. *Carlos Eduardo Cezar de Andrade*, Revisor.

RELATÓRIO

A Defensoria Pública da União junto à Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, em defesa do MN Fabrício dos Santos Silva, irressignada com o Acórdão desta Corte, prolatado nos autos da Apelação nº 48.087-4/DF, opõe os presentes Embargos Infringentes do Julgado, com fulcro no Art. 538 e seguintes do CPPM c/c o Art. 120 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar.

Em sessão de 25 de junho de 1998 foi julgada a Apelação, tendo como Revisor e Relator para Acórdão o Exm^o Sr. Ministro João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, decidindo o Tribunal, por maioria de votos, dar provimento

parcial ao apelo da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, para, reformando a sentença, condenar o embargante à pena de 04 (quatro) meses de prisão, como incurso no Art. 240, c/c os Arts. 30, inciso II, e 59, todos do Código Penal Militar, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos.

Formaram a parcela vencida os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, José Julio Pedrosa, Carlos Alberto Marques Soares e Olympio Pereira da Silva Junior (Relator), que, em sua declaração de voto vencido (fls. 442/3), assim se manifestou:

"Votei de forma divergente da maioria de meus pares, no que se refere ao apelo do Ministério Público Militar por entender que, em se tratando de crime contra o patrimônio, previsto no art. 240 do CPM, fica exigível para a sua caracterização, isto porque é crime que deixa vestígios, a identificação da res furtiva, pelo menos, ser encontrado em poder do agente e que a posse seja mansa e tranqüila.

Não há qualquer registro de valor probante, de que as outras subtrações que houveram, se houveram, foram de autoria do acusado. Negou-as sempre. Com relação ao furto filmado e confessado, razão assiste inteiramente à Defesa.

O flagrante foi preparado. Não havia a mínima possibilidade de que o acusado pudesse cometer o delito. Vem bem a Sentença atacada, quando coloca os fatos referentes ao flagrante, com a seguinte descrição:

"...Em razão do esquema previamente engendrado, inclusive com o ardiloso requinte de preparação das cédulas sujas de tinta, não há dúvida de que efetivamente o acusado protagonizou involuntariamente uma comédia..."

Tal procedimento, já é inclusive súmula do STF, nº 145, que diz que não há crime quando a preparação do flagrante torna impossível a sua consumação."

Ajuizados no prazo legal e distribuídos a este Relator em 11.09.98, foram os Embargos admitidos em 15.09.98, tendo baixado os autos para que a Defesa oferecesse razões recursais em 18.09.98 e, em seguida, abriu-se vista à PGJM no dia 1º do mês subsequente (fls. 449).

O Defensor Público da União, em petição de fls. 455/460, arrima-se no voto vencido do Ministro-Relator, pugnando pelo restabelecimento da absolvição do embargante e, ao final, pela intimação de representante da Defensoria Pública da União para sustentar oralmente seu pleito, sendo atendido às fls. 476 v.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls. 467/472, da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Nelson Luiz Arruda Senra, opinou pela reforma da decisão embargada e conseqüente absolvição do MN Fabrício dos Santos Silva, pelos seguintes fundamentos:

“Ocorre, que pelos próprios argumentos elencados no v. Decisum às fases do iter criminis é de se reexaminar, concessa maxima venia, que a execução fora contaminada pela prévia preparação realizada pelas autoridades navais, impedindo uma adequação da conduta à norma, impossibilitando qualquer consumação por parte da conduta do Marinheiro Fabrício. Isto porque: venia permissa, não pode haver execução no iter criminoso se os atos do agente são conduzidos a um preestabelecido e determinado resultado; se toda a ação que se visa punir é induzida por fatores externos atuantes, como colocado a fl. 426; se não houve qualquer comprovação de ter esse Marinheiro consumado um furto, pois nenhum bem foi encontrado em seu poder.

Permissa venia, não há como se admitir a hipótese de flagrante esperado, na medida em que houve claro induzimento, na postura de câmeras, dinheiro identificado, maleta aberta deixada em posição predeterminada a facilitar o “furto”. Não há como se admitir a consumação se nada foi apreendido como res furtiva. Nada comprovado quanto à cédula de cinquenta reais, a ter sido apanhada em poder do Marinheiro, dinheiro esse que não pertencia ao alegado Oficial consoante seu depoimento nos autos e como anotado na Sentença, fl. 376. Nada confirmado quanto ao dolo de que o militar condenado tivesse a vontade de reter para si o resultado de subtração.

Em reforço ao alegado no parecer, fl. 412, a prova de testemunhas de acusação e das vítimas é insuficiente para condenação, servindo de exemplo o testemunho da Sargento Rejane, a qual como uma das Praças ofendidas não se recordava do valor que fora retirado de seu poder. Elementos que foram efetivamente analisados na r. Sentença, como prova indiciária insuscetível de condenação.

Venia concessa, consultados os autos não viu e não vê este parecerista prova segura para a imposição de sanção penal, pois não é somente a dúvida a favorecer o processado, mas, principalmente, a incerteza a sua condenação, que deve nortear um julgamento justo.”

Conclusos a este Relator em 06.10.98, foram os autos colocados em mesa no dia 21.10.98, tendo sido intimada a Defensoria Pública da União em 26.10.98 .

É o relatório.

Examinados, passamos a decidir.

VOTO

Embarga o ilustre Defensor Público da União, junto à Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, por estar inconformado com o acórdão desta Corte, que nos autos da Apelação nº 48.087-4/DF, por maioria de votos, deu provimento ao apelo do Ministério Público e condenou o ora embargante à pena de 4 meses de prisão, como incurso no Art. 240, c/c os Arts. 30, inciso II, e 59, ambos do Código Penal Militar, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos.

Na ocasião este Relator filiou-se à tese do eminente Ministro-Relator, que, juntamente, com os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira e José Julio Pedrosa negavam provimento ao apelo do *Parquet* e mantinham a sentença de primeira instância que absolveu o ora embargante.

Inquestionavelmente, ante exame mais aprofundado dos autos, a tese vencida no acórdão embargado se amoldou ao melhor Direito.

Registre-se que não há qualquer dúvida acerca da autoria da conduta tida como antijurídica, em face da confissão do ora embargante e da filmagem "montada" pelos oficiais envolvidos no episódio.

O ponto nodal destacado no acórdão embargado se constitui no seguinte:

"Encerrada a instrução criminal, pálido se mostrou o conjunto probatório em relação à maioria dos furtos imputados ao Acusado.

Todavia, em relação ao furto praticado contra o CF José Francisco Boso da Silva, confessou o ora Apelado, com pleno atendimento ao disposto no art. 307 do CPPM, todo o iter criminis, até o momento em que se desfez da res furtiva, jogando fora a nota de dinheiro furtada, não consumando integralmente o delito, por circunstância alheia à sua vontade." (fls. 425).

Do acima exposto, conclui-se que o único fato passível de exame nesses embargos é o que está registrado nas fitas de vídeo em que o ora embargante aparece abrindo a pasta do CF José Francisco Boso da Silva.

O cerne da *quaestio* reveste-se em apontar se as ações tomadas pelos oficiais do gabinete do Senhor Ministro da Marinha para surpreender o acusado e prendê-lo constituem “flagrante preparado” ou “esperado”.

O CF José Francisco Boso da Silva, vítima da conduta do ora embarcante, tida como delituosa, em suas declarações prestadas no “auto de prisão em flagrante” assim destacou:

“O Comandante Newton disse-me que no dia seguinte, onze de outubro, iria montar novamente o mesmo esquema, dessa vez com duas câmaras de vídeo e com a carteira velha, com cédulas impregnadas com tinta, sendo uma delas de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Tudo foi montado conforme o Comandante Newton havia relatado.” (fls. 19).

Tais pontos foram ratificados em suas declarações prestadas no IPM e em Juízo (fls. 196/8).

Na prova testemunhal registrou-se, mais ainda, que no primeiro dia nada foi tirado, pois continha notas de pequeno valor. Até aí deparávamo-nos com condutas típicas de “flagrante esperado”, ou seja, idôneas ante a doutrina e a jurisprudência.

Porém, já na outra ocasião, como destacado pelo oficial “vítima”, resolveram encenar com uma carteira velha e com nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais), que nem pertencia à pseudo-vítima, CF José Francisco Boso da Silva.

Criou-se, pois, um cenário diverso da realidade, uma farsa.

Excedeu-se a autoridade administrativa na preparação do flagrante a ponto de contaminá-lo no seu todo.

O Professor Fernando Capez, participante do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, em seu Livro “Curso de Processo Penal”, às fls. 217, assim elucida o tema em questão:

“...Flagrante preparado ou provocado (também chamado de delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador): na definição de Damásio de Jesus, “ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consuma” (Direito penal, 13 ed., Saraiva, 1988, v. 1, p. 176). Trata-se de modalidade de crime impossível pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado. Assim, podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o

agente policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante. Neste caso, em face da ausência de vontade livre e espontânea do infrator e da ocorrência de crime impossível, a conduta é considerada atípica. Esta é a posição pacífica do STF, consubstanciada na Súmula 145: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação".

.....

O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda sua plenitude, mas, sob o aspecto objetivo, não há violação da lei penal, senão uma insciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada pelo agente, da exterioridade de um crime (RT, 689/333).

.....

O Flagrante esperado: nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível."

Como já destacamos acima, o cenário foi artificial, criado, o que é censurado na doutrina e na jurisprudência.

A bem da verdade, fora a "montagem" composta artificialmente, não se pode afirmar que houve instigação direta à conduta do embargante, posto que nenhuma ação de militares que sabiam da "montagem" interferiu no livre agir do réu.

A nosso ver estamos situados na linha divisória entre as duas formas de flagrante, sendo que uma delas caracteriza-se pelo chamado "crime impossível", denominado, também, por crime de ensaio, que resulta na atipicidade da conduta do agente.

Nela, como já destacado, o elemento subjetivo do delito existe em todas as suas circunstâncias. Entretanto, sob o aspecto objetivo não há violação da lei.

A distinção feita acima das 2 (duas) formas de flagrante só encontrou resistência no posicionamento do eminente jurista Magalhães Noronha, que dizia: "desde que não haja ineficácia absoluta do meio ou impropriedade total do objeto, o crime não é impossível."

Repugna-nos, sob o aspecto moral, sermos compelidos a não aceitar o óbvio, o que nossos olhos e a prova nos apontam como certo.

Entretanto, não pode o agente estatal, como também a pseudo-vítima, no afã de surpreender o "larápíio" contumaz, criar cenários ou estimular a ação do mesmo para que possa ser surpreendido.

Continuamos perfilhando a tese mais favorável ao ora embargante porque não podemos admitir a hipótese que possa vir a conduzir ao cárcere quem quer que seja, que praticou ação delituosa estimulada ou montada pela polícia ou militares, mesmo que no nosso íntimo tenhamos a certeza da autoria.

Ressalte-se, além do mais, que os militares que montaram o flagrante não conseguiram a *res furtiva* que, conforme confessou o ora embargante, jogou no vaso sanitário.

Destacamos que o *Parquet*, em duas oportunidades, emitiu parecer pela absolvição do ora embargante, sendo uma na apelação (fls. 408/413) e, agora, nos presentes Embargos (fls. 467/472) e ressaltou o ilustre parecerista, Dr. Nelson Luiz Arruda Senra, Subprocurador-Geral:

"Permissa venia, não há como se admitir a hipótese de flagrante esperado, na medida em que houve claro induzimento, na postura de câmaras, dinheiro identificado, maleta aberta deixada em posição predeterminada a facilitar o "furto". Não há como se admitir a consumação se nada foi apreendido como res furtiva." (fls. 471)

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO
DO MINISTRO TENENTE-BRIGADEIRO-DO-AR
JOÃO FELIPPE SAMPAIO DE LACERDA JUNIOR
NOS AUTOS DOS EMBARGOS Nº 48.087-4-DF

Votei vencido, porém convicto de que a decisão mais justa seria aquela predominante quando do julgamento da Apelação nº 48.087-0/DF, apreciada pela Corte em julgamento de 25 de junho último, de que fui Revisor e Relator para o Acórdão.

Sustentei naquele veredicto, em nome da corrente majoritária vencedora, que a conduta do acusado se ajustava ao preceito primário delineado no artigo 240, em sua forma tentada conforme a regra do artigo 30, inciso II, do CPM.

Restou afastada a aplicabilidade da Súmula nº 145/STF, por não se ajustar ao caso em comento, uma vez que a não consumação do delito decorreu de circunstância alheia à vontade do agente, mas por fatores ligados a ele mesmo, que vendo as mãos sujas de tinta, por iniciativa própria, desvencilhou-se da *res furtiva*, jogando o dinheiro fora.

Difere totalmente o caso concreto daquela situação imaginária que levou a Suprema Corte a delinear o verbete sumular nº 145, quando a própria polícia que arquitetou o cenário onde o *iter criminis* deveria se desenvolver, se vê na contingência de interferir no espetáculo por ela mesmo montado e impede que o delito se consuma. Falam os doutos que tal interferência da polícia, a rigor, sempre deveria existir, sob pena de envolver o próprio policial espectador como coadjuvante, partícipe ou co-autor, por presenciar a consumação de delito que a própria lei exige que ele, policial, evite, por dever de ofício.

O venerando aresto embargado, *datíssima vênia*, expressa decisão mais justa, em plena conformidade com as provas constantes dos autos, servindo como parâmetro básico as declarações prestadas em Juízo pelo Acusado, conforme se fez transcrever às fls. 425. A confissão serena, verossímil, na conformidade da lei, faz jus ao rótulo que se lhe atribui nas lides forenses, como sendo “a rainha das provas”.

A reprimenda judicial de 4 meses de prisão, por infração ao artigo 240, c/c artigo 30, inciso II e 59, tudo do CPM, com o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 anos, no sentir da corrente minoritária que componho, merecia ponderar.

Estes são os fundamentos de meu voto vencido.

Brasília, 29 de outubro de 1998 — Ten. Brig.-do-Ar João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 33.351-7-PA

Habeas Corpus preventivo. Trancamento de IPM. Punição disciplinar. Não se presta o remédio heróico constitucional a trancar IPM. Inexistência de constrangimento ilegal ou cerceamento do direito de ir e vir. Incabível, em princípio, contra ato punitivo disciplinar, por força de disposição constitucional (art. 142, § 2º) e infraconstitucional (art. 466, parágrafo único, alínea “a” do CPPM). Preliminar rejeitada. Pedido conhecido. Ordem denegada por falta de amparo legal. Decisão unânime.

Relator — Min. Ten. Brig. do Ar João Felipe Sampaio de Lacerda Junior.

Paciente — Arisvaldo Braulino Amorim, 2º Sgt. Mar., alegando constrangimento ilegal por parte do Comandante do IV Distrito Naval,

pede a concessão de Habeas Corpus preventivo, com solicitação de liminar, para anulação da portaria que instaurou IPM em andamento naquela OM.

Impetrantes — Drs. Marlys W. Zinezi Rodrigues e Monclar da Rocha Bastos.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, conhecendo do pedido e, no mérito, denegou a ordem por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. Ausente o Ministro Carlos Eduardo Cezar de Andrade. (Extrato da Ata 40ª Sessão, 29.06.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar para conhecer do pedido e, no mérito, denegar a ordem por falta de amparo legal.

Brasília, 29 de junho de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Ministro-Presidente — Ten. Brig. do Ar *João Felipe Sampaio de Lacerda Junior*, Relator.

RELATÓRIO

Consta que o pedido de *Habeas Corpus*, de caráter preventivo, foi impetrado pelos advogados Monclar da Rocha Bastos e Marlys W. Zinezi Rodrigues, em favor do 2º Sargento da Marinha Arisvaldo Braulino Amorim.

Apontam como autoridade coatora o Exmº. Sr. Comandante do 4º Distrito Naval, sediado em Belém-PA.

Aduzem os Impetrantes que o Paciente foi ouvido como testemunha pelo Exmº. Sr. Procurador da Justiça Militar em Belém, no procedimento de Representação exercido por Luciene Machado Cruz, mulher do Paciente, contra o Capitão-de-Mar-e-Guerra Lauro José Ferreira Junior, de que resultou requisição para instauração de IPM.

Que foi designado para Encarregado do IPM o Capitão-de-Fragata Ailton Bispo dos Santos, de posto inferior ao do indiciado, que era o Capitão-de-Mar-e-Guerra, contrariando o disposto no artigo 13, alíneas “a” a “d” do CPPM.

Que o Paciente foi convocado para depor no IPM quando sequer haviam sido ouvidos o indiciado e a Sr^a. Luciene Machado Cruz, esposa do paciente e responsável por promover a representação.

Dizem os Impetrantes (fls. 21):

“1.9 — O temor do paciente é que, pela manobra, invertidos sejam os papéis da representante e, por extensão, o seu, vindo com isso a sofrer punição de ordem disciplinar, previstas no RDAER e no Decreto nº 71.500/72, para não falar no crime de calúnia pelo qual poderá vir a ser denunciado, merê (sic) IPM instaurado ao talante da autoridade coatora”;

Dizem os Impetrantes, de forma inusitada, que a distribuição do presente pedido deveria ser por dependência ao HC nº 33.251-0/PA, uma vez que o Exm^o. Sr. Ministro Presidente do STM - Gen. Ex. Antonio Joaquim Soares Moreira - concedeu, liminarmente, salvo-conduto ao Paciente, em relação à mesma autoridade representada como coatora.

Sustentam que a Impetrante foi impedida de conhecer a Portaria e demais peças do IPM, embora legalmente constituída como advogada.

Requeru, no final:

1) Seja concedida liminar para:

- a) Admitir a distribuição deste pedido por dependência ao HC nº 33.251-0/PA;
- b) Declarar a nulidade do IPM instaurado por requisição do Ministério Público Militar, uma vez que seu Encarregado é de posto inferior ao do indiciado; e
- c) Fornecer Salvo-Conduto ao Paciente que receia ser punido disciplinarmente ou responder IPM por crime de calúnia.

2) No mérito, de forma imprecisa e obscura, persegue entre outros objetivos (fls. 26):

- a) A presença do Exm^o. Sr. Procurador da Justiça Militar em todos os atos do IPM, a fim de evitar constrangimentos ao Paciente, à Representante, às testemunhas e ao próprio indiciado.

b) Acesso aos autos do IPM e conhecimento prévio dos atos a serem realizados (depoimento, diligências, perícias, etc...); e

c) Notificação da autoridade coatora para que preste as informações necessárias e forneça cópias de documentos relativos ao IPM, que foram requeridos e sonegados à Advogada constituída.

Instruiu o pedido com cópia do ofício expedido pelo Promotor de Justiça Militar e endereçado ao Comando do 4º Distrito Naval, requisitando instauração de IPM (fls. 29/30); cópia da petição dirigida pela Impetrante ao Sr. Encarregado do IPM, requerendo diversas providências (fls. 31); e cópia da Decisão proferida pelo então Ministro Presidente desta Corte - datada de 16 de julho de 1997 concedendo liminar ao ora Paciente, para não ser ouvido em sindicância por se encontrar em licença médica, até que fosse emitido parecer médico afastando os traços que sugeriam estar o mesmo afetado relevantemente em sua saúde.

Entendendo que os documentos instrutórios eram insuficientes, reservou-se o Relator para decidir sobre o pedido de liminar após prestadas as informações pela autoridade coatora (fls. 37), ao mesmo tempo em que determinava a juntada de cópia do Acórdão proferido no HC nº 33.251-0/PA e que se certificasse a respeito do mesmo.

Pelo Comando do 4º Distrito Naval foi informado (fls. 86):

1) Que, por requisição do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 8ª CJM, foi instaurado IPM para apurar os fatos narrados pela Srª. Luciene Machado Cruz, inicialmente junto à Justiça Federal Comum, que declinou de sua competência em favor da Justiça Militar Federal.

2) Que os fatos apontados pela Sra. Luciene referem-se a alegações de fraude em processos licitatórios, ocorridos em 1996, no âmbito do Centro de Instrução Almirante Braz de Aguiar (CIABA);

3) Que o IPM vem sendo acompanhado pela Procuradoria da Justiça Militar, em Belém, na pessoa do promotor de Justiça Militar - Dr. Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues;

4) Que o Capitão-de-Fragata Ailton Bispo dos Santos foi substituído, como Encarregado do IPM, pelo Capitão-de-Mar-e-Guerra Carlos A. Trovão Ferreira da Silva;

5) Que o Capitão-de-Mar-e-Guerra Lauro José Ferreira Junior serve atualmente no Estado-Maior da Armada, em Brasília, razão pela qual foi expedida Carta Precatória para ouvi-lo;

6) Que o IPM, por força da legislação vigente, que aponta (fls. 87), foi classificado como confidencial; e mais "que não tem impedido o acesso e acompanhamento dos Advogados ao IPM em andamento, desde que revelaram *aminus* em fazê-lo."

E concluiu o Comando do 4º DN (fls. 88):

"Por oportuno, julgo pertinente participar a esse Tribunal, que a Sr^a. Luciene Machado Cruz e seu companheiro SG Arisvaldo Braulino de Amorim, desde meados de junho de 1997, vêm promovendo representações sucessivas sobre os mesmos fatos, contra o Capitão-de-Mar-e-Guerra Lauro José Ferreira Junior, junto ao Ministério Público Militar Federal, Ministério Público Estadual e, recentemente, junto ao Ministério Público Federal, distribuído ao Juízo da 5ª Vara Federal, sem, todavia, encontrar, nos tribunais, acolhidas às suas infundadas denúncias, como provado nos documentos anexos; e insistem em repetí-las, seguidamente, a todos quantos possam, até mesmo à Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados."

Remeteu a Autoridade Coatora vários documentos (em xerox), que acham-se acostados aos autos (fls. 89/118).

Pela Diretoria Judiciária foi juntada cópia do Acórdão proferido no HC nº 33.251-0/PA (fls. 43/48), de que foi Relator o eminente Ministro, Dr. Aldo da Silva Fagundes, julgado em sessão de 4 de setembro de 1997, transitado em julgado em 20/10/97 (fls. 49), cujo Acórdão foi assim ementado:

"Habeas Corpus, Caráter preventivo do pedido.

O paciente pretendia que lhe fosse assegurado o direito de não depor em uma Sindicância, que não se realizou. Desta forma, o HC ficou sem objeto.

Pedido prejudicado. Decisão unânime."

Em Decisão proferida no dia 18 último (fls. 120/121) após afastar a pretensão dos Impetrantes de ver o presente pedido ser distribuído por dependência a outro já apreciado pela Corte, com trânsito em julgado, pelo Ministro Relator foi negada a liminar requerida sob o argumento de que a propalada irregularidade relacionada ao Encarregado do IPM já havia sido sanada e que descabia a medida para prevenir punição de natureza disciplinar.

Instada, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral da Justiça, pelo lúcido parecer (fls. 127/130) subscrito pelo Dr. Alexandre Concesi — Sub-procurador Geral — que após discorrer sobre a inviabilidade da anulação do IPM, pretendida via de HC, que também não se presta a proteger o militar contra punição disciplinar, além de outras considerações mais que declinou com singular clareza, concluiu opinando pelo não conhecimento do HC, face a sua impossibilidade jurídica para declarar nulidade de IPM e isentar militar de punição disciplinar, menos ainda, preventivamente.

Se conhecido, opina “pela sua rejeição, por falta de amparo legal”.

Assim relatado, passou o Tribunal à decisão da preliminar de conhecimento do pedido.

VOTO

A respeito de “conhecer” encontramos na literatura jurídica que “o conhecimento pode ser do próprio juiz ou do tribunal: o juiz conheceu da petição de folhas, i.e., acatou o pedido nela contido. O Tribunal conheceu do recurso, ou seja, admitiu o seu processamento, o que não quer dizer que acolheu as suas razões.” (in “Enciclopédia Saraiva de Direito”, 1977, volume 18, pag. 164).

Diz mais a referida Enciclopédia: (ainda pag. 164).

“Conhecer do recurso significa que ele está em termos, que é cabível, que atende os preceitos legais para ser interposto inclusive no que se refere à competência;...”

No caso *sub judice* os atos supostamente arbitrários são debitados a uma Autoridade Policial Militar, (Comando do 4º Distrito Naval - art. 7º, alínea “e”, do CPPM), portanto, da competência desta Justiça Castrense.

Outrossim, a inicial reveste-se das formalidades legais.

Embora de rito especial, o *writ* é na verdade uma ação de contornos próprios, cujo escopo principal básico é assegurar o direito de locomoção caso se encontre configurado ou esteja ameaçado, em decorrência de ilegalidade ou abuso de poder.

Ensina Diomar Ackel Filho (in “*writs* constitucionais”, Ed. Saraiva, 1991, pag 11) que:

“Indiscutivelmente o writ é uma ação, embora de rito especial ou especialíssimo, como pretende Moacyr Amaral Santos, para quem no mandado de segurança (como, aliás, nos demais writs) “se desenvolve um processo de ação, um processo de partes”, em que a jurisdição se manifesta diante de uma pretensão viabilizada por via do direito de ação.”

Mirabete (Julio Fabbrini, in "Processo Penal", Ed. Atlas, 1995, pag. 697) acrescenta: "Trata-se realmente de ação penal popular constitucional, embora por vezes possa servir de recurso".

Assim, para conhecimento ou não do pedido é indispensável que, uma vez fixada a competência, sejam avaliadas as condições da ação, quais sejam:

1) Possibilidade jurídica do pedido — no caso, pedido de ordem de *habeas corpus*, onde, em tese, o autor encontra amparo no direito material, objetivando resguardar direito de locomoção;

2) Interesse de agir — surge da necessidade de se obter, através do processo (CPPM), a proteção ao interesse substancial; e

3) Legitimidade de parte — que, no *habeas corpus* torna-se despciendo, uma vez que a titularidade do direito de pedir a ordem, pela própria norma legal (art. 470 — CPPM) é ampla em seus horizontes (qualquer pessoa).

No caso vertente encontram-se evidenciados tais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais, decidiui a Corte, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, conhecendo do pedido.

NO MÉRITO

O Paciente figura no IPM em questão como simples testemunha, que sequer se obriga ao compromisso legal (art. 352, § 2º, *in fine*, c/c 301 e 354 do CPPM), porque a representação (notícia crime) foi oferecida por sua esposa.

Na condição de informante, nem mesmo se sujeita ao crime de perjúrio (falso testemunho — art. 346 CPM), não havendo razão, caso esteja dizendo a verdade, para temer represália por crime contra a honra (calúnia ou injúria).

Assim já decidiui esta Corte Castrense ao julgar o HC nº 32.927-7, em sessão de 15/06/93, de que foi relator o festejado Ministro, desta Casa, hoje aposentado - Dr. Paulo Cesar Cataldo — cuja ementa foi assim redigida:

"Habeas corpus. Indiciação em inquérito policial militar. Paciente que cala a verdade, como testemunha, ao ser inquirida em inquérito policial militar. Requisição de novo procedimento investigatório, pelo parquet, para apuração das circunstâncias em

que ocorrido o fato, a vista do comando proibitivo do art. 346 do CPM. O ministério público pode e deve promover os meios necessários a propositura da ação penal, não configurando tal procedimento ranhura a direitos, constrangimento injusto ou irrazoado passível de reparação via remédio heróico. Precedentes pretoriais. Pedido denegado. Unânime."

De outro modo não se presta o remédio heróico constitucional a trancar IPM, especialmente quando instaurado por requisição do Órgão Ministerial, como é o caso. Se o procedimento investigatório não se revestia das formalidades legais — que diga-se de passagem, já foram sanadas — compete ao indiciado e não ao Paciente, como testemunha, invocar a sua imprescritibilidade como prova indiciária.

Por outro lado, a presença de advogado constituído na fase investigatória não é condição essencial, pela própria natureza de que se revestem esses procedimentos, sem o princípio do contraditório, como reiteradamente vem decidindo a Suprema Corte. A exemplo veja-se o Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 69.372/SP, julgado em sessão de 22/09/92 (Primeira Turma), de que foi Relator o eminente Ministro Celso de Mello, hoje Presidente da Corte, de cuja ementa se extrai os seguintes fragmentos:

"A investigação policial, em razão de sua própria natureza não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que somente em Juízo se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal.

A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF."

Ademais as informações supostamente subtraídas a um dos Impetrantes (Ato de designação de Encarregado do IPM e outros documentos) acham-se acostadas a estes autos e poderão ser livremente compulsadas pelos interessados, quando lhes aprouver.

Por derradeiro e fundamentalmente, não há como se conceder *habeas corpus* preventivo para impedir aplicação de punição disciplinar a militar.

Além de incabível (arts. 142, § 2º, da CF e 466, parágrafo único, alínea "a", do CPPM) seria afronta sem precedentes aos basilares princípios de hierarquia e disciplina, ver militar ostentando salvo-conduto para não ser punido disciplinarmente, mesmo que incidisse em todos os dispositivos dos Regulamentos Disciplinares.

Habeas Corpus. Prisão preventiva. Falta de fundamentação no despacho que a decretou. Excesso de prazo na instrução criminal. Prisão preventiva no curso de instrução criminal requer fundamentação sólida e coerente com os fatos, sendo insuficiente a simples citação de alíneas do Art. 255 do CPPM. Além do mais, o não atendimento do prazo do Art. 390 do CPPM, sem justificativa, representa constrangimento ilegal, bastante, também sob este enfoque, para a concessão do writ. Ordem concedida. Decisão por maioria.

Relator — Min. Dr. Aldo Fagundes.

Pacientes — Reginaldo Bezerra de Freitas e Marcio Huguenim, civis, respondendo a processo perante a 1ª Auditoria da 2ª CJM, alegando constrangimento ilegal por parte do Conselho Permanente de Justiça daquele Juízo, que negou provimento ao pedido de liberdade provisória formulado pelos pacientes, nos autos do Processo nº 10/98-8, pedem a concessão da ordem para tornar nula a referida decisão.

Impetrante — Drª Carmem Lúcia Alves de Andrade — Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem para revogar a prisão preventiva decretada pelo Juízo *a quo*, determinando sejam os pacientes postos em liberdade, se por *al* não estiverem presos. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior denegava a ordem e fará declaração de voto.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Drª Adriana Lorandi Ferreira Carneiro. Presentes os Ministros Aldo da Silvas Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. O Ministro José Julio Pedrosa encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 50ª Sessão, 27.08.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar em, por maioria, nos termos do voto do

Ministro-Relator, conceder a Ordem impetrada para revogar a prisão preventiva dos Pacientes, determinando sejam eles postos em liberdade, se por al não estiverem presos.

Brasília, 27 de agosto de 1998 — Gen. Ex. Edson Alves Mey, Ministro-Presidente — Dr. Aldo Fagundes, Relator.

RELATÓRIO

A ilustre Defensora Pública da União, Dr.^a Carmen Lúcia Alves de Andrade, em exercício na 1^a Auditoria da 2^a CJM, impetrou a presente ordem de *Habeas Corpus* em favor dos civis Reginaldo Bezerra de Freitas e de Marcio Huguenim, alegando constrangimento ilegal por parte do CPJEx daquele Juízo, que indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado pelos Pacientes nos autos do Proc. N.^o 10/98-8, pedindo que lhes seja concedida a ordem, tornando nula a r. decisão daquele nobre Colegiado.

Da impetração de fls. 06, transcrevemos, *in litteris*:

“Dos fatos

Foi oferecida denúncia contra os ora pacientes, imputando-lhes alegada prática de crime de roubo qualificado e ingresso clandestino, previstos nos artigos 242 § 2º, inciso IV e 302 na forma dos artigos 53 e 79 todos do CPM.

Na data designada para o ato processual de qualificação e interrogatório, o órgão da Defensoria Pública requereu a Liberdade Provisória dos pacientes, face a ausência de fundamentação e dos pressupostos da Prisão Preventiva previstos no art. 255 do CPPM, observando, ainda, serem aqueles menores de bons antecedentes, terem se apresentado voluntariamente por ocasião da decretação de suas prisões, colaborando durante toda a fase investigatória, bem como em Juízo, terem profissão, residência e domicílios certos.

O nobre Representante do Ministério Público Militar, objetando o pedido da Defesa, posicionou-se contrário a concessão da liberdade aos acusados, por serem réus confessos.

Colocada a questão, o Colendo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, sem discrepância de votos, decidiu pela manutenção da Prisão Provisória, com base no artigo 254 c/c o art. 255, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar.

Esclareça-se que os pacientes são civis e o eram à época dos fatos.

Do Direito

À evidência está configurada a ilegalidade do inciso LXVIII do artigo 5º, da Carta Magna, sanável pela concessão de Habeas Corpus, visto que é flagrante o constrangimento ilegal que estão sofrendo os pacientes porque não existe justa causa para o constrangimento, face a ausência de fundamentação para a manutenção de suas prisões.

Com efeito, in casu, ilegítima é a manutenção da Prisão Preventiva dos pacientes.

Hoje, a prisão cautelar se funda, exclusivamente, em sua necessidade. Não se justificando, de maneira alguma, ainda que o acusado tenha sido seriamente indiciado de ter cometido um crime. Sendo essencial a decretação da prisão ou a manutenção da mesma, a comprovação de sua imperiosa necessidade.

A propósito, valiosíssimo o ensinamento de João Mendes em *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 314.

"Para a prisão preventiva não basta a inafiançabilidade do crime, nem a presunção veemente da existência da criminalidade: é preciso, ainda, para justificá-la, a sua necessidade, indeclinável". (grifamos)

E, ainda, não menos valioso, no *Curso de Processo Criminal*, p. 129, ensina o Grande Mestre Galdino Siqueira:

"A prisão preventiva é uma medida imposta pela necessidade, para acautelar ou assegurar a administração da Justiça".

Trazendo para a vida do acusado, antes de declarada sua culpabilidade, grande perturbação, retirando-lhe os meios normais de subsistência, afetando-lhe a estima social e privando-o da família, ou esta de seu chefe, a prisão preventiva só pode ser aplicada quando ocorrerem fundamentadamente seus pressupostos e fique demonstrada a sua necessidade.

A medida somente se justifica, resumidamente, em face da ameaça de fuga do acusado ou do perigo de que venha a cometer outros crimes, ou quando há fundado receio de que interfira na apuração da prova, e em nosso código castrense, na manutenção das normas e proteção aos princípios da hierarquia e disciplina militares.

A lei reveste a decretação da prisão preventiva de formalidades essenciais, integrantes do direito de liberdade do cidadão.

Dentre essas formalidades essenciais, destaca-se a motivação de sua necessidade.

A simples referência às hipóteses que, segundo a lei a justificam, não constitui fundamentação de sua necessidade.

É indispensável a menção dos fatos que convenceram o juiz, de forma clara e precisa, dentro dos pressupostos previstos em lei.

Não basta, e não é fundamentação, fraudando a finalidade da lei e iludindo as garantias de liberdade a simples menção de qualquer dos pressupostos previstos nas alíneas do art. 255 do CPPM.

É necessário que os fatos sejam objetivamente determinados pelo Juízo, não bastando seus temores subjetivos.

Se bastassem, apenas, a repetição das expressões empregadas pela lei haveria abuso de poder, e este só se exclui pela motivação completa baseada na prova.

Nossos Tribunais têm anulado sistematicamente decretos de prisão preventiva por defeito de fundamentação quanto à necessidade da medida, quando o juiz se limita a mencionar genericamente que há conveniência para aplicação da pena, instrução criminal, etc., repetindo as palavras da lei, sem referência a fatos que provem sua necessidade ou quando os fatos invocados se mostram improcedentes.

Já decidiu o STF, v.g., na RHC 53.133.

"A prisão preventiva deve ser convenientemente motivada. Não bastam para isso, meras conjecturas de que o acusado poderá evadir-se ou embaraçar a ação da Justiça. Isto se impõe sobretudo, quando o acusado se apresentou espontaneamente às autoridades. A fundamentação deve ser substancial com base em fatos concretos, e não mero ato formal". (DJ, 25/04/75, 2673).

"Tratando-se de prisão facultativa, não basta que o juiz declare que a decreta como garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, cumprindo-lhe fundamentar a decisão, indicando atos, fatos e circunstâncias que comprovem a existência dos requisitos que a justifiquem" (RF 203/325).

A fundamentação do ato é, pois, um dever do juiz, que além de apontar as provas da existência do crime e de sua autoria, deve demonstrar com elementos de fato a necessidade da custódia.

Desse modo, não tendo havido fundamentação fática dos motivos que justifiquem a custódia dos pacientes, manifestamente se tornou ilegítima a medida.

Pesando, conseqüentemente sobre os pacientes a imposição de se submeterem a uma prisão eivada de vício, evidentemente nula, daí resultando o manifesto constrangimento ilegal, sanável via o presente remédio heróico”.

E concluí:

“Diante dos argumentos expendidos, pelo manifesto constrangimento ilegal ao qual se encontram expostos os pacientes, requer a impetrante, confiante no alto descortino dessa Egrégia Corte, seja recebido e julgado procedente o writ, requerendo seja deferida a ordem de Habeas Corpus, para tornar nulo o decisório de primeira instância, proferido no Processo nº 10/98-8 concedendo-se a liberdade provisória, eis que eivada de vício insanável, haja vista a ausência de fundamentação da motivação que justifique a necessidade da manutenção da custódia, por se tratar de medida consoante com o Direito e de imperiosa justiça!”.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 11 a 31, trazidos em cópias xerográficas não autenticadas.

Dentre elas:

Decisão da Juíza-Auditora, decretando prisão preventiva dos acusados, em 04.06.98 (fls. 15);

Decisão do CPJEx, em 08.07.98, pela manutenção da prisão preventiva dos acusados e concessão da liberdade provisória de Luciano Huguenim (fls. 11);

Mandados de prisão e Alvará de Soltura de Luciano Huguenim (fls. 28);

Denúncia (fls. 25).

Solicitadas, as informações de estilo, prestou-as a Magistrada daquele Juízo, encaminhando aos autos os documentos cartoriais de fls. 40 a 54.

Das peças acostadas, destacamos os seguintes tópicos:

Da denúncia (fls. 41):

“Consta destes autos de inquérito que, desempregados, Reginaldo, Márcio e Luciano, os dois últimos irmãos, já no vestibular da escola do crime, resolveram subtrair armas pesadas, fuzis, do Segundo

Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado (2º GAC AP), armamento pesado, sabidamente de preferência e uso pela marginalidade de alta periculosidade, das quadrilhas dos assaltos e do narcotráfico. Para tanto, se prepararam buscando as informações necessárias sobre o alvo, objeto da ação criminosa, o 2º GAC AP de Itu/SP, cuja rotina Reginaldo e Márcio já conheciam, pois de lá recém saídos após prestarem o serviço militar; assim, após estudo de situação in loco, observado o sistema de segurança da Unidade, a escala de serviço para os postos de vigilância, seus ocupantes mais ou menos experientes, inclusive com a obtenção da senha para o serviço do dia 12 de maio corrente — macaco e anta, resolveram passar à ação. Sem mais delongas, no dia 12 de maio de 1998, por volta das 23 horas, do lado da Cerâmica, Reginaldo, Márcio e Luciano, às ocultas, invadiram o 2º GAC AP, trazendo consigo, numa valise preta, três uniformes regulares camuflados completos, duas facas, uma lanterna, um rolo de fita aderente e três feixes de corda de varal; já, dentro do Quartel, Reginaldo, Márcio e Luciano uniformizaram-se e caminhando pelo estande de tiro, atravessando-o, chegaram ao Paiol de Munições, junto ao qual permaneceram aguardando o rondante passar; após algum tempo, cerca de meia hora, como o rondante tardava a aparecer, resolveram prosseguir, com o que Márcio se passando por rondante e Reginaldo por eletricista-de-dia, seguidos por Luciano, rumaram para a Guarita do Paiol; na aproximação deste posto, dentro do procedimento normal, com a troca de senha e contra senha, foi dito à sentinela que o interfone da guarita apresentava problemas, mas quando esta, Sd. Queirantes, na verificação, por um instante, ficou de costas, Márcio junto à mesma, aproveitando, aplicou-lhe uma gravata, no que foi auxiliado por Reginaldo que encostou a faca no pescoço da mesma; contida, foi a vítima por Reginaldo, auxiliado por Luciano, mediante o uso de fita adesiva e cordas, amordaçada, vendada e amarrada. Então, prevendo a chegada do verdadeiro rondante naquele posto, Márcio fez o papel da sentinela, com tudo transcorrendo normalmente. Daí, continuando, para a subtração de mais um fuzil, todos passaram a aguardar a rendição daquele posto; deste modo, algum tempo após surgiu o substituto de Queirantes, o Sd Dutra, que detido por Márcio, lhe apontando um fuzil, e também por Reginaldo armado com uma faca, foi por Reginaldo e Luciano, da mesma forma que Queirantes, imobilizado. Por fim, e em seguida, os larápios indo na direção do Guapuruvu, se evadiram da organização militar, ganhando a via pública, junto a cerca da Rodovia Marechal Rondon com o produto do roubo, os fuzis; todavia, como estavam à pé, na rodovia já mencio-

nada, no bairro Brasil, junto a um trailer-lanchonete, acabaram por, sob ameaça de morte, sequestrar o motorista de um opala, que obrigado, os levou, pela antiga estrada velha, Salto-Itu, até o bairro Buru, em Salto, onde, no mato, esconderam a res furtiva e os instrumentos do crime. Sendo, por fim, após levantada a autoria dos ilícitos aqui noticiados, tudo encontrado.

Tais fatos e circunstâncias tem comprovação nos autos, não só nas confissões dos implicados de fls. 74, 81 e 94, como também no dito pelos depoentes de fls. 20, 27 e 33, que se somam aos demais documentos de fls. 105 — BO (DP/Itu), 107 — Auto de Avaliação (Fuzis FAL e munição), 108 — Termo de Apreensão (fardamento), 105 — Termo de Apreensão — (02 fuzis FAL completos), 110 — Termo de Apreensão (Apresentação).

Assim agindo, os supranominados, dois ex-militares, Reginaldo e Márcio recém saídos das fileiras e mais um terceiro, Luciano, ao burlarem a vigilância da Unidade, a que os dois primeiros serviram, pondo fora de ação, imobilizando as sentinelas e subtraindo-lhes as armas, fuzis, atentaram contra o patrimônio e administração militares, incorrendo nas sanções dos arts. 242, § 2º, inciso IV e 302 c/c o 53 e 79, tudo do CPM, razão porque requer, este Procurador, a V.Ex.^a, recebida esta, citados os agora denunciados, intimados os depoentes abaixo nominados, se vejam os mesmos processar e julgar por este Colendo Juízo Castrense.”

Decisão do Colegiado a quo (fls. 50):

“A Defensoria Pública da União, na audiência de qualificação e interrogatório dos acusados requereu a liberdade provisória de Reginaldo Bezerra de Freitas, Márcio Huguenim e de Luciano Huguenim, sob o fundamento de que os acusados são primários, menores e colaboraram com as investigações, e agora em Juízo.

Dada a palavra ao Órgão Ministerial este manifestou-se contrário a concessão de liberdade dos acusados Reginaldo Bezerra de Freitas e Márcio Huguenim, sob o fundamento que confessaram o delito, o modo de execução do mesmo.

Manifestou-se favorável a liberdade de Luciano Huguenim, por entender que não subsistem os elementos para manutenção da prisão.

Após o relatório dos autos feito pela Dr.^a Juíza-Auditora, o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade dos presentes, decidiu pela manutenção da prisão preventiva de Reginaldo Bezerra

de Freitas e Márcio Huguenim, com base no artigo 254 c/c o artigo 255, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar, adotando, como razão para decidir a confissão dos mesmos, além dos requintes para a execução do crime e a violação a Hierarquia e Disciplina Militares.

Decidiu, ainda, por unanimidade dos presentes, pela concessão da Liberdade Provisória de Luciano Huguenim, mediante Termo de Compromisso a comparecimento a todos os atos do processo, por entender, o Colegiado, que deixaram de existir os elementos que ensejaram a decretação da prisão preventiva".

Ata da Sessão de Audiência do CPJEx (fls. 53): Inquirição de testemunhas numerárias, onde lê-se:

"Após a leitura da denúncia, foram inquiridas as testemunhas Sd Edson Queirantes Júnior, o Sd. Fabiano Aparecido Dutra e o civil Reinaldo Trivelato Filho. Ao final deste, a Defesa, endossada pelo Parquet, requereu que fosse consignado em Ata a manifestação final do Sr. Reinaldo de que, quando dos fatos, não recebeu nenhuma violência por parte dos assaltantes, enfatizando que por serem todos jovens, recém saídos do quartel "podem merecer uma chance", o que foi deferido pelo CPJEx."

Às fls. 67, a douta Magistrada, através de ofício de 18.08.98, comunica que, nesta data, o CPJEx decidiu pela manutenção da prisão preventiva dos pacientes Reginaldo e Márcio, tendo sido voto vencido, o Cap. Ricardo Marques da Silva, que votou pela manutenção da prisão preventiva, com relação ao que determina o art. 390 do CPPM.

Com vistas dos autos à ilustrada PGJM, pronunciou-se o ínclito Subprocurador-Geral Dr. Nelson Arruda Senra (fls. 60), pela denegação da ordem, nos termos que se seguem:

"O Sr. Encarregado do IPM, quando de sua representação para a prisão preventiva daquelas duas pessoas que assumiram a autoria do roubo dos fuzis, fls. 17/18, demonstrou no plano fático as condutas criminosas, as apreensões dos armamentos e munições subtraídos e indicou que tal solicitação se fazia para "a conveniência da instrução criminal pela absoluta necessidade de se dar seguimento às investigações, sendo plausível que os acusados empreendam fuga para escapar à ação da lei.";

É bem provável que os três denunciados venham a empreender fuga, quando soltos, contudo tal assertiva, mesmo que no terreno das possibilidades, não passa de presunção. Contudo, o

conteúdo dos artigos 254 e 255 do CPPM não acolhe decretação de prisão preventiva alicerçada na mera presunção;

A Impetrante alega que os Pacientes são menores, de bons antecedentes, que se apresentaram voluntariamente por ocasião da decretação de suas prisões, colaborando na fase inquisitória e que têm profissão e domicílios certos — fl. 06 — contudo, não fez prova do alegado;

A Exm^a Dr^a Juíza-Auditora recebeu a denúncia, fls. 41/43, consoante a cópia do Despacho de fl. 44, em 24 de junho de 1998. Qualificados os acusados, fls. 48/49, em 8 de julho de 1998, quando foi mantido o aprisionamento preventivo, fls. 11/12. E quando foi decretada a prisão preventiva — 4 de junho — a Dr^a Juíza-Auditora reconheceu que o roubo dos armamentos e munições atingiu o moral da tropa, na medida em que os então indiciados teriam agido com afronta a disciplina militar — fl. 15;

Com efeito, as testemunhas presenciais do fato relataram que os acusados se utilizaram de uma faca para encostar no pescoço do soldado Fabiano Aparecido Dutra — fl. 28, além de ameaçá-lo com um fuzil apoderado — fl. 23. Havendo uma menção de ter sido utilizado fardamento militar para a ação criminosa — fl. 17;

Por tal modus faciendi a motivação da Dr^a Juíza-Auditora, concessa maxima venia, permanece de pé, sendo a perigosidade dos Pacientes reconhecidas até pela testemunha militar, cujo depoimento se encontra nos autos, fls. 19/24. Por tal razão entendo que os pressupostos da custódia preventiva estão válidos, mesmo porque a prova de acusação ainda não terminou, como comprova a designação de oitiva de testemunha do MPM à fl. 54;

Para melhor elucidação, peço vênica para trazer à colação a Ementa do V. Acórdão — Recurso Criminal 6.385-0/PA, de 08/05/97, cujo Relator foi o em. Min. Olympio Pereira da Silva Júnior, assim transcrito:

“Prisão preventiva — estando ainda presente os pressupostos contidos nos artigos 254 e 253 do CPPM, que autorizaram a decretação da prisão preventiva, não há que se falar em revogação da medida.”

Bem como a Ementa do Acórdão do Habeas Corpus nº 33.234-0, de 25.03.97, sendo Relator o eminente Ministro Aldo da Silva Fagundes, assim disposta:

“Habeas Corpus. Prisão preventiva. Fundamentação. Se o decreto de prisão preventiva revela, com clareza, a

convicção do magistrado para a custódia penal do acusado e, ainda, aponta a fundamentação legal pertinente, não há porque ser revogada.”

Ora, a decretação da prisão preventiva, fls. 15/16, aponta com clareza a convicção da Dr^a Juíza e do Conselho de Justiça, estando referidas as fundamentações legais para seu embasamento, o que se revela como justa causa para o constrição à liberdade dos Pacientes. Certo que poderia vir o aprisionamento mais motivado, contudo, não se encontra, data venia, sem justa causa, como alegou a Dr^a Defensora, ora Impetrante.

A despeito de justa razão para a manutenção do aprisionamento, este deverá se findar nos prazos estabelecidos no artigo 390 do CPPM e devemos notar que já se passaram cinquenta e seis dias do recebimento denuncial, pelo que cabe a Defensoria Pública requerer antecipação da audiência de oitiva de testemunha acusatória, já designada para 23 de setembro a fim de que, concluída a prova de acusação possam os pacientes, provando maioridade, domicílio e residência fixa e assinando termo de comparecimento aos atos processuais, serem liberados provisoriamente, já que tal liberdade não exclui que possam vir a ser novamente presos, se para isso derem causa.”

VOTO

A denúncia, lida nos tópicos mais importantes para a descrição dos fatos, revela, com clareza, a imputação feita aos ora Pacientes.

A prisão preventiva foi decretada em 4 de junho de 98 (fls. 16) e a ação penal, com o recebimento da denúncia, foi instaurada no dia 24 subsequente (Fls. 40).

Portanto, os Pacientes se encontram presos há mais de 60 dias.

Os autos informam que já em duas oportunidades a diligente defesa procurou junto ao CPJ alcançar a revogação da prisão preventiva, sem êxito, embora, na segunda vez, com o voto favorável da MM. Dr^a Juíza-Auditora e um Juiz Militar (fls. 67 e 70).

O fulcro da questão, segundo se deduz das peças processuais, está na imprestabilidade do decreto de prisão preventiva para que seus efeitos se estendam até agora. E, ao demais, já se encontra superado o prazo do Art. 390 do CPPM.

Quanto ao decreto de prisão preventiva (fls. 15), registre-se sua parte conclusiva, verbis:

“Alega o representante do órgão ministerial que os elementos são perniciosos e perigosos como demonstrado na conduta delituosa.

Razão assiste ao Parquet visto que ao efetuarem o roubo contra uma Unidade Militar, atingiram a moral da tropa, pois os indiciados agiram com afronta, como se infere dos depoimentos de Reginaldo Bezerra de Freitas (fls. 74/80) e Márcio Huguenim (fls. 81/90).

Presentes os requisitos do art. 254, do CPPM, ou seja prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, comprovada pela confissão dos indiciados, requisitos estes aliados as alíneas “d” e “e” do art. 255, do supramencionado diploma legal, decreto a prisão preventiva de Reginaldo Bezerra de Freitas, Márcio Huguenim e Luciano Huguenim, com base no artº 254, c/c 255, alíneas “d” e “e”, do CPPM.”

Isto é, presentes os requisitos do Art. 254 do CPPM, a fundamentação da medida repousou na alínea d) — “segurança da aplicação da lei penal militar” e na alínea 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”.

Ora, o simples enunciado da segunda fundamentação invocada no despacho, demonstra o seu não cabimento, em se tratando de acusados civis.

E, quanto à primeira fundamentação, nada foi apontado que compromettesse a “segurança da aplicação da lei penal militar”.

Sendo assim, o decreto que determinou a prisão preventiva dos Pacientes está sem fundamentação legal.

Quanto ao prazo para a instrução criminal (Art. 390 do CPPM), que é de cinquenta dias, contados do recebimento da denúncia, também se apresenta inteiramente ultrapassado.

Nas informações de fls. 40, a Drª Juíza refere-se à audiência de interrogatório de testemunha marcada para o dia 23 de setembro, o que evidencia que a instrução criminal ainda levará algum tempo.

Depois das informações já referidas, a MM. Drª Juíza-Auditora Substituta, Drª Regina Coeli Gomes de Souza, enviou a este Relator o texto do voto vencido que lavrou, a propósito do requerimento de relaxamento da prisão preventiva dos Pacientes. Incorporo a este voto o pronunciamento daquela magistrada:

“Na audiência de qualificação e interrogatório dos denunciados a defesa requereu a liberdade provisória dos mesmos, tendo

sido negada, por entender o colegiado que persistiam os elementos que ensejaram a decretação da medida cautelar.

Na data de hoje, submetido o processo ao Conselho para apreciação da necessidade ou não da manutenção da prisão votei no sentido da revogação, por entender que não mais existem os motivos que levaram a decretação da custódia preventiva.

Para a decretação da prisão preventiva mister se faz a prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, além do periculum in mora, que se encontra previsto no artigo 255 do CPPM.

In casu, a medida cautelar foi imposta com fundamento na alínea "e" da lei processual castrense, ou seja, "exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

As provas colhidas em Juízo mostram que os princípios e normas de hierarquia e disciplina se encontram mantidos.

Ademais a doutrina e a jurisprudência dominante são no sentido de que por ser a prisão preventiva medida extrema, só deve ser mantida se os motivos que levaram a sua decretação subsistirem.

Senão vejamos:

"Prisão preventiva. Não estando presente nenhuma das hipóteses previstas no artigo 255 do CPPM, não pode ser mantida a custódia preventiva do acusado." (RCFO nº 006129-6, de 15/03/94).

Com relação ao que determina o artigo 390 do Código de Processo Penal Militar, votei no sentido de que não havendo motivos para a manutenção da constrição há que se colocado em liberdade o acusado.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal Militar é dominante nesse sentido.

Vejamos:

"Constrangimento ilegal — caracterizado pela manutenção da prisão preventiva, após encerramento da instrução criminal, sem que persistam os motivos que ensejaram a constrição. Informações judiciais que se limitaram a repetir a fundamentação do decreto prisional do início da instrução, sem nada acrescentar ou demonstrar a

necessidade de permanência da prisão do paciente. Concedida a ordem. Unânime." (HCOR nº 033180-8, de 13/06/1996).

Conclui-se, portanto, que no caso vertente, por não subsistirem os elementos que ensejaram a decretação da medida preventiva deve ser revogada a prisão de Reginaldo Bezerra de Freitas e Marcio Huguenim, de acordo com o artigo 259 do Código de Processo Penal Militar. E, ainda, por haver desnecessidade da manutenção da custódia cautelar a aplicação do que determina o artigo 390 do mesmo diploma legal."

Acrescento, ainda, na fundamentação do meu voto, a decisão do Supremo, in HC nº 60.313-1/RN, do qual foi relator o eminente Ministro Rafael Mayer, onde se lê a seguinte ementa:

"HC. Prisão preventiva. Falta de fundamentação do despacho. Nulidade. Qualquer que seja a gravidade da ação delitiva, não bastam para legitimar a prisão preventiva, a prova do crime e indícios suficientes da autoria, mas é preciso, além disso, a demonstração da ocorrência, em concreto de motivos previstos no art. 312 do CPP, não sendo suficiente a simples menção, em abstrato, às hipóteses legais autorizativas. Ilegal o despacho que omite a subsunção dos fatos aos módulos da lei, concede-se a ordem para anulá-lo, sem prejuízo de decreto constritivo no curso da ação, ocorrentes os motivos e atendidos os requisitos legais."

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO DOUTOR OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR NOS AUTOS DO HABEAS CORPUS Nº 33.368-1-SP:

A prisão preventiva dos acusados foi decretada por estarem presentes os pressupostos autorizadores.

Os acusados são confessos da prática de subtração de armas pesadas (fuzis), do interior do Aquartelamento (2ª GAC AP), onde anteriormente haviam prestado serviço militar.

Diz a Denúncia respectiva que, para a efetivação do crime, os acusados atacaram as sentinelas da hora, SD Queirantes e SD Dutra, dando, no primeiro, uma gravata e espetando-lhe uma faca no pescoço e, no segundo, ameaçando-lhe com o fuzil já subtraído do outro soldado.

Após se evadirem do quartel, sob ameaça de morte, sequestraram o motorista de um opala, obrigando-lhe a levá-los em Salto-Itu, onde esconderam a *res furtiva*.

Pelo simples relato dos fatos, percebe-se que se tratam de marginais perigosos dispostos a tudo para alcançarem seus objetivos criminosos.

A prisão preventiva foi decretada, visto não haver dúvidas quanto à prova do fato delituoso e sua autoria plenamente confessada nos autos.

Quanto à manutenção desta prisão provisória, entendo que, face ao crime cometido, deve a mesma prosperar, visto que o fato atenta contra as normas de hierarquia e disciplina militares e, ainda, que sem qualquer dúvida, são os acusados perigosos.

Assim, não vejo como deferir o pedido da Defesa, razão pela qual, votei pela manutenção da prisão preventiva.

Brasília-DF, em 27 de agosto de 1998 — Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro do STM.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 421-1-RJ

Mandado de Segurança impetrado com o objetivo de conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto extemporaneamente e de forma inadequada. O Mandado de Segurança visa a prevenir ilegalidade ou abuso de poder. Inadmissível a impetração da segurança para conceder efeito suspensivo a recurso interposto irregularmente e a destempo, por significar forma indireta de restauração de prazo perdido para sua interposição e, ao mesmo tempo, representar tentativa de aviventar questão encerrada por preclusão. Segurança denegada, à unanimidade.

Relator — Min. Alte Esq. Domingos Alfredo Silva.

Impetrante — O Ministério Público Militar junto à 2ª Auditoria da 1ª CJM impetra Mandado de Segurança contra Decisão prolatada pelo Exm^o Sr. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 1ª CJM, que indeferiu perícia requerida pelo Impetrante nos autos do processo nº 01/97-8, referente ao 2º Ten. Ex. Alfredo Passalacqua, e pede, liminarmente, que seja concedido efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto, para que fique suspenso o prazo para oferecimento das alegações escritas até decisão do mérito.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, conheceu da impetração e denegou a segurança, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. Ausentes os Ministros Carlos de Almeida Baptista, Olympio Pereira da Silva Junior e José Julio Pedrosa. (Extrato da Ata 38ª Sessão, 23.06.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, à unanimidade, em conhecer da impetração e denegar a segurança, tendo em vista a inexistência de direito líquido e certo a ser reconhecido à Impetrante.

Brasília, 23 de junho de 1998 — Gen. Ex. Edson Alves Mey, Ministro-Presidente — Alte Esq. Domingos Alfredo Silva, Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado, em 18 de maio de 1998, pelo Ministério Público Militar contra Decisão da lavra do Dr. Edmundo Franca de Oliveira, autoridade indigitada coatora, que indeferiu novo pedido do *Parquet* quanto à realização de perícia, nos autos do Processo nº 01/97-8, onde figura como acusado o 2º Ten. Ex. Médico Alfredo Passalacqua.

Versa a impetração (fls. 02/03 e 24/25):

“... No referido processo, requereu o Parquet Militar, exame pericial dos documentos médicos acostados aos autos, para complementação da prova testemunhal, face à complexidade do processo.

Primeiramente, foi esse pedido negado pela juíza-auditora substituta Drª Maria Lúcia Karam.

Considerando essencial a realização da referida perícia e ainda que o pedido havia sido indeferido pela mesma magistrada que rejeitou a denúncia, requereu o órgão ministerial fosse seu requerimento submetido à apreciação do Órgão Colegiado, por entender que a juíza-auditora, tendo apreciado o mérito e concluído pela inexistência de provas contra o acusado, quando da rejeição da

denúncia, não teria agora a isenção e a imparcialidade necessárias para atuar monocraticamente neste processo.

Apreciando o novo pedido do Ministério Público Militar, o juiz-auditor indeferiu-o, negando, assim, a realização da perícia requerida. No mesmo despacho, determinou abertura de vista às partes para alegações escritas.

Considerando-se a essencialidade da perícia requerida e que o recurso interposto contra a decisão que a negou não tem efeito suspensivo (art. 516, parágrafo único, CPPM), e não ser possível o julgamento do mérito antes do término do prazo legal para oferecimento das alegações, que se esgota em 22 de maio de 1998, é incontestável o periculum in mora, o que permite seja dado efeito suspensivo àquele recurso, suspendendo-se o prazo para apresentação das alegações, até decisão final do mandamus e do recurso por esse Egrégio Tribunal.

Pelo exposto, requer o Parquet Militar, seja, liminarmente, concedido efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto, para que fique suspenso o prazo para oferecimento das alegações escritas e, a final, seja confirmada a segurança”.

A Decisão ora atacada, exarada em 13 de maio de 1998, encontra-se nos seguintes termos (fls. 39/40):

“O M.P.M., no prazo que lhe foi aberto pelo artigo 427, do C.P.P.M, manifestou-se às fls. 490, pedindo realização de perícia.

Este Juízo, às fls. 495, pediu que o r. do MPM esclarecesse o objetivo da referida perícia, explicitando o fundamento da sua pretensão.

Em manifestação de fls. 497, o Dr. Promotor Militar indica o IML para que elabore um laudo caracterizando se houve ou não uma conduta terapêutica inadequada por parte do réu.

A douta Magistrada, Dra. Maria Lúcia Karam, às fls. 499/500, indefere o pedido formulado pelo Órgão do MPM, sob fundamento de que, tais diligências, só seriam viáveis, processualmente, se a sua necessidade ou conveniência decorresse de circunstâncias ou fatos surgidos no curso do processo, o que, segundo entendeu, não foi o caso.

A favor do seu entendimento, trouxe a douta Magistrada a lição do eminente Professor Hélio Bastos Tornaghi, extraído do seu “Curso de Processo Penal”, vol. 2.

Indeferindo o pedido de diligência, este Juízo determinou o prosseguimento do feito, dando vista às partes para a oferta de alegações escritas, na forma do artigo 428, do CPPM.

Com vista, o r. do MPM, ao invés de oferecer as suas alegações escritas, optou por manifestar sua discordância da Decisão indeferitória, insistindo na realização da perícia pretendida, para o que pede, que, seu pleito, seja submetido ao Conselho Especial de Justiça.

Isto posto, na verdade, cuida-se na hipótese, de erigir o Conselho Especial de Justiça, em um Órgão Revisor das decisões monocráticas, proferida pela Dra. Juíza-Auditora.

Com efeito, na sistemática processual penal castrense, tanto o Órgão Colegiado, quanto o Monocrático são da mesma posição hierárquica, ambos integrantes do primeiro grau de jurisdição, pelo que um não pode rever a decisão de outro.

As decisões, do Órgão da primeira instância, só poderão ser revistas pelo Órgão de segundo grau de jurisdição que, na nossa sistemática, é o Superior Tribunal Militar.

Enfatize-se que, na matéria competencial disciplinada pela sistemática processual castrense, não se acha elencada, na competência reservada aos Conselhos de Justiça, àquela pretendida pelo Órgão Promotorial.

Destarte, não vislumbrando caminho jurídico-processual, capaz de encaminhar à apreciação do Conselho de Justiça, a Decisão ora impugnada, nego-lhe seu seguimento.

Por estes fundamentos, deixo de acolher, pois, o pedido feito pelo Dr. Promotor Militar, negando-lhe o seu encaminhamento, ao Colegiado Judiciário, por não se constituir este em um Órgão Revisor, porquanto do mesmo grau de jurisdição, de Juízo monocrático, que lavrou a Decisão atacada.

Em razão disso, abra-se vista, novamente, ao órgão do M.P.M., para, no prazo do artigo 428 do CPM, oferecer suas alegações finais escritas ..."

Conclusos os presentes autos, em 20 de maio de 1998, nesta mesma data, proferi Despacho com vista a aguardar a chegada do original da inicial, ex vi da Resolução nº 68, de 27/06/96, deste Tribunal (fl. 22).

Em 21 de maio de 1998, exarei Despacho, resguardando-me para apreciar a medida cautelar, após as informações da autoridade apontada como coatora, diante da imprecisão quanto à tempestividade da interposição do recurso em sentido estrito, que ora se pretende dar efeito suspensivo (fls. 42/43).

Às fls. 49/50, S. Exa. o Juiz-Auditor, Dr. Edmundo Franca de Oliveira, prestou os esclarecimentos, instruindo-os com as peças de fls. 51/67, nos seguintes termos:

“... Inicialmente, muito embora não faça parte da filosofia da nossa sistemática de trabalho judicante, queremos fazer, com a devida vênia do eminente Ministro, duas ordens de considerações:

A primeira, para louvar a lucidez, a judiciosidade e o alcance do respeitável despacho proferido por V. Exa. nos autos do Mandado de Segurança nº 421-1/RJ, o que eleva, sempre, o nível da atividade jurisdicional levada a efeito nesse egrégio Tribunal e se constitui em motivo de estímulo para tantos quantos exercem atividade judicante na 1ª instância.

A segunda, acha-se relacionada com o fato de, na minha longa carreira de Magistrado, nunca haver testemunhado um trabalho tão obstinado como este desenvolvido pelo órgão do Ministério Público, nos autos deste processo, desde os primeiros atos da persecutio criminis, ainda quando se praticava os primeiros atos investigatórios realizados pela Polícia Judiciária.

Ao tempo em que fazemos esta constatação, devemos consignar que, por igual, nunca nos defrontamos com processo tão tecnicamente instruído, como, também, com a audição de testemunhas tão qualificadas intelectualmente, cujos depoimentos, em audiência se assemelham a verdadeiras conferências, o que não era de estranhar-se porquanto, muitos deles, partiam de professores com cursos de mestrado e doutorado.

Feitas estas considerações, passamos a oferecer as informações solicitadas dizendo que, efetivamente, a Dra. Maria Lúcia Karam, em decisão de 24/04/98, cópia em anexo, indeferiu, de forma fundamentada, a perícia pretendida pelo Promotor Militar, Dr. João Rodrigues Arruda, louvando-se, inclusive, na lição do eminente mestre Prof. Hélio Tornaghi.

As fls. 501, o mencionado Promotor faz menção a promoção em separado que consta das fls. 502/503, as quais, embora cognominadas de alegações escritas, S. Exa., em realidade, pede que a decisão judicial indeferitória do seu pedido seja submetida à apreciação do Conselho Especial de Justiça, a fim de que este, revendo-a, determine a realização da perícia postulada.

Este Juízo, por mais boa vontade que tivesse e em que pese a amizade pessoal que tem pelo subscritor da peça promotorial,

não pôde atendê-lo porquanto tal fato implicaria na violação da sistemática processual castrense vigente, bem assim, do próprio sistema constitucional e institucional, estruturado na ordem jurídica do País, já que, tal fato redundaria em erigir um órgão do 1º grau de jurisdição, qual seja o Conselho Especial de Justiça, em revisor das decisões prolatadas por órgão julgante do mesmo grau de jurisdição, qual seja, o Juiz-Auditor.

Como dito na decisão que proferimos, o Conselho Especial de Justiça e o Juiz-Auditor são órgãos integrantes do 1º grau de jurisdição encontrando-se, pois, na mesma posição hierárquica, assim não poderia um sobrepor-se ao outro para rever decisões recíprocas, porquanto, tal procedimento judicial processual, tumultuaria o nosso sistema jurídico e, no caso "in concreto", redundaria em subtrair do Superior Tribunal Militar uma de suas relevantes competências, que é justamente a de rever os pronunciamentos jurisdicionais do órgão de 1º grau.

No que se relaciona com a parte final do despacho de V. Exa., estamos encaminhando, em anexo, as pertinentes informações que nos foram prestadas pela Sra. Diretora-de-Secretaria, desta Auditoria ..."

À fl. 51, complementando as informações acima, consta que, em Decisão de 24 de abril de 1998, foi indeferida a perícia requerida e aberta vista para as alegações escritas. Ciente dessa Decisão em 27 subsequente, o MPM, em 05 de maio de 1998, apresentou alegações escritas, limitando-se a manifestar discordância da Decisão indeferitória, insistindo na apreciação do seu pedido de perícia, agora, pelo CEJ. Em 13/05/98, o Juiz-Auditor negou o encaminhamento do referido pedido ao CEJ, determinando nova abertura de vista ao MPM, para oferecer as alegações escritas. Com vista dos autos em 14/05/98, o *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito em 18 seguinte. Dada vista à Defesa, na forma do art. 519 do CPPM, em 21 subsequente.

Conclusos os presentes autos em 27 de maio de 1998, indeferi a cautelar, em 28 seguinte (fl. 69), nos termos:

"Despacho

O presente mandamus tem lastro no argumento de que a autoridade judiciária que indeferiu o requerimento de perícia formulada pelo Ministério Público Militar,

"... tendo apreciado o mérito e concluído pela inexistência de provas contra o acusado, quando da rejeição da denúncia, não teria agora a isenção e a imparcialidade necessárias para atuar monocraticamente neste processo ..." (fl. 25)

e o Juiz-Auditor, autoridade indigitada coatora, ao indeferir novo pedido do Parquet Militar, no sentido de a matéria ser deliberada pelo Conselho Especial de Justiça, manteve a Decisão anterior e, por conseguinte, negou a própria realização da perícia.

Das informações de fls. 49/50 e 51, infere-se que o recurso em sentido estrito interposto, com fulcro no art. 516, letra "g", do CPPM, ataca a Decisão de fls. 39/40, que, em observância à sistemática processual vigente, indeferiu, fundamentadamente, a pretensão do MPM, onde propugna a revisão da Decisão Judicial de fls. 34/35, pelo Conselho de Justiça. Pedido esse, convém se frise, apresentado quando de há muito havia transcorrido o prazo para a interposição do recurso adequado, visando a atacar o indeferimento da realização da aludida perícia, que se dera em 24/04/98 (fls. 34/35; 36; 37/38 e 51).

Tal circunstância, por si só, demonstra, nesta fase sumária de conhecimento, a ausência da fumaça do bom direito.

Por sua vez, o objetivo colimado na impetração se confunde com a própria pretensão acautelatória, afigurando-se por isso mesmo, satisfativa e insusceptível de atendimento, razão pelo qual indefiro a liminar.

Dê-se ciência.

Em seguida, ouça-se a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar ... "

Nesta Instância Superior, a Dra. Adriana Lorandi Ferreira Carneiro, em Parecer de fls. 77/83, opina pela concessão da Segurança pleiteada, devendo ficar suspenso o andamento do Processo nº 01/97-8, até o julgamento final do recurso em sentido estrito interposto pelo MPM. Reconhece ter transcorrido *in albis* o prazo para a interposição do recurso em sentido estrito contra a Decisão da Juíza-Auditora, que indeferiu a realização da perícia. Assevera que, no entanto, o Parquet formulou novo pedido, desta vez, ao Conselho, órgão competente para apreciá-lo, nos termos do art. 28, inciso V, da Lei nº 8.457, de 1992. Contudo, o Juiz-Auditor, autoridade apontada como coatora, o indeferiu.

Isto posto:

Pretende o Parquet a confirmação da segurança, concedendo-se, liminarmente, efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra a Decisão de fls. 39/40, exarada pelo Dr. Edmundo Franca de Oliveira, suspendendo-se o prazo para as alegações escritas até decisão final desta ação mandamental e daquele recurso (fls. 02/03 e 24/25).

A pretensão da impetrante, quanto à suspensão do prazo para o oferecimento das alegações escritas, encontra-se prejudicada, tendo em vista a expiração em 22 de maio de 1998, nos termos assinalados na inicial, notadamente, em razão do Despacho indeferitório da medida liminar, em 28 de maio de 1998 (fl. 69).

Contudo, a presente ordem objetiva, liminarmente, se conceda efeito suspensivo ao referido recurso, cabendo a este Tribunal decidir a esse respeito.

A Decisão ora atacada, conforme transcrita no Relatório, limitou-se a não acolher a pretensão do MPM de submeter à apreciação do Colegiado de 1º grau matéria já deliberada, fundamentadamente, pela MM. Juíza-Auditora, Drª Maria Lúcia Karam, por não se constituir o Conselho Órgão Revisor dos atos do Juiz-Auditor (fls. 39/40).

O *Parquet*, ciente dessa Decisão, em 14/05/98, interpôs recurso em sentido estrito, tempestivamente, em 18 seguinte fl. 51, e, simultaneamente, ajuizou o presente mandado de segurança, fls. 24/25, para que seja dado efeito suspensivo àquele recurso, por entender que essa Decisão implicou em indeferimento do novo pedido de realização de perícia (fls. 59/64).

Convém frisar, de início, que, no meu entender, a rigor, não se configura inepta a inicial. Contudo, é certo que a forma adotada pela impetrante não se mostra ajustada às normas processuais. Isso, em razão de não esboçar os fundamentos jurídicos do pedido e omitir-se quanto à notificação da autoridade indigitada coatora, inobservando, assim, o disposto no Código de Processo Civil, art. 282, III e VII, e na Lei nº 1.533, de 31/12/51, art. 6º, *caput*. Acresça-se a esse fato que a autora não fez pedido algum nesta ação, limitando-se à liminar, onde pleiteia a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto.

Os autos revelam que a Decisão indeferitória do requerimento de realização de perícia formulado pelo *Parquet*, na realidade, ocorreu em 24 de abril de 1998 (fls. 52/53).

O MPM teve ciência dessa Decisão em 27/04/98 (fls. 36 e 51), deixando transcorrer *in albis* o prazo de 3 (três) dias para a interposição do recurso em sentido estrito, como lhe faculta a lei (CPPM, arts. 516, letra "g", e 518), só vindo a manifestar sua irrisignação em 05 de maio de 1998, por meio de alegações escritas, apresentadas no último dia fixado por lei. Nestas, requereu fosse o seu pedido de realização de perícia submetido à deliberação do Conselho (fls. 54/55).

O remédio constitucional do *mandamus* pode e deve ser utilizado, desde que presentes seus requisitos, quais sejam, o direito líquido e certo e ato de autoridade ilegal ou abusivo, tornando-se imprescindível o uso do recurso processual cabível, a tempo e modo, como pressuposto do conhecimento da segurança contra ato judicial, exceto quando a decisão impugnada se mostra flagrantemente ilegal ou abusiva, o que incorre neste processo.

Com efeito, trata-se de pedido desvestido de qualquer fundamento jurídico.

O ato decisório ora impugnado revela-se em perfeita consonância com as normas do Código de Processo Penal Militar e da Lei de Organização Judiciária Militar (Lei nº 8.457, de 04/09/92), posto que estas não conferem competência ao Conselho Especial de Justiça para rever ato praticado pelo Juiz-Auditor, na forma legal e fundamentadamente exposta pela autoridade indigitada coatora.

Vale enfatizar o equívoco do custos legis, nesta Superior Instância, quanto à afirmação de competir ao referido Conselho decidir sobre a realização dessa perícia, invocando o disposto no art. 28, V, da citada LOJM, que lhe confere a atribuição de "*decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento*".

Ora, neste caso, o pedido de perícia foi formulado pelo *Parquet*, após o encerramento da fase probatória (CPPM, art. 427), e dirigido ao Juiz-Auditor, não durante Sessão do Conselho ou perante este Órgão. Por conseguinte, cabe ao Juiz-Auditor decidir, singularmente, conforme lhe autoriza o art. 30, inciso V, da LOJM, que, dentre os atos de competência do Juiz-Auditor, elenca "*determinar a realização de exames, perícias, diligências e nomear peritos*".

Esse dispositivo se harmoniza com os preceitos contidos no CPPM, arts. 315, 321, 427 e seu parágrafo único, e 430, dentre outros.

Desse modo, *datissima venia*, das posições em contrário, entendo que a norma citada pela PGJM, art. 28, V, da LOJM, não pode ser interpretada isoladamente, mas dentro do contexto na qual se encontra inserida, em consonância com os demais preceitos da citada Lei e do próprio CPPM, que confere poderes tanto ao Conselho como ao Juiz-Auditor para a prática de atos de instrução, sob pena de se fazer letra morta a competência conferida ao Juiz-Auditor para realizar tais atos, como vem expressa naquela norma processual, arts. 390, § 5º, 427 e parágrafo único, 430, dentre outros, e na LOJM, art. 30, V.

Por sua vez, consoante assente entendimento doutrinário e jurisprudencial, Decisão Judicial contra a qual não foi interposto, no momento processual adequado, o recurso cabível, não é impugnável por meio de Mandado de Segurança, “por significar forma indireta de restauração de prazo perdido para sua interposição e, ao mesmo tempo, representar tentativa de aviventar questão encerrada por preclusão” (MS nº 95.01.08115-0-DF. DJ. 30-09-96 — Seção I, p. 73278).

O Mandado de Segurança visa a prevenir ilegalidade ou abuso de poder. A Decisão exarada pela autoridade indigitada coatora encontra-se devidamente fundamentada e em consonância com o ordenamento jurídico, haja vista que falta competência ao Conselho de Justiça para rever Decisão Judicial, proferida por Juiz-Auditor. Por conseguinte, carece de respaldo legal a impetração ao se utilizar da segurança com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto extemporaneamente, haja vista que a Decisão que, na realidade, indeferiu a perícia (fls. 52/53), não foi atacada no momento processual oportuno, e de forma adequada, posto não se enquadrar dentre as hipóteses elencadas no art. 516 do CPPM, a de interposição de recurso em sentido estrito contra Decisão Judicial emanada de Juiz-Auditor, que concluiu não caber ao Conselho de Justiça rever Decisão monocrática de Juiz do mesmo grau de jurisdição.

QUESTÃO ADMINISTRATIVA Nº 284-4-RJ

Gratificação de Executante de Mandados, criação por via administrativa. Pretensão já apreciada – e repelida – pelo Superior Tribunal Militar, nos autos da Questão Administrativa nº 272-0/DF. Carece este Tribunal de competência para criar, por norma interna, a pretendida Gratificação, sob o fundamento de isonomia. Precedentes do Excelso Pretório (Súmula 339-STF). Proibição de vinculações ou equiparações de vencimentos para efeito de remuneração de servidor público, prevista na Emenda Constitucional nº 19, de 1998 (art. 3º, que deu nova redação ao inciso XIII do art. 37 da Constituição Federal), a impedir o acolhimento do pedido dos Oficiais de Justiça Avaliadores desta Justiça Especializada. Pedido indeferido, à unanimidade.

Relator — Min. Alte Esq. Domingos Alfredo Silva.

Requerentes — Inês Lúcia de Oliveira Duarte Caçado, Paulo César Duarte e Flamarion Pinto da Motta, Oficiais de Justiça Ava-

liadores Federais da Justiça Militar, requerem a criação e concessão, por via administrativa, da "Gratificação de Executante de Mandados" em favor dos Oficiais de Justiça Avaliadores da Justiça Militar Federal.

Advogada — Drs. Sheila Bierrenbach e estagiários Leonardo Brandão e Izabella Lessa.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, indeferiu o pedido, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. O Ministro José Julio Pedrosa encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata 18ª Sessão, 19.08.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, à unanimidade, e na forma do voto do Ministro Relator, em indeferir a pretensão dos requerentes, dada a manifesta falta de amparo legal.

Brasília, 19 de agosto de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Ministro-Presidente — Alte Esq. *Domingos Alfredo Silva*, Relator.

RELATÓRIO

Na presente Questão Administrativa, os Oficiais de Justiça Avaliadores, lotados nas Auditorias da 1ª CJM, Inês Lúcia de Oliveira Duarte Cançado, Paulo César Duarte e Flamarion Pinto da Motta, por meio de Advogada constituída (fl. 8), pleiteiam a "criação e concessão, por via administrativa, da gratificação de executante de mandados em favor dos Oficiais de Justiça Avaliadores da Justiça Militar Federal ..." (fl. 6).

Na petição de fls. 3/6, protocolada neste Tribunal em 18 de maio de 1998, preliminarmente, enfatizam que a pretensão em referência não se confunde com o objeto da Questão Administrativa nº 272-0/DF (Relator

para o Acórdão, Ministro Dr. Antônio Carlos de Nogueira), não comportando, portanto, se falar em reiteração de pedido.

No mérito, em síntese, alegam:

— Os requerentes vêm percebendo vencimentos em valores inferiores aos recebidos pelos Oficiais de Justiça Avaliadores da Justiça Federal e do Trabalho, que são contemplados com a Gratificação de Executante de Mandados, ao contrário dos ora interessados;

— Com o advento da Medida Provisória nº 1.573-7, de 02 de maio de 1997, e sucessivas reedições, que altera a redação do art. 58 da Lei nº 8.112, de 1990, não lhes são mais pagas as diárias antes concedidas, evidenciando-se cada vez mais a disparidade de seus vencimentos com os conferidos àqueles Oficiais da Justiça Federal, que exercem as mesmas atribuições dos requerentes, sendo-lhes, portanto, assegurado o Princípio da Isonomia de Vencimentos, insculpido no art. 39, § 1º, da CF.

— O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em São Paulo, e o Conselho de Justiça Federal, em face de deliberação do Tribunal de Contas da União, no Processo nº 649.034.9-7, de 08-03-97, passaram a conceder aos Oficiais de Justiça de seus Quadros a Gratificação que ora reivindicam.

Ao final, expressam:

“... Urge ressaltar que a criação de tal vantagem pecuniária por esse Egrégio Tribunal não se confunde com aumento de vencimentos ou com a criação de cargos e funções, hipóteses vedadas expressamente pela Constituição Federal (artigo 48, X). A concessão pretendida pode ser implementada por esse Colendo Tribunal, exclusivamente por via administrativa, através da transformação e remanejamento dos encargos já existentes, por simples alteração das normas internas. É oportuno lembrar que essa Colenda Corte, muito sabiamente, já se utilizou de soluções semelhantes em ocasiões outras em que tal procedimento fez-se necessário, com o escopo de melhor atender às exigências e aos novos desafios que se apresentam, diuturnamente, na boa execução dos serviços administrativos. Carece frisar, ainda, que tal medida encontra amparo nos artigos 96, II, b, 99 e 169, parágrafo único, I e II da Carta Política de 1988.

... Verifica-se, pois, que o fato de os Oficiais de Justiça Avaliadores da Justiça Militar Federal não estarem recebendo tal encargo fere de morte o Princípio da Isonomia Salarial, expondo a risco a própria norma expressa na Carta Magna da República Federativa do Brasil ...” (Destaque nosso).

A petição vem instruída com as peças de fls. 7/18.

Em Parecer de fls. 19/22, o então Diretor-Geral deste Tribunal, Dr. Eufrásio Matias Sousa Neto, respaldado nas peças de fls. 23/38, propõe seja acolhido o pleito dos requerentes, nos moldes disciplinados pelo Conselho da Justiça Federal, sugerindo seja a matéria submetida à deliberação do Conselho de Administração, nos termos do art. 16, V, do RISTM. Ressalta tratar-se de matéria já apreciada por este Plenário, mediante a Questão Administrativa nº 272-0/DF, da Relatoria do eminente Ministro Dr. Antonio Carlos de Nogueira. Contudo, vislumbra “novo enfoque”, em razão de o presente pedido reportar-se ao instituto da “transformação e ao remanejamento dos encargos já existentes, por simples alteração das normas internas”. Faz remissão à nomenclatura originária dos encargos existentes na Justiça Militar — Gratificação de Representação de Gabinete —, salientando que tais vantagens jamais foram agregadas à remuneração dos Oficiais de Justiça desta Justiça Especializada. Ademais, com a criação das carreiras dos servidores do Poder Judiciário, via a Lei nº 9.421, de 24/12/1996, por força de seu art. 11, tais gratificações foram transformadas, em Funções Comissionadas - FC. Prosseguindo, o Parecerista faz comentários à Resolução nº 69, (fls. 23/28), alterada pelas de nºs 131 e 197, respectivamente, de 16/11/94 e 25/08/97 (fls. 29 e 30), do Conselho da Justiça Federal e da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Grau, pertinentes à indenização de transporte destinada a ressarcir o ocupante do cargo de Oficial de Justiça, em decorrência da utilização de meios próprios de locomoção, quando no exercício de serviço externo. E, ao final ressalta:

“... Importa consignar que atualmente o vencimento básico de maior padrão de nível superior alcança o valor de R\$ 616,97 (seiscentos e dezesseis reais e noventa e sete centavos).

Indeclinavelmente, é sob esse manto adotado na Resolução do Conselho da Justiça Federal que precisa ser reexaminada a questão, justamente para afastar aquele enfoque distorcido e defendido para a criação administrativa da Gratificação de Executante de Mandados Judiciais, uma vez evidenciadas as limitações impostas pela Constituição Federal (artigos 96 e 169).

Imperioso se torna também destacar a orientação dada pelo Gen Ex Antonio Joaquim Soares Moreira, então Presidente do STM, no despacho datado de 21 de outubro de 1997, e publicado no BJM nº 049, de 31 de outubro de 1997, ao indicar os Provimentos 59/90 e 73/95 para instrumentalizar os procedimentos administrativos necessários ao fiel cumprimento da missão, sem modificação do regime remuneratórios vigente (Anexos IV e V).

O Provimento nº 59, de 07 de dezembro de 1990, disciplina o uso das viaturas oficiais com previsão de deslocamento de pessoal, sempre em objeto de serviço. O Provimento nº 73, de 24 de fevereiro de 1995, dispõe sobre a concessão, aplicação, comprovação e fiscalização de suprimento de fundos, no âmbito da Justiça Militar.

Das medidas até aqui adotadas, na Justiça Militar, ressaltamos, inicialmente, que não foi adequada uma solução, satisfatoriamente..." (fl. 21).

Em Decisão proferida em 28 de junho de 1998, o eminente Ministro-Presidente, Gen. Ex. Edson Alves Mey, determinou fosse o pleito dos requerentes autuado como Questão Administrativa (fl. 39).

Em cumprimento ao Despacho de fl. 42, foi juntada ao presente a Questão Administrativa nº 272-0/DF.

Em certidão de fl. 50, a Diretoria de Pessoal assinala "que continuam sendo concedidas diárias aos Oficiais de Justiça Avaliador do Quadro Permanente das Auditorias da Justiça Militar na forma preconizada pelo artigo 58 (cinquenta e oito) e parágrafos da Lei nº 8.112 (...), de 1990 (...), com a redação dada pela Lei nº 9.527 (...), de 1997 (...)".

Isto posto:

Buscam os petionários, Oficiais de Justiça Avaliadores da 1ª CJM, Inês Lúcia de Oliveira Duarte Cançado, Paulo César Duarte e Flamarion Pinto da Motta, por meio de Advogado, "a criação e concessão, por via administrativa, da Gratificação de Executante de Mandados, em favor dos Oficiais de Justiça Avaliadores da Justiça Militar Federal", à semelhança do procedimento adotado pelo Conselho de Justiça Federal e pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP.

Embora, preliminarmente, ressaltamos os requerentes que não se trata de reiteração de pedido, sob o argumento de não se confundir o presente pleito com a pretensão deduzida na Questão Administrativa nº 272-0/DF, não há como vislumbrar objeto diferente em ambos os casos.

Os peticionários agora aventam, com mais ênfase, a possibilidade de aplicação do instituto da “transformação”, com o conseqüente remanejamento dos encargos existentes neste Tribunal (atuais Funções Comissionadas — FC), alegando que a situação de desvinculação entre os seus vencimentos e os dos Oficiais de Justiça Avaliadores da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, vulnera o art. 39, § 1º, da Constituição Federal, em sua redação original.

Tal fato não desnatura do objetivo pretendido na Questão Administrativa nº 272-0/DF, julgada em 18/12/96, da Relatoria do eminente Ministro Dr. Antonio Carlos de Nogueira, quando este Tribunal indeferiu o pedido formulado por vários Oficiais de Justiça, dentre eles figurando os ora requerentes.

A corroborar esse entendimento, impõe-se destacar trechos da Decisão pertinente ao Acórdão da citada Questão Administrativa:

“... Como se verifica do relatório, na realidade, os Requerentes objetivam a criação de Encargos de Gabinete com a denominação de “Executante de Mandados Judiciais (...)

É de todo inviável a postulação (...).

Primeiro, porque mediante ato administrativo ou decisão plenária deste Tribunal não é possível atender ao pleito, já que a criação de funções públicas de qualquer natureza deverá observar a norma contida no artigo 48, inciso X, da Constituição Federal, que dispõe:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....
X — criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;” (grifo não é do original).

Segundo, porque o Projeto de Lei encaminhado ao Poder Legislativo com vistas à instituição das Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário, cuja elaboração mereceu acurada análise de todos os Tribunais Superiores, não prevê a criação de tais encargos, sendo certo, por conseguinte, que resultaria contraditório por parte desta Corte qualquer decisão concessiva de benefício fora dos parâmetros delimitados pelo citado plano de cargos e salários.

Aliás, com absoluta propriedade, o Diretor-Geral da Secretaria deste Tribunal, em parecer de fls. 101/103, situou a questão nestas letras:

“É oportuno lembrar que o Projeto de Lei nº 1.059, de 1995, tratando da criação das carreiras dos servidores do Poder Judiciário e da fixação dos valores de sua remuneração, não cuidou dessa peculiar gratificação.

Registre-se, porém, a bem da verdade, que o pertinente anteprojeto jamais pretendeu ampliar as gratificações no Poder Judiciário. Consta da Justificativa apresentada pelo Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a linha demarcatória que bem se aplica ao exame pretendido pela Associação dos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais no Estado do Rio de Janeiro:

“Os cargos em comissão ora existentes, bem como as Funções, Gratificações, Encargos de Representação de Gabinete e equivalentes são substituídos por Funções Comissionadas - FC (art. 9º), que compreendem as atividades de direção, Chefia, Assessoramento e assistência, escalonadas de FC-01 a FC-10, com valores fixados em percentuais a partir da maior, como consta do anexo V do Anteprojeto” ...”

Como se não bastasse, milita ainda, em desfavor dos Requerentes, o fato de que, mesmo se fosse permitido ao Tribunal a criação de tais funções, não seria razoável incluir ou acrescentar Encargos de Representação de Gabinete para quem não exerce atribuições em Gabinete.

(...) Logo, do ponto de vista técnico, ainda que fosse possível atender ao pleito, configuraria verdadeira fraude destinar Encargos de Representação de Gabinete a quem não é lotado em Gabinete ...” (fls. 185/187 - apenso aos presentes autos).

Com efeito, a ênfase agora dada pelos requerentes ao instituto da “transformação”, como viável à concretização do pedido ora sob exame, em nada lhes socorre, pois o empréstimo de nomenclaturas outras não modifica o conteúdo do pedido.

A redação da norma insculpida no citado art. 48, inciso X, da CF, revela de forma manifesta e incontestada a intenção: “subordinar à lei toda criação, transformação ou extinção de postos de trabalho — cargos, empregos e funções — de natureza não-eventual, com vínculo de dependência, inseridos na administração pública”. Disposição essa diferente da Carta Política anterior, que apenas se referia a “cargos públicos”. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Vol. 2 - 1992 - Editora Saraiva, p.19).

Convém, ressaltar, por oportuno, que o Conselho Federal de Justiça, antes da vigência da Carta de 1988, ou seja, por meio do Ato Regulamentar nº 641, de 31 de dezembro de 1987, criou, na Tabela de Gratificação de Representação de Gabinete das Secretarias das Seções Judiciárias da Justiça Federal de Primeira Instância, 779 (setecentos e setenta e nove) *funções de Executante de Mandados* (fls. 27/61 da QA nº 272-0/DF), o que, sem sombra de dúvida, a partir da vigente Constituição não se concebe mais tal procedimento.

Se o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região/SP, após a entrada em vigor da atual Carta Magna, assim procedeu, criando funções de Executante de Mandados (fls. 10), esse posicionamento não serve de amparo à pretensão dos requerentes. Isso, em face, de notadamente, a Excelsa Suprema Corte ter afirmado que situações inconstitucionais não podem justificar o reconhecimento de quaisquer direitos (RE 174.193-SP, Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 07/12/94).

É por essa razão que José Cretella Júnior, ao advertir que situações inconstitucionais não dão ensejo à aquisição de direitos, observa, *verbis*:

“Todo vencimento, toda remuneração, todos os adicionais, assim como todos os proventos de aposentadoria percebidos pelos servidores públicos devem encontrar base constitucional. Não há nenhum direito adquirido fundado a não ser em norma legal. A contrário sensu, toda percepção mencionada, percebida em desacordo com a Constituição, deverá ser reduzida ao limite desta decorrente, não se admitindo, na hipótese, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título” (Comentários à Constituição de 1988, vol. IX/4716, item n. 105, 1993, Forense Universitária).

De mais a mais, não se pode olvidar que a Súmula 339 - STF (“não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”) mantém a sua atualidade, mostrando-se na espécie como mais um obstáculo ao acolhimento da pretensão dos petionários.

Esse entendimento — isonomia de vencimentos, assegurada aos servidores da administração direta, só pode ser concedida por lei — tem sido suficientemente debatido nos julgamentos das ADINs nºs 1.776-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; 1.777-9/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches, e 1.782 — DF, Rel. Min. Maurício Corrêa — Sessão Plenária 18 e 19-03-98. Esta última, inclusive, suspende a eficácia de Resolução do Tribunal de Contas da União que, sem a devida autorização legislativa, assegurou a servidores de seus quadros o pagamento de Gratificação de Representação Mensal — GRM.

Acresça-se a tudo isso que, em desfavor do pleito dos requerentes, atualmente, há a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 (DOU de 05-06-98), que mantém a exigência de condicionar à “*prévia dotação orçamentária suficiente*” ou “*autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias*” a concessão de vantagem ou aumento de remuneração, conferido a servidor público, sendo, agora, textual, também, quanto à hipótese de criação de funções públicas, ao estabelecer:

“Art. 21. O art. 169 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º — A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”. (destaque nosso).

Ademais, a aludida Emenda, que em seu artigo 5º e §§ dá nova redação ao art. 39 da Constituição Federal, não mais repete o princípio da paridade, voltado a corrigir distorções de vencimentos, preferindo dispor sobre a remuneração de pessoal, estabelecendo a regra do teto, posta como paradigma o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 3º, que dá nova redação ao art. 37, Inciso XI).

Por sua vez, a inovação contida no citado art. 3º, da referida norma constitucional, vem, definitivamente abolir a igualdade de retribuição dos cargos públicos, ao generalizar a proibição de vinculações ou equiparações de vencimentos, senão vejamos:

Redação original da Constituição Federal:

“Art. 37 — (omissis)

XIII — é vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1º” (Grifado).

Art. 39 — (omissis)

§ 1º — A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho. (Destaque nosso)

Nova redação dada pela (Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

Art. 37 — (omissis)

.....
XIII — é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”.

Da mesma forma, não merece prosperar a irresignação dos requerentes quanto à afirmativa de que as indenizações — diárias —, antes concedidas, não lhes são mais pagas.

Primeiro, por retratar uma irrealdade, consoante se verifica da Certidão acostada à fl. 50.

Segundo, em razão de toda a casuística que envolve a concessão dessa vantagem já ter sido motivo de orientação pela Presidência do Tribunal, em Despacho publicado no Boletim nº 049, de 31/10/97, como assevera o Sr. Diretor-Geral da Secretaria deste Tribunal (fl. 21).

Sendo assim, tendo em vista as razões ora expostas, e sobretudo considerando a decisão Plenária desta Casa, no julgamento da aludida QA nº 272-0/DF, impõe-se o indeferimento do pedido dos requerentes, por carecer este Tribunal de competência para criar, por via administrativa, Gratificação de Execução de Mandados, aumentando vencimentos dos Oficiais de Justiça Avaliadores desta Justiça Especializada, sob o fundamento de isonomia, à luz da jurisprudência anteriormente enfocada e, principalmente, diante da expressa proibição de vinculações ou equiparações de vencimentos, estabelecida na Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que em seu art. 3º alterou a disposição contida no inciso XIII do art. 37, da Carta Magna, não mais admitindo a exceção quanto à proibição de vinculações ou equiparações de vencimentos, para efeito de remuneração do servidor público.

Recurso Criminal: Aditamento à Denúncia; inaplicação do preceito insito no artigo 437, alínea "a", do CPPM, diante da mudança do libelo do Ministério Público Militar, que pretende agora imputar ao acusado o crime de receptação culposa, quando, na Denúncia, posicionava-se pela ocorrência, em tese, do delito de receptação dolosa; posição da Corte que se assenta no reconhecimento de que, in casu, se cogita de fatos delituosos distintos, que, embora derivados do mesmo fato natural (compra e recebimento de uma "arma objeto de furto"), possuem elementares integradoras diversas; virtual impossibilidade de a Defesa responder, com a liberdade de ação que lhe assegura a Constituição Federal, à nova imputação nos estreitos limites impostos pelo precitado artigo 437, já que antes resistira à acusação de fato delituoso de natureza dolosa e, agora, defronta-se com imputação de fato delituoso adjetivado pela culpa; impropriedade da fundamentação em que se apóia o decisum de rejeição do Aditamento à Denúncia, tocantemente à assertiva de que se cogita, na espécie, do mesmo fato, "compra de arma furtada", uma vez que, no universo do processo, o que ganha efetiva relevância jurídica é o fato delituoso, o qual, embora sempre agregado ao fato natural (ou seja, a um "corte" específico da realidade), com este não se confunde e menos ainda a este se subsume, por ser mais amplo na extensão, na medida em que agrega a si a componente da antijuridicidade, e mais rico em conteúdo, na proporção em que chama a si também as indispensáveis cores da subjetividade do proceder do agente; configuração, na hipótese, da Mutatio Libelli, caracterizada, assim, o acerto da iniciativa do Aditamento; provimento ao recurso ministerial para, cassando a decisão de primeiro grau, receber o Aditamento à Denúncia, com o conseqüente prosseguimento do feito na instância a quo; decisão unânime.

Relator — Min. Gen. Ex. José Enaldo Rodrigues de Siqueira.

Recorrente — O Ministério Público Militar junto à Auditoria da 4ª CJM.

Recorrida — A Decisão da Juíza-Auditora da Auditoria da 4ª CJM, de 06 de março de 1998, que rejeitou o Aditamento à Denúncia oferecida contra o civil Valmir Xavier, como incurso no art. 255, do CPM.

Advogado — Dr. José Antonio Romeiro - Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso ministerial para, reformando a decisão recorrida, receber o aditamento à denúncia, determinando o prosseguimento do feito na instância *a quo*.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo e José Enaldo Rodrigues de Siqueira. Ausente o Ministro José Julio Pedrosa. (Extrato da Ata 31ª Sessão, 26.05.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso do MPM, para, reformando a Decisão recorrida, receber o Aditamento à Denúncia ofertada contra o civil Valmir Xavier, com o conseqüente prosseguimento do feito na Instância *a quo*.

Brasília, 26 de maio de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Ministro-Presidente — Gen. Ex. *José Enaldo Rodrigues de Siqueira*, Relator.

RELATÓRIO

Recorre a esta Corte, pela via da manifestação de fls. 1157, de 12 de março de 1998, o representante do *Parquet* Militar junto à Auditoria da 4ª CJM, irresignado com a Decisão da Juíza-Auditora que rejeitou o Aditamento à Denúncia, ofertado contra o civil Valmir Xavier.

No Aditamento de fls. 1.126/1.134, sustenta o MPM, após referir-se a vários fragmentos colhidos da Instrução Criminal, que a conduta ilícita a ser atribuída ao civil Valmir Xavier não é mais aquela que originalmente foi definida na Denúncia de fls. 02/07, ou seja, Receptação (art. 254, do CPM), mas sim a de Receptação culposa (art. 255, do mesmo Código), uma vez que, em

essência, em Juízo, não teria ficado demonstrado que “no Acusado existia a certeza de estar adquirindo algo proveniente de crime” (fls.1.128).

Com vista à Defesa, a peça complementar acusatória mereceu plena adesão, conforme traduzida às fls. 1144/1146, sob o argumento, em essência, de que a nova versão da conduta a ser atribuída ao Acusado somente poderia ser lançada adequadamente no Processo, pela via de Aditamento, uma vez que, no casuísmo, tendo-lhe sido originalmente imputado o delito de Receptação dolosa, em nenhum momento foi exercitada qualquer defesa quanto à incriminação por Receptação culposa, “fato típico este que não poderia ser apreciado pelo Juiz sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa” (fls.1.145).

A Decisão ora hostilizada traz, às fls. 1150/1156, como lastro, em síntese, o argumento de que, *in casu*, descabe dar acolhimento à pretensão do *Parquet* de oferecer outra definição à conduta do Acusado, pela via do Aditamento à Denúncia, eis que tanto poderá eventualmente ser feito pelo próprio Conselho Julgador, desde que cumprida pelo próprio MPM a exigência prevista na alínea “a”, do art. 437, do CPPM.

Ainda na mesma Decisão, constam as assertivas de que tal previsão processual é aplicável à espécie, “eis que o fato é o mesmo” (fls. 1153), apenas tendo o MPM alterado o seu enquadramento.

Nas Razões de Recurso de fls. 1160/1169, pondera o MPM, que, na hipótese versada nos autos, estar-se-ia, com a novel imputação feita ao Acusado, diante da figura da *Mutatio Libelli*, argumentando, em abono de tal ponderação, em essência, que, embora tendo como raiz o mesmo fato natural - compra de uma arma -, a Receptação dolosa e a Receptação culposa são, *in casu*, fatos típicos distintos e exclusivos, em face da diversidade dos elementos subjetivos que os integram.

Aduz o MPM, nas mesmas Razões, ainda como cerne de sua argumentação, que, diante da *Mutatio Libelli*, inaplicável é a previsão ínsita no art. 437, do CPPM, pois, em síntese, “não se trata de “dar ao fato definição jurídica diversa”, pois o fato não foi trazido na denúncia”.

Nas Contra-Razões de fls. 1172/1176, a Defesa, mais uma vez, reportando-se às suas alegações anteriores, afirma que, na hipótese, a nova imputação feita ao Acusado de prática de Receptação culposa caracteriza a *Mutatio Libelli* e que, diante disso, como bem asseverado pelo *Parquet* Militar, somente através de Aditamento poderá o Juiz vir a conhecê-la.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, através do Parecer de fls. 1187/1194, da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, opina pelo provimento ao Recurso Ministerial.

Relatado o suficiente, passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Como passo primeiro para o desate da *quaestio*, impõe-se definir se, na hipótese, a nova imputação trazida pelo *Parquet* no pretendido Aditamento estaria a configurar o *Mutatio Libelli* ou simplesmente a *Emendatio Libelli*.

Observa-se, desde logo, que o Acusado, conforme descrito na Denúncia, adquiriu e recebeu uma "arma objeto de furto" (fls. 06), arma esta subtraída ao Exército Brasileiro.

Vê-se, aí, pois, a conduta objetiva a partir da qual o *Parquet*, após adcionar-lhe a sua versão sobre o *animus* do Acusado ao realizá-la, compôs a figura típica e antijurídica da Receptação Dolosa, crime este que originalmente foi descrito na Denúncia.

Constata-se, ademais, que o *Parquet*, no curso da Instrução Criminal, convencido da ausência de indicações que conduzissem à certeza de ter o Acusado procedido com dolo, veio a reconhecer ter havido, em tese, outro delito, a Receptação Culposa, embora ainda este derivado do mesmo fato natural, repita-se, ter o Acusado adquirido e recebido uma "arma objeto de furto".

Tem-se, pois, nessa equação, inarredavelmente, a presença de um fato natural, a aquisição e guarda de uma "arma objeto de furto", mas originando dois fatos típicos distintos, o primeiro descritivo da conduta objetiva de aquisição e guarda de arma furtada, acrescida da elementar subjetiva do dolo e, o segundo, expressivo dessa mesma conduta, porém adjetivada pela culpa.

Registre-se, por oportuno, que tal entendimento assenta-se na circunstância de que, no direito penal, consoante o magistério sempre preciso de Frederico Marques, "a acusação tem seus limites no fato que é imputado ou atribuído ao réu, porquanto é o fato delituoso que traça os lindes da peça acusatória e da *res in iudicium deducta*".

À evidência, o que se cogita, pois, no processo e, conseqüentemente, na peça específica da Denúncia é do fato delituoso, o qual, embora sempre agregado ao fato natural, com este não se confunde e menos ainda a este se subsume, uma vez que mais amplo em extensão, na medida em que agrega a si a componente da antijuridicidade, e mais rico em conteúdo, na proporção em que chama a si também as indispensáveis cores da subjetividade do proceder do agente.

Aliás, ao abordar a estrutura do crime em sua obra *Comentários ao Código Penal*, leciona sobre o tema o sempre festejado professor Damásio de Jesus, *in verbis*:

“Como conseqüência do conceito formal do crime, para que seja considerado delituoso um comportamento e aplicada a sanção ao seu sujeito, é preciso que constitua um fato típico e anti-jurídico. São, pois, requisitos do crime: 1º) o fato típico e 2º) a anti-juridicidade.

São denominados requisitos porque, faltando um deles, não há figura delituosa. São indispensáveis.” (obra citada, 2ª edição, 1986, pg 182).

Na hipótese vertente, é visível, pois, que o Parquet Militar, embora amparado no mesmo fato natural, imputou e pretende agora imputar fatos delituosos que diferem fundamentalmente nas suas estruturas, ensejando, como consectário obrigatório, a ocorrência de Mutatio Libelli.

Frise-se, ademais, que tal entendimento sobre esse primeiro ângulo da questão é de acolhimento pacífico no âmbito do Excelso Pretório, cabendo resgatar-se, em especial por sua absoluta identidade com o caso sub examine, a decisão lavrada no *Habeas Corpus* nº 66.807-1-MS, Relator o eminente Ministro Sydney Sanches, assim ementado, *in litteris*:

“Sentença — Nova definição Jurídica do fato - Desclassificação de delito da forma dolosa para a culposa - Circunstâncias elementares da nova modalidade não contidas explícita ou implicitamente na denúncia - Falta de providências para o pronunciamento da defesa - Ofensa ao art. 384 do CPP - Nulidade decretada.”

Do corpo do Acórdão na oportunidade lavrado, colhe-se, por seu especial sentido didático, o seguinte fragmento do Parecer do Custos Legis, acolhido sem restrições pelo eminente Ministro-Relator, *in verbis*:

“— É pacífico, tanto na doutrina como no entendimento dos tribunais, que a ocorrência da mutatio libelli se dá tão-só quando no curso da instrução penal surge circunstância elementar que não resta contida na peça acusatória; daí, remeter-se-ia o magistrado, no caso de delito mais brando, à exigência do caput do art. 384 do CPP.

— Da leitura da r. sentença vê-se que a peça inaugural descrevia o fato típico inscrito no art. 180, caput, do CP e que tão-só no curso da instrução é que se verificou a ocorrência do delito tipificado no § 1º. do art. 180 do CP.

— Em pequeno trecho, diz a r. sentença, verbis: “O crime previsto na denúncia deve ser desclassificado para o art. 180, § 1º, do CP, tendo em vista que só ficou caracterizada a receptação culposa, e não a dolosa”.

— Isto posto, resta saber se, na hipótese - desclassificação do delito de receptação dolosa para receptação culposa - ocorre *mutatio libelli* ou *emendatio libelli*.

— Parece-nos que, na hipótese de fato, ocorreu a *mutatio libelli*, conforme se vê da diferença substancial entre os tipos, sendo ambos plenamente dissociados e com elementares integradoras diversas, pois na receptação dolosa tem-se a expressão da elementar “coisa que sabe ser produto de crime”, enquanto na receptação culposa tem-se “coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço..., deve presumir-se obtida por meio criminoso”.

— Ora, se configurado no caso da instrução que tratava-se de delito de receptação culposa, enquanto a defesa se inclinava em sua totalidade para rebater a figura dolosa, ao proceder, como procedeu, o Juízo a quo, este suprimiu a possibilidade da defesa de rebater a modalidade culposa, que, frise-se, tem outros pressupostos, cerceando-se, assim, a amplitude da defesa na instrução.

— Desta forma, procede a primeira nulidade argüida.”

Outra também não foi a percepção do douto representante do Parquet nesta superior instância, ao afirmar no seu bem-lançado Parecer, *in verbis*:

“Como é sabido o réu defende-se da conduta narrada na vestibular, e no caso em tela a conduta descrita foi dolosa, ofenderia o princípio do contraditório e da ampla defesa o desejo de condená-lo posteriormente por conduta culposa, conduta esta não mencionada na inicial o que por conseqüência não o obrigava a se defender.

Também assenta que tipo penal é uma garantia ao cidadão pois a ele somente poderá ser imputado conduta descrita no tipo, e para que possa acusar alguém é necessário saber se o tipo é doloso ou culposo.

Como bem salientou o il. Defensor Público ao invocar ensinamento do Mestre Júlio Fabbrini Mirabete que “não é possível condenar o acusado de crime doloso por infração culposa que exige a descrição da modalidade da culpa em sentido estrito. Os crimes culposos, aliás, demandam especial atenção quanto à descrição da

modalidade da culpa, ou seja da forma de inobservância do cuidado objetivo de agente, que deve saber exatamente qual a imprudência, negligência ou imperícia da qual está sendo acusado".

No dizer do consagrado Hélio Tornaghi - a correlação deve existir entre o fato descrito na denúncia (queixa) e o fato, pelo qual o réu é condenado."

Acentue-se, por derradeiro, ainda na esteira dos ensinamentos que derivam desse decisum da Magna Corte, que, quando questões que tais são tratadas pela via da pura e simples desclassificação, o resultado final é fatalmente o da decretação da nulidade da sentença, com os seus mais diversos e negativos desdobramentos.

Superado esse primeiro ângulo da quaestio, cumpre definir, ao depois, se, no caso de *Mutatio Libelli*, seria de aplicar-se a disposição ínsita no art. 437, alínea "a", do CPPM, com a conseqüente dispensa do Aditamento pretendido pelo *Parquet* em 1º grau.

Ressalte-se, de plano, que, de certo modo, a resposta negativa para esse segundo aspecto da *quaestio* já encontra-se contida em linhas precedentes. Acredita-se, todavia, que não há de constituir demasia ampliar o conteúdo de tal resposta, com o mote de esclarecer em definitivo a *quaestio*.

Diz o art. 437, alínea a, do CPPM, que o Conselho de Justiça poderá "dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la".

Cuida, pois, o artigo em presença da simples desclassificação, que, segundo a mais elementar compreensão, significa dar ao fato típico - e é este o fato referido no dispositivo em tela - capitulação diversa daquela que foi registrada pelo *Parquet* no momento do oferecimento da Denúncia.

Apóia-se, à evidência, o dispositivo em questão, principalmente, na regra narra *mihi factum dabo tibi jus*, isto é, na regra narra-me o fato e te darei o direito, a qual, comumente, se expressa também na máxima jurídica de que o réu não se defende da capitulação dada ao crime na Denúncia, mas sim da sua descrição fática, vale dizer, do fato delituoso descrito pelo *Parquet*.

Nesse passo, preservada a descrição original do fato delituoso - isto é, quando não alterado positivamente o conjunto de suas elementares -, pode o Conselho dar-lhe "nova definição jurídica", nova capitulação, sem que isto signifique prejuízo ou surpresa para a representação do Acusado.

Busca-se, assim, à evidência, acautelar de afronta os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, em dimensão mais ampliada, o próprio e devido processo legal.

Na seqüência desse entendimento, obrigatória é também a conclusão de que o dispositivo sob enfoque, *in fine*, preconiza a abertura de oportunidade para a Defesa responder à nova definição jurídica dada ao fato pelo *Parquet*, significando então que, nesse ponto preciso, o que está dito é que a Defesa manifeste-se não quanto ao fato típico, mas sim quanto à capitulação que foi feita com relação a este.

Em resumo, cuida o dispositivo enunciado no art. 437, letra "a", do CPPM, tão-só da figura da *Emendatio Libelli*.

E nem se diga, só para registro de cautela, que possa servir a oportunidade processual das Alegações Escritas para a Defesa responder à imputação de fato típico diverso daquele que foi preconizado na Denúncia, pois isto, no menos, significaria reduzir aberrantemente os limites de toda a Instrução Criminal aos de uma única das suas diversas fases (no caso, repita-se, a das Alegações Escritas), e, no mais, uma gritante afronta aos princípios constitucionais já precedentemente indicados e, ainda, ao da correlação, o qual, igualmente erigido à condição de garantia constitucional, prescreve que a sentença há que guardar absoluta sintonia com o fato delituoso imputado, objeto do esforço defensorial do Acusado em toda a sua plenitude.

Assim, assentado que a pretendida imputação constitui inovação de fato típico contrário à lei, caracterizando, em decorrência, a figura do *Mutatio Libelli*, e que, ademais, não se distingue a prescrição processual indicada pelo douto magistrado de 1º grau como solução para o enfrentamento de tal mudança de libelo, não é de se ver outro caminho para a solução da *quaestio* senão o de acolher-se o Aditamento à Denúncia ofertado pelo diligente representante do *Parquet* Militar de 1º grau.

É o quanto basta.

RECURSO CRIMINAL Nº 6.501-1-AM

Recurso Criminal – Estelionato – Cartão magnético e senha bancária – Competência. Utilização do cartão magnético e da senha secreta bancária da vítima, militar em atividade, para transferência de numerário da conta corrente desta para a do infrator, também militar em atividade. A competência do foro para o crime de estelionato está determinada em

razão da vítima da lesão patrimonial bem como do lugar em que o infrator obteve a vantagem ilícita. Provido o recurso para, desconstituída a decisão a quo, determinar a baixa dos autos e prosseguimento do feito. Decisão unânime.

Relator — Min. Ten. Brig. do Ar Carlos de Almeida Baptista.

Recorrente — O Ministério Público Militar junto à Auditoria da 12ª CJM.

Recorrida — A Decisão do Exmo. Sr. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, de 13/08/98, que deixou de receber a denúncia oferecida contra o 1º Sgt. Ex. Ashbell Simonton Rédua, como incurso no artigo 251, *caput* do CPM, por incompetência daquele Juízo, para processar e julgar o feito, determinando a remessa dos autos ao Juízo da Auditoria da 7ª CJM.

Advogado — Dr. João Thomas Luchsinger, defensor público da união.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso para, desconstituindo a decisão a quo, determinar a baixa dos autos para prosseguimento do feito.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Albertos Marques Soares. O Ministro Aldo da Silva Fagundes encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 65ª Sessão, 20.10.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em dar provimento ao recurso para, desconstituindo a decisão a quo, determinar a baixa dos autos para prosseguimento do feito.

Brasília, 20 de outubro de 1998 — Gen.Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Ten. Brig. do Ar *Carlos de Almeida Baptista*, Relator.

RELATÓRIO

Verifica-se que se insurge, tempestivamente, o representante do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 12ª CJM, contra o despacho

prolatado em 13 de agosto de 1998, pelo insigne Magistrado da referida Auditoria que, com fulcro no artigo 78, letra "d", parte inicial, do CPPM, não recebeu a denúncia ofertada contra o 1º Sgt. Ex. Ashbell Simonton Rédua, por infringência ao artigo 251, *caput* do CPM, por duas vezes.

A exordial acusatória relata que o referido graduado, de posse do cartão magnético e senha pertencentes ao seu companheiro de farda 3º Sgt. Ex. Vitório Batista de Lima E Silva, servindo no 5º Pelotão Especial de Fronteira, em Maturacá/AM, movimentou, mediante *doc on line*, por duas vezes, sem o devido assentimento e conhecimento, numerário da conta corrente nº 201.387-8, deste militar, existente na Agência nº 0697-1, do Banco do Brasil S/A, em Recife/PE, para a sua conta corrente nº 7990455, da Agência nº 295, do Banco Real S/A, também em Recife/PE.

Embasada em IPM, a vestibular acusatória narra que duas operações de transferência foram realizadas nos valores de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) e de R\$ 300,00 (trezentos reais), causando prejuízos suportados pelo 3º Sgt. Vitório Batista de Lima E Silva, visto que o acusado, *"fazendo-se passar como titular da conta corrente nº 201.387-8, Ag. 0697-1, do Banco do Brasil S/A, induziu em erro a instituição bancária, seja em 30 de agosto, seja em 10 de outubro de 1996, ao utilizar a senha, concebida como assinatura eletrônica, como se fora o próprio titular e mediante o falsum obter indevida vantagem econômica"*.

Ao prolatar o despacho mediante o qual não foi recebida a peça acusatória, o insigne Juiz-Auditor Dr. Antônio Jorge da Silva, após tecer apreciações sobre o conteúdo dos autos, conclui *in verbis*:

"É sabido que a regra primeira para estabelecer-se a competência na Justiça Militar da União, é a do lugar da infração, consoante estabelece o artigo 85, inc. I, letra "a" do CPPM. A exceção à citada regra geral está prevista no artigo 109 do CPPM, que trata do Desaforamento. Qualquer outro critério, só é adotado quando é desconhecido o lugar da infração.

Os autos mostram que o 1º Sgt. Ashbell obteve o proveito na cidade de Recife-PE; seus atos, em São Gabriel da Cachoeira/AM, não passaram de meios ou instrumentos para atingir aquele fim, dito ilícito, almejado e alcançado.

Haja vista o prejuízo efetivo do 3º Sgt. Vitório na cidade de Recife-PE, materializado à fl. 36 e fl. 287 dos autos.

A jurisprudência dominante elucida que o estelionato se consuma onde o agente colhe a vantagem ilícita, fixando-se então aí a competência para o Processo.

Ex expositis, no caso em presença, falece competência a este Juízo da 12ª CJM, para processar e julgar este feito, razão por que, com fundamento no artigo 78, letra "d", ab initio, do CPPM, deixo de receber a denúncia ofertada pelo Dr. Promotor da Justiça Militar, contra o 1º Sgt. Ashbell Simonton Rédua, como incurso no artigo 251, caput do CPM.

Decorrido o tríduo legal e irrecorrida esta, remetam-se os presentes autos do IPM ao Juízo da 7ª CJM, em Recife-PE, a quem compete, *ratione loci*, processar e julgar o acusado".

Recebido o recurso em sentido estrito, o ilustre Promotor Dr. José Luiz Pereira Gomes formula alentado arazoado, descrevendo todo o procedimento do acusado para obtenção da vantagem ilícita para, ao final, expressar "*in verbis*":

"É certo que Ashbell fez a transferência ut mencionada através de computador cuja senha é SERPRO 074 (fls. 207).

É certo, também, que tanto a conta corrente da vítima, como a do denunciado, tem endereços na cidade de Recife/PE.

Assim, podemos afirmar que de posse de um computador e sabendo a senha de acesso à conta corrente de Vitória, Ashbell fez a transferência de numerário.

Conquanto não se possa afirmar que Ashbell fez a indigitada transferência na cidade de São Gabriel da Cachoeira/AM, força é convir que, tampouco, o crime se consumou na cidade de Recife/PE.

Ora, a consumação ocorreu no momento em que transferiu via doc on line o valor para sua conta corrente, sem que ao menos necessitasse estar na cidade de Recife/PE.

Através de terminal de computador, Ashbell fez o saque e o depositou em sua conta corrente, necessitando, apenas, dispor de uma senha.

Não foi, como bem se vê, com um cheque até a cidade de Recife/PE e lá sacou a importância, como sói acontecer em delitos dessa natureza, firmando a competência onde o agente apresenta a cártula.

Não, Excelências. Nas transferências de valores entre contas correntes, através de computador, o agente já obtém a vantagem no momento e no local onde realiza a referida transferência, pois, de imediato já pode dispor da quantia depositada.

Sendo um crime material, a consumação do tipo previsto no artigo 251, do Código Penal Militar, ocorre quando o agente obtém a vantagem ilícita (STF, RT 605/422).

À guisa de exemplo, considerem o seguinte: determinado agente em Manaus/AM, possuindo o número da senha de acesso de uma conta corrente de Brasília, de um colega militar, faz uma transferência, via terminal de computador, debitando da conta desse militar e creditando na sua em São Paulo/SP.

Podemos afirmar que o momento e o lugar em que se consumou o crime é Brasília ou São Paulo ?

Indubitável que o local do crime é Manaus, pois é aí que o agente já tem por consumado o crime e, tal como o furto, já dispõe da res.

Como já se decidiu:

“Consuma-se o crime no momento e local em que o agente obtém a vantagem ilícita, em detrimento alheio” (STF, RT 560/419).

Exsurge evidente, pois, que o momento consumativo do crime de estelionato, ocorre quando o agente logra obter a vantagem ilícita, passando para a sua esfera de disponibilidade o desfalque patrimonial da vítima.

Destarte, Ashbell deve se ver processar e julgar no foro da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, pois, serve em São Gabriel da Cachoeira/AM, já que não se pode determinar de onde fez a transferência de numerário (artigo 96, do CPPM).

E, se ainda assim não fosse, firmada está a competência deste foro, haja vista que se imputa ao denunciado outra infração da mesma natureza em concurso material (artigo 101, II, “c”, do CPPM).

Com efeito.

Ashbell, em 10 de outubro de 1996, fez um saque no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), em uma agência de São Gabriel da Cachoeira da conta corrente de Vitória (fls. 176/179; 200/202; e 211/215).

Dir-se-á aqui, também, que o lugar em que se consumou o crime foi a cidade de Recife/PE?

Só se por pensamento !

Incontestes é, in casu, que toda a atividade do denunciado desenvolveu-se na cidade de São Gabriel da Cachoeira/AM, sendo aí que, em tese, induziu a instituição bancária em erro, conseguindo, repita-se, ainda na Cidade de São Gabriel da Cachoeira, a vantagem indevida, passando, então, a dispor da quantia sacada.

Tornou-se prevento o Juízo a quo quando determinou a quebra do sigilo bancário de Ashbell (fls. 261/262).

Ante o expendido e mais que os esclarecidos espíritos de Vossas Excelências não de suprir, o Representante do Ministério Público Militar pugna pelo PROVIMENTO DO PRESENTE RECURSO para ver reformada a r. decisão de fls. 302/305, firmando-se a competência da 12ª Circunscrição Judiciária Militar para apreciar o feito”.

O ilustre Dr. João Thomas Luchsinger, Advogado-de-Ofício Substituto, contra-arrazoando, transcreve as disposições legais pertinentes e mencionando jurisprudência e doutrina que considera aplicáveis à matéria, inclusive a Súmula nº 48/STJ, pondera pelo improvimento do recurso, por entender que a Cidade de Recife-PE é o local em que “supostamente, teria ocorrido a consumação do delito seja de estelionato, seja de apropriação indébita”.

O insigne Magistrado a quo, em fundamentado despacho, mantém a decisão impugnada, fazendo subir, na forma do artigo 522 do CPPM, o feito a esta superior instância.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, mediante parecer subscrito pela insigne Subprocuradora-Geral Dr^a Adriana Lorandi Ferreira Carneiro opina pelo improvimento do recurso com a manutenção da decisão hostilizada.

A eminente parecerista realça que, embora toda a atividade física tenha se desenvolvido na Cidade de São Gabriel da Cachoeira/AM, a obtenção da vantagem ilícita ocorreu na Cidade de Recife-PE. E o lugar onde se consuma o crime de estelionato é aquele em que ocorre o dano ou seja, no caso dos autos, no momento em que o numerário da vítima saiu da sua conta corrente, mesmo que apenas eletronicamente, ficando a disposição do infrator e, mesmo que este não o saque, o crime se consumou.

Acrescenta a ilustrada instituição ministerial que, com relação ao enfoque de que o Juízo da 12ª CJM estaria prevento por força da decretação da quebra do sigilo bancário, tal critério somente é utilizado para se determinar a competência depois de empregados todos os demais e nas estritas hipóteses dos arts. 94 e 95 do CPPM.

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

Isto posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

A hipótese em apreciação refere-se a crime, em tese, de estelionato.

Segundo o apurado no IPM, os meios empregados para a obtenção do *falsum* foram praticados na Cidade de São Gabriel da Cachoeira/AM, e, embora disponibilizado o numerário na agência bancária localizada na Cidade de Recife/PE, produziu efeitos naquela Cidade no Estado do Amazonas.

A empreitada criminosa consistiu no emprego de cartão magnético e senha secreta da vítima militar, para emissão de *doc on line*, autorizativo da transferência de numerário da conta corrente desta para a conta corrente do infrator, também militar.

O sistema de comunicação *on line*, permitindo transações financeiras entre diversas agências de uma instituição bancária enseja ao usuário valer-se de qualquer agência para prestação dos serviços que necessitar tais como saques, depósitos, transferências etc. e até mesmo transferências entre estabelecimentos bancários diversos.

Estas possibilidades, decorrentes da avançada tecnologia empregada pelas instituições bancárias, induz ao julgador reavaliar os critérios de fixação da competência, consoante os parâmetros legais, nas situações concretas de crime de estelionato mediante artil bancário, visto que a vantagem ilícita poderá ser obtida e sacada em qualquer agência que não a originária da conta corrente.

Sobre a matéria, em recente atualização, promovida até 30 de abril do ano em curso, da sua obra "Código de Processo Penal Comentado", 3ª Edição Saraiva/1998, 1º Volume, página 180/181, o conhecido jurista Fernando da Costa Tourinho Filho, ao abordar o artigo 70 do referido Diploma Processual, referente à competência pelo lugar da infração, teceu os comentários que se seguem *ipsis litteris*:

"Aqueles que entendem que nos delitos plurilocais o processo deve tramitar no lugar da ação, embora estejam afrontando, claramente, o art. 70 do CPP, sob certo aspecto não contrariam a mens legislatoris. Na verdade, quando se firmou a regra do locus commissi delicti, para a instauração do processo, o legislador objetivou, com tal medida, maior correspondência às exigências da Justiça, como a facilidade da colheita do material probatório, a comodidade da defesa e a exemplaridade da persecução penal. Haveria, então, como realmente há, maior funcionalidade do juízo penal. Desse modo, se o atropelamento (na hipótese de homicídio culposo) ocorreu num lugar e a morte noutra, atentando-se para os motivos que levaram o legislador a optar pelo foro da consumação do crime, mais lógico seria, nesses casos, admitir-se o lugar onde se deu a ação. É mais lógico, embora não seja legal. Entretanto, na hipótese de o processo vir a tramitar no lugar da ação, haverá, tão-somente, uma incompetência relativa".

Pesquisando-se a jurisprudência pertinente à matéria versada nestes autos, encontram-se os seguintes Arestos do Excelso Pretório:

"HABEAS CORPUS. Nº 41077.

Relator: Hermes Lima.

Data do Julgamento 1964/11/05.

Ementa: HABEAS CORPUS. O ARDIL CONHECIDO PELO NOME DE "GOLPE DE TESOURO" FOI MONTADO E DESENVOLVEU-SE EM MINAS. O PAGAMENTO FEITO EM DINHEIRO FOI NO ESTADO DO RIO. A COMPETÊNCIA PARA O PACIENTE SER PROCESSADO TANTO PODIA SER NO ESTADO DO RIO COMO EM MINAS GERAIS. ORDEM DENEGADA".

"RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 56868.

Relator: Cordeiro Guerra.

Data do Julgamento 1979/03/20.

Ementa: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. "O LUGAR EM QUE O ESTELIONATO SE CONSUMA E AQUELE NO QUAL OCORRE O DANO, VALE DIZER, AQUELE EM QUE A COISA PASSA DA ESFERA DE DISPONIBILIDADE DA VÍTIMA PARA AQUELA DO INFRATOR; OS FATOS SUCESSIVOS NÃO TEM RELEVÂNCIA JURÍDICA, NO QUE SE REFERE AO APERFEIÇOAMENTO DO DELITO PREVISTO NO ART. 171 DO CP (CF MÂNZINI, "DIRITTO PENALE", VOL 9, 1952, PR. 657 SS)"

"RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 54460.

Relator: Cordeiro Guerra.

Data do Julgamento 1976/05/14.

Ementa: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. É COMPETENTE JUIZ DO LUGAR ONDE SE CONSUMOU O ESTELIONATO, MEDIANTE O ARDIL DE PAGAMENTO DO PREÇO DE UM AUTOMÓVEL, CONSTITUÍDO POR CHEQUE FALSO EMITIDO POR AGENTE COM FALSA IDENTIDADE. INAPLICAÇÃO DA SÚMULA 521.

" HABEAS CORPUS Nº 40232.

Relator: Hahnemann Guimarães.

Data do Julgamento 1963/10/23.

Ementa: DENÚNCIA NARRA FATOS DELITUOSOS. É COMPETENTE PARA CONHECER DO ESTELIONATO O JUIZ DO LUGAR EM QUE O ACUSADO OBTVEU O PROVEITO INDEVIDO."

Considerando-se, assim, que o ofendido foi o militar titular do cartão magnético e da senha secreta bancária, bem ainda que os meios emprega-

dos para a obtenção da vantagem ilícita ocorreram em São Gabriel da Cachoeira/AM, sendo que nesta mesma cidade houve o proveito indevido, ou seja, é o local da infração, entende-se que o Juízo competente para o processo e julgamento deste feito é o da Auditoria da 12ª CJM, na forma do artigo 88, parte inicial, do CPPM.

Ademais, o Juízo *a quo* autorizou a quebra do sigilo bancário do 1º Sgt. Ashbell Simonton Rédua, consoante expedientes acostados às fls. 261 e 262, o que contribui para a fixação da competência.

A competência do foro, para o crime de estelionato, está determinada em razão da vítima da lesão patrimonial (militar em atividade) bem como do lugar em que o infrator (igualmente militar em atividade) obteve a vantagem ilícita.

RECURSO CRIMINAL Nº 6.520-8-MG

Recurso Criminal. Competência. Não tem aplicação à espécie o novo Código de Trânsito Brasileiro, dado que não derogou dispositivo algum do Código Penal Militar. Inexistência, in casu, de ilícito penal militar a punir. Recurso provido para, desconstituída a Decisão vergastada, manter-se a competência da Justiça Militar da União e determinar-se o arquivamento da Instrução Preparatória. Decisão unânime.

Relator — Min. Gen. Ex. José Sampaio Maia.

Recorrente — O Ministério Público Militar junto à Auditoria da 4ª CJM.

Recorrida — A Decisão do Exmº Sr. Juiz-Auditor da Auditoria da 4ª CJM, de 23.09.98, que rejeitou pedido, formulado pelo Recorrente, de arquivamento do IPM nº 14/98, em que figura como indiciado o Cb. Ex. Márcio Henrique Waedt, por incompetência da Justiça Militar da União, determinando a remessa dos autos ao Exmº Sr. Juiz Distribuidor da Subseção Federal de Juiz de Fora.

Advogado — Dr. José Antonio Romeiro, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso interposto pelo MPM para, desconstituindo a decisão atacada, manter a competência da Justiça Militar da União e determinar o arquivamento do IPM nº 14/98. Impedido o Ministro Carlos Alberto Marques Soares.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey, Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antônio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata 77ª Sessão, 1º.12.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso interposto para, desconstituindo a Decisão atacada, manter a competência da Justiça Militar da União e determinar o arquivamento do IPM nº 14/98, à minguia de ilícito penal militar.

Brasília, 01 de dezembro de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Gen. Ex. *José Sampaio Maia*, Relator.

RELATÓRIO

Verifica-se que tratam de Recurso Criminal interposto pelo Ministério Público Militar oficiando junto ao Juízo da Auditoria da 4ª CJM, irresignado com a decisão do MM Juiz-Auditor, de 23.09.98, que, reconhecendo a inexistência de crime militar, em tese, declarou a incompetência da Justiça Militar da União para apreciar os autos do IPM nº 14/98 e determinou sua remessa ao Juízo Federal em Juiz de Fora-MG.

O Cb. Ex. Márcio Henrique Waedt, servindo no 17º Batalhão Logístico (17º B Log), Juiz de Fora-MG, a 29.05.98, dirigindo a Viatura EB - 347105713-6 GM/Veraneio, Placa GMF-1169, da carga daquela Unidade, colidiu, naquela cidade, com a Viatura Particular VW/Santana Quantum, Placa GUO-9267, causando avarias em ambas as viaturas, fls. 05, 26 e 159.

Em decorrência, foi instaurado um IPM pela Portaria nº 010-Sect, de 02.06.98, do Comandante do 17º B Log., fls. 01 a 175, cuja solução foi de que os fatos apurados não se constituíam em crime capitulado no CPM e sim transgressão disciplinar praticada pelo Cb. Ex. Márcio Henrique Waedt, imputando-lhe os prejuízos causados nas viaturas envolvidas no acidente, fl. 175.

Chegando os autos do IPM à Auditoria da 4ª CJM, o R. do MPM requereu a 25.08.98, que fosse esclarecida a natureza da lesão sofrida pela

vítima Pedro Augusto Nemer Temponi, conforme consta dos referidos autos, cujo Laudo não a esclareceu, fl. 180. A 27.08.98, a Juíza-Auditora deferiu o pedido do R. do *Parquet* Militar, fl. 181.

O Parecer Médico, datado de 09.09.98, adentrou aos autos a fl. 190, concluindo que não houvera lesão específica no Sr. Pedro Augusto Nemer Temponi.

O MPM, com vista a 14.09.98, do referido Parecer, declarou, a 16.09.98, que se manifestaria em cota separada, fl.195.

Em cota de 16.09.98, fls. 198 a 200, o R. do Órgão Ministerial manifestou-se pelo arquivamento dos autos, tendo em vista a atipicidade de conduta do Indiciado, dado que não houvera, na espécie, a ocorrência de lesões corporais, conforme documentação juntada aos autos, fls. 47, 166 e 190.

Comandante da 4ª Região Militar e 4ª Divisão de Exército, em documento sem data, fls. 196 e 197, avocou a solução do IPM, discordando da conclusão de seu Encarregado e da solução dada pela Autoridade Delegante resolvendo:

— *atribuir a responsabilidade do acidente ao Cb. Ex. Márcio Henrique Waedt, imputando-lhe os danos causados no veículo particular;*

— *fazer carga nos vencimentos do Cb. Waedt do valor da franquia do seguro de acidentes de veículos do proprietário de viatura particular e do saldo restante dos danos causados na viatura militar, deixando de fazer carga da quantia referente ao conserto das avarias do aludido veículo, tendo em vista ter sido pago pela apólice de seguro de acidente de Automóvel;*

— *punir disciplinarmente o Indiciado; e*

— *determinar a remessa dos autos do IPM à Auditoria da 4ª CJM.*

Em data de 17.09.98, o R. do MPM pronunciou-se da forma abaixo, com relação à avocação de solução do IPM:

"Ciente do teor do documento pela juntada deste nos autos do IPM número 14/98, enviado a 16.09.98.

As considerações apresentadas nesta "avocação" se relevantes sob o aspecto administrativo não atingem os argumentos de ordem penal lançados na cota de arquivamento dos autos nº 14/98, motivo pelo qual, mantém este órgão do M.P.M. as manifestações ali elencadas.", fl.197.

O MM. Juiz-Auditor Substituto, Dr. Marco Aurélio Petra de Mello, a 23.09.98, fls. 202 a 207, indeferiu o pedido do *Parquet* Militar, por não ser o

caso de arquivamento indireto, concluindo pela incompetência da Justiça Militar da União para o arquivamento do IPM e, ao final, “remetendo os autos de inquérito policial militar ao Exm^o Sr. Juiz Distribuidor de Subseção Federal de Juiz de Fora”.

Em suas considerações, entendeu o Magistrado que os delitos de trânsito não são mais da competência da Justiça Militar, ainda que presentes as circunstâncias do artigo 9^o do CPM, tendo em vista que o novel Código de Trânsito Brasileiro — CTB tipificou vários crimes cometidos na direção de veículos automotores, citando a regra contida no art. 303, daquele Diploma Legal, que está assim redigido: “Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: ...”.

Considerou que os crimes especificamente praticados no trânsito não encontram semelhança própria no Código Penal Militar, exceto os previstos nos arts. 279 a 281 do CPM, e tendo em vista que o STJ já sumulou (Súmula 6) competir à Justiça Comum o processo e julgamento de policiais militares em delito decorrente de acidente de trânsito, salvo se autor e vítima forem militares estaduais, parte final que entende revogada pelo CTB.

Por derradeiro, considerando que a única ressalva seria reputar-se o CTB como uma lei comum, sem o condão de revogar o CPM, concluiu afirmando que em se tratando de “crime cometido por servidor militar da União no exercício de suas funções, no que afeta o interesse da União” julgou competente a justiça Federal para opinar sobre o Feito.

O R. do Órgão Ministerial, a 24.09.98, ao tomar conhecimento da Decisão Judicial, dela recorreu em sentido estrito, fl. 207.

Em suas razões de recurso assevera que o tema proposto resume-se a uma análise eminentemente de Direito em obediência às regras que norteiam a interpretação científica do Direito.

No caso, o assunto merece debate divorciado da figura dos agentes incluídos na alínea “a”, II, do art. 9^o, do CPM, pois, em respeito à ciência do Direito, é importante que o STM se posicione no sentido de ser a Lei nº 9.503, de 23.09.97 (Código de Trânsito Brasileiro) norma geral, ou especial, e como tal, ter-se-ia superado o Diploma Penal Militar.

Contesta a Decisão Judicial quanto a seu entendimento de que a Justiça Competente para o Feito é a Federal.

Termina requerendo, caso o Juízo de Retratação se mantenha inalterado, seja reformada a Decisão proferida no que se refere ao envio dos autos para a Justiça Federal, fls. 210 a 214.

Contra-arrazoando, o R. da DPU alega que, por não existir tipo penal no CPM, ou seja, a prática de lesão culposa “na direção de veículo automoto-

tor", tem inteira pertinência a conclusão de incompetência da Justiça Militar da União da Decisão ora guerreada, sem qualquer reparo.

O mesmo não é possível no que pertine à definição de quem seja competente, que, no dizer da Decisão, seria a Justiça Federal e aduz que basta analisar-se o art. 109, IV, da CF, para ver-se que a competência não é dessa Justiça.

Entende que a Justiça Estadual é a competente para determinar o arquivamento da inquisa.

Como o IPM teve por objeto a notícia dos crimes de lesões corporais e de dano culposo, indaga se a Decisão não deveria determinar o arquivamento daquela Instrução Preparatória no que tange ao delito de dano culposo.

Finda dizendo que assiste razão, em parte, ao Recorrente para que, sendo declarada incompetente a Justiça Militar da União para o arquivamento do IPM no que diz respeito à prática de lesão corporal na direção de veículo automotor, sejam os autos encaminhados à Justiça Estadual, fls. 218 a 220.

No Juízo de Retratabilidade, a Juíza-Auditora, Dr^a Eli Ribeiro de Britto, em 27.10.98, manteve a Decisão atacada, dizendo que o fazia por razões de ética profissional e determinou a subida dos autos, fl. 221.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer emitido a 17.11.98, fls. 229 a 239, da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Mário Sérgio Marques Soares, opinou pelo conhecimento do recurso e seu provimento para desconstituir-se a Decisão vergastada, mantendo-se a competência da Justiça Militar da União para apreciar, em tese, os delitos previstos em lei comum e que guardem tipificação no CPM, adequados a seu artigo conceitual (art. 9º, do CPM), determinando-se o arquivamento do IPM nº 14/98 por inexistência de ilícito Penal Militar.

A 23.11.98, o Relator determinou a intimação da R. da DPU nesta Corte, na forma do art. 33, § 3º, c/c o art. 47, § 2º; ambos do RISTM, fl. 242.

A R. da DPU, a 25.11.98, após seu ciente do Despacho da Relatoria, fl. 243.

Relatados o suficiente, passa-se a decidir.

VOTO

O quadro fático, desenhado pela prova técnica, Inquérito Técnico, fls. 98 a 106, mostra que o Cb. Ex. Márcio Henrique Waedt avançou um semáforo, que lhe impedia a passagem quando conduzia uma Viatura Militar, colidindo com um veículo particular, o que ocasionou avarias em ambos os veículos.

Como não tivesse ocorrido lesões corporais, resumindo-se o fato a danos materiais, o R. do *Parquet* Militar considerou que a conduta do Indicado era atípica e requereu o arquivamento do IPM.

O Juiz-Auditor Substituto, tendo em sua ótica que o caso era da alçada do Código de Trânsito Brasileiro, declarou a incompetência da Justiça Militar da União, determinando a remessa dos autos do IPM à Justiça Federal.

Inconformado com essa decisão e avaliando como competente a Justiça Militar da União, o R. do MPM interpôs o presente Recurso, pedindo que, caso mantido o Juízo de Retratação, fosse reformada a Decisão recorrida no que se refere ao envio dos autos à Justiça Federal.

A questão posta à apreciação desta Corte de Justiça Castrense tem seu assento no conflito aparente de normas entre o Código Penal Militar e o Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

A controvérsia é de ser solvida pela aplicação do Princípio da Especialidade.

Nesse sentir é o abalizado Parecer do R. da PGJM quando afirma que o CTB, em sua destinação, não buscou alcançar os crimes militares, tanto que indicou a aplicação das normas gerais do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei nº 9.099/95.

E que o silêncio do legislador não permite qualquer interpretação, mas que o texto escrito sim e este sinaliza a aplicação do CTB no âmbito de jurisdição ordinária, com a aplicação subsidiária da legislação penal comum.

Asseverando que, a seu sentir, o deslinde da questão que se apresenta tem sua solução na especialidade da atividade militar e na legislação castrense, tanto penal como processual, fls. 234 e 237.

De fato, o CTB revela-se uma legislação de caráter geral, e assim sendo, não tem força de produzir alterações nos dispositivos do CPM, que se apresentam de nítido sentido de especialização.

O cânon incriminador da lesão corporal previsto no art. 303, do CTB, só pode ser tido como especial em relação à norma genérica, que serve de regência às lesões culposas no Estatuto Penal Comum, tendo como este destinação geral, não guardando, portanto, a natureza de norma especial com relação ao Código Penal Militar.

Daí infere-se que o CTB não se aplica, em seu aspecto penal, à Justiça Militar (precedentes da Corte RC 6.489-9-CE e RC 6.499-6-CE, julgados 03 e 17.09.98, respectivamente e que concluíram, por unanimidade, por essa não aplicação). No caso em apreciação, um motorista militar, conduzindo uma

viatura militar em serviço, ocasionou uma colisão com um veículo particular. E por isso não há falar-se em incompetência da Justiça Militar da União.

Dessa colisão não resultou lesões corporais, somente danos materiais, que foram resolvidos administrativamente, como se verifica das fls. 196 e 197.

E assim, ao concluir-se pela inexistência de crime militar, como muito bem assinalou o douto e culto R. da PCJM, não obriga que se remeta os autos do IPM aos demais Juízos, de outras jurisdições para que verifiquem, especificamente, a ocorrência ou não de crimes de suas respectivas competências, fls. 237 e 238.

Diante de todo o exposto, é de conhecer-se e prover-se o recurso Ministerial para, desconstituindo-se a Decisão guerreada, manter-se a competência da Justiça Militar da União e determinar-se o arquivamento do IPM nº 14/98, por inexistência de ilícito penal militar.

REVISÃO CRIMINAL Nº 1.271-7-RJ

Revisão criminal. Ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa. Nulidade processual. Inexistência. Abandono do processo pelo advogado constituído pelo acusado. Nomeação de defensor público para atuar no feito com o consentimento do réu. Contra-razões de recurso. Intimação da defesa por via telefônica. Validade. Não há que se falar em inobservância do princípio constitucional da ampla defesa, o não-oferecimento de contra-razões pelo advogado constituído pela parte, quando tal advogado é intimado, insistentemente, via telefônica, pelo diretor de secretaria e, apesar de comparecer pessoalmente à sede do juízo, deixa de contra-arrazoar o recurso do ministério público, tendo essa incumbência sido atribuída à defensoria pública que, por seu representante legal, substituiu a defesa constituída para esse mister, com o consentimento do réu, oferecendo as contra-razões recursais. Por unanimidade, conhecido do pedido e, por maioria, indeferida a revisão criminal, por falta de amparo legal.

Relator — Min. Ten.-Brig.-do-Ar Sérgio Xavier Ferolla.

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

Requerente — Antônio Carlos de Pessoa, Cap. Ex., condenado a 03 meses de prisão, incurso no art. 175 c/c o art. 59, do CPM, alegando inobservância dos princípios fundamentais, referente à ampla defesa, requer REVISÃO nos autos da Apelação nº 46.742-4 (Processo nº 3/91-8, da 4ª Auditoria da 1ª CJM).

Advogado — Dr. Remo Lainetti.

Decisão — O Tribunal, por unanimidade, conheceu do pedido e, por maioria, o indeferiu por falta de amparo legal. Os Ministros Germano Arnoldi Pedrozo e José Enaldo Rodrigues de Siqueira deferiam o pedido de revisão. O Ministro José Enaldo Rodrigues de Siqueira fará declaração de voto. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares deu-se por impedido.

Presidência do Ministro General-de-Exército Edson Alves Mey. Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no impedimento do titular. Presentes os Ministros Aldo da Silva Fagundes, Antonio Carlos de Nogueira, Carlos de Almeida Baptista, Olympio Pereira da Silva Junior, José Sampaio Maia, José Julio Pedrosa, Sérgio Xavier Ferolla, Domingos Alfredo Silva, João Felipe Sampaio de Lacerda Junior, Germano Arnoldi Pedrozo, José Enaldo Rodrigues de Siqueira e Carlos Alberto Marques Soares. Ausente o Ministro Carlos Eduardo Cezar de Andrade. (Extrato da Ata 40ª Sessão, 29.06.1998).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, na forma do Voto do Relator, por unanimidade, conhecer do pedido e, por maioria, indeferir a presente Revisão Criminal, por falta de amparo legal.

Brasília, 29 de junho de 1998 — Gen. Ex. *Edson Alves Mey*, Presidente — Ten.-Brig.-do-Ar *Sérgio Xavier Ferolla*, Relator — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Revisor.

RELATÓRIO

Verifica-se que o Representante do Ministério Público Militar junto à antiga 2ª Auditoria do Exército da 1ª CJM, com suporte em Inquérito Policial Militar instaurado na Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) – Resende-RJ, ofereceu denúncia contra o então 1º Tenente de Infantaria Antônio Carlos de Pessoa (posteriormente promovido a capitão) e os 2º Tenentes Médicos Alexandre Taveira Fontes e Darci Ricardo Ramos, como incursos no

artigo 175, do Código Penal Militar, atribuindo-lhes os seguintes fatos tidos como delituosos:

VERBIS: "... 1. No dia 9 de outubro de 1990, os cadetes da 1ª e 3ª CIA. C. BAS, entre os quais a vítima o ex-cadete Márcio Lapoente da Silveira, foram apresentados ao Cap. Gil, por volta das 4:50hs, a fim de se iniciar o Estágio de Operações em Selva e Técnicas Especiais.

2. Com efeito, o deslocamento de 4,5Km para a AIESP teve início em passo acelerado e em forma, sendo que o 1º acusado deslocava-se como guia à testa do grupamento e o 2º acusado à retaguarda com ambulância.

3. Outrossim, é certo que o citado deslocamento terminou por volta das 05:50hs com a chegada do grupamento, sendo certo ainda que a vítima encontrava-se entre os retardatários, apresentando visíveis sinais de desgaste físico, tendo, inclusive, sido auxiliado por seus companheiros.

4. Logo após sua chegada, o ex-cadete Lapoente sentiu-se mal, passando a ser atendido por seus companheiros.

Outrossim, durante o reajustamento do dispositivo, o ex-cadete LAPOENTE não ocupava sua posição na Testa, tendo o 1º acusado observado que o mesmo estava sendo auxiliado pelos companheiros, ocasião em que deu ordens para que os Cadetes entrassem em forma.

Nessa oportunidade, o 1º acusado desferiu três chutes nas nádegas e pernas da vítima fatal, que encontrava-se caída no chão.

5. Ressalte-se ainda que, durante todo esse período, o 2º e 3º acusados não prestaram qualquer atendimento médico à vítima, não obstante ambos serem Tenentes-Médicos e responsáveis pela eventual assistência médica necessária, abandonando, assim, o militar que estava sob os cuidados dos mesmos.

Nesse particular, vale destacar, o depoimento da testemunha de fls 55/56 que, enfaticamente, declarou que, houve retardo no atendimento médico do ex-cadete, já que passou muito tempo desde a apresentação dos sintomas e após sua queda sem a presença de qualquer médico.

6. Posteriormente, teve início a cerimônia de apresentação dos instrutores.

Com efeito, ao ser executado o primeiro exercício, o ex-cadete caiu e não conseguiu executar os demais, sendo que

nesse momento, tanto o 2º como o 3º acusados fizeram uma 1ª avaliação, diagnosticando-se tratar de desgaste físico.

7. Por outro lado, após o ex-cadete permanecer algumas horas no HE, constatou-se que seu estado de saúde era grave, ocasião em que foi decidido removê-lo para o HCE no Rio de Janeiro, sendo designado o 2º Ten. Médico Zouzin para acompanhar o ex-cadete.

8. Durante o trajeto, o ex-cadete começou a apresentar redução da Taquipnéia e da amplitude dos movimentos respiratórios, sendo certo ainda que por volta das 14:00hs, o ex-cadete deu entrada na emergência do HCE, onde foi constatado o seu óbito.

9. Vale destacar ainda que, segundo consta do Auto da Necropsia acostado às fls. 217/226, o mesmo concluiu que, certamente, a origem das manifestações no ex-cadete tenha sido decorrente de atividades de ordem física relacionada à produção de calor corporal causando, conseqüentemente, um choque térmico.

Com efeito, o citado laudo concluiu que, as condições apresentadas pela vítima requerem um tratamento pronto e vigoroso o que, efetivamente, não foi feito pelos 2º e 3º acusados, já que segundo consta do referido documento o tratamento de choque térmico deve começar imediatamente, tendo sido a causa da morte o citado choque seguido de infarto agudo do miocárdio na vigência da realização de esforços físicos... .”.

Referida denúncia foi recebida no dia 14 de fevereiro de 1991, sendo os acusados regularmente citados.

Concluída a instrução criminal, o processo foi a julgamento, tendo o Conselho Especial de Justiça, em decisão de 22 de abril de 1992, absolvido todos os denunciados.

Votou Vencida a Juíza-Auditora em relação ao Capitão Antônio Carlos de Pessoa, que condenava este oficial como incurso no art. 175, do CPM.

Não se conformando com a absolvição do Cap. De Pessoa, o Ministério Público Militar interpôs recurso de apelação para esta Corte, em petição datada de 26 de maio de 1992, oferecendo as respectivas razões, no dia 08 de junho do mesmo ano.

Relativamente às absolvições dos 2º Tenentes-Médicos Alexandre Taveira Fontes e Darci Ricardo Ramos, a Sentença transitou em julgado em 29 de maio de 1992.

Em certidão cuja cópia encontra-se às fls 103 deste processo, o Diretor de Secretaria do aludido Juízo informou que em virtude de o Dr. Remo Lainetti não se encontrar na Cidade do Rio de Janeiro no dia 15 de junho de 1992, por ter "viajado para tratamento de saúde", não foi aberta vista dos autos para que a Defesa pudesse oferecer contra-razões, ao recurso do MPM.

Apesar dos esforços desenvolvidos pelo Diretor de Secretaria da Auditoria, não foi possível intimar o Dr. Remo Lainetti para que pudesse contra-arrazoar o recurso interposto pelo Ministério Público. Em consequência, no dia 03 de julho de 1992 foi juntado ao processo principal a Certidão de fls 104, no seguinte teor:

"CERTIFICO, para os devidos fins, que, no dia 22 JUN 92, através de ligação telefônica, fui informado pelo Dr. Ari, assistente do Dr. Remo Lainetti, Defensor do acusado, Cap. Antônio Carlos de Pessoa, que o Advogado, por último mencionado, permanece com problemas de saúde, bem como ausente desta cidade. CERTIFICO, também, que, em decorrência, nos dias 24 e 25 JUN 92, tentei entrar em contato, por telefone, com o acusado. CERTIFICO, mais, que no dia 29 JUN 92, após contato telefônico, compareceu, nesta Secretaria, o Cap. De Pessoa, o qual, na ocasião, se comprometeu a entrar em contato com o seu patrono ou constituir outro Advogado. CERTIFICO, ainda, que no dia 1º JUL 92, mais uma vez, por telefone, o Cap. De Pessoa informou ao signatário que, até àquela data, não tinha sido possível contactar o seu Advogado. CERTIFICO, finalmente, que, na data de hoje, o Oficial de Justiça Avaliador Albino Queiroz Cavalcante Filho, após inúmeras tentativas de localizar o Advogado acima referido, através de ligações telefônicas para o escritório do mesmo, embora sem êxito, resolveu ligar para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do telefone 296-1177, ramal 2361, contactando com a Secretária da Presidência do Tribunal Estadual, Sra. Marta de Castro Cerqueira, a qual lhe informou que o Dr. Remo Lainetti encontrava-se, naquele momento, fazendo a sustentação oral no processo em que defende o Dr. Nestor do Nascimento, Juiz de Direito, envolvido no processo de fraude do INSS. Do que, para constar, lavrei a presente CERTIDÃO e dou fé...".

No dia 06 de julho de 1992, nova certidão foi lavrada pelo Diretor de Secretaria do Juízo, desta feita nos seguintes termos:

"CERTIFICO, para os devido fins, que, na data de hoje, compareceu a esta Auditoria o Dr. Remo Lainetti, Defensor do acusado Cap. Antônio Carlos de Pessoa...".

Tendo em vista o conteúdo das Certidões antes referidas, em 07 de julho de 1992 a Juíza-Auditora proferiu esta decisão:

"... subam os autos ao Egrégio Superior Tribunal Militar, uma vez que, até às 18 horas de hoje, o eminente Advogado não produziu contra-razões."

Nesta Instância, o feito foi autuado como APELAÇÃO Nº 46.742-4/RJ, tendo como Relator e Revisor, respectivamente, o saudoso Ministro Alte. Esq. José do Cabo Teixeira de Carvalho e Ministro Dr. Paulo César Cataldo.

Concluído o processo ao Exmo. Sr. Ministro-Relator e tendo S. Exa. "... constatado o abandono do processo pelo Advogado constituído pelo Acusado...", foi determinada a restituição dos autos à Auditoria de origem para o oferecimento de Contra-razões pela Defensoria-de-Ofício, "... salvo se o Apelado, Cap. Ex. Antônio Carlos de Pessoa quiser constituir outro Defensor..." (fls 107).

Retornando os autos à Auditoria de origem, o Cap. De Pessoa foi intimado do despacho do Sr. Ministro-Relator, conforme certidão datada de 08 de setembro de 1992, fazendo juntar ao processo declaração firmada nestes termos:

"Ao me apresentar nesta Auditoria no dia 08/09/92, fui cientificado dos despachos dos dias 01 e 03 de setembro de 92, que deveria escolher outro advogado em lugar do Dr. Remo Lainetti, no prazo de 72:00 horas.

Por não ter outro advogado, pois o referido Dr. Remo é de minha inteira confiança e nem me cobrou honorários pelos serviços prestados, sou obrigado a deixar a escolha a critério da Justiça Militar."

Aberta vista do processo à Defensoria Pública, em 24 de setembro de 1992 a Dra. Lúcia Maria Lobo, Advogada-de-Ofício, ofereceu contra-razões ao recurso interposto pelo MPM.

Em Sessão do dia 10 de dezembro de 1992, este Tribunal, por unanimidade de votos, deu provimento ao apelo do MPM para, reformando a Sentença recorrida, condenar o Cap. Antônio Carlos de Pessoa à pena de 03 meses de prisão, como incurso no artigo 175, c/c o artigo 59, ambos do CPM e, por maioria, com o benefício do "SURSIS" pelo prazo de 02 anos, tendo o respectivo Acórdão recebido a seguinte ementa:

"Violência contra inferior. Art. 175 do CPM. Oficial que desfere três chutes em Cadete prostrado ao chão, sem condições

de prosseguir nos exercícios, com evidentes sintomas de gravidade em seu estado. Alegações de ter agido com a finalidade de reanimar o instruendo desprovida de qualquer prova fática, evidenciando unicamente a violência. Provido o recurso do MPM para condenar o réu a 3 meses de prisão. Unânime. Concessão do "sursis" por dois anos. Maioria. Determinada a extração de peças com remessa à PGJM para as providências cabíveis."

O Acórdão prolatado nos autos da APELAÇÃO Nº 46.742-4/RJ, transitou em julgado para o Ministério Público Militar, em 15/02/93 e, para a Defesa, em 08/03/93 (fls 12).

Às fls 11, Instrumento de Procuração, datado de 23 de dezembro de 1997, com o qual o Cap. Ex. Antônio Carlos de Pessoa novamente constituiu como seu advogado o Dr. Remo Lainetti que, em Petição de fls 02/10, requer a presente REVISÃO CRIMINAL, sob o argumento de que, no julgamento do processo relativo à APELAÇÃO Nº 46.742-4/RJ, "... inobservaram-se princípios fundamentais, referentes à ampla defesa (CF Art. 5º, LV) e ao devido processo legal (CF Art. 5º, LIV)...".

Depois de fazer alusão às certidões e despachos já referidos, conclui o Advogado do Cap. De Pessoa, In Litteris (fls 09/10):

"... inobservaram-se princípios fundamentais do direito de defesa, verbi gratia, de amplitude, contraditório, isonomia, devido processo legal. As providências intimidadoras, que se narram tomadas (fls 919, 920, 921) não foram bastantes para tranquilizar relativamente à notificação do advogado do apelado. Além de claramente insuficientes, chegam a revelar extrema ingenuidade funcional ou extrema malícia. O fato é que não houve abertura de vista para as contra-razões. Tampouco, intimação. Por outro lado, o que se contém às fls 919/921 não ensejava substância para o douto despacho de fls 922, visto que o processo penal oferece a oportunidade de sanear a qualquer momento. Paralelamente, o Sr. Escrivão (ou Chefe da Secretaria) teria obrado com diligência relevante se tivesse suscitado à ilustrada Auditora que estavam sendo suprimidos prazos fundamentais à defesa. Assim também a talentosa Defensoria do Ofício ou no Egrégio Superior Tribunal Militar quando deduziu as suas razões o próprio Ministério Público, eis que sempre fiscal da lei penal militar.

Isto posto,

serve a presente REVISÃO para requerer seja anulado o processo a partir de fls 922, inclusive, a fim de que seja aberta vista ao

advogado constituído pelo apelado para o objetivo de oferecer, querendo, no prazo legal, contra-razões. Todavia, verificada a ocorrência de prescrição (...), pede-se tal declaração, restabelecendo-se a sentença absolutória para todos os fins de Direito...".

Registre-se, por oportuno, que a Defesa não indicou em seu requerimento o fundamento legal do pedido revisional.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls 125/137, da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Mário Sérgio Marques Soares, opina pelo conhecimento e indeferimento do pedido, por falta de amparo legal.

Isto posto

Passou o Tribunal a decidir.

VOTO

O pressuposto básico para o cabimento da Revisão Criminal é a existência de um processo penal com sentença condenatória transitada em julgado.

"In casu", conforme demonstrado no Relatório, o Acórdão prolatado na Apelação nº 46.742-4/RJ, que condenou o Cap. Ex. Antônio Carlos de Pessoa à pena de 03 meses de prisão, como incurso no art. 175, c/c o art. 59, ambos do CPM, com o benefício do "SURSIS" pelo prazo de 02 anos, transitou em julgado para o MPM em 15/02/93 e, para a Defesa, em 08/03/93.

Portanto, satisfeita está a primeira condição de admissibilidade do pedido revisional, prevista no artigo 550, do CPPM.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer dos demais requisitos referidos no artigo 551, alíneas "a", "b" e "c", do mesmo diploma legal, uma vez que não foram indicados pela Defesa.

Por outro lado, não encontra respaldo no suporte probatório a alegação da Defesa de que não foram observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pelo fato de o defensor constituído no processo principal – o mesmo que atua neste feito – não ter oferecido as contra-razões de apelação.

Comprovam os autos que o Dr. Remo Lainetti fora intimado para aquela providência, insistentemente, pelo Diretor de Secretaria da Auditoria. Tanto isso é verdade, que o nobre advogado compareceu ao Juízo, para atender a intimação e, não se sabe o porquê, nenhum arrazoado foi apresentado em favor de seu constituínte.

Por esse motivo, por força do que dispõe o artigo 534 da Lei Adjetiva Castrense, o recurso de apelação foi remetido a esta Corte sem as contra-razões de defesa.

Atuada a apelação e distribuída ao Relator, o saudoso Ministro CABO entendendo que tinha havido abandono do processo pelo Dr. Remo Lainetti, não só determinou fosse tal fato comunicado à Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do artigo 71, § 7º, do CPPM, mas, também, que fosse intimada a Defensoria Pública junto à Auditoria de origem para que oferecesse as contra-razões de apelação em favor do Cap. De Pessoa, desde que o oficial concordasse, o que de fato aconteceu.

Desse modo, as contra-razões de apelação foram apresentadas no dia 24 de setembro de 1992 pela Advogada-de-Ofício, Dra. Lúcia Maria Lobo, tendo o processo retornado a este Tribunal para julgamento, o que ocorreu em 10 de dezembro de 1992.

Assim sendo, não há que se falar em nulidade do processo por falta de oferecimento de contra-razões de defesa.

A matéria discutida nesta Revisão Criminal foi exaustivamente enfrentada pelo insigne Representante da Procuradoria-Geral, cujos fragmentos, a seguir transcritos, adotamos como razão de decidir (fls 127/136):

VERBIS: "... Em face da ausência de indicação do lastro do requerimento, é de se observar que o artigo 550 do CPPM admite a revisão dos processos findos, "em que tenha havido erro quanto aos fatos, sua apreciação, avaliação e enquadramento."

Ao enumerar em que situações é admitida a revisão dos processos findos, as alíneas do artigo 551 do CPPM estabelecem, verbis:

"a) quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;

b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

c) quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena."

A simples análise dos permissivos processuais dão conta das razões da ausência de indicação do lastro legal do pedido revisio-nal, pois inexistem.

Bem se vê, não se procura corrigir um erro judiciário, mas persegue-se através da revisão requerida, obter-se um efeito rescisório ao Aresto, tal como num habeas corpus — até mais adequado à discussão da quaestio, tendo por resultado pretendido a nulificação da ação penal e a incidência da prescrição a impedir a repetição de qualquer ato processual, isentando-se definitivamente o Cap. De Pessoa.

Há que se salientar improcedentes “in totum” as argumentações do Dr. Remo Lainetti, cujas razões visam mais redimir sua atuação profissional do que defender o agir do réu, Cap. De Pessoa, de molde a trazer argumentos a reverterem a condenação encetada por esse Tribunal.

A base singular da argumentação é a nulidade do feito por desassistência do réu, em face da ausência de contra-razões pelo defensor constituído.

Entrementes, princípio basilar do direito processual prescreve inexistir nulidade sem prejuízo — “pas de nullité sans grief”, assim como, de cunho ético-moral, vedar à Parte tirar proveito de nulidade a que tenha dado causa.

Dessarte, para a procedência do pedido, mister se verifique presentes, in casu, três condições satisfativas, a saber:

- 1) existência de nulidade, por afronta ao princípio da ampla defesa;*
- 2) prejuízo do Requerente;*
- 3) não haver ele dado causa à nulidade.*

Quanto à primeira condição, intimamente relacionada com a derradeira, é de se observar o intenso esforço do Juízo em trazer aos autos a contrariedade do Dr. Remo Lainetti, defensor constituído, segundo afirmou o Cap. De Pessoa, graciosamente, pois desde o despacho de recebimento da Apelação, às fls. 910, determinou o Juízo fosse ouvida a Defesa (...).

Inobstante o estatuído no artigo 534 do CPPM, no sentido de que, findos os prazos para razões, com ou sem elas, os autos serão remetidos a essa Corte, o eminente e saudoso Ministro José do Cabo Teixeira de Carvalho lavrou o seguinte despacho:

“Sejam os autos restituídos ao Juízo a quo para o oferecimento das Contra-razões pelo Advogado-de-Ofício, salvo se o Apelado Cap. Ex. Antônio Carlos de Pessoa quiser constituir outro Defensor.

Constatado o abandono do processo pelo Advogado constituído do Acusado, Dr. Remo Lainetti (fls. 919/920), sem a devida justificativa, seja esse fato comunicado à Seção competente da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos estabelecidos no § 7º do Art. 71 do CPPM.

Após a devolução dos autos a esta instância, dê-se nova vista à d. Procuradoria-Geral da Justiça Militar, vindo, a seguir, conclusos ao Relator.”.

Vale salientar que S. Exa. não determinou que o Cap. De Pessoa fosse constrangido a constituir outro defensor, mas que, para não ficasse indefeso, fosse patrocinado, em face do abandono da causa por seu advogado constituído, pela Defensoria Pública junto à Justiça Militar, ressalvado, evidente, o seu direito de constituir outro advogado, pois não se poderia permitir a reabertura de prazo, como ora pretendido, ao próprio Dr. Lainetti.

Em razão do respeitável despacho supra transcrito, o Cap. De Pessoa foi requisitado a comparecer ao Juízo e inteirado da decisão do Relator, apondo de próprio punho seu ciente às fls 944, acrescentando: “Vou providenciar as medidas necessárias no prazo que foi estabelecido (72 horas)”.

O prazo foi alinhavado para, preterindo o patrocínio da Defensoria Pública, o Acusado constituísse outro advogado, mas, ao seu final, conforme consignou às fls 947, veio declinar a impossibilidade de ter outro patrocínio, não apenas por ser o Dr. Remo de sua inteira confiança, como também não lhe haver cobrado honorários, deixando então a escolha a critério da Justiça Militar.

Aberta vista à Defensoria Pública, esta manifestou-se pela diligente Dra. Lúcia Maria Lobo, que em alentadas razões, em treze laudas datilografadas e documentação anexada em favor do Apelado, produziu impecável peça de defesa em prol do Cap. De Pessoa, mais ainda, considerando-se que aquela Defensora Pública conhecia os autos minudentemente, pois patrocinara a Defesa do acusado médico Darci Ramos (fls. 808/809), sendo de se crer que não lançou mão das alegações finais, com elevada síntese oferecidas graciosamente pelo Dr. Lainetti em favor do Cap. De Pessoa (fls. 861).

Têm nossos Tribunais decidido pelo procedimento adotado na hipótese vertente, consoante decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, in litteris:

"Apelação – Razões não oferecidas por defensor constituído – Inadmissibilidade – Exigência de que o réu constitua novo defensor ou lhe seja nomeado dativo – inteligência: art. 601 do código de processo penal.

28 – A ausência de razões em recurso não possibilita a subida deste à Instância Superior, devendo o réu constituir novo defensor, sob pena de se lhe nomear dativo, a fim de assegurar o direito à aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. RJDTACRIM volume 5, janeiro/março/1990, pág. 48, Relator: Juiz Rubens Gonçalves."

De igual sorte, por princípio ético-moral, espelhado no artigo 501 do CPPM, não pode a Parte aproveitar vício a que deu causa.

Nesse sentido, o Acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro Assis Toledo, ao decidir o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 1044/91-SP (DJ de 03.06.1991, pg. 07432), verbis:

"Ementa: Processual Penal. Habeas Corpus sob fundamento de cerceamento de defesa, por falta de intimação do defensor constituído para audiência de instrução. Demonstrado o abandono da causa pelo defensor constituído, residente em outra comarca, não constitui nulidade a realização de atos processuais com a presença de defensores designados pelo juiz. Vícios provocados pela defesa não podem ser alegados em seu benefício (art. 565 do CPP). Recurso de habeas corpus a que se nega provimento. 2. Ordem indeferida, que se mantém por seus fundamentos. Decisão: Por unanimidade, negar provimento ao recurso."

Outrossim, como salientado o Cap. De Pessoa, cientificado, em face estar com patrocínio gratuito e confiar estritamente no Dr. Remo Lainetti, deixou a sua defesa a cargo do Advogado-de-Ofício que o Juízo lhe nomeasse, como consignado às fls 947.

Reforça-se a inoocorrência de qualquer nulidade e ainda assim como a impossibilidade de se locupletar a Defesa com o alegado, porém inexistente, vício a que deu causa, transcrevendo-se o Aresto do Supremo Tribunal Federal, da lavra do eminente Ministro Moreira Alves, no RHC nº 62647 (Ementário do STF, vol. 01373-02, pág. 264), verbis:

"Ementa: *Habeas Corpus*. Cerceamento de defesa. Inexiste cerceamento de defesa se o réu não se opõe a nomeação de defensor dativo, após seu patrono constituído haver abandonado a causa. Recurso ordinário a que se nega provimento."

No mesmo sentido o RHC nº 1176/91-SP, julgado pela 5ª Turma do e. STJ, Relator o Ministro Flaquer Scartezini, verbis:

"Ementa: Recurso de *Habeas Corpus*. Cerceamento de defesa – Validade da intimação por via postal – Vista dos autos em cartório – Nomeação de novo defensor. Mesmo não estando expressa na lei processual penal a intimação do advogado através de via postal com aviso de recepção, seu comparecimento espontâneo ao cartório, onde tomou ciência do termo de intimação, supre qualquer irregularidade, mesmo porque, não argüida a ilegalidade, oportune tempore. – Inocorrente qualquer prejuízo ao réu, ante a nomeação de novo defensor, que se manifestou regularmente. – Recurso conhecido e improvido."

Por derradeiro, o Acórdão da lavra do Ministro José Cândido, da 6ª Turma do e. STJ, in HC nº 1610/92-RJ (DJ 15.02.1993, pág. 01701):

"Ementa: *Habeas Corpus*. Defensor Público. Advogado: número de telefone. Convocado pelo telefone deixou de comparecer o advogado. Instrução feita por defensor dativo regularmente nomeado. Não havendo prejuízo para defesa, não se justifica a nulidade da instrução processual. Ordem denegada. Decisão: Por unanimidade, denega a ordem de *habeas corpus*."

A validade da intimação telefônica, em especial quando há posterior comparecimento do causídico ao Juízo, está igualmente espelhada no HC nº 67774-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 27.04.90, pág. 03424, segundo o qual "não cabe a anulação do processo penal, se, embora não tenha havido a intimação formal do advogado para a audiência de inquirição de testemunhas de acusação – que foi, aliás, avisado por telefone – veio a ser nomeado advogado 'ad hoc' para o ato."

O Superior Tribunal Militar, em Acórdão da lavra do Ministro Seixas Telles, in HC nº 32.607-3/PR, também entendeu que "o atendimento por parte do advogado, a intimação telefônica procedida pelo diretor de secretaria convalida o ato cartorário,

sanando possível nulidade, face ao disposto na parte inicial do artigo 503 do código de processo penal militar” e que, “apenas haveria nulidade se, inerte o patrono constituído, não fosse intimado o outorgante do mandato” (Ap. nº 44.643-5/RJ, Relator o Ministro Júlio de Sá Bierrenbach).

Segundo o magistério do Ministro Adhemar Maciel, in R. Esp. Nº 9859/91, “não há que se falar em nulidade da intimação do defensor por via telefônica quando, sem contestar a notificação por essa via no momento oportuno, houve o comparecimento regular ao feito”. (grifos nossos).

Com efeito, o Dr. Remo Lainetti compareceu ao Juízo e sequer impugnou a intimação telefônica, que ora entende inexistente, de molde a obter novo prazo.

Não havendo na hipótese ausência ou até mesmo deficiência de defesa, não há que se inquietar de nulidade a ação penal regularmente conduzida e sanada por ação diligente do saudoso Ministro Cabo, sendo de relevo que o próprio defensor constituído pelo Cap. De Pessoa deu causa ao alegado vício processual.

A robustez do trabalho da Dra. Lúcia Maria Lobo é destacada pelo próprio Requerente às fls. 08 quando realça que “os autos foram encaminhados à douta Defensoria de Ofício, que produziu extensa e inteligente dedução, embora lhe tenha escapado a inexistência de vista para as contra-razões e, igualmente, a falta de intimação do defensor do Apelado para produzi-las.”.

Data venia, apenas podemos concordar com a primeira parte, posto que cientificada foi a douta Defesa, que agora inclusive põe em dúvida até mesmo a existência do Dr. Ari, que atendia o telefone de seu escritório, se dizia seu assistente e dava conta de seu estado de saúde.

Tanto os recados chegaram ao destino que o Dr. Remo Lainetti acabou comparecendo no Juízo, sem entretanto, apresentar as contra-razões, ou mesmo peticionar qualquer arazoado em prol do Cap. De Pessoa, mesmo ciente da existência de recurso por parte do Órgão de Acusação.

De igual sorte inquestionável que o Cap. De Pessoa foi intimado da sentença e cientificado do recurso ministerial, cabendo-lhe providenciar advogado para acompanhar o apelo, uma vez não conseguindo contatar aquele que acompanhou a instrução criminal.

Suas razões, como declinado e antes realçado, fundavam-se na confiança no Dr. Remo e, igualmente, na gratuidade do patrocínio.

Não pode, como requerido, ficar a Justiça pública à mercê da vontade do Réu ou de seu Advogado.

O impedimento inicial que se afirmava, por parte do escritório do Dr. Remo Lainetti, relativamente ao seu estado de saúde, já não mais podia ser invocado face estar, como admitido pelo próprio, em pleno exercício profissional naquele Juízo... .”.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO
GENERAL-DE-EXÉRCITO JOSÉ ENALDO RODRIGUES DE SIQUEIRA,
NOS AUTOS DA REVISÃO CRIMINAL Nº 1.271-7-RJ

Votei, no caso, em desacordo com a maioria, deferindo o pedido revisional, para que o processo fosse parcialmente refeito e, como corolário disso, realizado novo julgamento da Apelação nº 46.742-4/RJ, na qual figurou como Apelado o Cap. Ex. Antonio Carlos de Pessoa.

Assim procedi porque, a meu aviso, a substituição abrupta do advogado constituído, Dr. Remo Lainetti, que acompanhou o evolver do processo desde a sua origem, por outro defensor, que somente teve acesso ao feito na fase do oferecimento de Contra-Razões de Recurso de Apelação, deixou, quando menos, dúvida sobre ter sido ofertada, ao Capitão Pessoa, a oportunidade da defesa ampla e sem peias, como quer a Carta Constitucional, em seu artigo 5º, inciso LV.

Não desconheço, aliás como bem assinalado no voto condutor do eminente Ministro-Relator, que o Capitão Pessoa foi intimado do despacho, que, diante da ausência no processo das Contra-Razões defensoriais, determinou a restituição dos autos à Auditoria de origem para que tal lacuna fosse suprida pela “Defensoria-de-Ofício”.

Não ignoro, também, que o despacho em tela ressalvou a possibilidade de o Capitão Pessoa constituir novo advogado de sua escolha, para contrapor-se às Razões de Apelação do Ministério Público.

Não olvido, até, que o próprio Capitão Pessoa aceitou a indicação de Defensor-Público para representá-lo nesse ocaso do feito.

Porém, não esqueço também que assim procedeu o Capitão Pessoa em situação de evidente ausência de alternativa, como se deduz da declaração de sua lavra firmada nos autos, *in verbis*:

“Ao me apresentar nesta Auditoria no dia 08/09/92, fui cientificado dos despachos dos dias 01 e 03 de setembro de 92, que deveria escolher outro advogado em lugar do Dr. Remo Lainetti, NO PRAZO DE 72:00 HORAS.

POR NÃO TER OUTRO ADVOGADO, pois o referido Dr. Remo é de minha inteira confiança e nem me cobrou honorários pelos serviços prestados, SOU OBRIGADO A DEIXAR A ESCOLHA A CRITÉRIO DA JUSTIÇA MILITAR”. (Sem destaques no original).

E dessa equação, não ressaí, a meu sentir, a certeza de que tenha o militar em causa contado com todos os meios inerentes à ampla defesa e ao contraditório.

A propósito, diz a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, no seu artigo XI, nº 1, in litteris:

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

Trata-se, pois, de matéria que não aceita exceções e, menos ainda, admite temperamento. Há ou não há ampla defesa; existe ou não existe contraditório. É como a água e a chama; é como a vida e a morte. Coisas todas a não comportarem meia-claridade ou meio-termo.

Brasília, 17 de agosto de 1998 — Gen. Ex. José Enaldo Rodrigues de Siqueira, Ministro do STM.

Índice Numérico

APELAÇÃO	RELATÓRIO
47.901-5-RJ	Min. João Felipe Sampaio de Lacerda Junior.....JSTM 07/9
48.009-0-RJ	Min. Carlos Eduardo Cezar de AndradeJSTM 07/26
48.015-3-RJ	Min. Olympio Pereira da Silva Junior (Relator p/o acórdão)JSTM 07/36
48.022-8-RJ	Min. Carlos de Almeida BaptistaJSTM 07/47
48.080-3-DF	Min. Antonio Carlos de NogueiraJSTM 07/52
48.081-1-RS	Min. José Sampaio MaiaJSTM 07/61
48.088-9-RJ	Min. Olympio Pereira da Silva JuniorJSTM 07/68
48.167-2-RS	Min. José Enaldo Rodrigues de SiqueiraJSTM 07/88
48.178-8-PA	Min. Carlos Alberto Marques SoaresJSTM 07/94

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

287-4-RJ	Min. Germano Arnoldi PedrozoJSTM 07/105
----------	---

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

168-0-MS	Min. José Julio PedrosaJSTM 07/111
175-2-DF	Min. Carlos Eduardo Cezar de AndradeJSTM 07/139

CORREIÇÃO PARCIAL

1.565-0-RJ	Min. Sérgio Xavier FerollaJSTM 07/146
1.581-0-MS	Min. Aldo Fagundes.....JSTM 07/153
1.588-7-RS	Min. José Julio PedrosaJSTM 07/159

DESAFORAMENTO

369-9-PR	Min. Antonio Carlos de Nogueira.....JSTM 07/163
----------	---

EMBARGOS

- 47.820-9-RJ Min. Germano Arnoldi PedrozoJSTM 07/169
48.087-4-DF Min. Carlos Alberto Marques SoaresJSTM 07/174

HABEAS CORPUS

- 33.351-7-PA Min. João Felipe Sampaio de Lacerda JuniorJSTM 07/182
33.368-1-SP Min. Aldo Fagundes.....JSTM 07/190

MANDADO DE SEGURANÇA

- 421-1-RJ Min. Domingos Alfredo SilvaJSTM 07/203

QUESTÃO ADMINISTRATIVA

- 284-4-RJ Min. Domingos Alfredo SilvaJSTM 07/212

RECURSO CRIMINAL

- 6.475-9-MG Min. José Enaldo Rodrigues de SiqueiraJSTM 07/222
6.501-1-AM Min. Carlos de Almeida BaptistaJSTM 07/229
6.520-8-MG Min. José Sampaio MaiaJSTM 07/237

REVISÃO CRIMINAL

- 1.271-7-RJ Min. Sérgio Xavier FerollaJSTM 07/243

Índice de Assunto

- Abandono de serviço. Inexigibilidade de conduta diversa. Inocorrência. Art. 195 c.c 59, CPM. Ap. nº 48.080-3-DF – JSTM 07/52
- Abuso de poder. Maus-tratos. Lesão corporal. Instrução militar. Art. 213, CPM. Embargos nº 47.820-9-RJ – JSTM 07/169
- Acidente de trânsito. Viatura militar. Código de Trânsito. Inaplicabilidade. Justiça Militar. Competência. Princípio da Especialidade. RCr. nº 6.520-8-MG – JSTM 07/237
- Aditamento à denúncia. Receptação dolosa. Receptação culposa. *Mutatio Libelli*. Art. 255, CPM. RCr. nº 6.475-9-MG – JSTM 07/222
- Advogado. Abandono do processo. Defensor Público. Nomeação. Princípio constitucional da ampla defesa. Ofensa. Inexistência. Violência contra inferior. Art. 175, CPM. Rev. Cr. nº 1.271-7-RJ – JSTM 07/243
- Animus decipiendi*. Estelionato. Atipicidade. Ato monocrático. Juiz-Auditor. Inexistência de nulidade de sentença. Art. 438, § 1º, CPPM, e 251, CPM. Ap. nº 47.901-5-RJ – JSTM 07/9
- Animus rem sibi habendi*. Ausência. Receptação culposa. Atipicidade. Art. 255, CPM. Ap. nº 48.178-8-PA – JSTM 07/94
- Área sob Administração Militar. Entorpecente. Posse. Princípio da insignificância. Inocorrência. Art. 290, CPM. Ap. nº 48.167-2-RS – JSTM 07/88
- Área sob Administração Militar. Estelionato. Cartão magnético. Senha bancária. Utilização. Justiça militar. Competência. Art. 251, CPM. RCr. nº 6.501-1-AM – JSTM 07/229
- Ascendente. Oitiva de testemunha. Depoimento. Desentranhamento. Art. 354, CPPM. Cor. Parc. nº 1.588-7-RS – JSTM 07/159
- Ato monocrático. Juiz-Auditor. Inexistência de nulidade de sentença. Estelionato. Atipicidade. *Animus decipiendi*. Art. 438, § 1º, CPPM, e 251, CPM. Ap. nº 47.901-5-RJ – JSTM 07/9

- Cartão magnético. Senha bancária. Utilização. Estelionato. Área sob Administração Militar. Justiça militar. Competência. Art. 251, CPM. RCr. nº 6.501-1-AM – JSTM 07/229
- Código de Trânsito. Inaplicabilidade. Acidente de trânsito. Viatura militar. Justiça Militar. Competência. Princípio da Especialidade. RCr. nº 6.520-8-MG – JSTM 07/237
- Comunicação tardia de prisão. Prisão em flagrante. Relaxamento indevido. *Juízo a quo. Error in procedendo*. Deserção. Art. 452, CPPM. Cor. Parc. Nº 1.565-0-RJ – JSTM 07/146
- Condição objetiva de prosseguibilidade. Ausência. Deserção. Reincidência. Incapacidade definitiva. Processo. Anulação. Art. 187, CPM. Ap. nº 48.022-8-RJ – JSTM 07/47
- Conexão probatória. Continência por cumulação objetiva. Inexistência. Conflito Positivo de Competência. Deserção. Arts. 99, c e 100, b, CPPM. Conf. Comp. nº 287-4-RJ – JSTM 07/105
- Conflito Positivo de Competência. Deserção. Conexão probatória. Continência por cumulação objetiva. Inexistência. Arts. 99, c e 100, b, CPPM. Conf. Comp. nº 287-4-RJ – JSTM 07/105
- Conselho de Disciplina. Deserção. Punição disciplinar. Punição criminal. Princípio do *ne bis in idem*. Violação. Inocorrência. Art. 187 c.c 189 *in fine* e 59, CPM. Ap. nº 48.009-0-RJ – JSTM 07/26
- Conselho de Justificação. Justiça Militar. Incompetência. Rejeição. Sobrestamento do feito. Não conhecimento. Impedimento de membros. Rejeição. Punição disciplinar. Não conhecimento. Art. 16, I, Lei nº 5.836/72 e 142, § 3º, VI, CF. Cons. Just. nº 168-0-MS – JSTM 07/111
- Conselho de Justificação. Nomeação. Incompetência. Diretor de Pessoal da Marinha. Competência privativa. Ministro da Marinha. Processo. Anulação. Art. 4º, I, Lei nº 5.836/72. Cons. Just. nº 175-2-DF – JSTM 07/139
- Continência por cumulação objetiva. Inexistência. Conexão probatória. Conflito Positivo de Competência. Deserção. Art. 99, c e 100, b, CPPM. Conf. Comp. nº 287-4-RJ – JSTM 07/105
- Defensor Público. Nomeação. Advogado. Abandono do processo. Violência contra inferior. Nulidade processual. Princípio constitucional da ampla defesa. Ofensa. Inexistência. Art. 175, CPM. Rev. Cr. nº 1.271-7-RJ – JSTM 07/243
- Depoimento. Desentranhamento. Oitiva de testemunha. Ascendente. Art. 354, CPPM. Cor. Parc. nº 1.588-7-RS – JSTM 07/159

- Desaforamento. Interesse particular do acusado. Indeferimento. Des. nº 369-9-PR – JSTM 07/163
- Deserção. Comunicação tardia de prisão. Prisão em flagrante. Relaxamento indevido. *Juízo a quo. Error in procedendo.* Art. 452, CPPM. Cor. Par. Nº 1.565-0-RJ – JSTM 07/146
- Deserção. Conflito Positivo de Competência. Conexão probatória. Contidência por cumulação objetiva. Inexistência. Art. 99, c e Art. 100, b, CPPM. Conf. Comp. nº 287-4-RJ – JSTM 07/105
- Deserção. Conselho de Disciplina. Punição disciplinar. Punição criminal. Princípio do *ne bis in idem*. Violação. Inocorrência. Art. 187 c.c 189 *in fine* e 59, CPM. Ap. nº 48.009-0-RJ – JSTM 07/26
- Deserção. Reincidência. Incapacidade definitiva. Condição objetiva de prosseguibilidade. Ausência. Processo. Anulação. Art. 187, CPM. Ap. nº 48.022-8-RJ – JSTM 07/47
- Diretor de Pessoal da Marinha. Incompetência. Nomeação. Conselho de Justificação. Competência privativa. Ministro da Marinha. Processo. Anulação. Art. 4º, I, Lei nº 5.836/72. Cons. Just. nº 175-2-DF – JSTM 07/139
- Efeito suspensivo. Mandado de Segurança. Recurso em sentido estrito. Inadmissibilidade. MS nº 421-1-RJ – JSTM 07/203
- Entorpecente. Posse. Área sob Administração Militar. Princípio da insignificância. Inocorrência. Art. 290, CPM. Ap. nº 48.167-2-RS – JSTM 07/88
- Error in procedendo. Juízo a quo.* Prisão em flagrante. Relaxamento indevido. Comunicação tardia de prisão. Deserção. Art. 452, CPPM. Cor. Par. Nº 1.565-0-RJ – JSTM 07/146
- Estelionato. Atipicidade. *Animus decipiendi*. Ato monocrático. Juiz-Auditor. Inexistência de nulidade de sentença. Art. 438, § 1º, CPPM. e 251, CPM. Ap. nº 47.901-5-RJ – JSTM 07/9
- Estelionato. Cartão magnético. Senha bancária. Utilização. Área sob Administração Militar. Justiça militar. Competência. Art. 251, CPM. RCr. nº 6.501-1-AM – JSTM 07/229
- Estelionato. Quebra de sigilo bancário. Indeferimento. Materialidade comprovada. Art. 5º, X e XII, CF e 38, Lei nº 4.595/64. Cor. Parc. nº 1.581-0-MS – JSTM 07/153
- Falsificação de documento. Atipicidade. Supressão de documento. Condenação. Art. 311, § 1º e 316, CPM. Ap. nº 48.081-1-RS – JSTM 07/61
- Flagrante preparado. Furto. Atipicidade. Art. 240 c.c 30, II, CPM e 439, b, CPPM. Embargos nº 48.087-4-DF – JSTM 07/174

- Furto qualificado. Peculato. Desclassificação. Art. 240, § 5º c.c. 59, CPM. Ap. nº 48.015-3-RJ – JSTM 07/36
- Furto. Atipicidade. Flagrante preparado. Art. 240 c.c. 30, II, CPM e 439, b, CPPM. Embargos nº 48.087-4-DF – JSTM 07/174
- Gratificação de Executante de Mandados. Oficial de Justiça Avaliador. Justiça Militar. Indeferimento. Art. 3º, Emenda Regimental nº 19. Q.A. nº 284-4-RJ – JSTM 07/212
- Habeas Corpus* preventivo. Punição disciplinar. Trancamento de IPM. Inadmissibilidade. Art. 142, § 2º, CF e 466, parágrafo único, a, CPPM. HC nº 33.351-7-PA – JSTM 07/182
- Homicídio qualificado. Tentativa. Prova testemunhal. Suficiência. Condenação. Art. 205, § 2º c.c. 30, II e 69, CPM. Ap. nº 48.088-9-RJ – JSTM 07/68
- Impedimento de membros. Rejeição. Justiça Militar. Incompetência. Rejeição. Sobrestamento do feito. Não conhecimento. Punição disciplinar. Não conhecimento. Conselho de Justificação. Art. 16, I, Lei nº 5.836/72 e 142, § 3º, VI, CF Cons. Just. nº 168-0-MS – JSTM 07/111
- Incapacidade definitiva. Condição objetiva de prosseguibilidade. Ausência. Deserção. Reincidência. Processo. Anulação. Art. 187, CPM. Ap. nº 48.022-8-RJ – JSTM 07/47
- Inexigibilidade de conduta diversa. Inocorrência. Abandono de serviço. Art. 195 c.c. 59, CPM. Ap. nº 48.080-3-DF – JSTM 07/52
- Instrução criminal. Excesso de prazo. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Liberdade provisória. Concessão, Arts. 225 e 390, CPPM. HC nº 33.368-1-SP – JSTM 07/190
- Instrução militar. Maus-tratos. Lesão corporal. Abuso de poder. Art. 213, CPM. Embargos nº 47.820-9-RJ – JSTM 07/169
- Interesse particular do acusado. Desaforamento. Indeferimento. Des. nº 369-9-PR – JSTM 07/163
- Juiz-Auditor. Ato monocrático. Inexistência de nulidade de sentença. Estelionato. Atipicidade. *Animus decipiendi*. Art. 438, § 1º, CPPM. Art. 251, CPM. Ap. nº 47.901-5-RJ – JSTM 07/9
- Juízo a quo*. *Error in procedendo*. Prisão em flagrante. Relaxamento indevido. Comunicação tardia de prisão. Deserção. Art. 452, CPPM. Cor. Parc. Nº 1.565-0-RJ – JSTM 07/146
- Justiça Militar. Competência. Acidente de trânsito. Viatura militar. Código de Trânsito. Inaplicabilidade. Princípio da Especialidade. RCr nº 6.520-8-MG – JSTM 07/237

- Justiça Militar. Competência. Estelionato. Cartão magnético. Senha bancária. Utilização. Área sob Administração Militar. Art. 251, CPM. RCr. nº 6.501-1-AM – JSTM 07/229
- Justiça Militar. Incompetência. Rejeição. Sobrestamento do feito. Não conhecimento. Impedimento de membros. Rejeição. Punição disciplinar. Não conhecimento. Conselho de Justificação. Art. 16, I, Lei nº 5.836/72 e 142, § 3º, VI, CF. Cons. Just. nº 168-0-MS – JSTM 07/111
- Lesão corporal. Maus-tratos. Instrução militar. Abuso de poder. Art. 213, CPM. Embargos nº 47.820-9-RJ – JSTM 07/169
- Liberdade provisória. Concessão. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Instrução criminal. Excesso de prazo. Art. 225 e 390, CPPM. HC nº 33.368-1-SP – JSTM 07/190
- Mandado de Segurança. Efeito suspensivo. Recurso em sentido estrito. Inadmissibilidade. MS nº 421-1-RJ – JSTM 07/203
- Materialidade comprovada. Estelionato. Quebra de sigilo bancário. Indeferimento. Art. 5º, X e XII, CF e 38, Lei nº 4.595/64. Cor. Parc. nº 1.581-0-MS – JSTM 07/153
- Maus-tratos. Lesão corporal. Instrução militar. Abuso de poder. Art. 213, CPM. Embargos nº 47.820-9-RJ – JSTM 07/169
- Ministro da Marinha. Competência privativa. Nomeação. Conselho de Justificação. Incompetência. Diretor de Pessoal da Marinha. Processo. Anulação. Art. 4º, I, Lei nº 5.836/72. Cons. Just. nº 175-2-DF – JSTM 07/139
- Mutatio Libelli*. Receptação dolosa. Aditamento à denúncia. Receptação culposa. Art. 255, CPM. RCr. nº 6.475-9-MG – JSTM 07/222
- Nulidade de sentença. Inexistência. Estelionato. Atipicidade. *Animus decipiendi*. Ato monocrático. Juiz-Auditor. Art. 438, § 1º, CPPM. e 251, CPM. Ap. nº 47.901-5-RJ – JSTM 07/9
- Ofensa. Princípio constitucional da ampla defesa. Inexistência. Advogado. Abandono do processo. Defensor Público. Nomeação. Violência contra inferior. Art. 175, CPM. Rev. Cr. nº 1.271-7-RJ – JSTM 07/243
- Oficial de Justiça Avaliador. Justiça Militar. Gratificação de Executante de Mandados. Indeferimento. Art. 3º, Emenda Regimental nº 19. Q.A. nº 284-4-RJ – JSTM 07/212
- Oitiva de testemunha. Ascendente. Depoimento. Desentranhamento. Art. 354, CPPM. Cor. Parc. nº 1.588-7-RS – JSTM 07/159

- Peculato. Desclassificação. Furto qualificado. Art. 240, § 5º c.c. 59, CPM. Ap. nº 48.015-3-RJ – JSTM 07/36
- Princípio da Especialidade. Acidente de trânsito. Viatura militar. Código de Trânsito. Inaplicabilidade. Justiça Militar. Competência. RCr. nº 6.520-8-MG – JSTM 07/237
- Princípio da insignificância. Inocorrência. Entorpecente. Posse. Área sob Administração Militar. Art. 290, CPM. Ap. nº 48.167-2-RS – JSTM 07/88
- Princípio do *ne bis in idem*. Violação. Inocorrência. Punição disciplinar. Punição criminal. Deserção. Conselho de Disciplina. Art. 187 c.c 189 *in fine* e 59 CPM. Ap. nº 48.009-0-RJ – JSTM 07/26
- Prisão em flagrante. Relaxamento indevido. *Juízo a quo*. *Error in procedendo*. Comunicação tardia de prisão. Deserção. Art. 452, CPPM. Cor. Par. Nº 1.565-0-RJ – JSTM 07/146
- Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Instrução criminal. Excesso de prazo. Liberdade provisória. Concessão. Art. 225 e 390, CPPM. HC nº 33.368-1-SP – JSTM 07/190
- Prova Testemunhal. Suficiência. Condenação. Homicídio Qualificado. Tentativa. Art. 205 c.c Art. 30, II e 69, CPM, Ap. 48.088-9-RJ – JSTM 07/68
- Punição disciplinar. Habeas Corpus preventivo. Trancamento de IPM. Inadmissibilidade. Art. 142, § 2º, CF e 466, parágrafo único, a, CPPM. HC nº 33.351-7-PA – JSTM 07/182
- Punição disciplinar. Não conhecimento. Justiça Militar. Incompetência. Rejeição. Sobrestamento do feito. Não conhecimento. Impedimento de membros. Rejeição. Conselho de Justificação. Art. 16, I, Lei nº 5.836/72 e 142, § 3º, VI, CF. Cons. Just. nº 168-0-MS – JSTM 07/111
- Quebra de sigilo bancário. Indeferimento. Materialidade comprovada. Estelionato. Art. 5º, X e XII, CF e 38, Lei nº 4.595/64. Cor. Parc. nº 1.581-0-MS – JSTM 07/153
- Receptação culposa. Atipicidade. *Animus rem sibi habendi*. Ausência. Art. 255, CPM. Ap. nº 48.178-8-PA – JSTM 07/94
- Receptação dolosa. Aditamento à denúncia. Receptação culposa. *Mutatio Libelli*. Art. 255, CPM. RCr. nº 6.475-9-MG – JSTM 07/222
- Recurso em sentido estrito. Inadmissibilidade. Mandado de Segurança. Efeito suspensivo. MS nº 421-1-RJ – JSTM 07/ 203
- Relaxamento indevido. Prisão em flagrante. Comunicação tardia de prisão. *Juízo a quo*. *Error in procedendo*. Deserção. Art. 452, CPPM. Cor. Parc. Nº 1.565-0-RJ – JSTM 07/146

- Senha bancária. Cartão magnético. Utilização. Estelionato. Área sob Administração Militar. Justiça militar. Competência. Art. 251, CPM. RCr. nº 6.501-1-AM – JSTM 07/229
- Sobrestamento do feito. Não conhecimento. Justiça Militar. Incompetência. Rejeição. Impedimento de membros. Rejeição. Punição disciplinar. Não conhecimento. Conselho de Justificação. Art. 16, I, Lei nº 5.836/72 e 142, § 3º, VI, CF. Cons. Just. nº 168-0-MS – JSTM 07/111
- Supressão de documento. Condenação. Falsificação de documento. Atipicidade. Art. 311, § 1º e 316, CPM. Ap. nº 48.081-1-RS – JSTM 07/61
- Tentativa. Homicídio Qualificado. Prova Testemunhal. Suficiência. Condenação. Art. 205 c.c Art. 30, II e 69, CPM. Ap. 48.088-9-RJ – JSTM 07/68
- Trancamento de IPM. Inadmissibilidade. Punição disciplinar. Habeas Corpus preventivo. Art. 142, § 2º, CF e 466, parágrafo único, a, CPPM. HC nº 33.351-7-PA – JSTM 07/182
- Viatura militar. Acidente de trânsito. Código de Trânsito. Inaplicabilidade. Justiça Militar. Competência. Princípio da Especialidade. RCr nº 6.520-8-MG – JSTM 07/237
- Violência contra inferior. Advogado. Abandono do processo. Defensor Público. Nomeação. Ofensa. Princípio constitucional da ampla defesa. Inexistência. Art. 175, CPM. Rev. Cr. nº 1.271-7-RJ – JSTM 07/243

ESTA OBRA FOI EDITADA
E IMPRESSA PELA
IMPRESA NACIONAL,
SIC, QUADRA 6, LOTE 800,
70610-460, BRASÍLIA/DF,
EM 2000, COM UMA TIRAGEM
DE 500 EXEMPLARES