ISSN 0104-0952

Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

volume 14
números 1-2

Janeiro/dezembro - 2005

ISSN 0104-0952

Superior Tribunal Militar

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

v. 14 nº 1-2
Janeiro/dezembro 2005

Brasília – DF

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
2005

PRESIDENTES:

Alte Esq *José Júlio Pedrosa* (02.03.2004 a 18.03.2005).
Gen Ex *Expedito Hermes Rego Miranda* (18.03.2005 a 14.05.2005).
Dr. *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach* (14.05.2005 a 1º.06.2005).
Gen Ex *Max Hoertel* (A partir de 1º.06.2005).

VICE-PRESIDENTES:

Dr. *Carlos Alberto Marques Soares (19.03.2003 a 18.03.2005)*
Dr. *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach (a partir de 18.03.2005)*

MINISTROS:

Dr. *Antonio Carlos de Nogueira*
Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*
Ten Brig Ar *Marcus Herndl*
Dr. *José Coêlho Ferreira*
Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*
Gen Ex *Max Hoertel*
Gen Ex *Valdesio Guilherme de Figueiredo*
Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo*
Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*
Alte Esq *José Alfredo Lourenço dos Santos*
Gen Ex *Antonio Apparicio Ignacio Domingues*
Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira* (posse em 24.05.2005)
Gen Ex *Sergio Ernesto Alves Conforto* (posse em 14.06.2005)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA
(Sessão Administrativa nº 5, de 02.04.2003)
(Sessão Administrativa nº 15, de 15.06.2005)

PRESIDENTES:

Dr. *Carlos Alberto Marques Soares (até 15.06.2005)*
Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior (a partir de 16.06.2005)*

MEMBROS:

Gen Ex Max Hoertel (até 15.06.2005)
Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo (até 15.06.2005)
Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza (a partir de 16.06.2005)
Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues (a partir de 16.06.2005)

SUPLENTES:

Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach (até 15.06.2005)
Alte Esq Rayder Alencar da Silveira (a partir de 16.06.2005)

Superior Tribunal Militar
Comissão de Jurisprudência
Edifício-Sede — 3º andar
Editor: Diretoria de Documentação e Divulgação
Edifício-Sede — 10º andar
Telefax: (061) 3224-1299
Praça dos Tribunais Superiores
70098-900

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

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

Semestral
Substitui: *Diário da Justiça*, Suplemento. (Separatas), 1981-1991.
ISSN 0104-0952
1. Direito Penal Militar — Periódicos — Brasil. 2. Jurisprudência — Periódicos — Brasil. I. Superior Tribunal Militar.

CDU 344.1(81)(05)
340.142(81)(05)

SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

Apelação 09
Conflito de Competência 239
Correição Parcial 246
Habeas Corpus 250
Recurso Criminal 292
Representação para Declaração de Indignidade 340

ÍNDICES

Numérico 355
Assunto 357

Jurisprudência

Violação de Sigilo Funcional. Atipicidade. Desclassificação. Impossibilidade. *Rejeitada a preliminar da Defesa que visa impugnar Apelação do MPM por ilegitimidade da parte. O MPM é sucumbente, ainda que em Alegações Escritas tenha pedido pela absolvição. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Soldado que exibe a outra cópia da prova do Concurso de Clínica Médica da Aeronáutica, encontrada no seu escaninho, dentro da Unidade, em envelope lacrado, a ele endereçado, não pratica o delito previsto no art. 326 do CPM; este delito tem como pressuposto o conhecimento do fato em razão do cargo, isto é, de sua atribuição funcional. Impossibilidade de desclassificação para o art. 325 do CPM. Ausência do elemento necessário à configuração do delito — a divulgação. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime.*

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

Revisor — Min. Dr. Antonio Carlos de Nogueira.

Apelante — O Ministério Público Militar junto à 2ª Auditoria da 2ª CJM, no tocante à absolvição do Sd. Aer. ***JOSEVAL SOUZA*** do crime previsto no art. 326, c/c o art. 53, ambos do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 05/12/2002.

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

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada e, **no mérito**, negou provimento ao apelo ministerial para manter íntegra a Sentença de primeiro grau. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Expedito Hermes Rego Miranda. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Pre-

sentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da ata da 20ª Sessão, 12.04.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, ***à unanimidade,*** em rejeitar a preliminar suscitada e, ***no mérito,*** negar provimento ao apelo ministerial para manter íntegra a Sentença de primeiro grau.

Brasília, 12 de abril de 2005 — Gen Ex *Expedito Hermes Rego Miranda,* Ministro-Presidente — Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo,* Ministro-Relator — Dr. *Antonio Carlos de Nogueira,* Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O Representante do MPM que atua junto à 2ª Auditoria da 2ª CJM denunciou os Sds. Aer. **Paulo Roberto Figueiredo de Sousa e Joseval de Souza,** como incursos no art. 326, c/c o art. 53 do CPM, em face dos fatos a seguir, **in verbis** (fls. 02/04).

> *"(...) No dia 09 de novembro de 1999, por volta das 16 horas, o aluno Joseval de Souza foi encontrado nas dependências da Escola de Especialista de Aeronáutica com um fac-símile de uma das provas de Clínica Médica do Concurso de Admissão ao Quadro Médico da Aeronáutica (CAMAR) que ocorreria no dia seguinte, documento este que lhe foi transmitido pelo soldado Paulo Roberto Figueiredo de Sousa que, servindo na Base Aérea de Salvador/BA, conseguiu acessar as provas.*
>
> *O primeiro denunciado pertencia ao efetivo da Seção de Inteligência da BASV e foi ele que recebeu, aos 03/11/99, o malote contendo as provas do concurso público a serem aplicadas naquela organização militar. O material foi deixado em cima de uma mesa da seção por alguns dias.*

Aproveitando-se do acesso proporcionado pela sua função Paulo Roberto Figueiredo de Sousa violou a pasta contendo as informações sigilosas e transmitiu "fax" de uma das provas de Clínica Médica para seu amigo aluno Joseval de Souza, lotado na Escola de Especialistas de Aeronáutica, em Guaratinguetá/SP, local onde também seria realizado o concurso no dia 10/11/99.

Um dia antes da data do certame o segundo denunciado foi surpreendido pelo Capitão Inf Oswaldo Lôbo Costa Júnior, no alojamento do Esquadrão Azul do Corpo de alunos da EEAr, mostrando o "fax" da prova ao aluno Renato Tenório da Silva, ocasião em que foi preso em flagrante delito.

O exame pericial realizado no fac-símile encontrado com o segundo denunciado e em todo material referente ao concurso revelou que as informações vazadas provieram do malote de provas encaminhado à Base Aérea de Salvador, constatando inclusive violação do pino que prende a aleta de segurança do zíper da pasta que continha as informações sigilosas (fls. 739/762).

Depreende-se das peças informativas, que o primeiro denunciado, de forma livre e consciente, aproveitando-se da sua função exercida na Seção de Inteligência da BASV, acessou e revelou, de forma direta, informações a respeito de uma das provas do concurso público que seria realizado no âmbito da Aeronáutica.

De igual sorte, o segundo denunciado, ao ter acesso ao fac-símile da prova transmitido pelo primeiro denunciado e ao mostrá-la a terceiro, contribuiu para a violação das informações que deveriam permanecer sigilosas.

A conduta de ambos os militares resultou no total comprometimento do custoso certame organizado pela Administração Militar que acabou por cancelar o Concurso de Admissão aos Cursos de Adaptação de Médicos, Farmacêuticos e Dentistas da Aeronáutica (CAMAR/CAFAR/CADAR 2000) (...)".

O caso foi apurado em IPM instaurado na Escola de Especialistas de Aeronáutica, em Guaratinguetá, SP, cujo Relatório encontra-se às fls. 786/801, e a solução, à fl. 803.

Constam dos autos:

Auto de prisão em flagrante contra Joseval Souza (fls. 43/50) e Alvará de Soltura, cumprido em 11 de novembro de 1999 (fl. 107);

O fax encontrado com o Acusado (fl. 724);

Auto de exibição e apreensão do fac-símile (fls. 51/57);

Alterações Militares (fls. 80/96) referentes ao Acusado Joseval, consignando sua incorporação à Aeronáutica em 29 de março de 1995;

Relatório de diligência efetuada na EPCAR, em Barbacena, MG (fls. 673/674); e,

Material de prova apreendido na EPCAR (fls. 675/691) e respectiva perícia (fls. 742/766).

A competência do Juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM fora fixada por esta Corte, ao apreciar o Conflito de Competência nº 2000.01.000305-6/BA, conforme Acórdão de fls. 1122/1127.

A Denúncia foi recebida em 17 de julho de 2001 (fls. 1145/1146).

Citado, qualificado e interrogado, o Acusado Sd. Aer. Joseval Souza declarou às fls. 1213/1218, em síntese:

> *No dia 09 de novembro de 1999, quando ia para o alojamento de seu Esquadrão passou no escaninho, tendo em vista que sua irmã costumava lhe escrever; nesse dia, tinha no escaninho um envelope da cor branca (de tamanho um pouco maior do que os envelopes padrão ofício). Tal envelope continha os seguintes dizeres: - "Para o Joseval", sem constar, no entanto, o nome do remetente. Pegou tal envelope, abriu e percebeu que seu conteúdo tinha uma cópia de Prova de concurso. Não examinou para saber se seria prova do concurso que aconteceria no dia seguinte, porque estava com pressa em virtude do horário para entrar em forma. Jogou o envelope fora e guardou a cópia no armário. No verso do envelope havia um selo, mas não chegou a ver se no selo teria a indicação do local de postagem. Não havia qualquer oficial naquele momento. Após a formatura, abriu o armário e examinou a cópia, constatando que seria a prova aplicada no dia seguinte no Concurso. Então, falou com o aluno Re-*

nato Tenório da Silva, seu vizinho de armário e o mais antigo naquele alojamento, tendo dito a seguinte frase: "Tenório, chegou este documento aqui para mim, e eu vou levar ao conhecimento do Capitão Jaime". Naquele exato instante percebeu que logo atrás de si estava o Capitão Lobo. Este lhe pediu para ver o papel e, sem ouvir qualquer explicação sua, levou-o juntamente com o Sd. Tenório à sala do Comandante do CA (Corpo de Alunos). Negou haver entrado em contato com o Paulo Roberto no dia 09 de novembro de 1999, antes ou depois desse dia.

As testemunhas do MPM foram ouvidas, por Carta Precatória, às fls. 1278/1281, 1337/1338, 1353/1354, 1409/1412, 1462/1464, as da Defesa de Joseval, às fls. 1498/1500; 1523/1525 e 1585/1586; a do coréu Paulo Roberto, às fls. 1546/1547.

Em Alegações Escritas (fls. 1592/1597), o Representante do MPM pede a absolvição dos acusados, por insuficiência de prova. A Defesa (fls. 1599/1609) acompanha o MPM e também pede a absolvição dos acusados por falta de prova, ou, caso assim não seja entendido, pede a desclassificação para o delito previsto no art. 325 do CPM, com a pena mínima, e a substituição por pena restritiva de direito. Não sendo esta cabível, que seja concedida a suspensão condicional da pena.

O Processo foi julgado em 05 de dezembro de 2002 (fls. 1615/1617).

Nesta ocasião, o MPM, agora representado por outro Promotor, reiterou as Alegações Escritas no que tange ao Acusado Paulo Roberto. Argumentou haver dúvida se realmente foi este acusado quem passou o fax e devassou a correspondência, pelo que pede a absolvição por insuficiência de prova. Para o Acusado Joseval, divergindo das Alegações Escritas, pede a condenação no art. 325 do CPM, por desclassificação, com a pena mínima e o ***sursis***. A Defesa, preliminarmente, alegou cerceamento de defesa, em face do pedido de desclassificação. No mérito, ratificou o pedido de absolvição para os dois acusados.

Houve réplica e tréplica.

O Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade, rejeitou a preliminar argüida pela Defesa por falta de amparo legal.

No mérito, ainda por unanimidade, absolveu o Acusado Paulo Roberto, com base no art. 439, letra "e", do CPPM; e, por maioria, absolveu

o Acusado Joseval Souza, com base no art. 439, letra "e", do CPPM. A Sentença de fls. 1622/1628 está assim fundamentada:

> *"(...) Não deve prosperar,* **data vênia,** *a preliminar suscitada pela ínclita Defensoria Pública da União, a qual, alegando haver sido surpreendida pelo pedido de desclassificação formulado na Seção de Julgamento pelo órgão ministerial, postulou pela suspensão da referida Sessão, para que fosse dada nova VISTA às Partes, objetivando a formalização e análise do pedido. Em primeiro lugar, porque o Egrégio Superior Tribunal Militar, através da Súmula nº 05, já decidiu:* **"A desclassificação de crime capitulado na denúncia pode ser operada pelo Tribunal ou pelos Conselhos de Justiça, mesmo sem manifestação, neste sentido, do Ministério Público Militar nas alegações finais, desde quando importe em benefício para o réu e conste da matéria fática"** *... E, em segundo, porque a ilustrada Defensoria não pode alegar haver sido surpreendida com o pedido ministerial, uma vez que ela própria, em suas Alegações Escritas, já havia expressamente admitido tal desclassificação e, até mesmo, postulado por ela (fls. 1599/1609) (...)".*

Quanto ao mérito, na parte referente a Joseval, discorreu a r. Sentença:

> *"(...) No que diz respeito à ação do acusado JOSEVAL DE SOUZA, também entendeu o Conselho de Justiça, pela unanimidade de seus membros, que a mesma não se enquadra na moldura do tipo penal do artigo 326 da lei substantiva penal castrense. A uma, porque o indigitado réu não possuía o dever funcional de manter sigilo a respeito de uma prova da qual, alegadamente, não tinha conhecimento. E, a duas, porque a cópia da prova com a qual foi flagrado, veio-lhe às mãos em envelope selado, aparentemente pelos Correios e Telégrafos, não sendo, evidentemente, crime alguém abrir uma correspondência endereçada em seu próprio nome ... Reforça tal entendimento a aparente surpresa com que JOSEVAL descreveu o recebimento da tal correspondência para a testemunha RENATO TENÓRIO DA SILVA. Também foi por isso que o órgão ministerial, na sustentação oral feita por ocasião da Sessão de Julgamento, pugnou pela desclassificação do delito imputado a JOSEVAL pela denúncia, para o tipo penal do artigo 325, parágrafo único, inciso II do Código Penal Militar.*

A nova classificação perseguida pelo órgão ministerial possui a seguinte redação:

> *"Art. 325. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência dirigida à administração militar, ou por esta expedida:*
>
> *Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, ainda que não seja funcionário, mas desde que o fato atente contra a administração militar:*
>
> *I – omissis ...*
>
> *II – indevidamente divulga, transmite a outrem, ou abusivamente utiliza comunicação de interesse militar" ...*

Também no concernente, agora para a maioria dos membros do Conselho de Justiça, não merece acolhida a postulação ministerial. Como já demonstrado, a correspondência contendo a cópia da tal prova foi aberta pelo réu JOSEVAL, porque, alegadamente, para ele endereçada. Não há, nos autos, ademais, prova de que JOSEVAL soubesse que aquela prova era a mesma que seria aplicada no dia seguinte. Também é certo que JOSEVAL mostrou a tal prova apenas para RENATO TENÓRIO DE SOUZA, que, aliás, não estava inscrito no tal Concurso para Admissão ao Quadro Médico da Aeronáutica. Em razão dos fatos o Concurso previsto para o dia seguinte foi cancelado. E, finalmente, não foi possível identificar na ação de JOSEVAL o dolo indispensável para a tipificação do delito previsto no citado artigo 325 da lei substantiva penal castrense.

Por tudo isso, é de negar-se provimento ao pedido de desclassificação formulado pelo douto órgão ministerial.

PELO EXPOSTO, portanto, e, por tudo mais que destes autos consta, RESOLVE o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica:

1) – POR UNANIMIDADE, rejeitar a preliminar suscitada pela ilustrada Defensoria Pública da União, por falta de amparo legal;

2) – POR UNANIMIDADE DE VOTOS, negando provimento aos termos da DENÚNCIA, ABSOLVER, como de fato por absolvido tem, o acusado PAULO ROBERTO FIGUEIREDO SOU-

ZA (...) com fulcro no que dispõe o artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar;

3) – POR MAIORIA (3x2), INDEFERIR o pedido de desclassificação formulado pelo órgão do Ministério Público na Sessão de Julgamento e, negando provimento aos termos da denúncia, ABSOLVER o acusado JOSEVAL DE SOUZA, já qualificado, da imputação de haver infringido o disposto no artigo 326 do Código Penal Militar, com espeque no que dispõe o artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar (...)".

As partes foram intimadas quando da leitura da Sentença, em 12 de dezembro de 2002 (fl. 1629).

Em 17 seguinte, o MPM interpôs Recurso de Apelação (fl. 1631).

Nas Razões de fls. 1635/1640, sustenta o MPM estar provada a autoria e a materialidade do delito pelos depoimentos testemunhais, pela perícia e pelo depoimento do próprio sentenciado, não havendo dúvida sobre o fato, diante da circunstância de ter sido o acusado encontrado, nas dependências da EEAr, mostrando um fac-símile de uma das provas de Clínica Médica do Concurso de Admissão ao Quadro Médico da Aeronáutica (CAMAR) ao aluno Renato Tenório.

Requer a reforma da Sentença para condenar o Acusado nas penas do art. 325, parágrafo único, inciso II, do CPM, por desclassificação.

Contra-arrazoando a Apelação, a Representante do MPM, firmando-se em julgados desta Corte, argüiu preliminar de não-conhecimento da Apelação do MPM, por faltar a este órgão o interesse de recorrer, em face de, em Alegações Escritas, haver pedido a absolvição.

No mérito, pede pela manutenção da Sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiros, às fls. 1670/1674, sustenta que a base do processo é a descrição narrativa da Denúncia, não sendo relevante a opinião revelada em alegações escritas, modificada na sessão de julgamento. Assim sendo, opina pelo não-acolhimento da preliminar.

No mérito, opina pelo improvimento da Apelação, mantendo inalterada a Sentença recorrida.

Intimada a Defensoria Pública da União, ***ex vi*** do art. 33, §§ 2º e 3º do RISTM (fls. 1.679v e 1.680v).

Isto posto:

VOTO

A Apelação é tempestiva; o Representante do MPM fora intimado em 12 de dezembro de 2002 (fl. 1629); em 17 seguinte interpôs a Apelação (fl. 1631).

DA PRELIMINAR:

Não merece prosperar a preliminar argüida.

O Representante do MPM, por ocasião do julgamento do Processo, usando da independência e autonomia inerentes ao exercício de seu mister, pediu a condenação do Acusado, entendimento diferente do esposado pelo Promotor que ofereceu as Alegações Escritas, que se manifestou pela absolvição.

Como bem disse o douto Parecerista, existem opiniões em contrário, contudo, em circunstâncias como tais a Doutrina e a Jurisprudência dominantes reconhecem ao MPM legitimidade para recorrer.

Esse entendimento, conforme constatado, é o adotado pela Suprema Corte, como se pode ver a seguir:

> *"Alegação de falta de interesse do MP para recorrer da sentença absolutória, porque, nas alegações finais, o Promotor de Justiça que interveio pedira a absolvição. Recurso interposto por outro membro do MP, que foi provido, com a condenação do ora paciente, em fundamentado aresto. Hipótese em que não cabe ver violação ao par. ún. do art. 577 do CPP. Independência funcional dos membros do MP. Funções de custos legis e dominus litis. A manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP. Habeas corpus indeferido" (STF – HC – Rel. Néri da Silveira – RTJ 150/788).*
>
> *Recurso criminal – Sucumbência do MP, não obstante a sentença absolutória haja acolhido suas alegações finais – Prece-*

dentes. "Dada a indisponibilidade da ação penal pública, a sucumbência do MP é medida em relação ao objeto total da acusação demarcada pela imputação deduzida na denúncia que não pode ser retratada nem reduzida por alegações posteriores. Assim, não obstante as razões finais hajam concluído pela absolvição do réu, pode o MP apelar da sentença absolutória" (STF HC – Rel. Sepúlveda Pertence – RT 665/380).

(Alberto Silva Franco e outros in Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Editora Revista dos Tribunais, 1999, Vol. 2, pág. 2848).

Assim também tem decidido o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACRIM - SP):

"Promotor que pede absolvição do réu – Sentença que assim decide – Novo promotor que apela da decisão – Não recebimento, sob o fundamento de que o MP é uno, não podendo um seu membro postular coisa diametralmente oposta à de outro – O que caracteriza a relação processual penal é o MP – Instituição e não figura física do Promotor – Recurso recebido para o processamento do apelo. "O fato de ser o MP uno e indivisível não impede que, apesar de um promotor haver opinado pela absolvição do réu, não possa outro, que sucedeu no Juízo, apelar da sentença absolutória" (TACRIM-SP – Rec. – Rel. Abreu de Oliveira – RT 720/465) (Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, volume 2, Alberto Silva Franco e outros, 1999, pág. 2849).

Desta forma, perfilando-me aos que assim pensam, acredito não haver qualquer impedimento à Apelação interposta por Membro do MPM, em face de pedido de absolvição formulado em Alegações Escritas por outro Promotor.

Assim, rejeito a preliminar argüida pela Defesa em Contra-Razões, e conheço da Apelação interposta pelo MPM.

DO MÉRITO

Inicialmente, é de se trazer aqui, apenas para argumentar, o suposto cerceamento de defesa alegado pela nobre Representante da Defensoria Pública, em face do pedido do MPM de desclassificação do delito por ocasião do julgamento.

Como é sabido e já dito nestes autos, até por se tratar de matéria pacífica entre doutrinadores e tribunais pátrios, o Réu se defende dos fatos a ele imputados na denúncia; a mudança de capitulação, por si só, não prejudica o Acusado, mormente quando a nova capitulação é mais branda. Assim leciona Júlio Fabbrine Mirabete, in Código de Processo Penal Interpretado, Referências Doutrinárias, Indicações Legais, Resenha Jurisprudencial – 5ª edição, Editora Atlas, 1997, pág. 489:

> *"Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime,* ***não capitulado na inicial*** *(grifado). Não há na hipótese do artigo 383 necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito. Por outro lado, se o fato ou circunstância não está descrita na inicial, não pode o juiz considerá-lo na sentença em detrimento do acusado".*

Esse entendimento é corroborado pelo STF, como se pode ver do julgado a seguir:

> *"Condenação por delito não capitulado na denúncia, mas expressamente referido. Infringência do art 383 do CPP inexistente. Hipótese de concurso material". (RT 566/411). (Júlio Fabbrine Mirabete, obra citada, pág. 489).*

No caso em estudo, a descrição do fato na denúncia em nada foi alterada, além do que a pena referente à nova capitulação é mais branda que a anterior, inexistindo, *portanto, prejuízo ao réu. A desclassificação requerida pelo MPM representa apenas uma correção na capitulação, não constituindo, assim, o cerceamento alegado.*

Quanto ao mérito da questão, a meu ver, não cabe qualquer reparo na r. Sentença.

Pelo que consta da Denúncia e do que foi apurado nos autos, a conduta criminosa atribuída ao acusado Joseval reside no fato de ele ter em mãos uma cópia de fax, da prova de Clínica Médica do Concurso de Admissão ao Quadro Médico da Aeronáutica (CAMAR), que se realizaria no dia seguinte, exibindo-a a outra pessoa.

A referida cópia, segundo o acusado, encontrada em seu escaninho, fora a ele endereçada. Diante desta descrição, fica afastado de plano o delito previsto no art. 326 do CPM, tendo em vista o conhecimento do fato não lhe ter vindo em razão de cargo ou função.

Resta analisar a conduta denunciada à luz do artigo 325, parágrafo único, inciso II, do CPM, para o qual fora pedida a desclassificação.

Pelo que consta dos autos, não se conseguiu apurar o remetente da referida cópia, sabendo-se, apenas, ter ela partido da Base Aérea de Salvador. O suposto remetente, Sd. Paulo Roberto, fora absolvido por insuficiência de prova. Não se tem resposta para o motivo daquela cópia no escaninho do acusado.

Superada esta parte, questiona-se a verdadeira intenção do acusado, agora de posse da referida cópia. Ele não era candidato, tampouco o Sd. Renato Tenório, a quem exibiu a cópia. Ainda que se pretendesse cogitar de possível obtenção de vantagem por parte do acusado, o provável era manter a cópia em segredo, revelando-a tão-somente aos pretensos adquirentes, e não exibi-la a um Soldado que nem candidato era, apenas por este estar mais próximo na hora em que, surpreso, o acusado constatou tratar-se de uma cópia de prova do Concurso prestes a se realizar.

A surpresa do acusado ao se deparar com a cópia da prova ficou demonstrada no depoimento da testemunha de acusação, Sd. Renato (fls. 1278/1281), que afirmou: *"(...) ele (Joseval) depois das 16h, no dia antes do concurso, apareceu no alojamento e abriu um papel e disse "olha o que eu ganhei, olha o que me deram", foram estas, mais ou menos, as expressões ditas pelo Joseval; (...)."*.

Pelo que se infere dos autos, naquele momento o Sd Renato sequer chegou, a saber, que se tratava da cópia de uma prova e, logo após, o Cap. Lobo chegou e tomou o papel que se encontrava na mão do acusado (fl. 1279), levando-o ao conhecimento do Comandante do Corpo de Alunos.

Observa-se que o acusado não chegou a comentar sobre a cópia com mais ninguém. Portanto, não há que se falar em **divulgação, transmissão a outrem ou utilização de comunicação de interesse militar,** elementos estes necessários à configuração do delito do art. 325, Parágrafo Único, inciso II do CPM.

Na verdade, a conduta do acusado não se amolda a qualquer um dos dois delitos, devendo ser mantida a sua absolvição por atipicidade.

DELITO DE DESVIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO – "APROPRIAR-SE". *Cheque recebido de pensionista, destinado a pagamento de contribuições faltantes, é desviado por militar que, ao invés de depositá-lo na conta da União, deposita-o em sua própria conta bancária, com o objetivo de fazer saldo médio e obter talão de cheques. Delito configurado como "Desvio". É errônea a desclassificação para "Apropriação indébita" (art. 248 do CPM) se ficou demonstrado nos autos que o Acusado não tinha a intenção de se apropriar da quantia em questão, só deixando de depositá-la logo na conta do Exército, para onde se destinava, por a quantia estar incompleta, vindo a fazê-lo 46 dias depois. Ausência, no caso, do elemento objetivo do tipo – "apropriar-se". Recebimento indevido. Contribuição de pensão militar deve ser recolhida diretamente à Unidade (MP 2.131-5). Improvido o Apelo da Defesa e provido o do MPM. Sentença reformada para condenar o Acusado pelo delito do art. 307 do CPM. Decisão unânime.*

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

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelantes — O Ministério Público Militar junto à Auditoria da 9ª CJM e ***Rudival Miguel dos Santos,*** 2º Sg. Ex., condenado à pena de 01 ano de prisão, como incurso, por desclassificação, no art. 248 do CPM, com o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade; concedido o regime prisional aberto para o cumprimento da pena, conforme arts. 33, § 1º, alínea "c", e § 2º, alínea "c", e 59, ambos do CP, c/c o art. 110 da Lei nº 7.210/84.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 04/09/2003.

Advogado — Dr. Esdras dos Santos Carvalho, Defensor Público da União.

Decisão – O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao apelo da Defesa e deu provimento ao do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença de primeiro grau, condenar o 2º Sgt Ex RUDIVAL MIGUEL DOS SANTOS, desta feita pelo delito do art. 307 do CPM, à pena de 02 anos de reclusão, transformada em prisão, conforme o art. 59 do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 02 anos, ex vi do art. 606 do CPPM, nas condições do Acórdão, delegando ao Juiz-Auditor da Auditoria da 9ª CJM, a presidência da audiência admonitória, conforme disposto no art. 611 do mesmo diploma legal. O Ministro EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Almirante-de-Esquadra José Julio Pedrosa. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Nelson Luiz Arruda Senra. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, Expedito Hermes Rego Miranda, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da ata da 11ª Sessão, 10.03.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, ***à unanimidade,*** em negar provimento ao apelo da Defesa e dar provimento ao do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença de primeiro grau, condenar o 2º Sg. Ex. RUDIVAL MIGUEL DOS SANTOS, desta feita pelo delito do art. 307 do CPM, à pena de dois anos de reclusão, transformada em prisão, conforme o art. 59 do CPM, com o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 02 anos, ***ex vi*** do art. 606 do CPPM, nas condições do Acórdão, delegando ao Juiz-Auditor da Auditoria da 9ª CJM a presidência da audiência admonitória, conforme disposto no art. 611 do mesmo diploma legal.

Brasília, 10 de março de 2005 — Alte Esq *José Julio Pedrosa,* Ministro-Presidente — Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo,* Ministro-Relator — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares,* Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O Representante do MPM que atua junto à Auditoria da 9ª CJM ofereceu Denúncia contra o 2º Sg. Ex. Rudival Miguel dos Santos, como incurso nos arts. 307 e 332 c/c o art. 79, tudo do CPM, pela prática dos seguintes fatos delituosos, em síntese (fls. 02/04):

> *Em 18 de setembro de 2001, o Acusado recebeu da Senhora Iraldeni Dias da Silva, Pensionista do Sd. José Pereira Pessoa, um cheque no valor de R$ 3.457,09 (três mil quatrocentos e cinqüenta e sete reais e nove centavos), para depósito na conta da União a título de restituição, a fim de a Pensionista fazer jus à pensão de 3º Sargento, tendo o Acusado depositado o cheque em sua conta bancária particular.*

Continua a Denúncia ***in verbis:***

> *"(...) Em 31/08 do mesmo ano, antes do recolhimento do valor supra apontado, o denunciado preparou e levou para o seu superior assinar uma declaração falsa informando que o militar falecido havia descontado vinte e quatro meses consecutivos para pensão militar na graduação de 3º Sargento (fls. 68), declaração esta suficiente para liberação pelo órgão pagador.*
>
> *Por meio dessa declaração o Sargento denunciado praticou o delito previsto no art. 332 do CPM, pois abusando da confiança que o Chefe da SIP/Cuiabá depositava em sua pessoa, apresentou-lhe a declaração de fls. 61 para anuência, sabendo que as informações ali contidas eram inexatas, uma vez que o valor correspondente aos vinte e quatro meses ainda seria pago pela Srª Iraldeni (...).*
>
> *No final de agosto, como a viúva ainda não tivesse depositado o valor necessário à liberação, o Sargento entrou em contato telefônico com a mesma, prontificando-se a ir até Cáceres para receber o dinheiro e justificando a ida sob pretexto que iria àquela cidade resolver problemas de outra pensionista.*
>
> *O militar efetivamente compareceu à residência da pensionista em 18 set 01 e lá recebeu o cheque nº 850021 do Banco do Brasil, Ag. 0184-8, c/c 14819-9, no valor de R$ 3.457,09 (três mil quatrocentos e cinqüenta e sete reais e nove centavos). Três dias depois, o Sargento depositou este cheque na sua conta corrente pessoal, conforme documentos de fls. 22, 64, 47/52.*

O valor pago pela pensionista deveria ter sido depositado diretamente na Conta da Unidade, o que não foi feito pela pensionista, nem pelo denunciado que dela recebeu a importância e depositou na sua conta pessoal.

Assim (...) o Sargento Rudival Miguel dos Santos desviou em proveito próprio, valor que recebeu indevidamente em razão do cargo, para recolher aos cofres públicos.

O proveito próprio está caracterizado não só pela disponibilidade de quantia que não lhe pertencia por mais de um mês, bem como pela formação de saldo médio.

A prática delituosa só foi identificada quando a Srª Iraldeni compareceu à SIP e tratando de outro assunto, mencionou ao Sargento Sandro Miguel da Silva Paula o fato de ter entregue um cheque ao Sargento Rudival, para pagamento de débitos com o Exército. Estranhando a informação, o Sgt Sandro buscou novos dados sobre o fato e desvendou as circunstâncias do delito.

Diante do exposto, oferece o Ministério Público Militar a presente denúncia, requerendo seja a mesma recebida em todos os seus termos, para os fins de processar, julgar e condenar RUDIVAL MIGUEL DOS SANTOS como incurso e sob as sanções dos arts. 307 e 332 c/c art. 79, todos do CPM (...)" (fls. 02/04).

O caso foi apurado em IPM (nº 14/02) instaurado por Portaria de 30 de novembro de 2001, do Comandante da 13ª Brigada de Infantaria Motorizada, em Cuiabá, MT.

O cheque fora descontado em 20 de setembro de 2001, conforme extratos bancários de fls. 412/418.

Em 06 de novembro de 2001 (fl. 86), o Acusado devolveu à União R$ 3.158,54 (três mil, cento e cinqüenta e oito reais e cinqüenta e quatro centavos), que era o valor devido, e R$ 298,55 (duzentos e noventa e oito reais e cinqüenta e cinco centavos) a Sra. Iraldeni, por terem sido cobradas a mais conforme depósito do Banco do Brasil (fl. 193).

As Alterações Militares (fls. 104/136) registram a incorporação do militar em janeiro de 1984, destacado ao longo desse tempo por comportamento excepcional.

Não há registro de antecedentes criminais sobre o Acusado na Vara de Execuções Penais da Justiça Federal (fl. 264).

No que tange ao 2º Ten. R/1 Vantuil Luciano Cardoso, que assinou a declaração falsa, por não haver modalidade culposa para o delito do art. 314 do CPM, sua conduta foi considerada atípica e o feito, arquivado (fls. 183/184).

A Denúncia fora recebida com relação ao Sg. Rudival em 04 de junho de 2002 (fls. 183/184).

Citado, qualificado e interrogado, o Acusado declarou às fls. 232/236 que, em parte, os fatos são verdadeiros, e relata ***in verbis***:

> *"(...) em virtude de ter sido procurado pela pensionista, Srª Iraldeni, viúva do soldado reformado José Pereira Pessoa, e verificar que o militar havia pago cinco cotas para a pensão militar, quando o exigido por lei para fazer jus à mesma é de 24 cotas, em acordo verbal com a pensionista antecipou na declaração que o desconto integral havia sido efetuado se comprometendo a mesma a repassar o valor de 19 cotas para completar o total das cotas necessárias, após compensar um cheque que tinha em mãos de 40 mil reais referente ao seguro; que deu seguimento ao processo e não tendo comparecido a pensionista à SIP, após um mês tendo que resolver alguns assuntos pessoais em Cáceres aproveitou para ligar para a pensionista afim de resolver a situação do pagamento da integralização das cotas; que a pensionista narrou uma série de dificuldades que estava enfrentando e sendo solicitado pela mesma que levasse um cheque e assim que sua conta estivesse coberta que era para fazer o favor de descontá-lo e fazer o depósito; esclarece que só foi à casa da pensionista a convite da mesma, pois haviam marcado de se encontrar para conversarem em frente ao quartel em via pública; que retornou à sua OM e passado uns dois dias a Srª Iraldeni telefonou autorizando a fazer o depósito do cheque uma vez que havia coberto a quantia de R$ 3.457,09; (...) então fez o depósito do cheque em sua conta bancária para compensação, pois em virtude de orientação existente não sabe dizer se escrita, deve-se evitar de depositar cheques de terceiros na conta da União sendo que assim procedeu para fazer o depósito em dinheiro; que de imediato não chegou a fazer o depósito na conta do Exército, pois viajou e quando do retorno dessa viagem não havia limite em sua conta, em virtude do banco cortar o seu limite de crédito e estar com saldo de R$ -2.000,00; que procurou meios de completar a quantia e quando isso ocorreu a Sindicância já*

havia sido aberta; que entre a compensação do cheque, dia 20/09/2001, até a data que obteve o numerário transcorreu uns 40 dias; (...) em 1º de novembro de 2001 entregou o dinheiro ao Sindicante (...) o seu interesse em agir como agiu foi ajudar a pensionista a resolver o assunto com o melhor resultado possível; que em nenhum momento pensou em obter alguma vantagem (...) o Tenente R/1 Vantuil não é a pessoa que diretamente lida com o processo de habilitação pois quem os formaliza é o próprio depoente e que ao levar a documentação para este oficial assinar não lhe esclareceu o procedimento que adotara e que este oficial estava respondendo na chefia da Seção interinamente, pelo que acredita que o mesmo não tenha conhecimento de se adotar providência A ou B da Seção; que o Ten. R/1 Arnaldo Pereira de Souza, era o chefe da Seção a época dos fatos, e se encontrava de férias (...) com referência ao procedimento que adotou em relação a pensionista foi um caso isolado não comunicando ao seu chefe o Ten. R/1 Arnaldo (...) esclarece que ao ceder o número do aparelho de orelhão que está situado dentro da guarda e o número do seu celular o fez por ser uma conduta normal na Seção a fim de auxiliar as pensionistas, pois como são inúmeras pessoas um ramal só é insuficiente (...) nenhum momento pensou em se apropriar do dinheiro que recebeu da pensionista o que pode ser constatado através do seu agir com transparência ao preencher o cheque nominal para depósito; (...) quanto ao cálculo do valor complementar R$ 3.457,09, mesmo foi dado como correto, em nenhum momento acrescentou a quantia de R$ 300,00, como fora apontado no Inquérito (...)".

A pensionista Iraldeni, ouvida por precatória, afirmou, em síntese, que: procurou o Exército Brasileiro na cidade de Cuiabá, MS, com a finalidade de receber o provento decorrente do óbito do esposo, Sd. José Pereira Pessoa; desde o início fora atendida pelo Acusado e este lhe disse que, para receber a pensão no valor de R$ 1.438,00 (um mil quatrocentos e trinta e oito reais), correspondente à aposentadoria na qualidade de 3º Sargento, a depoente deveria recolher o valor descrito na denúncia. A Sra. Iraldeni lhe disse não ter como recolher aquele valor antes de receber o seguro de vida. Posteriormente, o Acusado lhe contatou por telefone e foi até Cáceres para receber o valor solicitado. O próprio Acusado preencheu o cheque; recomendou-a tratar do assunto referente à pensão por óbito diretamente com ele, e lhe forneceu os números de seu celular

e de um orelhão, por meio dos quais ela podia entrar em contato com ele. Sugeriu ao Acusado fazer o depósito na conta da União, mas ele não concordou. O Acusado não lhe disse que a devolução poderia ser feita de forma parcelada e não aceitou que ela fizesse depósitos bancários; disse que viria buscar o dinheiro pessoalmente, em Cáceres, MT, na sua casa, já que iria àquela cidade resolver problema de outra pensionista.

Ouvido como testemunha do MPM, o 2º Sg. Ex. Sandro Miguel da Silva Paula, às fls. 268/270, declarou, em síntese, que a Sra. Iraldeni compareceu à Seção de Inativos e Pensionistas, a seu pedido, para receber o Título de Pensão Militar (TPM). Observando o contracheque daquela pensionista, verificou que ela estaria recebendo a menos do que lhe seria devido. Nesta ocasião, a Pensionista lhe informou que havia entregue ao Sg. Rudival um cheque no valor aproximadamente de R$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais) como restituição de valor relativo a título de pensão; o cheque fora entregue ao Acusado na residência da Pensionista. A testemunha 2º Ten. Vantuil Luciano Cardoso (fl. 271) afirmou que, à época dos fatos, chefiava a SIP, substituindo o titular em suas férias; e não fez a conferência do processo da Sra. Iraldeni confiando no Acusado que era o ***"expert"*** (sic), já que trabalhava há seis anos naquela área.

O 2º Ten. R/1 Arnaldo Pereira de Souza, Chefe da SIP do 13º BIM, alegou às fls. 272/274 que, à época dos fatos, encontrava-se de férias; o próprio Acusado disse ter ido à casa da Sra. Iraldeni e teria dela recebido um cheque para o pagamento imediato das contribuições faltantes. O Acusado não lhe disse o valor recebido da Sra. Iradeni; só posteriormente verificou o valor do cheque; entre o valor do cheque recebido e o que efetivamente deveria a pensionista pagar existia uma diferença de duzentos e poucos reais; o Acusado lhe disse que não era sua intenção ficar com o cheque mas, sim, fazer o pagamento imediato das contribuições devidas pela Sra. Iraldeni; o Acusado ficou com o dinheiro depositado para compensar débitos existentes e, desta forma, não pôde realizar os depósitos relativos ao cheque da Sra. Iraldeni.

Como testemunha da Defesa, o 2º Sg. Ex. Paulo César Marques Garcia (fls. 335/338), colega de trabalho do Acusado há mais de 6 anos, declarou que:

> *"(...) não presenciou o Acusado conversar com a pensionista; (...) após aberta a sindicância o acusado chegou a conversar sobre o fato, dizendo-lhe que havia orientado a pensionista a*

respeito do recolhimento, referente a pensão de 3º Sargento, sendo que chegou a ir até a cidade de Cáceres, apanhar a quantia e que depositou a mesma na sua conta corrente, quando deveria fazer o depósito à União (...)".

As outras duas testemunhas arroladas pela Defesa nada souberam afirmar (fls. 339 e 395/396).

Em Alegações Escritas (fls. 422/423), o MPM considerou que a imputação relativa ao art. 332 (abuso de confiança) se apresenta como crime-meio utilizado para a prática do delito previsto no art. 307, ambos do CPM (desvio), não tecendo qualquer outra consideração sobre este delito. Quanto ao do art. 307, reafirmou o pedido de condenação. A Defesa, por sua vez, pediu a absolvição, alegando inexistência de crime por falta de prova e atipicidade na conduta do Acusado.

O Processo foi julgado em 04 de setembro de 2003 (fls. 436/438). Nesta ocasião, o MPM, em sustentação oral, pediu a absolvição pelo delito do art. 332, por não considerar conduta como infração penal, e reafirmou o pedido de condenação pelo delito do art. 307, com a pena mínima e ***sursis***; contestou a desclassificação deste delito para o art. 248, todos do CPM (apropriação indébita), por não haver restado configurado.

A Defesa alegou ausência de dolo e atipicidade quanto à figura do art. 307, por não se tratar de vantagem indevida, já que esta era devida e era praxe a SIP procurar as pessoas e providenciar o depósito. Em decorrência, pediu a Defesa a absolvição, com fulcro no art. 439, letra "b", do CPPM.

O Conselho Permanente de Justiça, por três votos a dois, decidiu pela condenação do Acusado, por desclassificação no art. 248 do CPM, nos termos expostos na Sentença (fls. 445/456) na forma a seguir, ***in verbis***:

"(...) Encerrada a instrução criminal, verifica-se que os fatos imputados na peça vestibular procedem.

No entanto, a conduta adotada pelo funcionário militar Sgt RUDIVAL se amolda perfeitamente ao tipo penal previsto no artigo 248, do CPM, **ex vi:**

"Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção".

Pena: reclusão, até seis anos.

Portanto, a maioria dos julgadores, desclassifica a ação delituosa desvio – artigo 307, do C.P.M. – para a apropriação indébita.

O conjunto probatório demonstra que o acusado **recebeu devidamente a quantia entregue pela Srª Iraldeni,** *através do cheque no valor de R$ 3.457,09 (três mil, quatrocentos e cinqüenta e sete reais e nove centavos)* **em nome da administração Militar,** *ainda que tal valor fosse superior ao apurado posteriormente, correspondente a dezenove (19) contribuições das vinte e quatro (24) exigidas pela Legislação para a pensão militar de 3º Sargento, cuja contribuição começou a ser paga pelo falecido Sd Pessoa, esposo da pensionista a ser implantada,* **dela se apropriando, dando-lhe destinação diversa,** *comportando-se como se dono fosse (...).*

O elemento subjetivo da conduta – dolo – encontra-se presente. Com a vontade livre e consciente de praticar a ação incriminada, o acusado, Sgt RUDIVAL, agiu com ânimo de possuir a coisa como sua, depositando o cheque de nº 850021, recebido da Srª Iraldeni, na sua conta corrente, conforme demonstram os documentos de fls. 222 e 414, que confirmam as declarações prestadas em juízo, pelo próprio acusado e testemunhas.

Em relação à restituição do valor, cujos recolhimentos devidos se acham às fls. 193, não implica no desaparecimento da ilicitude e nem requisito para atenuação, posto que, foi realizada com ausência de espontaneidade, já na sindicância, quando chamado para depor, a 01/11/2001 (quarenta e quatro dias após a posse ilícita).

Ressalte-se que o fato foi descoberto com o comparecimento da Srª Iraldeni na SIP/Cáceres, em 23/10/2001, para tratar de assunto referente à pensão militar, quando relatou com detalhes a conduta do acusado, originando a investigação e dando causa a presente ação penal (...).

Inegável, através dos assentamentos militares, que o acusado é ótimo militar, de bons antecedentes e primário, merecedor da aplicação da pena mínima, com o benefício da suspensão condicional da pena e o direito de apelar em liberdade.

Quanto as atenuantes genérica e específica, não se aplica, como já mencionado, por restar demonstrado que não houve espontaneidade na restituição do numerário.

Posto Isto:

O Conselho Permanente de Justiça, para o Exército, por maioria de votos, obtida na forma do parágrafo único do artigo 435, do CPPM:

*1. **RESOLVE JULGAR** procedente a denúncia e **CONDENAR** o 2º Sgt Ex **RUDIVAL MIGUEL DOS SANTOS, por incurso no artigo 248, DO CÓDIGO PENAL MILITAR, por desclassificação do delito imputado na denúncia, conforme enunciado da súmula nº 05/STM, À PENA DEFINITIVA DE UM (01) ANO DE RECLUSÃO, convertida em prisão, tendo sido a pena – base fixada no mínimo legal, ante os requisitos do artigo 69, ausentes qualquer causa de diminuição ou aumento, aplicando-se o disposto no art. 59, tudo do C.P.M.***

*2. **CONCEDER** o direito de apelar em liberdade, de acordo com o artigo 527, do CPPM, e a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois (02) anos, por estarem preenchidos os requisitos previstos no artigo 84, do CPM, cumpridas as seguintes condições, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (...)".*

Dois Juízes Militares absolviam o Acusado; a Juíza-Auditora Substituta o condenava pelo delito do art. 307, do CPM a 02 (dois) anos de reclusão com ***sursis***.

As Partes apelaram (fls. 461e 463).

Nas Razões (fls. 466/469), o MPM protesta contra a desclassificação do delito do art. 307 para o do art. 248, ambos do CPM, esclarecendo que este (apropriação indébita) é crime contra o patrimônio, enquanto o desvio representa crime contra a Administração Militar, o que representa, de fato, o caso dos autos, posto haver restado demonstrado que a conduta do Acusado consistiu em desviar para a sua conta-corrente a quantia recebida para recolher aos cofres públicos, permanecendo com ela por mais de 40 (quarenta) dias, a fim de ficar com saldo médio e obter um talão de cheques – ou seja, usou em proveito próprio o que recebeu indevidamente, em razão do cargo ou função.

Ressalta que, se houvesse o crime de apropriação indébita, a vítima seria a pensionista, o que por si só afastaria a competência da Justiça Militar da União. Explica que a inversão da posse da quantia pertencente à pensionista foi apenas o crime-meio para que o recorrido realizasse seu intento.

Demonstra o MPM, por meio de provas testemunhais, não ser verdade que o Acusado tenha recebido orientação no sentido de evitar depósitos em cheque de terceiros na conta da União.

Ao final, requer a reforma da Decisão ***a quo*** para condenar o Acusado nas penas do art. 307 do CPM.

A Defesa também apela, alegando em suas Razões (fls. 471/478) ausência do elemento constitutivo do tipo descrito no art. 307 do CPM, qual seja, o recebimento indevido. Sustenta que o valor era e é devido pela pensionista, por ser condição ***sine qua non*** para o recebimento da pensão militar; portanto o Acusado não o recebeu indevidamente, restando afastada a tipicidade do fato.

Afirma que o Acusado recebeu a quantia da pensionista para depósito na conta da União por ser praxe adotada na SIP, à época dos fatos, conforme depoimentos testemunhais de fls. 335/338. O depósito na conta particular foi feito obedecendo a orientação da Unidade no sentido de evitar depósitos de terceiros na conta da União.

A Defesa sustenta ainda a ausência de dolo, e cita como prova fatos como ter o Acusado:

1 – lançado o próprio nome, como beneficiário, no cheque recebido da pensionista;

2 – depositado o cheque na própria conta bancária;

3 – comentado com colegas de trabalho a sua ida a Cáceres para receber os valores referentes a diferença da pensão da Sra. Iraldeni;

4 – devolvido espontaneamente os valores; e,

5 – apresentado, espontaneamente, os extratos bancários em juízo.

Requer a Defesa, ao final, a reforma da Sentença com a absolvição por ausência do elemento subjetivo do tipo da apropriação indébita (vontade de ficar com a coisa) e do elemento constitutivo do tipo do delito de desvio.

Assim, a Defesa, nas Contra-Razões de fls. 479/485, protesta pelo improvimento do Apelo do MPM, pelos motivos alegados nas Razões de Apelação.

O MPM, às fls. 488/490, afirma provada a prática do delito de desvio, não havendo nos autos qualquer fato que afaste a culpabilidade do Acusado ou a exclusão do crime, pelo que requer o improvimento do Apelo da Defesa.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, representada pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Nelson Luiz Arruda Senra (fls. 498/512), entendendo que a conduta do Acusado como demonstrada se amolda ao delito de desvio *"já que não visava violar o patrimônio da pensionista e sim dar destino diverso no valor que recebeu"*, opina pelo improvimento do Apelo da Defesa e provimento ao do MPM para, reformando a r. Sentença, condenar o Acusado pelo delito do art. 307 do CPM, no ***quantum*** mínimo estabelecido no voto vencido de fls. 454/456.

Intimada a Defensoria Pública da União, ***ex vi*** do art. 33, §§ 2º e 3º, do RISTM (fls. 517 e 518v).

Isto posto:

VOTO

As Apelações são tempestivas. A Defesa foi intimada em 16/09/2003 (fl. 456); em 17 seguinte, interpôs Recurso de Apelação (fl. 463).

O MPM recorreu da Sentença em 15 de setembro de 2003 (fl. 461), antes da intimação. Considerada a data da leitura da Sentença, 10 de setembro de 2003 (fls. 457/458), tem-se como tempestiva a interposição do apelo ministerial.

O inconformismo do MPM diz respeito à desclassificação do delito do art. 307 (desvio) para o do art. 248 (apropriação indébita), ambos do CPM, realizada pelo Conselho de Justiça de primeiro grau, ao condenar o Sg. Ex. Rudival Miguel dos Santos.

Os fatos ficaram sobejamente comprovados pela confissão do Acusado no IPM (fls. 51/56), confirmada em Juízo (fls. 232/236), pelo saque na conta da pensionista e pelo extrato bancário (fl. 412/418).

Assiste razão ao MPM. A conduta do Acusado, no caso, não perfaz o tipo descrito na apropriação indébita. Vejamos:

A Lei Substantiva conceitua apropriação indébita como sendo o fato de o sujeito apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção.

A acomodação do caso em tela ao tipo acima descrito não ficou perfeita em face da incerteza quanto ao elemento objetivo do tipo "apropriar-se". Para o seu superior, Ten. Arnaldo, o Acusado afirmou que não tinha a intenção de ficar com o dinheiro, e que depositou o cheque em sua conta no intuito de, posteriormente, fazer o depósito na conta da União.

Em Juízo, o Acusado alegou não haver realizado o depósito na conta do Exército de imediato porque viajou e, quando retornou, só havia R$ 2.000,00 (dois mil reais) na sua conta bancária. No IPM, alegou que, na semana seguinte ao depósito, foi ao Banco Itaú para sacar o dinheiro; só conseguiu retirar R$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), pois havia entrado um cheque seu, que acabou entrando no dinheiro da União e, apesar de todos os esforços, só conseguiu restituir a quantia recebida quando instaurada a Sindicância.

Estas declarações casam com o histórico do extrato bancário, por ele trazido aos autos, à fl. 414. Ali consta o depósito de R$ 3.457,09 (três mil, quatrocentos e cinqüenta e sete reais e nove centavos), em 20 de setembro de 2001, e saques no período de 24 a 28 de setembro de 2001, num total de aproximadamente R$ 2.808,65 (dois mil, oitocentos e oito reais e sessenta e cinco centavos).

Estes saques, embora no total sejam superiores ao por ele indicado, R$ 2.000,00 ou R$ 2.100,00, pelo menos demonstram que o Acusado realmente fez retiradas de sua conta-corrente no Banco Itaú na semana seguinte a do depósito; e, em 1º de novembro de 2001 (quarenta e seis dias depois), devolveu a quantia desviada. Tudo isso me leva a acreditar que o Acusado não tinha a intenção de se apropriar da quantia em questão, só não realizando logo a devolução por estar incompleta. Tal conduta não configura apropriação indébita e, sim, desvio.

Melhor esclarece o caso o Professor Damásio de Jesus em seu livro Direito Penal, 2º volume, Parte Especial, Editora Saraiva, 1995, págs. 361/362:

> *Apropriação Indébita.*
>
> *Elementos objetivos do tipo*
>
> *"(...) O núcleo do tipo é o verbo "apropriar-se", que significa fazer sua a coisa alheia. Tendo o sujeito a posse ou*

a detenção do objeto material, em dado momento faz mudar o título da posse ou da detenção, comportando-se como se fosse dono (...).

Na apropriação indébita propriamente dita existe comissão. O sujeito realiza ato demonstrativo de que inverteu o título da posse, como a venda, doação, consumo, penhor, ocultação etc.

Na negativa de restituição o sujeito afirma claramente ao ofendido que não irá devolver o objeto material (...)".

No caso dos autos, repita-se, o Acusado recebeu o cheque no dia 18 de setembro e aguardou a autorização da pensionista, que veio dois dias depois. Em 20 de setembro (sexta-feira), depositou o cheque e, a partir da segunda-feira (24 de setembro), iniciou os saques, declarados por ele serem para depósito na conta do Exército, e que deixou de ser realizado por não haver conseguido o valor completo.

Contudo, esta preocupação em repassar à União o que lhe era devido não afasta a ilicitude. Porém, demonstra que o Acusado não dispôs daquela quantia com o propósito de ficar com ela, de fazê-la sua, e jamais repassá-la a quem de direito. Ao contrário, o que se infere de seu depoimento e demais provas dos autos é que a devolveria, após regularizar sua situação financeira. Logo, a conduta é criminosa, mas representa desviar, dando outro destino à coisa.

Caso idêntico foi apreciado na Apelação nº 2002.01.048964-9/SP, deste Tribunal, cuja ementa se extrai o seguinte:

"(...) Efetivamente, o apelante/apelado praticou o crime de desvio, inserto no art. 307 do CPM, por ter recebido indevidamente e posteriormente depositado em sua conta corrente, cheques destinados ao pagamento de matrículas nos cursos de mestrado, doutorado e matéria isolada, que deveriam ser encaminhados à Recebedoria do Instituto Tecnológico da Aeronáutica. Rejeitada a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, improvido o apelo da Defesa e provido parcialmente o apelo do MPM para, reformando a sentença, condenar o apelante/apelado à pena definitiva de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, como incurso no art. 307 do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum (...)".

Outro ponto interessante é que, na apropriação indébita, a lei protege o patrimônio; no caso, a ofensa foi dirigida à Administração Militar, por ter sido praticada por Militar, utilizando-se da função que exercia na Unidade.

Ressalte-se que, à época dos fatos, o Acusado era o responsável pelo atendimento na SIP/Cuiabá, MT, órgão encarregado de tratar de Pensões Militares.

O Sg. Rudival aproveitou-se de sua função, pois foi por trabalhar na SIP que a Pensionista lhe confiara o cheque para depósito na conta da União como pagamento dos dezoito meses faltantes para adquirir o direito à Pensão pretendida. Portanto, o crime praticado contra a Administração Militar ficou perfeitamente configurado.

O *"recebimento indevido"*, refutado pela Defesa, assim é considerado porque o recolhimento deveria ter sido feito diretamente à Unidade, e não a um dos funcionários dela. O próprio Acusado reconheceu não ser aquela a forma de se efetuar o pagamento, tanto que, ao não admiti-la, disse estar fazendo favor à Pensionista.

O pagamento devia ser feito à Unidade como dispõe o art. 4º da MP nº 2.131-5 (fl. 39):

> *"(...) Quando o Militar, por qualquer circunstância, não puder ter descontada a sua contribuição para a pensão militar, deverá ele efetuar o seu recolhimento, imediatamente, à unidade a que estiver vinculado. (...)".*

Desta forma, não merece ser acolhida a Apelação da Defesa.

A meu ver, não restou qualquer dúvida de que o delito praticado pelo Acusado foi de *"desvio"*; previsto no art. 307 do CPM, delito perseguido pelo MPM desde a Denúncia até agora, em grau de Apelação, o que torna possível a reforma da Sentença, embora para imputar delito mais grave.

Observada a primariedade, os bons antecedentes, considerados pela r. Sentença, é de ser aplicada como pena-base a mínima prevista para o caso, dois anos de reclusão, que se torna definitiva, por ausência de qualquer agravante, atenuante ou causas especiais de aumento ou diminuição da pena.

Concedo o ***sursis*** pelo prazo de dois anos, por satisfeitos os requisitos do art. 606 e seguintes do CPPM.

Latrocínio. ***Morte de Oficial da Marinha por Praças do Exército com o fim de subtração do veículo da vítima. Co-autoria. Depoimento de Policiais Militares, que faziam ronda no local, em harmonia com as provas periciais.*** *Delito configurado. Oficial da Marinha oferece carona a dois Soldados do Exército e é por estes assassinado, com arma de fogo; fogem levando o carro, após troca de tiros com Policiais Militares que faziam ronda no local. Na perseguição, o veículo vem a colidir com um poste. Elementos presos em flagrante. O depoimento dos Policiais Militares, no caso, em perfeita harmonia com as demais provas nos autos, autorizam a atribuição da autoria do delito aos referidos Soldados, em co-autoria. Apelo da Defesa improvido. Mantida a sentença condenatória. Decisão unânime.*

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

Revisor — Min. Dr. Antonio Carlos de Nogueira.

Apelante — ***Anderson Silva de Farias,*** Sd. Ex., condenado à pena de 15 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 3º, do CPM, fixando-se o regime prisional fechado para o cumprimento da pena, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 07/08/2003.

Advogado — Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento à Apelação da Defesa, mantendo íntegra a Sentença de primeiro grau pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro General de Exército Max Hoertel. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo,

Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach e José Alfredo Lourenço dos Santos. (Extrato da Ata da 53ª Sessão, 08.09.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, à ***unanimidade,*** em negar provimento à Apelação da Defesa, mantendo íntegra a Sentença de primeiro grau pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 08 de setembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel,* Ministro-Presidente — Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo,* Ministro-Relator — Dr. *Antonio Carlos de Nogueira,* Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar, junto à extinta 5ª Auditoria da 1ª CJM, atribuiu aos Sds. Ex. ALEXANDRE RODRIGUES FERNANDES DE SOUZA, nascido em 07 de julho de 1973, e ANDERSON SILVA DE FARIAS, nascido em 11 de março de 1974, ambos servindo no Primeiro Grupo de Artilharia Antiaérea, Rio de Janeiro, RJ, a prática do delito previsto no art. 242, § 3º, do CPM, pelos fatos descritos na Denúncia de fls. 05/06.

A 5ª Auditoria da 1ª CJM, por força da Lei nº 10.333, de 19/12/2001, foi extinta, sendo os autos redistribuídos à 3ª Auditoria da 1ª CJM (fl. 696).

Consta da Denúncia (fls. 05/06):

> *"(...) Em 07/03/94, aproximadamente às 20:20 horas na pista de subida da Av. Brasil, na altura do Km 40, sentido Centro - Campo Grande, munidos do mesmo propósito, qual seja, a subtração do Monza, placa 5368/RJ, os ora denunciados ocasionaram dolosamente a morte do CT- (A-FN) Juarez Pereira de Lima, proprietário do referido veículo. Para tanto, dentro do veículo citado, o primeiro denunciado, que estava no banco de traz, deu uma "gravata" na vítima, enquanto que com a mão di-*

reita apontava um revólver para a cabeça da mesma, nessa ocasião o segundo denunciado, na direção do carro, consentindo nesta atitude, observava o que acontecia. Ato contínuo, ordenaram ao CT Juarez que descesse do carro e o primeiro denunciado efetuou um disparo de arma de fogo contra o mesmo, produzindo as lesões descritas no Auto de Exame Cadavérico às fls. 152/155, que ocasionaram a morte da vítima. Durante a empreitada criminosa, subtraíram o citado veículo arrancando em alta velocidade pela Av. Brasil em direção a Campo Grande, quando na altura do Motel OKLAHOMA colidiram com um poste, ocasião em que foram presos em flagrante pelos policiais militares que perseguiram os denunciados logo após a ação delituosa, acima descrita (...)".

Serviu de base à Denúncia o IPM instaurado no Comando de Apoio do Corpo de Fuzileiros Navais do Rio de Janeiro, RJ, dele constando as seguintes peças:

Registro de Óbito (fl. 31);

Registro de Ocorrência Policial (fls. 68 e 74/76);

Auto de Prisão em Flagrante (fls. 70/73);

Relatório e Solução do IPM (fls.132/134 e 136);

Auto de Exame Cadavérico (fls. 160/163);

Laudo de Exame de Local de Morte Violenta (fls. 408/409);

Laudo de Exame de Projétil Disparado de Arma de Fogo (fl. 655);

Laudo de Exame de Projétil de Arma de Fogo (fls. 662/670);

Laudo de Exumação Cadavérica (fls. 729/753);

Laudo Pericial de Reprodução Simulada (fls. 761/777); e

Antecedentes criminais "nada consta" (fls. 139, 140 e 460).

As Alterações Militares de Anderson Silva de Farias encontram-se às fls. 450/451;

Em 15 e 17 de setembro de 1998, respectivamente, os acusados Alexandre e Anderson foram soltos, por excesso de prazo (fls. 422/423, 426 e 434).

Em 20 de abril de 1999, quando já se encontrava na fase das Alegações Escritas, o processo foi anulado pelo Supremo Tribunal Federal, desde o recebimento da Denúncia (Habeas Corpus nº 79.137-9/RJ).

Em 30 de agosto de 1999, é devidamente recebida a Denúncia pelo Juízo de primeiro grau, dando reinício ao processo (fls. 510/511).

Citado (fl. 517), qualificado e interrogado, o ex-Sd. Ex. Alexandre Rodrigues de Souza declarou às fls. 521/523, em síntese, que:

> *À época dos fatos, encontrava-se em Deodoro; conhecia o Capitão há aproximadamente umas três semanas, esteve com ele por três vezes quando ele lhe deu carona e por mera coincidência; no dia dos fatos, estava com o Anderson quando encontrou com o Capitão, que lhes ofereceu uma carona e os convidou para um lanche; estes fatos se deram entre 18 e 19 horas; foram a um bar que se localizava ou em Osvaldo Cruz ou em Vila Valqueire ou em Bento Ribeiro; tomaram um lanche e beberam cerveja; o interrogando não bebeu nada alcoólico; como os acusados iam dar baixa em março, queriam fazer uma festa e ficaram sabendo que o Capitão tinha uma casa em Campo Grande e que poderia levá-los para verem se a casa serviria ou não para a festa; com este propósito, saíram todos no carro do Capitão em direção à Campo Grande, pela Avenida Brasil; quem dirigia era o Capitão; num determinado momento pararam para urinar, em frente a uma churrascaria chamada Oásis; saltaram o Anderson e o Capitão; antes de pararem o Capitão ofereceu a direção ao Anderson; ao regressarem ao carro, no momento em que o Anderson já estava sentado na direção e antes do Capitão entrar no carro ouviram um monte de disparos contra o carro e então o Anderson arrancou sendo que o interrogando não viu o que aconteceu com o Capitão; dentro do carro o Anderson disse que estava ferido e acabou assim batendo o carro num poste; não se lembra de ter havido perseguição enquanto o Anderson estava fugindo com o carro; na verdade, o interrogando não sabia o que estava acontecendo; saiu do carro com o Anderson, ajudando-o; ele já estava apagando ou apagado e aí então o interrogando saiu para buscar socorro, sempre com o Anderson do lado, até o momento em que, tendo avistado um Fiat, que supõe seja modelo 147, que estava parado num portão, deixou o Anderson e se dirigiu para lá onde havia umas três pessoas; falou*

para estas pessoas que o colega tinha batido com o carro; foi nesse momento que ouviu gritos de "pára aí, para aí" e, não sabendo o que estava acontecendo, correu para dentro da casa, pulou o muro e ficou escondido; neste momento os policiais o pegaram acusando-o de ter matado o Capitão; foi levado para a delegacia e preso em flagrante, acusado da morte do Capitão; não estavam armados; acredita que o Capitão também não estava armado; não deu para perceber de onde estavam vindo os tiros; no momento em que os disparos começaram, o Capitão estava começando a entrar no carro; permaneceu no carro sentado atrás dele e especificamente atrás do banco de carona; não se lembra se o carro tinha duas ou quatro portas; da churrascaria até o local onde eles bateram havia aproximadamente uns dois quilômetros; quer declarar que é inocente porque não matou o Capitão; não sabe nem tem idéia de quem matou o Capitão; acha que foram os policiais mas não pode afirmar com certeza até porque tendo endereço certo e sabido fica com medo.

Devidamente citado, qualificado e interrogado, o ex-Sd. Anderson Silva de Farias, declarou às fls. 524/527, em síntese:

À época dos fatos, acompanhado de Alexandre Rodrigues de Sousa, dirigiam-se para o 1º Grupo de Artilharia Antiaérea que fica na Vila Militar. Saltaram em Deodoro e iam realizar o percurso final a pé até a Unidade Militar. Esclarece, desde logo, que Alexandre já conhecia o Capitão Juarez. No momento em que foram avistados pela vítima, que passava de carro, esta lhes ofereceu carona; o interrogando e seu companheiro Alexandre tinham que chegar ao Quartel às 9 horas e o Capitão sugeriu que fossem tomar um lanche; já que havia tempo para isto, seguiram todos para tomar lanche; o que se realizou ou em Bento Ribeiro ou em Osvaldo Cruz; o lanche demorou até aproximadamente às 8 horas; o interrogando e Alexandre tinham a pretensão de dar uma festa por suas baixas, que ocorreriam no mês de abril; comentando tal fato com o Capitão, ficaram sabendo que ele tinha uma casa a sua disposição em Campo Grande; surgiu a idéia de aproveitarem o tempo que tinham antes do horário do início do serviço para darem um pulinho em Campo Grande e conhecerem a referida casa; tomaram rumo da Avenida Brasil, sentido Campo Grande; num determinado momento o

Capitão ofereceu o volante ao interrogando e aí pararam num acostamento antes de um posto de gasolina para que o interrogando assumisse a condução do veículo; o interrogando, que vinha sentado no banco do carona, saltou do carro para ocupar o volante, o mesmo ocorrendo com o Capitão Juarez. Antes que tal ocorresse, foram ambos, o interrogando e o Capitão, realizar algumas necessidades fisiológicas; o interrogando, de fato, chegou a entrar no carro e chegou, inclusive, a fechar a porta; o Capitão, todavia, não chegou a entrar no carro porque neste momento começaram a ocorrer disparos de arma de fogo que vinham por trás do carro; diante disto, o interrogando teve instinto de acionar o carro e sair em disparada, não tendo chegado a ver o que ocorreu com o Capitão Juarez. Alexandre, durante todo tempo, ficou sentado no banco de trás; a porta do banco carona ficou aberta e só foi fechada posteriormente; na fuga, já baleado, o interrogando acabou batendo com o carro num poste, perto do Hotel Oklahoma. Após a batida, o interrogando saiu e foi caminhando, ajudado pelo Alexandre, a pé, quando entraram numa rua, onde vieram a ser encontrados pelos policiais, momento em que o interrogando foi preso, pois já estava quase desmaiando; foi colocado no camburão e levado para o Hospital Rocha Faria. Estavam à paisana e não portavam armas; o Capitão também estava à paisana e o interrogando não pode afirmar se ele usava ou não, na ocasião, alguma arma; que não é verdadeira a acusação que lhe é feita; o que consta das declarações prestadas na delegacia, por ocasião do flagrante não corresponde à verdade porque foi um depoimento prestado quando o interrogando estava amedrontado uma vez que estava cercado por policiais civis e não teve coragem de dizer a verdade a respeito da ocorrência e da autoria dos tiros; a distância entre os disparos iniciais e o acidente é de mais ou menos três a quatro quilômetros; não deseja dizer quem foi o autor dos disparos porque tem endereço certo e sabido e ainda tem medo de haver uma retaliação por conta da indicação desta autoria; os policiais que acusaram o interrogando o fizeram no sentido de encobrir a verdadeira autoria dos fatos que, ao ver do interrogando, pode estar identificada dentre aqueles policiais; o encontro do interrogando e de Alexandre foi mera coincidência, sendo certo que nada havia sido combinado anteriormente; durante o tempo em que

permaneceram juntos, não ocorreu qualquer discussão entre o grupo; pode identificar disparos que atingiram o carro no vidro de trás, no vidro da frente; pode afirmar categoricamente que os tiros partiram da parte de trás e por fora do carro; não consegue identificar exatamente quem efetuou os disparos; os fatos ocorreram numa fração de segundo; não havia mais ninguém além do interrogando, do Alexandre e da vítima; o lugar em que pararam era meio deserto, onde se podia fazer necessidades fisiológicas com facilidade; no momento em que os fatos ocorreram, não teve uma reação de dirigir o veículo em direção a uma delegacia, nem de procurar alguma; enquanto estava fugindo no carro, antes de bater, não percebeu se estava ou não sendo perseguido.

Como testemunha do Ministério Público Militar, o 3º Sg. PM LUIZ CARLOS DOS SANTOS, à época do fato, Cb. PM, componente da guarnição que prendeu os acusados, ouvido em Juízo, às fls. 554/555, declarou, ***in verbis***:

"(...) ter presenciado o momento exato em que o acusado Alexandre de Souza procedeu ao disparo contra a pessoa da vítima, que faleceu no local tendo isto ocorrido na pista de subida da Av. Brasil, na altura do Quilômetro 40, sentido Centro – Campo Grande. (...) os acusados se encontravam no referido veículo junto com a vítima; à oportunidade em que foram avistados e em seguida abordados pela testemunha e seus companheiros de serviço sendo certo que, naquele ensejo, enquanto o segundo acusado, de nome Anderson, se posicionava ao volante do veículo, o outro, de nome Alexandre, aplicava na vítima uma gravata, circunstância esta, que chamou a atenção da guarnição da PM que, ao abordá-los, presenciou o disparo da arma de fogo conforme já assinalado. Ato contínuo, os acusados evadiram-se do local conduzindo o veículo em questão, de propriedade da vítima, (...) sendo ambos os fugitivos capturados na altura do Hotel Oklahoma em Campo Grande, isto, após colidirem com o veículo e o abandonarem, nas cercanias (...). Alexandre posicionava-se no banco de trás do veículo no momento em que aplicava uma gravata na vítima sendo esclarecedor, ainda que, o veículo encontrava-se com a luz interna acesa e em baixo de um poste de luz. Os três elementos encontravam-se à paisana. (...) não soube identificar a arma usada na empreitada sendo certo

que a mesma foi descartada por um dos acusados. (...) não sabe informar se os acusados perceberam a aproximação da viatura da patamo sendo certo, que quando da abordagem, deu-se o disparo (...) que vitimou o Cap. Tenente, em seguida, teve a troca de tiros entre os acusados e a guarnição policial. (...) o disparo na vítima ocorreu quando a patamo já se encontrava no local abordando os acusados, de arma em punho e de faróis acessos. (...) o autor do disparo e vítima encontravam-se do lado de fora do monza postando-se em pé um ao lado do outro, quando ocorreu o disparo. (...) nesta fase, vítima e o autor do disparo encontravam-se do lado direito do carro, vale dizer, em pé do lado do carona. (...) os militares da patamo portavam escopeta, metralhadora, e o revólver próprio para o serviço, revólver calibre 38. (...) a Patamo estacionou a cerca de 2 ou 3 metros do Monza. Não tendo dado nenhum de seus integrantes disparos na abordagem. (...) a viatura da patamo não foi alvejada (...)".

A segunda testemunha do MPM, 1º Sg.PM Carlos Alberto Francisco da Cruz, às fls. 556/557, afirmou, ***in verbis***:

"(...) no dia 07 de março, na altura do quilometro 40 da Av. Brasil sentido Centro – Campo Grande o depoente, na condição de Comandante da guarnição foi abordado pelo então Cabo Luiz Carlos da atitude suspeita de três elementos no interior de um veículo monza estacionado no outro lado da pista, em seu acostamento, sendo certo que, um deles posicionado no banco traseiro, imobilizava a vítima com uma gravata, vítima que se encontrada no banco dianteiro, do lado do carona. A viatura da patamo procedeu ao retorno (...) quando da referida abordagem o acusado Anderson encontrava-se sentado no banco do motorista enquanto que o outro ao lado da vítima, ambos em pé do lado do carona. (...) tão logo iniciou a abordagem, ouviu o depoente, um disparo contra a vítima, seguido de disparos contra a viatura policial dando ensejo a que o depoente revidasse sem que lograsse êxito em acertar qualquer dos acusados que, assim, ensejaram fuga, pelo que o depoente após constatar o óbito da vítima e comunicar-se via rádio (...) não sem antes deixar no local um dos integrantes da guarnição de nome CB Dourado, a VT da patamo sob seu comando, seguiu no encalço dos acusados vindo finalmente a encontrá-los próximo ao Hotel Oklahoma, no bairro de Campo Grande. (...) Anderson encontra-

va-se baleado, sendo esclarecedor o fato de os mesmos Anderson e Alexandre, terem colidido com o veículo, em questão. (...) Anderson foi transportado para o Hospital e Alexandre para a Delegacia, 35ª DP. (...) quando da abordagem a luz interior do veículo monza encontrava-se acesa. (...) não sabe informar sobre a arma utilizada por um dos acusados, de vez que os fatos ocorreram de forma rápida (...) mal dadas as buscas no sentido de que as mesmas viessem a ser encontradas (...) o disparo na vítima ocorreu após a viatura da patamo ter parado para a abordagem. (...) os integrantes da patamo, na ocasião, não apontavam a arma para os acusados suspeitos. (...) a guarnição (...) portava metralhadora, escopeta calibre 12, pistola 380 e revólver 38. (...) na hora da abordagem o depoente e o CB Dourado encontravam-se a direita da viatura enquanto que o então CB Luiz Carlos e o SD Edilson a esquerda. (...) após a vítima ter sido alvejada o depoente, CB Dourado e o CB Luiz Carlos desceram da viatura policial a fim de prestar socorro a vítima. (...) o depoente procedeu a um disparo de revide na direção do acusados, na direção do Alexandre que já tinha disparado contra a viatura policial. (...) a viatura monza foi perfurada por inúmeros disparos não sabendo informar o depoente se por algum dos que, por ventura, desfechou. Ao que sabe não se registrou nenhuma perfuração na viatura da patamo. (...) viu a vítima tentou reanimá-la e que não se recorda do local em que a vítima foi atingida (...)".

A testemunha Sd. PM Reinaldo **Dourado** da Rocha deixou de ser notificada por ter falecido, conforme consta da ata de fl. 327.

A terceira testemunha do MPM, João Pereira de Lima, irmão da vítima, ouvido às fls. 581/582, declarou, em síntese: seu irmão possuía um revolver Taurus calibre 32 que o mantinha em casa; não sabe informar se a vítima portava a arma no dia do crime.

A quarta testemunha do MPM, Vanda da Preza Rodrigues, declarou, à fl. 583, ***in verbis***:

"(...) no dia do fato bateram dois jovens a sua porta solicitando ajuda para uma pessoa que diziam ser seu amigo, ferida próximo ao ponto de ônibus (...) poucos minutos após a depoente teve a sua casa invadida por circunstâncias e policiais (...) entre o pedido de socorro formulado pelos dois jovens a porta de sua residência e o ingresso dos policiais na mesma, medeou um

lapso insignificante de tempo, podendo dizer que incontinente as duas ocorrências (...); os jovens que bateram á porta de sua residência, aparentemente não portavam nenhuma arma (...)".

A quinta testemunha do MPM, 3º Sg. PM **Edson** da Costa Ribeiro Filho, à época Sd. PM, às fls. 607/608, declarou, ***in verbis***:

"(...) a VT policial por ele dirigida, transitava no sentido Campo Grande – Centro, pela Avenida Brasil, quando seus competentes avistaram, na pista de rolamento sentido Centro – Campo Grande, um veículo Monza, com três indivíduos em seu interior, assumindo uma atitude suspeita, peculiar de um assalto, de vez que o elemento que posicionava-se no banco de trás, aplicava uma gravata no cidadão que encontrava-se sentado na frente, no banco do carona, quando este perfeitamente avistado por todos, de vez que o Monza encontrava-se com uma das portas abertas e assim, com seu interior iluminado; ato contínuo, a VT Policial pegou o 1º retorno, (...) tão logo emparelhou com o mesmo, guardando distância regulamentar, por questões de segurança, o depoente avistou dois dos passageiros do Monza, de pé, do lado de fora do veículo, ambos voltados na direção da VT Policial que, de seu turno, posicionava-se de frente para a traseira do Monza, sendo certo que os dois citados indivíduos postavam-se em pé do lado direito do citado veículo. Ato contínuo, a VT Militar acionou os faróis ouvindo-se, incontinenti, um disparo com arma de fogo, que prostrou um dos individuos citados, no chão. Em seguida, o mesmo elemento que permaneceu de pé, procedeu a um disparo contra a viatura militar, projetando-se para o interior do Monza que, após patinar um pouco, evadiu-se do local no sentido de Campo Grande; o Sargento comandante da guarnição aproximou-se da vítima, retornando, em seguida, a fim de participar da perseguição do Monza (...) não sem antes ter a guarnição revidado ao disparo procedido do interior do Monza. Ato contínuo, seguiu em seu encalço (...); a iluminação no local da abordagem era bastante precária. (...) o local, naquele momento, salvo engano, estava praticamente deserto, não podendo o depoente pormenorizar acerca de tais circunstâncias devido, inclusive, ao decurso de tempo.(...) o revide policial se consubstanciou, salvo engano, através de uma rajada de metralhadora INA. (...); observou ter um dos ocupantes do Monza procedido disparo contra a vítima tão logo referido veículo veio

a ser abordado pela VT Militar, já com os faróis acionados. (...) pelo estampido, o disparo adveio de um revolver calibre 38, isto ditado pela experiência da testemunha, em sua faina diuturna de policial. (...) o disparo atingiu, com toda certeza, a cabeça da vítima, à curta distância, algo em torno de 1 metro no máximo. (...) todas as armas da guarnição policial foram apreendidas e periciadas após a ocorrência ora em exame. (...) salvo engano, (...) no exato momento em que a VT Policial parou para a abordagem, foi acionado o farol alto na direção do Monza. (...) não se recorda sobre as condições de iluminação reinantes no local, sabendo informar que o mesmo era ermo. (...)".

Como testemunha da Defesa, Raquel Castilho de Carvalho, às fls. 630/631, e Carlos Alberto Henriques, fl. 632, declararam em síntese, que:

> *Nada sabem acerca dos fatos apontados; afirmam que o acusado Anderson é vizinho dele, excelente pessoa; e desconhecem qualquer fato que desabone sua conduta.*

A Defesa desistiu de ouvir as demais testemunhas indicadas, conforme Ata de fl. 633.

A seguir, algumas considerações retiradas dos diversos laudos:

1) Auto de Exame Cadavérico (fls. 160/163) – registra que houve morte com ferimento penetrante da cabeça com fratura de primeira vértebra cervical e lesão de medula espinhal produzido por projétil de arma de fogo.

2) Laudo de Exame de Local de Morte Violenta nº 1277905 – Instituto de Criminalística Carlos Éboli., realizado em 07 de março de 1994 (fls. 408/409) consigna:

Da perinecropsia: *"(...) foram percebidos ferimentos típicos dos produzidos por projétil de arma de fogo, nas seguintes regiões corpóreas: na temporal direita sobre o lóbulo auricular e na frontal direita (...)".*

Da constatação: no veículo, foi constatada a presença de impactos semelhantes àqueles produzidos por projétil de arma de fogo, cujos disparos foram realizados de trás do veículo, rumando para sua frente. Observada, ainda, uma transfixação na lateral esquerda do encosto do banco destinado ao condutor, com trajetória de fora para dentro. No pára-brisa, percebia-se uma perfuração no terço esquerdo, altura média e outra no terço direito, idêntica altura, provenientes de disparos efetuados a partir

da traseira do veículo. Uma perfuração no protonier (painel), a esquerda do volante.

De outros elementos: *"(...) 1) No momento dos exames ocorria intensa precipitação pluviométrica. 2) O cadáver examinado apresentava-se na posição de "arrumado", isto é, fora manipulado, tendo sido retirado de sua posição original de repouso. Daí ocorrendo a alteração do local (...)".*

Conclusão: *"(...) no ponto inicial dos exames, aconteceu uma morte violenta, tipificada por homicídio, perpetrado mediante a utilização de arma de fogo, acionada à distância. Não sendo possível, tecnicamente, determinar o ponto de ocorrência (...)".*

3) Laudo de Exame em Projétil Disparado por Arma de Fogo (fl. 655), realizado no PAF retirado do cadáver de Juarez Pereira de Lima:

> *"(...) Trata-se de 01 (um) projétil disparado por arma de fogo, (...) impregnado de substância orgânica com características daqueles utilizados em munição de calibre nominal .38, ou compatível, adequado com mais freqüência à arma de fogo dos tipos revólver e carabina, evidenciando marcas de passagem em cano de arma de fogo de raias dextrógiras. (...)."*

4) Laudo Pericial de Exame em Projétil de Arma de Fogo nº 26/01 (fls. 662/670) - O laudo de confronto balístico, em princípio, teve dificuldade para ser realizado uma vez que as armas apreendidas (fls. 571/572), antes acauteladas aos Policiais referidos no caso, e que deveriam estar acauteladas no Serviço de Acautelamento de Armas e Munições, do DFA-E, haviam sido devolvidas (fl. 647). Por insistência da Representante do MPM, as armas mencionadas assim como o projétil que atingiu a vítima foram encaminhados ao 1º BPE – Comando Militar do Leste, onde foi realizado o referido exame, que teve como conclusão:

> *"(...) Com base nos elementos macro e microscópicos, o projétil questionado, assemelha-se a um projétil de calibre 38, ficando impossibilitado a obtenção da identificação da arma (cano) que o expeliu, em virtude das deformações encontradas por ocasião do impacto (...)".*

5) Laudo de Exumação Cadavérica – encontra-se às fls. 729/753, constando o seguinte registro:

*"(...) No **Exame Cadavérico** realizado não restou discernida a distância do **disparo** realizado e tampouco foi estimada esta distância, por meio de **Reprodução Simulada de Local de Morte.** Com base no trabalho pericial, de **Exumação Cadavérica**, que realizamos, pudemos comprovar que o **disparo** foi realizado **da direita para a esquerda**, **da frente para trás** e **de cima para baixo**; ou seja, atingiu o **processo mastóide direito** e, seguindo **trajeto** descendente, veio a **fraturar** os **primeiro e o segundo corpos vertebrais cervicais**. Desta forma fica esclarecido o **trajeto**, o qual não estava totalmente aclarado no **Laudo Cadavérico**. Estamos tentando, junto ao **INSTITUTO DE PESQUISAS ESPECIAIS do CENTRO TECNOLÓGICO DO EXÉRCITO**, determinar se a **distância** daquele **disparo** foi com **cano encostado** ou qualquer distância outra diferente desta – ou seja, só se poderá determinar se o disparo foi realizado com cano encostado ou qualquer distância outra diferente desta (queima-roupa; curtíssima distância; curta distância; longa distância) -, por meio de **pesquisa** nunca d'antes realizada, na **literatura mundial especializada**, que se baseia na determinação da presença de **chumbo**, **bário** e **antimônio** **nos bordos da fratura de entrada** de **projétil de arma de fogo**. Todavia, como tal pesquisa está sendo realizada em parceria com a **PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO**, com a **UNIVERSIDADE RURAL** e com o **INSTITUTO OSWALDO CRUZ**, e dada sua complexidade, aliada ao pioneirismo, ainda não pode ser concluída. (...)".*

6) Laudo Pericial de Reprodução Simulada dos Fatos – 1º Batalhão de Polícia do Exército (fls. 761/777):

"(...) De acordo com as posições dos veículos no local do sinistro por ocasião do exame, verificou-se que o posicionamento do veículo monza e de seus ocupantes em relação à viatura da Polícia Militar e o posicionamento dos Policiais Militares após o desembarque para a realização da abordagem, não é compatível com a lesão constatada na vítima, pois esta lesão encontrava-se ao lado direito da cabeça da mesma e os Policiais Militares abordaram por trás e pela esquerda em relação aos ocupantes do monza, conforme ilustra as fotografias, inviabilizando o disparo que vitimou o referido Oficial ter partido dos Policiais Milita-

res. (...) estes Peritos concluem que o disparo fatal que vitimou o CT Juarez, não partiu das armas dos Policiais Militares, embora ter sido constatado que o PAF era de calibre 38 em Laudo Pericial desta OMPE, (fls. 664 do 3º vol do processo), não significa que tenha partido diretamente das armas dos Policiais Militares, sendo assim, partiu de uma arma empregada por uma pessoa que se encontrava próxima à vítima e a direita do monza. (...)."

Em Ata de fls. 798/799, o CPJ/Exército, por unanimidade de votos, decidiu julgar extinta a punibilidade do acusado Alexandre Rodrigues Fernandes de Souza, em razão de sua morte, tendo em conta a Certidão de Óbito anexada à fl. 784.

Em Alegações Escritas de fls. 810/815, o MPM ratificou os termos da Denúncia, considerando provado o delito pelas provas testemunhais bem como pelo laudo de reprodução simulada de fls. 761/777. Formulou o pedido de condenação pelo delito do art. 242, § 3º, c/c art. 53 do CPM.

A Defesa, por sua vez, às fls. 810/815, alegou insuficiência de provas, aduzindo que os diversos depoimentos prestados pelos policiais militares estão recheados de contradições sobre as circunstâncias do evento, o que leva à dúvida, pelo que pede a absolvição do seu defendido com base no princípio ***in dubio pro reo***.

O Processo foi julgado em 07 de agosto de 2003 (fls. 822/824).

As partes ratificaram as Alegações Escritas.

Ao final, o Conselho Permanente de Justiça, para o Exército, julgou procedente a Denúncia e condenou o acusado nos termos da Sentença (fls. 825/846), **in verbis**:

"*(...) Efetivamente, existem alguns pontos aparentemente divergentes, porém mesmo que sejam reais, deve-se verificar se essas divergências são substanciais, melhor dizendo, se possuem a capacidade de influir na decisão do julgador.*

Na realidade, as supostas divergências foram colocadas pelos próprios acusados em seus diversos depoimentos, o que é plenamente plausível, porém as demais provas apresentam uma harmonia entre elas.

Passemos à dinâmica dos fatos.

Não há dúvidas de que o primeiro acusado, ALEXANDRE, já conhecia a vítima, o CT JUAREZ PEREIRA DE LIMA, - ambos os acusados confirmam em Juízo – e saíram todos no veículo do oficial, parando em um bar. Após, no intuito de realizarem um "programa" se dirigiram à uma casa de propriedade do CT JUAREZ, em Campo Grande. Entretanto, no meio do caminho, na Av. Brasil, na altura do KM 40, teriam encostado o veículo a fim de poderem urinar. Nesse momento, segundo relato dos acusados, a vítima teria oferecido ao ANDERSON a oportunidade de dirigir o seu veículo.

É importante narrar esses fatos a fim de que não paire qualquer dúvida quanto à posição de todos no momento da chegada dos policiais militares, quando efetivamente surgem as divergências. Assim, o primeiro acusado, ALEXANDRE, estaria no banco traseiro, o segundo, ANDERSON, na direção e a vítima no banco do carona.

Como foi dito, a partir da chegada dos policiais surgem várias versões apresentadas pelos acusados, tanto na fase inquisitorial como na instrução criminal (...).

(...) No intuito de facilitar a análise dos fatos, passemos a um resumo de cada uma das versões:

1ª Versão (ANDERSON) – ALEXANDRE e ANDERSON saíram do quartel às 13 horas e permaneceram juntos na residência daquele até 16:30 horas, quando foram se encontrar com o CAP JUAREZ; ALEXANDRE pede para urinar e a vítima pára a cem metros de um posto de gasolina; a vítima oferece ao ANDERSON a direção do veículo e passa para o banco de carona; ALEXANDRE dá uma gravata na vítima e aponta um revólver calibre. 38 para a sua cabeça, manda que ele saia do carro e efetua o disparo; os policiais, então, começam a disparar; combinam uma estória no camburão; ALEXANDRE já conhecia a vítima; ALEXANDRE estava armado.

2ª Versão (ALEXANDRE) – Saíram do quartel às 12 horas e foram para sua residência, após, decidiram sair e no ponto de ônibus, um homem que não conhecia lhes ofereceu uma carona; foram todos a um bar, quando combinaram de subtrair o carro da vítima; o Capitão decide parar o carro para urinar,

momento em que foi rendido; ANDERSON assume a direção; ALEXANDRE aponta a arma para a vítima; a vítima reage e a arma dispara acidentalmente; a polícia chega e efetua os disparos; no camburão, combinam uma estória para inocentá-los; confirma que os dois tiveram a idéia de levar o carro; que o revólver tinha um calibre 32 ou 38.

Apenas por esses dois depoimentos, já é possível afirmar que a negativa de autoria dos acusados feita em Juízo não merece a menor credibilidade. A verdade não comporta versões.

Percebe-se que os únicos pontos de convergência entre os depoimentos é quando afirmam que, combinaram de inventar uma estória para inocentá-los, que não foi sustentada posteriormente e ainda que estiveram juntos durante a tarde.

Não merece crédito, da mesma forma, a afirmativa dos acusados quando alegam que assumiram a autoria, por estarem com medo de apontarem os policiais como responsáveis pela morte do Oficial, visto que se encontravam na Delegacia rodeada de policiais. É mentira, pois os depoimentos acima citados foram prestados na Unidade Militar, aproximadamente, após 01 (um) mês da ocorrência do fato. Aliás, se estivessem com medo, o acusado ALEXANDRE teria assumido a autoria por ocasião da elaboração do APF, porém preferiu se reservar a falar somente em Juízo. Importante é que em momento algum os acusados alegam terem sofrido qualquer coação (...).

Primeiramente, ANDERSON afirma que ALEXANDRE conhecia a vítima e atirou intencionalmente nela e não sabia que ele pretendia roubar o carro: por outro lado, ALEXANDRE sustenta que ambos combinaram a prática do roubo e que a arma disparou acidentalmente.

Assim, pode-se concluir com extrema tranqüilidade que, independente de qualquer das versões, a certeza é de que ALEXANDRE estava armado e efetuou o disparo.

Em Juízo, após mais de cinco anos, negam tudo e alegam que simplesmente pararam no acostamento no intuito de urinar, quando os policiais chegaram atirando.

Ora, qual a razão de chegarem atirando? Seria mais um excesso da polícia? Uma imprudência? Claro que não.

Ao contrário dos acusados, os depoimentos dos policiais são coerentes, harmônicos e não apresentam divergências relevantes, mesmo em Juízo, após 05 (cinco) anos.

(...) constata-se pelos depoimentos das testemunhas, que o acusado ALEXANDRE imobilizou a vítima e efetuou o disparo, narrativa que se ajusta aos depoimentos do acusado ANDERSON, máxime no que concerne à "gravata" dada na vítima, bem como a do próprio ALEXANDRE que confirma ter disparado a sua arma, embora sem intenção.

Verifica-se, portanto, que o conjunto probatório conduz à certeza de que os acusados pretendiam subtrair o carro da vítima, com emprego de arma de fogo, e, para assegurar a impunidade do crime, pois a vítima conhecia o ALEXANDRE, causaram a sua morte.

Cabe destacar, também, que pararam em lugar ermo onde poderiam urinar tranqüilamente, segundo relato dos acusados, ou seja, era o local perfeito para a prática do delito.

Além disso, a tentativa de esconder o fato de terem estado juntos à tarde, na residência do acusado ALEXANDRE, revela, tão somente afastar a hipótese de premeditação no intento delituoso.

A Defesa sustenta que a arma não foi encontrada e, portanto, o disparo fatal poderia ter partido dos policiais.

Veja bem, não há dúvidas, como foi demonstrado acima, que os acusados estavam armados e que foram abordados em razão de os policiais terem visto a vítima ser imobilizada, ou seja, o roubo estava sendo praticado. Assim, mesmo se os policiais tivessem sido os autores do disparo fatal – o que não é verdade, como será demonstrado – a responsabilidade pela morte do oficial seria dos acusados, pois deram ensejo a esse acontecimento, enquanto que os policiais agiam no estrito cumprimento do dever legal (...).

Sustenta, ainda, a Defesa que o laudo pericial anexado às fls. 408/409, conclui que o disparo foi efetuado à distância e que havia pouca iluminação no local.

No entanto, deve-se observar que trata-se de laudo de exame local e, portanto, superficial, ao contrário do laudo de reprodução simulada dos fatos, anexado às fls. 762/777.

No que concerne à pouca iluminação no local, que depois é confirmada, em Juízo, pelo SGT PM EDSON, não se pode esquecer que a luz interna do veículo estava acesa.

Quanto ao fato de o corpo da vítima ter sido manipulado, cabe lembrar que houve uma tentativa de salvá-lo e, portanto, seria natural tirá-lo da posição original.

Importante destacar o laudo, anexado às fls. 762/777, que se caracteriza pela profunda e detalhada elaboração e perfeita harmonia com as demais provas, inclusive os depoimentos dos acusados na fase inquisitorial (...).

É certo que não foi possível às testemunhas lembrarem da posição da vítima, porém faz 09 (nove) anos que o fato ocorreu.

No entanto, os Drs. Peritos concluíram, com absoluta convicção, que o disparo fatal não foi realizado pelos policiais militares. Assim, por exclusão ...

Sendo assim, conclui-se que os acusados, em unidade de desígnios, de forma premeditada, subtraíram, com emprego de arma de fogo, o veículo pertencente ao CAP. JUAREZ. Para tanto, a fim de assegurar a prática do delito e mesmo a impunidade, o acusado, ALEXANDRE, efetuou o disparo que causou a morte do Oficial, conforme auto de exame cadavérico, acostado às fls. 160/163.

No que tange à conduta do acusado ANDERSON, apesar de não ter efetuado o disparo, contribuiu para a prática do crime ao aderir à vontade do acusado ALEXANDRE, de forma premeditada, sequer tentando evitar a consumação daquele. Além disso, estava na direção do veículo, ou seja, sua participação era indispensável, a fim de garantir a conclusão da empreitada criminosa. Se tivesse tão boas intenções não teria arrancado com o carro e solicitaria auxílio aos policiais.

Nesse sentido dispõe o artigo 53 do Código Penal Militar:

"Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominada (...)".

Nem se diga em sua defesa que não tinha a intenção de matar, pois estando o outro acusado armado, sendo conhecido da vítima, parados em local ermo, o resultado morte encontrava-se em sua esfera de previsibilidade, ou seja, era previsível aquele resultado (...).

Derradeiramente, ressalte-se que no delito de latrocínio não importa que a subtração do bem não se realize, bastando o resultado morte. Nesse sentido, não só o § 3º do artigo 242 do CPM, como também a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal: (...).

DECISÃO

Pelo exposto, resolve o Conselho Permanente de Justiça, por maioria de votos (4x1), julgar procedente a pretensão punitiva, para condenar ***ANDERSON SILVA DE FARIAS*** *pela prática do delito tipificado no artigo 242, § 3º, do Código Penal Militar. Para tanto, fixa a pena-base, à luz das condições do artigo 69 do CPM, pela primariedade e os bons antecedentes, em 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado.*

Está presente a atenuante da menoridade, prevista no artigo 72, I, CPM, mas já fixada a pena no mínimo, permanece inalterada.

Inocorrem agravantes.

E inexistindo causas de aumento ou diminuição, tem-se por definitiva a pena-base.

Resolve, ainda, o CPJ conceder ao acusado o direito de apelar em liberdade, tendo em conta a sua primariedade e os bons antecedentes, bem como em razão de ter respondido o processo em liberdade, nos últimos 04 (quatro) anos (...)".

O Ministério Público Militar e a Defesa foram intimados em 18 e 20/08/03, respectivamente (fl. 850). Em 01/09/03, a Defesa interpôs Recurso de Apelação (fl. 854), demonstrando inconformismo nas Razões de fls. 860/868, em síntese:

Argüi que duas ou mais versões por parte dos réus, isoladas ou acompanhadas por elementos dúbios, não são suficientes para se inferir que são culpados, nem retiram do órgão acusatório a tarefa de se incumbir satisfatoriamente do ônus da prova para obter uma condenação. Ao contrário do que sustenta a sentença guerreada, é possí-

vel se verificarem pontos duvidosos, que apresentam desarmonia e divergências relevantes, em especial no depoimento dos policiais militares. Indica os pontos que, a seu ver, estão eivados de contradições.

Assim, pede pela reforma da Sentença do Juízo a **quo** *para absolver o acusado Anderson da imputação contida na denúncia, com fulcro na alínea "e", do art. 439 do CPPM (insuficiência de prova).*

Contra-arrazoando a Apelação, o MPM, às fls. 871/872, pede pelo improvimento da Apelação, mantendo-se íntegra a sentença a ***quo***.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 879/882, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares, opina pelo conhecimento e improvimento da Apelação, mantendo-se a r. Sentença por seus jurídicos fundamentos.

Intimada a Defensoria Pública da União, ***ex vi*** do art. 33, §§ 2º e 3º, do RISTM (fls. 887v e 888v).

Isto posto:

VOTO

A Apelação é tempestiva; a Defesa foi intimada em 20 de agosto de 2003 (quarta-feira). Em 01 de setembro seguinte (segunda-feira), interpôs o Apelo (fls. 850 e 854).

O inconformismo da Defesa se prende às provas apresentadas, por considerar a existência de pontos duvidosos nos depoimentos dos Policiais Militares, únicas testemunhas do fato, asseverando que tais depoimentos apresentam desarmonia e divergência relevantes, pelo que pleiteia a absolvição com fulcro no princípio ***"in dubio pro reo"***.

O primeiro ponto apontado pela Defesa é se **"o disparo foi efetuado com as duas pessoas em pé fora do carro** ou **foi dado pelo elemento sentado no banco traseiro"**.

Assevera que no apenso, às fls. 87/88, o policial militar **Carlos Alberto Francisco da Cruz**, em **27/04/1994**, afirma que de dentro da viatura da Patamo, que transitava pela pista inversa da Av. Brasil, viu **"um elemento, no banco traseiro, que parecia dar uma "gravata" na pessoa que estava no banco do carona ..."**. Após fazerem o retorno e se aproximarem para averiguar o que estaria acontecendo, **"... viu que a pessoa que estava no banco carona já estava do lado de fora, em pé; que o depoente observou que o elemento, sentado no banco traseiro, fez um disparo contra essa pessoa, que caiu ali mesmo..."**

Já às fls. 315/319 (vol. II), em **21/08/1997**, o mesmo policial militar diz *"(...) o depoente ouviu um tiro ao mesmo tempo em que viu uma pessoa caindo ao chão; esta cena se deu com estas duas pessoas em pé fora do carro..." pode afirmar que havia uma pessoa armada, em pé, fora do Monza..." ... "que quem atirou na vítima estava em pé fora do carro e a vítima estava em pé fora do carro" (...)* (grifamos).

Para a Defesa remanesce a dúvida, posto que há nos autos afirmação tanto de que o tiro foi dado com o cano próximo ou encostado (**fl. 766** - Laudo de Reprodução Simulada dos Fatos) e que foi realizado da direita para a esquerda, de frente para trás e de cima para baixo (**fl. 734**, Laudo de Exumação Cadavérica), quanto de que foi efetuado à distância, não sendo possível determinar o ponto de ocorrência (**fl. 409**, Laudo de Exame de Local de Morte Violenta). Se o disparo proveio da pessoa que estava sentada no banco traseiro, com a vítima em pé fora do carro, não pode ter sido realizado, ao menos, como é óbvio, **de cima para baixo** (!).

A meu ver, a dúvida da Defesa não prospera.

Assim como no primeiro depoimento em Juízo, no segundo (fls. 556/557), o Sg. Carlos Alberto esclareceu que *"(...) quando da referida abordagem o acusado Anderson encontrava-se sentado no banco do motorista enquanto que o outro ao lado da vítima, ambos em pé do lado do carona. (...) tão logo iniciou a abordagem, ouviu o depoente, um disparo contra a vítima, seguido de disparos contra a viatura policial (...)"* (grifado).

Essa dúvida da Defesa se firma em um depoimento do Sg Carlos Alberto, retificado posteriormente em duas oportunidades. Além do mais, não existe dúvida quando outros elementos de convicção demonstram a veracidade do fato. Os próprios acusados, por ocasião do IPM, afirmaram, com riqueza de detalhes, a prática do crime, atribuindo o disparo da arma de fogo ao Sd Alexandre. Este, em seu depoimento à fl. 108, de início, alegou que a intenção era de roubar o carro do Capitão; depois, acabou assumindo o crime. Vejamos: Perguntado se a intenção era levar o Capitão até a sua casa em Campo Grande e lá roubar o carro por que mudaram de idéia? Respondeu: *"(...) porque o Capitão já havia parado o carro na Av. Brasil e eu já havia encontrado o seu revólver embaixo do banco do motorista e sendo assim não precisaria irmos a até a casa dele em Campo Grande (...)"*. Perguntado se estavam armados, respondeu *"(...) não e que a única arma utilizada era a do Capitão (...)"*. Perguntado, quem atirou no Capitão, Alexandre respondeu: *"fui eu"*. Perguntado quantos tiros deu no Capitão, Alexandre respondeu: *"... um tiro"*.

Ora, como ele sabia que foi só um tiro, se não foi ele que atirou? Além do mais não havia motivos para fazê-lo assumir a autoria do crime.

Continuando o depoimento, perguntado como o Capitão foi rendido, Alexandre respondeu: *"(...) quando ele parou o carro na Av. Brasil, imediatamente apontei a arma para a cabeça dele e mandei que ele saísse do carro pelo lado do carona porque o Soldado ANDERSON já tinha saído do carro e deixado a porta aberta e estava entrado pela porta do motorista"*. Perguntado sobre a arma, respondeu: *"(...) joguei fora pela janela do Monza quando fugíamos pela Av. Brasil, a cerca de uns vinte metros de distância de onde o Monza bateu no poste (...)* . Calcula que ela tenha caído no asfalto *(...) era um revólver calibre 38 ou 32, cano curto, cabo marrom e preto e a arma era preta (...)"*.

Anderson negou o fato em Juízo. Entretanto, por ocasião do IPM (fls. 81/87), afirmou que o acusado Alexandre foi quem atirou na vítima: *"...Alexandre mandou o Capitão sair do carro e, em seguida, disparou um tiro no Capitão, momento em que ocorreram vários tiros"*. Nesta mesma ocasião, Anderson afirmou que *"(...) no interior do camburão, Alexandre inventou estória de que o Capitão Juarez havia dado carona a um terceiro elemento, e este havia rendido a todos, atirando no Capitão. Queria que a estória fosse confirmada por Anderson para inocentá-los" (...)*.

A possibilidade de o tiro que vitimou o Capitão ter sido disparado pela Polícia ficou afastada pelo Laudo Pericial de Reprodução Simulada dos Fatos (fls. 761/777), que afirmou:

> *"(...) De acordo com as posições dos veículos no local do sinistro por ocasião do exame, verificou-se que o posicionamento do veículo monza e de seus ocupantes em relação à viatura da Polícia Militar e o posicionamento dos Policiais Militares após o desembarque para a realização da abordagem, não é compatível com a lesão constatada na vítima, pois esta lesão encontrava-se ao lado direito da cabeça da mesma e os Policiais Militares abordaram por trás e pela esquerda em relação aos ocupantes do monza, conforme ilustra as fotografias, inviabilizando o disparo que vitimou o referido Oficial ter partido dos Policiais Militares. (...) estes Peritos concluem que o disparo fatal que vitimou o CT Juarez, não partiu das armas dos Policiais Militares, embora ter sido constatado que o PAF era de calibre .38 em Laudo Pericial desta OMPE, (fls. 664 do 3º vol. do processo), não significa que tenha partido diretamente das armas dos Policiais Militares, sendo assim, partiu de uma arma empregada por uma pessoa que se encontrava próxima à vítima e a direita do Monza. (...)."*

Os depoimentos dos próprios acusados, que confessaram o crime por ocasião no IPM, e embora negado em Juízo; o depoimento dos Polici-

ais que assistiram o fato a uma distância de mais ou menos três metros de distância, e viram Alexandre junto à vítima; o disparo da arma de fogo; a vítima caindo no chão e, em seguida, a fuga são fatos que levam à certeza de ser o Alexandre o autor do delito, em co-autoria com o Anderson.

Outro ponto indicado pela Defesa refere-se aos laudos dos exames realizados. O Laudo de Exame de Projétil, fl. 158 do apenso, considera impossível determinar com segurança o calibre da arma, enquanto o de fls. 663/670 afirma que o projétil se assemelha às de munições de calibre 38.

A Lei garante às Partes a oportunidade de obterem maiores informações sobre os laudos de exames, conforme se extrai do CPPM, que em seu art. 325, parágrafo único, determina: *"(...) Do laudo será dada vista às partes, pelo prazo de três dias, para requererem (...) quesitos suplementares para esse fim, que o juiz poderá admitir, desde que pertinentes e não infrinjam o artigo 137 e seu § 1º"*.

Júlio Fabbrini Mirabete, in Processo Penal Ed. Atlas, 1996, pág. 268, assevera:

> *"(...) Nada impede que em momento apropriado, como na fase do art.499 do CPP, requeira a parte esclarecimentos dos peritos que elaboraram o laudo, ou a complementação ou suplementação da prova pericial (...)"*.

Como visto, a Defesa teve o momento oportuno para questionar as dúvidas trazidas agora, quando o Processo já se encontra em grau de Apelação. No caso em comento, as partes foram devidamente intimadas e tiveram o prazo (art. 427) para tais esclarecimentos (fls. 637 e 807). Requereram o que quiseram. Se a Defesa não solicitou esclarecimentos sobre os laudos naquela oportunidade é porque não desejou fazê-lo, ou entendeu desnecessário solicitá-los.

Em caso semelhante, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – TACSP - decidiu: *"(...) Eventual ausência de requerimento na ocasião do art. 499 do CPP, não basta para fazer surgir nódoa de modo a provocar nulidade do processo por falta de defesa, vez que se trata de faculdade do advogado requerer ou não diligência, após o encerramento da instrução, e, se não exercitar tal faculdade, há que se entender que não havia interesse na realização das mesmas (...)"*. (Fabbrini Mirabete – Código de Processo Penal Interpretado, Referências Doutrinárias, Indicações Legais, Resenha Jurisprudencial).

Assim, como bem disse a Sentença, existem alguns pontos divergentes. Entretanto, observa-se que outros pontos coincidem com as provas dos testemunhais. Apesar do tempo decorrido durante a instrução criminal, os Policiais foram fiéis a suas declarações anteriores. Portanto, de tudo que foi analisado, tenho que deve ser mantida ***in totum*** a Sentença condenatória.

EMENTA: DESACATO A SUPERIOR. INJÚRIA. POSSIBILIDADE DE **SURSIS**. *Tom de voz exaltado com o intuito de provocação, atitude ameaçadora e recusa em obedecer ordem legal emanada de autoridade superior competente, na presença de outros militares, configura o delito de desacato a superior previsto no art. 298 do CPM. Cuspir intencionalmente no rosto de outrem configura o delito de injúria, delito não penalizado, no caso, por ser absorvido pelo desacato.* ***Sursis.*** *Benefício vedado pelo CPPM (art. 617) no crime de desacato. O CPM é silente sobre o assunto. Diante do impasse, esta Corte o tem admitido por ser mais benéfico ao réu. Recurso provido. Decisão unânime.*

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

Revisor — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Apelante — Fernando de Souza Galdino, Cb. Ex., condenado à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 298 do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 29/01/2004.

Advogado — Dr. Godofredo Nunes Filho, Defensor Dativo.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento parcial ao apelo defensivo para, mantendo a Sentença que condenou o Apelante à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 298 do CPM, conceder-lhe o benefício do **sursis**, nas condições do art. 626 do CPPM, exceto pela alínea "a", delegando ao Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM a presidência da audiência admonitória, nos termos do art. 611, do mesmo Diploma legal. Presidência do Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA.

Presidência do Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira

e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Max Hoertel, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Henrique Marini e Souza e Flávio de Oliveira Lencastre. (Extrato da Ata da 75ª Sessão (Extraordinária), em 07.12.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, ***à unanimidade***, em dar provimento parcial ao apelo defensivo para, mantendo a Sentença que condenou o Apelante à pena de um ano de reclusão, como incurso no art. 298 do CPM, conceder-lhe o benefício do ***sursis***, nas condições do art. 626 do CPPM, exceto pela alínea "a", delegando ao Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM a presidência da audiência admonitória, nos termos do art. 611, do mesmo Diploma legal.

Brasília, 07 de dezembro de 2005 — Dr. *Antonio Carlos de Nogueira*, Ministro-Presidente, na ausência ocasional do Presidente — Alte Esq *Marcos Augusto Leal de Azevedo*, Ministro-Relator — Dr. *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O Representante do MPM que atua junto à 4ª Auditoria da 1ª CJM atribuiu ao Cb. Ex. FERNANDO DE SOUZA GALDINO, servindo na CPOR – 1ª RM, Rio de Janeiro, RJ, a prática dos fatos previstos nos arts. 298 e 217, com as agravantes previstas nos incisos II e IV do art. 218, tudo do CPM, em face dos fatos a seguir ***in verbis***:

> *"(...) No dia 06 de agosto de 2002, tendo sido excepcionalmente autorizado pelo Oficial-de-Dia, 1º Ten. LEONARDO FERREIRA CAMPOS BELO, a utilizar o telefone fora do horário regulamentar, o denunciado desrespeitou o oficial, desafiando-o e, por fim, cuspindo neste.*
>
> *Na ocasião, cerca das 16:00 horas, o CB-NB FERNANDO DE SOUZA GALDINO, custodiado na Unidade à disposição da Justiça Estadual, retornava de uma audiência, escoltado por militares da Polícia do Exército.*
>
> *Embora o horário de "banho de sol" já houvesse encerrado (das 15:00 às 16:00 horas), o Oficial-de-Dia, por mera libera-*

lidade, permitiu ao denunciado que utilizasse o telefone, advertindo-o, contudo, da excepcionalidade da concessão.

(...) o denunciado se excedeu no uso do aparelho e, após 25 minutos de conversação, precisou ser alertado pelo Ten LEONARDO no sentido de encerrar a ligação.

Ignorando o aviso, o denunciado permaneceu ao telefone mais algum tempo.

Ao desligar o aparelho, voltou-se para o Oficial-de-Dia, dizendo-lhe, em tom de afronta, que "se quisesse ficaria ao telefone até às 17:00 horas" e, ao receber determinação para recolher-se à cela, disse ao tenente: "o que o senhor vai fazer? O senhor não pode fazer nada. Você é um panaca." Ainda em atitude hostil, com as mãos algemadas na altura do rosto, cuspiu no tenente. O Ofendido, mantendo-se calmo, avisou ao cabo que sua situação poderia se agravar, recebendo como resposta a seguinte expressão: "Foda-se a minha situação". Ato contínuo foi recolhido ao cárcere.

O tom de voz exaltado, a atitude ameaçadora do denunciado, sua recusa em obedecer a ordem legal emanada de autoridade competente (Oficial-de-Dia) e a provocação dirigida ao Ten. LEONARDO, além de ato injurioso de nele haver cuspido, foram atitudes lamentáveis praticadas pelo denunciado na presença de soldados e graduados, o que traduz evidente violação à hierarquia e à disciplina militares.

(...) sendo ofensivas não somente ao Tenente ofendido, mas de igual forma a todos os militares que presenciaram a cena.

Desacatando as ordens do Oficial de Dia no sentido de não se alongar na ligação telefônica, e, a seguir, de recolher-se ao xadrez, o Cabo FERNANDO DE SOUZA GALDINO infringiu a regra inscrita no art. 298 do Código Penal Militar, que tutela o prestígio e a dignidade da administração militar.

Ao cuspir no ofendido, o denunciado praticou o ilícito descrito no art. 217 da lei penal castrense, com a agravante prevista nos incisos II e IV do art. 218 daquela mesma lei. (...)" (fls. 02/04).

A Denúncia baseou-se no IPM nº 009/03 instaurado no 19º Blog – Niterói, RJ (fl. 139).

Constam dos autos:

Parte S/N (fl. 10);

Alterações militares do ofendido, (fls. 44/73);

Alterações militares do acusado (fls. 75/109); e

Certidão Negativa da Justiça Militar da União - 1ª CJM (fl. 136).

Os Antecedentes Criminais do acusado registram dois processos em andamento:

1. Processo de nº 32523/0000, como incurso no art. 180 do CP (receptação), delito ocorrido em 02/09/1999; Processo distribuído à 2ª Vara Criminal Comarca de Nova Iguaçu, RJ (fl. 150);

2. Processo nº 1143/2001, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II do CP (roubo com emprego de arma e em concurso), Comarca de Queimados/RJ (fl. 151).

Constam, às fls. 199/211, anotações feitas pelo acusado, sobre o tratamento dispensado aos presos do 19º Blog.

A Denúncia foi recebida em 25/07/03 (fl. 160).

Devidamente citado, qualificado e interrogado às fls. 180/183, o acusado afirmou, ***in verbis***, que:

> *"(...) conhece o ofendido pois esteve preso no 19º Blog por seis meses, já teve problemas com o mesmo (...) no dia 10 de junho de 2002 o ofendido depois de muita insistência do acusado concordou que ele teria banho de sol às 21:00 horas; (...) outra feita ficou sem comida (...) por mais de uma vez ficou sem jantar e depois de muito reclamar por volta das 23:00 horas chegava um lanche; (...) é verdadeira em parte a imputação que lhe é feita; (...) tinha chegado de uma audiência na justiça comum e foi encaminhado a cela; (...) eram 15:50 horas, tendo requerido ao Ten. Leonardo o banho de sol, até a retirada da cela já eram 16:05 horas, que foi falar ao telefone pois já estava autorizado pelo Sub Comandante que já tinha colocado por escrito que no horário do banho de sol o acusado poderia falar ao telefone; (...) após 10 minutos o Ten. Leonardo disse que o telefonema estava encerrado, deu um toque no braço dele mandando ele encerrar o telefonema e colocando um sol-*

dado atrás do interrogando que estava com o cacetete na mão tendo dito ao Tenente que é só o senhor dar a ordem que a gente tira – tira à força do telefone; (...) o interrogando perguntou por diversas vezes, porque só 10 minutos; (...) o banho de sol não tinha horário, que as vezes era pela manhã as vezes a tarde, que o interrogando estava algemado no telefone (...) uma das algemas tinha sido prendido no dito orelhão; (...) não ameaçou dar soco e nem cuspiu no Tenente Leonardo; (...) antes mesmo de ser levado para a cela o Tenente disse que a ligação estava terminada pois tinha por hábito fazer as coisas certas que o banho de sol era de 15 as 16:00 horas, tendo dito ao tenente que "por diversas vezes eu tive banho de sol de 19 as 20:00 horas e por diversas vezes fiquei sem jantar, já recebi comida estragada", foi nesse momento que o Tenente se irritou e foi iniciada a discussão; (...) nega ter falado palavrão (...) ao mostrar a anotação do dia que teve banho de sol às 21:00 horas, o Ten. Leonardo ficou nervoso e disse: Olha Galdino você já está na merda mesmo e fica fazendo exigências, (...) pediu a presença do Subcomandante, que o Ten. Leonardo não o atendeu, que um mês antes do fato o acusado tinha denunciado por maus tratos, via telefone, à comissão de direitos humanos, seguindo orientação dada pelo Desipe, que o 19º Blog fez uma sindicância a mando do CML, em razão disso todos sabiam, que o interrogando era o autor da denúncia, (...) complementada por sua esposa (...) o Ten. Leonardo ao dizer que o acusado estava fazendo exigências, ouviu do interrogando que ele acusado, não era um panaca e como o Tenente insistisse para que ele calasse a boca, não sendo atendido o Tenente disse "se não" levando a mão ao coldre, que nesse momento como estava com um chiclete na boca, deve ter cuspido o chiclete e alguma gota de saliva atingido o tenente, (...) o tenente retornando a cela ouviu do acusado um pedido de desculpas tendo dito ao tenente que se alterou pois ele tinha se alterado, o tenente disse "não quero saber de nada, vou dar uma parte sua"; (...) a última reclamação que fez foi feita ao sargento que tinha assumido a guarda, que tinha ficado sem jantar e sem café da manhã, na hora do almoço a comida veio com bicho, (...) dias antes do fato narrado na denúncia, e também no dia do fato o acusado sentiu que sua cela tinha sido invadida por uma espécie de gás, pois seus olhos ardiam muito (...). Depois que saiu do 19º Blog foi procurado por um Cap do 19º Blog que conversando informalmente disse que as pessoas que tinham deixado o acusado sem comida e dado comida com bicho foram

punidas e que o Ten Leonardo apesar de ser responsável pelo paiol não tinha acesso a nenhum gás, que acrescentou que soube que o Ten Leonardo tinha comprado uma pizza para que fosse dada ao acusado as 23:00 horas no lugar do jantar (...)".

O Ofendido, Ten. LEONARDO CAMPOS BELO às fls. 184/185, declarou, ***in verbis***, que:

"(...) o Cb Galdino tinha chegado do Fórum por volta das 16:05 horas e já tinha terminado o horário do banho de sol tendo o acusado pedido para usar o telefone público, e que por volta das 16:25 o declarante disse para que ele encerrasse a ligação pois o Oficial-de-Dia tinha que dar o pronto das reservas do armamento; (...) Galdino disse que se precisasse ter continuado a ligação permaneceria falando até às 17:00 horas e que só sairia dali arrastado que as palavras de baixo calão proferidas são as que constam da denúncia; (...) antes de entrar na cela Galdino falou as palavras de baixo calão e voltando-se deu uma cusparada no rosto do declarante; (...) após a sua entrada na cela Galdino ainda disse: "O que é Tenente, está com medo de entrar para tirar a minha algema" em tom de provocação, que foi o declarante que entrou e tirou as algemas, que nunca teve nenhum problema anterior com o CB Galdino; (...) foi a primeira vez que o incidente ocorreu, (...) o declarante permitiu que ele falasse ao telefone, tendo em vista que o Cb Galdino alegou que queria contar a esposa o que tinha ocorrido na audiência na Justiça Comum; (...) a alteração ocorreu entre o telefone e a cela, que a distância é de cerca de 20 metros; (...) Galdino falou ao telefone sem as algemas, que após a ligação o declarante fechou as algemas, obedecendo a orientação recebida; (...) não havia nenhuma orientação além das regulamentares para os acusados presos. (...) pediu sigilo quanto ao seu endereço pois tem receio de alguma vingança; (...)."

Como testemunha do MPM, o 3º Sg. ARY GONÇALVES GUERRA declarou às fls. 186/187 que:

Presenciou a agressão sofrida pelo ofendido e confirmou que os fatos ocorreram exatamente como demonstra a denúncia. Lembrou ter o acusado usado o termo: "panaca" e presenciou quando o acusado cuspiu no rosto do Tenente. Desconhece qualquer desentendimento anterior entre os dois. Por motivo de segurança, pediu que seu endereço fosse mantido sob sigilo. Acrescentou que o Ten. Leonardo sempre respeitou os subordinados.

Estes fatos constam também das declarações de outras testemunhas do MPM, o Sd. EVANDRO ESTEVES PESSANHA (fl. 188) e ALEXANDRE PINTO DA SILVA (fl. 189):

O Sd. EVANDRO ESTEVES PESSANHA declarou à fl. 188, ***in verbis***, que:

> *"(...) o acusado estava falando ao telefone e o Ten disse que era para ele terminar a ligação e ir para a cela, o CB Galdino alegou que se quisesse falaria até as 17:00 horas, ao se dirigir a cela levantou os braços algemados ameaçando dar um soco no Ten, disse palavras de baixo calão e antes de entrar na cela cuspiu no Tenente, que os fatos ocorreram exatamente como narrados na denúncia; (...) desconhece qualquer desentendimento ocorrido entre o Ten Leonardo e o Cb Galdino; (...)."*

O Sd. ALEXANDRE PINTO DA SILVA declarou à fl. 189, ***in verbis***, que:

> *"(...) o Ten Leonardo disse para que Galdino terminasse a ligação, pois já estava muito tempo no telefone; (...) o acusado permaneceu falando dizendo que se quisesse permaneceria falando até às 17:00 horas; (...) ao se dirigir a cela, mesmo algemado disse palavras de baixo calão para o Ten e cuspiu em seu rosto; o Ten não tinha nada nas mãos nem disse qualquer palavra ofensiva ou de baixo calão para Galdino; (...) era o soldado mais próximo ao Tenente e estava atrás do mesmo; (...) nunca presenciou qualquer alteração do Galdino com outros militares (...)."*

Como testemunha da Defesa, RENATO CRISTIANO SANTANA declarou às fls. 235/236, ***in verbis***, que:

> *"(...) o depoente não presenciou os fatos narrados na denúncia, (...) o réu sempre foi calmo e que nunca observou praticar qualquer ato de ofensa aos seus superiores, vale dizer, que nunca foi atrevido (...)."*

O Cap. MAURÍCIO BRITO MACHADO declarou às fls. 237/238, ***in verbis***, que:

> *"(...) não presenciou os fatos narrados na denúncia, (...) o depoente não pode precisar acerca do comportamento do réu até porque os seus contatos com o réu foram esporádicos, (...) entretanto pode acrescentar que o réu reclamava muito da comida e das condições da cela, (...) de vez em quando, chegava*

até a extrapolar tais reclamações (...) o réu não tinha o hábito de mascar chiclete ou mesmo bala, (...) até porque seria um desrespeito ao superior, um graduado se dirigir a um Oficial com uma bala ou chiclete na boca, (...) não havia uma diferenciação entre os presos à disposição da justiça e os presos disciplinares na utilização de algemas durante o banho de sol, até porque durante o seu período só havia presos a disposição da justiça (...)."

No mesmo sentido os depoimentos do 2º Ten. ANDRÉ HENRIQUE GOMES, fl. 239.

O 3º Sg. WILLIAN DUIM LEITE declarou à fl. 240, ***in verbis***, que:

"(...) não presenciou os fatos narrados na denúncia, que o depoente estava na função de Comandante da Guarda por ocasião em que a comida servida ao réu estava com bichos no tomate, (...) a reclamação fora feita pelo réu em termos razoáveis, que a comida por determinação do Oficial-de-Dia fora trocada ou seja, fora mandada servir uma nova comida ao réu, sendo que o mesmo recusou a comida (...)."

JOSÉ ROBERTO SANTOS declarou às fls. 261/262, ***in verbis***, que:

"(...) sobre os fatos narrados na denúncia nada sabe; (...) conhece o acusado acerca de 2 anos. (...) o acusado Fernando Galdino era uma pessoa tranqüila (...)."

O 1º Ten. Médico RUBENS DE CAMARGO VIANNA FILHO declarou às fls. 274/275, ***in verbis***, que:

"(...) não presenciou qualquer dos atos narrados na denúncia, (...) teve conhecimento que alguns presos recebiam quentinhas com comida azeda (...) atendeu ao acusado algumas vezes na cela, (...) se lembra que uma das vezes era por problemas ligados a dor de cabeça e que também fez prescrições ligadas a problemas estomacais, (...) era ligada a situação de excesso de acidez, com queixa de dores, náuseas, azia e queimação na região do estômago, (...) tais situações provocam excesso de salivação, (...) entende que a gastrite não gera, apesar dos transtornos, irritabilidade emocional (...)."

Em Alegações Escritas (fls. 279/281), o MPM sustentou o pedido de condenação do acusado nos termos da Denúncia.

A Defesa, às fls. 284/290, alegou perseguição por parte do ofendido, por ter o acusado reivindicado melhor tratamento para si e outros presos. Argumentou que as palavras de baixo calão e a cusparada não existiram, lembrando que o acusado fazia uso de medicação que provoca excesso de salivação, daí poder ter ocorrido um espasmo nervoso, provocando-lhe excesso de salivação que teria atingido o Ten. Leonardo.

Ao final, a Defesa pediu a absolvição.

O Processo foi julgado em 29 de janeiro de 2004, conforme Ata de fls. 300/303.

Em sustentação oral, o MPM alegou terem restado provadas as condutas delituosas; entretanto, contrariando em parte as Alegações Escritas, pediu a absolvição pelo crime de injúria (no que consiste à cusparada) por este delito ser absorvido pelo de Desacato (art. 298 do CPM); e, por este, mantém o pedido de condenação.

A Defesa pediu a absolvição do acusado.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, resolveu, por maioria de votos (4x1), CONDENAR o Cb. Galdino nos termos expostos na Sentença (fls. 306/312), da qual se extraiu o que se segue:

> *"(...) O acusado encontrava-se preso em virtude de condenação na Justiça Comum, pendente as apelações.*
>
> *O CB Galdino foi julgado por dois crimes graves e não tinha conseguido apelar em liberdade, em que pese ser tecnicamente primário, pois não houve trânsito em julgado.*
>
> *O CB Galdino que registrava em suas Folhas de Alterações comportamento excepcional e bom, estava fazendo um rodízio pelas Unidades, pois o Exército não possui Presídio no Rio de Janeiro (...).*
>
> *Mesmo que aceitássemos como verdadeiras as imputações feitas pelo réu, em Direito Penal, não há compensação de culpas.*
>
> *O acusado não poderia ter ofendido o Ten. Leonardo, e mesmo que a medicação tomada o fizesse salivar excessivamente, é estranhável que a mesma tenha ido parar no rosto do militar, ora ofendido, sem que o acusado assim o quisesse.*
>
> *O excesso de salivação foi confirmado pelo médico do Quartel, Dr. Rubens.*

O acusado negou a imputação, mas as testemunhas ouvidas disseram que ouviram palavras de baixo calão dirigidas ao Tenente.

Por óbvio o Tenente teve sua dignidade ofendida, o que é suficiente para uma condenação.

O fato é típico, antijurídico e culpável, sendo que, a signatária concorda com o Ministério Público ao entender que o crime de injúria foi absorvido pelo crime de desacato.

O acusado é maior, primário e não apresentou qualquer excludente para o delito perpetrado, pelo que o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por maioria de votos (4x1), resolve, julgar procedente, em parte, a denúncia de fls. 2, para ***CONDENAR*** *o acusado CB-NB* ***FERNANDO DE SOUZA GALDINO****, à pena de 01 (um) ano de reclusão, com base no artigo 298 do Código Penal Militar.*

O Conselho não concede ao acusado o benefício do "sursis", com base no artigo 617 do CPPM.

O acusado por ser primário poderia apelar em liberdade, não fosse estar aguardando o julgamento de seus recursos preso (...)."

Intimadas as Partes (fls. 312 e 313/314) em 06 de fevereiro de 2004, a Defesa interpôs Recurso de Apelação no dia 10 seguinte (fl. 317).

Nas Razões de fls. 321/327, invocando os mesmos fundamentos empregados nas Alegações Escritas, pugna a Defesa pela reforma da sentença ***a quo***, para que seja o acusado absolvido.

Em Contra-Razões (fls. 329/331), o MPM pede pelo improvimento da apelação e pela manutenção da sentença ***a quo*** em todos os seus termos.

Em parecer de fls. 342/345, a PGJM, pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares, opina pelo conhecimento e improcedência do Apelo, mantendo-se a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Intimado o Dr. Godofredo Nunes Filho, Defensor Dativo (fls. 349v e 351).

Isto posto:

VOTO

A Apelação é tempestiva; intimada em 06 de fevereiro de 2004 (fl. 312), no dia 10, seguinte, a Defesa interpôs o apelo (fl. 317).

A Defesa alega perseguição, em face da reivindicação feita pelo acusado junto à Comissão de Direitos Humanos. Para a Defesa, havia animosidade entre o acusado e o ofendido, e esta surgiu no momento em que o Ten. Leonardo desrespeitou a integridade física e moral do Cb. Galdino. Por fim, nega ter havido cusparada no Ten. Leonardo, atribuindo o fato ao excesso de salivação provocado por medicamento e, surgida naquele momento, em face de um espasmo nervoso.

Do estudo dos autos, verifica-se que a alegada perseguição perpetrada pelo Ten. Leonardo não ficou comprovada.

No período de 02 maio a outubro de 2002, o acusado registrava ocorrências como: *"não usei orelhão"*, *"não foi oferecido banho de sol"*, *"almoço com bicho etc"*, as quais foram juntadas aos autos às fls. 199/211.

As ocorrências registradas pelo acusado foram objeto de sindicância (fls. 218/221), onde nada restou demonstrado que constituísse crime ou transgressão disciplinar.

Esses fatos se davam estando de serviço o Ten. Leonardo ou qualquer outro militar da Unidade, daí não se poder atribuir ao Ten. Leonardo qualquer ato revelador de perseguição ou animosidade contra o acusado. E, ainda que fossem verdadeiros, tais fatos não justificariam a atitude aviltante e desrespeitosa do acusado, levando-o a incorrer nos crimes de Desacato e Injúria, principalmente considerando-se que a concessão pelo ofendido era em caráter excepcional, pois já havia passado o horário para banho de sol.

O Desacato (art. 298 do CPM) é crime contra a Administração Militar. Neste, a lei tutela a autoridade, a disciplina e a hierarquia militar, diante do grave perigo representado pela conduta do subordinado, ultrajando o superior hierárquico, cuja autoridade ficaria diminuída, diante dos subordinados e, também, de seus pares. (Célio Lobão – Direito Penal Militar, Brasília Jurídica, 2004, pág. 206).

A jurisprudência dos tribunais pátrios é no sentido de que:

> *"A idéia noção de desrespeito, de afronta, de vexame, de humilhação, de desprestígio, de irreverência, de grosseira falta de acatamento ao funcionário estão claramente presentes no gesto de quem, à vista de ato legítimo da autoridade, rebela-se, desatende-a e avilta-a" (TACRIM-SP – AC – Rel. Canguçu de Almeida – JUTACRIM-SP 81/254).*
>
> *(Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, volume 2, Parte Especial, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 3994).*

O Desacato se configurou quando o acusado, na presença de outros militares, *"(...) Ao desligar o aparelho, voltou-se para o Oficial-de-Dia, dizendo-lhe, em tom de afronta, que "se quisesse ficaria ao telefone até às 17:00 horas" e, ao receber determinação para recolher-se à cela, disse ao tenente: "o que o senhor vai fazer? O senhor não pode fazer nada. Você é um panaca (...)" (fl. 03).*

No caso, ocorreu o ultraje a superior, com tentativa de enfraquecer-lhe a autoridade.

As testemunhas, Sg. Ary (fls. 186/187) e Sds. Evandro e Alexandre (fls. 188 e 189), afirmaram haver presenciado os fatos, os quais ocorreram exatamente como demonstrado na denúncia. Ou seja, as testemunhas confirmaram terem ouvido o acusado proferir a palavra *"panaca"* dirigida ao ofendido e visto a maneira grosseira para com aquele.

Aliás, a Defesa não negou a acusação; limitou-se a atribuir a atitude do acusado a uma resposta pelos maus tratos e a suposta perseguição sofrida na prisão da Unidade.

As testemunhas da Defesa nada souberam falar, por não haverem presenciado os fatos.

Restou provado nos autos que, além de desacatar o superior, o acusado causou-lhe injúria, cuspindo-o. Vejamos: *"(...) ao se dirigir à cela levantou os braços algemados ameaçando dar um soco no Ten. disse palavras de baixo calão e antes de entrar na cela cuspiu no Tenente (...)" (fl. 188).*

Este fato foi confirmado por todas as testemunhas do MPM. Se se tratasse apenas de excesso de salivação, por acaso respingado no tenente, certamente as testemunhas não falariam em cusparada, nem sequer teriam notado o cuspe atingir o tenente, nem este teria se sentido ofendido. Assim, tem-se como comprovada a injúria pelos depoimentos testemunhais.

Entretanto, como acertadamente decidiu a r. Sentença, o delito de desacato absorve a injúria.

Nesse sentido tem-se o julgado do STF:

> *"(...) No crime de desacato (art. 331 do CP), submete-se, entra, absorve-se o crime de injúria (art. 140 do CP). É que desacatar é ofender a dignidade ou o decoro de funcionário público, no exercício de suas funções, por palavras, gestos, gritos e outros meios. Noutros termos, a injúria é elemento constitutivo*

e conceptual do crime de desacato" (STF – HC – Rel. Firmino Paz – RTJ 106/494). (obra citada, pág. 4003).

Todavia, a Sentença é reformada apenas nos fundamentos que negam o ***sursis***. É que esta Corte tem admitido tal benefício nos delitos de Desacato, apesar da proibição expressa no art. 617 do CPPM. Admite-se a concessão do ***sursis***, uma vez que a vedação não está prevista no CPM (art. 88, inciso II, letra "a"), devendo, assim, prevalecer a Lei Substantiva por ser mais benéfica ao réu.

APELAÇÃO Nº 2004.01.049620-3-RS

IMAGENS OBSCENAS. COMPUTADOR. LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. IMPUTABILIDADE. Militar que produz e mantém, em arquivo de computador instalado em lugar sujeito à Administração Militar, cenas de sexo explícito, imprimindo e guardando panfletos, com textos e imagens obscenas, em seu armário situado no interior do quartel, comete o delito previsto no art. 239 do CPM. Semi-imputabilidade não comprovada. Recurso desprovido. Decisão unânime.

Relator — Min. Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza.

Revisor — Min. Dr. Antonio Carlos de Nogueira.

Apelante — Moacir Karlec, ex-3º Sgt Ex, condenado à pena de 06 meses de detenção, como incurso no art. 239 do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade, fixando-se o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, "ex vi" do art. 33, § 2º, letra "c", do CP.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 11/03/2004.

Advogadob — Dr. Carlos Eduardo Santos Wanderley, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao presente recurso para manter integralmente a Sentença apelada, por seus fáticos e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato Ata da 58ª Sessão, 27.09.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em negar provimento ao presente recurso para manter integralmente a Sentença apelada, por seus fáticos e jurídicos fundamentos.

Brasília, 27 de setembro de 2005. Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Henrique Marini e Souza*, Ministro-Relator — *Antonio Carlos de Nogueira*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O presente recurso de Apelação foi interposto em favor do ex-3º Sargento do Exército MOACIR KARLEC, condenado por Sentença de 11 de março de 2004, do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, à pena de 06 (seis) meses de detenção, como incurso no art. 239 do CPM, com direito de apelar em liberdade, fixando-se o regime prisional aberto para início do cumprimento da sanção, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

A Denúncia oferecida contra o ora Apelante foi lavrada nos seguintes termos (fl. 03):

> *"Consta dos autos do inquérito policial militar nº 49/02, mandado instaurar pelo Comandante do 4º Regimento de Cavalaria Mecanizado – 4º RC Mec, que o ora denunciado, 3º Sgt Cav MOACIR KARLEC, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava o fato de ser responsável pela Sala de Meios do 4º Esquadrão de Fuzileiros Blindados – 4º Esqd Fzo Bdo (documento de fls. 96), passou a usar do seguinte expediente:*

De posse de revistas pornográficas, o denunciado copiou fotos pornográficas e, digitando texto de igual conteúdo obsceno passou a produzir panfletos pornográficos, que eram todos impressos, com auxílio do computador.

Cabe ressaltar que toda esta atividade licenciosa do ora denunciado KARLEC foi realizada no interior do aquartelamento onde serve, o 4º RC Mec, especificamente na Sala de Meios do 4º Esqd Fzo Bdo, com o uso indevido, em horários fora do expediente, do ***microcomputador de propriedade da Fazenda Nacional a seguir identificado:*** *CPU com placa mãe SIS-530; processador K6-II 350 MHZ; 01 (um) pente de memória RAM de 32 MB; 01 (um) Winchester Quantum de 4.0 GB, nº de série – 824915252776; 01 (um) driver de disquete de 1.44.*

Desta forma, o denunciado MOACIR KARLEC, reproduziu textos e fotos pornográficas de sexo explícito em arquivos, conforme registro do computador acima referido, que foram por ele criados e modificados como abaixo de relaciona, durante o ano de 2002.".

Fez referência (fl. 04) a 7 (sete) textos criados e modificados pelo Denunciado, com fotos de sexo explícito.

E concluiu a narração dos fatos na referida Peça Acusatória (fl. 04):

*"Para a comprovação da ação delitiva do Sargento KARLEC, foi procedida a uma perícia técnica no referido microcomputador, cujo laudo elaborado pelos Peritos designados se vê, das folhas 159 '**usque**' 17, dos autos.*

Com seu comportamento, o ora denunciado PRODUZIU, PARA O FIM DE DISTRIBUIÇÃO, imagens e panfletos de caráter obsceno, em lugar sujeito à Administração Militar (a Sala de Meios do 4º Esqd Fzo Bdo, do 4º RC Mec).

Conforme apurou-se nestes autos, o material obsceno produzido destinou-se à distribuição para crianças e adolescentes, nas proximidades de escolas de São Luiz Gonzaga."

Imputou-se ao Denunciado o delito previsto no art. 239 do CPM.

A Denúncia teve por suporte os fatos apurados nos autos de IPM nº 49/02, acostados a partir de fl. 07, e foi recebida em 19 de novembro de 2002 (fl. 256).

Extrai-se do interrogatório em Juízo (fls. 272/274), os seguintes trechos:

"... Que utilizou um computador 486 do Esquadrão, mas este foi adquirido pelos integrantes do mesmo, por rateio; Que para a finalidade descrita na denúncia, o interrogando usou o equipamento por várias vezes, não se recordando quantas, mas pode dizer que foram mais de cinco vezes; Que o equipamento ficava instalado na Sala de Meios do Esquadrão; Que o interrogando não tinha equipamento de informática em sua residência; Que digitou e imprimiu os textos e fotos pornográficos devido ao acúmulo de trabalho que tinha em sua Unidade e tal fato serviu como uma 'válvula de escape' para aliviar seus problemas de ordem particular; Que a impressora utilizada pelo interrogando para imprimir os panfletos também foi adquirida pelos integrantes do Esquadrão, por cotas; Que o papel para a impressão e a tinta da impressora foram adquiridas pelo interrogando; Que sempre digitava os textos quando terminava suas missões; Que na primeira vez em que utilizou o equipamento de informática para os fins narrados na denúncia encontrava-se de serviço, mas nas outras vezes o interrogando não se recorda; Que o interrogando tinha acesso autorizado ao computador que utilizou; Que normalmente exercia suas funções utilizando-o; Que o interrogando trabalhava em uma subseção de apoio à 3.ª Seção e era um dos responsáveis pela instrução dos soldados; (...) Que, ao contrário do que narram os autos, o interrogando não distribuiu os panfletos em porta de escola, embora o tenha feito na cidade, na rua; Que fez a distribuição porque passava por problemas com sua esposa, que estava sempre reclamando de falta de atenção por parte do interrogando; Que sua esposa ameaçou deixá-lo e certo dia foi embora; Que foi neste dia que o interrogando 'perdeu a cabeça' e saiu para distribuir os panfletos; Que distribuiu os panfletos em outras ocasiões, não se recordando quantas vezes, só parando quando sua esposa retornou; Que sempre fez a distribuição dos panfletos a partir de seu carro, sem mais ninguém e afirma novamente que em nenhuma ocasião distribuiu os textos em portas de escolas; Que o seu automóvel é o que consta por foto às fls. 107 e é o mesmo que foi utilizado pelo depoente para distribuição dos panfletos; Que das fotos juntadas às fls. 20/56, reconhece como sendo as que foram pro-

duzidas e impressas pelo interrogando em sua Unidade Militar, com exceção das de fls. 21, 30, 36, 44 e 56; Que a confissão que fez por ocasião do IPM, constante às fls. 15 dos autos, ocorreu quando o interrogando estava muito nervoso, e não se recorda daquele dia, mas pode dizer que não houve coação; (...) Que à época em que praticou os fatos narrados na denúncia, o depoente encontrava-se com stress e entrou em depressão; Que inclusive seus companheiros de farda chamavam atenção deste fato; Que pensou em procurar um psicólogo, à época, mas não consultou pois teria que se deslocar até Santiago; Que em sua Unidade apenas conversava sobre seus problemas particulares com o Subtenente Lauser; Que antes dos fatos narrados na denúncia nunca havia procurado material pornográfico; Que o computador utilizado pelo interrogando não se encontrava conectado à rede; (...) Que o equipamento servia para digitação de Planos de Seção, QTS, Partes diversas, Qualidade Total e apoio a outras seções; Que o interrogando tinha uma senha para a utilização do equipamento e quando outros sargentos ou oficiais necessitavam utilizá-lo, o interrogando fornecia a senha; Que não havia autorização para uso do equipamento para fins particulares; ...".

O 3º Sgt do Exército LEANDRO SIDNEY SCHEMEING, servindo na mesma Unidade do Acusado, inquirido como testemunha de Acusação (fls. 291/292), afirmou que tomou conhecimento da ocorrência através de sua esposa, a qual, determinado dia, quando brincava com as crianças na calçada *"...viu um elemento passar de carro jogando panfletos na calçada, panfletos estes que conteriam material pornográfico; que também uma vizinha recolheu tais panfletos e os mostrou à esposa do depoente; Que esta vizinha referiu à esposa do depoente que iria à delegacia prestar queixa; Que um ex-soldado do Regimento, Borba, reconheceu o elemento que lançava os panfletos como sendo o ora acusado, o que se deu no dia seguinte; ...".*

Também foi inquirido como testemunha numerária o Capitão CARLOS ALBERTO KLINGUELFUS MENDES (fls. 315/316), esclarecendo que, ao tomar conhecimento dos fatos, questionou o ora Apelante, tendo o mesmo confessado chorando ser o autor dos panfletos, confeccionados no computador da Sala de Meios do 4º Esqd Fzo Bld; que o Acusado indicou o endereço eletrônico, permitindo acesso às imagens; que o mesmo guardava o material impresso em seu armário; etc.

Inquirido como testemunha de defesa, pouco ou quase nada esclareceu o 1º Tenente LUCIANO FACCIONI SALAMON, apesar de estar respondendo pelo comando do 4º Esquadrão do 4º RCB, a que pertencia o Acusado.

De igual modo, foram pobres os depoimentos das demais testemunhas inquiridas às fls. 364/365 e 354/356, estas últimas, por meio de Carta Precatória.

Através do Ofício de fl. 384, esclareceu o Comando do 4º RCB que o computador utilizado pelo Acusado fora adquirido através de cotização dos integrantes da Subunidade, visando melhorar a qualidade do trabalho, destinando-se à preparação dos documentos de instrução do Esquadrão.

A pedido da Defesa, instaurou-se Incidente de Insanidade Mental, cujo Laudo Psiquiátrico encontra-se às fls. 435/439.

Em Alegações Finais Escritas (fls. 445/448), requereu o Órgão Ministerial a condenação do Acusado como incurso no art. 239, *caput*, com aplicação do disposto no art. 48, parágrafo único, ambos do CPM.

Por seu turno, nessa mesma fase processual, postulou a Defesa a absolvição do Acusado (fls. 450/455), alegando atipicidade de conduta, ou, se assim não entendesse o Colegiado, que reconhecesse a existência de estado de necessidade esculpante (art. 39 do CPM), ou, ainda, a incidência do disposto no art. 48, parágrafo único, do CPM, para reduzir a pena a ser aplicada, sem imposição de medida de segurança..

Através da Mensagem de fl. 460, o Comando do 4º RCB comunicou ao Juízo que o ora Apelante fora licenciado em 27 de novembro de 2003, por término de tempo de serviço e por não haver obtido parecer favorável para reengajamento.

Em sessão de julgamento realizada no dia 11 de março de 2004, decidiu o Colegiado *a quo* (fls. 467/480), por unanimidade de votos, julgar procedente a Denúncia e condenar o Acusado à pena de 6 (seis) meses de detenção como incurso no art. 239 do CPM, em regime prisional "aberto", concedendo-lhe, por maioria (3x2), o benefício do SURSIS, pelo prazo de 2 (dois) anos, sob as condições ali elencadas, com o direito de apelar em liberdade.

A leitura da Sentença ocorreu no dia 18 de março de 2004 (fl. 481), ficando as Partes intimadas de seu inteiro teor. O presente recurso foi apresentado perante o Juízo *a quo* (fl. 483) no dia 22 imediatamente posterior.

Argumenta o ilustre representante da Defensoria Pública da União, em suas razões recursais (fls. 486/493), em síntese, os seguintes tópicos:

I – NULIDADE DA SENTENÇA.

Aduz que a Sentença apelada coteja elementos extra-autos relacionados à distribuição de panfletos fora da área do quartel, o que não constitui delito sujeito à esfera Castrense, mesmo porque o Apelante já vem cumprindo as sanções impostas na Justiça Estadual, o que, a rigor, enseja *bis in idem*.

II – DA NÃO-CONFIGURAÇÃO DO DELITO IMPUTADO.

Sustenta que a conduta do Apelante não se amolda a qualquer das elementares do art. 239 do CPM, pois as testemunhas inquiridas em Juízo afirmaram que não houve distribuição de panfletos no interior do quartel e que o mesmo não poderia ser punido pela guarda, no computador, do material questionado, em pasta de arquivo pessoal protegida por senha, não havendo, portanto, violação aos princípios de hierarquia e disciplina.

III – DA EXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE (ART. 39 DO CPM).

Argumenta a Defesa, com base no Laudo Psiquiátrico (fl. 438-item 5) constante do Incidente de Insanidade Mental instaurado, que o Apelante era casado, dedicado à sua esposa e, por sofrer de disfunção erétil, não conseguia satisfazê-la sexualmente, o que o levou a procurar por material pornográfico. O temor da ruptura conjugal induziu-o a assim proceder, em estado de necessidade exculpante.

IV – DA INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 48, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPM.

Por derradeiro, caso desacolhido o pedido de absolvição, pelas várias razões já expostas, requer a aplicação do disposto no art. 48, parágrafo único, do CPM, de modo a diminuir a pena aplicada, tendo em vista haver sido considerado semi-imputável, conforme o Laudo Psiquiátrico de fls. 435/439, tornando-se desnecessária qualquer medida de segurança..

Em suas contra-razões recursais (fls. 496/503), repele o Órgão Ministerial as questões aventadas em favor do Apelante, as quais enfrentou, de forma distinta, precisa e juridicamente fundamentada, pugnando, finalmente, pelo desprovimento do recurso interposto.

Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou o ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, pelo substancioso parecer de fls. 510/514, opinando pelo desprovimento do recurso interposto, de modo a confirmar o decreto condenatório apelado.

Foi oferecida oportunidade para a Defensoria Pública da União se manifestar nos autos, sendo intimada, na pessoa de seu representante legal, de que este feito foi colocado em mesa para julgamento.

Assim relatado, passou o Tribunal à decisão.

VOTO

Evidencie-se, num primeiro momento, que o presente recurso foi interposto no prazo legal e atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

O caso vertente, de singular natureza ante os recursos que aqui são julgados, traz, como prova circunstancial, além do computador (CPU) utilizado, inúmeras fotos, panfletos e cópias de cenas de sexo explícito, mostrando, de corpo inteiro, os protagonistas dessa prática abjeta.

Passou o Tribunal a analisar, de maneira individualizada, os argumentos expendidos em favor do Apelante, constantes das razões recursais de fls. 486/493.

I – NULIDADE DA SENTENÇA.

Primeiramente, invoca o Apelante a nulidade da sentença recorrida, que teria como fundamento fatos relacionados à distribuição de panfletos fora da área do quartel.

É certo que tais fatos foram ventilados no corpo do decisório, mesmo porque as investigações preliminares tiveram, como mola impulsora, as notícias que circulavam no local, envolvendo inclusive algumas famílias de militares, como foi o caso dos graduados arrolados pelo Órgão da Acusação.

Todavia, o cerne da questão, no que pertine ao delito em questão, conforme exaustivamente enfrentado na motivação do decreto condenatório, diz respeito à utilização do computador em uso no quartel.

Não procede, portanto, tal argumento simplista.

II – DA NÃO-CONFIGURAÇÃO DO DELITO IMPUTADO.

A Sentença apelada enfrentou, satisfatoriamente, a autoria e materialidade do delito imputado ao ora apelante, especialmente no núcleo da elementar relacionada a "ter em depósito" os panfletos pornográficos em lugar sujeito à administração militar.

Efetivamente, tal circunstância restou demonstrada, não só pela confissão do Acusado, mas, também, pela prova testemunhal contida nos autos.

Esclareceu o Capitão CARLOS ALBERTO KLINGUELFUS MENDES (fl. 316) que o ora Apelante *"... revelou que guardava material impresso em seu armário no alojamento de sargentos; ..."*. Confessou o mesmo (fl. 273), *in verbis*, *"...Que os textos impressos foram guardados por alguns dias em seu armário na Unidade; ..."*.

O delito estereotipado no art. 239 do Código Penal Militar descreve várias formas de ação como elementares do tipo. Dentre essas, produzir e ter em depósito, para fim de distribuição ou exibição, imagens ou qualquer outro objeto de caráter obsceno, em lugar sujeito à administração militar.

E foi o que aconteceu no caso vertente, quando o ora Apelante, além de armazenar as imagens e os textos encontrados na memória do computador instalado na Subunidade, fez reprodução, através de impressora ao mesmo acoplada, dos referidos textos e imagens, tendo guardado parte desses impressos no armário situado no interior do quartel, e parte lançado pela janela de seu automóvel nas ruas da cidade de São Luiz Gonzaga, inclusive próximo à Escola Senador Pinheiro, como consta dos depoimentos prestados em Juízo, através de Carta Precatória, pelas testemunhas, mães de adolescentes, constantes das assentadas de fls. 354/356.

Assim, de igual modo, também se mostra improcedente tal argumento.

III – DA EXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE (ART. 39 DO CPM).

Admitir-se que o procedimento adotado pelo ora Apelante, nas circunstâncias que repugna até mesmo repetir, tenha ocorrido diante de situação aflitiva, compelido para proteger seu casamento ameaçado de ruptura, como conseqüência de sua disfunção erétil, ofende até mesmo o mais ingênuo e pueril juízo de valores e de senso crítico.

Sem mais delongas, não pode prosperar tal argumento.

E, finalmente,

IV – DA INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 48, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPM.

Deixou o Colegiado *a quo* de fazer incidir no *quantum* da sanção aplicada a redução facultativa a que alude o art. 48, parágrafo único, do CPM, espelhando-se em entendimentos jurisprudenciais desta Corte acerca da matéria, especialmente no que diz respeito a tratar-se de ***atenuante genérica***, que não pode reduzir a medida repressiva abaixo dos limites da pena cominada ao crime, nos termos do art. 73 do CPM, fazendo referência (fl. 478) à Decisão proferida por este Tribunal nos autos da Apelação nº 2000.01.048631-5/RJ, que teve como Relator o eminente Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apesar de reconhecer que a matéria não se encontra pacificada na jurisprudência deste Pretório Castrense, no caso em tela uma questão merece ser pontuada. Trata-se da sanção justa a que alude o art. 77 do CPM. Ao fundamentar a pena aplicada ao Acusado, o Conselho julgador de primeira instância, pela análise inclusive das circunstâncias judiciais a que se refere o art. 69 do CPM, entendeu descabida tal redução facultativa.

Efetivamente, além de não estar o juiz adstrito ao laudo (art. 326 do CPPM), deve-se levar em conta que o Laudo Psiquiátrico de fls. 435/439, proferido em 17 de dezembro de 2003, afirma, em resposta ao quesito "6", categoricamente, que o réu, entre os meses de maio a agosto de 2002, teve diminuída sua capacidade de entender o ilícito, sem nenhuma motivação plausível e convincente que justificasse tal afirmação. Recorde-se ainda que em resposta ao quesito "5", afirma o mesmo laudo que o ora Apelante possuía capacidade de entender o caráter ilícito de seus atos. Tais respostas revelam-se de certa forma contraditórias, o que implica em aceitação desse Laudo com as reservas e cautelas necessárias.

DESERÇÃO. *SOLDADO DO EXÉRCITO. LEI Nº 10.259/2001. INAPLICABILIDADE À JUSTIÇA MILITAR. RÉU CONDENADO NA INSTÂNCIA "A QUO". MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA.* *1. A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, restringiu sua aplicação aos processos de competência da Justiça Federal. Assim sendo, por óbvio, a norma prevista na referida lei não afeta os feitos em trâmite na Justiça Militar. Além do mais, conforme é de sabença geral, a Lei nº 10.259/2001 é congênere à Lei nº 9.099/95 e os efeitos desta não se aplicam à Justiça Castrense, nos termos da Lei nº 9.839/99 e da Jurisprudência pacífica desta Corte, consubstanciada na Súmula nº 9. 2. Restando caracterizado, provado e confessado o crime de deserção, inexistindo, em favor do Réu, qualquer causa excludente de culpabilidade, não há que se falar em absolvição. Rejeitada a preliminar suscitada pela Defesa, por falta de amparo legal e, no mérito, negado provimento ao apelo. Decisão unânime.*

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

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — Fábio Soares Vasques Rodrigues, Sd Ex, condenado à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 187, c/c o art. 72, inciso I, ambos do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 03/05/2004.

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

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defesa, por falta de amparo legal e, **no mérito**, negou provimento ao apelo para manter a Sentença **a quo.**

Presidência do Ministro General-de-Exército Expedito Hermes Rego Miranda. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana

Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Ausente, justificadamente, o Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. (Extrato da Ata da 24ª Sessão, 28.04.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, na forma do Voto do Relator, rejeitar a preliminar suscitada pela Defesa, por falta de amparo legal e, no mérito, também por unanimidade, negar provimento ao apelo da Defesa, para manter a Sentença ***"a quo"***.

Brasília, 28 de abril de 2005. Gen Ex *Expedito Hermes Rego Miranda*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*, Ministro-Relator — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Verifica-se que o Representante do Ministério Público Militar junto à 2ª Auditoria da 2ª CJM ofereceu denúncia contra o Soldado do Exército FÁBIO SOARES VASQUES RODRIGUES, já qualificado nos autos, como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar (fls. 02/03).

A Exordial Acusatória foi recebida em 23 de março de 2004 (fls. 47), sendo o Réu regularmente citado (fls. 57).

Foram juntados ao processo os seguintes documentos instrutórios:

– Parte de Ausência ..... fl. 30;

– Parte de Deserção ..... fl. 20;

– Inventário de Bens ..... fls. 21/23;

– Termo de Deserção ..... fl. 04;

– Publicações em Boletim Interno da Unidade..... fls. 05/06 e 26/27;

– Folhas de Alterações ..... fls. 07/10.

Consta da Parte de Deserção que o Soldado VASQUES faltou ao 4º Batalhão de Infantaria Blindado (Osasco-SP), sem autorização, desde a formatura matinal de 09 de setembro de 2003, vindo a consumar o crime do artigo 187 do CPM, no dia 18 seguinte (fl. 20).

O respectivo Termo de Deserção foi publicado no Boletim Interno de fls. 06, sendo o militar excluído do efetivo do 4º BIB a contar de 18 de setembro de 2003 (fls. 05 e 09).

As Folhas de Alterações do Acusado registram os dados abaixo:

– nascido em 1º de julho de 1984;

– praça de 1º de março de 2003;

– sofreu uma punição disciplinar por faltar injustificadamente ao quartel;

– ao tempo da deserção estava classificado no comportamento **"BOM"**.

O Desertor apresentou-se voluntariamente à sua Unidade em 1º de março de 2004, ou seja, 05 meses e 13 dias após a consumação do delito. Na mesma data foi recolhido à prisão (fls. 36/37).

Submetido à inspeção de saúde e considerado "APTO" (fl. 43), foi o Desertor reincluído às fileiras do Exército (fl. 44).

Qualificado e interrogado pelo Conselho, o Sd VASQUES admitiu como verdadeira a acusação que lhe atribui a denúncia, acrescentando que abandonou o quartel porque teria sido ameaçado de morte por um indivíduo de codinome "Cabeça", indo esconder-se na casa de uma tia na Cidade de Cerquilho-SP, somente retornando a Osasco depois de receber a notícia de que o tal "Cabeça" havia sido preso por policiais da Delegacia da Cidade de Jandira-SP (fls. 61/63).

Visando perquirir a veracidade do que dissera o Sd VASQUES, foi expedido pelo Juízo um ofício ao Delegado de Polícia de Jandira-SP, solicitando àquela autoridade que informasse à 2ª Auditoria da 2ª CJM ***"se algum elemento cuja alcunha seja "Cabeça""***, tinha sido preso no período compreendido entre setembro de 2003 e março de 2004 (fls. 71), tendo obtido resposta negativa (fls. 88).

O Acusado não possui antecedentes criminais (fls. 74 e 80).

Às fls. 93, Certidão do sorteio e compromisso do Conselho julgador.

Por força do que dispõe o artigo 453 do CPPM, foi expedido Alvará de Soltura em favor do Desertor, o qual foi devidamente cumprido em 29 de abril de 2004 (fl. 111).

Na condição de testemunhas de defesa foram inquiridos a Sra. ELIETE SOARES VASQUES e os Srs. JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS e ANDERSON SOARES VASQUES GARCIA, respectivamente, mãe, padrasto e primo do Acusado, nada dizendo que pudesse exculpar o Sd VASQUES do crime a ele atribuído na Inicial (fls. 103/109). Aliás, a Sra. ELIETE disse que por ser funcionária da Junta do Serviço Militar, sabia de todos os problemas que a ausência de seu filho lhe acarretaria. Mesmo assim, disse ***"que o aconselhou a ir passar uns tempos na casa de uma tia que morava em outra cidade... ."***.

A Ata da Sessão de Julgamento encontra-se às fls. 114/116.

Em Sentença de fls. 118/123, decidiu o CPJ, por unanimidade de votos, julgar procedente a denúncia e condenar o Sd Ex FÁBIO SOARES VASQUES RODRIGUES à pena definitiva de 06 (seis) meses de prisão, mínimo previsto no artigo 187, c/c o artigo 59, computando-se o tempo de **detração penal**, na forma do artigo 67, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade, nos termos do artigo 527 do CPPM.

Referida decisão foi lida em Sessão realizada no dia 04 de maio de 2004, presentes o condenado e a Defesa, ausente justificadamente o Representante do MPM (fl. 124).

Às fls. 130, Certidão de **trânsito em julgado** do ***"Decisum"*** para o Ministério Público Militar.

Inconformada com a decisão condenatória, tempestivamente, a Defensoria Pública da União interpôs o presente recurso (fl. 131).

Em suas Razões, requer a DPU, **preliminarmente**, seja aplicado, ao caso concreto, o que estabelece o artigo 2º, ***"caput"***, da Lei nº 10.259/01 e seu parágrafo único, relativamente à **suspensão condicional do processo**.

No **mérito**, requer a Defesa a absolvição do Sd VASQUES pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta e/ou pela excludente do estado de necessidade referido no artigo 39 do CPM, ou, alternativamente, que seja reconhecido em favor do Desertor o benefício do ***"SURSIS"*** (fls. 134/151).

Contra-arrazoando a DPU, pugna o MPM pela manutenção da Sentença apelada (fls. 154/156).

Nesta Instância, a Diretoria Judiciária certificou NADA existir registrado em relação ao Apelante (fl. 161).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 166/172, da lavra da Vice-Procuradora-Geral, Dra. ADRIANA LORANDI, opina pela rejeição da **preliminar** e, no **mérito**, pelo improvimento do apelo da Defesa.

Por tratar-se de Réu assistido pela DPU, foi determinada a intimação pessoal do Representante da Defensoria Pública-Geral da União, junto a esta Corte, de que o processo foi posto em mesa para julgamento (fl. 177V).

ISTO POSTO

Passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Não merece acolhida a **preliminar** suscitada pela Defensoria Pública da União a respeito da aplicação, ao caso concreto, do que prescreve o artigo 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 (que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal).

Estabelece o precitado artigo 2º, **IN VERBIS:**

> *"Art. 2º – Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.*
>
> ***Parágrafo Único.*** *Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.".*

Ressalte-se, por oportuno, que a própria Lei nº 10.259/2001 restringiu sua aplicação, apenas, aos processos de competência da Justiça Federal.

Percebe-se, de plano, que a Lei nº 10.259/2001 incorporou em seu texto as regras já contidas na Lei nº 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça comum.

Assim sendo, por óbvio, a norma prevista na referida lei não afeta os feitos em trâmite na Justiça Militar.

Isto porque, como é sabido, a Lei nº 10.259/2001 é congênere à Lei nº 9.099/1995 e os efeitos desta não se aplicam à Justiça Militar, conforme estabelece a Lei nº 9.839/1999 e a Jurisprudência pacífica deste Tribunal, consubstanciada na Súmula nº 9.

Não se diga que há ofensa ao princípio constitucional da **isonomia** ao não se considerar na Justiça Militar os termos da Lei nº 10.259/2001. É que a isonomia referida na Constituição Federal pressupõe tratamento igual aos iguais, devendo ser considerada quando o bem jurídico tutelado atingir igualmente todos aqueles subordinados a uma determinada norma legal.

Portanto, para que se receba tratamento isonômico, necessário se torna que os sujeitos passivos da relação processual estejam submetidos à mesma lei.

No caso específico da Justiça Militar, dada sua reconhecida especialização, com ordenamento jurídico próprio, não é razoável que se dê aos seus jurisdicionados, processados por crimes militares capitulados no Código Penal Militar, o mesmo tratamento previsto para aqueles processados e julgados pela Justiça Federal por infrações previstas no Código Penal Brasileiro.

Em suma: caso se admitisse a aplicação do que estabelece a Lei nº 10.259/2001 aos crimes de competência da Justiça Castrense, estar-se-ia **tratando igualmente os desiguais**, uma vez que a referida norma destina-se, unicamente, àqueles que cometerem quaisquer dos delitos previstos no CPB nas condições ali especificadas, desde que o crime seja de competência da Justiça Federal.

Relativamente ao pedido da Defesa para que esta Corte se manifeste sobre a aplicação, ao caso ***"Sub examine"***, do que estabelecem o artigo 5º, incisos XL, LIV e LV e artigo 98, inciso I, ambos da Constituição Federal, deixamos de considerá-lo, nesta assentada, uma vez que caberia à Defensoria Pública, em suas razões recursais, ter demonstrado, **de modo expresso**, em quais pontos a sentença hostilizada violou esses dispositivos constitucionais. Como tal providência não foi adotada pela subscritora das Razões de Apelação, torna-se impossível a este Tribunal enfrentar a ***"Quaestio"***.

No **mérito**, o crime atribuído ao Soldado do Exército FÁBIO SOARES VASQUES RODRIGUES restou caracterizado, provado e confessado, inexistindo, em seu favor, qualquer causa excludente de culpabilidade e/ou de ilicitude.

Contrariamente ao que sustenta a DPU, não há que se falar em atipicidade da conduta do ora Apelante diante do crime a ele atribuído na Denúncia.

É que comprovada a ausência do militar ao quartel, sem autorização, por prazo superior a 08 (oito) dias, tal conduta se subsume ao tipo penal do artigo 187 do CPM. É o caso dos autos.

De igual modo, não tem razão a Defesa quando alega o **estado de necessidade** do réu, por **inexigibilidade de conduta diversa**, diante das circunstâncias, pelo fato de, à época, estar sentindo-se ameaçado e que, por isso, *"... não viu alternativa, entendendo que o melhor a fazer, para salvar sua vida, era mudar-se para outra cidade, até mesmo porque, consoante restou comprovado, o bairro em que morava era extremamente perigoso e o marginal que o ameaçara, segundo informações obtidas pelo réu junto à vizinhança, era capaz de cumprir a ameaça feita... ."*.

Tivesse o Sd VASQUES, ao invés de ter abandonado o quartel por sua conta e risco, como de fato o fez, levado o fato a seus superiores hierárquicos ou passado a residir no alojamento de cabos e soldados de sua Subunidade, por certo não estaria respondendo a este processo. A propósito, o Acusado sabia dessa possibilidade, tanto que ao ser interrogado pelo Conselho, disse textualmente: ***"... que não ocorreu ao interrogando ficar como "laranjeira", de tal forma que pudesse proteger-se do "Cabeça"... ."*** (fl. 62).

De ressaltar, por oportuno, que o ***"Quantum"*** da pena aplicada ao ora Apelante está dentro dos parâmetros utilizados por este Tribunal, tratando-se de réu menor, primário, classificado no comportamento "BOM" e que se apresentou voluntariamente.

Por derradeiro, não tem amparo legal o pedido da Defesa para que se conceda ao Desertor o benefício da **suspensão condicional da execução da pena**, ante a vedação prevista nos artigos 88, inciso II, alínea "a", ***"in fine"***, do CPM, e 617, inciso II, alínea "a", parte final, do CPPM.

Apelação - Latrocínio – Inocorrência. *Agente que pratica assalto à mão armada e subtrai veículo e arma pertencentes à Administração Militar e, ao desconfiar que uma das vítimas era "policial", resolve eliminá-la, sem molestar o outro militar. A tentativa de homicídio contra um dos militares não buscava assegurar a impunidade do agente, nem mesmo para consumar a prática do roubo já perpetrado. Concurso material (art. 79, CPM). Mantida a sentença* ***a quo*** *que condenou o réu à pena de 12 (doze) anos de reclusão. Decisão por maioria de votos.*

Relator — Min. Gen Ex Expedito Hermes Rego Miranda.

Revisor e Relator

para o Acórdão — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — Rodrigo Teixeira da Silva, civil, condenado à pena de 12 anos de reclusão, como incurso nos arts. 242, § 2º, incisos I e II, e 205, § 2º, inciso II, c/c o art. 30, inciso II, tudo do CPM, sendo fixado o regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, do CP.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 09.08.2004.

Advogado — Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao apelo da Defesa, mantendo inalterada a Sentença hostilizada. Os Ministros EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA (Relator), HENRIQUE MARINI E SOUZA e ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES davam provimento parcial ao apelo defensivo para, mantendo a condenação, desclassificar os delitos imputados ao Recorrente para o do art. 242, § 3º, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM, aplicando-lhe a pena de 10 anos de reclusão e fixando o regime fechado para o início do cumprimento da pena, na forma do art. 33, § 2º, alínea "a", do CP, c/c o art. 110 da Lei nº 7.210/84. Impedido o Ministro FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE. Relator para o Acórdão Ministro CAR-

LOS ALBERTO MARQUES SOARES (Revisor). O Ministro Relator fará voto vencido. Presidência do Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Marcus Herndl, Expedito Hermes Rego Miranda, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Ausente, justificadamente, o Ministro José Julio Pedrosa. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 8ª Sessão, 01.03.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso da Defesa para manter a sentença de primeira instância que condenou o civil Rodrigo Teixeira da Silva à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tendo para tanto, fixado a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em face do contido no artigo 69 do Código Penal Militar, reduzindo-se a mesma de 1/3 (um terço), devido ao disposto no inciso I, do artigo 72 do mesmo diploma legal, resultando em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a qual é aumentada da metade, por força dos incisos I e II, do § 2º do artigo 242 do Código Penal Militar. E, ainda, manter o ***decisum*** que condenou o apelante como incurso no artigo 205, § 2º, inciso II, combinado com o artigo 30, inciso II, ambos da lei substantiva castrense, fixando a pena-base em 20 (vinte) anos de reclusão, com base no artigo 69 do Código Penal Militar, atenuada de 1/3 (um terço), em razão da menoridade do acusado, prevista no artigo 72, inciso I, do mesmo ***Codex***, perfazendo a pena de 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, diminuída, ainda, da metade, por força do artigo 30, inciso II, ambos do estatuto repressivo penal castrense, totalizando a pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

As penas aplicadas ao acusado, em face da regra contida no artigo 79 do Código Penal Militar, são unificadas, resultando na pena final de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, como se vê o artigo 33, § 2º, do Código Penal, sem o direito do benefício

do ***sursis***, ante a vedação legal ínsita no artigo 84 da lei substantiva castrense. Negado, ainda, o direito de recorrer em liberdade, por permanecerem os requisitos da prisão preventiva, contidos nos artigos 254, alíneas "a" e "b", combinado com o artigo 255, letras "c" e "d", ambos do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 1º de março de 2005 — *Dr Antonio Carlos de Nogueira*, Presidindo o julgamento — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Revisor e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Defensoria Pública da União interpôs, tempestivamente, recurso de apelação contra a sentença de primeira instância que condenou o civil Rodrigo Teixeira da Silva à pena de 12 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 2º, incisos I e II, e no art. 205, § 2º, inciso II, c/c o art. 30, inciso II, tudo do CPM, sendo fixado o regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, do CP.

O Diretor-Geral do Departamento de Controle do Espaço Aéreo, por requisição do MPM, determinou, mediante Portaria nº 6/SIJ/R, de 19 de maio de 2003, a instauração de IPM, sob o nº 083/03 (fl. 6), cuja solução foi no sentido de que os fatos apurados constituíam, em tese, crime militar (fl. 56).

A denúncia, recebida no dia 6 de fevereiro de 2004, imputou ao acusado a prática delituosa a seguir:

> *"Conforme informação nos autos, no dia 15.abr.2003, por volta das 20:00 horas, o CB. AER. Rogério Lima Braga, quando em serviço, conduzindo o veículo vectra DCX 3927 de propriedade do Chefe do SDOP – Aeronáutica, tendo por destino a Vila dos Oficiais da Aeronáutica, e por acompanhante o Taifeiro Marcelo Henrique Freire de Oliveira, foi abordado por veículo marca Volkswagen – Modelo Kombi, aparentando ser veículo de transporte alternativo, do qual desceram quatro homens com armas em punho anunciando o roubo do veículo.*
>
> *Com seu veículo parado e já na posse dos assaltantes, o militar foi revistado, tendo sido encontrada sua arma Beretta – 9 mm, de propriedade da Aeronáutica, conforme documento às fls. 104 e laudo às fls. 85/86, momento em que os assaltantes determinaram a morte do militar pelo fato de entenderem que o mesmo era policial.*

Ato contínuo o denunciado utilizando sua arma efetuou um disparo contra o rosto do militar, o qual atirou-se ao chão e fingiu estar morto, após o que os assaltantes se evadiram do local.

No dia 24 do mesmo mês o militar tomou conhecimento de que uma quadrilha foi presa com armas calibre 9 mm, tendo então comparecido à 41ª DP para verificar se a arma apreendida era a sua, pois os assaltantes também eram ladrões de carro.

Na referida delegacia reconheceu a arma em razão de detalhes próprios do armamento, bem como reconheceu o denunciado como o autor do roubo e do disparo contra a sua vida.

A conduta do denunciado configura o crime de roubo, definido no art. 242, § 2º do CPM, subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante emprego ou ameaça de emprego de violência contra pessoa, em concurso de pessoas e com emprego de arma, cuja pena é de reclusão de quatro a quinze anos, acrescida de um terço até metade, bem como configura o crime de tentativa de homicídio, definido no art. 205, § 2º, c/c 30, II, do CPM, cuja pena é de reclusão de doze a trinta anos, diminuída de um a dois terços por tratar-se de tentativa." (fls. 2/3).

No mesmo despacho de recebimento da exordial, no dia 6 de fevereiro de 2004, foi decretada a prisão preventiva do civil Rodrigo Teixeira da Silva, com fulcro no art. 254, letras "a" e "b", c/c o art. 255, alíneas "a", "b", "c" e "d", tudo do CPPM (fls. 121/122).

Qualificado e interrogado, o acusado declarou que nada sabia acerca das acusações ora lhe imputadas. Tinha como comprovar que, no dia do assalto, estava em sua residência. Viu o veículo descrito na denúncia na Cidade de Deus. E que, quando foi preso em flagrante, portava uma pistola 380 e não a arma Beretta 9 mm (fls. 135/137).

As oitivas do ofendido, Cb Aer Rogério Lima Braga, e da testemunha de acusação, 3º Sgt Marcelo Henrique Freire de Oliveira, foram realizadas na mesma data, como se vê às fls. 138/139 e 140/141, respectivamente.

A Defesa, por sua vez, arrolou como testemunhas Maria de Fátima Teixeira da Silva, Glaciene da Silva Arruda e Rosana Santos da Silva, que foram ouvidas na mesma assentada, como se vê às fls. 165/168. Na ocasião, apresentou duas testemunhas referidas, Delcio Mattos de Souza e Viviane Mendes, ouvidos às fls. 179/181.

Em alegações escritas, o MPM pleiteou a condenação do acusado como incurso no art. 242, § 2º, incisos I e II e, na modalidade tentada no art. 205, § 2º, inciso II, c/c o art. 53, ambos na forma do art. 79, 1ª parte, tudo do CPM (concurso de crimes). E, em vista da intensidade do dolo, da gravidade do crime, do motivo determinante, da vida pregressa do acusado e de sua atitude de insensibilidade, requereu a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, bem como a aplicação da atenuante da tentativa de 2/3 (dois terços) (fls. 232/234).

A Defesa, por sua vez, postulou a absolvição do acusado por insuficiência de provas, pois somente o ofendido declarou reconhecer o civil Rodrigo, e também porque não houve prova evidente que a arma apreendida fosse de propriedade da União. Em caso de condenação, que fosse aplicada a pena no seu mínimo legal (fls. 236/237).

Em sessão, as partes reiteraram o contido em suas alegações escritas. Em réplica e tréplica, não houve acréscimo de matéria de fato ou de direito.

Constam dos presentes autos: - a documentação remetida ao Encarregado do IPM (fls. 22 a 37v), em atendimento a seu pedido, pela 16ª Delegacia Policial – Barra da Tijuca, onde constam os reconhecimentos pelo Cb Aer ROGÉRIO LIMA BRAGA da Pistola 9mm do COMAER, que lhe fora subtraída, e de RODRIGO, conhecido por "DRIGUINHO", como sendo o elemento que o abordara, revistara e atirara contra ele (fls. 27 a 29); - o Auto de Apreensão da Pistola Beretta 9mm (fls. 67 e 68); - o Laudo de Exame em Armas de Fogo (Revólver e Pistolas) nº 1451383, de 26.05.03, passado pelo Instituto de Criminalística CARLOS ÉBOLI (fls. 88 e 89); - o documento comprobatório da propriedade da Pistola Beretta MAO 1290, como sendo do COMAER (fl. 107).

Foram encaminhados ao Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM os seguintes registros criminais do acusado:

- Em 16.03.04, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Jacarepaguá, Comarca da Capital, informou que consta, naquele Juízo, contra RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA o Processo nº 2003.203.4205-0, originado do Inquérito Policial nº 1520/03, de 22.04.03, da 41ª DP, como incurso nos arts. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70; no art. 157, § 3º, segunda parte, por duas vezes; e art. 288, Parágrafo único, na forma do art. 69, todos do CP, estando o Processo em fase de sumário de acusação (fl. 164);

- Em 24.03.04, o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Jacarepaguá informou a existência dos seguintes Processos em que figura, como acusado, RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA: - 2003.203.003929-3, oriundo do Flagrante 1598/03, da 41ª DP, artigos 180, 146, 148 e 288, parágrafo único, todos do CP e 10, parágrafo 2º, da Lei 9 437/97, na forma do art. 69 do CP, em fase de alegações; - e 2003.203.012274-3, oriundo do Inquérito 1465/2003, da 41ª Delegacia Policial, artigo 157, § 2º, I e II, do CP, em realização de provas da defesa (fl. 162).

Quanto aos dois últimos registros, o Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM, pelo Ofício nº 415, de 31 de março de 2004, solicitou ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Jacarepaguá a remessa de cópias das denúncias e, se fosse o caso das sentenças proferidas relativas ao Civil RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA, nos Processos nºs 2003.203.003929-3 e 2003.203.012274-3, ambos em trâmite naquele Juízo (fl. 172).

Em atendimento, as solicitadas cópias foram remetidas à Auditoria pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Jacarepaguá. Na Denúncia oferecida nos autos do Processo nº 2003.003929-3, vê-se que, a 23 abr2003, os policiais apreenderam, com RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA e outro, uma Pistola marca Taurus, um revólver importado marca Ruger e uma Pistola importada marca Beretta, além de cartuchos (fl. 200), referindo-se ao Flagrante nº 01598/2003 da 41ª DP, onde o Cb. ROGÉRIO LIMA BRAGA reconhecera a Pistola que lhe fora subtraída (fls. 02 e 03). E a Sentença traz a condenação do Civil RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA por constrangimento ilegal, na forma continuada, formação de quadrilha e porte de arma de fogo sem autorização, em concurso formal (fls. 202 a 222).

O Conselho Permanente de Justiça, em 09ago2004, DECIDIU, à unanimidade de votos, CONDENAR RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA, como incurso nas sanções dos artigos 242, § 2º, I e II, e 205, § 2º, II, c/c art. 30, II, tudo do CPM.

A sentença, de lavra do Dr Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira, encontra-se anexada às fls. 243/252.

Em 30ago2004, tempestivamente, a DPU apelou do Decreto Condenatório (fl. 256).

Em suas razões de apelação, a DPU requereu o conhecimento e o provimento de seu Recurso para, reformando-se a Sentença, absolver o Recorrente com fulcro no art. 439, e, do CPPM (fls. 260 a 262).

O ***Parquet*** Castrense, contra-arrazoando, requereu a manutenção integral da Sentença, negando-se, conseqüentemente, provimento às razões de recurso da Defesa (fls. 265 e 266).

Instada a opinar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral, Dr ROBERTO COUTINHO, manifestou-se pelo não provimento do presente Apelo e pela manutenção da Sentença questionada em sua integralidade (fls. 278 a 283).

Na forma do art. 52, I, do RISTM, vieram os presentes autos conclusos a este Ministro, na qualidade de Relator para o acórdão.

É o Relatório.

VOTO

Relatados, decide-se:

A Defesa do civil Rodrigo Teixeira da Silva, promovida pela Defensoria Pública da União, pugna pela sua absolvição, sustentando em suas razões recursais a fragilidade das provas trazidas aos autos, insubsistentes para uma condenação. Entre os pontos destacados em sua tese defensiva, alega que, diante da precária luminosidade do local dos delitos e da tensão sofrida pelo ofendido, este não tinha condições de reconhecer o respectivo autor.

Aponta a precariedade do reconhecimento fotográfico efetuado pelo ofendido, extrajudicialmente, como meio de prova, e a contrariedade do reconhecimento fotográfico realizado em Juízo, posto que vai de encontro às declarações ofertadas pelo 3º Sgt Marcelo Henrique Freire de Oliveira, militar presente no dia dos fatos.

E, ainda, aponta não se mostrar sustentável o laudo de exame em arma de fogo que fora inconclusivo, visto que a numeração contida na mesma, como registro da Aeronáutica, havia sofrido processo de raspagem.

Ora, o contexto probatório não nos deixa qualquer dúvida de que o civil Rodrigo Teixeira da Silva foi o autor dos fatos descritos na denúncia e julgados típicos na sentença proferida pelo eminente Órgão Julgador de primeira instância, praticados contra o ofendido, Cb Aer Rogério Lima Braga.

O ofendido, em Juízo, confirma que sem dúvida alguma a arma a ele apresentada na delegacia, apreendida com o civil Rodrigo, numa outra operação, era aquela que se encontrava em seu poder no dia dos fatos.

O laudo de exame em armas de fogo (revólver e pistolas) trouxe toda a especificação da arma apreendida, ou seja, uma pistola Beretta, de fabricação brasileira, calibre normal, não podendo especificar, portanto, o número de série, visto que foi eliminado por ação mecânica. Isso, de forma alguma, impede que a arma venha a ser reconhecida por aquele que detinha a sua posse.

Quanto ao reconhecimento do acusado, seja por fotografia, seja pessoalmente, declarou o ofendido que apesar da escuridão do local, havia uma luminária, ficando cerca de um metro distante do acusado, frente a frente com o mesmo, sob a mira de sua arma. Portanto, não hesitou em reconhecer o civil Rodrigo Teixeira da Silva como sendo o autor do disparo em direção à sua cabeça.

O acusado nega o tempo todo que tenha participado da conduta criminosa, alegando que se encontrava em sua residência no dia dos fatos.

Tal versão não pode ser confirmada em face da prova produzida pela Defesa. A saber:

A Srª Maria de Fátima Teixeira da Silva, mãe do Recorrente, depondo, em Juízo, declarou que:

- o Apelante estava trabalhando no dia 15 de abril de 2003, por volta das 20 horas, como ajudante de pedreiro;
- não sabe como seu filho conseguiu a arma descrita na Denúncia; e
- no dia 15 de abril de 2003, o ora Recorrente estava trabalhando para o Sr. Delcio em uma obra da Srª Leni (fl. 166).

A Srª Glaciene da Silva Arruda, irmã do Apelante, confirmou as declarações da Srª Maria de Fátima, sua mãe (fl. 167). Do mesmo teor foi a declaração da Srª Rosana Santos da Silva, companheira do então acusado (fl. 168).

A Srª Viviane Mendes, proprietária da obra em que o Apelante trabalhava, depondo em Juízo, declarou que não sabe onde o então acusado estava no dia 15 de abril de 2003, por volta das 20 horas (fl. 181).

E, por último, o Sr Delcio Mattos de Souza, com quem o ora apelante trabalhava, declarou que o então acusado permanecera trabalhando até às 17 horas do dia 15 de abril de 2003, dia dos fatos, não podendo precisar seu paradeiro após esse horário (fl. 180).

Assim, o reconhecimento do acusado, tanto em sede policial como em Juízo, procedido de forma inequívoca e precisa; as provas testemu-

nhais; a prisão em flagrante do civil Rodrigo em outra empreitada criminosa, com a apreensão de uma arma, fruto do roubo praticado contra o ofendido; e os depoimentos colhidos das testemunhas não nos permitem chegar a outra conclusão senão à condenação do acusado.

Portanto, não assiste razão à Defesa.

Autoria inconteste, passemos à análise da conduta, ou melhor, das condutas praticadas pelo acusado.

O ofendido narra, minuciosamente, o desenrolar dos acontecimentos, declarando:

> *"... que no dia dos fatos foi abordado por cinco elementos que quatro desceram da Kombi e um permaneceu na mesma; que dois elementos foram assaltar o carro em que estava a vítima e outros dois foram assaltar outros carros; que dois que vieram na direção do ofendido estavam armados; que após ser revistado por um desses elementos ocasião em que seu armamento foi encontrado os assaltantes determinaram que o mesmo deveria morrer tendo em vista que seria policial; que apenas um elemento disparou contra a vítima e foi efetuado um disparo; que o disparo foi feito na direção da cabeça da vítima; que os assaltantes roubaram tanto a pistola como o veículo, ..." (fl. 138).*

O 3º Sgt Marcelo Henrique Freire de Oliveira, presente no dia do ocorrido, confirmou as declarações do ofendido, se não vejamos:

> *"... que escutou quando um dos elementos encontrou a pistola que estava em poder do ofendido; que este elemento gritou para o comparsa 'é policial' e o ofendido então retrucou que não era policial que o comparsa determinou então que esse elemento atirasse e matasse o ofendido;..." (fls. 140/141).*

Estamos diante de duas condutas, autônomas, sem qualquer relação de causalidade entre ambas.

Há, na hipótese, o concurso de crimes, ou seja, o crime de roubo qualificado, tendo em vista o emprego de arma em concurso de duas pessoas, e a tentativa de homicídio qualificado, pois o tiro foi efetuado em direção à cabeça do ofendido, só não se consumando por circunstâncias alheias à vontade do autor do disparo, e, ainda, qualificado por restar caracterizado o motivo torpe, ou seja, pelo fato de o ofendido ser identificado como se fosse policial.

Analisando separadamente, verificamos dois momentos distintos e independentes:

Nos termos declarados pelo ofendido, dois civis vieram em direção à viatura, na qual se encontrava juntamente com o militar Marcelo Henrique, com o intuito de assaltá-los. Os civis encontravam-se armados e abordaram os dois militares. Após ser revistado por um dos elementos, foi encontrada uma pistola em poder do ofendido. Os assaltantes levaram a pistola e o veículo. Caracteriza-se, aí, como bem especifica a doutrina, o roubo próprio, no qual o meio violento ou impeditivo de resistência da vítima é empregado ***ab initio*** ou concomitantemente à retirada da coisa subtraída. Há em tal ação a consumação do roubo qualificado, posto que a ameaça de emprego de violência foi exercida com o uso de arma e com o concurso de duas pessoas. É o que dispõe o artigo 242, § 2º, incisos I e II, do Código Penal Militar.

Quando a pistola foi encontrada em poder do militar, foi anunciado que se tratava de policial, momento em que um dos elementos determinou a execução do ofendido. Tal ordem foi cumprida pelo civil Rodrigo Teixeira da Silva que efetuou um disparo em direção à cabeça da vítima, ora ofendido. Este jogou-se ao chão, fingindo estar morto. Em seguida, os assaltantes saíram em fuga. Nesse segundo momento, a violência exercida contra o ofendido não foi para praticar o roubo em si, nem para assegurar a impunidade do mesmo ou a detenção da coisa subtraída. Tanto é que não foi efetuado disparo contra o colega do ofendido. O intuito era totalmente desconexo com as elementares integrantes do roubo agravado pelo resultado – latrocínio. O uso da violência se deu como forma de perseguição a uma categoria específica, a de policial militar. É notória esta situação, principalmente, nas grandes capitais, em que grupos criminosos agem em grau de revanchismo a determinadas categorias profissionias, especialmente, aquelas destinadas a prevenir qualquer tipo de violência e a promover a segurança pública.

Na conduta acima descrita, houve a duplicidade de desígnios, ou seja, o agente quis lesionar, de fato, dois bens jurídicos tutelados, no entanto, repita-se, não há relação de causalidade entre as duas ações, roubar e matar.

Dessa forma, as condutas, por si só, bastam, configurando a coexistência de dois crimes, conforme anteriormente mencionado.

Poderíamos pensar que, em vez da ocorrência das duas condutas delituosas, uma consumada e outra tentada, haveria, na hipótese, a carac-

terização do roubo qualificado pelo resultado, como prevê o artigo 242, § 3º, do Código Penal Militar, o então tipificado latrocínio.

Como nos ensina Nelson Hungria, o latrocínio, tendo em vista a sua unidade jurídica de crime complexo, só se pode dizer consumado ou tentado quando, respectivamente, o homicídio e a subtração patrimonial se consumam ou ficam ambas na fase de tentativa.

A questão polêmica se dá quando um dos crimes, o crime-meio, no caso o homicídio, ou o crime-fim, a subtração, não se consuma. A doutrina e a jurisprudência são divergentes, possibilitando várias soluções jurídicas.

O entendimento, aliás posição isolada, mas como sempre tão bem lançada, é o do ilustre Professor Nelson Hungria, em sua obra "Comentários ao Código Penal" – arts. 157 a 160, que assim leciona:

> *"... Se se admitisse tentativa de latrocínio quando se consuma o homicídio (crime-meio) e é apenas tentada a subtração patrimonial (crime-fim) ou, ao contrário, quando é tentado o homicídio, consumando-se a subtração, o agente incorreria, no primeiro caso, em pena inferior à do homicídio simples (!) e, no segundo, em pena superior à da tentativa de homicídio qualificado pela conexão de meio a fim com outro crime (art. 121, § 2º, V), ainda que este 'outro crime' seja de muito maior gravidade que o roubo. A solução que sugiro, nas hipóteses formuladas, como menos subversiva dos princípios é a seguinte: o agente responderá, e tão-somente, por consumado ou tentado homicídio qualificado (art. 121, § 2º, V), dada a relação de meio a fim entre o homicídio consumado e a tentativa de crime patrimonial ou entre o homicídio tentado e a consumada lesão patrimonial. É verdade que na conexão do homicídio (consumado ou tentado) com outro crime (fora da órbita do crime complexo), o agente responde por aquele e por este, em concurso material; de modo que, no caso, em rigor, deveria o agente responder pelas duas infrações (uma em grau de consumação e outra em grau de tentativa) ..." (Pp. 59/60).*

Não se poderia pensar, também, em roubo impróprio, nesta segunda conduta, porque a violência ou a grave ameaça empregada nesta modalidade, estando o agente de posse da coisa subtraída, é surpreendido logo depois do ocorrido e vem a se utilizar de tais meios para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da ***res furtiva***.

Convém ressaltar que neste tipo de crime não se admite tentativa, porque o seu momento consumativo é justamente o do emprego da violência. Na ausência desta, o crime a ser caracterizado é o de furto.

E, no caso dos autos, a situação é diversa da do roubo impróprio. A violência empregada pelo civil Rodrigo não foi motivada por ter sido surpreendido, seja pelo ofendido, seja pela polícia etc. Ela ocorreu com o intuito de "matar" a vítima pelo fato de esta, no julgar dos meliantes, ser policial.

No entanto, não obstante tais considerações, entendemos que mesmo assim não se poderia caracterizar o mencionado crime de latrocínio, por fundamentos esposados. O fim a ser alcançado na primeira conduta era o roubo em si, portanto consumado. Na segunda, o fim não estava na mesma cadeia causal que a primeira, com intuito diverso da subtração consumada.

Entendemos que a sentença de primeira instância deve ser mantida na sua integralidade, cujos fundamentos adotamos como nossas razões de decidir, os quais reproduzimos em parte:

> *"... Assim, por ter perpretado a subtração da res pertencente à Aeronáutica, mediante ameaça de emprego de violência, utilizando-se de arma de fogo, em concurso com outros meliantes, deve ser condenado como incurso nas sanções do artigo 242, § 2º, incisos I e II, do CPM.*
>
> *Já num segundo momento, como bem colocou o Parquet, quando disparou a arma de fogo na direção da cabeça da vítima, está caracterizada a tentativa de homicídio, em detrimento do § 3º do artigo 242 do CPM, uma vez que teve motivação totalmente desvinculada do crime patrimonial ...*
>
> *... Vale os ensinamentos de FERNANDO CAPEZ, em Curso de Direito Penal, parte especial, vol. 2, pág. 398:*
>
> > *'Importa frisar que a morte deve decorrer do emprego de violência pelo agente com o fim de se apoderar da res ou assegurar a sua posse ou garantir a impunidade do crime. Se, contudo, a morte advier de motivos outros, como ciúmes, vingança etc., haverá o crime de roubo em concurso com o crime de homicídio. É que, ausente uma daquelas finalidades contidas na lei, não é possível estabelecer um nexo causal entre o roubo e a morte produzida e, portanto, o crime qualificado pelo resultado'.*

Merece ainda ser reconhecido o inciso II do § 2º do artigo 205 do CPM, já que matar simplesmente porque a vítima é 'policial', é demonstração de total desprezo pela vida humana, o que é moralmente reprovável."

Na mesma linha, manifestou-se o representante do Ministério Público Militar, Dr Roberto Coutinho, pela manutenção da sentença proferida pelo Juízo ***a quo***.

Considerando o destino torpe a ser dado ao objeto subtraído (que não se confunde com a torpeza demonstrada na tentativa de homicídio); a sua insensibilidade pela vida humana; a intensidade do seu elemento subjetivo; a gravidade e a covardia de seu comportamento; a sua periculosidade, traduzida na sua folha de antecedentes criminais, que não é nada recomendável, o Colegiado fixou a pena-base em 2/3, além da pena mínima cominada para ambos os delitos, à luz do art. 69 do Código Penal Militar.

Considerando, ainda, o contido no artigo 30, II, do estatuto repressivo penal castrense, e a extensão do dano, que só não foi maior por pura sorte da vítima, deve-se diminuir a pena-base da metade.

Em seu benefício conta apenas a atenuante do artigo 72, I, da mesma lei.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
GENERAL-DE-EXÉRCITO
EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA
APELAÇÃO (FO) Nº 2004.01.049777-3-RJ

Votei vencido, discordando da maioria de meus pares pelas razões a seguir expostas.

Tratam estes autos de Recurso interposto por **RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA**, Civil, via Defensoria Pública da União, inconformado com a Sentença que o condenou por roubo e por tentativa de homicídio.

A Defesa, em suas razões de recurso, alega que a sentença deve ser reformada para absolver-se o Apelante com fulcro no Princípio **in dubio pro reo** (art. 439, e, do CPPM), tendo em vista os seguintes argumentos:

- falta de elementos seguros que dêem suporte à condenação;

- o Recorrente, quando interrogado, negou, peremptoriamente, sua participação nos fatos, dizendo, em apertada síntese, que não estava no local do evento em sua oportunidade. E que, em que pese não ter produzido um álibi a seu favor, há dados que trazem à tona a existência de dúvida que abstaculiza a manutenção da condenação;

- o Cb. ROGÉRIO LIMA BRAGA, que dirigia o veículo roubado, cuja Pistola, que portava, fora-lhe subtraída e que sofrera tentativa de homicídio, pela tensão sofrida e pela precária iluminação não teria condições de reconhecer o autor da empreitada criminosa e que, sua condição de Ofendido não lhe exigia a prestação do compromisso de dizer a verdade;

- o militar, 3º Sgt. MARCELO HENRIQUE FREIRE DE OLIVEIRA, afirmara, em seu depoimento, que não poderia reconhecer o autor do fato delituoso, devido à tensão e à pouca iluminação do local;

- a constatação visual, feita pelo Cb. ROGÉRIO, do armamento, ao ver da Defesa, mostra-se insuficiente para fazer crer que era a arma que ele portava quando da ocorrência dos fatos. Ressaltando que o laudo de exame fora inconclusivo;

- o reconhecimento, feito na Delegacia, é inapropriado e inservível. Acrescentando que o reconhecimento fotográfico é meio de prova precário, citando jurisprudência do STF; e

- o reconhecimento, feito em juízo, vai de encontro ao depoimento do outro militar presente na ocasião, o 3º Sgt. MARCELO, que afirmara que o elemento que abordara o Ofendido tinha características físicas semelhantes às do Ofendido.

Reconhecendo que o Recorrente tem outras anotações em sua Folha de Antecedentes Criminais, requereu o provimento de seu recurso para reformar-se o Decreto Condenatório, absolvendo-se o Apelante com fulcro no art. 439, e, do CPPM (fls. 260 a 262).

O Parquet das Armas, contra-arrazoando, assim se manifestou:

> *"1- Com efeito, após a instrução criminal restou comprovada a responsabilidade do acusado pelos fatos imputados na peça vestibular.*
>
> *2 – O farto conjunto probatório demonstra a culpabilidade do acusado, mormente pela circunstância do armamento ter sido apreendido com mesmo dias após o ocorrido, por ocasião*

da prisão de uma quadrilha que, efetivamente, atuava em roubo de carros, da qual o mesmo fazia parte.

3 – De outro lado, o acusado, tentou comprovar que estava em sua residência no dia dos fatos, porém não produziu tal prova.

4 – Restou, assim, inteiramente comprovada a subtração da res, mediante ameaça de emprego de violência, em concurso com outros meliantes, sendo certo ainda que num segundo estágio quando disparou a arma de fogo na direção da cabeça da vítima, ficou caracterizada a tentativa de homicídio.

5 – De outra sorte, outra prova contundente contra o acusado é que a vítima prestou informações precisas apontando o mesmo como o autor do disparo.

6 – As testemunhas arroladas pela Defesa não lograram comprovar que o acusado estivesse longe do lugar onde os crimes ocorreram, conforme se depreende da leitura de seus respectivos depoimentos.

7 – Pelo exposto, requer o Ministério Público Militar a manutenção integral da Sentença de fls. 243/252 negando-se, conseqüentemente, provimento às razões de fls. 260/262, por ser esta medida da mais sadia confortadora justiça" (fls. 265 e 266).

Cabe razão ao MPM em suas contra-razões.

O Ofendido, em Juízo (fls. 138 e 139), declarou:

"(...) que confirma integralmente o depoimento prestado às fls. 16/18; que no dia dos fatos foi abordado por cinco elementos que quatro desceram da Kombi e um permaneceu na mesma; que dois elementos foram assaltar o carro em que estava a vítima e outros dois foram assaltar outros carros; que dois que vieram na direção do ofendido estavam armados; que após ser revistado por um desses elementos ocasião em que seu armamento foi encontrado os assaltantes determinaram que o mesmo deveria morrer tendo em vista que seria policial; que apenas um elemento disparou contra a vítima e foi efetuado um disparo; que o disparo foi feito na direção da cabeça da vítima; que os assaltantes roubaram tanto a pistola como o veículo; que o ofendido estava de serviço; que exerce a função de motorista; que o disparo foi feito por um assaltante por ordem do seu comparsa; que o ofendido não foi atingido; que após efetuar o

disparo o assaltante imediatamente saiu em fuga; que posteriormente foi até a delegacia e constatou que a pistola encontrada com o criminoso era aquela que realmente estava em seu poder no dia dos fatos; que na delegacia reconheceu um dos assaltantes que participaram do fato descrito na denúncia; que não tem a mínima dúvida olhando para o acusado neste momento que o mesmo foi a pessoa que disparou a pistola contra o ofendido no dia dos fatos; que a ação dos criminosos no dia dos fatos não durou cinco minutos; que ficou frente a frente com o acusado sob a mira de sua arma. Pelo MPM, respondeu: Que após se dirigir a delegacia para fazer o registro do fato delituoso cerca de uma hora e meia após chegou a notícia de que o veículo teria sido encontrado na Estrada dos Bandeirantes. Pela Defesa, respondeu: que o fato delituoso ocorreu por volta das vinte e trinta; que apesar da escuridão onde o fato ocorreu tinha uma luminária; que o acusado ficou distante do ofendido cerca de um metro; que o acusado não usava nenhum boné no dia dos fatos; que pode afirmar que a pessoa que efetuou o disparo e mais baixa do que o ofendido; que inicialmente iniciou o reconhecimento por uma fotografia mas depois o reconhecimento foi olhando a própria pessoa; que o reconhecimento da foto foi na 32ª DP e da própria pessoa foi na 41ª DP; que no reconhecimento de fotografia lhe foi mostrado um álbum com várias fotos e o ofendido então folheando o álbum acabou encontrando a foto do acusado; que o ofendido constatou de forma direta ao olhar a foto do acusado que o mesmo tinha sido a pessoa que participou do assalto descrito na denúncia; que no reconhecimento pessoal foram colocadas duas pessoas ao lado do acusado sendo que o ofendido de imediato reconheceu o assaltante; que quer ressaltar mais uma vez que não tem nenhum dúvida de que RODRIGO TEIXEIRA DA SILVA foi a pessoa que praticou os fatos delituosos narrados na exordial. "(...)" (fls. 138 e 139).

O 3º Sgt. MARCELO HENRIQUE FREIRE DE OLIVEIRA, ouvido em Juízo como Testemunha do MPM afirmou (fls. 140 e 141).

"(...) que escutou quando um dos elementos encontrou a pistola que estava em poder do ofendido; que este elemento gritou para o comparsa "é policial" e o ofendido estão retrucou que não era policial; que o comparsa determinou então que esse elemento atirasse e matasse o ofendido; (...)".

Testemunhas de Defesa

Srª MARIA DE FÁTIMA TEIXEIRA DA SILVA, mãe do Recorrente, depondo, em Juízo, declarou que:

- o Apelante estava trabalhando no dia 15.04.03 por volta das 20.00 horas como Ajudante de Pedreiro;

- não sabe como seu filho conseguiu a arma descrita na Denúncia; e

- no dia 15.04.03, o ora Recorrente estava trabalhando para o Sr. DELCIO em uma obra da Srª Leni (fl. 166).

Srª GLACIENE DA SILVA ARRUDA, irmã do Apelante, confirmou as declarações da Srª sua mãe (fl. 167). O mesmo fazendo a Srª ROSANA SANTOS DA SILVA, companheira do então Acusado (fl. 168).

Sr. DELCIO MATTOS SANTOS, Pedreiro com quem o ora Apelante estava trabalhando no dia dos fatos, em Juízo, disse que:

- o horário de trabalho era das 08.00 às 17.00 horas;

- o Acusado, no dia 15.04.03, permaneceu na obra até às 17 horas e,

- não sabe onde o então Acusado estava por volta das 20.00 horas do dia 15.04.03 (fls. 179 e 180).

Srª VIVIANE MENDES, proprietária da obra em que o Apelante trabalhava, depondo em Juízo, declarou que não sabe onde o então Acusado estava no dia 15.04.03 por volta das 20.00 horas (fl. 181).

O ilustre e ilustrado Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, assim se manifestou:

> *"(...) De fato, inteira razão assiste ao nobre Promotor da Justiça Militar, autor das bem lançadas contra-razões ministeriais, as quais acatamos* in totum.
>
> *As provas produzidas foram bem apreciadas pelos julgadores e suficientes para a condenação. Os autos deram a esses mesmos julgadores a certeza de estarem frente a um fato típico, antijurídico e culpável, eis que o contingente probatório minudente justifica a condenação.*
>
> *Conforme expõe ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,* in Direito à Prova no Processo Penal, *"no estado Democrático, os julgamentos criminais só podem ser considerados legítimos se*

amparados por provas contundentes e capazes de superar a presunção de inocência do acusado".

O já referido conjunto probatório aponta na direção da comprovação da autoria, tendo por fundamento o reconhecimento do acusado pela vítima na Delegacia, a apreensão e identificação da arma roubada e os testemunhos colhidos no processo, demonstrando suporte às imputações feitas pelo Órgão Ministerial.

Cumpre registrar ainda a ocorrência de dois delitos distintos: primeiro, o roubo mediante o emprego de arma de fogo e em concurso com outros agentes e, segundo, o disparo contra a cabeça da vítima, ao imaginar tratar-se de Policial, caracterizando a tentativa de homicídio.

Dessa forma, pelo exposto e por tudo o mais que dos autos consta, opinamos pelo não provimento do presente apelo e, assim, mantenha-se a r. Sentença ora questionada em sua integralidade, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, como medida de Justiça.(...)" (fls. 282 e 283).

O ora Recorrente, para afastar sua responsabilidade informou que estava em sua residência no dia dos fatos e que iria comprovar essa afirmativa (fl. 136), não tendo, entretanto, logrado produzir essa prova.

O Sr. DELCIO MATTOS DE SOUZA, com quem o ora Apelante trabalhava declarou que o então Acusado permanecera trabalhando até às 17.00 horas do dia 15.04.03, dia dos fatos, não podendo precisar seu paradeiro após esse horário (fls. 179 e 180).

O abundante conjunto probatório, constante dos autos, dá suporte probatório à condenação, sendo de ressaltar-se o reconhecimento do então Acusado, procedido pelo Ofendido em Sede Policial e em Juízo, assim como a coerência de seu depoimento com o destaque para a circunstância de o armamento ter sido apreendido com o Acusado dias após o ocorrido, na ocasião da prisão de uma quadrilha que praticava roubo de carros.

Ocorre que a tipificação deste caso concreto é de tentativa de latrocínio pelas razões que a seguir se articula.

O art. 242, § 3º, do CPM, define o latrocínio com a seguinte redação:

"Art. 242.....

§ 3º. Se, para praticar o roubo, ou assegurar a impunidade do crime, ou detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém, a pena será de reclusão, de quinze a trinta anos, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 79.".

No caso, ora em apreciação, o Apelante disparou a arma de fogo contra a vítima para assegurar a impunidade do crime, pois pensou em matá-la, imaginando que ela fosse policial, não conseguindo, porém, concretizar seu intento por razões alheias a sua vontade.

Júlio Fabbrini Mirabete, em *"Manual de Direito Penal"*, Volume 2, 5ª Edição, 1990, Editora Atlas S.A., pág. 217, o que segue sobre latrocínio tentado:

"É mister, porém, que a violência tenha sido exercida para o fim de subtração ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída (RT 513/393)."

"Ocorrendo apenas subtração e não a morte da vítima que o agente pretendia matar, há também tentativa de latrocínio (RT 622/380)".

Nesse mesmo sentido Heleno Fragoso, em *"Lições de Direito Penal"* e Magalhães Noronha em *"Direito Penal"*.

Em seu *"Código Penal Interpretado"*, Júlio Fabbrini Mirabete, Editora Atlas S.A. 1999, apresenta a seguinte jurisprudência a respeito de latrocínio tentado:

*"**Subtração consumada e morte tentada: tentativa de latrocínio** – STF: "Sendo considerado consumado, segundo a jurisprudência do STF, o crime de latrocínio quando ocorre a morte da vítima, embora a subtração da coisa não se ultime, cabendo o processamento e julgamento do delito ao juízo criminal monocrático, e não ao Tribunal do Júri, não teria sentido que fosse deste último a competência para o processamento e julgamento do ilícito, e não daquele, quando não chega a vítima a falecer, embora tenha chegado a consumar-se a subtração do bem" (RT 622/380), STF: "Havendo uma regra geral do CP, qual a do art. 121, § 2º, V, prevendo como crime de homicídio o*

cometido para possibilitar a execução de outro, mas havendo tipificação penal específica no caso de o objetivo ser lesão patrimonial com violência contra a pessoa (roubo qualificado, latrocínio, na Segunda parte do § 3º, do art. 157 do mesmo Código), é de ajustar-se à figura delituosa ao tipo que lhe dá caracterização específica" (RT 622/380). STF: "Latrocínio. Tentativa. Configuração. Frente à teoria finalista, descabe falar em tentativa de roubo quando o agente haja tentado subtrair certo bem da vítima cuja morte foi objetivada mediante disparos de arma de fogo. Precedente: habeas corpus nº 48.952/SP, relatado pelo Ministro Antonio Neder perante a Segunda Turma com acórdão publicado na revista Trimestral de Jurisprudência nº 61/321" (RJDTACRIM 34/525). TRF da 4ª Região: "Configura-se o crime de tentativa de latrocínio quando os agentes, de comum acordo, invadem agência bancária, disparando, um deles, tiros contra policial militar que se achava no local, com ânimo de matar, subtraindo, após, quantia em dinheiro e fugindo em desabalada carreira" (RT 745/680). TACRSP "Ocorrendo subtração consumada e homicídio tentado sucedeu a tentativa de latrocínio, crime complexo, cujo elemento subjetivo é um só, o dolo, sendo que o resultado, morte tentada ou consumada, opera apenas como simples critério legal de fixação da reprimenda, não para classificação de roubo qualificado" (RT 727/536). TACRSP: "impede a desclassificação do crime de latrocínio tentado para roubo qualificado, o só fato de a vítima ter sofrido lesão corporal leve, uma vez que o importante para o Direito Penal não é sempre o resultado, mas sim a ação do agente, porque nem todos os crimes são de resultados" (RJDTACRIM 32/248). TACRSP: "No caso de homicídio tentado e subtração consumada tem-se como configurada a tentativa de latrocínio, e não o delito de tentativa de roubo qualificado, pois cuida-se de crime complexo, qualificado pelo resultado que prescinde de dolo direto no que tange ao evento morte" (RT 670/296). TACRSP: "Caracteriza latrocínio tentado e não roubo qualificado em concurso com lesões, a conduta do agente que, para roubar, pretende eliminar a vítima, provocando-lhe lesões, não tendo conseguido executar seu desígnio por circunstâncias alheias à sua vontade" (RJDTACRIM 31/202). No mesmo sentido, TJSP: RJTJESP 74/356, JTJ 172/301; TACRSP: RJDTACRIM 26/265, RT 670/296." Pág. 1002.

Dentro desse contexto, é de desclassificar-se os delitos, atribuídos ao ora Recorrente, na forma estabelecida na Súmula nº 05, desta Corte de Justiça Militar, para o crime de latrocínio tentado, por ser benéfica ao réu e constar da matéria fática, dando-se provimento parcial ao Recurso da Defesa.

Operada a desclassificação para tentativa de latrocínio (art. 242, § 3º c/c o art. 30, II, ambos do CPM) e mantendo-se a condenação, passa-se à imposição da pena, observado o Método Trifásico, o chamado Método Hungria.

Na 1ª fase, aplica-se a pena em seu mínimo legal de 15 (quinze) anos de reclusão.

2ª fase, deixa de aplicar a atenuante prevista no art. 72, I, do CPM (ser o agente menor de 21 anos), em virtude da pena estar em mínimo legal, de 15 (quinze) anos de reclusão.

Na 3ª fase, observa-se a causa de diminuição da pena de que trata o parágrafo único, do art. 30, da Lei Penal Militar, na quantidade de 1/3, resultando a pena em 10 (dez) anos de reclusão. Esta diminuição está aplicada em seu mínimo, em face do caminho percorrido pelo agente na prática delituosa, caminhando-se em relação proporcional à imputação que seria dada ao delito perfeito. No caso concreto, o agente queria matar a vítima para ocultar outro crime, atirou em direção a seu rosto, um lugar letal, não acertando por erro de pontaria, aproximando bastante do momento consumativo.

Para o início do cumprimento da pena fixa-se o regime fechado, na conformidade do art. 33, § 2º, a, do CP c/c o art. 110, da Lei nº 7 210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal).

Por provimento parcial ao Apelo Defensivo para, mantendo a condenação, desclassificar os delitos imputados ao Recorrente para o do art. 242, § 3º c/c os art. 30, parágrafo único, ambos do CPM, aplicando-lhe a pena de 10 (dez) anos de reclusão e fixando-lhe o regime fechado para o início do cumprimento da pena, na forma do art. 33, § 2º, a, do CP c/c o art. 110, da Lei nº 7 210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal).

Superior Tribunal Militar, 1º de março de 2 005.

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

APELAÇÃO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. *Militar em serviço com função de assegurar proteção e segurança de vila militar. Crime de atentado violento ao pudor na modalidade tentada e crime de estupro contra vítima civil. Condenação em 1ª instância, com incidência de agravantes e causa de diminuição de pena, inclusive pelo crime de lesões corporais, de natureza leve. Apesar de negativa de autoria, as provas trazidas aos autos, técnica (exame de DNA) e reconhecimento do agressor pela vítima, são suficientes a embasarem a condenação do acusado. Concurso material de crimes, artigo 232 e artigo 233, c/c o artigo 30, todos do CPM. Condutas autônomas e distintas, não servindo este como crime-meio para a consumação do estupro. Crime continuado. Descaracterização. Lesões corporais de natureza leve. Absorção da violência pelo crime de estupro. Absolvição com fulcro na alínea "b", do art. 439 do CPPM. Critério trifásico. Pena-base fixada acima do mínimo legal, bem como, as respectivas agravantes. Pena acessória de exclusão das Forças Armadas. Manutenção da sentença proferida pelo Juízo* ***a quo***. ***Quantum*** *da pena elevado. Provimento parcial ao recurso do MPM e da Defesa. Decisão por maioria de votos.*

Relator — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor — Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre.

Apelante — O Ministério Público Militar e Sérgio Fabiano dos Santos, Sd Ex, condenado à pena de 8 anos de reclusão e 4 meses de detenção, como incurso, respectivamente, nos arts. 232, c/c os arts. 237, inciso II, e 70, inciso II, alínea "m"; 233, c/c o art. 30, inciso II; e 209, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, ***ex vi*** do art. 102, tudo do CPM, sendo fixado o regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 16/9/2004.

Advogado — Dr. Marcos Antonio Oliveira Prado.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, deu provimento parcial ao recurso interposto pelo representante do Ministério Público Militar e ao recurso da Defesa para condenar o Sd Ex SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS à pena de 08 anos e 09 meses de reclusão, como incurso nos arts. 232, c/c o 237, inciso II, e 70, inciso II, alínea "m", e 74, 233, c/c o 237, inciso II e, 70, inciso II, alínea "m", 30, inciso II, e 74, tudo do CPM, fixando o regime fechado para cumprimento inicial da pena, **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal comum e a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, de acordo com o art. 102 do CPM; absolvendo o Apelante/Apelado do crime previsto no art. 209 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM. Os Ministros JOSÉ COÊLHO FERREIRA e MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO negavam provimento ao apelo da Defesa e davam provimento ao apelo do **Parquet** Militar para, mantendo a condenação, majorar a pena imposta ao Sd Ex SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS para 08 anos e 11 meses de reclusão, como incurso nos arts. 209, 232, c/c o 237, inciso II, e 70, inciso II, alínea "m", e 74, 233, c/c o 237, inciso II, e 70, inciso II, alínea "m", e 30, inciso II, e 74, todos do CPM. O Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA fará declaração de voto.

Presidência do Ministro General-de-Exército Expedito Hermes Rego Miranda. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Ausente, justificadamente, o Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. (Extrato da Ata da 25ª Sessão, 03.05.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso interposto pelo representante do Ministério Público Militar e ao recurso da Defesa para manter a sentença de primeira instância que condenou o **SD EX SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS** como in-

curso no artigo 232 do Código Penal Militar, à pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão, acrescida de 1/4, ante as agravantes contidas no artigo 237, inciso II, e no artigo 70, inciso II, "m", na forma do artigo 74, tudo do mesmo ***Codex***, totalizando 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão. E, ainda, como incurso no artigo 233 do Código Penal Militar, fixamos a pena-base de 3 (três) anos de reclusão, acrescida de 1/4, em face da incidência das agravantes contidas no artigo 237, II, e no artigo 70, II, "m", na forma do artigo 74, tudo do Estatuto Penal Castrense, totalizando 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão. No entanto, aplica-se a causa especial de diminuição de pena, em razão da ocorrência da tentativa, conforme preconiza o artigo 30, inciso II, do mesmo ***Codex***, na fração de 1/3, resultando em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Assim, a pena unificada totaliza-se em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal comum, deixando de conceder o benefício da suspensão condicional da pena, ante a vedação legal, e o direito de recorrer em liberdade, com a manutenção da pena acessória de exclusão das Forças Armadas. E, no que tange ao crime do artigo 209 do Código Penal Militar, absolvo o acusado do mencionado delito, com base do artigo 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 03 de maio de 2005 — Gen Ex *Expedido Hermes Rego Miranda*, Ministro-Presidente — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Relator — Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O representante do MPM e a Defesa interpuseram, tempestivamente, o presente recurso de apelação contra a sentença de primeira instância que condenou o Sd Ex SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS à pena de 8 anos de reclusão e 4 meses de detenção, como incurso, respectivamente, nos arts. 232, c/c os arts. 237, inciso II, e 70, inciso II, alínea m; 233, c/c o art. 30, inciso II; e 209, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, ***ex vi*** do art. 102, tudo do CPM, sendo fixado o regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena.

Inicialmente, foi instaurado IPM, mediante Portaria nº 002, de 15 de agosto de 2002, por determinação do Comandante do 2º Grupo de Artilharia Antiaérea, para apurar indícios de crime sexual em área militar.

Consta, às fls. 45/46, Boletim de Ocorrência de autoria desconhecida nº 4977/2002, registrado perante a Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública/SP, às fls. 47/49, e Boletim de Ocorrência nº 61, de 13 de agosto de 2002, do 2º Batalhão de Polícia do Exército, tendo como natureza invasão de domicílio e de estupro, constando como vítima a Srª Maria Neuma Cruz Neto.

Foi expedido mandado de prisão temporária, pelo prazo de 30 (trinta) dias, pelo Juiz de Direito, Dr José Marcos Silva, da Vara do Júri e Execuções Criminais da Comarca de Osasco/SP (fl. 10), em nome de Sérgio Fabiano dos Santos. Em cumprimento, consta ofício nº 66 – Just, do Comandante do 39º Batalhão de Infantaria Leve ao Juiz-Auditor Distribuidor da 2ª CJM, informando acerca do recolhimento do indiciado ao xadrez, em 21 de agosto de 2002 (fls. 6/7). Em 16 de outubro de 2002, a Juíza-Auditora Substituta, Drª Eleonora Salles de Campos Borges, decretou a prisão preventiva do mencionado militar, com fulcro no art. 254, alíneas "a" e "b", c/c o art. 255, letras "a", "c" e "e", ambos do CPPM. (fls. 131/132).

Cumpre esclarecer que, no dia 19 de novembro de 2002, foi argüída exceção de competência pela Defesa do Sd Fabiano perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Osasco/SP, sendo esta acolhida e, conseqüentemente, foram os autos remetidos à 1ª Auditoria da 2ª CJM, em 20 de novembro de 2002 (fls. 228/229, anexo 1).

A denúncia, de fls. 2/5, foi recebida em 16 de outubro de 2002, e imputou ao acusado a seguinte conduta delituosa:

> *"Segundo restou apurado, por volta de 09:00 horas, MARIA NEUMA encontrava-se prestando serviços como faxineira na casa do major GERALDO TADEU DE CASTRO* ***LOSADA*** *quando, depois de decorridos aproximadamente trinta minutos da saída do referido oficial, foi surpreendida no banheiro daquela residência pelo soldado SÉRGIO, o qual se encontrava completamente despido, portando uma faca enferrujada e com a cabeça parcialmente coberta por uma camiseta da própria vítima que foi retirada do quarto de empregada, nos fundos da casa (fls. 24-25).*
>
> *O meliante, então, aplicou uma 'gravata' em MARIA NEUMA e, desferindo-lhe socos e puxões de cabelo, arrastou-a para um quarto da residência onde havia um sofá e um armário, local em que, esmurrando a ofendida, tentava forçá-la à prática de felação (fl. 25).*

Como MARIA NEUMA resistia à sanha bestial, o mesmo continuou a agredi-la com extrema violência, fazendo com que a vítima perdesse os sentidos temporariamente.

E assim, aproveitando-se da exaustão de MARIA NEUMA que, em razão da seqüência de agressões afligidas, não mais possuía condições físicas de oferecer resistência, o meliante arrancou-lhe a roupa e, ao introduzir o pênis na vagina da ofendida, deflorou-a, mantendo com ela conjunção carnal completa, culminando por ejacular dentro da mesma (fl. 25; 105).

Após conseguir o intento criminoso, SÉRGIO amarrou os pulsos da vítima com o fio de um ventilador que se encontrava no quarto, amordaçou-a com a própria calcinha, colocou-a sentada no sofá e lhe cobriu a cabeça com uma camiseta camuflada que estava no local (fl. 25; 81; 84-85).

Ato seguinte, o meliante deixou o quarto trancando-o pelo lado de fora e, advertindo MARIA NEUMA para não tentar sair daquele local, evadiu-se.

Decorrido algum tempo, já por volta de 11:30 horas, MARIA NEUMA, conseguindo desfazer-se da amarração, pulou a janela do quarto, correu para a casa do major LUIZ CARLOS DE SOUZA BENEDITO, onde pediu ajuda, sendo, posteriormente, encaminhada ao setor de emergência do Hospital Amador Aguiar, em Osasco/SP (fls. 24-26; 96).

Assim agindo, SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS, livre e conscientemente, estando de serviço de sentinela em Vila Militar do Exército Brasileiro, invadiu a residência de um oficial superior e, com extremada violência e mediante grave ameaça, constrangeu MARIA NEUMA CRUZ NETO à prática de conjunção carnal.

Destarte, DENUNCIO perante esse R. Juízo SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS, brasileiro, solteiro, militar, filho de Sebastião Cornélio dos Santos e de Maria da Conceição Machado dos Santos, natural de Barueri/SP, servindo no 39º Batalhão de Infantaria Leve, na cidade de Osasco/SP, como incurso nas penas do artigo 232, com a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 237, II, ambos do Código Penal Militar." (fls. 2/4).

Posteriormente, foi oferecido aditamento à denúncia, recebido em 26 novembro 2002, atribuindo ao acusado a prática delituosa a seguir:

"... Segundo restou apurado, em diligências complementares, enquanto MARIA NEUMA padecia as agressões sexuais descritas na denúncia, percebeu que algumas notas de dez reais encontravam-se espalhadas no assoalho do quarto.

E quando a ofendida, finalmente, conseguiu desamarrar-se, verificou que o dinheiro espalhado pelo chão havia sido levado por SÉRGIO. Ato contínuo, MARIA NEUMA dirigiu-se ao quarto dos fundos da residência, utilizado para guardar os seus pertences, e, após olhar em sua bolsa, constatou a ausência da quantia de R$ 60,00 (sessenta reais) (fls. 167).

Assim agindo, SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS, militar em serviço de sentinela, livre e conscientemente, subtraiu para si a quantia de sessenta reais, de propriedade de MARIA NEUMA CRUZ NETO.

Isto posto, DENUNCIO, em aditamento, SÉRGIO FABIANO DOS SANTOS, qualificado às fls., como incurso nas penas do artigo 240, caput, do Código Penal Militar." (fls. 226/228)

Qualificado e interrogado, quanto à primeira acusação, declarou, às fls. 183/187, que, no dia 13 de agosto de 2002, às 9 horas, encontrava-se de serviço de sentinela do posto P2, momento em que fazia a ronda na rua situada entre o P3 e o portão pelo qual apenas passavam pedestres que acessavam à vila militar. Só veio a tomar conhecimento do ocorrido às 13 horas do mesmo dia, quando já iniciada a parada diária. Que assumiu o seu quarto de hora às 8 horas, rendendo o Cb Belino, só saindo do posto quando foi rendido pelo Sd Franceli. Nessas duas oportunidades, o cabo da guarda não se encontrava presente. No tocante à segunda acusação, de furto, alega não ser a mesma verdadeira, pois no seu quarto de hora, de 8 às 10 horas, permaneceu o tempo todo andando pelo percurso do sentinela do P2 (fls. 245/246).

A ofendida, Srª Maria Neuma Cruz Neto, prestou depoimento às fls. 188/191. No tocante ao furto imputado ao acusado, que, na saleta onde ocorreu a agressão, viu algumas notas de dez reais espalhadas no chão e logo pensou que poderiam ser suas, pois havia em sua carteira R$ 60,00 (sessenta reais) em notas de dez reais. Quando se desvencilhou das amarras, percebeu que o dinheiro não mais lá se encontrava. Ao verificar a sua carteira, constatou que a mesma se encontrava vazia.

Foram arroladas as seguintes testemunhas de acusação: Maj Geraldo Tadeu de Castro Losada (fls. 196/198), Cap Evandro Fábio Stephano

(fls. 199/200), 3º Sgt Hildenir Rodrigues da Silva (fls. 201/202), Cb Rogério Nunes (fls. 203/204), Maj Luiz Carlos de Souza Benedito (fls. 215/216), civil Devid de Andrade Alves (fls. 217/218) e Sd Francélio Correia da Silva Gama (fls. 249/250).

Pela Defesa, foram ouvidas as testemunhas a seguir: Neusa Maria Cardoso Gomes (fls. 359/360), Antonio Luiz Monteiro Galas (fls. 361/362), Carlos Junior Cordeiro de Albuquerque (fl. 363), Sd Elizeu Sena Silva (fl. 364). Como informante, Margaret Mitiko Inada Pereira (fls. 372/373).

O prazo aludido no art. 427 do CPPM transcorreu ***in albis*** para as partes (fls. 453v e 454).

Em alegações escritas, o representante do MPM postulou a condenação do acusado nos termos dos arts. 240 e 232, fazendo-se incidir a causa especial de aumento de pena prevista no art. 237, II, com a imposição da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, conforme prevê o art. 102, tudo do CPM (fls. 458/463).

A Defesa, por sua vez, preliminarmente, postulou a conversão de eventual julgamento em diligências para instauração do competente incidente de insanidade mental. Em seguida, requereu a absolvição do acusado e, no caso de condenação, que lhe seja aplicada a pena mínima, sem se fazer incidir a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, em face de sua inconstitucionalidade (fls. 465/467).

Em promoção de fls. 469/470, o MPM pediu o indeferimento da questão preliminar suscitada pela Defesa, ante a absoluta ausência de fundamentação acerca da necessidade de sua instauração.

Em sessão de julgamento, dada a palavra à acusação, tendo lugar outro representante do MPM, este discordou da promoção oferecida anteriormente, ratificando o pedido da Defesa. Em seguida, o CPJ, à unanimidade de votos, acolheu a mencionada preliminar (fls. 475/476).

Em cumprimento, veio aos autos o laudo psiquiátrico e psicológico, às fls. 487/489, concluindo pela imputabilidade do acusado.

Consta dos autos a documentação a seguir: - mandado de prisão temporária, expedido pelo Juiz de Direito da Vara do Júri e Execuções Criminais, da Comarca de Osasco/SP (fl. 10) e seu cumprimento, em 21 de agosto de 2002, pelo Comando do 39º Batalhão de Infantaria Leve (fl. 11); - auto de reconhecimento pessoal positivo (fls. 33/34); - boletim de ocorrência perante a Polícia Civil/SP (fls. 45/46) e junto ao 2º Batalhão de

Polícia do Exército (fls. 47/52); - laudo pericial nº 10/PIC/2º BPE; – exame pericial em local de invasão de domicílio e estupro (fls. 80/94); - Laudo nº 2343/02 – Sexologia Forense – IML (fl. 110); - laudo complementar nº 02/130/42.977/03, expedido pelo Núcleo de Biologia e Bioquímica do Instituto de Criminalística da Polícia Técnico-Científica/SP (fls 438/447).

Em alegações orais, o representante do ***Parquet*** Castrense postulou a absolvição do acusado quanto ao crime de furto, com fundamento no art. 439, "e", do CPPM. Além da condenação como incurso no art. 232 (estupro), pediu também a sua condenação pelo crime de atentado violento ao pudor, na sua forma tentada – art. 233, c/c o art. 30, II, ambos do CPM – fazendo-se incidir em ambas as condutas a causa especial de aumento de pena contida no art. 237, II, e a agravante genérica ínsita no art. 70, II, "m", todos do mesmo ***Codex***.

A Defesa confirmou o pedido do MPM quanto à figura do furto. Sustentou a inexistência do crime de atentado violento ao pudor, pois este serviu como crime-meio ao estupro. Em relação a esta última conduta, postulou a aplicação da pena mínima.

Não houve réplica.

O CPJ, à unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia e condenou o Sd Sérgio Fabiano dos Santos à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incurso no art. 233, c/c o parágrafo único do art. 30; no art. 232, acrescidos pelo inciso II, do art. 237, c/c o art. 70, II, "m", observado o disposto no art. 74, e no art. 209, todos do Código Penal Militar. Absolveu o acusado do crime previsto no art. 240 da lei substantiva castrense, com fulcro no art. 439, "e", do CPPM. O órgão julgador deixou de conceder o benefício do ***sursis*** e o direito de apelar em liberdade.

A sentença, de lavra da Drª Eleonora Salles de Campos Borges, trouxe os seus fundamentos às fls. 503/520.

A intimação das partes se deu no dia 22 de setembro de 2004. Os recursos, tanto do MPM, como da Defesa, foram protocolados no dia 27 de setembro de 2004, estando, assim, tempestivos.

Em suas razões, o MPM postulou a majoração das penas ora aplicadas ao acusado, nos seguintes termos: pelo crime do art. 232, a pena-base de 6 (seis) anos, aumentada de 1/3, tornando-se definitiva em 8 (oito) anos; pelo crime do art. 233, a pena-base de 4 (quatro) anos, sem a

redução prevista para o crime tentado, em face da parte final do art. 30, tudo do CPM; pelo crime do art. 209, a pena-base de 8 (oito) meses, assim se tornando definitiva ante a ausência de qualquer causa de aumento ou de diminuição da pena. Assim, resultando a pena final em 12 (doze) anos de reclusão e 8 (oito) meses de detenção (fls. 538/542).

Em contra-razões, a Defesa sustentou que a pena não se mostra branda como postula o MPM (fl. 553).

A Defesa, em razões recursais, pleiteou a fixação no mínimo legal para o crime de estupro, ou seja, em 3 (três) anos; sustentou a inexistência do crime de atentado violento ao pudor, pois este seria apenas o crime-meio, em caso de subsistir a sua condenação, que se aplique a redução de 2/3 (art. 30, II, CPM) e não de 1/3, como na sentença; prequestionou a aplicação das penas aos delitos acima do mínimo legal, sem a devida justificação, infringindo, portanto, o art. 93, IX, da CF; a inconstitucionalidade da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, ensejando a dupla apenação por um mesmo fato; que o regime inicial seja semi-aberto, em caso de manutenção da pena, que seja, então, **inicialmente** fechado, e não fechado como fixou a sentença (fls. 531/536).

O MPM, por sua vez, postulou o improvimento do recurso, posto que não há que se falar em inconstitucionalidade da pena acessória de exclusão das Forças Armadas e que o crime de atentado violento ao pudor constitui-se em conduta autônoma e não em "preliminar sexual" (fls. 543/545).

Instada a opinar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer de lavra do Dr Roberto Coutinho, manifestou-se, às fls. 563/568, pelo improvimento dos apelos.

Foram os autos distribuídos em 03 de dezembro de 2004, recebidos em 10 de fevereiro de 2005 e colocados em mesa em 22 de abril de 2005. Convém esclarecer que este Relator assumiu as suas funções em 23 de fevereiro de 2005, em face de gozo de férias.

É o Relatório:

VOTO

Relatados, decide-se:

Os fatos trazidos aos autos são lamentáveis e de extrema gravidade.

A Srª Maria Neuma Cruz Neto, solteira, com 33 (trinta e três) anos de idade, à época do ocorrido, e trabalhando como empregada doméstica na residência de um oficial, na Vila Militar de Quitaúna, em Osasco/SP, trouxe à tona a brutalidade a que foi acometida, ao ser violentada pelo Sd Ex Sérgio Fabiano dos Santos, ferindo de forma irremediável a sua liberdade sexual.

Inicialmente, há de se esclarecer que o seu agressor e acusado encontrava-se em horário de serviço, escalado para o pernoite do dia 12 para o dia 13 de agosto de 2002, como sentinela da Guarda da Vila Militar, no Posto 1 (documentos de fls. 72/74).

A competência desta Justiça Especializada está, portanto, delimitada no artigo 9º, inciso II, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar.

As declarações da ofendida, de extenso valor probatório, em crimes dessa natureza, posto que geralmente ocorrem às escondidas, na presença da vítima e de seu agressor, revelam, de maneira minuciosa, todo o caminho percorrido pelo acusado, no seu modo de pensar distorcido, quanto à sua satisfação sexual.

Às fls. 188/191, a ofendida afirmou que ao passar pelo portão que dá acesso à vila militar, por volta das oito horas e quarenta minutos, cumprimentou um soldado, aparentando olhos avermelhados, momento em que este respondeu, virando o rosto vagarosamente para o outro lado. Ao chegar à residência, foi para uma das dependências da casa, situada próxima à lavanderia, para trocar de roupa. Em seguida, dirigiu-se para a cozinha, quando cumprimentou o seu patrão. Minutos após, por volta das nove horas, este saiu de casa para o trabalho. Ao arrumar o quarto do mesmo, pôde ver pela janela que o acusado se encontrava parado, na frente da casa. Na ocasião, reconheceu se tratar do mesmo soldado que cumprimentou minutos antes. Dirigiu-se para a lavanderia e viu um soldado uniformizado, caminhando em direção ao barranco que fica atrás da casa do Maj Losada. No entanto, só viu o seu perfil e o tom da pele escura, igual ao do acusado. Que pegou a água na lavanderia e dirigiu-se para o banheiro, para proceder a faxina. Continuando conforme suas próprias palavras, disse: *"...quando terminava de lavá-lo surgiu, na sua frente, um homem de pele escura, totalmente nu, com a camisa da declarante na cabeça, deixando de fora apenas os olhos, que apresentavam a mesma coloração avermelhada que aquela dos olhos do militar que se encontrava no portão; que a declarante gritou, mas ninguém a escutou e o homem agarrou a declarante e começou a bater-lhe, em seguida deu uma gravata na declarante que, em*

virtude da violência de que estava sendo vítima, veio a desmaiar; quando a declarante acordou o indivíduo agarrou-a pelos cabelos e a conduziu para a saleta onde a obrigou a praticar sexo oral; que a declarante se debateu para evitar esse ato e após grande movimentação de ambos, momento em que o indivíduo puxava seus cabelos para trás, levantando-lhe a cabeça, viu que o rosto de seu agressor estava a descoberto, que a camisa da declarante apenas cobria a parte superior da cabeça do agressor; que nesse momento a declarante pôde observar a fisionomia do agressor, podendo afirmar, nesta assentada, tratar-se da mesma pessoa que se encontra sentada no banco dos réus; que o rapaz perguntava a que horas seu patrão chegaria e a declarante respondeu-lhe que não sabia; que o agressor não disse o nome do dono da casa, apenas a ele se referia como 'seu patrão'; que no momento que a declarante se viu sem forças para continuar a resistir, o agressor a empurrou para o sofá, em seguida para o chão e iniciou a conjunção carnal; ao terminar o agressor mandou que a declarante virasse de barriga para baixo e deitou por cima da declarante e após ter lhe apertado bastante disse que iria embora, mas que a deixaria amarrada; que fez a declarante tirar a sua blusa e abrir a boca, introduzindo sua calcinha na boca, fazendo uma mordaça com sua própria blusa; que o agressor colocou a blusa do Major tapando a cabeça da declarante e amarrou seus braços com o fio do ventilador; que em seguida a declarante pôde perceber que ele ainda se movimentava pela saleta e pouco tempo depois foi embora..."

A materialidade do delito está comprovada mediante o laudo de exame de delito de conjunção carnal, à fl. 110, apontando a presença de espermatozóides e lesões corporais, como equimose em região escapular direita, escoriação em ombro esquerdo, equimoses em regiões escapular D, deltóidea E, ombro D, carotídea D, malar D, braços D e E e punhos D e E.

A autoria se torna inconteste com o vasto conjunto probatório.

A vítima, quando estava sendo violentada, em dado instante viu o rosto de seu agressor totalmente à mostra, identificando-o como sendo o mesmo militar que momentos atrás havia cumprimentado. Uma característica que lhe chamou atenção foi o fato de o agressor, mesmo, inicialmente, estando com o rosto coberto, estar com os olhos avermelhados. Traço este marcante e que ela evidenciou em todas as suas declarações.

O auto de reconhecimento pessoal (positivo), na fase inquisitorial, e, ainda, a confirmação do mesmo em Juízo, quando da oitiva da ofendida, deixou claro que o seu agressor era o mesmo homem sentado no banco dos réus.

O laudo de exame complementar de DNA, emitido pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica de São Paulo, concluiu pela relação de verossimilhança entre o perfil genético obtido da mistura de frações espermatozóide e não-espermatozóide presentes na mancha hematóide do papel e na lâmina, contendo esfregaço vaginal coletada na vítima e com o perfil alélico do averiguado Sérgio Fabiano dos Santos (fls. 438/447).

Além do que o Cb Rogério Nunes, cabo da guarda no dia dos fatos, confirmou que o acusado apresentava os olhos com coloração avermelhada (fls. 203/204).

A tipicidade das condutas praticadas pelo acusado, atentado violento ao pudor, na forma tentada, o estupro e as lesões corporais, também se encontram caracterizadas, seja pelas declarações da ofendida, seja pela prova técnica trazida aos autos.

Houve concurso de crimes entre o crime de atentado violento ao pudor, na forma tentada, e o crime de estupro. As condutas são autônomas e distintas, não podendo haver no caso a absorção do primeiro pelo estupro consumado. O agressor, ao tentar forçar a vítima à prática de sexo oral, fê-lo com o intento de satisfazer um de seus incontroláveis desejos sexuais. Em outro instante, jogou a vítima no chão, esta, já sem forças físicas, foi dominada pelo seu agressor, havendo a consumação do estupro. Na verdade, o agente estava disposto a praticar qualquer tipo de violência contra a sua vítima, e, como estava em horário de serviço, no seu quarto de hora, não dispunha de muito tempo para a sua consumação.

A jurisprudência da Corte Suprema aponta para esse sentido, como se vê abaixo:

> *"... EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÕES NOVAS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL E NÃO CRIME CONTINUADO. I. – Por conter questões novas, não apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido. II. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor praticados contra a mesma vítima caracterizam hipótese de concurso material de delitos e não de crime continuado. III. – H.C. conhecido em parte e, nessa parte, indeferido." (HC 83453/SP. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 7/10/2003. 2ª Turma. Unânime)*

Como se não bastasse a vantagem física em relação à sua vítima, o agressor ainda fez uso de arma. Segundo a ofendida, apareceu à sua fren-

te um homem nu, de cor escura, com olhos avermelhados, portando uma faca enferrujada na mão. Por sinal, a testemunha, o Maj Geraldo Tadeu de Castro Losada, declarou à fl. 198 que somente deu falta em sua residência de uma faca velha, a qual utilizava para fazer jardinagem.

A sentença, de lavra da Drª Eleonora de Campos Borges, abordou, de forma exaustiva, os fatos trazidos aos autos, durante a instrução criminal. Reconheceu a autoria, a materialidade e a culpabilidade do acusado. O crime de atentado violento ao pudor, na forma tentada, em concurso com o crime de estupro.

Não obstante ratificarmos os termos da sentença, deixamos aqui consignada a nossa dificuldade em caracterizar o crime de atentado violento ao pudor, na sua forma tentada. A doutrina não é pacífica quanto a sua ocorrência. Nesse sentido, trazemos aqui as palavras do ilustre professor E. Magalhães Noronha, que assim nos ensina:

> *"... Consuma-se com a efetiva prática do ato libidinoso.*
>
> *Quanto à tentativa, não é pacífico o assunto.*
>
> *Entre nós, CRISÓLITO DE GUSMÃO e NÉLSON HUNGRIA acham-na configurável. Assim não pensam GALDINO SIQUEIRA, RODRIGUES TEIXEIRA e PAULA PESSOA. Nossa jurisprudência inclinava-se para esta corrente.*
>
> *No direito alienígena, TUOZZI, ALIMENA, PUGLIA, POSSOLINI, CARFORA, MANZINI, CARRARA, MANCI, GARRAUD, HAUS, CHAUVEAU & HÉLIE, CUELLO CALÓN e outros não admitem a tentativa ou então julgam-na bastante difícil de ser apreciada na prática.*
>
> *Pode o atentado compor-se de vários fatos, apresentando nesse caso um iter criminis mais ou menos extenso como, por exemplo, no caso do indivíduo que se lança contra uma donzela e com ela luta, ergue-lhe os hábitos externos e a despoja depois de suas vestes interiores, para ver e tocar seus órgãos genitais. Não obstante isso, muito antes de o criminoso consumar seu intento, o delito já se tornará perfeito, uma vez que se consumou com o primeiro ato idôneo de execução, ou seja, no caso figurado, quando levantou o vestido da ofendida.*
>
> *Pouco importa não conseguisse daí passar; o crime já estaria perfeitamente caracterizado.*

Assim, muita vez, o desígnio do criminoso pode compreender um único ato lesivo ao pudor e o crime se consumará. Outras vezes ele terá em mente a prática de vários atos, mas para que o crime seja consumado, não se tornará necessário pratique todos, pois, cada um deles corresponde desde o início e em cada fase da sua realização, às exigências legais para a caracterização do delito.

Nessas condições, é difícil traçar a linha divisória entre a tentativa e o crime consumado.

Mas não julgamos poder afirmar-se sem vacilações a impossibilidade de se configurar a tentativa de atentado ao pudor." (Direito Penal, volume 3. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1974. Pp.131/132).

Não obstante, achamos por bem trilhar o caminho que mais beneficiaria o acusado, ou seja, a prática do ato libidinoso, em sua forma tentada.

Quanto ao crime previsto no artigo 209 do Código Penal Militar, a que foi condenado o acusado à pena de 4 (quatro) meses de detenção, entendemos que não deve subsistir. O laudo de exame de delito de conjunção carnal, à fl. 110, descreve a presença das seguintes lesões na ofendida: equimose em região escapular direita, escoriação em ombro esquerdo, equimoses em regiões escapular D, deltóidea E, ombro D, carotídea D, malar D, braços D e E e punhos D e E. Ao final, conclui como sendo **lesões corporais de natureza leve.** Assim, absolvo o acusado da prática do crime acima mencionado, com fulcro na alínea "b", do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Em face de tal natureza, são absorvidas pela violência empregada, inerente ao crime de estupro. Salvo melhor juízo, é o nosso pensamento, e para corroborar tal caminho, trazemos à colação jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO COM LESÕES CORPORAIS LEVES. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA 608/STF. DELITO CONSIDERADO HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME.

O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constragimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas daquele, para se exigir a representação prevista no artigo 88, da Lei nº 9.099/95 (HC nº 7.910/PB, Rel Min. Anselmo Santiago, in DJ de 23.11.1998).

Vigência da Súmula 608, do STF.

Consoante entendimento recentemente adotado pelo Col. STF, secundado por julgados desta Corte, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos (art. 1ª, da Lei 8.072/90), recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Hipótese dos autos em que incide a regra proibitiva da progressão de regime inserta no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90. Ordem denegada." (HC 21.423/SP. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. 5ª Turma. Julgado em 25/6/2002. Unânime).

Considerando o grau de reprovabilidade das condutas do acusado, altamente censurável. A natureza dos delitos, com emprego de violência real, a lesão a um bem jurídico de valor imensurável que é a opção de a vítima se relacionar sexualmente com quem pretender e não ser forçada para tal;

Considerando os efeitos que tais condutas acarretarão na vítima, com conseqüências, na maioria das vezes, incontornáveis. E, ainda, o fato de a ofendida ter perdido a sua virgindade em data recente, conforme atestou o laudo pericial nº 2343/02, do Instituto Médico Legal, da Polícia Civil/SP, fl. 110;

Considerando que o militar, entre outras implicações morais, sociais e jurídicas, tinha o dever de assegurar a segurança na Vila Militar, em Osasco/SP. Ao contrário, ficou a observar os passos da vítima, o horário em que seu patrão, um oficial superior do Exército, não se encontraria em casa, para dar o bote final;

Considerando que negou o tempo todo ser o autor dos delitos aqui caracterizados, agindo de forma tranqüila, como se nada houvesse acontecido. Dispondo-se o tempo todo a colaborar com a Defesa, inclusive tomando iniciativa para a confecção dos laudos, inclusive um deles vindo a confirmar a autoria do crime. Em primeiro instante, poderíamos pensar se tratar de uma pessoa com transtornos mentais, a ponto de comprometer a sua sanidade mental. No entanto, o laudo psiquiátrico e psicológico, emitido pelo Hospital Geral de São Paulo, do Ministério do Exército, concluiu pela imputabilidade do acusado, no qual se mostrava calmo, humor eutímico (sereno), orientado, atento, concentrado etc;

Considerando que se utilizou de arma para o cometimento dos delitos, uma faca enferrujada, e, ainda, em horário de serviço;

A pena final imposta ao acusado na sentença foi devidamente motivada, conforme ainda transcrição supramencionada:

> *"... Na atividade individualizadora da pena, o Conselho Permanente de Justiça, para efeitos de cálculo da pena base, com relação a todos os delitos praticados pelo Sd SÉRGIO, leva em consideração a premeditação fria e calculista do réu; sua personalidade ousada e extremamente desviada; o extremo desrespeito para com a hierarquia e para com o seu dever militar; a excessiva, desnecessária e desproporcional violência empregada para constranger MARIA NEUMA, jovem e franzina mulher, que chegou a perder os sentidos, por duas vezes, antes da consumação da indesejada prática do ato sexual, circunstâncias essas que demonstraram um altíssimo grau de culpabilidade e a periculosidade do réu.*
>
> *Leva ainda em conta, o Conselho de Justiça, a extensão dos danos físicos e moral, imediatos e futuros, causados à ofendida e, ainda, a atitude de insensibilidade do réu após o crime, sempre se negando a assumir a responsabilidade pelos atos praticados, demonstrando total falta de arrependimento; tudo indicando a necessidade de fixação das penas bases acima do mínimo legal ..." (fl. 518).*

Entendemos que a sentença de primeira instância deve ser mantida quanto às condenações do acusado como incurso no artigo 233 (atentado violento ao pudor), combinado com o inciso II, do artigo 30, e no artigo 232 (estupro), combinado com o artigo 237 qualificadora (em serviço), inciso II, e com o artigo 70, inciso II, alínea "m', tudo do Código Penal Militar.

No tocante às penas, estas se mostraram desproporcionais aos fatos ocorridos e comprovados durante a instrução criminal. A ocorrência de lesões corporais de natureza leve não excluem a aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

O excesso de violência utilizado pelo acusado ao agredir a sua vítima, em que esta veio a desmaiar por duas vezes; a conduta ousada do acusado, que, de forma dissimulada, pediu ao cabo da guarda autorização para trocar o seu posto, para o posto móvel, alegando estar muito cansado. Isso já fazia parte da confecção de seu plano para atacar a sua presa. A ousadia em praticar o ato criminoso, insistimos, em horário de serviço,

exercendo uma atividade com função precípua de garantir a segurança e proteção na Vila Militar, a sua negativa o tempo todo da autoria do delito, mostrando-se sempre pronto para qualquer esclarecimento em Juízo, inclusive pedindo a elaboração do exame de DNA, mostram, certamente, um tom debochado de tudo o que estava acontecendo à sua volta.

Sem contar, ainda, o desrespeito para com os seus superiores, com os princípios da hierarquia e da disciplina militar. Após a prática dos crimes irremediáveis, retornou ao serviço, como se nada houvessse acontecido. É frieza demais, ou loucura em excesso. A segunda hipótese não procede, pois o laudo psiquiátrico mostrou que o acusado se apresentava tranqüilo e com humor eutímico.

Quanto à aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, num breve esboço, cumpre esclarecer que o Código Penal Militar elenca, além das penas principais, as penas acessórias. Estas, por sua vez, não se aplicam isoladamente, mas em decorrência das primeiras. ***In casu***, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas não tem aplicação imediata, como pode nos levar a interpretação do artigo 102 do Código Penal Militar. Deve vir expressamente na sentença, ou imposta em grau de recurso, observada, evidentemente, a não ***reformatio in pejus***.

Aníbal Bruno, ***in*** *Direito Penal*, preconiza acerca da natureza das referidas penas:

> *"... Afetam, como as outras penas, determinados bens jurídicos do condenado, mas a sua função é mais preventiva do que repressiva e aflitiva. Na maioria dos casos, privam o réu de direitos que ele se mostrou indigno de exercer ou em cujo exercício viria a ter oportunidade para a prática de novos crimes.*
>
> *Daí alguns autores terem sugerido para essa espécie de penas a categoria de medidas de segurança, e para essa classificação é que elas parecem encaminhar-se. Em muitas delas esse caráter é evidente. O que as justifica é uma perigosidade criminal específica do réu, que a lei presume, em face do seu crime, para afastá-lo de uma situação em que ele poderá vir novamente a delinqüir." (Direito Penal, Tomo 3º, Pena e medida de segurança. Forense: São Paulo, 1967, P. 77).*

Feitas as devidas observações, mantemos a condenação do acusado, na forma abaixo:

Para o crime de estupro, fixamos a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, acrescida de 1/4 (1/5 a 1/3), considerando o reconhecimento da

agravante especial contida no inciso II (em serviço), do artigo 237, bem como a agravante genérica prevista no artigo 70, inciso II, alínea "m", porém, aplicando uma só delas, conforme disposição legal contida no artigo 74 (mais de uma agravante), tudo do Código Penal Militar, totalizando 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, como incurso no artigo 232, da Lei Substantiva Castrense.

Quanto ao crime de atentado violento ao pudor, na forma tentada, fixamos a pena-base de 3 (três) anos de reclusão, acrescida de 1/4 (1/5 a 1/3), em face da incidência das agravantes contidas no artigo 237, II, e no artigo 70, II, "m", na forma do artigo 74, tudo do Estatuto Penal Castrense, totalizando 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Aplica-se, ainda, a causa especial de diminuição de pena em razão de o crime ter ocorrido na forma tentada, portanto, diminuída de 1/3 (1/3 a 2/3), em face do artigo 30, inciso II, resultando em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

A pena unificada totaliza-se em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal comum, pois, apesar de ser crime hediondo na Justiça Comum, em face da Lei nº 8072/90, que exige o cumprimento total da pena em regime fechado, tal dispositivo legal não tem aplicação nesta Justiça Especializada.

E, ainda, a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, como dispõe o artigo 102 do Código Penal Militar.

Assim sendo, é por que DAMOS PROVIMENTO PARCIAL ao recurso do Ministério Público Militar e ao recurso da Defesa pois, apesar de manter a condenação, fixamos a pena-base acima do mínimo legal e refutarmos as razões recursais da Defesa, deixamos de tipificar o crime de lesões corporais, em face de sua natureza.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
APELAÇÃO (FO) nº 2004.01.049807-9/SP

Irresignados com a sentença prolatada pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 2ª CJM, que condenou o Sd Ex SERGIO FABIANO DOS SANTOS à pena de 08 (oito) anos de reclusão e 04 (quatro) meses de detenção por infringência aos artigos

232 c/c 237, inciso II, e artigo 70, inciso II, alínea "m", artigo 233 c/c 30, inciso II, e artigo 209, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, "ex vi" do artigo 102, tudo do CPM, apelam o Ministério Público Militar e a Defesa, o primeiro buscando a majoração da pena aplicada ao réu, e o segundo, pleiteando a absolvição pela prática do delito de atentado violento ao pudor, bem como a fixação da pena base em seu grau mínimo no tocante aos demais crimes e do regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

2. O Código Penal Comum define o crime de estupro, em seu artigo 213, como *"constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça."*

3. Em se tratando de lesões corporais leves, resultantes da violência empregada, estas são absorvidas, integrantes que são da violência real, tal qual o entendimento consagrado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Habeas Corpus nºs, 7910, DJ de 23/11/1998, Rel. Min. Anselmo Santiago e Resp 171426, **DJ de** 01/04/2002, Rel. Min. Vicente Leal e 21423, DJ de 26/08/2002, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca.

4. Contudo, entendo que, na hipótese da legislação penal castrense, tal entendimento não se aplica, em razão do que dispõe o artigo 232 ao disciplinar a pena para o delito de estupro, respondendo, pois, pelas lesões corporais em concurso material:

> *"Art. 232 – Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:*
>
> *Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos,* ***sem prejuízo da correspondente à violência."*** (grifo nosso)

5. Assim, é de se ver que, no caso em apreço, a vítima relatou que o acusado *"(...) agarrou a declarante e começou a bater-lhe, em seguida deu uma gravata na declarante, que, em virtude da violência de que estava sendo vítima, veio a desmaiar; (...) agarrou-a pelos cabelos e a conduziu para a saleta onde a obrigou a praticar sexo oral; (...)"*.

6. Ora, como se sabe, a palavra da ofendida, na prática de crimes contra os costumes, possui alto valor probante, tendo em vista que delitos desta natureza são praticados, via de regra, às ocultas, sem testemunhas.

7. Ademais, o Laudo Pericial de fls. 110 descreve a presença de lesões corporais praticadas contra Maria Neuma da Cruz Neto, caracterizadas como *"equimose em região escapular, escoriação em ombro esquer-*

do, equimoses em regiões escapular D, deltoídea E, ombro D, carotídea D, malar D, braços D e E e punhos D e E."

8. É de se frisar que a violência contra a mulher constitui uma violação de seus direitos humanos, reconhecida internacionamente pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em junho de 1993, como aliás se observa da redação de seu artigo 18:

> *"Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais (...). A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual (...) são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas (...) Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas (...), que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher."*

9. A propósito, destaco importante instrumento jurídico a reforçar tal preocupação: a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará).

10. Portanto, mantinha a condenação imposta na sentença de fls. 503/523, acompanhando o voto do Ministro Relator no tocante à fixação da pena para os delitos de estupro e de atentando violento ao pudor, qual seja de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, respectivamente, acrescentando, contudo, a pena de 04 (quatro) meses de detenção pela prática do delito de lesão corporal, resultando em 08 (oito) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em razão da unificação das penas, por força do disposto no artigo 79 do CPM.

11. Diante de tais considerações, votava no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso de Apelação interposto pela Defesa e dar provimento ao apelo do MPM para, mantendo a condenação, majorar a pena imposta ao Sd Ex SERGIO FABIANO DOS SANTOS para 8 (oito) anos e 11 (onze) meses de reclusão, como incurso nos artigos 209, 232 c/c 237, inciso II, artigo 70, inciso II, alínea "m", e 74, 233 c/c 237, inciso II, 70, inciso II, alínea "m" e 30, inciso II e 74, todos do CPM.

Superior Tribunal Militar, 03 de maio de 2005.

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Ministro do STM

ABANDONO DE POSTO. *INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. O abandono de posto, como crime de perigo, consuma-se quando, sem ordem superior, o militar se afasta do lugar de serviço sem autorização superior comprometendo a segurança e o normal funcionamento da instituição militar. Inexistindo a possibilidade de emissão de um juízo de certeza, a absolvição se impõe à vista do princípio "in dubio pro reo". Apelo a que se nega provimento. Decisão unânime.*

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

Revisor — Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre.

Apelante — O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição do 3º Sgt Mar Jefferson Duarte Anderson, do crime previsto no art. 195 do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 25/01/2005.

Advogadas — Dras. Maria Lucinda de Faria Barreiros e Vitória Régia da Silva Ward.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo do Ministério Público Militar para manter intocada a Sentença **a quo**. O Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA não participou do julgamento. Presidência do Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, na ausência ocasional da titular. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Henrique Marini e Souza. O Ministro Marcus Herndl encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 36ª Sessão, 16.06.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar para manter intocada a Sentença *a quo*.

Brasília, 16 de Junho de 2005 — Dr. *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Relator — Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Em 26 de julho de 2004, o MPM ofereceu denúncia contra o 3º Sgt. Jefferson Duarte Anderson, por violar, em tese, o preceito contido no art. 195 do CPM, requerendo a condenação do denunciado, (fls. 02/03).

> *"No dia 12 de abril de 2004, estando de efetivo serviço no Navio Lloyd "Rio Jaguaribe II", o ora denunciado ausentou-se do serviço antes de seu término.*
>
> *Conforme detalhe de serviço de fls. 81/82, o 3º SG JEFFERSON assumiu o serviço de vigia ao Navio "Rio Jaguaribe II" no dia 12 de abril de 2004, segunda-feira, com rendição às 7:30 horas no Cais da Bandeira.*
>
> *Porém, cerca das 19:00 horas daquele dia, sem qualquer autorização de seus superiores e sem justificativa, o denunciado se ausentou de bordo por mar, embarcando num caíco com destino à localidade conhecida como Praia das Pedrinhas. Nesse local, utilizando um veículo particular, dirigiu-se à oficina localizada na Rua Abílio José de Matos, nº 2578, em Porto Novo, São Gonçalo.*
>
> *A saída do denunciado não foi autorizada por nenhum superior, somente chegando a conhecimento geral por causa do desaparecimento de material do navio, supostamente retirado pelo denunciado."*

Recebida a denúncia em 06 de agosto de 2004 (fl.137).

Interrogado às fls. 151/153, o acusado Jefferson Duarte Anderson, 3º Sgt., respondeu que:

"(...) que o réu estava de serviço no dia 12 de abril de 2004 no navio Rio Jaguaribe II; que o réu não se ausentou de bordo como afirma a denúncia, já que não havia necessidade para tal; que, para levar o material que lhe serviria como sucata, o réu não precisava se ausentar do navio ou de seu posto, que, então, solicitou ajuda a um pescador, o qual não sabe o nome, e que poderia então dar destino ao citado material; que o réu não consegue entender como as investigações solicitadas apontaram para o abandono de serviço do réu; (...) que o réu estava a bordo e que dormiu a bordo do navio; que o réu ratifica integralmente o termo de interrogatório às fls. 31/33; que o serviço desempenhado pelo réu era o de guarda do navio e não dos materiais ali existentes; que o réu afirma que não existe no detalhe de serviço um quarto de hora já que se tem uma acerta FLEXIBILIDADE PARA O SERVIÇO e que são três os militares que tiram o serviço de guarda do navio; (...) que o réu, embora não possa precisar afirma que desceu até o caíco por volta das 19h do dia 12 de abril, que o réu então fora ajudar a fazer a amarração do material que já estava no caíco; que a amarração demorou mais de uma hora; que o marinheiro Alexandre pode ter percebido a sua falta nesse momento, isso possivelmente; que somente o citado marinheiro poderia notar a falta do réu já que o CB Claudio estava dispensado do serviço como assim já citado; que o réu não acompanhou o pescador até a Praia das Pedrinhas e que da mesma forma não foi a essa praia particular, já que o local onde o material foi desembarcado fica próximo à Praia das Pedrinhas, isto é, que a oficina fica localizada próxima à Praia das Pedrinhas; que os materiais descritos no seu termo de interrogatório foram cedidos pelo SO Matos e que, se o réu tivesse a intenção de se ausentar de bordo sem autorização, teria levado para um bar que tem no piscinão de São Gonçalo e que fica mais próximo que a oficina onde seria utilizado todo esse material, mas que não o fez; que o réu só se deslocou do caíco e "retornou" para bordo; (...) que o detalhamento nos termos do vigia 1, do vigia 2 e do vigia 3 não são seguidos pelo réu, isto é , que os citados termos não têm qualquer utilização em face de localização, atividade ou horário no navio; que o serviço é tirado com uma certa flexibilidade, tendo em vista as peculiaridades do mesmo;

que as atribuições do réu no Navio se prendem ao fato de o Navio não desgarrar, abalroar ou ainda evitar que "vá a pique"; que o serviço é tirado com armado a fim de evitar que civis ou pessoas estranhas ingressem no Navio; (...) que o réu consentiu que o pescador que lhe auxiliou na transferência dos materiais visitasse o Navio, já que não lhe inspirou perigo o mencionado civil e que ficou o tempo todo ao lado do acusado; que o MN Alexandre observou, ainda que em parte, toda a transferência e amarração do material; que o citado marinheiro não chegou a lhe questionar a respeito; que o réu após executar todo a amarração foi tomar banho; que o MN Alexandre não chegou a questionar o réu já que tinha conhecimento da possível concessão de transferência do material dada pelo SO Matos ao acusado".

A testemunha do MPM CB-FN CLÁUDIO FIGUEIREDO PULLIG declarou (fls. 154/155):

*"**Às perguntas do Conselho/Juiz-Auditor respondeu:** (...) que o depoente nada sabe acerca do abandono de posto do réu na data de 12 de abril, já que não estava a bordo, que só veio a saber dos fatos no dia seguinte, tendo em vista o desaparecimento dos alusivos materiais, o que subentendeu que alguém teria entrado no Navio ou que um militar houvesse extraviado o material; (...) que não havia um horário preestabelecido para os militares que tiravam serviço a bordo nem a sua localização; que não há qualquer importância nas termos de vigia 1, vigia 2 ou vigia 3; que o depoente já viu o réu estando de serviço se ausentar de bordo com destino a uma ilha no Baía de Guanabara e que o réu o fez embarcando em um pesqueiro que não na lancha da Capitania dos Portos; que tal fato se deu mais de uma vez; (...) que o réu em determinadas ocasiões só voltava no outro dia. **Às perguntas do MPM, respondeu:** que tais ausências se deram no início ou final do mês de março de 2004; que o réu não se justificava em face de suas ausências, apenas indicava que iria visitar o seu sogro; que o MN Alexandre e o civil Juarez podem confirmar tais afastamentos do serviço; (...)".*

À fl. 156, a testemunha do MPM civil JUAREZ FERREIRA PEREIRA declarou:

*" **Às perguntas do Conselho/Juíza-Auditora respondeu:** que a testemunha não sabe se o réu estava ou não a bordo na data e hora indicados na denúncia; mas que em determinadas ocasiões o depoente já presenciou o réu fora de bordo quando deveria estar a bordo do Navio, isto é, que se deslocava na lancha até o cais do CIAW para a rendição; (...) afirma que no último serviço dado pelo acusado houve o extravio de vários materiais existentes no Navio, ou seja, no momento em que a testemunha saiu de bordo os materiais lá estavam e ao retornar no dia seguinte os citados materiais já não estavam mais; que o depoente foi então indagar do réu acerca do destino dado aos materiais; que o acusado lhe disse que não deveria se preocupar e que assumiria a inteira responsabilidade pelos fatos; que o citado dia fora o mesmo em quie se deu a ausência de bordo do acusado; (...) que o réu não tinha autorização para dar qualquer destino ao material extraviado; inclusive lhe foi negada a "doação" de tais materiais pelo SO Matos; (...) que era freqüente o réu não estar a bordo quando da rendição do serviço; (...) que o réu em várias ocasiões já regressou com o depoente na lancha do meio-dia, quando deveria permanecer a bordo, já que estava de serviço; (...)".*

Inquirida às fls. 178/179, a testemunha MN-QS BRUNO ALEXANDRE DA SILVA declarou:

*"**Às perguntas do Conselho/Juíza-Auditora respondeu:** que não houve abandono de posto no dia do fato, pois além da testemunha, o acusado também deveria tirar serviço; que tinha sido dispensado em virtude de sua filha teria apresentado problema de saúde e que em nenhum momento o acusado se ausentou do serviço; que a testemunha tem certeza; que até 22 h quando foi dormir o acusado se encontrava no local e pela manhã também; que tem certeza que às 19 h estava ao lado do acusado; que sabe que o acusado teve um atrito com o SO Matos; (...) **Às perguntas do MPM, respondeu:** que nesta noite 2 pessoas subiram a bordo do navio e pelo que sabe não estavam autorizadas; que não eram militares; que essas pessoas eram conhecidas do acusado; que viu o SG Jefferson ajudando esses dois civis a colocarem o material retirado do Navio no caíco que isso acorreu por volta de 21 h; que a testemunha avisou ao SG Jefferson que os civis estavam colocando objetos no caíco; que esse trabalho durou cerca de 1 hora; que a partir daí foi dormir; (...)".*

A Defesa não apresentou testemunhas.

Em alegações escritas, o MPM declarou não estar plenamente convencido de que tivesse havido o crime de abandono de posto, entendendo que a melhor justiça seria feita com a absolvição do réu por insuficiência de provas, nos termos do art. 439, alínea "e", do CPPM (fls. 189/191).

> *"Foram ouvidas em juízo 03 testemunhas, sendo que nenhuma delas confirmou ter, no dia dos fatos, constatado a ausência do acusado da OM.*
>
> *(...)*
>
> *Como reforço, ressaltamos que também durante o IPM nenhuma testemunha afirmou categoricamente, ter notado a ausência de bordo do réu.*
>
> *Na fase do art. 427 do CPPM nada foi requerido.*
>
> *Isto posto, não existe uma única prova segura da ausência do réu nos termos da denúncia. Há apenas dois depoimentos no sentido de que em algumas ocasiões, sem poder precisar as datas, o réu ausentou-se sem autorização.*
>
> *No que se refere ao crime aqui analisado, no entanto, ninguém confirmou os fatos."*

Às fls. 196/197, a Defesa apresentou alegações escritas, ratificando e louvando as considerações da ilustre representante do MPM, no sentido de que fosse proferida a sentença absolutória, em atendimento aos preceitos legais do CPPM.

O Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM resolveu, por unanimidade de votos, absolver o acusado 3º SG-MO JEFFERSON DUARTE ANDERSON, com base no art. 439, letra "e", do CPPM, alegando que (fls. 215/219):

> *"O acusado ao ser interrogado disse, em síntese, que não se ausentou no dia 12 de abril do Navio "Rio Jaguaribe II" e que permaneceu a bordo tendo dormido no navio.*
>
> *As testemunhas trazidas pelo MPM nada disseram sobre a denúncia.*
>
> *A primeira delas – CB Claudio Pullig sequer estava de serviço no dia 12 de abril (fls. 154).*

As demais testemunhas trouxeram fatos desabonadores a conduta do acusado, mas nenhum sobre o abandono de posto que teria ocorrido no dia 12 de abril.

(...)

O Ministério Público Militar em alegações finais desse que a melhor justiça seria feita com a absolvição do réu por insuficiência de provas, considerando-se que "concluída a Instrução Criminal, os fatos narrados na exordial não restaram comprovados de forma a permitir um pedido condenatório".

Em sustentação oral, porém, o MPM requer a condenação na pena mínima, pois tratava-se ***" de crime de abandono de posto e que teria resultado em furto de material do Navio ao qual o acusado servia, todavia, não é o furto que estava em julgamento. Tanto assim, que na exordial pediu o arquivamento desse crime, tendo em vista que o furto foi de valor insignificante (R$ 30,00), e que o próprio acusado ressarciu essa quantia. Lembrou, que o acusado em fase de IPM confessou ter retirado o material e ter se ausentado do posto que tirava serviço, sem que para isso houvesse tido qualquer autorização. Já em Juízo nega tudo isso. As testemunhas aqui trazidas pelo Órgão Ministerial foram uníssonas ao dizerem que presenciaram outras ausências do acusado, quando de serviço, ou seja, essa não teria sido a primeira vez que o mesmo praticava tal conduta delituosa, apenas nas demais vezes não fora pego ou então teria sedo abonado, ou tão somente chamado a atenção dentro da OM. Por todo o exposto e, por estar provado o crime de abandono de posto, pedia a condenação do acusado com base no art. 195 do CPM, porém que fosse aplicada a pena mínima".***

De fato há fortes indícios de que o acusado teria se ausentado até mesmo porque era comum tal prática.

Ocorre que tal prática era aceita (atrasos e saídas durante o serviço) por seus superiores, tanto assim que nunca foi punido, e diga-se tratavam-se de meras transgressões disciplinares, fato ressaltado pela defesa do acusado.

Atrasos em dias anteriores não podem ser consideradas provas indiciárias de um crime que teria sido cometido no dia 12 de abril, dia em que ninguém notou a falta do acusado, nem mesmo Alexandre que tirava serviço junto com o mesmo.

Diga-se a bem da verdade que o acusado é um mau militar e pelos depoimentos trazia transtornos a sua Organização Militar, sem que seus superiores nada fizessem, apenas homologavam o mau comportamento do 3º SG Jefferson, fato esse que causava mal estar na OM.

Considerando-se que o crime de furto havido não está sendo julgado, resta ao Conselho Permanente de Justiça absolver o acusado; e, ainda, por unanimidade de votos, absolver quanto ao crime previsto no art. 195 do CPM, considerando-se o multissecular princípio do ***"in dubio pro reo"****.*

Às fls. 228/232, recorre o MPM requerendo que seja dado provimento ao apelo para reformar integralmente a decisão do Conselho Permanente de Justiça, aguardando o *Parquet* um decreto condenatório da Egrégia Corte. Fundamenta:

"De fato, nenhuma das testemunhas ouvidas, tanto na fase de IPM como em juízo, revelou expressamente ter visto, presenciado ou assistido a saída do réu naquela oportunidade. Todas relatam saídas anteriores, em outros serviços, por diversas vezes. Não há prova ***direta*** *da prática do delito apontado na denúncia.*

Mas não se pode proferir decreto condenatório quando inexistem testemunhas do fato? Nos casos de furto, em que a clandestinidade é a característica, não haveria condenação jamais?

Evidentemente o Direito Processual Penal brasileiro encontrou solução para tais hipóteses. Não havendo prova direta, deve o órgão julgador partir para a análise lógica ou crítica de todos os elementos contidos nos autos.

Nesse diapasão, é oportuno transcrever trecho da obra do renomado jurista JOSÉ FREDERICO MARQUES acerca da prova indireta:

> ***"O indício tem como ponto de partida um fato provado. Por essa razão, fonte dos indícios podem ser as várias provas diretas em que possa descansar a demonstração desse fato. Um trecho de depoimento testemunhal, ou o tópico de um interrogatório; ao vestígios materiais que a infração deixou e que o auto de corpo de delito registra, assim como elemento sensível colhido no exame do corpus strumentorum; as declarações do ofendido, ou a atitude do réu no interrogatório – tudo isso pode constituir elemento indiciário comprovando fatos de que ulteriormente tirará o juiz as suas ilações a respeito do thema probandum. ' As circunstâncias indiciárias', como diz GIANTURCO, 'resultam de qualquer ato processual e de qualquer meio de prova".***
>
> *A prova indiciária, nestes autos, é exuberante. Em todo lado se pode encontrar depoimentos que confirmam que o abandono de posto era um hábito, uma rotina para o réu.*
>
> *A retirada do material de bordo do navio foi presenciada por quem estava de serviço. Outras subtrações se verificaram anteriormente, sempre encabeçadas pelo réu. O material foi encontrado exatamente na oficina indicada, e durante o IPM o próprio réu declarou que transportou o material em uma caminhonete Pampa.*
>
> *(...)*
>
> *Restou, enfim, inquestionável a conclusão segundo a qual a prática criminosa está pacificamente comprovada pela prova indiciária".*

Em contra-razões, a Defesa sustenta que, como consta dos autos, o acusado nem sequer fora anotado no livro de contravenções disciplinares no dia do fato, não tendo sido, portanto, punido administrativamente, confirmando a míngua de provas. Assim, a Defesa requer e ratifica a absolvição do acusado como medida de Justiça, ressaltando ainda (fls. 234/235):

Às fls. 191 usque 193, a Ilustre Procuradora requereu a absolvição do acusado, por entender ser medida de justiça.

Às fls. 210, em alegações orais a Ilustre Promotora, requereu a condenação, talvez por entender que não se deve julgar pelas provas apresentadas, mas sim por achar ser uma questão de lógica.

Entende a Defesa, que para se requerer um pedido condenatório é de que haja provas robustas, caso contrário será ***"in dúbio pro reo"****.*

O ônus da prova cabe a quem a alega e a Ilustre Promotora em todo o IPM não conseguiu fazê-lo.

(...)

E como o Eminente jurista Evandro Lis e Silva brilhantemente disse:

" É melhor absolvermos um culpado, do que condenarmos um inocente"."

Em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Arilma Cunha da Silva, a PGJM opina pelo conhecimento e improcedência do Apelo, com a manutenção da sentença recorrida, vez que prolatada de acordo com a lei e as provas dos autos (fls. 249/251):

Inteira razão assiste à defesa do Apelado quando constata que as provas não são suficientemente robustas para condenar o militar. Os testemunhos apenas demonstraram que a conduta do militar era desidiosa, contudo ninguém presenciou o abandono de posto naquele dia.

(...)

Tudo indica que houve omissão por parte da administração militar que tendo ao seu dispor o poder hierárquico, deixou de exercitá-lo em relação ao 3º Sgt Mar Jefferson Duarte Anderson.

Cumpre ressaltar que o bom administrador deve pautar sua administração na moral comum, deve decidir entre o que é honesto e desonesto; o que é legal e ilegal; o justo e injusto; o oportuno e inoportuno sempre visando o bem comum, não sendo, contudo, o que vem ocorrendo na administração do navio Rio Jaguaribe II.

Além disso, é função da administração controlar e corrigir as atividades administrativas de âmbito interno. Controlar significa acompanhar a conduta de cada militar; corrigir os atos dos inferiores hierárquicos adequando-os quando impropriamente utilizados. Do poder hierárquico, decorrem faculdades implícitas ao superior, dentre elas temos a de fiscalizar, mantendo os subalternos dentro dos padrões legais; avocar é chamar para si função originalmente atribuída a um subordinado (segundo Régis Fernandes de Oliveira, RT 663/21) e rever os atos de inferiores hierárquicos em todos seus aspectos (Competência, objeto, oportunidade, conveniência, justiça, finalidade e forma). Existem instrumentos de controle administrativo que estão à disposição dos superiores caso desejem exercê-los.".

Relatados, decide-se.

VOTO

Razão assiste à Defesa.

A Denúncia apresentada contra o MN Jefferson Duarte Anderson faz incidir, contra ele o crime previsto no art. 195 do CPM, qual seja, abandono de posto, narrando que no dia 12 de abril de 2004, quando de serviço no Navio Rio Jaguaribe II, por volta das 19 horas embarcou em um caíco indo até a Praia das Pedrinhas.

Interrogado, confirmou que estava a bordo naquele dia, mas não se ausentou tendo inclusive dormido no navio.

As testemunhas arroladas afirmam que nada sabem a respeito do citado abandono, deixando, assim, a acusação sem substância probante, tanto é que o MPM, em alegações requereu a absolvição do acusado.

Em julgamento o MPM, com outro representante, requereu a condenação alegando estar provado o abandono.

Evidentemente, o Conselho, examinando a prova produzida proferiu sentença absolutória com base na letra "e" do art. 439 do CPPM, que deve ser mantida por esta Egrégia Corte, como faz certo, inclusive, o parecer fornecido pela Procuradoria Geral quando afirma (fls. 251):

"...Inteira razão assiste a Defesa do Apelado quando constata que as provas não são suficientemente robustas para condenar o militar...".

APELAÇÃO Nº 2005.01.049903-2-CE

CORRUPÇÃO ATIVA. TENTATIVA DE EVASÃO DE PRESO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. *Insuficiência probatória enseja a absolvição do acusado face ao crime entabulado no art. 309 do CPM. No que se refere ao art. 180, §1º, do CPM, merece reforma a decisão por ter incidido em erro ao aplicar a pena. Segundo a sistemática adotada pelo Código Penal Militar, não poderia aplicar uma atenuante genérica, art. 72, I – menoridade, para reduzir a pena aquém do mínimo cominado, admitindo-se, somente, a redução facultativa da pena, art. 48, parágrafo único, do Estatuto Penal Castrense. Denunciado em 19 de maio de 2003 e condenado aos 15 de fevereiro de 2005, sendo certo, ainda, que era menor de 21 anos e época do cometimento do delito, com fundamento no inciso VII dos arts. 125 e 129, todos do CPM, reconhece-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Apelo Ministerial provido, à unanimidade. Apelo Defensivo parcialmente provido, à unanimidade.*

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

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

Apelantes — Ministério Público Militar e Fábio Passos, Civil, condenado à pena de 02 meses e 10 dias de detenção, como incurso no art. 180, § 1º, do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos e o direito de apelar em liberdade, fixando-se o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena, "ex vi" do art. 33, § 2º, do CP, c/c o art. 110 da LEP.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, de 15/02/2005.

Advogados — Drs. Erasmo Lopes Matias de Freitas, Defensor Público da União, e Carlos Henrique da Rocha Cruz, Advogado-de-Ofício.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao apelo ministerial para, mantendo a condenação, aumentar a pena imposta ao Civil FÁBIO PASSOS para 04 meses de detenção, como incurso no art. 180, § 1º, c/c o art. 48, ambos do CPM e, **por unanimidade**, deu provimento parcial ao apelo defensivo para declarar a extinção da punibilidade do crime pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena **in concreto, ex vi** do art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VIII, e 129, todos do CPM. O Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Marisa Terezinha Cauduro da Silva. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros, Marcus Herndl, Marcos Augusto Leal de Azevedo e Flávio de Oliveira Lencastre. (Extrato da Ata da 59ª Sessão, 29.09.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, dar provimento ao apelo ministerial para, mantendo a condenação, aumentar a pena imposta ao Civil FÁBIO PASSOS para 04 meses de detenção, como incurso no art. 180, § 1º c/c o art. 48, ambos do CPM e, por unanimidade, dar provimento parcial ao apelo defensivo para declarar a extinção da punibilidade do crime pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena *in concreto, ex vi* do art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VIII, e 129, todos do CPM.

Brasília, 29 de setembro de 2005 — Gen *Ex Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Relator — Alte Esq *José Alfredo Lourenço dos Santos*, Ministro-Revisor

RELATÓRIO

Em 29 de abril de 2003, o MPM ofereceu denúncia contra o civil Fábio Passos, requerendo a condenação do ex-soldado às penas do art. 180, § 1º, c/c o art. 309, na forma do art. 79, tudo do CPM, com base nos seguintes fatos (fls. 02/05):

"(...)

Ora, de acordo com a peça inquisitorial, no dia 26 de agosto de 2002 o denunciado encontrava-se preso preventivamente no xadrez do Parque Regional de Manutenção/10, prisão esta decretada nos termos dos art. 254 e art. 255, alíneas "b", "d" e "e", do CPPM e, inquestionavelmente, revestida de todas as formalidades legais à espécie, caracterizando-se, destarte, como legítimo cerceamento cautelar da liberdade.

Todavia, não obstante a legalidade e legitimidade da providência judicial, o ex-soldado Fábio, após angariar a confiança e iludir a percepção de um jovem aluno do NITEC – José Wilson Evangelista Rodrigues (fls. 55/6) – apoderou-se de uma barra de ferro e golpeou a parede em que estava fixada a grade da cela, no afã evidente de evadir-se da custódia preventiva.

Ocorre que as pancadas da barra de ferro na parede foram ouvidas pelo soldado Antônio Edvaldo de Silva Lino (fls. 53/4) que, incontinenti, diligenciou para averiguar o que estava acontecendo, oportunidade em que flagrou o denunciado em sua empreitada, sendo que este chegou a oferecer-lhe a quantia de R$ 50,00 (cinqüenta reais) para que o ajudasse a fugir, ou ao menos, para que não o delatasse.

Sábia e corretamente, porém, o soldado Antônio não aceitou a ilícita proposta e rapidamente comunicou o fato à autoridade militar competente, notícia esta que, em derradeira análise, culminou com a instauração do inquérito policial em epígrafe.

Destarte, com estes comportamentos o denunciado violou, sucessiva e gravemente, a lei penal militar, ofendendo a Autoridade e a Disciplina, bem como, a própria Administração Castrense.

(...)"

Recebida a Denúncia em 19 de maio de 2003 (fls.172/173).

Interrogado às fls. 213/217, o acusado Fábio Passos respondeu que apenas a primeira imputação que lhe é feita, ou seja, ter forçado a grade do xadrez para tentar sair, é verdadeira, sendo a segunda, ter oferecido uma quantia em dinheiro a um soldado para que o mesmo não comunicasse seus superiores, falsa. Ressaltou ainda:

"... que só depois soube que sua conduta de tentar evadir-se do xadrez, caracterizaria crime;... que tem a alegar contra o Sd. Edvaldo que desde que o interrogando entrou no quartel, aquele militar nunca gostou do interrogando;... que não está sendo e nunca foi processado por qualquer outra infração; que na época dos fatos, soube que seu filho Thalison, então com cinco anos de idade, estava doente; que por isso, o interrogando sentiu fortes dores de cabeça; que, por esses motivos, sentiu raiva da situação em que se encontrava e, por isso, pegou a barra de ferro e bateu com ela na grade do xadrez;... que, no dia dos fatos, comentou com o pessoal da guarda que estava sentindo fortes dores de cabeça;... que estas dores de cabeça não melhoraram nos dias seguintes; que, inclusive, depois foi levado a um psiquiatra; que o psiquiatra receitou-lhe comprimidos de DIAZEPAN 10 mg; que com isso suas dores de cabeça melhoraram um pouco; que mesmo depois de ser liberado do xadrez, continuou sentindo algumas dores de cabeça; que, atualmente, ainda sente tais dores;..."

A testemunha do MPM, Cabo ANTÔNIO EDVALDO DA SILVA LINO, declarou (fls. 226/229):

"... que o contato que tinha com o Sd. Fábio só ocorria, quando o depoente estava de serviço na guarda do quartel; que daquelas ocasiões, recorda que era freqüente o Sd. Fábio queixar-se de dores; que não sabe onde seriam estas dores (cabeça, abdômen, etc.); que, nessas oportunidades, o Sd. Fábio era atendido pelo médico do quartel e, ao que sabe, o médico ministrava injeção no Sd. Fábio; que não sabe que injeções eram essas; que não aceitou a proposta do acusado de pagar-lhe R$ 50,00 reais (cinqüenta reais) para ajudá-lo a fugir, porque era uma proposta sem lógica, uma vez que o depoente trabalha pela segurança do quartel, quando está de serviço;... às perguntas formuladas pelos Srs. Juizes Militares, respondeu que nunca teve qualquer desentendimento com o acusado, inclusive nem o conhecia, antes de vê-lo preso, no quartel;... às perquirições da Defesa, respondeu que quando do diálogo com o Sd. Fábio, no momento em que foi constatado o afastamento da grade do xadrez pelo depoente, o Sd. Fábio aparentava estar calmo, no sentido de travar uma conversa normal com o depoente; que, em outras oportunidades, o Sd. Fábio fazia algum barulho na cela e

falava alto, reclamando; que essas reclamações, às vezes, eram no sentido de que ele estaria sentindo dores na barriga; que nessas ocasiões, era chamado o Comandante da Guarda, o qual, por sua vez, acionava o médico que vinha até à cela;..."

Outra testemunha do MPM, 2º Sgt. Ex. JANNSEN DAVIS DE OLIVEIRA LEITE, declarou às fls. 232/234:

"... que inclusive os reparos e os reforços registrados na foto foram feitos pelo depoente;... que não tinha contato com o Sd Fábio no quartel; que depois dos fatos dos autos ouviu comentários no quartel de que o Sd Fábio tinha problemas, mas não sabe que problemas seriam esses; que não conversou com o soldado Edvaldo sobre a tentativa de fuga do Sd Fábio;..."

Inquirida, a testemunha 3º Sgt. Ex. ALISSON ARIEL FERREIRA NUNES, declarou às fls. 237/240:

"... que, salvo engano, por duas vezes, estava de serviço como Comandante da Guarda, enquanto o então Soldado Fábio encontrava-se preso; que não só no seu serviço, nas também em outros serviços, o Sd. Fábio pedia para ser atendido pelo médico; que o acusado se queixava, naquelas oportunidades, de dores na região do fígado;... às indagações do Representante Ministerial, respondeu que, no dia dos fatos dos autos, o Sd. Fábio não recebeu visita, até porque se tratava de um domingo, dia no qual as visitas não eram autorizadas; que também não recebeu qualquer telefonema, até porque isso não era autorizado; que, após o Sd. Edvaldo ter-lhe participado o ocorrido, foi verificar o que estava acontecendo e, então, o Sd. Fábio disse ao depoente que o filho dele, Sd. Fábio, estaria doente; que o Sd. Fábio não teceu maiores detalhes sobre essa doença; que essa informação sobre a doença do filho, foi dada pelo Sd. Fábio a título de justificativa da tentativa de fuga; que, no dia dos fatos, não se recorda se o Sd. Fábio tenha reclamado de sentir fortes dores ou qualquer outro problema de saúde; que considera que o dano produzido na grade teria sido ocasionado durante mais de um dia, em razão do fato de o Sd. Fábio haver dito que conseguira a barra de ferro, na sexta-feira, tendo sido constatado em flagrante, no domingo; que, embora houvesse a previsão regulamentar, nesse sentido, naquele dia, não houve a revista da cela, como também no dia anterior; que tão logo o Sd. Edvaldo comunicou ao depoente a tentativa de fuga, informou, também, que o Sd.

Fábio havia oferecido a ele, Sd. Edvaldo, uma quantia em dinheiro para não ser delatado;..."

Em 21/07/2003, a Defensoria Pública da União declarou não ter testemunhas a apresentar (fls. 254/255).

Em alegações finais escritas, o MPM requer a condenação do acusado nas sanções do art. 180, § 1º, c/c o art. 309, na forma do art. 79, tudo do CPM, com a aplicação da atenuante prevista no parágrafo único do art. 48 do mesmo diploma legal, em face da semi-imputabilidade do acusado. Fundamenta (fls. 365/369):

"Antes de adentrar no mérito das presentes alegações, é mister esclarecer que o ex-Sd ***FÁBIO PASSOS*** *encontrava-se recolhido ao xadrez do Parque Regional de Manutenção/10, no dia em que tentou evadir-se* ***(26/08/02), não em decorrência de prisão preventiva****, como dito na denúncia,* ***mas sim pelo delito de deserção****, como se constata às fls. 39, 98 e 123. Na verdade, o ilustre Procurador Dr. ANTÔNIO CERQUEIRA havia requerido a prisão preventiva do acusado em* ***01/10/02****, mas desistiu do pedido em* ***15/10/02,*** *requerendo-a novamente em* ***05/12/02****, ocasião em que a mesma foi decretada (fls. 129), bem depois, como se vê, da ocorrência dos fatos tratados na denúncia.*

(...)

Para o ilustre Procurador, desde que comprovada a nulidade do ato de incorporação do então Sd. ***FÁBIO****, pelo reconhecimento da aquisição das condições de arrimo de família após a incorporação (art. 31, § 2º, b, da Lei nº 4.375/64), o que redundaria em sua desincorporação, a prisão do mesmo por deserção seria ilegal e, em consequência, legítimo seu direito de fuga.*

(...)

Embora atropelada pelo início do presente processo, a questão prejudicial viu-se resolvida, com a juntada de peças e a oitiva da Sra. DANIELE PEREIRA DE SOUSA, companheira do acusado (fls. 160).

(...)

Nenhuma das hipóteses elencadas no § 8º do art. 105 do Decreto nº 57.654/66, que descrevem as situações em que o

convocado é considerado como arrimo de família se ajusta ao ora acusado, tendo em vista que a criança nem mesmo é registrada como seu filho, mas sim de um tio de nome Marcos Antônio Rodrigues, ainda segundo a Sra. DANIELE.

Assim, inexistindo causa de nulidade no ato de incorporação do então Sd. ***FÁBIO****, conforme aventado na promoção de fls. 91, a prisão de mesmo pelo crime de deserção era perfeitamente legal, à época dos fatos tratados nestes autos, razão por que a tentativa de fuga se revestiu de caráter criminoso, confirmando o delito capitulado no art. 180, § 1º do Código Penal Militar.*

Agora adentrando nos fatos relativos ao processo em referência, conclui-se, pela análise da prova contida nos autos, tanto a da fase pré-processual como a da instrução criminal, que o acusado efetivamente praticou os delitos que lhe foram atribuídos na denúncia.

(...)

As alegações do acusado não encontram respaldo na prova testemunhal,...

(...)

Não se vislumbra, nos autos, qualquer prova, seja testemunhal, seja documental, da doença do filho do acusado, motivo alegado para a tentativa de fuga."

A Defesa, em alegações escritas, requer (fls. 379/380):

"(...)

O reconhecimento da preliminar suscitada, com a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu ser julgado apenas pela prática do delito previsto no art. 180, § 1.º, do CPM;

Que, frente às provas coligidas, em especial ao laudo médico-pericial acostado, seja reconhecida a inimputabilidade do acusado, absolvendo-o das acusações formuladas;

Em não acolhido o pedido antecedente, a absolvição, por atipicidade da conduta, vez que a tentativa de fuga era plenamente legítima pois o acusado era, à época dos fatos, arrimo de família, não tendo cometido qualquer infração penal;

d) A improcedência dos pedidos formulados na denúncia, por inexistência de arrombamento, não configurando-se o delito narrado no art. 180, § 1.º, do CPM;

A absolvição do réu, por não haver provas que autorizem a prolação de decreto condenatório, em relação ao crime de corrupção ativa."

Fundamenta a Defesa em alegações escritas (fls. 371/380):

" II. PRLIMINARMENTE

II.1 DA REDUÇÃO DO ESPECTRO ACUSATÓRIO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

De acordo com a denúncia, o acusado teria cometido os crimes de tentativa de evasão de prisão militar e corrupção ativa, sendo notório que o delito de corrupção ativa configurou apenas o meio para o fim, que seria a fuga.

Observa-se, segundo a doutrina, que há a absorção do primeiro delito pelo segundo. Segundo o Prof. Damásio E. de Jesus:

(...)

Logo, além de ser óbvio que o acusado não teria capacidade de fugir sozinho da prisão, já que não conseguiu nem mesmo arrombar a cela, ele pediu auxílio para efetivar sua fuga, sendo portanto, apenas um modo para conseguir sua liberdade, ou seja, evadir-se da prisão militar.

A acusação tenta separar na denúncia os dois fatos, mas fica claro que na descrição abstrata desses dois tipos não há um liame lógico, porém, dentro da configuração concreta do caso, como é o descrito, fica fácil notar a relação e, portanto, a consunção.

(...)

III. DO MÉRITO

(...)

III.1 DA INIMPUTABILIDADE DO RÉU

Podemos observar que a conduta do acusado foi motivada por doença mental que o mesmo tem, tanto é que não pôde ser reincorporado às fileiras do Exército e teve o processo de de-

serção arquivado, conforme regula a Súmula nº 8 do STM e a decisão constante nos autos, nas fls. 146/147.

(...)

É óbvio o enquadramento do que está disposto no caput do art. 48 do CPM que trata da inimputabilidade do agente, afirmando, com as mesmas palavras afirmadas pelo perito, que Fábio Passos não tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato no momento em que proferiu os golpes contra a parede da prisão em que se encontrava.

(...)

III.2 DA LEGITIMIDADE DA CONDUTA – ILEGALIDADE DA PRISÃO – NULIDADE DO ATO DE INCORPORAÇÃO

(...)

Logo, apesar da lei não trazer o efetivo conceito de arrimo, podemos afirmar que o réu encontrava-se na situação de arrimo quando à época de sua prisão onde ocorreu o delito que lhe foi imputado.

Isso porque, de acordo com a lei 4.375/64, art. 30, f, serão dispensados de incorporação aqueles que firmarem situação de arrimo de família.

Ora, é notório que o mesmo era arrimo de família pois tinha um filho menor de idade com sua companheira. Apesar de não existir seu nome na certidão de nascimento da criança, foi comprovado que o acusado é o pai, até porque de acordo com o testemunho da sua companheira, presente nas fls. 160 dos autos ela afirma:

(...)

A situação do acusado é de extrema humildade e pobreza. Tanto fica caracterizado a responsabilidade do sustento da família que quando entrou no exército sua companheira e seu filho, que moravam com ele, ficaram sem condições de viver, tendo a mesma que morar com uma prima, já que o seu companheiro encontrava-se preso.

(...)

III.3 DA ATIPICIDADE DA CONDUTA – INEXIXTÊNCIA DE ARROMBAMENTO – ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO PENAL

(...)

Analisando a conduta do acusado podemos verifivar que foi constatado um pequeno dano na parede interna da prisão. Podemos até mesmo verificar que esses golpes foram proferidos no momento de raiva do acusado, que, como já foi dito, sofre de uma doença metal.

Podemos constatar que não restou configurado o tipo penal, pois diferente do que está descrito na denúncia, o Sd Edvaldo não flagrou o mesmo nem sequer com a barra que foi descrita, conforme depoimento nas fls. 225/229 dos autos:

(...)

Como pode então, o Sd. Edvaldo afirmar que essas batidas eram realmente provenientes do acusado tentar arrombar a grade do xadrez? Talvez, em decorrência de sua doença o Sd. Fábio estivesse batendo no chão da prisão ou quem sabe até mesmo em si próprio, pois de acordo com o laudo sua doença é de auto-agressividade.

(...)

O tipo penal em análise exige que haja arrombamento, o que – da própria leitura da denúncia e da fotografia que repousa às fls. 34 dos autos – pode-se concluir com inquestionável convicção que não houve. A conduta de danificar a parede da cela é irrelevante se não resultar em arrombamento. A grade da cela não foi retirada, não foi rompida, não foi posta ao chão. Assim, não há que se falar em arrombamento.

III.4 DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA

Insustentável a imputação do crime ao acusado em virtude da insuficiência probatória dos autos. Isso facilmente se depreende quando se atenta para o fato de que em nenhum momento durante o decorrer do processo foi configurado que o Sd Fábio tentou corromper o Sd Antônio Edvaldo de Silva Lino, a não ser pela afirmação deste, que poderia facilmente querer agravar a situação do acusado.

Assim, perceba-se que todas as testemunhas ouvidas somente reafirmam o que ouviram do Sd Edvaldo,...

(...)

Alem disso, acredito que seria inviável essa proposta que o Sd. Edvaldo afirma que o acusado fez, isso porque o militar preso não fica com o poder de seus pertences, muito menos valores em dinheiro, para oferecer a outra pessoa. Por isso, se não possuía o dinheiro referido como iria efetuar o pagamento? Seria improvável que o Sd Fábio retornasse ao quartel para quitar a dívida da promessa que fez ao Sd. Edvaldo. Observamos, portanto, que seria extremamente inviável a acusação feita pelo Sd. Edvaldo.

Perceba-se, assim, a gravidade da ofensa ao bem jurídico liberdade do acusado. Encontra-se este na posição de réu em virtude apenas de tênues acusações, palavras, que jamais podem sustentar a supressão do status libertattis através de uma sentença condenatória. Assim é que os tribunais pátrios decidem:

> ***"... Em matéria de condenação criminal, não bastam meros indícios. A prova da autoria deve ser concludente e estreme de dúvida, pois só a certeza autoriza a condenação no juízo criminal..."***
>
> ***"... A dúvida, quanto a configuração do crime por insuficiência probatória, deve ser resolvida em proveito do réu, com a absolvição"...***
>
> ***(...)***

Dada a ausência de provas que determinem suficientemente a condenação, impõe-se, portanto, a absolvição do acusado, nos termos ***do art. 439, "e" do Código de Processo Penal Militar."***

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, resolve: I - por unanimidade de votos, julgar procedente a denúncia, no que se refere à primeira acusação, para condenar Fábio Passos à pena final de 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, incurso no art. 180, § 1º, do CPM, fixando o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, na forma do art. 33, § 2º, do CPB, c/c o art. 110 da LEP; II – por maioria de votos (3 X 2), julgar improcedente a denúncia quanto à Segunda acusação, para absolver Fábio Passos, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM, da prática do crime do art. 309 do CPM. Baseado em (fls. 408/416):

"(...)

I. Artigo 180, § 1º, do Código Penal Militar:

(...)

Discutiu-se nos autos a cerca da legalidade ou ilegalidade da prisão, já que havia notícias de que o acusado era arrimo de família, e, portanto, não poderia ter sido incorporado, sendo então nula sua incorporação e respectivo Termo de Deserção.

Tal alegação não pode prosperar, pois em nenhum momento a defesa comprovou a alegada situação de arrimo do acusado. Além do mais, como já salientado, a prisão do acusado era motivada por sua deserção, portanto, custódia preventiva prevista no art. 452 do CPPM. Somente após os fatos narrados na denúncia é que Fábio Passos, submetido à inspeção de saúde, foi considerado incapaz e não reincluído nas fileiras do Exército, tendo sido seu processo de deserção arquivado, por falta de condição de procedibilidade. Na verdade, ao que tudo indica, a defesa confunde prisão ilegal com prisão injusta, já que, por ser portador de uma doença metal, o acusado foi considerado incapaz (fls. 138), tanto que não foi reincorporado.

Em alegações orais, salientou a defesa que a conduta é atípica, destacando inclusive uma emenda de Acórdão do TJPR. Também deve ser refutada a alegação da defesa, pois o crime em comento é apenas previsto no Código Penal Militar, sendo um crime contra a disciplina ou contra a autoridade militar.

(...)

Destacou também a defesa que não foi realizado um laudo nos danos causados no xadrez, o que significaria ausência de materialidade. Também tal argumento não deve prosperar, pois é sabido que provas testemunhais e documentais (no presente caso, as fotos de fls. 34), suprem a ausência de laudo, prestando-se como suficientes para formar a convicção, que, em acréscimo, é reforçada pela confissão do acusado em juízo, conforme pode ser destacado de seu interrogatório de fls. 213/217:

(...)

O crime do art. 180 § 1º do CPM equipara a tentativa com o crime consumado...

(...)

Na forma do art. 69 do CPM, estando presentes os bons antecedentes e a primariedade do acusado, a pena base fica fixada em seis meses de detenção. Por decisão do CPJEX, foi reconhecida a semi-imputabilidade do acusado. Assim, na forma do § único do art. 48 do CPM, a pena base deve ser reduzida de um terço, que equivale a dois meses, sendo então fixada em quatro meses de detenção. Tendo em vista a menoridade do acusado à época dos fatos, nova redução é feita, na forma dos artigos 72, I, c/c o art. 73, ambos do CPM, com redução de mais um terço, restando a pena de dois meses e dez dias de reclusão, que se torna definitiva. Decidiu ainda o Conselho pela não aplicação ao condenado de medida de segurança, tendo em vista a ausência do requisito de periculosidade.

O acusado é primário e possui bons antecedentes. Assim, o Conselho reconhece ao mesmo o direito de apelar em liberdade (art. 527 do CPPM), assim como o benefício da suspensão condicional da execução da pena (SURSIS), pelo prazo de dois anos, nas condições a seguir descritas:

Condições do "sursis":

a) não se ausentar do território da jurisdição do Juiz, sem prévia autorização;

b) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender;

c) não freqüentar casas de bebidas alcoólicas ou de tavolagem;

d) não mudar de habitação, sem prévio aviso à autoridade judiciária competente;

e) apresentar-se a este Juízo ou a outro que lhe for designado a cada 4 (quatro) meses;

f) manter conduta honesta e lícita.

II - Art. 309 do Código Penal Militar:

(...)

No presente caso, verificamos a ocorrência de uma única prova a sustentar a acusação, o depoimento em Juízo do Cb Antônio Edvaldo da Silva Lino, que assim declarou às fls. 226/229:

(...)

Conforme previsto no art. 297 do CPPM, ***"O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância".***

No processo penal, a avaliação da prova pode levar os julgadores a três resultados diversos: a certeza, a dúvida ou a ignorância. E somente a certeza servirá como fundamento a uma condenação.

No presente caso, ainda que inexistentes indícios de que a testemunha Sb Edvaldo não esteja falando a verdade, a prova produzida é fraca, insuficiente para embasar uma condenação. Deve então ser declarada improcedente a denúncia, quanto à acusação da prática do crime do art. 309 do Código Penal Militar, com a conseqüente absolvição do acusado, com fundamento no art. 439, alínea "e" do CPPM."

Inconformado com a sentença proferida, recorre o MPM às fls. 425/428, alegando que:

"Acerca da primeira impugnação é mister lembrar que o crime de corrupção ativa é daqueles que, via de regra, são cometidos às esconsas, sub-repticiamente, com a mais absoluta reserva de assistência e/ou público, até mesmo, não raro de forma indireta ou sugestiva.

Sendo assim, há necessidade de ***equalização do costumeiro critério na valoração da prova****, ou seja, na corrupção ativa, como em outro qualquer delito adjetivado pela clandestinidade,* ***"É DE SE EMPRESTAR EXPRESSIVO VALOR AOS INDÍCIOS, MÁXIME QUANDO CONVERGENTES E CONCORRENTES". (...)*** *RT 746/655, RDTJRJ 40/407, JUTACRIM-SP 89/423, TACRIM-SP 719/458 etc.*

Walter Coelho, em obra clássica (Prova Indiciária em Matéria Criminal, Porto Alegre: Sergio Fabris. 1996), avalia (...) e critica, benfazejamente, sua utilização no livre convencimento do magistrado.

(...)

Todavia, no caso em discussão, não existem apenas indícios (prova circunstancial), mas prova lícita, perfeita e verossímil apontando que Fábio realmente ofereceu ao soldado Edvaldo a quantia de R$ 50,00 (cinqüenta reais) para que o ajudasse a fugir, ou ao menos, para que se abstivesse de seu dever de delatá-lo.

Referida prova reside, inicialmente, nas próprias declarações de Edvaldo, robustecidas pelo depoimento do 3º Sgt. Alisson Ariel Ferreira Nunes (fls. 237/240), bem como encontra seguro abrigo na própria tentativa de evasão patrocinada pelo recorrido, bem como nas ilações que se pode tirar de seu comportamento arredio às normas, inimigo da verdade e inclinado à ilicitude (lembre-se, Excelências, que Fábio Passos envolveu-se, no ano de 2002, em pelo menos três episódios com repercussão na esfera criminal: os dois que ocupam nossa atenção, além de uma anterior deserção).

No que diz respeito, particularmente, à credibilidade de Fábio, o que se tem na verdade é um desfile de mentiras e fantasias. Nada do que Fábio declarou correspondeu à realidade fática descortinada pela instrução criminal! (Em que pese seu direito constitucional ***ao silêncio****).*

(...)

Quanto à dosimetria da pena relativa ao crime de evasão, existe ao que tudo sugere, duplo equívoco do Conselho de Justiça.

Primeiro, por ter reduzido a pena-base aquém do mínimo legal, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante genérica, providência que contraria a doutrina de escol e a jurisprudência dominante, senão vejamos:

Paulo José da Costa Júnior adverte que para se preservar a segurança jurídica é indispensável que a aplicação das circunstâncias agravantes e/ou atenuantes observe os limites da pena em abstrato:

(...)

Os Tribunais, inclusive o STF, também assim entendem:

(...)

Ora, outro não seria o entendimento do ***Superior Tribunal Militar:***

> *"EMENTA. APELAÇÃO. ART. 187 DO CPM. A prática do delito de deserção, sem a existência de qualquer excludente de culpa ou de crime, implica no decreto condenatório. Verificada a* ***menoridade*** *do agente à época dos fatos torna-se imperativa a aplicação do artigo 72, inciso I, do CPM,* ***guardados os limites da pena cominada ao crime****" (AC 2002.01.049032-0).*

Por outro lado, entre o cálculo e a fixação da pena em espécie o Conselho incorreu em erro material. Seguindo o raciocínio do CPJEx. (fl. 413), temos que a pena-base foi fixada no mínimo legal, isto é, 6 meses de detenção. Porém, por ter sido considerada a semi-imputabilidade do agente, a pena de 6 meses sofreu redução de 1/3, transformando-se assim em 4 meses de detenção. Após isto, reduziu-se novamente a pena resultante, mais uma vez de 1/3, agora em face da menoridade do agente. Quatro meses são 120 dias. Um terço de 120 dias, são 40 dias. Assim, depois da redução (120 – 40) a pena deveria ter sido fixada em 2 meses (60 dias) e 20 dias, e não em 2 meses e 10 dias.

(...)"

Em contra razões, a DPU sustenta a falta de provas para sustentar a condenação do acusado, requerendo o não provimento da apelação interposta pelo MPM. Ressalta também (fls. 430/434):

> *"(...)*
>
> *10. Tratando sobre a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo estabelecido em abstrato, o MPM invoca o argumento da autoridade, manifestando ser esta a tese majoritária dentro da doutrina e jurisprudência. Não se importa, contudo, de levar a feito maior reflexão acerca do tema, meditação essa que levaria, invariavelmente, a conclusão diversa da propugnada na apelação.*
>
> *11. Em primeiro lugar, impende apontar que interpretação nesse sentido feriria a Constituição Federal, na medida que desrespeitaria o princípio da isonomia, que reflete a necessidade*

de tratamento desigual aos desiguais. Limitar a aplicação das atenuantes genéricas ao mínimo em abstrato causaria o tratamento igual de indivíduos envoltos em circunstâncias díspares.

12. Outrossim, a interpretação sustentada pelo MPM também não encontra amparo na legislação pertinente, uma vez que o caput artigo 72 do Código Penal Militar expressa que:

*"Art. 72. São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena:"*

(omissis)

13. Consoante se observa, a lei não apõe qualquer exceção à aplicação das atenuantes genéricas, mas, pelo contrário, tendo em vista que o legislador não redige palavras supérfluas, explicita a sua incidência em todos os casos. Destarte, o mero argumento da autoridade sucumbe perante em exame mais detido da ordem jurídica, devendo ser mantida, neste ponto, a sentença.

14. Por fim, quanto ao erro de cálculo cometido na dosimetria, há de se concordar com a explanação do Ministério Público, apenas ressalvando que, como as frações aplicadas no caso não são definidas pela lei, mas sim pelo juízo, poder-se-a manter o tempo de condenação, apenas alterando a fração que foi determinada.

(...)"

Às fls. 436/438, a Defesa apresenta razões de apelação requerendo seja declarada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa e ressaltando ainda:

"(...)

Conforme se infere dos autos, o MPM apelou da decisão que condenou o acusado nas tenazes do art. 180, § 1º, alegando somente que, tendo em vista a semi-imputabilidade e a menoridade serem atenuantes genéricas, não poderia a pena ser aplicada abaixo do mínimo legal.

Assim, nada mencionou quanto à existência de circunstâncias que justificasse a condenação acima do mínimo legal. Desse modo, como nosso ordenamento proíbe a reformatio

in pejus, conclui-se que, mesmo sendo provido o recurso do MPM quanto a este crime, a pena não será superior a 06 (seis) meses.

(...)

Pelo contido nos autos, conclui-se que não houve um arrombamento por completo, mas tão somente uma tentativa. Desse modo, conclui-se que a conduta do apelante é atípica, já que o arrombamento não chegou a se efetivar por completo.

Além disso, segundo dispõe o art. 328 do CPPM, "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".

Ora doutos julgadores, é notório que qualquer arrombamento deixa vestígios, obrigando a realização de perícia para elucidação dos fatos, o que não ocorreu no presente caso, tornando nulo todo o processo.

(...)"

Às fls. 440/442, o MPM apresentou contra-razões de apelação, declarando:

"(...)

Por outro lado, a inexistência de circunstâncias que justifiquem a condenação acima do mínimo previsto para o crime do art. 180, § 1º (6 meses de detenção), impediu que o MPM se posicionasse nesse sentido, tanto na sessão de julgamento quanto nas razões de apelação.

Dessa forma, ainda que seja provido o recurso do MPM, é certo que não poderá haver majoração da pena acima do mínimo legal, por essa Egrégia Corte, por força da proibição da reformatio in pejus.

Em vista da menoridade do acusado na época da prática do fato, impõe-se o reconhecimento da ***prescrição retroativa****, prevista no art. 125, § 1º, do CPM, e, em conseqüência, a declaração de extinção da punibilidade, com base no art. 123, IV, do CPM.*

No mérito, descabe razão à Defesa quando diz que "não houve um arrombamento por completo, mas tão somente uma tentativa de arrombamento", e que, portanto, seria atípica a conduta do acusado, uma vez que o tipo penal "permite a tentativa de fuga, mas não a tentativa de arrombamento".

Conforme se verifica nos depoimentos colhidos na fase instrutória, o arrombamento da prisão realmente se concretizou, ultrapassando a fase de mera tentativa.

(...)"

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida, a PGJM opina pelo provimento, em parte, do recurso do MPM, para corrigir a aplicação da sanção, admitindo-se apenas a redução prevista no art. 48, § único, do CPM; e pelo provimento do recurso interposto pela Defesa, para reconhecer a incidência da prescrição, declarando-se extinta a punibilidade do recorrente pela prescrição da pretensão punitiva. Com base em (fls. 451/453):

"A pretensão do Ministério Público Militar para lograr a condenação do réu nas sanções do art. 309 do CPM não tem procedência. Andou bem a sentença ao absolvê-lo. De fato, não há provas suficientes para a condenação. Em que pese a necessidade de conferir valor probante às declarações do ofendido nesses casos, o que resta comprovado na forma de indícios, não tem a robustez que a certeza para a condenação exige.

Não há nulidade no processo que justifique a anulação do feito, pela ausência de exame de corpo de delito. Suprem-no as provas testemunhais e documentais.

Quanto a condenação pela tentativa de arrombamento, de fato, merece reforma a decisão por ter incidido em erro ao aplicar a pena. Segundo a sistemática adotada pelo Código Penal Militar não poderia aplicar uma atenuante genérica, art. 72, I – menoridade, para reduzir a pena aquém do mínimo cominado, admitindo-se, somente, a redução facultativa da pena, art. 48, parágrafo único do Estatuto Penal Castrense.

Isto posto, mesmo que venha a ser condenado à pena mínima, 06 (seis) meses, já teria decorrido tempo suficiente para a perda do direito de punir pelo Estado, em razão da prescrição da pretensão punitiva, art. 125, VII, e §1º e 129 do CPM, de vez

que fora denunciado aos 19 de maio de 2003, data da deflagração da demanda, e condenado aos 15 de fevereiro de 2005, contando mais de um ano entre as duas causas de interrupção do prazo prescricional.

(...)"

Relatados, decide-se.

VOTO

Merece ser mantida, em parte, a R. Sentença atacada, no que se refere ao Apelo Ministerial, primeiramente ao crime previsto no art. 309 do CPM, pois como bem ficou esclarecido na peça Decisória, apenas o CB Antonio Edvaldo da Silva Lino afirmou ter o acusado lhe oferecido os R$ 50,00 (cinqüenta reais) para que se calasse diante da fuga que tentava.

O próprio Cabo afirma em suas alegações que tal proposta não tinha lógica e que o acusado não tinha o dinheiro prometido. A própria Procuradoria Geral em seu parecer de fls. 450/453, é enfática em afirmar que essa pretensão Ministerial não tem procedência, andando bem a sentença em absolve-lo.

Assim, assiste razão a Sentença em afirmar que tal prova é fraca para embasar uma condenação, razão pela qual deve ser a mesma mantida.

No que se refere ao art. 180 § 1º, reclama o MPM quanto a dosimetria da pena aplicada, no que tem absoluta razão.

A atenuante genérica da menoridade não pode reduzir a pena aquém de seu mínimo, o que já se admite, nos casos do § único do art. 48 do CPM.

Assim sendo, neste aspecto, merece provimento o Apelo Ministerial para, mantendo a condenação do acusado Fabio Passos como incurso no art. 180 § 1º do CPM, fixando a pena base, face aos bons antecedentes, primariedade e menoridade no mínimo legal, 06 meses de detenção, reduzindo-a em 1/3 (2 meses) tendo em vista a incidência do § único do art. 48 do mesmo diploma, tornando-a definitiva em 04 meses de detenção.

Quanto ao Apelo da Defesa, em Preliminar, requer seja declarada extinta a punibilidade pela prescrição.

DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO DO SERVIÇO MILITAR ANTES DA CONCLUSÃO DO PROCESSO. AÇÃO PENAL PREJUDICADA POR FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. *A deserção, visto se caracterizar como delito estritamente castrense, somente pode ser cometida por militar considerado em serviço ativo. Qualidade esta de qual depende, também, a propositura, bem como, o respectivo andamento, de ação penal havida contra desertor, posto a Lei Adjetiva Castrense, no peculiar rito que estabelece para sopesamento do referido crime, impor, à título de "conditio sine qua non", que o elemento denunciado por deserção mantenha o "status" de militar da ativa ao longo de todas as fases do concernente processo. Se, como "in casu", o imputado já não mais se encontra como militar da ativa observa-se, "juris et de jure", por falta de condição de procedibilidade para seguimento de processo respondido por deserção. Inteligência com lastro no § 2º do Art. 457 do CPPM. Apelação "in tela" não conhecida, determinando-se o arquivamento dos autos. Acolhimento de preliminar suscitada pelo Ministro-Relator. Decisão majoritária.*

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

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — Claudio Roberto Santos Araujo, Sd Aer, condenado à pena de 04 meses e 08 dias de prisão, como incurso no Art. 187, c/c os Arts. 72, inciso II, e 189, inciso I, "in fine", todos do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 01/MAR/05.

Advogada — Drª Carla Cristina Miranda de Melo Guimarães, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, acolheu preliminar suscitada pelo Ministro-Relator, não conhecendo da presente apelação por falta de condição de procedibilidade, determinando o arquivamento dos autos. O Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo rejeitava a preliminar e fará declaração de voto.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria Lúcia Wagner. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 65ª Sessão, 20.10.2005).

ACÓRDÃO

Vistor, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, em acolher preliminar suscitada pelo Ministro-Relator, não conhecendo da presente apelação por falta de procedibilidade, determinando o arquivamento dos autos.

Brasília, em 20 de outubro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Alte Esq *José Alfredo Lourenço dos Santos*, Ministro-Relator — Dr *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

O Sd Aer CLAUDIO ROBERTO SANTOS ARAÚJO viu-se denunciado pelo MPM, junto à 1ª Aud/2ª CJM, com fulcro no Art. 187 do CPM.

A exordial, fls. 02/03, decorreu de IPD, fls. 04/31, lavrada no Parque de Material Aeronáutico de São Paulo (PAMA/SP), de onde o Sd CLAUDIO se ausentou, injustificadamente, por mais de oito (08) dias.

O indigitado militar foi declarado desertor a partir de 13/NOV/04, fls. 04, sendo então excluído da FAB, conforme Boletim Interno do PAMA/SP, fls. 10.

Apresentou-se voluntariamente ao Quartel em 23/NOV/04, fls. 23, e foi reincluído no Serviço Ativo, eis que dado como apto em inspeção de saúde, fls. 28.

Tendo recebido a inicial e determinado a citação do denunciado, houve por bem a MMª Magistrada Substituta da 1ª Aud/ 2ª CJM, Drª ELEONORA SALES DE CAMPOS BORGES, em 09/DEZ/04 considerar, fls. 35/37:

..."o delito de deserção é um crime instantâneo de efeitos permanentes, o agente permanece em estado de flagrância desde a consumação do delito até a sua captura ou apresentação voluntária, não sendo exigida, por esse motivo, ordem escrita de autoridade judiciária competente para legitimar a imediata custódia do desertor, bastando, para tanto, a existência de um termo de deserção, devidamente lavrado pela Autoridade Militar, na forma prescrita nos art. 452 e 243 do CPPM – que é o que se verifica na hipótese dos autos, sendo, portanto, perfeitamente legal a prisão do Sd. CLÁUDIO ROBERTO SANTOS ARAÚJO.

Essa modalidade de prisão é, portanto, similar à prisão em flagrante, ostentando a qualidade de prisão provisória, de natureza processual e cautelar.

Assim, considerando que o **princípio constitucional do due process of law**, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal", insculpido no art. 5º, LIV da CF e, considerando ainda a regra constitucional contida no art. 93, IX, da CF, segundo a qual "**todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade**", a imposição dessa prisão cautelar passou a se legitimar e ser admissível, tão somente, quando, através de decisão judicial fundamentada, ficar evidenciada, não só a sua legalidade, mas também a sua necessidade, que se verifica quando, no caso concreto é reconhecida a presença das circunstâncias elencadas nos artigos 254 do CPPM (que traduz o fumus boni juri), bem como uma das circunstâncias relacionadas no artigo 255 do CPPM (que refletem o periculum in libertatis).

Ora, na presente hipótese, em que o denunciado manteve-se ausente apenas um dia após consumado o delito de deserção e considerando que sua apresentação se deu de forma voluntária, para ser submetido ao processo penal que ora se inicia, inexiste o periculum in libertatis a justificar e legitimar a manutenção da custódia cautelar.

Há que se ter em mira, ainda, que em razão do **princípio da presunção de não culpabilidade** (art. 5º, LVII da CF) é constitucionalmente repudiada toda e qualquer presunção contrária ao imputado.

Esse repúdio alcança, inclusive, as presunções contidas em lei, como é o caso do art. 270, § único, letra "b", do CPPM, que trás vedação compulsória à concessão de liberdade provisória a uma determinada tipologia de delitos, elencados de forma genérica e abstrata.

Logo, o citado dispositivo processual castrense além de trazer ínsito verdadeira violação aos princípios constitucionais acima citados, consubstancia usurpação ao Poder Judiciário do seu dever constitucional de apreciar e controlar, caso a caso, a existência dos requisitos que legitimam e demonstram a necessidade da privação cautelar do direito à liberdade de locomoção.

Constitui, portanto, verdadeira antecipação da pena, de todo inadmissível, diante da nova ordem constitucional.

Assim, considerando que os princípios e normas da Constituição Democrática de 1988, que regem o tema prisão e liberdade, estão a impor uma releitura e, conseqüentemente, uma interpretação mais restritiva das normas processuais do CPPM de 1969, editadas segundo a realidade autoritária vigente no período 67/69;

- Considerando que o Magistrado justo não é aquele que atua meramente sob a ótica da legalidade, mas sob o parâmetro do Direito, sendo permeável às transformações sociais refletidas no texto Constitucional vigente;

Concedo a LIBERDADE PROVISÓRIA ao Soldado CLÁUDIO ROBERTO SANTOS ARAÚJO, por entender que não se verificam os requisitos do artigo 255 do CPPM e que, na presente hipótese, deve ser aplicada, analogicamente, a regra do art. 310 § único do CPP Brasileiro, conforme autoriza o art. 3º, letra "e" do CPPM, haja vista a derrogação do artigo 270 § único, letra "b" do CPPM, face a sua incompatibilidade material com a Constituição Federal, que ora é reconhecida por este Juízo.".

Abra-se aqui parênteses para observar que a ínclita juíza signatária de tal decisão, apesar de integrante da Magistratura Castrense, arrostou a Súmula nº 10 do STM e, bem como, a própria inteligência da Excelsa Corte sobre a constitucionalidade da prisão cautelar de desertor, haja vista, o julgamento do "Habeas Corpus" nº 84.330-1/RJ, em 29/JUN/04,

sob relatoria do Eminente Ministro MARCO AURÉLIO, que acordou, por unanimidade, na conformidade da seguinte Ementa:

"CRIME MILITAR – DESERÇÃO – PRISÃO – ARTIGOS 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E 456 A 459 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR – RECEPÇÃO PELA CARTA DE 1988. A prisão no crime de deserção – artigo 187 do Código Penal Militar – mostra-se harmônica com disposto no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.".

Dias após, em 13/DEZ/04, estando em liberdade, o Comando do PAMA/SP comunicou, fls. 49, que o Sd CLAUDIO "foi preso em flagrante delito na madrugada do dia 12.12.2004 pela Autoridade Policial Militar do 4º Distrito Policial em São Paulo-Capital, (...) sendo novamente recolhido ao xadrez desta Unidade Militar...".

Ante esse fato, a mencionada Juíza-Auditora Substituta consignou, fls. 67:

> ..."*verifica-se que o S2 CLAUDIO ROBERTO SANTOS ARAÚJO, após três dias de liberdade, que lhe foi provisoriamente deferida por este Juízo, veio a cometer um roubo, com emprego de uma pistola, a uma pizzaria situada na Rua Costa nº 84, bairro Consolação, nesta cidade.*
>
> *Diante dos fatos noticiados, verifica-se a presença real e efetiva da possibilidade de que a garantia da ordem pública, o andamento da presente instrução criminal, a segura aplicação da lei penal militar e a manutenção das normas e princípios de hierarquia e disciplina fiquem seriamente comprometidos diante da liberdade do acusado, face a sua agora notória periculosidade, o que justifica, nos termos do artigo 271 do CPPM, a* ***suspensão da liberdade provisória****, que ora determino, devendo ser, imediatamente, expedido o competente Mandado de Prisão.*".

Devidamente citado, fls. 81, comparecendo perante o CPJ Aer da 1ª Aud/2ª CJM, o Sd CLAUDIO, qualificado e interrogado, declarou, fls. 82/83, "in essentia":

> ..."*que a ausência narrada na denúncia realmente ocorreu: que a ausência decorreu de "problemas de família", ou seja, discussões ocorridas na época entre o interrogando e os seus pais, os quais na época dos fatos estavam desempregados, arcando o interrogando com as despesas da casa; que, à época*

dos fatos sua namorada Juliana já estava grávida, que atualmente a gravidez está no seu sétimo mês; que após ter sido expedido em seu favor Alvará de Soltura deste Juízo e sendo ele o interrogando posto em liberdade, foi novamente preso no dia 12 de dezembro por porte ilegal de arma, observando o interrogando que está sendo injustamente "acusado" de um roubo a uma pizzaria"...

"...que antes de completar o período de graça chegou a comparecer no quartel, após ter recebido telegrama deste e chegou a ter com o Ten Otávio; que pelo oficial lhe foi dito que começasse a trabalhar, pois caso contrario, iria estar praticando crime de deserção; que naquela oportunidade explicou os problemas pelos quais estava passando, mas não retornou para o serviço.".

Efetuou-se, 'in casu", oitivas testemunhais de Juízo e de Defesa.

Na condição de testemunha de Juízo, depôs o 2º Ten Aer OTAVIO MARCONDES TERRA, aduzindo, fls. 130/131, "in verbis":

..."que é responsável pelo controle das datas para lavratura do Termo de Deserção, quando recebida a comunicação da ausência de um militar; que o acusado faltou a partir do dia 04 de novembro, iniciando a contagem do prazo de graça a partir de 00:00 horas do dia 05 de novembro; que no dia 13 de novembro se consumou o delito de Deserção; que no período entre 05 a 13 de novembro, o acusado não se apresentou; que como o dia 13 de novembro era um sábado e o dia 15 de novembro feriado nacional, o Termo de Deserção de foi lavrado no dia 16 de novembro; que mesmo até o dia 16 de novembro o acusado não se apresentou; que o acusado já faltara anteriormente por duas vezes, apresentando-se no prazo de graça sempre no final da tarde; que faltou a partir do dia 21 de outubro, apresentando-se à Seção de Investigação e Justiça no dia 26 de outubro à tarde; que no dia 27 de outubro, o depoente recebeu um comunicado que o acusado faltara ao Quartel, retornando voluntariamente no dia 03 de novembro; que a falta do presente Processo se iniciou no dia seguinte, 04 de novembro; que como a Unidade não tinha o telefone do acusado, foi expedido um telegrama solicitando o contato de algum membro da família com a Unidade"...

Arroladas pela DPU, depuseram, sem prestação do compromisso legal, as Civis MARIA JOSÉ SANTOS ARAÚJO, genitora do Sd CLAUDIO, fls. 132/133, e JULIANA GOLZENLEUCHTER NICOLAI, namorada daquele, fls. 134, confirmando as declarações que o acusado prestou ao Conselho Julgador "a quo".

Em 22/FEV/05, esgotados os 60 dias de prisão provisória, por ter sido preso em flagrante delito e por demonstrar alta periculosidade, não podendo permanecer solto, decretou o Conselho a Prisão Preventiva do processado, fls. 143/144.

Reunido em Sessão de Julgamento, em 1º/MAR/05, o CPJ Aer da 1ª Aud/2ª CJM, condenou o réu, assinalando, fls. 154/159, "ad conclusum":

> *"Resolve o Conselho Permanente de Justiça, (...), por unanimidade de votos, (...) JULGAR procedente a denúncia e CONDENAR o Soldado S2 SSG CLAUDIO ROBERTO SANTOS ARAÚJO, como incurso no art. 187, à pena-base de 8 meses de detenção, observados os requisitos do art. 69, reduzida de 1/5, 1 mês e 18 dias, em face da circunstância atenuante genérica do art. 72, inciso II (SIC), reduzida de 1/3, pelo disposto no art. 189, inciso I, "in fine", 2 meses e 4 dias, convertida em prisão, conforme o art. 59, todos do Código Penal Militar, fixando a pena-final em 4(quatro) meses e 8 (oito) dias de prisão, sem direito de apelar em liberdade.".*

Publicada a respectiva Sentença, o Órgão Assistencial recorreu, tempestivamente, em 08/ABR/05, fls. 169/180, nos termos resumidamente transcritos:

> *"Não merece prosperar o decreto condenatório, pelas razões que a seguir restarão demonstradas.*
>
> ---
>
> *Preliminarmente, convém seja levantada questão que, se acolhida, impedirá a análise do mérito recursal propriamente dito.*
>
> *Diz respeito à possibilidade de aplicação do artigo 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, aos procedimentos dos crimes de competência da Justiça Militar Federal, e, como conseqüência, atração dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95.*
>
> ---

Uma vez superada a preliminar argüida, no mérito, a r. sentença prolatada pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército merece ser reformada in totum, tendo em vista que ficou amplamente demonstrado nos autos a inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme consta da denúncia, o apelante passou a faltar ao expediente do Parque de Material Aeronáutico de São Paulo, na cidade de São Paulo/SP, onde servia, desde o dia 04 de novembro de 2004, ensejando a contagem dos dias de ausência. No dia 23 do mesmo mês, apresentou-se voluntariamente em sua unidade.

Em seu interrogatório (fls. 85/86), o apelante alegou que se ausentou da Unidade no período em questão porque estava passando por problemas familiares, por discussões ocorridas entre o acusado e seus pais, não tem uma boa convivência em sua casa, os quais na época estavam desempregados, tendo o acusado que arcar com as despesas da casa. Alegou ainda que, na época dos fatos, sua namorada estava grávida de sete meses, razões pelas quais acabou desertando.

Neste passo, cabe considerar que o apelante tinha apenas 20 anos de idade na época do delito, o que demonstra sua inexperiência e imaturidade diante das dificuldades da vida, em especial, diante dos problemas familiares pelos quais passava na época dos fatos.

No caso em tela, não viu o apelante alternativas. Assim, não se trata de menosprezar seu dever militar, mas de inexigibilidade de conduta diversa, diante da situação peculiar pela qual passava o ora apelante, mormente se considerarmos, repita-se, sua imaturidade e inexperiência.

Há que se levar em conta ainda que o apelante apresentou-se VOLUNTARIAMENTE, dias após a consumação do delito, para resolver as pendências com o serviço militar, o que demonstra que sua ausência resta diretamente ligada aos inesperados acontecimentos que lhe sobrevieram.

Na r. sentença o douto magistrado, como já exposto, condenou o acusado, com pena base de 8 meses, sendo que a pena mínima à tipificação da presente conduta é de 6 meses.

O douto magistrado alega que o acusado não merece pena mínima pelo seu mau comportamento depois do delito. Não há que se falar em mau comportamento no presente caso, pois prova-se que o Sd. Cláudio se apresentou voluntariamente após o delito.

Não há que se cogitar também nesta presente ação o fato do acusado também estar sendo acusado de supostamente ter roubado uma pizzaria. Pois nas piores hipóteses, caso tenha realmente cometido o tal crime, não poderá em hipótese alguma este crime ter algum tipo de influência condenatória nesta ação, onde estamos analisando o crime de deserção, pois se tal conduta for considerada aqui, estaremos diante do in dubio pro réo.

Em se tratando das outras faltas cometidas pelo acusado não merecem ser analisadas por má conduta pois o acusado possui problemas familiares, como já exposto. Fora o fato de que essas outras faltas não ensejaram em conduta delituosa.

Outrossim, ainda que não houvesse o estabelecimento dos princípios constitucionais supra, haveria a necessidade de guardar sintonia com uma interpretação histórica, cuja diretriz aponta no sentido de aplicar penas eficazes, proporcionais, que tenham sua função social realmente cumprida.

Desta forma, conclui-se que não deve prevalecer a idéia de aplicação de uma pena por uma pura legitimação formal (por estar no sistema), mas ir-se além disto: uma aplicação que se legitime materialmente, pois que guardadas compatibilização entre pena e sua função.

Este é o melhor entendimento a ser aplicado ao caso em questão, já que deve sempre prevalecer a regra mais benéfica ao apelante. Estes são os cânones do direito penal, que desde sempre pregam: in dubio pro reo!

Diante do exposto, requer a defesa a baixa dos autos para aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 10.259/01 c/c Lei 9.099/95 (notadamente a suspensão condicional do processo) ao presente procedimento, e caso assim não se entenda,

que seja dada total procedência de seu pedido de reforma, para que seja o apelante absolvido com fundamento no artigo 439, alínea "d" do Código de Processo Penal Militar, reconhecendo-se a inexigibilidade de conduta diversa. Requer, subsidiariamente, em sendo mantida a r. sentença condenatória, requer-se seja alterada a pena base para pena mínima de 6 meses e, ainda, admitida a aplicação da suspensão condicional da pena.".

O "Parquet" das Armas contra-arrazoa, fls. 190/192, pugnando no sentido de ser mantida a Sentença condenatória apelada.

Nesta Instância Superior, oficiando nos autos, fls. 202/207, a douta PGJM opina que não merece acolhida a preliminar suscitada pela DPU, com espeque na Lei nº 9.099/95, e no mérito, indica pela redução da pena tendo em vista que a ocorrência policial em que o apelante se envolveu, não serve, por si só para elevar a pena-base com referência ao crime de deserção.

Após o cumprimento da sanção penal imposta ao sentenciado, o Juízo da 1ª Aud/2ª CJM, a 18/ABR/05, expediu Alvará de Soltura, fls. 188, para o Sd CLAUDIO.

Em 16/JUN/05, o Comando do PAMA/SP remeteu FAX, fls. 214, informando ao referido Juízo que:

..."o sentenciado Cláudio Roberto Santos Araujo, foi licenciado a bem da disciplina após ter sido submetido ao procedimento administrativo disciplinar e à inspeção de saúde.

Informo ainda que o referido foi transferido para o 8º DP nesta Capital, conforme autorização da Exma Sra. Juíza de Direito Corregedora do DIPO, pois continuava preso à disposição do Juízo Criminal do Comum da 6ª Vara do Foro Central de São Paulo.".

Relatados, Decide-Se:

VOTO

Conforme visto ao fim da fase relatorial, tem-se que o ora apelante, CLAUDIO ROBERTO SANTOS ARAÚJO, não mais se encontra como militar da ativa.

É curial que, tratando-se de ação penal, como ocorre "in casu", motivada por deserção, exige-se, "conditio sine qua non", que o acusado figure como militar em serviço ativo ao longo de todas as fases do processo.

Neste diapasão, vê-se como torrencial a jurisprudência desta Corte, bastando, a meu sentir, indicar sobre a matéria os julgados atinentes ao "Habeas Corpus" nº 1993.01.032965-0 PR; Recurso Criminal nº 2000.01.006767-0 RS; e "Habeas Corpus" nº 2002.01.033773-3 AM, cujos respectivos Acórdãos mereceram as seguintes Ementas:

> I - *"HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA. CRIMES DE DESERÇÃO (DOIS) PRATICADOS EM ÉPOCAS DISTANCIADAS NO TEMPO. INCORPORADO O PACIENTE APÓS O PRIMEIRO DELITO – PORQUE JULGADO APTO EM INSPEÇÃO DE SAÚDE -, INSTAUROU-SE A AÇÃO PENAL. QUANDO DO SEGUNDO COMETIMENTO, CONSTATADA A INCAPACIDADE DEFINITIVA, EXPEDIU-SE EM SEU FAVOR O CORRESPONDENTE CERTIFICADO DE ISENÇÃO DO SERVIÇO MILITAR. A PERDA DA QUALIDADE DE MILITAR, DA ESPECIAL VINCULAÇÃO JURÍDICA COM A ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE, TORNA IRRITOS E INSUBSISTENTES A RELAÇÃO PROCESSUAL E O PROCEDIMENTO PROVISIONAL A FALTA DE CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE (MAGISTÉRIO DE NELSON HUNGRIA). ORDEM CONCEDIDA. AÇÃO PENAL TRANCADA E INSTRUÇÃO PROVISÓRIA ARQUIVADA. DECISÃO UNÂNIME.*
>
> ***Ministro Relator**: PAULO CESAR CATALDO";*
>
> II - *RECURSO CRIMINAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. MILITAR LICENCIADO. CONDENAÇÃO NA INSTÂNCIA "AD QUEM" POR DESERÇÃO. NULIDADE.*
>
> *Consoante reiterado entendimento da Corte Castrense, no crime de deserção falta condição de procedibilidade quando o agente não guarda a situação de militar em atividade. Tendo perdido a qualidade de militar no decorrer do processo é nula a condenação operada pela Corte em grau de recurso.*
>
> *O remédio heróico não encontra óbice na coisa julgada "quando o processo estiver evidentemente nulo" (art. 467, i, do CPPM).*
>
> *"Habeas corpus" concedido de ofício para anular a condenação imposta ao civil, por falta de condições de procedibili-*

dade, e trancar o processo de execução de sentença, julgando prejudicado o recurso ministerial. Unânime.

***Ministro Relator**: JOSÉ JULIO PEDROSA"; e*

III - HABEAS CORPUS. MILITAR EXCLUÍDO DO SERVIÇO ATIVO. CRIME DE ESTELIONATO. TRÂNSITO EM JULGADO. INCIDENTE DE EXECUÇÃO. CRIME DE DESACATO. CRIME DE DESERÇÃO.

1. Tratando-se de processo cuja condenação transitou em julgado (crime de estelionato), competente para apreciar possível incidente de execução, é o Juiz da Execução, a teor do art. 66, inciso III, alínea "f", da Lei nº 7.210/84.

2. A exclusão do militar do Serviço Ativo das Forças Armadas não impede o normal andamento de processo relativo ao crime de desacato a superior, cometido quando detinha a condição de militar. Isto, porque, o Direito Penal Pátrio adotou a Teoria da Atividade, segundo a qual o tempo do crime é o momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

3. No caso concreto, a exclusão do ora Paciente do Serviço Ativo da Marinha impede que o mesmo continue a responder a processo pelo crime de deserção, uma vez que a qualidade de militar é condição objetiva de procedibilidade, tanto para a instauração da ação penal, como para o prosseguimento da relação processual. Precedentes da Corte.

Conhecido parcialmente do pedido e concedida a Ordem, tão-somente para trancar a ação penal relativa ao processo a que responde o Paciente pelo crime de deserção. Decisão unânime.

***Ministro Relator**: SÉRGIO XAVIER FEROLLA".*

Portanto, repita-se, a condição objetiva da qualidade de militar para a persecução penal – citada nos votos de Emintentes Ministros – deve estar presente ao longo de todo o processo.

Em junho de 2003, em sede de HC, assim pronunciava-se o STF:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO MILITAR. CAUSA PREEXISTENTE À CONDENAÇÃO.

Com o reconhecimento da incapacidade definitiva preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, não há justa causa para a execução.

Recurso provido."

"Ipso facto", este Relator, considerando a atual e definitiva situação de civil do elemento supranominado, SUSCITA preliminar de falta de condição de procedibilidade para seguimento deste recurso de apelação, cabendo, portanto, o arquivamento dos respectivos autos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
ALMIRANTE-DE-ESQUADRA
MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO
APELAÇÃO Nº 2005.01.049930-1-SP

Do Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo, Almirante-de-Esquadra, proferido no julgamento da Apelação nº 2005.01.049930-1/SP, realizado na 65ª Sessão de Julgamento, em 20 de outubro de 2005.

Votei, divergindo da maioria dos meus pares por considerar que o licenciamento do militar ***sub judice*** não prejudica a Apelação já em tramitação.

O reiterado posicionamento desta Corte, conquanto atualmente majoritário, tem sido no sentido de que a procedibilidade nos crimes de deserção – ou seja, a condição de militar – é exigível desde o cometimento do ilícito penal até o trânsito em julgado do processo.

É bem verdade que, dentre os crimes militares definidos em lei, existem aqueles que só por militar podem ser praticados, pois consistem na violação de deveres restritos, que lhes são próprios, ou seja, é crime funcional da profissão militar (é o crime propriamente militar). É indiscutível que nestes crimes, a qualidade de militar é condição *sine qua non* para a instauração do processo.

Entretanto, a meu ver, a procedibilidade, aqui entendida como a condição de militar, faz-se obrigatoriamente necessária tão apenas quando do cometimento do crime e do recebimento da denúncia. No período compreendido entre estes dois momentos, permanecendo a ausência, a praça, considerada trânsfuga, continua excluída do Serviço Ativo, e, por

esse motivo, não ostenta condição de procedibilidade para responder a processo por crime propriamente militar.

Agora, revertida ou reincluída a praça e recebida a denúncia, dando início o devido processo, não vejo fundamento legal a justificar a prejudicialidade da ação penal, quando, depois de julgado e condenado, o militar vier a ser excluído, por qualquer motivo, nos autos de outro processo.

Portanto, não considero o licenciamento de praça **sub judice** como fator determinante da perda de procedibilidade para processo diferente daquele em que ocorreu a sua exclusão.

A legislação castrense é silente sobre o assunto respeito do qual desconheço pronunciamento do STF.

Vale lembrar que a única decisão da Suprema Corte relacionada a licenciamento de militar ***sub judice*** (Habeas Corpus nº 79.531/RJ) se refere a licenciamento de praça sem estabilidade, por incapacidade definitiva, aliás, em absoluta consonância com o § 2º do art. 457, do CPPM.

No caso em apreço, o Sd. Aer. Cláudio Roberto Santos Araújo, foi denunciado por deserção ocorrida em 13 de novembro de 2004. Em 1º de março de 2005 foi julgado e condenado em primeira instância (fls. 154/159). Entretanto, submetido a procedimento administrativo, veio a ser licenciado a bem da disciplina, conforme informação de fl. 214.

Como visto, quando do cometimento do delito de deserção, objeto deste processo e até a interposição do Apelo, o acusado era militar. A exclusão das Forças Armadas se deu a bem da disciplina, ou seja, motivo alheio ao deste processo. Assim, entendo que se deva apreciar o feito.

Eis os motivos que me levam a discordar do entendimento preconizado por esta Corte, até então, e votar pela rejeição da preliminar argüida pelo Ministro-Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2005.

Almirante-de-Esquadra MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO
Ministro do STM

EMENTA. APELAÇÃO. ART. 223 DO CPM. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. Comete o crime de ameaça o militar que saca a arma de fogo carregada, dá o golpe, e aponta para o colega, visando incutir-lhe medo e fazer cessar brincadeiras inoportunas. Aplicabilidade, no caso, da atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea "c", do CPM (violenta emoção). Apelo ministerial provido. Maioria.

Relator — Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor e Relator p/ o Acórdão — Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Apelante — O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição do Sd Aer Wolder da Silva Barros Neto do crime previsto no art. 223 do CPM.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 06/06/2005.

Advogado — Dr. André Henrique Bandeira de Melo Borges, Defensor Dativo.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao apelo ministerial para, reformando a Sentença **a quo**, condenar o Sd Aer WOLDER DA SILVA BARROS NETO como incurso no art. 223 do CPM, fixando-lhe a pena em 01 mês e 16 dias de detenção, com o benefício do **sursis** por 02 anos, nos termos do art. 606 do CPPM, obedecidas as normas das alíneas "b", "c" e "e" do art. 626, também do CPPM, acrescidas da obrigatoriedade de apresentação trimestral ao Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª CJM para presidir a audiência admonitória, **ex vi** do art. 611 da lei adjetiva castrense. Os Ministros JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Relator), CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO e MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO negavam provimento ao recurso ministerial para manter a Sentença **a quo** por seus próprios e jurídicos fundamentos. Relator para o Acórdão Ministro RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA (Revisor). O Ministro Relator fará voto vencido. O Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Nelson Luiz Arruda Senra. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira,

Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Marcus Herndl. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 68ª Sessão, 03.11.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, em dar provimento ao apelo ministerial para, reformando a Sentença *a quo*, condenar o Sd Aer WOLDER DA SILVA BARROS NETO como incurso no art. 223 do CPM, fixando-lhe a pena em 01 mês e 16 dias de detenção, com o benefício do *sursis* por 02 anos, nos termos do art. 606 do CPPM, obedecidas as normas das alíneas "b", "c" e "e"do art. 626, também do CPPM, acrescidas da obrigatoriedade de apresentação trimestral ao Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 da lei adjetiva castrense.

Brasília, em 03 de novembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira*, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo *Parquet* Militar contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 06 de junho de 2005, que absolveu o Sd Aer WOLDER DA SILVA BARROS NETO do crime previsto no art. 223 do CPM ("ameaça").

A Representante do Ministério Público Militar denunciou o Apelante, narrando os fatos a seguir (fls. 02/05):

> *"Às 07:15 do dia 23 de julho de 2004, o S2 Wolder da Silva Barros Neto (fls. 63/65), ora denunciado, dormia recostado no estepe da viatura militar que também conduzia o 3º Sgt. Sad Jorge Gonçalves da Silva (fls. 41/42), o S1 Eduardo Fellipe Ramos Xavier (fls. 57/60), o S2 José Sérgio Trindade de Lima (fls. 17/20)*

e o S2 Elton Silva de Araújo (fls. 31/34), ora ofendido, até a Auditoria Militar, onde o S2 Trindade iria prestar serviço.

Durante o itinerário, iniciou-se um clima de brincadeira consentida por todos os presentes, que consistia na troca de referências, em tom jocoso, às respectivas mães e irmãs dos presentes, referências tais como '... sua mãe é uma gostosa...' e '... eu quero sua irmã...' (fls. 32).

Logo após, ainda em tom de brincadeira, o ofendido passou a dar leves tapas no rosto do denunciado, que o advertiu para que parasse com os tapas em seu rosto e que deixasse de incomodá-lo. Nesse momento, o ânimo do denunciado deixou de ser tão amistoso como antes.

Diante da insistência do ofendido em continuar desferir-lhe os tapas, o denunciado dirigiu-se à ele, mencionando: 'Elton, pare com essa brincadeira, que eu não estou muito bem, eu vou terminar me chateando.' (fls. 63).

Ignorando o apelo do denunciado, o ofendido, animus jocandi, o agarrou, aplicando-lhe golpe vulgarmente conhecido como 'gravata', sendo que tudo era passivamente assistido pelos demais ocupantes da viatura militar.

Considerando que a brincadeira tornava-se exagerada, o denunciado retirou a arma do coldre e bateu com o cano da mesma contra a parte superior da perna do ofendido, dizendo: 'se você voltar a me bater vou te dar um tiro.' (fls. 63)

O denunciado, porém, não foi levado á sério e o ofendido desferiu-lhe outro tapa no rosto.

Ato contínuo, em reação desproporcional, o denunciado deu um golpe na arma, que estava com o carregador inserido e, com o dedo no gatilho, apontou-a para o abdômen do ofendido, repetindo: 'dá-lhe outra seu puto, dá-lhe!' (fls. 31)

Acatando o pedido dos demais militares ali presentes, o denunciado guardou a arma e todos permaneceram calados até o final do percurso.

Agindo assim, infere-se que o S2 Wolder da Silva Barros Neto, ora denunciado, de forma livre e consciente, ameaçou de

causar mal grave e injusto ao seu colega de farda, o S2 Elton Silva de Araujo, através do significativo gesto de apontar-lhe arma de fogo carregada e alimentada, instrumento idôneo para incutir sério temor ao ofendido."

A Denúncia foi recebida em 15 de fevereiro de 2005 (fl. 107).

Devidamente citado, qualificado e interrogado, o Acusado declarou, *in verbis* (fls. 117/119):

> *"A) que, ao tempo do fato narrado na denúncia, o acusado se encontrava na viatura que trazia o S2 Trindade para vir tirar serviço de guarda na Auditoria; B) que conhece o ofendido e as testemunhas em torno de dois anos e nada tem a alegar contra aquelas pessoas; C) que não conhece as provas contra si apuradas no processo; D) que portava uma arma, com a qual tirava serviço há algum tempo; E) que a ameaça é verdadeira, mas o acusado estava portando a arma, que não estava alimentada e estava travada; que a arma não estava com o carregador introduzido na mesma, o que resulta que ela não foi, evidentemente, carregada; que portava o carregador no bolso; que apontou a arma para o Sd Elton; que acredita que o Sd Elton ficou sabendo que a arma não estava com o carregador quando desceram da viatura; que se encontrava aborrecido, porque sua moto havia sido roubada, uma moto que fora adquirida com muito sacrifício; que o acusado vinha cochilando dentro da viatura e o Sd Elton desferiu um tapinha no denunciado; que foram três tapas, sendo que o último foi mais forte; que advertiu ao Sd Elton para parar com aquela brincadeira e disse a ele que não se encontrava bem; que, mesmo assim, o Sd Elton deu uma gravata no acusado; que o acusado mede 1,80m e o Sd Elton em torno de 1,83m; que, após a gravata, o acusado tirou a arma do coldre e bateu com a mesma na perna do Sd Elton, dizendo-lhe: pare com essa brincadeira, que eu estou chateado; que, ato contínuo, o ofendido desferiu outro tapa no acusado e este, em seguida, tirou a arma e apontou-a para ele (ofendido), dizendo-lhe: Elton, pare seu puto, senão vou terminar dando um tiro em você; que o mais antigo da viatura era o S1 Xavier, que mandou o acusado guardar a arma; que o Sgt Gonçalves se encontrava na boléia da viatura, mas não foi avisado do fato; que eram e continuam amigos; que os soldados Xavier, Trindade e Elton se*

referiam à mãe e irmã do acusado, mas este não participava da brincadeira, todavia quem desferiu tapa e gravata foi o S2 Elton; que o acusado cochilava na viatura; (...); G) que nunca foi preso nem processado em outra ocasião. (...) a) que os motivos que impeliram o acusado a agir como agiu foi porque o S2 Elton desferiu três tapas e uma gravata no acusado; que não estava dando importância às brincadeiras quando apenas faladas; b) que ninguém concorreu para que o acusado agisse como agiu. Que deu um golpe na arma; que apontou a mesma para o S2 Elton, mas estava sem carregador, logo não alimentada; que, entende o acusado, que não pode ter causado risco ao Sd Elton, porque a arma não estava carregada; que, na Auditoria, ao descer da viatura, o que fez foi tirar o carregador do bolso e introduzi-lo na arma, entregando-a ao 3S Gonçalves; que existe determinação para que o carregador seja transportado na arma; que sempre retirava o carregador da arma; que, quando deu o golpe na arma, ela estava rente à coxa direita do acusado; que, acredita, que o Sd Elton não sabia que a arma estava sem o carregador no momento do fato; que ninguém viu o acusado colocando o carregador na arma quando desceu da viatura; que tinha conhecimento das conseqüências do uso indevido do armamento."

Em Juízo, o Ofendido, S2 ELTON SILVA ARAÚJO, declarou (fls. 120/122):

"(...) que, por volta das 7h da manhã, de um sábado, estavam trazendo o S2 Trindade para tirar serviço de sentinela na Auditoria e, no caminho, o S2 Wolder se encontrava cochilando, desleixado em cima do estepe da viatura; que falou com o acusado para que parasse de cochilar, mas ele não atendeu; que o soldado mais antigo na viatura era o S1 Xavier, o qual também falou para o acusado não cochilar; que a brincadeira falada era comum entre os soldados presentes; que o depoente desferiu três tapas fracos e uma gravata de leve no acusado; que, após o segundo tapa, o acusado pediu ao declarante que parasse com aquela brincadeira; que, após dar o terceiro tapa no rosto do acusado, este sacou a arma e a apontou para o depoente, na linha da cintura; que a ação do acusado foi rápida e o declarante não sabia que a arma não tinha o carregador; que não presenciou o acusado colocar o carregador na arma quando chegou na Auditoria; que, para o declarante, não existe o fato de um soldado portar uma arma no

coldre e o carregador no bolso, são orientados para assim não proceder, principalmente por serem da patrulha; que eram e continuam amigos; que acredita que o acusado atiraria no declarante; que o S1 Xavier interveio naquele momento e disse para o acusado guardar a arma; que o declarante portava uma arma e estava alimentada e no coldre; que o Sgt Gonçalves foi avisado do fato quando chegou na Auditoria pelo declarante; que não presenciou o acusado colocar o dedo no gatilho; que o transporte do pessoal para a Auditoria é sempre feito na C-20, que é da Equipe de Patrulha; que era a primeira vez que tirava serviço com o acusado; que não parou com a brincadeira porque tencionava despertar o acusado; que o declarante sempre brincava com outros militares e nunca imaginou que o acusado tivesse a atitude que teve; que nunca teve qualquer desentendimento com o acusado; que já brincou com outros soldados, de tapas, e também recebeu brincadeiras da mesma forma; que o acusado não se apresentou muito nervoso. (...) que se sentiu ameaçado com a atitude do acusado. (...) que nunca tinha brincado com o acusado daquela forma; que, nos deslocamentos de patrulhas, é freqüente essas brincadeiras de dar tapa no rosto um do outro; que não tinha recebido orientações para se evitarem brincadeiras de tapas; que entrou para a Aeronáutica no segundo semestre de 2002; que achou natural o tipo de brincadeira feita, porque é freqüente no quartel; que a viatura é fechada dos lados, de modo que quem nela se encontra é visto pela parte de trás da mesma; que a determinação para com as armas é o seguinte: em caso de ação, a arma deve ser carregada; que, no específico caso, a arma deve ser transportada no coldre e alimentada e travada; que, porque estava assustado, não observou como a arma do acusado estava no momento."

A primeira testemunha do MPM, 3S JORGE GONÇALVES DA SILVA, em seu depoimento de fls. 123/125, declarou de relevante, *in verbis*:

"(...) que era o Cmte da Patrulha no dia do fato; que somente veio a tomar conhecimento do fato, através do Sd Elton, quando chegou na Auditoria; que o acusado entregou a arma para o depoente aqui na Auditoria; que não presenciou o acusado sacar arma e apontá-la para o S2 Elton, porque o depoente viajava na cabine da viatura; que o Sd Elton narrou para o depoente que o acusado havia sacado a arma contra ele; que o Sd El-

ton estava muito nervoso; que, indagando do acusado se este havia sacado a arma contra o S2 Elton, ele negou e disse que não tinha nada a ver; (...); que o depoente determinou que o acusado entregasse a arma; que, a princípio, o acusado opôs certa resistência, dizendo que a arma tinha de ficar com ele; que o depoente determinou e o acusado tirou a arma do coldre e a entregou à testemunha; que fez o procedimento normal de segurança e observou que não tinha cartucho na câmara; que o oficial de dia no briefing determina e está previsto em NPA que o carregador seja alimentado na arma e que a arma seja travada; que quando o acusado entregou a arma, ela estava travada; que tanto o acusado quanto o ofendido estavam nervosos quando chegaram na Auditoria; que no briefing é determinado seriedade no serviço; que essas brincadeiras de dar tapa não devem acontecer; que nunca presenciou brincadeiras de tapas e gravata; (...); que eles eram e continuam amigos; (...); que estranhou a atitude do S2 Elton, porque ele é um soldado sério; que, quando recebeu a arma do acusado, ele não fez qualquer menção que a mesma estava sem o carregador no momento do fato; que o fato de quando fez o procedimento de segurança não havia nenhum cartucho na câmara não guarda nenhuma relação com o fato de que a arma estivesse sem o carregador no momento do fato. (...) que todos os dias, no briefing, é dada orientação quanto ao procedimento com armamento, a brincadeiras em serviço; que não tem conhecimento de que algum militar tenha sido punido por brincadeiras de tapas, verbais, com armas e etc. (...) que, entre as atribuições do Cmte da Patrulha, está a disciplina na viatura; que, ao entrar na viatura no COMAR, determinou que os soldados tomassem uma postura militar e prestassem atenção ao movimento externo; que, no briefing, é sempre dito que o militar não deve estar brincando com o armamento; (...)."

A segunda testemunha arrolada pelo MPM, S1 EDUARDO FELLIPE RAMOS XAVIER, em seu depoimento de fls. 126/127, declarou:

"*(...) que era o soldado mais antigo na viatura no dia do fato; que o acusado, na verdade, dormia na viatura quando a mesma vinha para esta Auditoria; que a testemunha advertiu o acusado para que não continuasse com aquela atitude de dormir na viatura e o mesmo fez o S2 Trindade; que havia uma brincadeira na viatura entre o acusado e o S2 Elton; (...); que,*

posteriormente, o S2 Elton deu tapas no rosto do acusado e uma gravata; que o acusado advertiu ao S2 Elton que parasse com a brincadeira de tapa; (...), mas ele continuou; que, numa primeira oportunidade, o acusado pegou a arma e bateu na perna do ofendido; que, ao receber um outro tapa, o acusado pegou a arma e disse para o S2 Elton: se você me der um outro tapa eu vou lhe dar um tiro; que o acusado deu o golpe na arma e apontou a mesma na altura do tórax do S2 Elton; que não observou o acusado colocar o dedo no gatilho; que eles eram amigos e continuam; (...); que todos os dias, no briefing, é determinado que não deve brincar com armamento e outras brincadeiras em serviço; (...); que, no momento em que o acusado apontou a arma, a testemunha viu que o carregador estava introduzido na mesma; que, quando avisou ao acusado, passou alguns segundos e ele guardou a arma; (...); que acompanhou todo o fato até a entrega da arma ao sargento; que verificou o estado quando o sargento estava verificando a arma; que, no momento em que o sargento verificou a arma, ela estava descarregada; (...); que, afirma, que a arma estava carregada no momento do fato, porque o acusado deu um golpe na arma e apontou para o ofendido; (...); que não presenciou o acusado dando qualquer golpe no sentido de descarregar a arma (...)."

A terceira testemunha do MPM, S2 JOSÉ SÉRGIO TRINDADE DE LIMA, quando inquirido em Juízo às fls. 128/129, acrescentou:

"(...) que o Sd Elton foi alertado pelo S1 Fellipe para que parasse com aquelas brincadeiras; que o S2 Elton deu uns três tapas no rosto do acusado e este já havia pedido para que ele parasse com esse tipo de brincadeira; que o acusado disse para o S2 Elton que, se ele continuasse dando tapas nele, ele (acusado) ia dar um tiro nele (ofendido); que, numa primeira oportunidade, o acusado deu uma batida com a arma na perna do S2 Elton e, depois, quando recebeu outro tapa, sacou a arma, deu um golpe na mesma e apontou-a em direção ao S2 Elton; que o S1 Fellipe mandou que o acusado abaixasse a arma, porque aquilo não era brincadeira; que viu o carregador na arma no momento; (...); que o acusado, no momento do fato, se encontrava muito nervoso; (...) que existem determinações do oficial de dia para não se brincar com arma, nem outras brincadeiras

no serviço; que tem a testemunha que, pelo nervosismo do acusado, este pudesse atirar no ofendido; (...)"

A Defesa declarou que não tinha testemunhas a arrolar (fl. 135).

Em Alegações Escritas de fls. 140/143, o Órgão Ministerial reiterou os termos contidos na exordial acusatória, pugnando pela condenação do Réu pelo crime de ameaça (art. 223 do CPM).

Por seu turno, a Defesa, em Alegações Escritas, ressalta as diversas contradições encontradas nos depoimentos das testemunhas, e invoca o princípio *in dubio pro reo*, pedindo a absolvição do Acusado com base no art. 439, alínea "e", do CPPM (*"não existir prova suficiente para a condenação"*) (fls. 145/153).

Em Julgamento realizado no dia 06 de junho de 2005, decidiu o Conselho Permanente de Justiça, por maioria (3 x 2), absolver o Réu com base no art. 439, alínea "b", do CPPM (*"não constituir o fato infração penal"*), podendo o fato ser considerado infração disciplinar a ser apreciada, em relação ao Acusado, pela autoridade administrativa.

Da Sentença de fls. 163/171, extraem-se os seguintes fundamentos, *in verbis*:

> *"Pontuando o feito, a julgamento, emerge do contexto probatório, que o modo de agir do ofendido, S2 Elton, sob qualquer ponto de vista, foi decerto provocante e afrontoso, na medida em que não respeitou os necessários limites, mesmo com os insistentes apelos do acusado, S2 Wolder, que, reforce-se, implorou mesmo a ele, de várias formas, para que ele deixasse de dar tapas em seu rosto, e, como ressabido, tapas no rosto, reveste-se de uma simbologia negativamente significativa e expressiva, perante a qualquer um, muitas vezes, com maior relevo, comparando-se as diversas regiões brasileiras.*
>
> *(...)*
>
> *Na reconstrução histórica de tudo, iniciando-se pela peça acusatória e sopesados os relatos do acusado e das testemunhas, o contexto da ocorrência, sem se esquecer, evidentemente, do comportamento do dito ofendido, S2 Elton, tem-se que a convicção do Conselho de Justiça se forma e se consolida, estreme de dúvida, no sentido de que a conduta do acusado, S2 Wolder*

da Silva Barros Neto, de modo algum, se revestiu do necessário elemento subjetivo do tipo ou do ilícito, antigo dolo específico, exigível para a caracterização da conduta, por que penalmente responde, para vir a ser, ipso jure, passível da adequada resposta penal, com a inflição da reprimenda correspondente.

Pelo visto, percebe o Conselho de Justiça majoritariamente que, in casu, restou descaracterizado o crime de ameaça, vez que o acusado agiu por força de uma explosão de ânimo, donde se conclui que lhe faltou o elemento intencional, de incutir medo, de intimidar, segundo exigem a doutrina e a jurisprudência, como imprescindível ao crime de ameaça. No mais, de se acentuar, contudo, que o contexto indica com clareza e, aliás, a própria peça acusatória não deixa de reconhecer, em parte, que a deflagração desta ação criminal deveu, em grande extensão, à conduta irresponsável e afrontosa do S2 Elton – dando tapas e gravata – da qual resultou uma relação progressivamente tensa e propensa a conflito. Naquela situação irritante, competia ao próprio Soldado Elton impedir aquela situação, se tivesse atendido aos insistentes apelos do acusado e colegas. Ressalte-se que tinha, na verdade, ele, S2 Elton, naquelas circunstâncias, o domínio e o controle dos fatos, pode-se dizer.

Outro aspecto a se destacar: se a conduta analisada fosse entendida como uma ameaça, seria o fato processado, assemelhado a uma ameaça condicional ou retributiva, em que numa tentativa ou propósito de se afastar um mal, uma provocação, insinua-se com a possibilidade ou com a advertência de ser praticado um outro.

Ante toda fundamentação explicitada, não remanescem dúvidas à convicção do Conselho de Justiça, em sua maioria, de que a conduta do acusado não caracterizou o delito tipificado no artigo 223 do Código Penal Militar, subsumindo-se, lado outro, sua conduta, mais adequadamente, ao rol das infrações disciplinares, em face do que, é ele absolvido neste Processo, forte no artigo 439, letra b, do CPPM."

Intimado em 13 de junho de 2005 (fl. 172), o órgão ministerial interpôs Recurso de Apelação no dia 20 seguinte (fl. 174).

Em suas razões recursais de fls. 176/180, argumenta: que o Réu, ao apontar sua arma carregada, com o dedo no gatilho, na direção do Ofendido, objetivou intimidá-lo, cometendo o delito de ameaça; que o Apelado, antes de apontar a arma para o Ofendido, proferiu palavras ameaçando-o de desferir-lhe um tiro; que o Acusado demonstrou sua intenção de atirar, caso o Ofendido continuasse a lhe bater; que, ao dar um golpe na arma, apontando-a para o abdômen do Ofendido, o Réu *"manifestou claramente seu propósito de causar um mal grave ao Ofendido, incutindo-lhe sério temor"*; que a exibição da arma de fogo teve poder intimidativo, pois o Ofendido acreditou que realmente levaria um tiro e sentiu-se ameaçado com a atitude do Réu; que ficou demonstrada a intenção do Apelado de intimidar o Ofendido, configurando o elemento subjetivo do crime do art. 223 do CPM; que estão comprovadas a autoria e a materialidade do delito; e que a jurisprudência do Tribunal considera a atitude de sacar arma de fogo, objetivando conter brincadeira de colegas, crime de ameaça. E requer a reforma da Sentença e a condenação do Acusado.

Contra-arrazoando a Apelação às fls. 182/189, a Defesa pugna pela manutenção da sentença absolutória. Alega, em síntese, a ausência do elemento subjetivo do tipo, não restando caracterizado o delito de ameaça. Afirma que *"o acusado agiu por força de uma explosão de ânimo, donde se conclui que lhe faltou o elemento intencional, de incutir medo, de intimidar, segundo exigem a doutrina e a jurisprudência, como imprescindível ao crime de ameaça"*. E continua: *"o contexto indica com clareza e, aliás, a própria peça acusatória não deixa de reconhecer, em parte, que a deflagração desta ação criminal deveu, em grande extensão, à conduta irresponsável e afrontosa do S2 Elton – dando tapas e gravata – da qual resultou uma relação progressivamente tensa e propensa a conflito. Naquela situação irritante, competia ao próprio Soldado Elton impedir aquela situação, se tivesse atendido aos insistentes apelos do acusado e colegas. Ressalte-se que tinha, na verdade, ele, S2 Elton, naquelas circunstâncias, o domínio e o controle dos fatos, pode-se dizer"*. Rebate as alegações do Ministério Público Militar, concluindo que a arma do Acusado não estava carregada e nem alimentada, e que não era intenção do Acusado causar mal ao Ofendido e nem lhe incutir sério temor.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 202/206, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, opina pelo improvimento do recurso.

É o Relatório.

VOTO

Insurge-se o MPM contra a sentença de primeiro grau que absolveu o Soldado da Aeronáutica WOLDER DA SILVA BARROS NETO do delito previsto no artigo 223 do CPM (ameaça).

Merece provimento o apelo ministerial.

Restaram comprovadas a autoria e a materialidade do delito, e está perfeitamente configurada a tipicidade.

A prova testemunhal é inequívoca, confirmando as declarações do Ofendido no sentido de que, realmente, existiu a ameaça por parte do Acusado. O Sd WOLDER deu o golpe na arma, que se encontrava carregada, apontando-a para o S2 ELTON.

A testemunha S1 EDUARDO FELLIPE RAMOS XAVIER declarou que, ao receber um tapa, o Acusado pegou a arma e disse para o S2 ELTON: se você me der um outro tapa, eu vou lhe dar um tiro; que o Acusado deu o golpe na arma e apontou a mesma na altura do tórax do S2 ELTON; e que, no momento em que o Acusado apontou a arma, a testemunha viu que o carregador estava introduzido na mesma (fl. 126).

No IPM, em data mais próxima aos fatos, esta testemunha já havia declarado que, após o Sd WOLDER ter sacado a arma e dado o golpe, apontando-a para o S2 ELTON, a testemunha e o S2 TRINDADE *"pediram para que o S2 WOLDER baixasse a arma e o S2 WOLDER continuou tremendo com a arma apontada para o S2 ELTON, novamente o S1 XAVIER repreendeu o S2 WOLDER dizendo: 'WOLDER pare com isso, baixe essa arma você está colocando nossas vidas em risco' "* (fl. 62).

A testemunha S2 JOSÉ SÉRGIO TRINDADE DE LIMA afirmou que o Acusado disse para o S2 ELTON que, se ele continuasse dando tapas nele, ele (Acusado) ia dar um tiro nele (Ofendido); que, numa primeira oportunidade, o Acusado deu uma batida com a arma na perna do S2 ELTON e, depois, quando recebeu outro tapa, sacou a arma, deu um golpe na mesma e apontou-a em direção do S2 ELTON; e que a testemunha viu o carregador na arma no momento (fl. 128).

Tais depoimentos não deixam dúvida quanto à caracterização do delito, posto que praticado mediante gesto capaz de causar mal injusto e grave à vítima.

Baseou-se o Conselho de Justiça, por 3 x 2 votos, para a absolvição do Acusado, no comportamento anterior do Ofendido, Sd ELTON, que dirigia inoportunas brincadeiras ao Sd WOLDER, considerando-o provocante e afrontoso, faltando aos necessários limites, mesmo com os insistentes apelos do Acusado. Entendeu, ainda, o Conselho, que o Acusado agiu por força de uma explosão de ânimo, faltando-lhe o elemento intencional de incutir medo, e que a ameaça foi condicional ou retributiva.

Não lhe assiste razão.

Embora o Ofendido tenha procedido de maneira incorreta, a reação do Acusado foi desproporcional à eventual ofensa, sendo certo que a legislação pátria não prevê a compensação de culpas e não admite que se faça justiça com as próprias mãos.

De outro lado, ficou claro que a intenção do Sd WOLDER era incutir medo ao Ofendido, causando-lhe temor, o que cumpriu lograr com sua conduta, caracterizando o delito, ainda que o tenha praticado para fazer cessar a conduta inoportuna da vítima.

Leciona Magalhães Noronha, na obra "Direito Penal", Vol. 2, Ed. Saraiva, 28ª ed., 1996, pág. 164, que:

> *"Na ameaça, o dano deve ser injusto. Se, v. g., ameaço meu devedor de protestar seu título, não cometo crime algum; se alguém ameaça de despejo o inquilino faltoso, não pratica o delito em questão. Não se confunde naturalmente a causa justa com o meio empregado, que acarreta um mal injusto: por exemplo, se um credor, de revólver em punho, obriga o devedor relapso a pagá-lo; há agora ilícito penal, pelo mal ameaçado."*

Com efeito, se o mal prometido é justo, acobertado pelo direito, não há configuração do tipo penal.

No caso, a ameaça de um militar para com o outro, usando uma arma de fogo, não pode ser considerada justa.

Mais fácil é admitir que o Apelado agiu sob a influência de violenta emoção, circunstância que não elide o crime, mas constitui atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea "c", do CPM.

Também não há que exigir-se o estado de ânimo calmo e refletido do agente para a caracterização do delito.

No dizer de Julio Fabbrini Mirabete, no "Manual de Direito Penal", vol. II, Parte Especial, 21ª ed., 2003, Atlas, pág. 186, *"tem-se observado, porém, que a ira não anula a vontade de intimidar; ao contrário, é a força que a determina, motivo pelo qual é superficial afirmar que a ameaça do homem irado, porque lhe falta seriedade, não incute temor, o contrário é que é verdade."*

A conduta foi típica, antijurídica e culpável.

Assim, é de dar-se provimento ao apelo ministerial para, reformando a sentença *a quo*, condenar o Apelado nas penas do art. 223 do CPM.

Tendo em vista que a ameaça foi feita com o emprego de arma de fogo, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 02 (dois) meses de detenção, acrescida de 1/6 (um sexto) pela circunstância agravante de estar de serviço (art. 70, inciso II, alínea "l"), diminuída de 1/3 (um terço) em face da presença das circunstâncias atenuantes da menoridade e influência de violenta emoção (art. 72, incisos I e III, alínea "c"), tornada definitiva em 01 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de detenção, à míngua de causas especiais de aumento ou diminuição de pena, e convertida em prisão nos termos do art. 59, todos do CPM.

Concedo o benefício do *sursis* por 02 (dois) anos, nos termos do art. 606 do CPPM, obedecidas as normas das alíneas "b", "c" e "e" do art. 626, também do CPPM, acrescidas da obrigatoriedade de apresentação trimestral ao Juízo da execução.

Delego a presidência da audiência admonitória ao Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª CJM, *ex vi* do art. 611 da lei adjetiva castrense.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
APELAÇÃO Nº 2005.01.050019-7-PE

Como fiquei vencido nesta Sessão de Julgamento, apresento as razões de meu voto, na forma estabelecida no art. 51, parágrafo 8º, do Regimento Interno do STM.

2. O Órgão Ministerial tomou ciência da decisão recorrida em 13/06/2005 (fl. 171), e o presente recurso foi interposto no dia 20/06/2005 (fl. 174). Portanto, dele conhecia, eis que tempestivo.

3. Insurge-se o MPM contra a sentença que absolveu o acusado da imputação do crime de ameaça, capitulado no artigo 223 do CPM, sustentando que, ao apontar, com o dedo no gatilho, sua arma carregada, está cristalinamente demonstrada a intenção do apelado de causar um mal grave ao ofendido, incutindo-lhe sério temor.

4. Examinando os presentes autos, contudo, tenho que o fato imputado ao denunciado não se subsume à adequação típica do delito de ameaça, em razão da ausência do especial fim de agir, ou dolo específico, como quer alguns autores. Com efeito, em nenhum momento restou demonstrada a intenção do acusado em atemorizar o ofendido, de causar-lhe mal grave e injusto, mas, tão-somente, que este parasse com a admoestação que estava impingindo àquele, aliás, reconhecido pela própria denúncia como uma "brincadeira exagerada".

5. Nesse sentido, vale destacar trecho da sentença absolutória proferida pelo egrégio Conselho Permanente de Justiça: *"Na reconstrução histórica de tudo, iniciando-se pela peça acusatória e sopesados os relatos do acusado e das testemunhas, o contexto da ocorrência, sem se esquecer, evidentemente, do comportamento do dito ofendido, S2 Elton, tem-se que a convicção do Conselho de Justiça se forma e se consolida, estreme de dúvida, no sentido de que a conduta do acusado, o S2 Wolder da Silva Barros Neto, de modo algum, se revestiu do necessário elemento subjetivo do tipo ou do ilícito, antigo dolo específico, exigível para a caracterização da conduta, por que penalmente responde, para vir a ser, ipso jure, passível da adequada resposta penal, com a inflição da reprimenda correspondente.* Prossegue, com acerto, aduzindo que: *"Pelo visto, percebe o Conselho de Justiça majoritariamente que, in casu, restou descaraterizado o crime de ameaça, vez que o acusado agiu por força de uma explosão de ânimo, donde se conclui que lhe faltou o elemento intencional, de incutir medo, de intimidar, segundo exigem a doutrina e a jurisprudência, como imprescindível ao crime de ameaça."*

6. Na lição de Hans Welzel, "ao lado do dolo, como elemento genérico pessoal-subjetivo, que leva e forma a ação como um acontecer dirigido até um fim, aparecem no tipo, freqüentemente, elementos especiais pessoais-subjetivos que colorem o conteúdo ético-social da ação em um sentido determinado. Segundo a posição e enfoque subjetivo com que o autor realiza a ação, determina-se muitas vezes e decisivamente o

sentido ético-social especial da ação".[1] É o caso, como no crime de ameaça, em que a conduta típica deve ser realizada para alcançar um fim que transcende o momento consumativo do fato punível.[2] Esse especial fim de agir é o que diferencia, neste delito, a simples pilhéria ou o *animus jocandi* da efetiva intenção de intimidar.

7. Comentando sobre o delito de ameaça Cezar Roberto Bitencourt afirma que "além do dolo, está implícito o elemento subjetivo especial do tipo, que é constituído pelo especial fim de intimidar. Esse elemento subjetivo especial do crime de ameaça só se identifica na perversa intenção de incutir medo, exteriorizada seriamente e com ânimo frio pelo agente".[3]

8. Impende registrar que para a configuração do delito de ameaça não basta o mero temor subjetivo da vítima. É necessário, no caso concreto, a análise dos fatos sob o ângulo objetivo, tal como a idoneidade e a seriedade da ameaça conjugados com o especial fim de agir. Ora, resta evidente que o móvel do acusado foi a interrupção das agressões que vinha sofrendo e que, mesmo após insistentes apelos seus e dos colegas presentes, o ofendido insistia na reiteração. Não visava o acusado, repito, em nenhum momento, a intenção de praticar mal injusto e grave ao ofendido.

9. Corrobora, ainda, para essa tese o fato de que nem mesmo o ofendido levava a sério a suposta ameaça. Tanto isso é verdade que, como descrito na denúncia (fl. 03), quando o apelado retirou a arma do coldre e bateu com o cano da mesma na perna do ofendido e disse que se este voltasse a batê-lo ia levar um tiro, o comportamento seguinte do ofendido, ao invés do temor, foi desferir outro tapa no rosto do apelado.

10. Acresce-se a isso, também, a ausência de prova contundente de que a arma estivesse carregada. Muito pelo contrário, o fato concreto nos traz fortes evidências no sentido inverso. Vejamos o que disse em seu depoimento o S2 JORGE GONÇALVES DA SILVA (fl. 124), militar responsável pelo recebimento da arma das mãos do acusado: *"que o depoente determinou que o acusado entregasse a arma; que, a princípio, o acusado*

---

[1] *WELZEL, Hans. Direito Penal. Trad. De Alfonso Celso Resende. Campinas: Ed. Romana, 2004, p. 131*

[2] *FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 214.*

[3] *BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 588.*

opôs certa resistência, dizendo que a arma tinha de ficar com ele; que o depoente determinou e o acusado tirou a arma do coldre e a entregou à testemunha; que fez o procedimento normal de segurança e observou que não tinha cartucho na câmara". No mesmo sentido foi o depoimento do S1 EDUARDO FELLIPE RAMOS XAVIER (fl. 126/127), ao afirmar que *"acompanhou todo o fato até a entrega da arma ao sargento; que verificou o estado quando o sargento verificou a arma, ela estava descarregada".*

11. No mais, o que temos são suposições do ofendido (fl. 121) e de algumas testemunhas (fl. 126) no sentido de que a arma estava carregada, e que o acusado se aproveitou do ínfimo momento em que ficou sozinho na viatura para descarregá-la, o que vai de encontro com a verdade do fato concreto e com a dúvida razoável que deve imperar a favor do acusado (princípio *in dubio pro reo*), como inúmeras vezes já reconhecida por esta Corte Castrense:

> *APELAÇÃO; CRIME DE DESERÇÃO; PROVIMENTO AO APELO DA DEFESA.*
>
> *1. Como é de sabença ampla, o delito previsto no art. 190 é estritamente doloso. Destarte, não havendo certeza de que o acusado procedeu com dolo, impositiva se faz sua absolvição em homenagem ao princípio in dubio pro reo.*
>
> *2. Provimento ao apelo da defesa.*
>
> ***3. Decisão por maioria.***
>
> *(Apelação nº 2005.01.049848-8/PE. Ministro-Relator Max Hoertel. Publicado em 12/08/2005).*
>
> *APELAÇÃO. ENTRADA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (MACONHA) EM UNIDADE MILITAR. ABSOLVIÇÃO DE ACUSADO CIVIL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.*
>
> *1. Fragilidade do conjunto probatório existente nos autos. Acusação solitária de co-réu, baseada em meras declarações contraditórias. Autoria e culpabilidade não demonstradas. In dubio pro reo.*
>
> *2. Decisão mais favorável ao acusado.*
>
> *3. Recurso a que negou provimento.*
>
> *4. Decisão unânime.*

(Apelação nº 2004.01.049667-0/RS. Ministro-Relator Carlos Alberto Marques Soares. Publicado em 08/03/2005).

12. Assim, afigura-se me correto os bem lançados argumentos expedidos pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Edmar Jorge de Almeida, em seu Parecer de fls. 202/206, ao asseverar que *"desfigura o desígnio de intimidar a ação desenvolvida no sentido condicional, para fazer cessar conduta inoportuna, agressiva e ofensiva. Quisesse, de fato, intimidar, com o propósito de abalar a segurança e a paz íntima do suposto ofendido, de forma a afetar a liberdade, não teria advertido que desejava, apenas, que cessassem as agressões. O mal prometido, conquanto grave não era injusto, porque prometido apenas para fazer cessar a agressão, esta sim, injusta e despropositada, inútil"*. Prossegue aduzindo que *"este tipo penal apenas se aperfeiçoa quando presente o elemento subjetivo do tipo, o fim especial de intimidar, com a perversa intenção de incutir medo, exteriorizada com ânimo frio, refletido e determinado. Não é o que se vê nesse processo!"*

13. Acredito, pois, que não há como prosperar a pretensão recursal da acusação. A conduta do acusado, ainda que possamos classificar como desproporcional às agressões que vinha suportando e não se coadunar com a legítima expectativa psicológica que se espera de um militar, não chega, pela ausência do especial fim de agir, a se erigir à condição de ilícito penal, podendo, no máximo, configurar, a juízo da conveniência e oportunidade da autoridade administrativa, infração disciplinar. É que a suposta ameaça não tinha por fim incutir no espírito do ofendido um temor de insegurança à sua liberdade física e psíquica, mas apenas visava afastar o estado de admoestação, agressões e impropérios que o acusado estava a suportar.

14. Diante de tais considerações, votei no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso ministerial, para, mantendo a decisão "a quo" por seus próprios e jurídicos fundamentos, absolver o Sd Aer WOLDER DA SILVA BARROS NETO do crime capitulado no artigo 223 do CPM, com espeque no artigo 439, letra "b, do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 03 de novembro de 2005.

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Ministro-Relator

APELAÇÃO Nº 2005.01.050035-0-RJ

DESERÇÃO – APRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA – CONDENAÇÃO. *Comprovado que o militar manteve-se ausente da Unidade, por mais de 8 anos, sem qualquer comunicação com seus superiores hierárquicos ou companheiros de caserna. Réu confesso, dando-se o retorno espontâneo à Unidade pelo interesse em regularizar a situação perante o Serviço Militar. Alegações defensivas de ordem familiar, desacompanhadas de qualquer comprovação, incidindo a Súmula nº 03/STM. Pedido absolutório com esteio no art 39 do CPM, aliado a prequestionamento constitucional, impossibilitado de ser acolhido, por não se encontrar o acusado, ao tempo da consumação do delito, acobertado pelo estado de necessidade exculpante. A pretendida prescrição retroativa da pretensão punitiva não pode ser acolhida, visto que a regra especial do art 132 do CPM, refere-se, especificamente, ao ex-militar trânsfuga, que permanece ausente da Unidade até completar a idade de 45 anos, e, em se tratando de oficial, a de 60 anos. No caso de ex-militar, que retorna à unidade, é aplicada a regra geral da prescrição prevista no artigo 125 do CPM. Precedentes jurisprudenciais. Negado provimento ao recurso. Decisão unânime.*

Relator — Min. Ten Brig Ar Marcus Herndl.

Revisor — Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante — Alexandre Ferreira Moreira, Sd Ex, condenado à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 07/07/2005.

Advogados — Drs. José Roberto Fani Tambasco e João Alberto Simões Pires Franco, Defensores Públicos da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao recurso. O Ministro Antonio Carlos de Nogueira não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Nelson Luiz Arruda Senra. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 66ª Sessão, 25.10.2005).

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 25 de outubro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Marcus Herndl*, Ministro-Relator — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, verifica-se que se trata de tempestivo recurso de apelação interposto em favor Sd Ex ALEXANDRE FERREIRA MOREIRA, contra a Sentença prolatada em 7 de julho de 2005, pelo Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, que o condenou à pena de 6 meses de prisão como incurso no artigo 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Servindo no Centro de Instrução Pára-quedista General Penha Brasil, o referido militar consumou, em 5 de fevereiro de 1997, o delito de deserção, sendo excluído do Serviço Ativo do Exército.

Apresentando-se, voluntariamente, em 14 de janeiro de 2005, foi recolhido preso ao xadrez do 26º Batalhão de Infantaria Pára-quedista e reincluído no Serviço Ativo por haver sido considerado apto em inspeção de saúde.

Em 21 de fevereiro de 2005, foi relaxada, com fundamento no artigo 5º, inciso LXV, da Constituição, e artigo 457, § 2º, do CPPM, a cus-

tódia processual, tendo sido posto em liberdade, na mesma data, conforme Alvará de Soltura de fls. 55.

Recebida, em 4 de março de 2005, a denúncia, capitulada no artigo 187 do CPM, efetivou-se a citação em 11 de maio seguinte.

Qualificado e interrogado, declarou ser verdadeira a denúncia. Disse ter vivido de "bicos" durante o período de afastamento e que se apresentou, voluntariamente, para regularizar sua situação. Alegou não o ter feito, anteriormente, por não se sentir disposto e sem ânimo para retornar. Esclareceu que teve um caso sentimental, extra-conjugal, e, com o nascimento de outro filho, veio a se separar de sua companheira com quem tem uma filha. Encontra-se morando com ela, a filha e outro filho.

A Defensoria Pública da União arrolou como testemunha a genitora do acusado, posteriormente substituída pelo pai, Sr. Paulo Roberto Pereira Moreira.

Ao ser inquirido, na condição de informante, declarou haver notado que seu filho estava faltando ao Quartel somente após seis meses de ausência. Nesse período fazia "biscates" para sobreviver e sua companheira trabalhava. Sabia que ele tem um casal de filhos e, soube por terceiros, que a sua companheira saiu de casa, deixando os filhos com a avó, ex-exposa do depoente. Seu filho permanecia em casa, deprimido, passando a tomar calmantes, adquiridos com receita médica, não sabendo informar qual profissional de saúde o atendia. Afirmou ter orientado seu filho para se apresentar à Unidade, mas nunca soube se tinha ou não a situação regularizada, visto saber de sua vida enquanto solteiro, residindo em sua companhia.

Realizado o julgamento em 7 de julho de 2005, o Conselho de Justiça para o Exército da 4ª Auditoria da 1ª CJM, por unanimidade de votos, decidiu condenar o acusado à pena de 6 meses de detenção, como incurso no artigo 187 do CPM, convertida em prisão, concedendo o direito de apelar em liberdade, em face de sua primariedade.

A Sentença, ao reconhecer a não existência, nos autos, de prova a indicar o acusado inimputável, não havendo, portanto, qualquer excludente a beneficiá-lo, acrescenta que ele esteve incorporado por mais de quatro anos, e mesmo sabendo que o afastamento superior a oito dias resultaria no cometimento do delito de deserção, optou, livre e conscientemente, por consumá-lo.

A Sentença foi lida e publicada, em 14 de julho de 2005, sendo as partes intimadas na mesma data.

O ilustre Defensor Público da União Dr. José Roberto Fani Tambasco, em razões recursais, requer a reforma da Sentença hostilizada pelo reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa, advindo a absolvição do Apelante e, eventualmente, em sendo mantida a r. Decisão, que seja reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição.

Sustenta estar demonstrado a ausência do elemento volitivo para o cometimento do delito a que fora condenado, pois, consoante o conjunto probatório, no ato da consumação do crime, o Apelante encontrava-se amparado pela excludente supra legal da ilicitude de inexigibilidade de outra conduta. Isto em decorrência da crise conjugal, quando sua mulher abandonou o lar e os filhos, fato corroborado pela testemunha de defesa, causando ao Apelante uma crise depressiva.

Prosseguindo, formula pré-questionamento constitucional em face da Sentença, acatando a tese de que o delito de deserção é crime permanente, afastando a segurança do artigo 5º, inciso XL, da Constituição, no que tange à irretroatividade da Lei. Considera obstar à aplicação da teoria da atividade do artigo 5º do CPM, referente ao tempo do crime confrontando-se com a Súmula nº 711/STF.

No tocante à extinção da punibilidade, alude ter a deserção sido consumada em 5 de fevereiro de 1997 e o recebimento da denúncia em 4 de março de 2005, estando configurado lapso temporal superior a oito anos. E, considerando que a Sentença o condenou a seis meses de detenção, em face do disposto no artigo 125, inciso VII, do CPM, o lapso prescricional é de dois anos, e deve ser aplicado, por interpretação analógica, o instituto do CP, em seu artigo 110, § 2º, versando sobre a prescrição retroativa entre a data da consumação do fato e o recebimento da denúncia. Observa que o artigo 132 do CPM refere-se, apenas, ao trânsfuga e não ao capturado, o que não impede o reconhecimento da extinção da punibilidade ***in casu***.

O **Parquet** Militar, representado pelo Procurador Dr. Antônio Antero dos Santos, pugna pelo improvimento do apelo defensivo, mantendo-se a condenação do Apelante.

Enfatiza, quanto ao mérito do recurso, que, à época da deserção, o acusado, ora Apelante, estava consciente da conduta delituosa e desfruta-

va da plena capacidade volitiva para se decidir entre o dever militar e a vida de trabalho informal pela qual optou. Não houve causa extra ou supralegal impedindo-o de comparecer ao Quartel, e inexiste a mínima prova de que a ausência foi para a proteção de seus filhos.

Sobre o pedido de extinção da punibilidade, realça que a regra geral da prescrição, prevista no artigo 125, § 1º, do CPM, em se tratando de crime de deserção, não é aplicada, e, sim, a norma especial contida no artigo 132 do mesmo Diploma Legal Castrense, a qual determina que, somente ao completar 45 anos extinguir-se-á a punibilidade. Não é o caso dos autos, pois o Apelante conta com 31 anos de idade.

Certifica a Diretoria Judiciária nada constar em relação ao Apelante.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, representada pelo insigne Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opina pela improcedência do recurso.

O eminente Parecerista menciona que o entendimento majoritário é no sentido de que o crime de deserção é instantâneo e de efeito permanente. Alude tratar-se de crime omissivo e sob condição, pois a consumação só se opera após a ausência além do chamado "prazo de Graça". E, assim, a ausência duradoura prolonga o estado de antijuridicidade, tornando o crime, eventualmente, permanente, sendo certo que a justificativa apresentada deve se referir ao momento da ausência. Por outro lado, não considera existir qualquer matéria constitucional passível de prequestionamento, notadamente por se tratar de alegação de infração indireta à Constituição, impossibilitando o conhecimento de eventual recurso extraordinário.

Em prosseguimento, o ***custos legis*** entende não se amoldar ao tipo permissivo previsto no artigo 39 do CPM a hipótese versada nestes autos. A alegada crise conjugal poderia ser resolvida sem a violação do dever militar, vendo-se que a situação de risco foi provocada, voluntariamente, pelo Apelante.

Referindo-se à prescrição, enfatiza não poder incidir em face da regra específica prevista no artigo 132 do CPM, que faz alusão à idade, além de não serem aplicáveis os dispositivos do CP sobre prescrição retroativa, na medida em que a legislação penal militar tem regras próprias.

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

Isto posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

A ilustrada Defensoria Pública da União requer a reforma da Sentença hostilizada para ser o Apelante absolvido sob o argumento de inexigibilidade de conduta diversa, e, alternadamente, em sendo mantida a r. Decisão, que seja reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Passando-se a analisar a pretensão recursal, constata-se o Apelante ser réu confesso, dando, como justificativa, crise conjugal que motivou sua separação e depressão. No período de afastamento, alegou viver realizando "bicos." Não apresentou qualquer documento comprobatório da união conjugal, existência de filhos e nem da depressão. As alegações visando justificar o cometimento do delito são de ordem familiar, desacompanhadas de qualquer comprovação, fazendo incidir, na espécie, a Súmula nº 03/STM.

A prova oral, obtida através de testemunha informante, por ser genitor do Apelante, diversamente do alegado pela Defensoria Pública, desconhece o relacionamento familiar do filho, eis haver declarado em Juízo: ***"...; que sabe que seu filho tem um casal de filhos com a companheira; ...; que ouviu dizer por terceiros, seus vizinhos, que a esposa do acusado tinha saído de casa e deixado a criança com a mãe do acusado; que é ex-esposa do declarante;..."***.

O retorno espontâneo à Unidade foi motivado, tão-somente, pelo interesse em regularizar sua situação perante o Serviço Militar e, mesmo assim, o Apelante afirmou não ter se apresentado antes por não estar disposto nem ter ânimo para tanto.

O Apelante contava 22 anos de idade e 4 anos de incorporação, à época da consumação do delito. Deixou, voluntária e conscientemente, a Unidade, em 27 de janeiro de 1997, para se apresentar, espontaneamente, em 14 de janeiro de 2005, ou seja, após 8 anos de total ausência, sem qualquer comunicação com seus superiores hierárquicos ou companheiros de caserna.

Evidentemente, outra conduta, que não a deserção, era exigível e possível, pois a experiência militar, decorrente dos quatro anos de incorporação anterior ao delito, permitia ao Apelante contornar qualquer situação vivencial desfavorável, mediante comunicação ao seus superiores hierárquicos. Assim não o fez, optando por deixar a Unidade, mantendo-se silente durante todo o período de afastamento. Ademais, o Apelante, durante a ausência, fez "bicos" para sobreviver, o que demonstra a alegada depressão não ter perturbado o ritmo de sua vida na informalidade. Na realidade, em suas declarações, ao ser interrogado, demonstra sua apatia pelo Serviço Militar e aversão ao cumprimento das obrigações inerentes.

O pedido absolutório, com esteio no artigo 39 do CPM, aliado ao pré-questionamento constitucional, sob o argumento de inobservância à segurança do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 5º do CPM, em confronto com a Súmula nº 711/STF, não encontra amparo nestes autos, e, assim, impossibilita seu acolhimento, notadamente, por não se encontrar o acusado, ora Apelante, ao tempo da consumação do delito, acobertado pelo estado de necessidade exculpante.

Quanto à classificação do delito enfocado, esta Superior Instância Castrense consolidou o entendimento: *"O delito de deserção não se amolda à conceituação de crime permanente pois sua consumação não se prolonga no curso do período de ausência e, sim, ocorre no nono dia de afastamento, isto é, no instante em que transcorre o oitavo dia de ausência, sem licença, do militar.*

*Consoante preceitos doutrinários e jurisprudenciais, o delito de deserção é crime formal, de mera conduta, omissivo, propriamente militar e instantâneo de efeitos permanentes" (**in*** Apelação nº 1998.01.048160-7/R, DJ 20/01/1999).

A pretendida prescrição retroativa da pretensão punitiva, em face do lapso temporal, transcorrido entre a consumação do delito e o recebimento da denúncia, observada a pena imposta, por interpretação analógica do artigo 110, § 2º, do CP, igualmente não pode ser acatada, diante das disposições próprias da legislação penal militar.

A regra especial, contida no artigo 132 do CPM, refere-se, especificamente, ao ex-militar trânsfuga, que permanece ausente da

Unidade até completar a idade de 45 anos, e, em se tratando de oficial, a de 60 anos.

No caso de ex-militar que retorna à Unidade, capturado ou voluntariamente, é aplicada a regra geral da prescrição, prevista no artigo 125 do CPM.

O Excelso Pretório, ao julgar, em 14 de outubro de 1999, o HABEAS CORPUS nº 79.432-7/PR, relatado pelo eminente Ministro NELSON JOBIM, consolidou entendimento sobre a prescrição referente a delito de deserção, prolatando a seguinte ementa ***verbis***:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. DESERÇÃO. PRESCRIÇÃO.*
>
> *O sistema do CPM configura duas hipóteses para a questão da prescrição, em caso de deserção.*
>
> *A primeira se refere ao militar que deserta e posteriomente é reincorporado, porque se apresentou voluntariamente ou foi preso.*
>
> *A este é aplicável uma norma geral relativa à prescrição prevista no CPM, art. 125.*
>
> *A segunda é dirigida ao trânsfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção.*
>
> *A ele é aplicável a norma especial do CPM, art. 132.*
>
> *Nessa situação, só gozará a extinção da punibilidade ao atingir os limites da idade.*
>
> *O prazo prescricional só se configura com o advento dos 45 anos para os praças e 60 anos para os oficiais.*
>
> *Habeas corpus deferido."*

In casu, em tendo sido o Apelante condenado a 6 meses de prisão, como incurso no artigo 187, a prescrição, consoante artigo 125, item VII, § 1º, ambos do CPM, verifica-se em 2 anos, o que não se operou, pois não transcorreu tal lapso temporal entre o recebimento da denúncia, em 4 de março de 2005, e a condenação em 7 de julho seguinte.

A pretensão absolutória está desprovida de amparo, estando a Sentença questionada proferida em consonância com o apurado. Deve ser mantida pela propriedade de sua fundamentação.

APELAÇÃO Nº 2005.01.050087-1-RJ

APELAÇÃO. DEFESA E MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. HOMICÍDIO TENTADO. PENA DO CRIME CONSUMADO. EXCEPCIONAL GRAVIDADE. EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. REGIME FECHADO. MÍNIMO LEGAL. DESOBEDIÊNCIA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO. *I– A sentença de primeiro grau é nula, pois não observou o critério trifásico de aplicação da pena. Todavia, em conformidade com a jurisprudência pátria e por questão de economia processual, deixa-se de declarar a nulidade da sentença, mas, reduz-se a condenação ao patamar mínimo. II – O fato de o réu atacar covardemente um colega de farda, em horário de trabalho, que estava de serviço de sentinela, prezando pela segurança da Base e de todos que ali estavam já configura um fato de excepcional gravidade a autorizar a aplicação da pena do crime consumado; III – Impossibilidade de se agravar a pena pelo simples fato de o sentenciado cumprir a pena em estabelecimento prisional comum e estar sujeito aos preceitos da lei de execuções penais; IV – Se o legislador não elencou o crime militar no rol taxativo dos crimes hediondos, então não há como se punir de forma transversa o homicídio na caserna com o mesmo rigor destinado àqueles delitos. E essa situação não pode ser 'corrigida' neste caso com uma exacerbação da pena concretizada. A solução deve vir por meio de lei, não podendo o Judiciário ingressar indevidamente na esfera reservada ao Poder Legislativo, representante da vontade popular e legitimado a realizar a correção que o órgão do Ministério Público Militar almeja; V – Apelos conhecidos. Negado provimento à apelação do MPM, por unanimidade. E, por maioria, dado parcial provimento ao apelo da defesa.*

Relator — Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor — Min. Gen Ex Valdesio Guilherme de Figueiredo.

Apelantes — O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR e DANIEL VALENTIM PEREIRA DA SILVA, Cb FN, condenado à pena de 15 anos de reclusão, como incurso no art. 205, § 2º, inciso IV, c/c o art. 30, inciso II, parágrafo único, "in fine", com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102, tudo do CPM, fixando-se o regime prisional fechado para o cumprimento da pena.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 19/07/2005.

Advogado — Dr. Godofredo Nunes Filho.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao apelo do Ministério Público Militar. E, **por maioria**, deu provimento parcial ao apelo da Defesa para, mantendo a condenação imposta ao Cb FN DANIEL VALENTIM PEREIRA DA SILVA, reduzir a pena, fixando-a em 12 anos de reclusão, mantidos os demais termos da Sentença **a quo**. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e MARCUS HERNDL negavam provimento aos apelos interpostos, mantendo íntegra a Sentença condenatória de primeiro grau. O Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH dava provimento parcial ao apelo defensivo para suprimir do fundamento da Sentença condenatória a aplicação do art. 30, inciso II, parágrafo único, **in fine**, do CPM. Os Ministros FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e MARCUS HERNDL farão declarações de voto.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata da 20ª Sessão, 11.04.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em negar provimento ao apelo do Ministério Público Militar e, por maioria, em dar provimento

parcial ao apelo da defesa para, mantendo a condenação imposta ao Cb FN DANIEL VALENTIM PEREIRA DA SILVA, reduzir a pena aplicada ao mínimo legal, fixando-a em 12 anos de reclusão, uma vez que o dispositivo da sentença de primeiro grau não seguiu o critério trifásico para a fixação da pena, mantidos os demais termos da Sentença a *quo*.

Brasília, 11 de abril de 2006 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Dr. *José Coêlho Ferreira*, Ministro-Relator — Gen Ex *Valdesio Guilherme de Figueiredo*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Cuidam-se de apelações do Ministério Público Militar e da defesa. Ambos irresignados com a decisão de primeiro grau que condenou o Cb FN DANIEL VALENTIM DA SILVA à pena de 15 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 205, § 2º, inciso IV – homicídio doloso qualificado – c/c o art. 30, inciso II, parágrafo único, "in fine", com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102, tudo do CPM.

2. A denúncia oferecida contra o ora apelante e apelado, recebida em 05/10/2004 (fl. 320/321), imputou-lhe o crime previsto no art. 205, § 2º, c/c com o art. 30, II, tudo do Código Penal Militar, por entender que o acusado, no dia 13/08/2004, no interior da Base de Fuzileiros Navais da Ilha do Governador, atingiu com um golpe de facão, pelas costas, o Sd FN Douglas Cabral de Souza, que se encontrava prestando serviço de sentinela ao Posto de Vigilância nº 9 da Base. Ele golpeou a vítima na região paravertebral à esquerda, entre a quarta e a sexta vértebras torácicas, provocando as lesões descritas no laudo de fls. 215/217, com intenção inequívoca de causar a morte do soldado, não alcançando seu desiderato por motivos alheios à sua vontade. E, embora não tenha atingido seu objetivo, os danos causados foram de excepcional gravidade, justificando assim a aplicação da pena do crime consumado (fls. 02 a 04).

3. O Comandante da Base de Fuzileiros Navais da Ilha do Governador, Capitão-de-Mar-e-Guerra Cid Pereira Santos, solicitou fosse decretada a prisão preventiva do acusado "haja vista a grande revolta e comoção gerada na Tripulação da Unidade com o ato praticado, cometido com covardia e usando ardil para a consumação da agressão, com reflexos na ordem administrativa das Unidades do Complexo" (fls. 21 e 22). No mesmo dia dos fatos, 13/08/2004, o Dr. Cláudio Amin Miguel despa-

chou decretando a prisão preventiva do Cb Daniel Valentim Pereira da Silva, com fulcro nos arts. 254 e 255, "e", do CPPM (fl. 23).

4. As testemunhas ouvidas no inquérito confirmaram que o acusado disse que estava pescando, porém não carregava qualquer material de pesca e a maré estava baixa. E os militares que prestaram socorro à vítima foram unânimes em confirmar a descrição do agressor feita pela vítima: um homem calvo, magro e branco (fls. 76 a 107).

5. Foi apurado durante o IPM que o proprietário da faca utilizada na tentativa de homicídio é o CB FN José Carlos da Silva, que a emprestou seis meses antes ao Cb Alexandre, que por sua vez emprestou ao acusado, que disse que precisava do instrumento para pescar.

6. O Laudo de Exame de Corpo de Delito no Sd FN Douglas Cabral de Souza descreveu as lesões e afirmou que houve risco de vida para a vítima, resultando em incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias e não podendo afirmar, à época, se resultaria debilidade permanente de membro, sentido ou função e enfermidade permanente (fls. 215 a 231).

7. À fl. 246 encontra-se Termo de Reconhecimento de Pessoa, onde o ofendido apontou o réu como sendo a pessoa que o agrediu.

8. O Laudo de Exame de Material (fls. 309 e 310) afirma que o objeto do crime é uma faca de caça e pesca, medindo 30 cm de comprimento total, destes 17,5 cm são correspondentes à lâmina. A lâmina apresenta 3,1 cm de largura máxima, gume afiado e cortante e que pode ser usada eficazmente como instrumento de ação pérfuro-corto-dilacerante, podendo levar a vítima à morte.

9. A defesa requereu a concessão de liberdade provisória ao réu. A douta representante do *Parquet* manifestou-se contrária ao pedido e o Conselho decidiu, por unanimidade, pela manutenção da prisão do acusado.

10. Ouvido em juízo, o réu manteve sua versão de que estava pescando e que não conhece a vítima. Negou, ainda, ter pego emprestado a faca objeto do crime. Declarou, também, que o ofendido, mesmo ferido, correu e o ultrapassou, gritando o nome 'Silveira' (fls. 346 e 347).

11. O ofendido, quando ouvido em juízo, reafirmou que foi golpeado pelas costas pelo acusado quando estava de serviço de sentinela no posto nº 9. Declarou, ainda, que "em frente à guarita PV 9 não é permitida a pesca; raramente é concedida uma autorização especial; que entende que o acusado o atacou para roubar seu fuzil" (fls. 348 e 349).

12. O Cb FN Heric dos Santos Cardoso, testemunha do MPM, declarou que o réu estava com problemas em relação a dívidas, inclusive de cartão de crédito e que no dia dos fatos o acusado nada comentou sobre pescaria e nunca ouviu dizer que o mesmo tinha o hábito de pescar (fls. 358 e 359). Outras testemunhas do MPM confirmaram que o acusado usava o uniforme de educação física e japona, passou por local não usual, estava em atitude suspeita e não portava qualquer material para pesca. O Cb FN Alexandre dos Santos Sousa confirmou que emprestou a faca utilizada na tentativa de homicídio ao acusado 3 dias antes do fato (fls. 360 a 365).

13. As testemunhas de defesa nada acrescentaram, apenas o Cb FN IF José Carlos da Silva afirmou que sabia que o Cb Alexandre havia emprestado a faca para o acusado (fls. 391 a 394).

14. Em alegações escritas, a Drª. Ione de Souza Cruz ratificou o pedido condenatório, com base no conjunto de provas carreado aos autos, retificando o pedido apenas no tocante à aplicação da pena do crime consumado, pois, à época do oferecimento da denúncia, a gravidade das lesões apontava para uma possível seqüela, o que não veio a se verificar. Desta forma, requereu a condenação e a diminuição mínima prevista para a modalidade tentada (fls. 423 a 425).

15. A Defesa insiste que a vítima mentiu em seu depoimento, tendo o único intuito de incriminar o réu. Requereu a absolvição por entender que são frágeis as provas colacionadas aos autos (fls. 430 a 441).

16. O Conselho Permanente de Justiça para a Marinha decidiu, por unanimidade de votos, julgar procedente a denúncia para condenar o CB Daniel Valentim Pereira da Silva à pena de 15 anos de reclusão, em regime fechado, com base no art. 205, § 2º, inciso IV, c/c o art. 30, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do CPM. Aplicou, ainda, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, *ex vi* do art. 102 do CPM. Tal decisão fundamentou-se no fato de que a materialidade está exaustivamente comprovada pelos laudos e que o acusado planejou o crime e o executou à traição, impossibilitando a defesa da vítima. O réu não foi pescar, estacionou seu carro em local proibido, mas de onde poderia se evadir sem ser visto por qualquer sentinela. O acusado foi reconhecido duas vezes pelo ofendido. Fixou, então, a pena-base acima do mínimo legal e aplicou a pena do crime consumado, com fulcro no disposto no parágrafo único, "in fine", do inciso II do art. 30 do CPM (fls. 474 a 482).

17. A sentença foi lida e publicada em 28/07/2005, ficando intimada a Defesa. O MPM tomou ciência da decisão em 01/08/2005 (fls. 489 e 482).

18. Em 01/08/2005, a defesa apelou da sentença (fl. 492), vindo a representante do Ministério Público Militar apelar da sentença em 04/08/2005 (fl. 495).

19. A defesa, nas razões de apelação, abandonou a tese de negativa da autoria e requereu a aplicação da redução prevista no art. 30, II, parágrafo único, do CPM. Colacionou extensa doutrina no sentido de que, se o fato não chega a se consumar, é obrigatória a redução da pena (fls. 500 a 511).

20. A mesma promotora que subscreveu as alegações escritas requerendo a não aplicação da pena consumada arrazoou a apelação para aumentar o *quantum* da sanção imposta ao réu, mantida a imposição da pena do crime consumado, conforme o disposto no art. 30, II, parágrafo único, *in fine*. Argumentou, para tanto, que na Justiça Militar não tem aplicação a lei de crimes hediondos e desta forma uma tentativa de homicídio entre militares dentro da Organização Militar não deveria ter tratamento menos rigoroso do que o de um crime comum. Uma maneira de "corrigir" esta falha seria aumentando a pena para que os benefícios da Lei de Execuções Penais não façam com que o réu receba uma reprimenda menos severa do que deveria (fls. 513 a 525).

21. Em contra-razões de apelação, o MPM requereu o indeferimento do apelo da defesa, uma vez que a punição imposta já está, no seu entender, mais branda do que deveria (fls. 526 a 534).

22. A defesa, por sua vez, ratificou suas razões de apelação insistindo que fosse reconhecida a diminuição prevista para o delito em sua forma tentada e que não fosse atendido o pleito da acusação (fls. 537 a 549).

23. O parecer da PGJM, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Drª. Maria Lúcia Wagner, opinou pelo desprovimento da apelação da defesa, para, mantendo integra a sentença do juízo "a quo" que aplicou a pena do crime consumado, venha somente acolher o pedido feito pelo Ministério Público Militar de aumento de pena. Isso porque os delitos cometidos no âmbito militar não podem ser tratados de forma mais benévola do que os crimes ocorridos no âmbito civil, em face dos fundamentos da justiça castrense especializada (fls. 563 a 569).

É o relatório.

Em 28/07/2005 foi realizada a audiência de leitura e publicação da sentença, ficando a defesa intimada. O apelo defensivo foi protocolado em 01/08. O MPM tomou ciência da decisão em 01/08/2005 e apelou em 04/08. Portanto os apelos são tempestivos e deles conheço.

2. Primeiramente, cabe tecer algumas considerações acerca do dispositivo da sentença. O Conselho de Justiça não observou o critério trifásico para a fixação da pena, sendo omisso em relação a agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição de pena. Apenas afirmou ter fixado a pena-base acima do mínimo legal e aplicado ao caso a pena do crime consumado, resultando em uma pena de 15 anos de reclusão.

3. É pacífica a jurisprudência pátria no sentido de que a simples menção às circunstâncias judiciais, sem especificar o porquê de considerá-las desfavoráveis no caso concreto, não é suficiente para fundamentar uma pena aplicada acima do mínimo legal. Vale lembrar que a devida fundamentação e individualização é garantia constitucional, não ficando ao livre arbítrio do juiz a escolha de fazê-lo ou não.

4. Desta forma, a sentença é nula, pois falta-lhe a devida fundamentação e individualização da pena aplicada. Isso prejudica, senão inviabiliza, a análise dos recursos interpostos, principalmente o do *Parquet* Militar. E houve prejuízo ao réu, uma vez que a pena foi fixada acima do mínimo legal.

5. Sobre o assunto, fixou-se também a jurisprudência do Excelso Pretório no sentido de que é incensurável a decisão imotivada que fixa a pena-base e as causas de aumento no mínimo legal, por ausência de prejuízo ao réu.

6. Esta Corte tem jurisprudência no sentido de que, em casos como este, é possível, por questão de economia processual, não declarar-se a nulidade da sentença, mas, ao julgar-se culpado o acusado, manter-se a condenação em seu patamar mínimo. Tal situação será corroborada quando da análise do mérito.

7. A promotora de Justiça Militar requereu, em suma, que:

a) a pena-base seja fixada expressivamente acima do mínimo legal, considerando a pena abstratamente cominada ao crime de homicídio qualificado pela traição e com surpresa (art. 205, § 2º, inciso IV, do CPM);

b) seja a qualificadora prevista no inciso III do § 2º do art. 205 do CPM considerada como agravante genérica (art. 70, inciso II, letra "e", do CPM – emprego de meio cruel), permitindo a agravação da pena na segunda fase de seu cálculo; e

c) a agravação seja fixada no máximo possível, ou seja, em 1/3 da pena-base.

8. A douta representante do Ministério Público Militar fundamenta sua pretensão no fato de que o réu cumprirá a pena em presídio estadual e receberá os benefícios previstos na Lei de Execuções Penais. Assim, almeja uma pena mais elevada a fim de compensar "o tratamento maternal" que encontrará no sistema prisional comum.

9. Ocorre que o Direito Penal, dentre todos os ramos do Direito, é que o mais preza pela legalidade, sendo regido pela tipicidade, tamanha a intervenção na esfera de direitos individuais. Para a aplicação de uma pena privativa de liberdade faz-se necessário seguir rigorosamente os comandos legais pertinentes.

10. Como se pode cogitar de um aumento de pena para o réu simplesmente porque sua execução seguirá os preceitos legais? O que pretende a promotora, *in casu*, é conseguir uma punição mais severa do que a prevista em lei.

11. Atualmente, vigora entre nós o sistema utilitarista da pena, que se refere às suas finalidades preventivas e repressivas. Abandonou-se a noção de que pena é puramente retribuição, vingança. Daí porque a Lei de Execuções Penais traz vários institutos voltados à reintegração do detento na sociedade e na preocupação com sua reabilitação para o convívio social. Vide, a propósito, seu art. 1º, *verbis*:

> *"Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."*

12. Se o legislador não elencou o crime militar no rol taxativo dos crimes hediondos, então não há como se punir de forma transversa o homicídio na caserna com o mesmo rigor destinado àqueles delitos. E essa situação não pode ser 'corrigida' neste caso com uma exacerbação da pena concretizada. A solução deve vir por meio de lei, afinal o sistema de fixação de penas no Brasil é dividido entre os poderes, não podendo o

Judiciário ingressar indevidamente na esfera reservada ao Poder Legislativo, representante da vontade popular e legitimado a realizar a correção que o órgão do Ministério Público Militar almeja.

13. Também recorre o MPM para que, mantendo a pena aplicada referente ao crime consumado, altere-se o *quantum* da reprimenda imposta.

14. Neste tocante, entendo que falta congruência ao apelo ministerial. A mesma promotora solicitou que fosse aplicada a redução referente à tentativa em sede de alegações escritas e agora apela para manter a pena do crime consumado. Se fosse outro órgão do MPM a requerer tal providência seria plausível, tendo em vista o princípio da independência funcional que rege seus membros. Desta forma, falta ao órgão do MPM interesse para recorrer neste aspecto, pois não houve sucumbência. Portanto, nego tal pedido.

15. O Ministério Público Militar requer, ainda, a agravação da pena em virtude de o réu ter se utilizado de meio cruel para o cometimento do delito. Cézar Roberto Bitencourt conceitua meio cruel como "a forma brutal de perpetrar o crime, é meio bárbaro, martirizante, que revela ausência de piedade, v. g., pisoteamento da vítima, dilaceração do corpo a facadas etc. Meio cruel é o que causa sofrimento desnecessário à vítima. Pelo meio cruel o agente objetiva o padecimento de sua vítima; revela sadismo."[4]

16. Alberto da Silva Franco e Rui Stoco, na obra Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, anotam que nem mesmo a circunstância de se praticar um homicídio com vários golpes caracteriza, obrigatoriamente, a qualificadora de meio cruel. O meio cruel é o marcante propósito de provocar sofrimento na pessoa visada, prolongando-o ao máximo possível.[5]

17. A meu ver, e em consonância com a doutrina e a jurisprudência pátrias, não merece prosperar tal pedido. Como se percebe, no caso concreto não houve emprego de meio cruel. Apenas o réu escolheu o instrumento hábil e silencioso de forma a consumar o delito sem chamar a atenção de outras pessoas. Assim, desferiu um só golpe nas costas da vítima. Não houve repetição de golpes desnecessários, demonstração de sadismo ou intuito deliberado de provocar sofrimento desnecessário.

---

[4] *BITENCOURT, Cézar Roberto.* ***Código Penal Comentado****. São Paulo, Saraiva: 2002 (p. 391)*

[5] *FRANCO, Alberto da Silva e STOCO, Rui.* ***Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial****. Volume 1 – Tomo II – 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 (ps. 1866 a 1868).*

18. Não sendo aplicada a agravante de emprego de meio cruel, fica prejudicado o último pedido, qual seja, o de que a majoração fosse feita no patamar mais elevado possível. Desta forma, nego provimento ao apelo do Ministério Público Militar.

19. A defesa, por sua vez, abandonou a tese de negativa de autoria, reconhecendo que o réu foi o autor da tentativa de homicídio, requerendo tão-somente a diminuição da pena, em face do reconhecimento de que houve uma tentativa, não se aplicando a pena do crime consumado.

20. De fato, a materialidade e a autoria do delito estão devidamente comprovadas no farto conjunto probatório dos autos. A vítima reconheceu o acusado por duas vezes e, ao contrário do que insinuou a defesa, o ofendido descreveu fisicamente seu agressor antes que lhe fosse apresentada sua fotografia. As testemunhas do fato foram unânimes em descrever o comportamento suspeito do acusado e, no caminho onde ele passou, voltando do local da tentativa de homicídio foi encontrada uma sacola com a bainha da faca utilizada para cometer o crime.

21. Também ficou comprovado que o réu pegou a faca emprestada dois dias antes do fato com o CB Alexandre. Os argumentos defensivos de que o réu estava no local para pescar não podem prosperar. A uma porque não portava qualquer material de pesca e a duas porque, ao contrário do que declarou, ele não tinha a devida autorização superior para pescar no local. Também o fato de ter deixado seu carro em estacionamento que não lhe era destinado, mas era o lugar ideal para se evadir do posto 9 sem ser visto por qualquer pessoa, possibilitando que deixasse o Complexo Naval da Ilha do Governador sem passar por qualquer obstáculo, demonstra que estava ali para praticar o delito e, de fato, empreendeu todos os esforços no sentido de concretizá-lo. Com base em todos esses motivos entendo que deva ser mantida a condenação do acusado.

22. Consta dos autos que o ofendido ficou com a cicatriz da cirurgia a que teve que se submeter em virtude da facada. A cicatriz, conforme os laudos e as fotos anexos aos processo, é de grande extensão, sendo absolutamente visível.

23. Já reconheci em outros julgados, por exemplo nos Embargos (FO) 2003.01.049006-3/MS, onde fui revisor, a constitucionalidade do art. 30, parágrafo único, *in fine*, do CPM, tendo inclusive aplicado a pena do crime consumado ao crime tentado, uma vez presente a excepcional gravidade, pois um jovem militar de apenas 24 anos de idade perdeu um

rim e ficou paraplégico em decorrência dos tiros de pistola 9 mm a ele dirigidos friamente pelas costas.

24. No presente caso, a vítima também é um jovem militar, o qual ficou com duas marcas significativas nas costas: uma de 4 cm de comprimento na região paravertebral esquerda e outra de 25 cm de comprimento no lado esquerdo do tórax.

25. O fato de o réu atacar covardemente um colega de farda, em horário de trabalho, que estava de serviço de sentinela, prezando pela segurança da Base e de todos que ali estavam já configura um fato de excepcional gravidade a autorizar a aplicação da pena do crime consumado.

26. Não se deve perder de vista, ainda, que o réu chegou bem próximo de conseguir seu intento, devendo ser aplicada ao caso o disposto no art. 30, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do CPM. Desta forma, a sentença não merece reparo neste aspecto.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
Dr. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
APELAÇÃO Nº 2005.01.050087-1-RJ

Votei vencido, divergindo da corrente majoritária, para afastar do cálculo da pena a aplicação do artigo 30, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do Código Penal Militar.

A decisão recorrida, sensível à gravidade da ação do acusado, decidiu aplicar a segunda parte do parágrafo único do artigo 30 do CPM, apenando o delito tentado como se consumado fosse.

Trata-se, a meu ver, de disposição legal absolutamente inconstitucional, por ferir tanto o princípio da taxatividade quanto o princípio da proporcionalidade, norma singular e solitária no ordenamento jurídico brasileiro.

Diz o parágrafo único do artigo 30 do CPM:

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

No caso de excepcional gravidade, é o que diz o parágrafo abstruso. Porém, que caso? O que quis dizer o legislador com isso? Não se sabe ao certo, se referiu-se à gravidade do resultado ou dos meios empregados.

A denúncia, conforme esclarece o acórdão, entendeu que os danos causados ao ofendido, de excepcional gravidade, justificariam a aplicação do dispositivo legal antes referido (ver item 2 do relatório).

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar retificou o pedido inicial para que não se aplicasse ao réu a pena do crime consumado, e sim do crime tentado, uma vez que não se confirmou a extensão das seqüelas inicialmente apontadas na denúncia (ver item 14 do relatório).

A despeito do pedido expresso do órgão de acusação, o Conselho Permanente de Justiça negou a incidência da causa de diminuição referente à tentativa, aplicando, sem qualquer fundamentação, como reconheceu o acórdão, a pena indicativa de crime consumado.

O acórdão, inovando em relação à denúncia, entendeu que a excepcional gravidade justificadora do afastamento da causa de diminuição da pena reside no *modus operandi*, qual seja, "o fato de o réu atacar covardemente um colega de farda, em horário de trabalho, que estava de serviço de sentinela, prezando pela segurança da Base e de todos que ali estavam..."

Como se vê, num mesmo caso encontram-se pelo menos duas justificativas distintas para a aplicação daquele obscuro dispositivo legal. Ambas débeis. Para a denúncia, a extensão do dano. Para o julgador, o modo de agir do acusado. Não há segurança jurídica alguma num dispositivo legal que tem aplicação tão extensiva. Resta sacrificada a taxatividade da lei penal, decorrência lógica do princípio da legalidade, como ensinam todos os manuais de direito penal.

Quando a intenção da lei é agravar a pena por causa do resultado, essa intenção tem de estar absolutamente clara. Cito o exemplo da lesão corporal, definida no artigo 209 do CPM. Em sua modalidade simples, a pena cominada é de detenção, de três meses a um ano. A pena cominada é de reclusão, até cinco anos, se a ação produziu dolosamente perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias. É a lesão corporal grave. Ou ainda, se as lesões são levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar (§ 6º).

Como se vê, o artigo 209 do CPM apresenta-se em consonância com o princípio da taxatividade, na medida em que observa com maior clareza a escala de agressão ao bem jurídico e define a resposta para cada situação distinta.

Acerca do princípio da taxatividade, que se confunde com o próprio princípio da legalidade, definido no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, diz Alberto Silva Franco:

"Sob o segundo enfoque, a definição do crime e da pena ressalta a técnica legislativa de composição típica. (...) O desprezo ao jogo combinado de generalização e diferenciação conduz o legislador desavisado ou malicioso ao emprego de cláusulas gerais na descrição da conduta proibida ou ordenada, instalando-se, assim, o regime da indeterminação do tipo, o que se traduz na negação do próprio princípio da legalidade. (...) Definir, nessa ótica, representa, portanto, estruturar com clareza as condutas criminosas de modo que possam ser, com facilidade, compreendidas por seus destinatários, e evitar a cominação de margens penais extremamente dilatadas. Se o legislador recorrer a cláusulas gerais, tornando indefinida e imprecisa a definição do comportamento humano, ou se dá ao tipo margens penais alargadas de forma a transformar o juiz em legislador, a arbitrariedade judicial poderá campear à solta, sem rei, nem roque". (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 6)"

O dispositivo legal ora em análise encontra-se perfeitamente definido no trecho transcrito: instala o regime da indeterminação, nega o princípio da legalidade, tem redação obscura e generalizante, não permite a compreensão clara de sua intenção e propicia a cominação de penas em margens extremamente dilatadas, contribuindo para a disseminação da arbitrariedade judicial, a mais odiosa forma de arbítrio, pois é justamente dos juízes que a lei e a sociedade esperam a correção do arbítrio.

A aplicação da pena do crime consumado ao crime tentado, de surpresa e de inopino, revela um Poder Judiciário traiçoeiro, que age de modo insidioso, tornando quase impossível a defesa do acusado. É a sentença, assim, que passa a ser qualificada, e não mais o delito.

Note-se que nada existe de semelhante no Código Penal comum. Nem poderia haver, pois o parágrafo único, do artigo 30, da lei substantiva militar, arranha o próprio princípio da reserva legal, já que a mesma lei diz qual deve ser a resposta estatal para lesões corporais graves, leves e levíssimas; para o crime tentado e para o crime consumado.

Ademais, não há clareza nenhuma na lei quando permite o acréscimo de pena "em casos de excepcional gravidade". Graves podem ser os motivos do agente, os meios por ele empregados para a consecução do crime, ou ainda a própria natureza do delito e também os resultados obtidos pela ação criminosa. Como a lei não deve conter palavras inúteis, fica evidente que o dispositivo legal em questão, quando fala em **excepcional gravidade**, inclui outro elemento difuso, ambíguo e indeterminado, além da já comentada **gravidade**, qual seja a **excepcionalidade**. E também aqui é o caso de se perguntar: excepcional em relação a que?

Qual a regra, qual a exceção? Trata-se de simples questão de lógica, o que é excepcional exige um referencial para que se possa saber qual a regra e qual a exceção. Por conseguinte, tem-se um absurdo dispositivo legal, com indefinição binária, em afronta ao princípio da reserva legal.

Por outro lado, a decisão do Conselho Permanente de Justiça, aplicando ao crime tentado a pena de crime consumado, fere o princípio da proporcionalidade, também de índole constitucional.

É certo que tal princípio não está expressamente declarado nos inúmeros incisos da declaração de direitos do artigo 5ª da Constituição Federal. Mas também é certo que o § 2º do mesmo artigo afirma textualmente que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Mas a ele se chega pela conjugação de diversas disposições constitucionais, em especial pelos **artigos 1º, III, 3º, I, 5º, *caput* e incisos II, XXXV** e **LIV**, entre outros, todos da **Constituição Federal**. De acordo com esse princípio, a resposta estatal a um delito cometido deve guardar proporcionalidade com a lesividade do ato praticado.

Sem maiores digressões, o resultado do homicídio consumado é muito mais lesivo do que o tentado, principalmente porque é irremediável.

Sob a ótica do bem jurídico tutelado pela norma do artigo 205 do Código Penal Militar, que é a vida, é indiviidoso que a maior agressão que contra ele se pode praticar é sua completa supressão, fato que não ocorreu no caso vertente.

A proporcionalidade deve ser aplicada ao caso que se aprecia, por força de mandamento constitucional principiológico. O acusado merece a redução da pena, posto que, por motivo alheio à sua vontade, não houve a consumação do delito.

Deixo, todavia, de indicar o *quantum* da redução para que, em sede de embargos, caso o recurso seja interposto pela defesa, a Corte possa discutir a questão e estabelecer a margem devida, entre 1/3 e 2/3, conforme estatui o aludido parágrafo único do artigo 30 do Código Penal Militar, na parte não considerada imprestável.

Isto posto, votei vencido para dar parcial provimento ao apelo defensivo para suprimir do fundamento da sentença condenatória a aplicação do artigo 30, inciso II, parágrafo único, do Código Penal Militar.

Superior Tribunal Militar, 11 de abril de 2006.

Dr. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
TENENTE BRIGADEIRO-DO-AR
MARCUS HERNDL
APELAÇÃO Nº 2005.01.050087-1-RJ

Divergi de meus eminentes pares, por entender que a Sentença recorrida lastreou-se nas provas carreadas aos autos, para fundamentar a justa condenação do Apelante/Apelado à pena de 15 anos de reclusão, em regime fechado, com base no artigo 205, § 2º, inciso IV, c/c o artigo 30, inciso II, parágrafo único, ***in fine***, do CPM.

Incontestáveis a autoria e a materialidade do delito. Como bem afirmou o Conselho Julgador, a pena-base acima do mínimo legal deveu-se à gravidade do fato praticado, haja vista as lesões causadas no ofendido, o qual teve laceração do parênquima pulmonar em lobo superior do pulmão esquerdo e lesão da artéria intercostal. Frisou, ainda, a frieza do acusado, ao valer-se da condição de superior e determinar ao ofendido que se abaixasse para recolher o lixo, de forma dissimulada, para apunhalar-lhe pelas costas.

A excepcional gravidade do crime tentado justifica-se pelo ***modus operandi*** do agente, a intensidade do dolo, o tempo e o lugar da execução. Conforme se apurou no processo, o Apelante/Apelado premeditou cuidadosamente todas as etapas do crime, a ponto de obter o punhal por empréstimo, posicionar o veículo de modo a facilitar a fuga, bem como aguardar o momento em que ambos estivessem sozinhos.

Reiterando a afirmação do Conselho: ***"pode-se creditar à sorte estar o SD Douglas vivo"***.

Por tais razões, meu voto foi no sentido de manter ***in totum*** a Sentença hostilizada.

Superior Tribunal Militar, 11 de abril de 2006.

Ten Brig Ar MARCUS HERNDL
Ministro do STM

Apelação. Incidente de Execução. Decisão interlocutória. Cabimento (CPPM, art. 526, alínea "b"). Cumprimento de pena de militar em Organização Militar. Aplicação da legislação comum. Impossibilidade. A Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Fiscal) só se aplica aos apenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária. Precedentes da Suprema Corte. Conhecido, mas improvido o apelo defensivo. Decisão majoritária.

Relator — Min. Gen Ex Valdesio Guilherme de Figueiredo, por Prevenção.

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

Apelante — Luiz Henrique Rocha Correard, 1º Ten Ex, preso, cumprindo pena imposta por Acórdão deste E. Tribunal, lavrado nos autos da Apelação nº 2003.01.049452-9.

Apelada — A Decisão da MMª Juíza-Auditora da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 09/03/2005, proferida nos autos de Execução de Sentença nº 11/03, referente ao Processo nº 30/01-6, que indeferiu pedido formulado pela Defesa.

Advogados — Drs. Sérgio Donat König e Daniel Chalis Miron Franco.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao apelo da Defesa, mantendo íntegra a Decisão da MMª. Juíza-Auditora, de 09/03/2005, prolatada nos autos de Execução de Sentença nº 11/03, referente ao Processo nº 30/01-6. O Ministro JOSÉ COÊLHO não conhecia do presente recurso de Apelação e fará declaração de voto. Presente o Dr. Nelson Luiz Arruda Senra, Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Presidência do Ministro Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Max Hoertel, Carlos Alberto Marques Soares e Henrique Marini e Souza. (Extrato da Ata da 74ª Sessão, 06.12.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, em negar provimento ao apelo da Defesa, mantendo íntegra a Decisão da MM. Juíza-Auditora, de 09/03/05, prolatada nos autos de Execução de Sentença nº 11/03, referente ao Processo nº 30/01-6.

Brasília, 06 de dezembro de 2005 — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Gen Ex *Valdesio Guilherme de Figueiredo*, Ministro-Relator — Dr. *Olympio Pereira da Silva Junior*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo 1º Ten Ex LUIZ HENRIQUE ROCHA CORREARD, condenado pela prática do delito previsto no art. 251, do CPM, e cumprindo pena em face do Acórdão deste Tribunal na Apelação nº 2003.01.049452-9/SP, de 29/09/04.

A subida da presente apelação decorreu do deferimento de recurso em sentido estrito contra decisão proferida em autos de execução de sentença, que negara seguimento ao apelo da Defesa.

Postula o Apelante, nas razões de fls. 523/527, tratamento isonômico com outro co-réu, FAUSE LUIZ LOMACO, que, por determinação do mesmo Juízo, nos Autos de Execução nº 12/04, deverá cumprir sua pena em casa de albergado (regime aberto), ao contrário do ora Apelante que segue em regime fechado de cumprimento de pena no interior de OM. Invoca em favor de sua tese os arts. 61 e 62, ambos do CPM, que dariam guarida ao princípio constitucional da isonomia.

Em contra-razões (fls. 530/532), o Ministério Público Militar pugnou pelo improvimento do apelo defensivo, argumentando que a MMª Juíza-Auditora apenas deu cumprimento à Decisão desta Corte na Apelação nº 2003.01.049452-9, na medida em que lhe fora concedido o regime aberto, apenas, na hipótese de ser transferida a execução da pena em estabelecimento prisional comum. Aduziu que o pedido constante do presente recurso já foi apreciado por esta Corte no HC nº 2005.01.034012-2, que resultou no seu indeferimento, por falta de amparo legal.

A DIJUR certificou às fls. 554/558 que constam sobre o Apelante os seguintes registros:

AÇÃO	NÚMERO	DECISÃO	ÓRGÃO	Trânsito em Julgado
Correiç Parc	2001/1788-0	Não conhec.	STM-Maioria	02/10/2001
Embargos	2001/1788-7	Não admitiu	STM-Monocr.	02/10/2001
Agr. Reg.	2001/1788-8	Rejeitou	STM-Unanim.	02/10/2001
Apelação	2003/49452-9	Negou Prov.	STM-Unanim.	
Emb. Decl.	2004/49452-8	Rejeitou	STM-Unanim.	
Apelação	2004/49592-4	Negou Prov.	STM-Unanim.	
Emb. Decl.	2005/49592-3	Negou Seguim	Relator	22/04/2005
Rec. Extraord.	2005/435-7	Negou Seguim	Pres STM	
Agr Instrum	2005/185-2	Remessa STF	Pres STM	
Rec. Extraord.	2005/436-5	Negou Seguim	Pres STM	
Agr Instrum	2005/186-0	Remessa STF	Pres STM	
Petição	2005/470-6	Indeferiu	STM-Unanim.	17/10/2005
Petição	2005/471-4	Negou Seguim	Relator	05/08/2005
Recurso Crim	2005/7260-3	Deu Provim.	STM-Unanim.	27/06/2005
Recurso Crim	2005/7288-3	Deu Provim.	STM-Unanim.	11/10/2005
HC	2005/34012-2	Denegou	STM-Unanim.	27/06/2005
HC	2005/34092-0			
HC	85054-5/STF	Indeferido	STF-Unanim.	
HC	85256-4/STF	Negou Seguim	STF-Despach	12/09/2005
HC	85486-9/STF	Negou Seguim	STF-Despach	01/03/2005
HC	86079/STF	Vista ProcRep	Relat.-Despac	
Agrav Instr	563397/STF	Não conhece	Relator	
Agrav Instr	563879/STF			
Rec Ordinário		Vista ProcRep		

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer de fls. 563/566, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, manifestou-se no sentido de que *"a apelação seja convertida em HC, com a determinação da remessa dos autos ao Juízo das Execuções Penais onde o réu se encontra e expedição imediata de alvará de soltura"*.

Relatado, decide-se.

VOTO

O recurso de apelação é tempestivo e cabível, na forma do artigo 526, alínea "b", do CPPM. Na hipótese dos autos, trata-se de sentença com força de definitiva, que, na lição de J. F. Mirabete, é chamada de interlocutória mista, a qual não decide o mérito, mas põe fim à relação processual; em razão do que dele se conhece, até mesmo para evitar a alegação de cerceamento de defesa.

Consta dos autos que o ora Apelante encontra-se cumprindo pena de 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão, em Unidade do Exército, em face da Decisão desta Corte na Apelação nº 2003.01.049452-9, de 29/09/2004.

O citado Acórdão faz menção à fixação do regime inicial aberto, com a ressalva: *"caso venha a pena ser cumprida em estabelecimento prisional comum"*.

E não poderia ser de outra forma, já que tal condição decorre da própria Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal), que no parágrafo único do art. 2º esclarece que a referida lei aplicar-se-á, igualmente, ao condenado pela Justiça Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

A Suprema Corte, em diversas ocasiões, já se pronunciou sobre o tema, cabendo destacar o seguinte julgado:

> *"HABEAS CORPUS Nº 73.920-2 - RIO DE JANEIRO.*
>
> *RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO*
>
> *PACIENTE: MAURO SEVERIANO VIEIRA*
>
> *IMPETRANTE: CRISTOVAM ABREU*
>
> *COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR*
>
> *EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR CONDENADO PELA JUSTIÇA CASTRENSE. RECOLHIMENTO A ESTABELECIMENTO PRISIONAL MILITAR. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. LEI 7.210/84, ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO.*
>
> *– A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) só se aplica aos apenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária.*
>
> *– H. C. indeferido".*

Ora, no caso em exame, trata-se de oficial do Exército que ainda ostenta a qualidade de militar, sendo certo que só perderá esse *status* na situação prevista nos incisos VI e VII, do artigo 142, da Constituição Federal.

De acordo com a Certidão expedida pela Diretoria Judiciária, verifica-se que o Acórdão da Apelação nº 2003.01.049452-9, ainda não transitou em julgado, devendo, portanto, o Sentenciado continuar a cumprir a prisão em Organização Militar designada, na conformidade do artigo 73, parágrafo único, alínea "c" do Estatuto dos Militares (Lei nº 6880/80), até que, se for o caso, venha a ser submetido a Conselho de Justificação ou Representação de Indignidade para o Oficialato e, em conseqüência, perca a condição de militar.

Aliás, se o Apelante tem tanto interesse em usufruir das regalias da LEP, bastaria que, diante da elevada quantidade de recursos, fosse evitada a procrastinação e permitido o trânsito em julgado do Acórdão reclamado, com suas conseqüências legais.

Quanto à pretensão de tratamento isonômico ao outro co-réu, não pode prosperar porquanto o outro sentenciado, embora militar à época do delito, é hoje civil, para todos os fins do processo e do direito penal, daí estar cumprindo sua pena sob as regras da mencionada Lei nº 7.210/84.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA

APELAÇÃO Nº 2005.02.050106-1-SP

Votei vencido por discordar da douta maioria quanto ao conhecimento da apelação, pelos fundamentos que passo a expor.

2. O réu é militar e cumpre pena no interior da OM em regime fechado. Seu pedido recursal versa sobre o cumprimento da pena em estabelecimento prisional civil (casa de albergado), embora o sentenciado continue detendo a condição de militar e venha protelando o trânsito em julgado da apelação para não ser submetido a processo de indignidade para o oficialato.

3. Por se tratar de recurso originado em incidente de execução, pareceu-me, *ab initio*, incabível a apelação mas sim o recurso em sentido estrito. A nobre turma argumenta que, na ausência de regra expressa contida no rol do art. 516 do CPPM, adota-se a regra geral do art. 526 do CPPM, tendo em vista a natureza mista da decisão interlocutória em tela.

4. O art. 526 do CPPM prevê o cabimento de apelação contra "sentença definitiva ou com força de definitiva", não sendo dessa natureza a decisão apelada. E assim não poderia ser porque proferida para resolver incidente de execução.

5. *In casu*, o Tribunal determinou o recebimento da apelação ao julgar o recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que indeferira seu regular processamento. No entanto o despacho de recebimento da apelação proferido pela Juíza-Auditora não vincula este Tribunal quanto ao cabimento da mesma.

6. Com efeito, a MMª. Juíza-Auditora negara seguimento à apelação pelo seguinte fundamento: *"não cabe apelação de acórdão do Tribunal"*. Todavia, o juízo de admissibilidade *"a quo"* não decide em definitivo sobre o cabimento do recurso. Sua análise deve versar, primordialmente, sobre a tempestividade do recurso e a legitimidade das partes. A competência para determinar qual o recurso cabível é do Tribunal.

6. Entendo que, neste caso, a apelação não deveria ser conhecida por faltar-lhe os requisitos legais.

7. Em primeiro lugar, não existe sentença definitiva ou com força de definitiva como exige o art. 526 do CPPM. Em segundo lugar, como afirmou o nobre relator, a matéria sob exame consta do dispositivo do acórdão condenatório e foi reapreciada em sede de HC. Assim sendo o Tribunal, já se manifestou sobre a questão duas vezes. Portanto, a meu ver, a melhor solução é não conhecer da apelação.

8. Ressalto que o direito de defesa é importante e deve ser prestigiado, o que não impõe ao Tribunal o dever de ficar dando guarida a pedidos repetitivos advindos da mesma parte.

9. Ademais, não cabe apelação de decisão proferida em acórdão do Tribunal. Este só pode ser atacado por embargos ou modificado por meio de revisão criminal após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Ressalte-se, ainda, a possibilidade de impetração de Habeas Corpus junto ao Supremo.

13. Pelo exposto, votei no sentido de não conhecer do presente recurso de apelação, por absolutamente incabível.

Superior Tribunal Militar, 06 dezembro de 2005.

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Ministro do STM

APELAÇÃO (FE) nº 2005.01.050136-5-RJ

DESERÇÃO. DESERTOR LICENCIADO INDEVIDAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. SÚMULA 12/STM. 1. Segundo a Súmula nº 12/STM, a praça não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, sendo a reinclusão exigência legal prevista no art. 457, §§ 1º, 2º e 3º, do CPPM; 2. O status de militar é condição de procedibilidade para a "persecutio criminis", daí porque o processo é extinto, mesmo depois de recebida a denúncia, se o militar vem a ser licenciado, considerado incapaz ou tiver sua incorporação anulada, segundo precedentes desta Corte; 3. Apelação não conhecida, por falta de condição de procedibilidade. Preliminar suscitada de ofício acolhida, por maioria, para anular o processo, sem renovação, e proceder ao seu arquivamento.

Relator — Min. Ten Brig Ar Flavio de Oliveira Lencastre.

Relator p/o Acórdão — Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor — Min. Dr. Olympio Pereira Da Silva Júnior.

Apelante — Florisberto Correia de Oliveira, Sd Aer, condenado à pena de 06 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada — A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 19/10/2005.

Advogado — Dr. Antonio Gomes de Medeiros.

Decisão — Prosseguindo no julgamento interrompido na 39ª Sessão, em 21/06/2006, após o pedido de vista do Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, o Tribunal, **por maioria**, declarou nulo o processo, sem renovação, por falta de condição de procedibilidade, determinando o seu arquivamento. Os Ministros FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE (Relator), MARCUS HERNDL, HENRIQUE MARINI E SOUZA, MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO e SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO negavam

provimento ao apelo da Defesa, mantendo a Sentença **a quo** e determinavam a remessa de cópia do Acórdão ao Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica, para conhecimento e providências que entendesse cabíveis. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR (Revisor) acompanhava o Relator, mantendo a Sentença, discordando, entretanto, da remessa de cópia do Acórdão ao Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica. Relator para o Acórdão Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA. O Ministro Relator fará voto vencido.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata da 47ª Sessão, 17.08.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutido estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, por maioria, em declarar nulo o processo, sem renovação, por falta de condição de procedibilidade, determinando seu arquivamento.

Brasília, 17 agosto de 2006 — Gen Ex Max Hoertel, Ministro-Presidente — Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Representante do Ministério Público Militar junto à 4ª Auditoria da 1ª CJM ofereceu denúncia contra o Soldado da Aeronáutica FLORISBERTO CORREIA DE OLIVEIRA, já qualificado nos autos, como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar (fls. 02/03).

2. A Exordial Acusatória foi recebida em 24 de junho de 2005 (fls. 56), sendo o Acusado regularmente citado (fls. 66).

3. Foram juntados ao processo os seguintes documentos instrutórios:

– Parte de Ausência ..... fls. 04;

– Parte de Deserção ..... fls. 07;

– Inventário de Bens ..... fls. 08/09;

– Termo de Deserção ..... fls. 10;

– Folhas de Alterações ..... fls. 11/16;

– Ato de Exclusão do Serviço Ativo ..... fls. 12.

4. Consta da Parte de Deserção que o Sd CORREIA ausentou-se, sem autorização, da Casa Gerontológica de Aeronáutica Brigadeiro Eduardo Gomes (Rio de Janeiro-RJ) desde 10 de dezembro de 2004, vindo a consumar o crime do artigo 187 do CPM no dia 19 seguinte (fls. 10).

5. As Folhas de Alterações do ora Apelante registram os dados abaixo:

– nascido em 28 de abril de 1984;

– praça de 1º de agosto de 2003;

– estava engajado até 30 de junho de 2006;

– sofreu 03 (três) punições disciplinares;

– ao tempo do crime referido neste processo estava classificado no comportamento **"INSUFICIENTE"**.

6. A apresentação voluntária do Desertor ocorreu em 10 de maio de 2005, ou seja, 04 meses e 21 dias após a consumação do delito. Na mesma data foi recolhido à prisão (fls. 27).

7. Submetido à inspeção de saúde e considerado "APTO" (fls. 41), foi o Sd CORREIA reincluído ao efetivo da Força Aérea a contar de 10 de maio de 2005 (fls. 42).

8. Às fls. 53, Instrumento Particular de Procuração, com o qual o Desertor constituiu como seu Advogado o Dr. ANTÔNIO GOMES DE MEDEIROS, OAB/RJ nº 98.162.

9. Por força do que dispõe o artigo 453 do CPPM, foi expedido Alvará de Soltura em favor do Sd CORREIA, o qual foi efetivamente cumprido em 08 de julho de 2005 (fls. 63 e 72).

10. Qualificado e interrogado pelo Conselho, disse o Acusado, ***in verbis*** (fls. 73/74):

> *"(...) permaneceu no período que esteve ausente na casa de sua avó enquanto trabalhava numa firma na Av. Rio Branco; que nunca foi processado anteriormente; que é verdadeira a im-*

putação que lhe é feita; que tem um filho que nasceu no dia 20/11/04, sendo que sua companheira mora com os pais dela e o interrogando com sua avó; que sua avó trabalhava em casa de família, mas tendo sido mandada embora, vinha passando por dificuldades; que chegou a comentar o fato com a Maj MARIA DE LOURDES; que a Major lhe deu alguns conselhos, pois o interrogando vinha faltando ao quartel e chegando atrasado, tendo orientado no sentido de pedir baixa, mas ao comentar com o Sgt CAMPOS, o mesmo alegou que ele não poderia pedir baixa; que tem irmãos por parte de pai, mas moram na Bahia; que seu filho nasceu com problema de sopro no coração; que o Acusado não vinha recebendo vale-transporte; que trabalhava comprando cartuchos de impressora vazios e vendia-os cheios, e recebia cerca de R$ 300,00 (trezentos reais) por semana; que como reengajado recebia cerca de R$ 800,00 (oitocentos reais), isso incluindo vale-transporte, sem o qual, a remuneração não chegava a R$ 600,00 (seiscentos reais), pois o pagamento de vale-transporte estava atrasado há 3 meses, por ter mudado de OM; que sua avó tem 3 filhos sendo que uma delas é mãe do interrogando... .".

11. O Réu não possui antecedentes criminais (fls. 85/86).

12. Na condição de testemunhas de defesa foram inquiridos o 2º Sgt Aer WALTER CARVALHO CAMPOS (fls. 89/90), o Sd Aer CÁSSIO LUIZ BERNARDINO DE ASSIS (fls. 91) e as Civis RAQUEL DO NASCIMENTO COSTA (mãe do filho do Acusado) e JUSSARA GOMES CORREIA (mãe do Acusado) – fls. 108 e 110. Essas testemunhas nada disseram que pudesse exculpar o Sd CORREIA do crime a ele atribuído na Inicial.

13. Em Sentença de fls. 122/127, decidiu o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade de votos, julgar procedente a denúncia e condenar o Soldado da Aeronáutica FLORISBERTO CORREIA DE OLIVEIRA à pena definitiva de 06 (seis) meses de prisão, como incurso no artigo 187, c/c o artigo 59, ambos do CPM, com o direito de apelar em liberdade. A Ata da Sessão de Julgamento encontra-se às fls. 114/115.

14. Referida Sentença foi lida e assinada em audiência realizada no dia 27 de outubro de 2005 (fls. 130).

15. Não se conformando com o ***"Decisum"*** condenatório, tempestivamente, a Defesa interpôs o presente recurso (fls. 133), sustentando, em suas Razões, não existir nos autos provas suficientes para ensejar a

condenação do Acusado. Conclui a Defesa requerendo a absolvição do condenado, com fulcro no artigo 439, alínea "b", do CPPM (fls. 134/136).

16. Às fls. 137, Certidão de **trânsito em julgado** da Sentença para o MPM.

17. Contra-arrazoando a Defesa, pugna o ***Parquet*** militar pela manutenção da decisão recorrida (fls. 139/140).

18. Nesta Instância, a Diretoria Judiciária certificou NADA existir registrado em relação ao Apelante (fls. 148).

19. A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 153/155, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA, opina pelo improvimento do apelo da Defesa.

20. Em 13 de fevereiro do ano em curso, foi protocolado nesta Corte o Ofício de fls. 161, com o qual a Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM informou que o ora Apelante foi licenciado do Serviço Ativo da Força Aérea Brasileira no dia 16 de novembro de 2005.

21. Retornando o processo à Procuradoria-Geral, o Dr. MARCELO WEITZEL manifestou-se pelo prosseguimento do feito, sustentando que o fato de o Desertor ter sido licenciado da Aeronáutica depois de ser condenado pelo Juízo *"a quo"*, nenhuma repercussão tem no julgamento desta Apelação (fls. 165/168).

É o relatório.

VOTO

O ex soldado da Aeronáutica FLORISBERTO CORREIA DE OLIVEIRA foi condenado, por sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, à pena de 6 (seis) meses de prisão, como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar, tendo sido, em seguida, licenciado das fileiras do Exército, conforme informação contida no ofício de fl. 161.

2. O entendimento firmado por esta Corte Castrense tem sido no sentido de que a perda da qualidade de militar, no curso do processo de deserção, impede o prosseguimento do feito por FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE, motivo pelo qual a presente apelação não merece ser conhecida.

3. Com efeito, sendo a deserção delito propriamente militar, somente pode ser cometido por militar da ativa. Assim, exige-se a qualidade de militar para a deflagração do processo criminal. Por esse motivo a

reinclusão ou reversão da praça ao serviço ativo é exigida no art. 457 e parágrafos da lei adjetiva castrense.

4. A previsão legal de reinclusão da praça ao serviço ativo antes do oferecimento da denúncia, presente no § 3º do citado art. 457 do CPPM, serviu de base para a construção jurisprudencial da Súmula nº 12 do STM, cristalizada nos seguintes termos:

> *"A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo." (DJ1 nº 18, de 27.01.97).*

5. Colhe-se do enunciado supra transcrito dois pressupostos de validade do processo de deserção:

a) a praça não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, daí porque se exige a reinclusão da praça sem estabilidade ou reversão da praça estável (art. 457, §§ 1º, 2º e 3º, do CPPM);

b) o status de militar é condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, daí porque o processo é extinto, mesmo depois de recebida a denúncia, se o militar vem a ser licenciado, considerado incapaz ou tiver sua incorporação anulada, conforme jurisprudência adiante colacionada.

6. O entendimento exposto na Súmula nº 12/STM é de clareza solar, ou seja, O PROCESSO se submete a essa CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE até o seu término, que ocorre com o trânsito em julgado da decisão. Senão, vejamos.

7. Por primeiro, a ação penal só pode ser deflagrada contra militar do serviço ativo, conforme preceito legal. Em segundo lugar, o *status* de militar deve prevalecer durante toda a *persecutio criminis*. Como a persecução penal só se completa com o trânsito em julgado da decisão, seja condenatória, seja absolutória, não se fará o licenciamento da praça enquanto ela estiver *sub judice*. Esse entendimento vai ao encontro do que estabelece a Lei do Serviço Militar, Lei nº 4.375/64, e seu Regulamento, Decreto nº 57.654/1966, cujo art. 145 dispõe:

> ***"Art. 145.** O incorporado que responder a inquérito policial militar ou a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço, prevista nesse Capítulo."*

8. Pensar, como alguns, que a regra contida no art. 457 do CPPM e que o conteúdo da Súmula nº 12/STM só se prestam para o oferecimento da denúncia é ter uma visão parcial e incompleta do que seja a persecução penal. Entenda-se como *persecutio criminis* a fase que tem início com a investigação, no Inquérito, e finaliza com o decreto condenatório transitado em julgado, a partir do qual tem início a pretensão executória.

9. A fim de esclarecer a extensão do conceito da *persecutio criminis* fixado na Súmula nº 12/STM, transcrevo doutrina de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO[6], verbis:

> *"(...) O órgão do Ministério Público incumbe-se de ajuizar a ação penal e acompanhar o seu desenrolar até o final. É o que se chama de* ***persecutio criminis in judicio.***"
>
> *"(...) Daí dizer Frederico Marques: 'Verifica-se portanto, que a* ***persecutio criminis*** *apresenta dois momentos: a da investigação e o da ação penal" (cf. Elementos. Cit. , p. 130).*
>
> *JOSÉ FREDERICO MARQUES[7], por sua vez, leciona:*
>
> *"Em sentido amplo, a persecução penal consiste, segundo Belling, na 'atividade estatal de proteção penal'."*
>
> *"É para* ***acusar*** *que o Estado* ***investiga*** *o delito e sua autoria e propõe, ulteriormente a ação penal. Donde inferir-se que a* ***persecutio criminis*** *tem por objeto: a) preparar a acusação; b) invocar a tutela jurisdicional do Estado-Juiz para julgar a acusação."*

10. Esclarecido, portanto, que a *persecutio criminis* não se exaure com o oferecimento da denúncia, mas perdura até a completa realização da pretensão punitiva, consubstanciada na sentença ou acórdão, cito jurisprudência mansa, pacífica e reiterada deste Superior Tribunal Militar no sentido de que a perda da qualidade de militar, no curso do processo de deserção, impossibilita o prosseguimento do feito por falta de condição de procedibilidade.

> *HABEAS CORPUS Nº 2000.01.033565-0, DJ de 28/11/2000*

---

[6] *TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. In "Processo Penal", Editora Saraiva, 19ª edição, págs. 184/185.*

[7] *MARQUES, José Frederico. In "Elementosde Direito Processual Penal", volume I , Editora Millenium, 2ª Edição atualizada, 2000, págs. 137/139.*

Relator Ministo JOSÉ LUIZ LOPES DA SILVA

"HABEAS CORPUS. DESERTOR LICENCIADO INDEVIDAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR ANTES DE SER JULGADO POR ESTA E. CORTE. NULIDADE DO ACÓRDÃO. Paciente condenado pelo STM, pelo crime de Deserção, quando se encontrava irregularmente licenciado pela Administração Militar. Sendo o delito de Deserção de natureza propriamente militar, por se tratar de infração penal específica e funcional do ocupante de cargo militar, não poderia o Paciente ser julgado por esta E. Corte Superior quando não mais ostentava a condição de militar. Logo, é nulo o acórdão que o condenou. Como não era do conhecimento, quando do julgamento de que o Paciente não mais dispunha do status de militar, não pode este Tribunal ser considerado como autoridade coatora, na presente impetração, sendo portanto, competente para julgá-la, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal em circunstâncias idênticas ou assemelhadas (Habeas Corpus 77.830). E também desta E. Corte (Habeas Corpus nº 33.396-7/PE, Relator Ministro Cezar de Andrade). Habeas Corpus conhecido e concedido para declarar nulo o acórdão desta Corte proferido nos autos da Apelação nº 48.449-5, trancando a Ação Penal por falta de condição de procedibilidade. Decisão unânime."

RECURSO CRIMINAL Nº 2000.01.006767-0, DJ de 22/12/2000

Relator Ministro JOSÉ JÚLIO PEDROSA

"EMENTA. RECURSO CRIMINAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. MILITAR LICENCIADO. CONDENAÇÃO NA INSTÂNCIA "AD QUEM" POR DESERÇÃO. NULIDADE. Consoante reiterado entendimento da Corte Castrense, no crime de deserção falta condição de procedibilidade quando o agente não guarda a situação de militar em atividade. Tendo perdido a qualidade de militar no decorrer do processo é nula a condenação operada pela Corte em grau de recurso. O remédio heróico não encontra óbice na coisa julgada "quando o processo estiver evidentemente nulo" (art. 467, i, do CPPM). "Habeas corpus" concedido de ofício para anular a condenação imposta ao civil, por falta de condições de procedibilidade, e trancar o processo de execução de sentença, julgando prejudicado o recurso ministerial. Unânime."

HABEAS CORPUS 2002.01.033787-3, DJ de 18/03/2003

Relator Ministro HENRIQUE MARINI E SOUZA

"DESERÇÃO. Ao julgar a Apelação, desconhecia a Corte que o desertor já havia sido licenciado do serviço ativo. Nos delitos de deserção, a reinclusão ou reversão do desertor ao serviço ativo constitui condição de procedibilidade da ação penal. Entendimento cristalizado no Verbete Sumular nº 12/STM. Concedida a ordem para determinar o trancamento da ação penal. Decisão unânime."

APELAÇÃO Nº 2002.01.049105-0, DJ de 25/03/2003

Relator Ministro EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA

Revisor Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH.

"DESERÇÃO. I - Recurso Ministerial não conhecido por falta de condição de procedibilidade, dado que o Desertor foi licenciado das Fileiras do Exército, perdendo, assim, a condição de militar indispensável ao Processo. II- Decisão uniforme."

APELAÇÃO Nº 2002.01.049022-3, DJ de 04/07/2003

Relator Ministro CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE

Revisor Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA

"EMENTA: DESERÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA. APELANTE QUE JÁ NÃO SE ENCONTRA COMO MILITAR DA ATIVA. ARQUIVAMENTO DO FEITO. Em processo especificamente motivado por conduta desertiva, ter-se o réu como militar da ativa, ao longo de todo o decurso processual, se impõe como "conditio sine qua non" para viabilizar a respectiva "persecutio criminis", obstando-se esta pela ocorrência de perda de tal "status" pelo processado, como "in casu". Acolhimento de preliminar sobre falta de procedibilidade para seguimento do presente apelo defensivo. Decisão por unanimidade."

HABEAS CORPUS Nº 2004.01.033983-3, DJ de 31/03/2005

Relator Ministro VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO

"EMENTA. Habeas Corpus. Deserção. Irregular licenciamento de militar do Quadro das Forças Armadas antes do julgamento na instância ad quem. Ausência de condição de proce-

dibilidade. Nulidade. A perda e a inocorrência da reaquisição e manutenção do status de militar obsta o processamento e o julgamento do agente, que consumara o crime de deserção (delito de natureza propriamente militar), ainda que o processo esteja em grau de recurso. Em caso de manifesta nulidade, o remédio heróico é meio idôneo para reconhecimento da nulidade do processo, mesmo após o trânsito em julgado. Precedente. Conhecido o pedido e concedida a ordem para anular o acórdão e trancar o processo de execução. Decisão majoritária."

11. Cabe ainda comentários sobre o precedente do Supremo Tribunal Federal, RHC nº 83030-7 de relatoria da Exmª Ministra ELLEN GRACIE, cuja ementa transcrevo:

> ***"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO MILITAR. CAUSA PREEXISTENTE À CONDENAÇÃO. Com o reconhecimento da incapacidade definitiva preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, não há justa causa para a execução. Recurso provido."***

12. Reconheceu-se, a teor do disposto no art. 457, § 2º, do CPPM, que, uma vez verificada a incapacidade definitiva do desertor, **ainda que em fase recursal**, fica ele isento do processo, visto que a condição de militar **é requisito essencial para o exercício da pretensão punitiva** em relação ao crime de deserção. (Art. 457, § 2º, do CPPM: "A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à Auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.").

13. Não se alegue a existência de entendimento posterior ao acima transcrito, constante do HC nº 88332-0, juntado aos autos às fls. 174/176, pois uma breve leitura do inteiro teor deste último julgado demonstra que a nobre Ministra ELLEN GRACIE foi levada a equívoco por parte da interpretação dada pelo parecerista do Ministério Público Federal, que fez tábula rasa dos fundamentos contidos no precedente citado, ao afirmar que: *(...) esse Pretório Excelso já decidiu no sentido de que o afastamento da condição de militar deve ser preexistente, para efeito de caracterização da falta de justa causa (RHC nº 83030/RJ. Rel(a). Min(a). Ellen Gracie. DJ 01/08/2003, pg. 00143).*

14. A afirmação do nobre parecerista só transmite uma meia verdade, pois a regra nela contida só é válida para o caso de incapacidade definitiva para o serviço militar diagnosticada antes da deflagração do segundo processo de deserção. Isso em nada obscurece o entendimento deste Tribunal e da nobre Relatora, de que **a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção.**

15. Se o entendimento trazido pela nobre Turma for considerado válido, ou seja, que nos processos de deserção a condição de militar só é exigida no momento do oferecimento da denúncia, podendo a praça ser licenciada em momento posterior, que, ainda assim, persistiria a pretensão punitiva do Estado, desnecessária seria a Súmula nº 12 do STM.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO
TENENTE-BRIGADEIRO-DO-AR
FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE
APELAÇÃO Nº 2005.01.050136-5-RJ

Votei vencido, divergindo da maioria de meus Eminentes Pares, pelas razões de fato e de direito a seguir expendidas.

O crime pelo qual foi condenado o Sd Aer FLORISBERTO CORREIA DE OLIVEIRA restou caracterizado, provado e confessado, inexistindo, em seu favor, qualquer causa excludente de culpabilidade e/ou de ilicitude.

Portanto, não há que se falar em absolvição.

Por outro lado, não foi comprovada a alegada doença do filho, tampouco o Sd CORREIA trouxe ao processo a respectiva Certidão de Nascimento do dito filho.

Nesse particular, concordamos inteiramente com o insigne Representante da Procuradoria-Geral, quando S. Exa. sustenta às fls. 154/155:

> *"... conforme lembrado nas contra-razões de recurso, sequer há prova do nascimento do filho, fato que convenhamos é de fácil justificação e poderia inclusive auxiliar o ora sentenciado a ter promovido o seu pedido de desligamento do Exército, por meio de sindicância a justificar a sua postura de arrimo, conforme preconiza o Regulamento referente ao Serviço Militar. Aqui novamente grifa-se, sequer há nos autos demonstração da paternidade, quanto mais de problemas de saúde, questões financeiras, etc... .".*

Tratando-se de desertor menor, primário e que se apresentou voluntariamente, a pena que reiteradas vezes tem sido aplicada por esta Corte é de 06 meses de prisão. É o caso dos autos.

Assim sendo, a Sentença *"a quo"* não merece qualquer reparo, pois bem aplicou o direito objetivo ao caso concreto.

A Jurisprudência mais recente deste Tribunal é no sentido de que, **mesmo o réu tendo sido condenado em 1ª Instância pelo crime de deserção e estando a Sentença em grau de apelação**, caso o Desertor tenha sido licenciado do serviço ativo ou desertado novamente, perde a condição de procedibilidade por não ser mais militar em situação de atividade.

Com esse entendimento, a Corte tem **sobrestado** o andamento dos respectivos processos (na hipótese de nova deserção) ou **julgado prejudicado** o recurso interposto, **por perda da condição de procedibilidade da ação penal** (na hipótese de o desertor condenado ter sido excluído do serviço ativo) e, **de ofício**, tem concedido *"Habeas Corpus"* para anular a condenação imposta no Juízo *"a quo"*, determinando o arquivamento do feito. A título de exemplo, citamos os seguintes precedentes: RECURSO CRIMINAL Nº 2000.01.006767-0/RS e APELAÇÕES Nºs 2003.01.049511-0/RJ e 2003.01.049396-6/RJ.

Entretanto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o RHC nº 83.030/RJ (Relatora a Ministra ELLEN GRACIE) entendeu que somente a **incapacidade definitiva do desertor, preexistente à condenação**, constitui justa causa para a não-execução da sentença **(DJU de 1º/08/2003 – página 143)**.

E não é só. Uma decisão recente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de 18 de abril do ano em curso, terá grande reflexo na Jurisprudência até aqui dominante nesta Corte, relativamente aos julgamentos envolvendo **desertor** que, depois de condenado em Primeira Instância, venha a ser excluído da respectiva Força, em decorrência de uma das formas de licenciamento previstas em lei ou, ainda, por motivo de nova deserção. É o que passaremos a demonstrar a seguir.

Em 20 de outubro de 2005, este Tribunal, ao julgar a APELAÇÃO Nº 2005.01.050054-7/RJ, da qual foram sorteados Relator e Revisor, respectivamente, os Eminentes Ministros GUILHERME e JOSÉ COÊLHO, decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao apelo da Defesa, mantendo integralmente a Sentença da 3ª Auditoria da 1ª CJM, que condenou o Cabo Fuzileiro Naval CARLOS ALBERTO LEONARDO KOSKI

à pena de 04 meses de prisão, como incurso no artigo 187, c/c o artigo 189, inciso I, ambos do CPM.

A Defesa do Cb KOSKI opôs Embargos de Declaração contra o Acórdão condenatório, tendo o Ministro GUILHERME negado seguimento aos ditos embargos, por considerá-los incabíveis.

Não se conformando com a condenação do nominado desertor, a Defesa ajuizou junto ao STM o **HABEAS CORPUS** Nº 2006.01.034137-4/RJ, tendo como Relator o Min. APPARICIO. Em decisão de 1º de março de 2006, foi negado seguimento ao "HC", com fulcro no artigo 12, inciso V, do RI/STM.

Buscando, mais uma vez, reformar a Sentença condenatória imposta ao Cb KOSKI pela Justiça Militar da União, a Defesa impetrou perante o Supremo Tribunal Federal o **HABEAS CORPUS** Nº 88.332/RJ, distribuído em 22 de março de 2006 à Ministra ELLEN GRACIE, da 2ª Turma daquela Corte.

Disse a Impetrante em sua Petição Inicial endereçada ao STF, ***IN VERBIS:***

> *"Mister salientar que são indevidas tanto a condenação do paciente em sede de apelação, como a negativa de seguimento aos embargos, por parte do Superior Tribunal Militar, quanto a aplicação de qualquer penalidade decorrente – à qual ficou o paciente sujeito a expedição, pelo juízo executório, do correspondente mandado de prisão –, na medida em que se tratando a* ***deserção de crime tipicamente militar*** *(ou seja, somente possível quando o agente guarda a situação de militar em atividade)* ***não se poderia impô-la ao paciente após a data de 04/10/2005****, quando esgotado o tempo de exercício militar (...).*
>
> *Sendo certo que a* ***condição de militar é requisito*** *para o exercício da pretensão punitiva em relação ao* ***crime de deserção****, estando claro que o paciente não tem mais esta condição de militar, como já exposto, desde 04/10/2005, demonstrando que não há justa causa para a coação ou constrangimento, de acordo com* ***o artigo 467, alínea "c", do CPPM****.*
>
> *Isto posto, não subsiste* ***JUSTA CAUSA*** *para a prisão.".*

Em decisão de 18 de abril de 2006 (publicada no DJU de 28/04/2006), a 2ª Turma do STF indeferiu o pedido de ***"Habeas Corpus"***, nos termos do Voto da Relatora.

Haveria de se perguntar: qual teria sido o voto da Ministra ELLEN GRACIE?

Respondemos. A Ministra-Relatora acolheu integralmente os argumentos da Procuradoria-Geral da República, postos nos seguintes termos (fls. 175):

> *"6. Primeiramente, no que concerne à existência de justificativa para o afastamento do serviço por 35 dias, cumpre observar que a simples apresentação de receita médica para o filho não se mostra apta a caracterizar a excludente de culpabilidade (estado de necessidade), prevista no art. 39 do CPM. Aliás, segundo depoimento da própria esposa do paciente, a doença do filho "tratava-se de uma alergia" e conforme consta dos autos, "a receita apresentada revela que a data é posterior à ausência" no serviço (fls. 28/29).*
>
> *7. Assim, afastada a hipótese do estado de necessidade, resta analisar a suposta falta de justa causa, pelo fato de o paciente não mais possuir a condição de militar. Neste ponto, impende destacar que a mera aptidão para licenciamento do serviço militar, alegada pela impetrante, não exclui a condição de militar, tanto que a prestação de serviços não foi encerrada após a data de 04/10/2005, quando teria sido constatada a citada possibilidade de licenciamento.*
>
> ***8. Mesmo que tivesse ocorrido o desligamento do serviço militar na data apontada, tal fato seria posterior ao ilícito (praticado em 17/03/2005) e à sentença condenatória (prolatada em 19/07/2005 – fls. 12), e esse Pretório Excelso já decidiu no sentido de que o afastamento da condição de militar deve ser preexistente, para efeito de caracterização da falta de justa causa... ." (GRIFAMOS).***

Diante do demonstrado, concordamos inteiramente com os argumentos trazidos pelo douto Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, ao ter vista do documento de fls. 161, desta Apelação, com o qual esta Corte foi oficialmente informada que o Soldado FLORISBERTO CORREIA DE OLIVEIRA (ora Apelante) foi licenciado da Casa Gerontológica de Aeronáutica Brigadeiro Eduardo Gomes, em 16 de dezembro de 2005. Diz o insigne Parecerista (fls. 166/168):

> *"... A informação dando notícia de que o então militar citado acima teria sido licenciado da Força Aérea (fls. 161) (...) não tem o condão de impedir o prosseguimento do feito.*

O delito de deserção já se consumou. Preencheu o agente todos os requisitos previstos no tipo legal. Tanto assim que condenado foi e quando o foi, foi na condição de militar. Se, posteriormente deixou de ser militar, tal condição não passa de um "post factum" não-punível. A consumação existiu e por ela deve responder o agente.

Claro que como civil irá cumprir a sanção penal em estabelecimento penal comum, sujeitando-se aos benefícios concedidos em fase de execução aos civis, mas isso não é nenhuma novidade no meio castrense, tanto que previsto em lei, sendo deveras comum militares serem condenados por esta justiça especializada que, após perderem a condição de servidores castrenses, passam a cumprir a sanção imposta pela Justiça Militar com as vantagens concedidas aos civis.

Sequer vale o argumento de que se tratava de um crime tipicamente militar e como tal somente poderia ser praticado por militar (argumento por si só frágil), pois a classificação de crime propriamente militar não vem exposta em nenhuma legislação brasileira. Mas, mesmo que assim se admita, como crime propriamente militar, no atual estágio, nenhuma repercussão terá nos autos. Consumou-se o delito quando militar era, reincorporado foi, preenchidas as condições exigidas pelo tipo penal, veio a ser processado e condenado, após esta condenação, irrelevante se continua militar, consumado já estava o delito. Admitir o contrário é permitir a burla ao sistema. Basta a Unidade Militar licenciar um desertor para homenagear a impunidade. Basta um desertor se lesionar para também se louvar a impunidade... ." ***(FIM DE TRANSCRIÇÃO).***

Registre-se, por oportuno, que o militar licenciado estava engajado até 30 de junho de 2006, estando ***"SUB JUDICE"***, considerando-se que a Sentença condenatória ainda não transitou em julgado. Acresça-se, a tudo isso, que da pena de 06 meses de prisão imposta ao Sd CORREIA, este cumpriu somente 60 dias, remanescendo, ainda, 04 meses de prisão a ser cumprida.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal e dos Representantes do Ministério Público Federal e Militar está em consonância com a **Teoria da Atividade** adotada pelo Direito Penal Brasileiro, segundo a qual o **tempo do crime** é o momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado ou, no dizer do Professor DAMÁSIO

EVANGELISTA DE JESUS: ***"A determinação do tempo em que se reputa praticado o delito tem relevância jurídica não somente para fixar a lei que o vai reger, mas também para fixar a imputabilidade do sujeito... ."*** **(Direito Penal, 1º Volume, Parte Geral, 15ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, página 89).**

Sem embargo das diversas interpretações que se tem dado ao tema, o licenciamento das Forças Armadas de desertor ***"sub judice"*** (antes do **trânsito em julgado da Sentença**) gera reflexos negativos no âmbito da Justiça Militar da União, não só durante a instrução criminal, mas, também, no momento da execução da pena, considerando-se a natureza especialíssima do crime de deserção.

Na hipótese dos autos, não tem qualquer relevância penal e/ou processual o fato de o Sd CORREIA ter sido licenciado do serviço ativo da Força Aérea Brasileira no dia 16 de novembro de 2005, passando à situação de civil. Tal fato em nada modifica a **condição de procedibilidade** que este Apelante possuía ao tempo em que se consumou a deserção (19 de dezembro de 2004) ou quando foi reincluído à FAB (10 de maio de 2005) ou, ainda, no dia em que foi condenado no Juízo ***"a quo"*** pelo crime do artigo 187 do CPM (19 de outubro de 2005).

O fato de o crime de deserção ser, doutrinária e jurisprudencialmente, considerado um delito propriamente militar, cujo início da ação penal depende de o agente readquirir a condição de militar e ser considerado apto em inspeção de saúde para o regular processamento, não quer dizer que, estando o processo em grau de recurso, o desertor tenha, ainda, de estar na ativa e que o Tribunal, para julgá-lo, necessite perquirir pela sua higidez quando do julgamento do recurso.

Não se diga que com esse entendimento o Superior Tribunal Militar está dando um passo à retaguarda em sua consolidada jurisprudência de quase 200 anos.

Ao contrário, consideramos que o Tribunal, em assim procedendo, estará se modernizando diante da nova realidade factual, evitando-se, com isso, contribuir para a impunidade daqueles desertores que, para não serem julgados pelo crime cometido, desertam novamente ou, até mesmo, em sendo reincorporados, são irregularmente licenciados no interesse da Administração Militar, conforme reiteradas vezes temos visto nos dias atuais.

Conforme todos sabemos, o Direito é dinâmico e, como não poderia deixar de ser, deve acompanhar a demanda e a evolução da sociedade. Tal circunstância exige que o Poder Judiciário, ao invés de ficar adstri-

to à letra fria da lei, dê-lhe uma interpretação conforme a Constituição. Porém, de modo a melhor responder aos anseios da sociedade e possa refletir em efetiva distribuição de Justiça, evitando-se, com isso, que não paire no ar a sensação de impunidade que a todos incomoda.

A Justiça Militar, em vista de seu alto grau de especialidade e a peculiaridade de seus jurisdicionados, tende a ser mais conservadora que os demais ramos do Judiciário, por razões óbvias.

Entretanto, não se pode olvidar que a Justiça Militar não é um ente solitário, hermético e avesso à modernidade.

A demonstrar a flexibilidade da Justiça Castrense no tocante à absorção de novas mudanças trazidas ao Direito Penal, temos os seguintes exemplos, dentre outros:

1) durante exatos 170 anos a Justiça Militar não admitiu que o réu apelasse sem recolher-se à prisão. Esse entendimento só foi mudado após a promulgação da Lei nº 6.544, de 30 de junho de 1978, que alterou o artigo 527 do CPPM;

2) outra demonstração de evolução da jurisprudência do STM aconteceu depois da promulgação da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que aprovou a nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro. A partir de então, esta Corte, numa demonstração de independência e altivez, deixou de aplicar a regra draconiana do artigo 80 do CPM, que trata do **crime continuado** para, em seu lugar, considerar a norma do artigo 71 da Lei Penal Comum, sabidamente muito mais benéfica ao réu;

3) durante 180 anos os crimes de deserção foram processados e julgados pelos antigos Conselhos de Tropa, sem a presença de um juiz togado e sem a participação do Ministério Público, exigência somente incorporada ao ordenamento processual castrense com o advento da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 129, inciso I, deu ao MP exclusividade na promoção da ação penal.

   Se hoje tornou-se impensável um desertor ser processado e julgado sem uma denúncia formal do Ministério Público Militar, em passado recente apenas o Termo de Deserção e demais peças instrutórias do processo era o bastante para dar validade à ação penal;

4) e o que dizer da **prescrição** no crime de deserção que, durante mais de 180 anos, o Tribunal só admitia pelo implemento de idade, nos termos previstos no artigo 132 do CPM (45 anos para as praças e 60 anos para os oficiais)?

Assim acontecia nesta Corte, até a decisão de 28 de abril de 1992, prolatada nos autos da Apelação 46.492-2/AM, em acórdão relatado pelo Eminente Ministro PAULO CESAR CATALDO. A partir de então, este Tribunal passou a levar em consideração, também, a **pena concretizada na sentença** para os desertores que se apresentam voluntariamente ou são capturados. A esses, tem-se aplicado a prescrição disciplinada pela regra geral do artigo 125 do CPM, ficando a aplicação da norma especial do artigo 132 do mesmo Código, somente para o **trânsfuga**, ou seja, àquele que permanece na situação de desertor sem nunca se apresentar ou ser capturado. Tal entendimento foi posteriormente ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão de 14 de setembro de 1999, da 2ª Turma, tomada no HC nº 79.432-7/PR, do qual foi Relator o Eminente Ministro NELSON JOBIM;

5) Não se desconhece, quanto à prescrição em geral, que esta Corte, **mesmo sem lei específica para a Justiça Militar**, aplica, sistematicamente, as regras do Código Penal Comum, principalmente a **prescrição retroativa**, não prevista na legislação castrense.

Diante do demonstrado, não há que se falar em heresia jurídica ou em simples quebra de tradição quase bicentenária do STM, quando um de seus julgados, seguindo nova orientação jurisprudencial concretizada pela Suprema Corte do País, dá ao caso ***"SUB EXAMINE"*** interpretação diversa da costumeira, mas que, no seu bojo, visa melhor distribuição de Justiça e um freio à impunidade, como é a hipótese dos autos.

Ante o exposto, NEGAVA PROVIMENTO ao apelo da Defesa, para manter a Sentença ***"a quo"***, com remessa de cópia do Acórdão ao Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica, para conhecimento e providências que entendesse cabíveis.

Superior Tribunal Militar, 17 de agosto de 2006.

Ten Brig Ar FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE
Ministro-Relator, vencido

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONCURSO DE ADMISSÃO AO CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS DA ESCOLA DE SARGENTOS DAS ARMAS. CANDIDATO SUBSTITUÍDO FALSAMENTE POR TERCEIRO. APROVAÇÃO. MATRÍCULA. FREQÜÊNCIA DO CURSO. ESTELIONATO. REGRA GERAL DE COMPETÊNCIA. LUGAR DE OBTENÇÃO DA VANTAGEM ILÍCITA. 1. *A fraude é o elemento principal no crime de* ***estelionato.*** *Entretanto, o que se pune neste delito não é aquela em si, mas o que dela resulta em termos de enriquecimento indevido ou de violação ilegal ao direito patrimonial de outrem, pois o que configura o* ***estelionato*** *é o dano causado ao titular do direito, proveniente de meio ardiloso ou engano fraudulento de qualquer natureza. 2. A* ***fraude*** *é crime-meio e o* ***estelionato*** *é crime-fim, devendo a primeira ser absorvida pelo segundo, quando da consumação deste. 3. O* ***crime de estelionato*** *consuma-se no lugar em que o agente obteve a vantagem ilícita. 4.* ***"In casu"****, ainda que em tese, o crime praticado pelo Acusado é o de* ***estelionato,*** *cuja consumação se deu na Cidade de Fortaleza-CE (sede do 23º Batalhão de Caçadores), lugar da obtenção das vantagens ilícitas apuradas em documento oficial, estando o referido estabelecimento de ensino em área sob a jurisdição da 10ª CJM, sendo desta Circunscrição Judiciária a competência para processar e julgar o feito. Conhecido da Representação para restabelecer a competência da Auditoria da 10ª CJM para processar e julgar o feito.* ***Decisão unânime.***

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

Suscitante — O Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM suscita Conflito Negativo de Competência, nos autos do Processo nº 17/04-4, em que figura como acusado o Civil FLÁVIO ALVES DE SOUSA.

Suscitado — O Juízo da Auditoria da 10ª CJM.

Advogado — Dr. Francisco Aírton Cavalcante da Costa.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu da Representação formulada pelo Juízo da 8ª CJM para, restabelecendo a competência da Auditoria da 10ª CJM, determinar a baixa dos autos para o prosseguimento do feito, com remessa de cópia do Acórdão ao Juízo suscitante, **ex vi** do art. 118, **in fine**, do CPPM. O Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Expedito Hermes Rego Miranda. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, José Julio Pedrosa, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. (Extrato da Ata da 15ª Sessão, 22.03.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, na forma do Voto do Relator, conhecer da Representação formulada pelo Juízo da 8ª CJM para, restabelecendo a competência da Auditoria da 10ª CJM, determinar a baixa dos autos para o prosseguimento do feito, com remessa de cópia do Acórdão ao Juízo suscitante, ***"ex vi"*** do artigo 118, ***"in fine"***, do CPPM.

Brasília, 22 de março de 2005 — Gen Ex *Expedito Hermes Rego Miranda*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*, Ministro-Relator

RELATÓRIO

Verifica-se que o Comandante do 23º Batalhão de Caçadores (Fortaleza-CE), tendo tomado conhecimento de indícios de irregularidade no Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Sargentos relativo a 2002 (provas realizadas pela Escola de Sargentos das Armas em 2001), em funcionamento naquela OM, determinou a instauração de Inquérito Policial Militar para apurar os fatos (fls. 09).

O Boletim Interno do 23º BC, acostado às fls. 523/524, informa que o Aluno FLÁVIO ALVES DE SOUSA foi matriculado no Curso de Formação de Sargentos da Qualificação Militar Singular Infantaria, naquela Unidade, a contar de 04 de fevereiro de 2002.

Baseado na informação do Aluno FLÁVIO de que fora aprovado no CFS/2002 ***"mediante substituição"*** quando da realização do Concurso de Admissão e que o mesmo teria acontecido com ***"outros alunos"*** (fls. 11), o Comandante do 23º BC e Diretor de Ensino do CFS fez publicar no Boletim Interno uma ordem para que todos os alunos do referido curso redigissem uma redação sobre o Tema "A Carreira Militar", com as seguintes particularidades: ***"Tamanho: de 20 a 25 linhas; Identificada com nome completo e assinada ao final; Procurar redigi-la com a mesma letra utilizada no Concurso de Admissão em 2001... ."*** (fls. 26).

Com o objetivo de melhor orientar as investigações, foi solicitado pelo Cmt do 23º BC ao Cmt da EsSA o envio dos originais das provas do Concurso de Admissão ao CFS/2002, referentes aos alunos matriculados naquela Unidade Formadora, para fins de realização de **perícia técnica** a respeito da autenticidade das mesmas, em comparação com o material-padrão obtido (fls. 21).

Concluído o Inquérito, constatou-se que o Aluno FLÁVIO, de fato, se fez substituir por terceiro, não identificado, quando da realização das respectivas provas ao Concurso de Admissão ao CFS/2002, tendo logrado aprovação, com a conseqüente matrícula no referido curso.

Antes mesmo de concluído o IPM, o Aluno FLÁVIO requereu seu desligamento do CFS em funcionamento no 23º BC, cujo pedido foi deferido em 23 de abril de 2002 (fls. 521). Portanto, freqüentou o referido curso por um período de 02 meses e 19 dias.

Encaminhados os autos do IPM à Auditoria da 10ª CJM (Fortaleza-CE) e aberta vista ao Representante do MPM (fls. 325), o Órgão Ministerial, após o cumprimento de diligência que entendeu conveniente (fls. 326), **argüiu a incompetência da 10ª CJM** para processar e julgar o feito, com a ***"Declinatoria fori"*** para a Auditoria da 8ª CJM, argumentando que FLÁVIO foi substituído na realização das provas na Cidade de São Luís-MA (fls. 432/434).

Acolhendo a proposição do MPM, o então Juiz-Auditor Substituto da 10ª CJM – Dr. ARIZONA D'ÁVILA SAPORITI ARAÚJO JR– reconheceu a incompetência do Juízo, determinando a remessa dos autos à Auditoria da 8ª CJM (Belém-PA) – fls. 508/510.

Recebido o processo na Auditoria da 8ª CJM, o Representante do Ministério Público Militar requereu a realização de algumas diligências que julgou necessárias à busca da verdade real (fls. 511V) e, ato contínuo, ofereceu denúncia contra FLÁVIO ALVES DE SOUSA, como incurso no artigo 251 do CPM (fls. 02/04), sendo a Exordial Acusatória recebida em 07 de maio de 2004 (fls. 565) e o Acusado regularmente citado por intermédio de Carta Precatória encaminhada ao Juiz de Direito da Comarca de Novo Oriente-CE (fls. 573 e 675V), mesmo Juízo onde foi qualificado e interrogado (fls. 676).

O Denunciado constituiu como seu Advogado o Dr. FRANCISCO AÍRTON CAVALCANTE DA COSTA, OAB/CE nº 11.064 (fls. 599).

Após o cumprimento da Carta Precatória Citatória e Interrogatória, o Juiz-Auditor Substituto da 8ª CJM abriu vista às partes, para que se manifestassem ***"... acerca do Órgão Jurisdicional competente para processar e julgar o presente feito... ."*** (fls. 682).

Em manifestação de fls. 684/688, o MPM sustenta que embora a conduta fraudulenta do Réu tenha ocorrido na Cidade de São Luís-MA, a obtenção da vantagem ilícita por parte de FLÁVIO foi concretizada na Cidade de Fortaleza-CE, sede do 23º Batalhão de Caçadores, Unidade em que foi matriculado no Curso de Formação de Sargentos.

Entretanto – diz o MPM – o Juízo da 8ª CJM ao receber o processo, não declinou da competência em favor da 10ª CJM.

Assim sendo – concluiu o ***Parquet*** militar – recebendo a denúncia, o Juízo da 8ª CJM acabou por prorrogar a competência do Foro, circunstância que, no seu entender, não mais poderia ser modificada, razão por que pugnou pela competência daquele Juízo para processar e julgar o feito.

Com vista, a Defesa sustentou que não tinha preferência de foro para o julgamento deste processo, desde que fosse dado ao réu amplo direito de defesa (fls. 703/704).

Em 15 de fevereiro de 2005, decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, declarar a incompetência daquela para apreciar o feito, ***"... por considerar que a competência foi firmada pela prevenção do Juízo da 10ª CJM"*** e, em conseqüência, suscitar conflito negativo de competência, ***"ex vi"*** dos artigos 112 e 114, ambos do CPPM (fls. 710 e 712/718).

Referido ***"Decisum"*** transitou em julgado para o MPM no dia 22 de fevereiro de 2005 (fls. 725).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 734/737, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. ROBERTO COUTINHO, opina, ***"... no sentido de que o conflito negativo seja conhecido, com a atribuição de competência dos autos do Processo nº 17/04-4 para a 8ª CJM para a continuação da ação penal já instaurada, com apuração do fato criminoso imputado ao acusado."***.

Isto Posto

Passou o Tribunal a decidir.

VOTO

DATA VENIA, não há mais como se discutir a prorrogação da competência da 8ª CJM, aventada no Parecer de fls. 734/737, uma vez que, apesar de o MPM ***"a quo"*** ter a ela se referido às fls. 684/688, conformou-se com a decisão do CPJ que, declinando da competência, suscitou Conflito Negativo de Competência para esta Corte, **decisão esta que transitou em julgado para as partes em 22 de fevereiro de 2005** (fls. 725).

Não é a primeira vez que esta Corte julga Conflito de Competência em razão de fatos semelhantes aos suscitados na presente Representação. Como precedentes podemos mencionar dentre outros, os CONFLITOS DE COMPETÊNCIA Nºs 2002.01.000310-2/DF, 2004.01.000320-0/BA, 2004.01.000325-0/PA e RECURSO CRIMINAL Nº 2004.01.007208-5/PA.

No caso concreto, comprovam os autos, por meio de prova técnica (LAUDO DE EXAME GRAFOTÉCNICO de fls. 176/179), que a Prova de Redação realizada no Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Sargentos do Exército/2002, se comparada com o padrão de confronto de fls. 60/61, **não partiu do punho escritor de FLÁVIO ALVES DE SOUSA**.

"AD ARGUMENTANDUM TANTUM", a fraude é o elemento principal no crime de estelionato. Entretanto, o que se pune nesse delito não é aquela em si, mas o que dela resulta em termos de enriquecimento indevido ou de violação ilegal ao direito patrimonial de outrem, pois o que configura o delito em apreço é o dano causado ao titular do direito, proveniente de meio ardiloso ou engano fraudulento de qualquer natureza.

Portanto, a **fraude** é **crime-meio** e o **estelionato** é o **crime-fim**, devendo a primeira ser absorvida pelo segundo, quando da consumação deste.

Sobre a hipótese, leciona o saudoso Professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO em suas "LIÇÕES DE DIREITO PENAL", parte 2:

"... O estelionato é crime material e de dano, que se consuma com a vantagem ilícita patrimonial, que é o fim visado pelo agente. A fraude, o engano, é apenas o meio de que se serve. Não pode haver dúvida, pois, de que este é crime contra o patrimônio.".

Conforme dito anteriormente, existe prova material de que houve fraude na realização das provas do Concurso de Admissão ao CFS/2002, uma vez que os Peritos que assinaram o **Laudo** antes referido foram conclusivos em afirmar que **não partiram do punho** de FLÁVIO os manuscritos apostos na redação de fls. 62/63.

Aqui há de se perguntar: a fraude constatada resultou em vantagem ilícita a FLÁVIO, com prejuízo para a Administração Militar?

Respondemos que sim. Isto porque, o Exército arcou com todas as despesas dos exames médico e físico que precederam à matrícula de FLÁVIO no CFS/2002 que funcionou no 23º BC, além de ter pago ao mesmo os vencimentos a que fazia jus enquanto esteve freqüentando o referido curso, no período de 04 de fevereiro a 23 de abril de 2002.

Frise-se, por oportuno, que embora ainda não tenha vindo aos autos o competente **Laudo de Avaliação** das despesas que o Exército teve, indevidamente, com o então aluno do CFS/2002 FLÁVIO ALVES DE SOUSA, tal levantamento poderá ser feito durante o transcorrer da **instrução criminal**, a critério do Juízo, ou mesmo das partes.

É sabido por todos os operadores do Direito que **não há estelionato sem a efetiva consecução da vantagem**.

"In casu", existem provas suficientes de que FLÁVIO, em conseqüência das fraudes demonstradas neste processado, obteve vantagem ilícita em prejuízo do Exército Brasileiro, que durante mais de 02 (dois) meses suportou as despesas relativas à sua manutenção na condição de aluno do Curso de Formação de Sargentos do 23º Batalhão de Caçadores, cujo ingresso se deu de maneira tida como irregular.

Portanto, ainda que em tese, o crime praticado pelo Acusado e referido nestes autos é mesmo o de **estelionato** (artigo 251 do CPM), consumado em Fortaleza-CE, lugar em que FLÁVIO obteve as vantagens ilícitas.

Por tratar-se de matéria análoga à versada nestes autos, trazemos à colação Ementa do Acórdão prolatado no CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2004.01.000317-0/DF, do qual foi Relator o Eminente Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA, julgado em 24 de agosto de 2004, ***IN VERBIS***:

"Conflito negativo de competência. Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Sargentos da Escola de Especialistas de Aeronáutica. Candidato substituído falsamente por terceiro. Aprovação. Matrícula. Falsidade. Estelionato. Regra geral de competência. Lugar da infração.

Pratica, em tese, o delito de falsidade (Título VII, Capítulo V, do CPM), o agente que falsamente substitui candidato em concurso para ingresso nas Forças Armadas, quando da realização das provas, assina a lista de presença e preenche os cartões de respostas.

O verdadeiro candidato, beneficiado com a aprovação, em razão da falsidade perpetrada por terceiro, ainda que dela tenha participado, ao efetivar a matrícula no Curso de Formação e obter vantagens indevidas da administração militar, comete, em tese, o delito de estelionato.

O crime de estelionato consuma-se no local em que o agente obtém a vantagem ilícita. Na hipótese em exame, a consumação do delito de estelionato se deu quando da matrícula do indiciado no Curso de Formação de Sargentos, em Guaratinguetá/SP, área sob jurisdição da 2ª Circunscrição Judiciária Militar.

Conflito conhecido para declarar competente para processar e julgar o feito o juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM.

Decisão unânime.".

Como se vê, correto o MPM em denunciar FLÁVIO ALVES DE SOUSA como incurso no crime de estelionato previsto no artigo 251, ***"caput"***, do CPM, cuja consumação ocorreu na Cidade de Fortaleza-CE, estando em área sob a jurisdição da 10ª CJM, sendo desta Circunscrição Judiciária a competência para processar e julgar o feito.

No caso dos autos, ainda que a competência da 10ª CJM não fosse **pelo lugar da infração** (artigo 88 do CPPM) – como de fato o é – também seria aquele Juízo competente **pela regra da prevenção** (artigo 94 do CPPM), uma vez que os autos do IPM instaurado no 23º BC foram, primeiramente, encaminhados àquela Auditoria que, de imediato, deu vista dos autos ao ***Parquet*** militar, proporcionando-lhe produzir a Cota de fls. 432/434, que resultou na declinação de competência referida às fls. 712/718.

CORREIÇÃO PARCIAL (FO) Nº 2005.01.001901-7-PR

Correição Parcial. A alínea c do inciso I do art. 14 da Lei nº 8.457/92 autoriza o Juiz-Auditor Corregedor a requerer Correição Parcial em autos de inquérito arquivados por Juiz-Auditor, desde que existentes indícios de crime e autoria. Precedente do STF. Preliminar de não-conhecimento da Correição Parcial rejeitada. Decisão majoritária. Presentes robustos indícios de existência de crime de estelionato, consubstanciado no recebimento indevido de pensão militar, mediante fraude, omissão na comunicação de falecimento da verdadeira pensionista, do qual foi vítima a Administração Militar. Indícios de autoria configurados pela confissão da indiciada. No mérito, deferida a Correição Parcial. Decisão majoritária.

Relator — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

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

Requerida — A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 5ª CJM, de 16.06.2005, que determinou o arquivamento dos autos do IPM nº 46/05, em que figura como indiciada a Civil ISABEL PETROSKI.

Decisão — O Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar de não conhecimento da presente Correição Parcial, suscitada pelo Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH. Os Ministros ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA, OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e JOSÉ COÊLHO FERREIRA acolhiam a preliminar, não conhecendo da Correição Parcial por falta de preenchimento dos requisitos da letra "b" do art. 498 do CPPM. **No mérito**, o Tribunal, **por maioria**, deferiu a Correição Parcial para, desconstituindo a Decisão de arquivamento do IPM nº 46/05 da Auditoria da 5ª CJM, determinar a remessa dos autos à Exma. Sra. Procuradora-Geral da Justiça Militar, para os fins dispostos no § 1º do art. 397 do CPPM. Os Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e JOSÉ COÊLHO FERREIRA indeferiam a Correição Parcial, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares,

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo. (Extrato da Ata da 49ª Sessão (Extraordinária), 24.08.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria, em rejeitar** a preliminar de não-conhecimento e, no mérito, **em deferir** a Correição Parcial para, desconstituindo a decisão de arquivamento do IPM nº 46/05 da Auditoria da 5ª CJM, determinar a remessa dos autos a Exma Sra Procuradora-Geral da Justiça Militar, para os fins dispostos no § 1º do art. 397 do CPPM.

Brasília, 24 de agosto de 2005 — Gen Ex Max Hoertel, Ministro-Presidente — Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial interposta pelo Exmo Sr. Juiz-Auditor Corregedor, em exercício, da Justiça Militar da União contra decisão do Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 5ª CJM que determinou o arquivamento do IPM nº 46/05, no qual figura como indiciada Isabel Petroski.

A indiciada teria se apropriado indevidamente de valores correspondentes à pensão militar, no montante de R$ 9.762,87, consoante laudo de perícia contábil de fls. 45/54, de março a agosto de 2003, sendo que a pensionista que fazia *jus* ao benefício, Maria Holanda Petroski, havia falecido em 25.03.03, conforme cópia de certidão de óbito de fl. 11.

Ouvido às fls. 37/38, o Cel R/1 Rodolpho Arnaldo Trein Netto, Chefe da Seção de Inativos e Pensionistas/5, afirmou, em síntese, que somente em setembro de 2003 tomou conhecimento do falecimento da pensionista Maria Holanda Petroski, já que esta havia deixado de se apresentar em agosto de 2003; que, assim que soube do falecimento determinou o bloqueio da conta da mencionada pensionista.

Em seu depoimento, acostado às fls. 39/40, a indiciada asseverou, em resumo, que era filha da pensionista falecida; que, mesmo sem ter conta conjunta com sua genitora, ou procuração outorgada pela mesma, sacava a pensão depositada em agência da Caixa Econômica Federal; que,

aproximadamente um mês após o falecimento de sua mãe, comunicou o fato à SIP/5; que, um militar da SIP/5 teria lhe informado que teria direito à pensão de sua mãe e que, por ser solteira, imaginava realmente ter esse direito; que não teria ressarcido a Administração Militar por não dispor do montante e que poderia devolver R$ 100,00 mensalmente; que teria gasto a importância com o funeral da genitora, um colchão magnético e no pagamento de pequenas dívidas contraídas junto a farmácias, decorrentes do estado de saúde de sua mãe, quando esta ainda se encontrava viva.

Em manifestação de fls. 62/63, o Órgão ministerial postulou pelo arquivamento da inquisa, por inexistir dolo por parte da indiciada.

Em decisão de fls. 65/66, datada de 16.06.05, o Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 5ª CJM deferiu o pedido de arquivamento, por atipicidade de conduta, destacando a pequenez do dano se cotejado com o patrimônio da União.

Em parecer de fls. 85/88, de lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Alexandre Concesi, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar opinou pelo indeferimento da Correição Parcial.

Relatados, decide-se.

VOTO

A preliminar de não-conhecimento da Correição Parcial, por falta de preenchimento dos requisitos contidos na alínea *b* do art. 498 do CPPM, não merece acolhida.

Posto que o art. nº 14, inciso I, alínea *c*, da Lei nº 8.457/92, autoriza o Corregedor a argüir Correição Parcial em autos de inquérito mandados arquivar por Juiz-Auditor, desde que entenda existentes indícios de crime e autoria. Não é diverso o entendimento do Excelso Pretório, como bem ilustra o seguinte aresto:

> *"EMENTA: Habeas Corpus. Justiça Militar Estadual. Processo Penal Militar. Inquérito Policial Militar: Arquivamento. Ação Penal: Trancamento.*
>
> *1. Na Justiça Militar, o Juiz-Corregedor, após a reapreciação do inquérito, poderá opor-se à decisão do Juiz-Auditor que determinou o seu arquivamento a pedido do Promotor de Justiça.*
>
> *2. Não caracteriza constrangimento ilegal a decisão da Corte Castrense que, entendendo existentes indícios de crime e de sua autoria, acolhe a representação do Juiz-Corregedor, remetendo os autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, para os fins previstos no art. 397 do CPPM.*

3. Havendo fato criminoso em tese, nada justifica trancar-se a ação penal antes da conclusão do exame instrutório que possibilita elucidar, pelo conjunto probatório, a inocência ou não do acusado e se o mesmo agiu ou não no estrito cumprimento de seu dever legal.

4. Habeas Corpus indeferido."

(STF – 2ª Turma – HC Nº 72925/RS – Rel Min. Maurício Corrêa – j. 19/09/95)

Isto posto, rejeita-se a preliminar e conhece-se da presente Correição Parcial, mormente quando esta é tempestiva e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, merece integral acolhida a Correição Parcial.

Há indícios robustos da existência de crime de estelionato, consubstanciado na apropriação indevida de pensão militar, que só permaneceu sendo depositada porque a Administração Militar não foi comunicada do falecimento da pensionista Maria Holanda Petroski. Sendo conveniente ressaltar que, somente 06 meses após o óbito da referida pensionista, a Administração Militar tomou conhecimento do fato e isto, em virtude de não-apresentação da pensionista na SIP/5, e não em razão de informação prestada pela indiciada, ao contrário do sustentado em seu depoimento de fls. 39/40.

Além disso, no mesmo depoimento anteriormente citado a indiciada afirma que:

> *"(...) perguntado se alguma vez acompanhou a Sr.ª Maria Holanda Petroski até o Banco para receber a pensão, respondeu que sim, era ela que recebia (...) perguntado qual o motivo que a levou a ter acesso a conta de sua mãe, respondeu que ela não tinha condições de se deslocar até o banco... perguntado se possuía conta-corrente conjunta com a sua mãe, respondeu que não..."* (fl. 39).

O que deixa patenteado a existência de sólidos indícios de autoria do delito de estelionato por parte da indiciada.

Quanto à afirmação da indiciada de que teriam lhe informado na SIP/5 que ela teria direito à pensão, no lugar de sua mãe, o que afastaria o dolo de sua conduta, é curial ressaltar que tal matéria só poderia ser convenientemente examinada em sede de instrução criminal, não havendo nada nos autos que corrobore a assertiva da indiciada. Cabe ainda destacar, não existir no feito aqui examinado qualquer informação acerca de pedido de habilitação como pensionista formulado pela indiciada.

Por fim, cumpre rechaçar, por absurda, a tese de pequenez do dano esposada pela decisão atacada, causando espécie que se possa cogitar que a vultosa soma de R$ 9.762,87 (fl. 47) possa representar pequena soma, seja qual for o parâmetro usado para comparação.

HABEAS CORPUS Nº 2005.01.034011-4-RS

HABEAS CORPUS - DESERÇÃO. *TRANCAMENTO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO. FATO QUE NÃO CONSTITUI CRIME MILITAR. EXCLUSÃO DO PACIENTE DAS FILEIRAS DO EXÉRCITO ANTERIOR À CONSUMAÇÃO DA DESERÇÃO. 1. A impetração busca o trancamento da Instrução Provisória de Deserção sob o argumento de que se apura fato que não constitui crime militar. 2. A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu antes de consumado o crime de deserção, suprimindo uma elementar do crime de deserção. 3. A consumação da deserção antecede o ato administrativo de exclusão do serviço ativo. 4. A condição de militar é elementar normativa do crime de deserção, de forma que a sua suspensão, antes da consumação do delito, torna atípica a conduta. 5. Concedida a ordem. Decisão unânime.*

Relator — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Paciente — ANDERSON BARCELLOS ATHAIDES, desertor, respondendo à IPD nº 265/05, em curso na 1ª Auditoria da 3ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do citado juízo, impetra o presente "writ", pedindo, liminarmente, a concessão da Ordem para que seja dado efeito suspensivo à tramitação da referida IPD e, no mérito, que seja determinado o seu trancamento.

Impetrante — Dr. Ricardo Henrique Alves Giuliani, Defensor Público da União.

Decisão — Prosseguindo no julgamento interrompido na 14ª Sessão, em 17/03/2005, após o pedido de vista do Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, o Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e concedeu a Ordem de **Habeas Corpus** para determinar o trancamento da IPD nº 265/05, por falta de justa causa, ressalvando o direito da administração militar de renovar o Termo de Deserção e de Exclusão do paciente. O voto do Ministro HENRIQUE MARINI E SOUZA foi computado na forma do art. 78, § 1º, do RISTM.

Presidência do Ministro General-de-Exército Expedito Hermes Rego Miranda. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, José Julio Pedrosa, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. (Extrato da Ata da 15ª Sessão, 22.03.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em conhecer e conceder a Ordem de **Habeas Corpus** para determinar o trancamento da IPD nº 265/05, por falta de justa causa, ressalvando o direito da administração militar de renovar o Termo de Deserção e de Exclusão do paciente.

Brasília-DF, 22 de março de 2005 — Gen Ex *Expedito Hermes Rego Miranda*, Ministro-Presidente — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANDERSON BARCELLOS ATHAIDES, acusado de deserção, objetivando trancar a Instrução Provisória de Deserção nº 265/05, em curso na 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, sob o argumento de que se apura fato que não constitui crime militar.

Segundo o impetrante, o paciente teria sido excluído das fileiras do Exército antes da efetiva consumação do crime de deserção, suprimindo o *status* de militar, que é elementar do tipo definido no artigo 187 do Código Penal Militar. Pediu concessão de medida liminar para suspender a tramitação da IPD e, no mérito, o seu trancamento, por falta de justa causa.

A impetração veio devidamente instruída com cópias de peças autenticadas da IPD nº 265/05 e com as informações da autoridade impetrada.

Pela decisão de fls. 21/22, a liminar foi indeferida, por vislumbrar-se irregularidade na contagem dos prazos presentes nos autos, bem como no licenciamento do paciente antes da consumação do delito.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, com vista dos autos, apresentou o parecer de fls. 31/34, opinando pela denegação da ordem.

Relatados, decide-se.

A Instrução Provisória de Deserção traz as seguintes informações:

1) Parte acusatória (fls. 9), informando que o soldado ANDERSON BARCELLOS ATHAIDES faltou ao quartel desde o dia 11 de Janeiro de 2005.

2) Termo de Deserção (fls. 10), lavrado em 19 de Janeiro de 2005, com despacho do Comandante do 3º Batalhão de Suprimento determinando a exclusão do serviço ativo, a partir do mesmo dia 19 de Janeiro.

A contagem do prazo da deserção está definida no artigo 451, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, nos seguintes termos:

> *"Art. 451 ....*
>
> *§ 1º - A contagem dos dias de ausência, para efeito da lavratura do termo de deserção, iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte àquele em que for verificada a falta injustificada do militar."*

Constatada a ausência em 11/01/2005, a contagem dos dias de ausência iniciou-se no dia 12/01. Completaram-se os 8 (oito) dias, incluído o dia 12, no dia 19/01, de forma que à zero hora do dia 20 estaria consumado o crime de deserção.

Contudo, a exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu no dia 19/01, antes da consumação do delito, de forma que o paciente perdeu sua condição de militar no prazo de graça, o que suprime uma elementar do crime de deserção.

A condição de militar é uma elementar do crime de deserção, definido no artigo 187, do Código Penal Militar, da seguinte forma:

> *"Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:*
>
> *Pena – detenção, de seis meses a dois anos; ..."*

Militar, no caso, é uma elementar normativa, já que é do próprio texto da lei que se extrai o seu conteúdo, nos termos do artigo 22, do Código Penal Militar, *in verbis*:

> *"Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar."*

Sem maiores digressões, o ato administrativo que excluiu o paciente do serviço ativo rompeu sua incorporação ao Exército Brasileiro ou, em outras palavras, suprimiu-lhe a condição de militar.

É certo que a lei adjetiva castrense determina a exclusão do desertor, mas apenas após a consumação do delito, consoante artigo 456, § 4º:

"Art. 456...

§ 4º. Consumada a deserção de praça especial ou praça sem estabilidade, será ela imediatamente excluída do serviço ativo. Se praça estável, será agregada, fazendo-se, em ambos os casos, publicação, em boletim ou documento equivalente, do termo de deserção e remetendo-se, em seguida, os autos à Auditoria competente."

Para reforçar o argumento, recorre-se também à Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares) que, em seu artigo 128, estabelece:

"Art. 128 – A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a conseqüente demissão ***ex officio****, para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.*

.....

§ 2º - A praça sem estabilidade assegurada será automaticamente excluída ***após*** *oficialmente declarada desertora."*

A lei, assim, suprime qualquer dúvida de que a consumação da deserção antecede o ato administrativo de exclusão do serviço ativo.

E nem poderia ser diferente, uma vez que a condição de militar é elementar do tipo definido no artigo 187 do Código Penal Militar.

A condição de militar, no crime de deserção, desempenha duplo papel: é elementar normativa do tipo e requisito para o exercício da pretensão punitiva, já que a lei exige a incorporação do desertor para a propositura da ação penal.

O caso dos autos cinge-se à primeira hipótese, eis que, sendo o desertor capturado, ou apresentando-se voluntariamente, será ele reincorporado ao Exército.

Não se trata, como sugeriu o *custos legis*, de mero vício de forma do procedimento inquisitorial. Não se questiona eventual irregularidade no Termo de Deserção, mas sim no ato administrativo de exclusão efetivado no curso do prazo de graça, suprimindo a elementar do crime. Trata-se de vício material, capaz de tornar a conduta atípica, já que não se admite que um civil venha a consumar crime de deserção.

Afirma o parecerista, ainda, que a ausência do paciente poderia ter ocorrido no dia 10 de Janeiro de 2005, ou em data anterior, "como não raro ocorre, estando sob o ponto de vista objetivo, da conduta incriminada, aperfeiçoado o delito".

Ocorre que está documentado, tanto na Parte Acusatória (fls. 9), quanto no Termo de Deserção (fls. 10), que a ausência ocorreu no dia 11 de Janeiro. Supor que ela teria ocorrido antes representaria imputar prática de falsidade ideológica às autoridades que lavraram tais documentos.

É certo, contudo, que o paciente permanece ausente, sem licença, de sua organização militar, como atestou o Dr. Alceu Alves dos Santos, Juiz-Auditor, em suas informações (fls. 17).

HABEAS CORPUS Nº 2005.01.034061-0-AM

Habeas Corpus. Punição disciplinar. *Disposição contida no § 2º do art. 142 da CF não impede a apreciação da legalidade da punição disciplinar, vedando apenas o exame do mérito da sanção. Punição disciplinar aplicada por autoridade competente. Inexistência de qualquer vício no procedimento que determinou a imposição da reprimenda. Descaracterizada a ocorrência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. Decisão unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

Paciente — Antonio Cezar Ávila Da Silva, 1º Sgt Aer, alegando estar ameaçado de sofrer constrangimento ilegal por parte do Senhor Chefe do Serviço Regional de Proteção ao Vôo de Manaus, impetra o presente *Habeas Corpus*, em caráter preventivo, pedindo, liminarmente, a concessão do *writ*, para que seja impedida a sua prisão e, no mérito, a confirmação da ordem.

Impetrante — Antonio Cezar Ávila da Silva, em causa própria.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e denegou a Ordem, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata da 45ª Sessão, 09.08.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, **em conhecer** do pedido e **denegar** a Ordem, por falta de amparo legal.

Brasília, 09 de agosto de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Antonio Apparicio Ignacio Domingues*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de *Habeas Corpus* impetrado pelo 1º Sgt Aer Antonio Cezar Ávila da Silva, em causa própria, alegando estar ameaçado de sofrer constrangimento ilegal por parte do Chefe do Serviço Regional de Proteção ao Vôo de Manaus, que teria lhe imposto a sanção disciplinar de dez dias de prisão, sem o devido procedimento administrativo, pedindo, liminarmente, que a autoridade apontada como coatora fosse impedida de prendê-lo, e, no mérito, a concessão definitiva da Ordem.

O impetrante argumenta que, quando assumiu a presidência da Associação dos Permissionários da Vila Militar Ponta Pelada, em 14.08.04, consoante ata de fls. 15/17, solicitou à Prefeitura de Aeronáutica de Manaus que prestasse contas a cerca de quantia a ser repassada à referida associação, conforme ofício de fl. 18 que, em decorrência de tal requerimento, a mencionada associação foi extinta, por portaria do Comandante do VII Comar acostada à fl. 22, passando o impetrante a ser supostamente perseguido pelo Comandante do VII Comar.

Que, em razão das pretensas perseguições, foi-lhe aplicada a sanção disciplinar de 10 dias de prisão, sem que lhe fosse assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa, já que, tendo solicitado cópia dos autos da sindicância que originou o procedimento de apuração de transgressão disciplinar e a prorrogação do prazo para oferecimento da defesa, teve seus pleitos indeferidos, sendo punido sem o exercício pleno do direito de defesa.

Instruem a impetração, entre outros, cópias dos seguintes documentos: Ficha Individual (fl. 23); Folha de Alterações (fl. 24); diplomas da Medalha Militar (fls. 25/26); requerimentos formulados pelo impetrante solicitando cópia da sindicância (fls. 28/33) e requerimento da Defensoria Pública da União solicitando cópia da sindicância (fls. 34/35).

Em decisão de 14.07.05, acostada às fls. 41/42, o Ministro Dr. Antonio Carlos de Nogueira, no exercício da Presidência, indeferiu a liminar.

Em suas informações de fls. 48/62, a autoridade apontada como coatora sustentou que, em 08.06.05, o impetrante foi notificado através do formulário de apuração de transgressão disciplinar (fl. 57) de que teria dois dias para apresentar sua defesa no procedimento que lhe imputava o fato de ter efetuado cadastramento irregular que permitiu a entrada, na Vila Militar, de pessoas que trabalhavam em empresa da qual era sócio cotista, que lhe foi aplicada a punição disciplinar de 10 dias de prisão, sendo que o impetrante, ainda que regularmente notificado, não quis apresentar sua defesa.

À fl. 61, pedido de reconsideração da punição formulado pelo impetrante.

Em parecer de fls. 66/69, de lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar opinou pela concessão parcial da Ordem, tão-somente para assegurar ao impetrante o fornecimento de cópia integral dos procedimentos administrativos em que figurou como sindicado.

Às fls. 90/93, novos documentos enviados pela autoridade apontada coatora informando que foi fornecida ao impetrante cópia da sindicância, prorrogação do prazo para oferecimento do pedido de reconsideração de 07.07.05 para 22.07.05, e que o cumprimento da punição não foi iniciado em virtude de não ter transcorrido o prazo de oferecimento do pedido de reconsideração.

Em manifestação de fls. 97/98, após nova vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar ratificou o parecer anteriormente oferecido.

Relatados, decide-se.

VOTO

Em que pese o esforço demonstrado pelo impetrante, não merece acolhida o presente pedido de *Habeas Corpus*.

O *Habeas Corpus* impetrado tem por escopo evitar prisão resultante de sanção disciplinar. Se é certo, que a Constituição Federal, no § 2º do art. 142, dispõe que:

> *"Art. 42.....*
>
> *§ 2º. Não caberá* habeas corpus *em relação a punições disciplinares militares."*

Igualmente correto é afirmar que não é vedada a apreciação da legalidade da punição disciplinar, sendo defeso tão-somente o exame do mérito da punição imposta. O julgado desta Corte, a seguir transcrito, corrobora este entendimento:

"Habeas Corpus *impetrado contra punição disciplinar militar – art. 142, § 2º da CF/88. 1. A Constituição Federal veda, em seu art. 142, § 2º, a impetração de* Habeas Corpus *contra punição disciplinar militar. Não veda, todavia, seu conhecimento para o exercício do controle da legalidade de tal ato, especialmente sobre a competência de que é investida a autoridade militar que aplica a medida punitiva. 2. Incabível a análise do mérito da punição por se tratar de ato adstrito ao exercício discricionário do poder disciplinar que a autoridade militar detém em relação aos seus comandados. Precedentes do STF e do STJ. 3.* Habeas Corpus *conhecido e denegado. Unânime."* (STM – HC nº 2003.01.033878-0/DF, Min Rel José Coêlho Ferreira, j. em 05.02.2004)

Assim, admitido o conhecimento do pedido, resta examinar se a sanção disciplinar aplicada se encontra revestida de legalidade ou não.

A punição (fl. 59) foi imposta pelo chefe do Serviço Regional de Proteção ao Vôo, a quem estava subordinado o paciente, sendo a sanção, portanto, aplicada pela autoridade competente, na forma do art. 42, inciso II, alínea e, do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.

Foi assegurada ao impetrante a oportunidade de defender-se, consoante ciente do mesmo aposto em formulário de apuração de transgressão disciplinar (fl. 57), estando atendido o preceito disposto no art. 34 do RDAer, inexistindo qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa.

Ao paciente foi concedida inclusive prorrogação de prazo para oferecimento de pedido de reconsideração (fl. 92), além do lapso temporal previsto no art. 59 do RDAer, sendo conveniente ressaltar que a publicação e o efetivo cumprimento da punição encontram-se suspensos, no aguardo do recebimento do referido pedido de reconsideração.

Cabe ainda destacar que, em 22.07.05, quando o paciente tomou conhecimento da prorrogação do prazo para oferecimento do pedido de reconsideração, foram-lhe entregues cópias de documentos constantes da sindicância que deu origem ao procedimento de apuração de transgressão disciplinar, conforme cópia de livro de protocolo de fl. 93.

Por fim, urge salientar que a sanção de 10 dias de prisão encontra-se dentro dos limites previstos nos arts. 15 e 16 do RDAer.

Assim, não existindo qualquer ilegalidade a inquinar de vício a sanção disciplinar imposta, deve a Ordem ser denegada.

HABEAS CORPUS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. *I – Não há, no corpo legislativo pátrio, diferenciação entre atividade primária e secundária da Marinha de Guerra do Brasil. II – Segundo M. Seabra Fagundes, na eficiência da estrutura e na respeitabilidade que envolvem as Forças Armadas repousa a paz social, afirmação da ordem interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. III – No caso concreto, houve, em tese, falsificação e uso de documento público, vez que teria sido inserida declaração não verdadeira com o fim de prejudicar direito e alterar a verdade sobre fato, juridicamente, relevante em detrimento do princípio da veracidade que norteia os atos da Administração Militar, dado que o referido documento é expedido pela Diretoria dos Portos e Costas da Marinha do Brasil, o que atrai a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Feito. IV – Habeas Corpus conhecido e denegado por falta de amparo legal. V – Decisão unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto.

Paciente — Sérgio Garcia dos Santos, respondendo ao Processo nº 4/02-1 perante a 2ª Auditoria da 2ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do mencionado Juízo, impetra o presente "Habeas Corpus", pedindo, liminarmente, a suspensão do andamento do feito, até julgamento final do presente "**writ**" e, no mérito, que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar da União para processá-lo e julgá-lo, declarando-se a nulidade ***"ab initio"*** do citado processo, e a conseqüente remessa dos autos à Justiça Federal.

Impetrante — Drª. Carla Cristina Miranda de Melo Guimarães, Defensora Pública da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido de **Habeas Corpus** e denegou a Ordem, por falta de amparo legal. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata da 45ª Sessão, 9.08.2005).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes auto, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em conhecer do Habeas Corpus e em denegar a Ordem, por falta de amparo legal.

Brasília, 09 de agosto de 2005 — Gen Ex *Max Hoerte*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Sergio Ernesto Alves Conforto*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, verifica-se que tratam de Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do Civil **SÉRGIO GARCIA DOS SANTOS**, objetivando, liminarmente, a suspensão do Processo nº 4/02-1 perante a 2ª Auditoria da 2ª CJM até o julgamento final do presente pedido e, no mérito, a declinação da competência da Justiça Militar da União em prol da Justiça Federal.

Em 02.02.01, durante inspeção marítima, realizada pelo Inspetor Naval, 2º Sgt. ANTONIO REGO FILHO, em Angra dos Reis-RJ, o Civil **SÉRGIO GARCIA DOS SANTOS**, que não possuía curso de Moço de Convés, nem estava habilitado para pilotar embarcação em arqueação bruta superior a 10, foi flagrado conduzindo a embarcação *"Tonaonda"*, de sua propriedade, com capacidade acima mencionada.

Ao ser instado pelo Inspetor Naval a apresentar o documento de habilitação, o Paciente exibiu a Caderneta de Inscrição nº de série 9005517, com etiqueta 1186828, emitida pela Diretoria dos Portos e Costas da Marinha do Brasil, contendo, na página dois, sua fotografia e dados de sua identificação, com a indicação falsa datilografada da Categoria Moço de Convés (fl. 45).

Por isso, o Ministério Público Militar junto à 2ª Auditoria da 2ª CJM ofereceu denúncia perante aquele Juízo contra o Civil **SÉRGIO GARCIA**

DOS SANTOS, como incurso no art. 315, do CPM (uso de documento falso). A Denúncia foi recebida a 02.04.02 (fls. 52 e 53).

A 14.07.05, a Representante da Defensoria Pública da União impetrou Habeas Corpus em favor de **SÉRGIO GARCIA DOS SANTOS** pleiteando, liminarmente, a concessão da Ordem para que fosse cessado o andamento do Processo a que responde o Paciente, tornando-se essa medida definitiva após regular processamento, havendo, como conseqüência, o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União, declarando-se a nulidade do Feito ***"ab initio"*** e determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal.

Alega que a Denúncia contra o Paciente foi recebida a 02.04.02, dando-o como incurso nas sanções do art. 315, do CPM (uso de documento falso), porque teria feito uso de um documento falso emitido pela Marinha, qual seja, habilitação para pilotar embarcação.

Argumenta que tal comportamento é crime da Competência da Justiça Federal, pois o tipo de falso não foi preenchido, na medida em que o fato não atentou contra a Administração Militar, concluindo que o Policiamento Naval, conforme jurisprudência desta Corte, não é atividade militar, entendimento que fora respaldado pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 02 a 07).

O Vice-Presidente do STM, no exercício da Presidência, a 20.07.05, indeferiu a liminar pleiteada por não ter vislumbrado o perigo da demora do julgamento do presente Habeas Corpus e requisitou à Autoridade apontada como Coatora as informações necessárias à instrução do Feito, abrindo vista, após, à Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 20 e 21).

As informações adentraram aos autos das fls. 41 a 74.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar pronunciou-se, nestes autos, pelo Parecer da lavra do Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, Subprocurador-Geral, opinando pelo não acolhimento do ***writ*** por falta de amparo legal (fls. 34 a 38).

Assim relatados os autos, passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Tratam estes autos de Habeas Corpus buscando o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Paciente, Civil **SÉRGIO GARCIA DOS SANTOS**.

O douto e culto Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no opinamento de seu bem lançado Parecer, assim se manifestou:

"A impetrante trouxe como fundamento da impetração o entendimento pretoriano em torno da prática de crime envolvendo a atividade de policiamento naval. Segundo consta das decisões trazidas à baila, o policiamento naval é atividade militar secundária, que, uma vez atingida, não implica em qualquer atentado contra a administração militar.

Tal entendimento não nos parece correto, como demonstraremos à frente e é surpreendente porque parte da própria Justiça Militar, que deveria defender a sua competência, como fazem as demais Cortes do País. Argumentos existem de sobra para firmar-se a competência da Justiça Castrense para apreciar casos como esse, lembrando que a nossa Justiça não sofre do mal da pletora de feitos que assoberbam as Cortes e Juízos ordinários.

Com efeito, em que corpo legislativo está prevista esta diferenciação entre atividade primária e secundária da Marinha de Guerra? Supondo a existência dessa esdrúxula distinção, onde está escrito que os crimes cometidos nessa cinzenta atividade secundária não importariam em atentado contra a administração militar? Supondo ainda que existisse essa duplicidade de espécies de administração militar, onde no CPM acolheu-se essa distinção? Ora, para o CPM o que existe é crime contra a ordem administrativa militar, que significa algo muito mais amplo que os crimes que envolvem a administração militar, na medida em que engloba qualquer atentado contra o funcionamento, ou o mesmo o bom nome que goza a administração militar perante a sociedade. A falsificação de um documento elaborado pela administração militar, por óbvio, implica em comprometer-se a confiança que a sociedade deposita em documento originário dessa administração especializada. Como dizer que nessa hipótese não houve atentado contra a administração militar na dicção dos crimes de falso?

Esse entendimento é tão absurdo que quando acolhido tem como conseqüência a declinação de competência para a Justiça Federal. Nada mais incoerente. Segundo a jurisprudência trazida pela impetrante reconhece-se a inexistência de atentado contra a administração militar federal na hipótese descrita, mas ao mesmo tempo se considera presente o interesse da União, em uma verdadeira agressão à lógica jurídica.

Ora, a Justiça Militar Federal é uma especialização da Justiça Federal, de modo que se o fato não ofendeu a administração militar das Forças Armadas também não contrariou o interesse da

União. Acaso considerado presente o interesse da União nesse caso, que só pode decorrer em face da origem do documento, ou seja, da administração da União, necessariamente deve-se reconhecer o atentado contra a administração militar como exigido pelos tipos dos artigos 311 e 315 do CPM, do contrário, os que seguem esse entendimento equivocado deveriam declinar da competência em favor da Justiça Estadual. Quer dizer, se presente o interesse da União no caso trazido à discussão, ele só pode ser admitido em face de um atentado contra a administração militar federal, de onde partiu o documento !!! Observe-se que a competência da Justiça Federal ordinária na CF é excepcional em relação à Justiça Militar da União, exista ou não essa suposta distinção entre atividade primária e secundária da administração naval. O que pode acontecer é a desconfiguração do crime de falso em face de outro delito pelo princípio da consunção, p. ex. estelionato, mas não é o que os autos revelam.

Posto isso, somos de parecer que o writ não seja acolhido, por falta de amparo legal" (fls. 36 a 38).

Realmente, a conduta do Paciente caracteriza falsificação e uso de documento público, em tese, vez que teria inserida declaração não verdadeira com o fim de prejudicar direito e alterar a verdade sobre fato, juridicamente, relevante em detrimento do princípio da veracidade que norteia os atos da Administração Militar, dado que o referido documento é expedido pela Diretoria dos Portos e Costas da Marinha do Brasil.

Sendo certo que as Forças Armadas não podem ser arranhadas em sua respeitabilidade.

Sobre este aspecto tem-se o Estudo de M. Seabra Fagundes *"As Forças Armadas na Constituição"* lido, em 1947, perante o Instituto dos Advogados Brasileiros, de onde se extrai o que se segue:

"As Forças Armadas constituem, em todos os Estados o elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito.

Nelas, na eficiência da sua estrutura e na respeitabilidade que as envolve, repousa a paz social pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização dos seus fins. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranqüilidade interna pela estabilidade

das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, sua própria soberania.

Por isto mesmo na organização política de todos os povos se reserva às Forças Armadas posição especial e destacada, desde os seus problemas de estrutura e funcionamento até os que dizem respeito à sua missão.".

Pelo que foi visto e examinado, concordando-se com o Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, é de denegar-se o Pedido de Ordem por falta de amparo legal, mantendo-se a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Feito.

HABEAS CORPUS Nº 2005.01.034098-0-DF

ANULAÇÃO DE LICENCIAMENTO DE MILITAR SUB JUDICE. ACUSADO RESPONDENDO A PROCESSO DE DESERÇÃO. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. A correção de ato de licenciamento irregular de militar incorporado não causa nenhum óbice ao prosseguimento normal da ação penal. A Administração Militar possui autonomia para rever os seus próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independente de manifestação ao Poder Judiciário. Se a Administração Militar decidiu licenciar o acusado e, em seguida, reincorporá-lo, não cabe a esta Corte, por absoluta incompetência, avaliar o mérito dessa sucessão de atos. Todavia, uma vez reincluído, conforme informação da OM, restabelecida está a condição de procedibilidade para o curso normal do processo, prevista no § 3º do artigo 457 do CPPM. Ordem de Habeas Corpus que se denega por falta de amparo legal. Decisão por unanimidade.

Relator — Min. Ten Brig Ar Marcus Herndl.

Paciente — MARCOS JEREMIAS MARTINS PEREIRA, Sd Aer, respondendo ao Processo nº 513/05-5 perante a Auditoria da 11ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do

Conselho Permanente de Justiça do mencionado Juízo, impetra o presente "Habeas Corpus", com pleito liminar, pedindo o trancamento da citada Ação Penal.

Impetrante — Dr. Paulo Henriques de Menezes Bastos, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, denegou a Ordem por falta de amparo legal. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 70ª Sessão, 10.11.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutido estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em denegar a Ordem por falta de amparo legal.

Brasília-DF, 10 de novembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Marcus Herndl*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, verifica-se que se trata de pedido de concessão de ordem de Habeas Corpus, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor do Sd Aer MARCOS JEREMIAS MARTINS PEREIRA, servindo no Batalhão de Infantaria do VI Comando Aéreo Regional desta Capital Federal.

Alega o Impetrante estar o mencionado Soldado sofrendo constrangimento ilegal, por parte do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, da Auditoria da 11ª CJM, em face da decisão, de

01/09/2005, que, por unanimidade, determinou ao Comandante do VI COMAR fosse procedida a reversão ou a anulação do ato de licenciamento do Paciente, sob alegação de encontrar-se sub judice, respondendo pela prática do delito de deserção. Esclarece o Impetrante que o ato de desligamento do Paciente deu-se de forma regular e a pedido, faltando, dessa forma, condição de procedibilidade para figurar no pólo passivo da relação processual, referente à ação penal nº 513/05-5.

Em 14 de outubro de 2005, o pedido de liminar para o trancamento da ação penal foi indeferido, sob alegação da ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, além da matéria vincular-se intimamente ao mérito, o que inviabilizava a sua imediata concessão dado o seu caráter satisfativo (fl. 12/13).

Prestadas as informações necessárias para o julgamento do presente *writ* (fl. 20/21), a eminente Juíza-Auditora Dra. Zilah Maria Callado Fadul Petersen afirmou ter sido a ação deflagrada em 04 de abril de 2005, sendo comunicado o licenciamento do Paciente, pelo Batalhão de Infantaria da Aeronáutica Especial de Brasília, em 25 de agosto seguinte. Em 01 de setembro, na ocasião da Sessão para inquirição das testemunhas arroladas pela Defesa, levou o fato ao conhecimento do eminente Conselho, o qual, por unanimidade, decidiu oficiar à autoridade militar competente, a fim de verificar a possibilidade de reversão ou anulação do ato de licenciamento.

Por último, disse ter obtido resposta do Batalhão de Infantaria da Aeronáutica Especial de Brasília – BINFAE-BR – de que o militar supramencionado havia sido reincluído no serviço ativo da Aeronáutica. Diante desse comunicado, solicitou a documentação referente ao assunto.

Em parecer de fl. 52/57, de 21 de outubro do corrente ano, o Custos Legis, por seu Subprocurador-Geral Dr. Nelson Luiz Arruda Senra, concluiu pela regularidade do licenciamento do Sd Aer Marcos Jeremias Martins Pereira, haja vista preceder de documento válido, capaz de produzir efeitos administrativos e processuais, além de não haver sido impugnado por qualquer das partes.

Alegou ser a forma de retorno ao serviço ativo, procedida pelo BINFAE-BR, incompatível com os ditames da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares). Sustentou a incompetência desta Justiça Especializada para consultar os órgãos castrenses a fim de possibilitar a reinclusão de militar ao serviço ativo, alegando que a atribuição de averiguar regularidade de tal ato é da Justiça Federal.

Pugnou, ao final, pela concessão da ordem para trancar o Processo de Deserção nº 0513/05-5, com trâmite na Auditoria da 11ª CJM.

Isto posto, passa o Tribunal a decidir.

VOTO

Alega o Impetrante estar o Paciente sofrendo constrangimento ilegal, em face da decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 11ª CJM, o qual decidiu consultar o Comandante do VI COMAR, em Brasília, a fim de averiguar a possibilidade de reversão ou anulação do ato de licenciamento do Sd Aer Marcos Jeremias Martins Pereira, haja vista encontrar-se respondendo a processo de Deserção. Sustenta que o Paciente fora licenciado regularmente e a pedido, conforme comunicado de fl. 44.

Consta no presente processo cópia da Ata da 32ª Sessão do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 11ª CJM, cuja decisão foi de oficiar ao Comandante do COMAR, no sentido de verificar a possibilidade de proceder à reversão ou anulação do ato de licenciamento do Sd Aer Marcos Jeremias Martins Pereira, em face do equívoco cometido pela mencionada Unidade ao licenciá-lo, quando estava respondendo a processo pela prática de Deserção.

É bom frisar que tal pedido não se revestiu de uma determinação à Organização Militar. Somente à Justiça Federal caberia exigir a correção do indevido licenciamento, caso o próprio Comandante não o fizesse. Na verdade, o eminente Conselho apenas apontou um possível erro da Administração, que poderia, e como o foi, ser corrigido a tempo, em observância, inclusive, ao princípio da autotutela, segundo o qual a Administração tem autonomia para rever os seus próprios atos quando eivados de vícios ou não forem mais convenientes a seu interesse.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra Direito Administrativo, 14ª edição, 2002, Editora Atlas, São Paulo, p. 73, assim se pronuncia:

> *"Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída,* ***pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independente de recurso ao Poder Judiciário.*** *(sem negrito no original).*

Na defesa de seu argumento, cita os enunciados do Excelso Pretório in verbis:

> *"Súmula 346 – A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."*
>
> *"Súmula 473 – A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."*

Nenhuma irregularidade se extrai do fato de ter a Administração reincluído o S2 Marcos Jeremias Martins Pereira, após constatar o equívoco na concessão de seu licenciamento.

Apenas como ilustração, cumpre ressaltar o parecer nº 151, de 05 de dezembro de 2002, do Ministério da Defesa, cujo entendimento é no sentido da inviabilidade do licenciamento de militar incorporado, quando responder a processo nas Justiças Castrense ou Comum. Enfatiza o Parecerista a convergência desse pensamento com o § 5º do artigo 31 da Lei nº 4.375/64 (Lei do Serviço Militar), o qual menciona: "o incorporado que responder a processo no Foro Militar permanecerá na sua unidade, mesmo como excedente".

Ao tempo da deserção, objeto do processo 513/05-5, o ora Paciente estava devidamente incorporado às fileiras da Aeronáutica, tanto que a ação se estendeu até a fase de inquirição das testemunhas arroladas pela Defesa. Se a Administração Militar decidiu licenciá-lo e, em seguida, reincorporá-lo, não cabe a esta Corte, por absoluta incompetência, avaliar o mérito dessa sucessão de atos. Todavia, uma vez reincluído, como informa o Ofício nº 94/BINFAE-BR (fl. 47), restabelecida está a condição de procedibilidade para o curso normal do processo, prevista no § 3º do artigo 457 do CPPM.

Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal no fato de ter sido o Paciente reincluído às fileiras da Aeronáutica e o conseqüente prosseguimento do processo de deserção, haja vista a Administração Militar possuir autonomia para rever os seus próprios atos. Ademais, consta do processo a informação do Comandante do BINFAE-BR de que o ora Paciente encontra-se em liberdade desde o dia 08 de maio do corrente ano.

HABEAS CORPUS Nº 2005.01.034113-7-PA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO, LESÃO CORPORAL E DANO CULPOSOS. *TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ACIDENTE COM HELICÓPTERO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Impetração que visa ao trancamento de ação penal instaurada por denúncia que imputou conduta culposa ao piloto e ao instrutor de aeronave. Militar acidentada em operação de treinamento realizada na Serra do Cachimbo, Estado do Pará. 2. É requisito da denúncia a demonstração das razões de convicção ou presunção de delinqüência, como garantia de que se funda em prova de fato que constitui crime em tese e indícios de autoria. A ausência dessa demonstração impõe o reconhecimento de inépcia da denúncia. Admitir-se denúncia sem esse requisito significa conceder ao Promotor de Justiça poderes incompatíveis com sua função institucional. 3. Inocorrência, ademais, de conduta violadora do dever objetivo de cuidado pelos pacientes, afastando a necessária justa causa para a ação penal, que deve ser trancada. 4. O habeas corpus é remédio constitucional adequado à apreciação da existência, ou não, de justa causa para a ação penal, mesmo que exija a apreciação de provas. 5. Ordem concedida. Votação Unânime.*

Relator — Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Paciente — Tarcísio de Aquino Brito Veloso, Ten. Cel. Aer, e Vagner da Silva Paulino, 1° Ten. Ref. Aer, respondendo ao processo nº 20/05-2 perante a Auditoria da 8ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do mencionado juízo, impetram o presente *habeas corpus*, pedindo, liminarmente, a suspensão do curso da ação penal e, no mérito, a concessão da ordem para que seja determinado o seu trancamento.

Impetrante — Fernando Almeida Riomar.

Decisão — Prosseguindo no julgamento interrompido na 78ª Sessão, em 15/12/2005, após o pedido de vista do Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, o Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e concedeu a Ordem de **Habeas Corpus** para determinar o trancamento do Processo nº 20/05-3 a que respondem o Ten Cel Aer TARCÍSIO DE AQUINO BRITO VELOSO e o 1º Ten Aer Ref VAGNER DA SILVA PAULINO, com fundamento no art. 467, alínea "c", do CPPM.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata da 79ª Sessão (extraordinária), 16.12.2005).

ACÓRDÃO

Visto, relatado e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em conhecer do pedido e conceder a Ordem de ***Habeas Corpus*** para determinar o trancamento do Processo nº 20/05-3 a que respondem o Ten Cel Aer TARCÍSIO DE AQUINO BRITO VELOSO e o 1º Ten Aer Ref VAGNER DA SILVA PAULINO, com fundamento no art. 467, alínea "c", do CPPM.

Brasília-DF, 16 de dezembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro Presidente — Dr. *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do Tenente Coronel da Aeronáutica TARCÍSIO DE AQUINO BRITO VELOSO e do 1° Tenente Reformado da Aeronáutica VAGNER DA SILVA PAULINO, ambos respondendo ao processo n.° 20/05-2, perante a Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar.

Recai sobre os militares a imputação de prática de homicídio, lesão corporal e dano culposos – artigos 206, 210, *caput* e §2°, e 264 c/c 266 e 79 do Código Penal Militar – por terem, na noite do dia 22 de novembro de 2002, preterido regras de cuidado que deveriam ser observadas, durante a

missão de treinamento de tiro noturno, na "Operação Cachimbo VII", realizada no *stand* de tiro do Campo de Prova Brigadeiro Veloso, no Estado do Pará.

A suposta conduta culposa teria dado causa ao acidente, levando ao óbito de um dos tripulantes, o soldado Alexandre de Figueiredo da Cunha, e provocando lesões corporais em outros cinco, inclusive nos pacientes, além de resultar em danos e avarias na aeronave monomotora, FAB 8687, Modelo Bell 205, UH-1H (helicóptero), que ficou irrecuperável, conforme conclusão dos peritos.

Findas as investigações, a Procuradora da Justiça Militar em Belém, Dra. Anete Vasconcelos Borborema, requereu, com fundamento no artigo 397 da lei adjetiva, o arquivamento do inquérito policial militar, por entender que não foram reunidos elementos suficientes para o oferecimento da denúncia (fls. 103).

Discordando do pleito, o juízo *a quo* remeteu os autos à Procuradora-Geral da Justiça Militar, que, acolhendo a manifestação da Câmara de Coordenação e Revisão (fls. 112), designou o Dr. Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues, Promotor de Justiça Militar, para prosseguir nas investigações e requerer o que entendesse de direito.

O *parquet* designado ofereceu denúncia em 06 de setembro de 2005 (fls. 89), tendo sido recebida a peça acusatória no dia 20 subseqüente, pelo Juiz-Auditor Substituto, Dr. José Maurício Pinheiro de Oliveira (fls. 120).

O impetrante insurge-se contra esse ato processual que instaurou o processo contra os pacientes, alegando que o recebimento da petição inicial e prosseguimento do feito impinge-lhes constrangimento ilegal.

Advoga ausência de justa causa para a persecução, eis que inexistentes os elementos tipificadores da conduta culposa, porque observadas todas as cautelas necessárias na condução do vôo.

Pede a concessão de medida liminar, a fim de que seja suspenso o curso da ação penal na Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, de forma a obstar a audiência de qualificação e interrogatório designada. No mérito, pugna pela concessão da ordem, para que seja trancada a ação penal contra os pacientes, por ausência de justa causa, em face da atipicidade da conduta.

Os autos ingressaram nesta Corte no dia 18 de novembro de 2005. A impetração veio devidamente instruída com cópias de peças autenticadas do processo nº 20/05-2. Despachei, inicialmente, indeferindo o pedido liminar, eis que a complexidade da matéria, tanto sob o ângulo técnico-operacional de condução da instrução de vôo, como sob o aspecto jurídico, impediam a formação imediata de qualquer opinião consistente. Ade-

mais, a relação processual havia sido, *ab initio*, regularmente instaurada, porque formalmente atendidos os requisitos do artigo 77 da lei adjetiva.

Vieram aos autos as informações solicitadas (fls. 132). A autoridade impetrada apresenta uma síntese dos fatos desde a fase inquisitorial. A peça fez-se acompanhar do relatório do inquérito policial militar e de sua solução (fls. 138 e 143).

Em parecer (fls. 124), o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, observa que a denúncia atende aos requisitos formais do artigo 77 da lei processual, descrevendo minuciosamente os fatos e a violação ao dever de cuidado atribuída aos indiciados. Adverte que a impetração implica profunda análise probatória, o que não seria viável em sede de *habeas corpus*. Manifesta-se pelo conhecimento e denegação da ordem. E, acaso deferida pela Corte, requer a análise do caso frente ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Relatados, decide-se.

VOTO

A denúncia que instaurou o processo que se pretende trancar pode ser decomposta em duas partes. A primeira narra detalhes da Operação Cachimbo VII, na qual ocorreu o acidente com o helicóptero. A segunda parte descreve o próprio sinistro e as graves conseqüências advindas da queda da aeronave. Diz a denúncia:

> ***1 – A OPERAÇÃO CACHIMBO VII***
>
> *"Consta dos autos que o 7°/8° GAV, unidade pertencente à Base Aérea de Manaus, seguindo previsão do Programa de Trabalho Anual da II Fae – ano de 2002, elaborou o Plano de Operações n° 02/02 cuja finalidade era o adestramento de seu pessoal para realização de tiro terrestre frontal e lateral diurno e implantação de tiro terrestre noturno, bem como lançamento de foguetes, planejamento cuja execução necessitava de autorização do comando da Aeronáutica.*
>
> *Essa instrução, denominada "Operação Cachimbo VII", se realizaria no período de 16 a 25.10.02, no stand de tiro do Campo de Prova Brigadeiro Veloso (CPBV), localizado na Serra do Cachimbo, Estado do Pará.*
>
> *Para dar eficácia ao planejamento, em agosto de 2002, foi realizada uma reunião sobre a manobra, com participação do*

Comandante da Unidade, Chefe da Seção de Operações, demais Chefes de Seção e do Oficial de Operações de Vôo, onde foram tratados diversos assuntos.

Dentre eles, foi frisada por um instrutor sua preocupação com a possibilidade de ocorrência de desorientação espacial, no período noturno, visto que o CPBV é uma área remota, com pequenas áreas iluminadas.

Por isso, havia forte preocupação com as atividades noturnas, dando-se ênfase que deveriam ser tomadas medidas para reduzir riscos patrimoniais e pessoais, tais como realização das instruções em presença da lua cheia, balizamento que proporcionasse uma iluminação eficaz de todos os pontos do circuito de tráfego, preparo adequado das aeronaves para vôo noturno (iluminação interna e externa, faróis, horizonte artificial e demais instrumentos).

Ainda dentro desse contexto, ou seja, nos vôos noturnos, os pilotos das aeronaves em adestramento deveriam estar acompanhados por instrutores.

A "Operação Cachimbo VII" somente foi autorizada no dia 13.10.2002. Por isso, sua realização foi remarcada para iniciar a partir do dia 16.11.2002, com o deslocamento de pessoal para o CPBV, estendendo até o dia 26.11.2002.

Já no dia 16.11.2002, o balizamento do stand foi montado pelo próprio comandante da Unidade, com apoio de outro oficial por ele designado, seguindo aos itens previstos no MM 135-3, de 4.12.1985 – PADRONIZAÇÃO DE INSTALAÇÕES BÉLICAS PARA A FORÇA AÉREA BRASILEIRA.

A instrução iniciou na manhã do dia 19.11.2002, tendo a participação de um Oficial do 5°/8° GAV – com adestramento em vôos noturnos -, que realizou o apronto do emprego noturno e apresentou as respectivas recomendações de segurança de vôo aos aeronavegantes.

Nesse apronto, dentre outras recomendações, foi estabelecido que, nos "briefing" de liderança, os tripulantes deveriam ser alertados quanto à possibilidade de desorientação espacial. Também foi definido que em caso de desorientação espacial, o piloto da aeronave deveria avisar os tripulantes e solicitar ao instrutor – que funcionaria como 2° piloto -, para assumir o controle da aeronave.

Também foram definidos os parâmetros de 200 ft para o Lançamento de Foguetes (LF) e 100 ft para o Tiro Frontal (TF) e Tiro Lateral (TL), que seriam os limites de altura para que o instrutor assumisse, imediatamente, os comandos de vôo, independente do aviso do piloto.

Para atingir o fim colimado na instrução, foram programadas três saídas noturnas para cada piloto, sendo que a primeira visava à adaptação ao perfil de tráfego do stand balizado pela iluminação, sendo realizado "em seco" (sem emprego de armamento), enquanto que as duas saídas restantes previam passes "molhados" (com emprego de armamento).

Como medida de segurança, as datas e horários escolhidos coincidiam com as saídas da lua cheia, de forma que o stand de tiro estivesse iluminado pela claridade lunar.

Nos dias 19 e 20 todas as decolagens foram feitas com a lua presente no céu, sem coberturas de nuvens, não havendo qualquer incidente nos vôos realizados.

No entanto, no dia 21.11.2002, a saída foi abortada pelo fato de que havia nuvens que impediam a luminosidade pela lua, o que impossibilitou a visualização do horizonte.

2 – O ACIDENTE

Tais condições meteorológicas se repetiram no dia seguinte, 22.11.2005, penúltimo dia da operação "CACHIMBO VII", mas o instrutor e o piloto não abortaram a decolagem, decidindo por realizá-la, mesmo com uma noite escura e sem visualização do horizonte.

Com base no que decidiram, por volta das 21h30 a aeronave tipo monomotora, FAB 8687, Modelo BELL 205 UH-1H (helicóptero), nº de série 73-21819, iniciou o treinamento noturno para lançamento frontal de foguetes. Estava sendo pilotada pelo 1º Ten VAGNER DA SILVA PAULINO, primeiro denunciado, e tinha por instrutor o Maj TARCISO DE AQUINO BRITO VELOSO, segundo denunciado, sentado no assento esquerdo, ao lado do piloto, situação que lhe obrigava a agir como 2º piloto em caso de desorientação espacial.

Além do piloto e do instrutor, eram tripulantes da aeronave o Maj Inf SÉRGIO PAULO ALVES DE ALMEIDA, como oficial convidado, o 1º Ten Esp Av JURANDY NUNES BRITO, oficial es-

pecialista em aeronave, que não possuía função específica na aeronave, e o 1S BMB JAIRO ANTÔNIO DA SILVA GARCIA, 1S BMA LUCIANO BORGES MOREIRA, tripulante operacional da metralhadora direita e também responsável pelo municiamento e realimentação da metralhadora frontal, e o SO ALEXANDRE DE FIGUEIREDO DA CUNHA, que exercia a função de mecânico.

Durante a inspeção externa, o 1° Tenente VAGNER, piloto da aeronave, constatou que não havia lua aparente no céu, bem como que o tempo estava nublado, com as nuvens altas, que tornavam a noite escura, situação que diferenciava do vôo que havia realizado no dia 19.11.2005, em que o horizonte estava bem definido.

Após a decolagem, o 1° Tenente VAGNER percebeu que o horizonte estava realmente pouco definido, o que implicava não dar para perceber o que era céu e chão, mas, apesar disso, continuou o vôo, por concluir que sua experiência lhe permitiria realizá-lo sem dificuldades.

Por sua vez, nenhuma providência para abortar a instrução foi realizada pelo Maj VELOSO.

Uma vez autorizado, o 1° Tenente VAGNER ingressou no circuito para Lançamento de Foguetes (LF), prosseguindo para dispersão na vertical da "roleta". Já na perna-do-vento, o Major VELOSO executou os procedimentos de preparo do armamento para o lançamento de Foguetes.

A perna de base prevista para o circuito era a 400 ft de altura com 85 Kt de velocidade, de modo a efetuar uma passagem vertical no BINGO-CTA, enquadrando o eixo da final do Lançamento de Foguetes na proa 120°.

No enquadramento para o eixo final do Lançamento de Foguetes, o 1° Tenente VAGNER passou da referência prevista (BINGO-CTA), deixando a final do Lançamento de Foguetes no seu través esquerdo, o que configurou uma "barriga", exigindo uma curva para a correção do eixo. Após a correção, quando na referência prevista, foi simulado o lançamento (passe em seco).

A referência estabelecida para o lançamento era a estrada que liga a Torre 1 à Torre 2. Nesse ponto, a aeronave deveria estar mantendo 90 Kt e cruzado 300 ft a 5° picados com potência de

25 PSI. Na final para o lançamento, a "chave geral" deveria ser ligada pelo Major VELOSO, como instrutor e 2º piloto, deixando o armamento pronto para ser empregado através do botão de disparo localizado no cíclico do 1º piloto, 1º Tenente VAGNER.

No momento da curva para correção do eixo, o 1º Tenente VAGNER perdeu a orientação espacial, em que pese todas as recomendações para evitá-la. Em vez de avisar aos tripulantes, em especial, seu instrutor, calou-se, tentando a correção da aeronave.

Por sua vez, o instrutor, Maj VELOSO, demasiadamente preocupado com o lançamento de foguetes, tinha sua atenção voltada para o desligamento da chave-geral, tendo, por isso, não acompanhado o desempenho do piloto, em especial, sua desorientação espacial, situação que lhe obrigava a agir, assumindo o controle da aeronave.

No momento da curva para correção do eixo ocasionada pela desorientação espacial do piloto, a aeronave começou a perder altura, descendo inicialmente para 250 pés, para em seguida passar para 220 e 150 pés, situação que foi percebida e alertada pelo 1S JAIRO EDSON DA SILVA BRAGA.

Nesse momento o Major VELOSO alertou ao 1º Ten VAGNER sobre a perda de altura e como este não esboçou nenhuma reação, ainda tentou assumir o controle da aeronave, mas já foi tarde, tendo aquela batido, inicialmente, nas árvores e, em seguida, chocou-se com o solo.

Quando do choque da aeronave com o solo, o SO BMA ALEXANDRE DE FIGUEIREDO DA CUNHA, que estava sentado na lateral esquerda do helicóptero, foi arremessado para o lado de fora, vindo a sofrer lesões corporais que lhe causaram a morte, atestada pela Certidão de Óbito de fl. 76.

Também em decorrência do acidente, os tripulantes da aeronave, 1º Ten JURANDY NUNES DE BRITO, 1S LUCIANO JORGE MOREIRA, 1S JAIRO ANTÔNIO DA SILVA, Major Aviador TARCISIO DE AQUINO BRITO VELOSO e 1º Tenente VAGNER DA SILVA PAULINO sofreram as lesões corporais descritas nos laudos periciais de fls. 26, 27, 28, 536 e 545, respectivamente.

Por sua vez, a aeronave sofreu os danos descritos no Relatório de Avarias de fls. 459/468, onde peritos concluíram ser an-

tieconômica sua recuperação, pois a estrutura foi totalmente comprometida, recomendando sua descarga do acervo da FAB, sendo o prejuízo para a Administração Militar avaliado em R$ 942.971,74 (novecentos e quarenta e dois mil novecentos e setenta e um reais e setenta e quatro centavos), conforme laudo pericial de fl. 634.

Em assim agindo, os DENUNCIADOS incorreram nos delitos tipificados nos arts. 206 (homicídio culposo), 210, caput e § 2° (lesão corporal culposa) e 264 c/c 266 (dano culposo), tudo do Código Penal Militar, pois faltaram com os cuidados objetivos necessários que lhes eram exigidos para a ocasião, quais sejam: primeiro, de realizaram a instrução em condições meteorológicas adversas, sabendo que isso poderia ocasionar a desorientação espacial do piloto, como de fato aconteceu, conforme já fora objeto de orientação dos instrutores do 5°/8° GAV, motivo, inclusive, de cancelamento do treinamento, no dia anterior, da instrução; segundo, que o instrutor não manteve sua atenção voltada para a correção de atitudes do piloto, cujos erros lhe obrigavam a assumir como piloto a aeronave, ligando-se mais na questão do lançamento de foguetes; terceiro, porque o piloto, consciente de sua desorientação espacial, não alertou a tripulação, muito menos seu instrutor, o que poderia ter evitado o acidente."

Pois bem. A leitura da denúncia permite concluir, antes de mais nada, que o acidente com o helicóptero ocorreu no contexto de uma operação de treinamento normal, absolutamente lícita, prevista nos programas da Força Aérea e autorizada pelo seu comando.

O problema cinge-se à consumação, ou não, da infração do dever de cuidado da parte dos pacientes. E, segundo a denúncia, dita infração seria configurada em três momentos distintos: 1) na realização da instrução em condições meteorológicas pouco apropriadas; 2) na falta de atenção do instrutor quanto ao comportamento do piloto; 3) na omissão do piloto em alertar a tripulação de sua desorientação espacial.

Imprescindível, portanto, a análise cronológica desses fatos.

O Inquérito Policial Militar n.° 16/2003 foi instaurado por determinação do Comandante da Base Aérea de Manaus, através da Portaria n.° 02/BAMN/C, de 27/11/2002, com o objetivo de apurar o acidente.

Foram realizadas as diligências necessárias, como o exame de corpo de delito dos militares ofendidos, oitiva de testemunhas, juntada de

documentos, concluindo-se, ao final, pela inexistência de transgressão disciplinar ou de crime militar. Os fatos, segundo o relatório do inquérito policial militar, ocorreram da seguinte forma:

> *"(...) no dia 22 de novembro de 2002, por volta das 21:30 horas, no decorrer do treinamento de lançamento frontal de foguetes desenvolvido pela aeronave UH-1H FAB 8687 do 7°/8° GAV no CPBV, no período noturno, após a simulação do lançamento do foguete (passe em seco) houve a recuperação de altura pela referida aeronave na reta, até que o indicador de razão de subida e descida – "climb" – indicou razão de subida, quando então se iniciou a curva para o lado esquerdo, a fim de efetuar um novo circuito para lançamento do armamento, de acordo com croqui de fls. 47 a 77.*
>
> *Conforme depoimento de um dos tripulantes (Sgt° Garcia – fls 25 a 28) o mesmo observou que durante essa curva a aeronave estava descendo, e que o instrutor (Maj. Veloso) alertou ao 1P (Ten. Vagner) sobre tal situação anormal.*
>
> *Percebendo que o 1P não esboçou nenhuma reação no sentido de reparar aquela anormalidade, o instrutor assumiu os comandos da aeronave tentando corrigir a situação. Uma vez que a aeronave já se encontrava muito baixa, não foi possível evitar a colisão com o solo." (fls. 141)*

E, ao final, concluiu o encarregado do inquérito:

> *"Em face do acima exposto e da análise dos autos constatei: que o planejamento considerou as normas vigentes para a realização do tipo de missão; que foram observados todos os critérios de segurança previstos para o exercício militar em todas as suas fases; que a manobra transcorria de acordo com o anteriormente planejado até a ocorrência do acidente; que o Comando da Unidade supervisionou a missão em todas as suas fases a fim de detectar e corrigir quaisquer falhas que pudessem ocorrer; que o treinamento objetivava qualificar a Unidade no emprego noturno de armamento, visando adaptação futura ao equipamento de visão noturna (NVG); que o local onde transcorria a manobra era adequado para o treinamento; que o acidente provavelmente ocorreu pelo fenômeno conhecido como Desorientação Espacial; que o fato do SO Alexandre não ter cumprido rigorosamente com os procedimentos previstos, não estando*

com o cinto de segurança afivelado, acarretou o seu arremesso para fora da aeronave no momento do acidente, vindo a colidir com o solo, o que resultou no seu posterior falecimento; e que provavelmente houve perda total da aeronave.

Diante do apurado neste IPM, e considerado que o fenômeno da desorientação espacial (...) é inerente à atividade aviatória, ocorrendo com maior freqüência na aviação militar, onde a aeronave é empregada em manobras de alto risco e performance; e considerando por fim o caráter da voluntariedade da profissão, bem como a inclusão da mesma no rol das profissões de risco assumido; este Encarregado conclui pela inexistência de crime e transgressão militar." (fls. 142).

O Coronel Aviador UMILE RENDE NETO, Comandante da Base Aérea de Manaus, pela decisão de fls. 143, homologou a conclusão do encarregado do inquérito.

Com vista dos autos, a Procuradora da Justiça Militar, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, requereu a devolução dos autos à autoridade policial para a realização de diligências complementares (fls. 144). E, com o retorno, requereu o arquivamento do inquérito. Do pedido, destacam-se alguns tópicos:

"Não se vislumbra nas condutas do piloto e do instrutor nenhuma negligência, imprudência ou imperícia. Ao contrário, estavam atentos ao desempenho de suas missões, sobretudo porque aquele era o primeiro treinamento noturno. Entretanto, nas circunstâncias em que se encontravam, acima descritas, quando o Ten VAGNER teve que efetuar uma descida na aeronave objetivando simular o lançamento do foguete, e em seguida realizar uma curva para a esquerda, perdeu a referência e um pouco da lucidez do que estava acontecendo, conforme explica à fl. 401, ou seja, perdeu a orientação espacial. O Major VELOSO, por sua vez, expõe à fl. 397 que, "no momento da recuperação houve desorientação". E complementa: "Pelo que me falaram, alguém da tripulação gritou que estávamos caindo e que eu tentei evitar, atuando no **coletivo**." *(grifo meu).*

Tento explicar, em linguagem leiga, o que é o **coletivo**. O helicóptero é uma aeronave de asas rotativas. Tem um rotor principal, que atua num plano próximo ao horizontal, e um rotor de cauda, menor, que atua num plano próximo ao vertical.

Os comandos desses dois rotores permitem ao piloto controlar o vôo da aeronave, em direção, velocidade e altitude. Assim, para alterar a posição desses dois rotores, o piloto dispõe de três comandos:

a) comando coletivo, na mão esquerda;

b) comando cíclico, na mão direita;

c) comando do rotor de cauda, nos dois pés.

O comando coletivo consiste numa alavanca com dupla função. A primeira, aumenta o ângulo do passo das pás do rotor principal e, a segunda, injeta maior quantidade de combustível e aumenta a rotação do rotor.

Quando o piloto puxa para cima a alavanca do coletivo, automaticamente amplia a sustentação e o helicóptero tende a subir. Quando empurra a alavanca do coletivo para baixo, o processo é inverso. Reduz a sustentação e o helicóptero tende a descer.

Voltemos agora ao tópico final do pedido de arquivamento:

> *"À toda evidência ocorreu o fenômeno da desorientação espacial com o piloto e com o instrutor, conforme concluiu o Encarregado do IPM. E como estavam voando muito baixo, por exigência da missão ali desenvolvida, não houve tempo para que reagissem àquela situação adversa e evitassem a colisão com o solo.*
>
> *Desse modo, restou provado tratar-se de um acidente, ou melhor dizendo, de caso fortuito, ficando, por conseguinte afastada a punibilidade do piloto e do instrutor."*

Apreciando o pedido de arquivamento explícito, a Juíza-Auditora Substituta, Dra. Maria Placidina de Azevedo Barbosa Araújo, destacou as graves conseqüências pessoais e patrimoniais do acidente, e indicou três pontos em que a investigação teria deixado dúvidas a esclarecer:

> *"Com efeito, nesse particular, as investigações deixaram a desejar:*
>
> *1) não ficou suficientemente esclarecido se as condições de tempo foram avaliadas;*
>
> *2) a tripulação não estava suficientemente treinada, não tendo havido readaptação noturna;*

3) na hora do acidente, o vôo era instrumental, o que não é recomendável para o tipo de aeronave, segundo o item 4.2 do MMA 55-12 (fls. 241).

(...) Finalmente, importante investigar se o fenômeno da desorientação espacial pode decorrer de condições meteorológicas adversas.

Todos esses aspectos forçam-me a não concordar com o arquivamento, já que me parece devam ser aprofundadas as investigações para cabal apuração dos fatos".

Com a discordância da autoridade judicial em relação ao arquivamento do inquérito, foram os autos encaminhados à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, órgão responsável pela apreciação prévia à decisão da Procuradora-Geral da Justiça Militar.

Opinou o órgão, em face da gravidade das conseqüências dos fatos, pela rejeição do arquivamento prematuro do inquérito, mesmo tendo reconhecido que as provas colhidas não se prestavam ao oferecimento imediato de denúncia.

A Procuradora-Geral da Justiça Militar, acolhendo a manifestação da Câmara de Coordenação e Revisão, concluiu que *"remanescem nos autos dúvidas acerca de outras causas que possam ter concorrido para o resultado"*. No ato, designou o Dr. Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues, Promotor da Justiça Militar, para prosseguir nas investigações e acompanhar o inquérito e, ao final, requerer judicialmente o que entendesse de direito. Referida decisão foi tomada em 21 de setembro de 2004.

A denúncia foi então oferecida, e recebida pelo Dr. José Maurício Pinheiro de Oliveira, em 20 de setembro de 2005.

Nos presentes autos, o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, afirmou que as alegações do impetrante *"devem ser deduzidas na relação processual, onde pode ser feito o confronto das provas, dentro do contraditório, dando-se oportunidade ao MPM para refutar o que alega"*.

Essa, em suma, a cronologia judicial desde o acidente até o presente momento, quando é julgado pedido de *habeas corpus* com o fim de obter o trancamento da ação penal já deflagrada.

Ocorre que os autos do *habeas corpus* não informam quais os resultados das investigações complementares.

Contudo, o confronto dos pedidos constantes das duas peças do Ministério Público, a de arquivamento e a de denúncia, permite concluir que nada de novo foi produzido nos autos do inquérito, em um ano de investigações adicionais.

O que ocorreu é que o Promotor da Justiça Militar designado pela Procuradora-Geral **deu nova leitura aos mesmos fatos**, utilizando expressões de efeito moral como *"havia forte preocupação com as atividades noturnas"*, ou ainda, *"Maj VELOSO, demasiadamente preocupado com o lançamento de foguetes, tinha sua atenção voltada para o desligamento da chave-geral"*, buscando caracterizar a culpa dos denunciados, ora pacientes, com critérios simplesmente subjetivos.

A denúncia, entretanto, apesar de sua elaboração meticulosa, não logrou indicar as razões de convencimento da culpa tanto do piloto como de seu instrutor, no tocante aos três momentos distintos indicados na peça inicial já destacados.

Por exemplo. A denúncia afirma categoricamente que houve violação do dever objetivo de cuidado quando os pacientes decidiram realizar a instrução em condições meteorológicas adversas. Porém, não esclarece de onde retirou a informação de que a decisão teria sido exclusivamente dos dois denunciados. E não é plausível presumir-se que a decisão de cumprir a missão coubesse exclusivamente aos pacientes.

A própria denúncia informa que a tripulação era composta de um major de infantaria, como oficial convidado, um tenente, oficial especialista em aeronave, dois sargentos e um suboficial.

Está claro que a decisão de decolagem coube ao Major VELOSO, que comandava a aeronave. Contudo, é sabido que tal decisão decorreu de análise conjunta de toda a tripulação das condições de tempo, da aeronave, do piloto e outros fatores, de forma que não houve objeção de ninguém à realização da missão de exercício naquela noite.

A afirmação de que a desorientação espacial do piloto decorreu da má escolha do Major VELOSO é, a meu ver, mera hipótese desprovida de elementos seguros de convicção.

A missão desempenhada visava ao adestramento de militares para operações de combate real, tanto que havia expressa previsão de realização de tiros de foguetes. O militar deve ser treinado para operar nas condições mais adversas, que são inclusive esperadas numa situação de con-

flito armado, quando não será possível esperar noite de lua cheia para a concretização de uma missão.

Destaque-se que a impetração funda-se basicamente no Relatório Final do Acidente, tecendo críticas à atuação do Ministério Público Militar, que teria fundado sua denúncia nessa peça exclusiva. Ocorre que, se referida peça tem fim meramente de orientação do comando, contendo recomendações de segurança para evitar futuros acidentes, por óbvio não serviria para fundar a denúncia, nem tampouco seu trancamento. A peça, ademais, não instrui o presente feito, de forma que a ela não será feita mais nenhuma referência neste voto.

A denúncia adota como paradigma a noite anterior à do acidente, quando houve cancelamento da missão por conta do mau tempo. Ocorre que, para a validade desse argumento, a inicial deveria ter demonstrado que as condições meteorológicas da noite da véspera seriam, no mínimo, idênticas às verificadas na noite do acidente. A presunção, no direito penal, não pode operar contra o acusado.

Por outro lado, a afirmação de que a desorientação espacial decorreu da realização da missão em condições meteorológicas adversas carece de demonstração mais aprofundada. Isso porque era possível ocorrer a desorientação espacial, mas não exatamente previsível. Caberia a demonstração de que toda e qualquer decolagem, naquela noite, acarretaria desorientação espacial do piloto. Não foi o que ocorreu.

Tanto assim, que há notícia nos autos de que logo após o acidente outro helicóptero decolou para prestar socorro à aeronave sinistrada. Aí sim, pode-se dizer que as condições de tempo eram idênticas. Como esse outro helicóptero não se acidentou, fácil fica concluir que inexistia previsibilidade de acidente. Possibilidade, sim. Probabilidade, não.

Aliás, também consoante está nos autos, havia ainda outro helicóptero voando na ala da aeronave sinistrada e também não se acidentou. Portanto, três helicópteros voaram naquela noite e só um acidentou-se, circunstância que afasta tanto a previsibilidade quanto a probabilidade, restando, assim, apenas a possibilidade.

A ausência de demonstração dessa relação causal entre o mau tempo e a desorientação espacial torna vazia a denúncia.

A conclusão do inquérito policial militar teve a preocupação de analisar o fenômeno, trazendo definição técnica do Manual do Centro de Instrução Especializada da Aeronáutica, que aqui se transcreve:

"Perda total da posição referencial do seu corpo em um ambiente, lugar ou espaço. Estado de confusão mental sobre a sua própria posição, localização ou movimento. O piloto ou tripulante não sabe reconhecer corretamente sua posição, atitude e o movimento em relação ao centro de gravidade da Terra. Quando isso ocorre o piloto é incapaz de ver, acreditar, interpretar, processar ou confiar nas informações providas pelos instrumentos de bordo, se ele nunca ouviu falar sobre o funcionamento do seu sistema de equilíbrio. Ele crê no seu "instinto", que neste momento é falho".

É possível que o mau tempo tenha contribuído para o estado de desorientação espacial do piloto, mas isso não passa de suposição, já que outros fatores podem ter ocasionado o fenômeno.

Aliás, a própria natureza fenomenológica da desorientação espacial, antigamente chamada de *vertigem*, aponta sua ocorrência não como conseqüência de uma relação causal, com nexo etiológico, mas como infortúnio, algo inesperado e não previsível, até mesmo inevitável, circunstâncias que remetem ao próprio conceito jurídico do caso fortuito.

Por essa razão, torna-se desprovida de elemento fático de convicção a afirmação da denúncia de que o paciente, Tenente VAGNER, tinha consciência de sua desorientação espacial e omitiu-a dos demais tripulantes. Pela definição do fenômeno, antes transcrita, depreende-se que aquele que sofre de desorientação espacial crê no seu instinto, ou seja, sequer tem plena consciência de que se encontra acometido da perturbação mental.

O terceiro fato indicado como violador do dever de cuidado, segundo a denúncia, consiste na falta de atenção do Major VELOSO, preocupado com o preparo das armas, razão pela qual descurou da função de segundo piloto, responsável pela assunção do comando na hipótese de desorientação espacial do piloto.

A afirmação contradiz a conclusão do inquérito policial militar. Segundo seu encarregado, *"o instrutor assumiu os comandos da aeronave tentando corrigir a situação. Uma vez que a aeronave já se encontrava muito baixa, não foi possível evitar a colisão com o solo."*

Ora, se o instrutor efetivamente assumiu o comando da aeronave para corrigir a situação, não logrando êxito por força da baixa altitude da aeronave e da insuficiência de espaço para vencer a força da inércia, não se pode imputar descuido de sua parte, sem demonstração de elementos de prova indicativa da violação do dever de cuidado.

Uma coisa é tentar corrigir, sem êxito, o descontrole da aeronave, outra é não estar atento às atitudes do piloto. A primeira, remete ao infortúnio; a segunda, remete à culpa penal.

Conforme a denúncia, a perda de altura iniciou-se aos 250 pés e foi constatada pelo 1S JAIRO EDSON DA SILVA BRAGA quando a aeronave se encontrava a 150 pés. Ou seja, foram necessários 100 pés de queda para que fosse percebida, momento em que atuou o Major VELOSO. Cem (100) pés significam cerca de 30 metros.

E aqui é possível fazer um cálculo simples. Se o helicóptero estivesse em queda livre, ou seja, desconsiderando-se a aceleração do motor, percorreria os 100 pés em apenas 3 segundos, aproximadamente. Trinta (30) metros em três (3) segundos, são dez (10) metros por segundo.

Se o Major VELOSO levou três (3) segundos para agir, não se pode afirmar que estivesse desatento. Ao contrário, sua reação foi quase imediata, de onde se conclui que era impossível o restabelecimento do nível de vôo do helicóptero, o que tornou a queda inevitável. Acrescente-se que o tempo médio de reação de um piloto, que esteja no comando de uma aeronave, como se sabe, é de dois segundos e meio (2,5). E o Major Veloso não estava no comando do helicóptero. Sua reação, portanto, foi muito rápida, quase instantânea.

A inevitabilidade afasta a culpa penal, já que mesmo a ação diligente não afastaria o resultado danoso.

O crime culposo, aliás, é dos temas mais intrincados do direito penal. Define-o o Código Penal Militar no artigo 33:

Art. 33. Diz-se o crime:

> *II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.*

No caso em apreço, a violação do dever objetivo de cuidado tem que ser analisada à luz do desenvolvimento de uma atividade de alto risco, consistente na condução de helicóptero. Juarez Cirino dos Santos (A Moderna Teoria do Fato Punível. 3ª edição. Fórum Ciência: Curitiba, 2004, p. 104), analisando o delito de imprudência, afirma:

"As sociedades contemporâneas não podem sobreviver sem a realização permanente de ações normalmente perigosas, como o funcionamento de máquinas pesadas na indústria, a utilização de meios de transporte rápidos, as pistas autorizadas de alta velocidade, o uso de medicamentos tóxicos na medicina, a difusão dos defensivos agrícolas, a crescente utilização da energia nuclear etc., cujo funcionamento, produção ou emprego deve observar o necessário cuidado, controle ou vigilância para excluir ou minimizar os perigos correlacionados. Contudo, algumas ações extremamente perigosas são autorizadas, ainda que fora dos limites normais do risco permitido, tendo em vista sua significação social, como a prioridade de trânsito e livre circulação de ambulâncias, veículos de bombeiros ou carros da polícia no tráfego urbano, por exemplo, cuja necessidade e utilidade social são indiscutíveis. A permissibilidade de ações perigosas depende do significado da correlação risco/utilidade: se o risco tem utilidade social, então o maior risco pode ser permitido; se o risco tem utilidade meramente individual, então o menor risco é proibido. Nesse sentido, é interessante o critério que classifica as ações perigosas em ações de luxo ou supérfluas, cuja realização pode configurar risco não permitido, e ações socialmente úteis ou necessárias, normalmente abrangidas pelo risco permitido".

O desenvolvimento de atividade de grande risco somente pode ser confiado a quem reúna conhecimento e treinamento específicos àquele fim, e é nesse limite que se reduz ao mínimo a probabilidade de dano. A violação do dever de cuidado ocorrerá numa margem muito reduzida, já que se amplia a relatividade do risco. Na doutrina do delito culposo, o dever de cuidado desempenha papel central:

"Trata-se de um componente normativo do tipo objetivo culposo que é, hoje, amplamente reconhecido como prioritário e decisivo por quase toda a doutrina.

Fica claro que o dever de cuidado deve ser violado por uma conduta, porque é inadmissível que haja processos causais que violem deveres de cuidado.

Freqüentemente os deveres de cuidado são estabelecidos na lei, como ocorre nas atividades regulamentadas, tais como a condução de veículos automotores. Nestes casos, a violação dos preceitos regulamentares será um indício de violação do dever de cuidado, mas será preciso ter sempre presente que uma in-

fração administrativa não é um delito, dado que nem sempre a infração do regulamento é uma violação do dever de cuidado." (Eugenio Raúl Zaffaroni. José Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 511).

Cabe destacar aqui que a denúncia não fez menção à infração, pelos denunciados, de qualquer norma, seja legal ou administrativa, quando deliberou-se realizar a missão em noite encoberta. Há apenas uma referência, na primeira parte da denúncia, à realização de uma reunião ocorrida em agosto de 2002 (três meses antes do acidente), quando um instrutor teria frisado sua preocupação com a possibilidade de desorientação espacial, no período noturno. Resta, assim, a inocorrência de infração de qualquer norma regulamentar, suprimindo até mesmo indício de infração de dever de cuidado.

Parece claro que a operação de treinamento de condução de helicóptero em missão militar noturna configura atividade extremamente perigosa, confiada a pessoas devidamente adestradas, sendo admissível considerá-la de grande utilidade social, enquadrada na destinação constitucional das Forças Armadas, e portanto abrangida pelo risco permitido.

Em outras palavras, aos militares é facultado atuar nas extremidades limítrofes do risco permitido, quando desenvolvem ações típicas da finalidade das Forças Armadas.

Ou seja, o militar, quando atua no comando de um veículo de combate, no emprego de um artefato bélico, tem uma margem de indenidade jurídica maior do que a de um cidadão comum, em zona que permitiria a imputação em situações ordinárias.

Sendo permitido o risco de condução de helicópteros em condições marginais, em face da inquestionável utilidade social da ação, não é possível imputar aos militares a culpa pelo resultado lesivo, quando não há conduta que represente violação do dever de cuidado, mas sim o exercício da atividade excepcional de alto risco. Atividade permitida e necessária.

O ato de voar contraria o senso comum. Faz apenas noventa e nove anos que o homem voa. Impregnadas no seu código genético, durante milênios, suas reações e seu comportamento foram condicionados pelo fato de ser um ser terrestre. O homem não foi feito para voar. Para a imensa maioria dos seres humanos, pessoas que jamais voaram, o simples ato de tirar os pés da terra firme e desafiar a gravidade já constituiria irremediável falta de cuidado objetivo. Tudo o que sai do chão a ele volta. No entanto, milhões de pessoas voam hoje de um ponto a outro e, em

oitenta horas, e não em oitenta dias, como está em Julio Verne, é possível dar uma completa volta ao mundo. O vôo, a despeito de todos os riscos inerentes, em termos estatísticos, qualquer que seja o ângulo de comparação, é uma das mais seguras formas de locomoção humana.

Voar, porém, não é fácil, ninguém se iluda. Wolfgang Langewiesche, mestre dos mestres da arte de voar, diz que voar representa exatamente o contrário do senso comum, uma afronta ao bom senso, tanto assim que, no vôo, *"...é seguro estar alto, perigoso estar baixo; é seguro ir depressa, perigoso ir devagar"*.

E acrescenta:

> *"O piloto precisa aprender a não ceder ao seu instinto de auto-preservação, mas a substituí-lo por outras reações, às vezes opostas, produto de árduo e cuidadoso treinamento".*[8]

A Constituição da República diz, em seu art. 142, que as Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica. Ora, o núcleo teleológico da Aeronáutica, a sua finalidade constitucional de defesa da Pátria, se exerce, como é obvio numa Força Aérea, com o uso de meios aéreos - aeronaves, aviões e helicópteros, cujo emprego para fins de natureza militar oferece, como também é evidente, uma taxa de risco maior do que em atividades civis correlatas.

O limite de cuidado objetivo que pode ser ultrapassado por um piloto civil, certamente, é bem mais reduzido do que aquele que pode e deve ser exigido de outro piloto, militar, que não apenas deve saber pilotar um helicóptero, mas também operá-lo como máquina de guerra, à noite, com baixa visibilidade, disparando tiros e foguetes no meio da selva amazônica. Hoje, num exercício de treinamento; amanhã, quem sabe, em defesa da Pátria.

No ano de 1956, antes de eleger-se Presidente dos Estados Unidos da América, John F. Kennedy escreveu *Profiles in Courage*[9], livro com o qual ganhou o Prêmio Pulitzer de literatura, e disse:

> *..."a coragem moral é aliada aos demais traços que compõem o caráter: a honestidade, a profunda seriedade, um firme sentido de princípios, sinceridade e resolução".*

---

[8] *WOLFGANG LANGEWIESCHE. "Stick and Rudder. An Explanation of the Art of Flying". The McGraw-Hill Book Company – N. York: 1944.*

[9] *JOHN F. KENNEDY. Profiles in Courage. Difusão Panamericana do Livro. Belo Horizonte: 1962.*

No entanto, o Estatuto dos Militares, que é Lei Federal (6.880/80), não utiliza a palavra coragem. Impõe como deveres a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da vida. Como ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer, senão aquilo que está na lei (Art. 5º, II da Constituição Federal), seria uma conclusão absolutamente precipitada imaginar que não se exige coragem dos militares. Porque é precisamente isso que a Pátria deles espera.

O militar recebe a ordem e cumpre a missão. Só pode se recusar a cumpri-la se for manifestamente ilegal. A coragem, assim, embora não conste da lei, é atributo indispensável à condição do oficial de carreira, voluntário, que recebeu sua patente mediante juramento solene que pode implicar, em tempo de paz ou de guerra, o sacrifício da vida.

O Estatuto dos Militares tem um capítulo específico destinado ao **valor militar,** que outra coisa não é senão um conjunto axiológico cuja virtude maior é a coragem. O oposto da coragem é a covardia. A lei não fala em coragem, mas trata da covardia, tipificada como crime no Código Penal Militar, em tempo de guerra (art. 363). A covardia é o anátema do militar e implica desonra. A coragem é requisito.

"O homem que é forte não teme da morte só teme fugir"[3]

A mais reputada e invejada condecoração militar por atos de bravura perante o inimigo é a ***Victoria Cross***, em cujo barrete está a inscrição: *For Valour*.

Assim como o **valor** é condição *sine qua non* para o exercício da atividade militar, em todas as três Forças, a simples e corriqueira atividade do vôo, ao longo dos últimos cem anos, também já exigiu muita coragem. Na história da aviação, não importa onde tenha se escondido o perigo, sempre surgiu alguém disposto a desafiá-lo. Foi só assim, correndo riscos, que o ser humano avançou com Santos-Dumont, Jimmy Doolittle, Yuri Gagarin, Neil Armstrong, e tantos outros, anônimos.

As lições que são tiradas dos sinistros aeronáuticos e das catástrofes contribuem para a prevenção de outros acidentes. O ser humano aprende mais nas derrotas do que nas vitórias, como dizia Winston Churchill. Assim, os relatórios de investigação de acidentes aeronáuticos não têm a razão específica de fazer prova judicial, seja para efeitos penais ou civis. A finalidade precípua é de natureza preventiva, no sentido de proteger a vida, que é o bem maior tutelado na legislação dos países civilizados. Somente assim po-

3 GONÇALVES DIAS. Canção do Tamoio

der-se-á assegurar que aqueles militares, quase sempre jovens, que morrem tragicamente em acidentes aeronáuticos, não perderam suas vidas em vão.

Como asseverou a Procuradora da Justiça Militar, tudo não passou de um *"lamentável evento que redundou na morte do mecânico da aeronave, SO BMA ALEXANDRE DE FIGUEIREDO DA CUNHA, e na ocorrência de lesões corporais em militares do Sétimo Esquadrão do Oitavo Grupo de Aviação (7°/8° Gav), 1° Ten Av. JURANDY NUNES BRITO, 1S BMA LUCIANO JORGE MOREIRA e 1S BMB JAIRO ANTÔNIO DA SILVA GARCIA, bem como no Chefe da Seção de Operações do Esquadrão e Instrutor da aeronave, Major TARCÍSIO DE AQUINO VELOSO e no piloto, 1° Ten. Av. VAGNER DA SILVA PAULINO, além da perda total da aeronave."*

Aliás, foi nesse sentido que esta Corte decidiu em precedentes semelhantes ao que se julga neste *writ*. Destaco um, cuja ementa é a que segue:

> ***HABEAS CORPUS**. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ACIDENTE AERONÁUTICO. AERONAVE MILITAR. DANO MATERIAL. LESÃO CORPORAL. ERRO PROFISSIONAL. IMPERÍCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. TUTELA JURISDICIONAL.*
>
> *A jurisprudência torrencial de nossos Tribunais inclina-se pelo cabimento de **habeas corpus** como o instrumento adequado para atacar denúncias manifestamente inéptas.*
>
> *Acidente aeronáutico do qual resultou a perda total de aeronave militar, um helicóptero do tipo AH-11[A], Super Lynx e lesões corporais em seus ocupantes.*
>
> *Não há que se confundir **erro profissional** com **imperícia**. Enquanto esta decorre do desconhecimento de regras técnicas, aquele (erro profissional) é inerente à própria falibilidade humana e, por isso mesmo, via de regra, escusável, em razão da imprevisibilidade de sua ocorrência.*
>
> *Do militar aviador exige-se mais do que o preparo técnico para o combate, comum a todos da carreira das armas. Exige-se preparo psicológico, equilíbrio emocional em ambiente adequado, de modo que, ao assumir o comando de uma aeronave, nada possa retirar-lhe a concentração para operar este complicado aparelho.*
>
> *A atipicidade da conduta induz à falta de justa causa para proposição de ação penal.*

Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

Decisão unânime. (HC n.° 33.545-5, j. 20.6.2000, rel. Ministro Ten. Brig.-do-Ar JOÃO FELIPPE S. DE LACERDA JÚNIOR).

Não se desconhece, por outro lado, a posição quase unânime deste e de outros tribunais, quanto ao descabimento de exame aprofundado de provas em sede de *habeas corpus*. Destaco, nesse sentido, dois precedentes do Superior Tribunal Militar, a título de ilustração:

1) HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REPULSA A AGRESSÃO. EXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

O preceito contido no art. 47, II, do CPM deve ser analisado com especial cautela ante a possibilidade de conflitar com os princípios de hierarquia e disciplina, em que se assenta a base de organização das Forças Armadas.

A repulsa à agressão a que se refere o dispositivo legal em comento guarda similitude com o princípio da ampla defesa, nos termos do art. 44 da Lei Substantiva Castrense.

Em ambos os casos, a moderação dos meios empregados para repelir a agressão injusta insere-se no contexto da razoabilidade, tendo por propósito fazer cessar a ação agressiva.

A questão envolve exame aprofundado de matéria de prova, incabível na via estreita do remédio heróico.

Ordem denegada. Decisão unânime. (HC n.° 2005.01.034000-9 RJ, j. 15.3.2005, relator Ministro Ten. Brig.-do-Ar HENRIQUE MARINI E SOUZA)

2) ROUBO DE FUZIL. ÁREA MILITAR. EXCLUSÃO DE ACUSADOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE.

Embora aparenta acidental, à primeira vista, a inclusão dos nomes dos Pacientes na relação processual, a matéria exige exame aprofundado de provas, o que não se admite em sede de Habeas Corpus.

Se a denúncia foi recebida, presume-se a satisfação dos requisitos processuais para a instauração da ação penal.

Não se admite a supressão da competência do Conselho Permanente de Justiça por esta Corte, sob pena de violação do princípio do juiz natural. Ordem denegada.

Decisão unânime. (HC n.º 2004.01.033903-5 CE, j. 9.6.2004, relator Ministro Ten. Brig.-do-Ar MARCUS HERNDL).

A análise do procedimento especial dos artigos 466 e seguintes, do Código de Processo Penal Militar, permite concluir que o legislador procurou imprimir ao *habeas corpus* uma tramitação rápida, por certo para assegurar o direito de locomoção tutelado pelo remédio de natureza constitucional.

Ocorre que o direito de locomoção tem assento constitucional, não sendo admissível seu cerceamento por atos ilegais ou praticados com abuso de poder. Não é descabido afirmar, assim, que haverá momentos em que será imprescindível o exame aprofundado de provas, ou até mesmo sua produção em juízo, para a apreciação da ilegalidade ou abuso de poder que estejam cerceando o direito de ir e vir do cidadão.

A mera afirmação de que o procedimento sumário do remédio constitucional não comporta aquele exame de provas tornaria inócuo o próprio direito constitucional de fundo tutelado pelo *writ*. Em resumo, o *habeas corpus*, via de regra, prescinde do exame de provas. A chamada "via estreita do remédio heróico" tem a amplitude limitada àquilo que chega ao conhecimento do julgador e basta para conceder, ou não, a ordem.

Assim, considerando que a denúncia deixou de indicar as razões de convicção (art. 77, alínea "f", do Código de Processo Penal Militar) da formação da opinião acerca da culpa dos agentes, no tocante ao não abortamento da missão, da desorientação espacial do piloto, da alegada desatenção do instrutor, e mesmo da falta de correlação fática das alegações com os elementos de prova colhidos no inquérito, é que entendo que a ação penal deva ser trancada por falta de justa causa.

Quanto à invocação do estatuído no artigo 129, I, da Constituição Federal, pelo *parquet* na segunda instância, fica óbvio que o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, não representa mínima restrição à função institucional do órgão do Ministério Público, aliás já exercitada no momento da denúncia.

RECURSO CRIMINAL (FO) Nº 2004.01.007226-3-MG

Recurso Criminal. Anulação de depoimentos de testemunhas. Colisão de defesas caracterizada. A colisão de defesas é causa de nulidade absoluta, devendo ser reconhecida a qualquer tempo. Recurso do MPM improvido. Decisão unânime.

Relator — Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues.

Recorrente — O Ministério Público Militar.

Recorrida — A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 4ª CJM, de 20/10/2004, que anulou os depoimentos prestados por duas testemunhas numerárias, nos autos do Processo nº 26/01-6.

Advogado — Dr. Renato Brasileiro de Lima, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso, mantendo íntegra a Decisão atacada. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Marcus Herndl, Expedito Hermes Rego Miranda, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos e Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Ausente, justificadamente, o Ministro José Julio Pedrosa. O Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 8ª Sessão, 1º.03.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, em negar provimento ao Recurso, mantendo íntegra a decisão atacada.

Brasília-DF, 1º de março de 2005 — Dr. *Carlos Alberto Marques Soares*, Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Gen Ex *Antonio Apparicio Ignacio Domingues*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Criminal interposto pelo representante do Ministério Público Militar contra decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 4ª CJM, de 20/10/04, que anulou os depoimentos prestados por duas testemunhas numerárias nos autos do Processo nº 26/01-6.

Em 30/11/01, o representante do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 4ª CJM ofereceu denúncia (fls. 03/06) contra Rosenvaldo Pereira da Silva, Pedro Aniceto Neto, Edson Aparecido Figueiredo, Cícero Cleverson da Silva, todos incursos no art. 254 do CPM, e Edilson das Graças Figueiredo, incurso no art. 345 do CPM.

Em assentada de 13/08/02 (fls. 07/09), foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo MPM, Cap Sérgio Antunes Brasil e 2º Sgt José Danilo Bravin Figueiredo, estando ausente o Dr. João Cláudio Barbosa de Souza, defensor constituído de Pedro Aniceto Neto. Face à ausência citada, o Defensor Público, Dr. José Antônio Romeiro, foi nomeado representante do mencionado réu no ato de oitiva das testemunhas, consoante ata de fl. 10.

Em 16/08/04 (ata de fls. 11/12), quando o processo em exame estava em pauta para julgamento, o Defensor Público Dr. Renato Brasileiro de Lima, argüiu preliminar de nulidade do ato de oitiva das testemunhas Sérgio Antunes Brasil e José Danilo Bravin Figueiredo, posto que no referido ato o réu Pedro Aniceto Neto teria sido assistido pelo Dr. José Antônio Romeiro, que já defendia os réus Edson Aparecido Figueiredo e Edilson das Graças Figueiredo, o que não poderia ter ocorrido, visto que colidentes as defesas, o que caracterizaria violação ao princípio da ampla defesa, terminando por pugnar pela reinquirição das testemunhas. Tendo o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade, decidido pela nulidade dos referidos depoimentos, que deveriam ser refeitos em Juízo, procedendo-se a ratificação dos demais atos. Determinou ainda que a inquirição das testemunhas e o julgamento fossem realizados na mesma Sessão.

Em questão de ordem, o representante do MPM desistiu da oitiva das testemunhas citadas, tendo o representante da DPU sustentado que, caso as testemunhas não fossem reinquiridas as Alegações Escritas teriam que ser anuladas. O Conselho Permanente de Justiça, por maioria de votos, concordou com a desistência do MPM em inquirir as testemunhas, decidindo manter as Alegações Escritas.

Em seguida, o representante da DPU interpôs Correição Parcial, objetivando a anulação das Alegações Escritas do MPM e pugnando pela

abertura de nova vista para a Defesa se manifestar sobre a prova testemunhal. A Juíza-Auditora Substituta recebeu a Correição Parcial e determinou vista à Defesa para apresentação de Razões. O representante do MPM interpôs Correição Parcial da decisão que recebeu a Correição Parcial da Defesa, sendo a correição também recebida pela Juíza-Auditora Substituta.

Instruindo o recurso, constam as Alegações Escritas do MPM (fls. 13/29), de Pedro Aniceto Neto (fls. 30/32), de Rosenvaldo Pereira da Silva (fls. 33/42), de Cícero Cleverson da Silva e de Edilson das Graças Figueiredo (fls. 43/51), e de Edson Aparecido Figueiredo (fls. 52/54).

Às fls. 57/68, foram acostadas as Razões de Correição Parcial do representante da DPU.

Contra-Razões do MPM às fls. 69/76.

Razões de Correição Parcial do MPM juntadas às fls. 77/80.

Em 07/12/04, este Tribunal, apreciando a Correição Parcial nº 2004.01.001882-7 – Rel Min Henrique Marini e Souza, por unanimidade, preliminarmente, não conheceu das correições parciais, por falta de requisitos de admissibilidade, consoante certidão de fl. 106.

Às fls. 81/82, decisão do Conselho Permanente de Justiça anulando os depoimentos do Cap Sérgio Antunes Brasil e 2º Sgt José Danilo Bravin Figueiredo, estranhamente datada de 20/10/04.

Intimação do MPM em 27/10/04 e dos Defensores Públicos da União em 26/10/04 (fl. 82).

Em 28/10/04, o representante do MPM interpôs tempestivo Recurso em Sentido Estrito (fl. 02) contra a decisão de anulação dos depoimentos, com fundamento no art. 516, alínea *n*, c/c o art. 518, tudo do CPPM.

Razões do Recurso acostadas às fls. 84/91, onde o representante do MPM pugna pela restauração da integral prestabilidade dos depoimentos anulados.

Contra-Razões recursais juntadas às fls. 93/101, com a Defesa postulando que seja negado provimento ao recurso, com a conseqüente manutenção da decisão atacada.

Em parecer de fls. 110/112, o douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opinou pelo provimento do recurso.

A Defensoria Pública da União foi intimada da colocação do presente feito em mesa para julgamento.

Relatados, decide-se.

VOTO

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, merecendo, portanto, ser conhecido.

Quanto ao mérito, no entanto, não merece prosperar.

A colidência de defesas é causa de nulidade absoluta. O recorrente, entretanto, assevera que nenhum prejuízo restou comprovado.

Ora, em que pese o esforço demonstrado pelo ilustre representante do MPM, tal tese não merece acolhida.

O réu Pedro Aniceto Neto, que foi assistido pelo Dr. José Antônio Romeiro, advogado também de Edson Aparecido Figueiredo e Edilson das Graças Figueiredo, quando da oitiva das testemunhas Cap Sérgio Antunes Brasil e Sgt José Danilo Bravin Figueiredo (Ata de fl. 10), afirma em suas Alegações Escritas de fls. 30/32 não ter praticado o delito de receptação.

Já Edilson das Graças Figueiredo, em trecho de interrogatório constante das Alegações Escritas de fls. 43/51, assevera que:

> *"(...) o Neto, Pedro Aniceto, vendeu uma arma para o interrogando como se fosse uma '380mm', e na verdade era um '765mm', lixada; quando foi ouvido no IPM, disse ao Ten Brasil que não precisava ir à residência do interrogando para ver tal arma; foi isso que disse no inquérito, não se acusou para inocentar seu irmão (...)"* (fl. 47).

E o réu Edson Aparecido Figueiredo, em Alegações Escritas de fls. 52/54, é taxativo ao dizer que:

> *"(...) a pessoa do também denunciado PEDRO ANICETO, ao ser interrogado em Juízo, declinou claramente, que vendeu a arma para a pessoa do denunciado EDILSON DAS GRAÇAS FIGUEIREDO, e, não EDSON FIGUEIREDO; tal confusão deve ter surgido, em função dos denunciados em questão serem irmãos e muito semelhantes fisicamente (...)"* (fl. 53).

Assim, resta manifesta a ocorrência do prejuízo, visto que os co-réus apresentam versões absolutamente divergentes para os fatos tidos como criminosos. Reforça este entendimento o seguinte aresto do Excelso Pretório:

"Se um dos réus reconhece o cometimento do furto e afirma ter vendido os bens subtraídos a outro réu, mas este nega a receptação, o advogado daquele não poderia ser o mesmo do segundo, pois a defesa deste último entra em conflito com o declarado pelo outro em ponto substancial. Processo que se anula em relação ao segundo réu, sem que se estenda a concessão do writ *ao primeiro, pois a defesa deste não nega o crime por ele cometido, aliás formalmente admitido, em confissão"* (RT 661/362 – in Mirabete, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal *Interpretado, 9. ed. Atlas, 2002. p. 1386).*

O recorrente aduz ainda que as partes não podem argüir nulidade para a qual tenham concorrido ou mesmo dado causa.

É de meridiana clareza que tal postulado não se aplica ao feito aqui examinado. Em abono a esta afirmativa, cabe citar trecho do parecer do douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, *in verbis:*

"(...) A colisão de defesas é causa de nulidade absoluta, ainda que a nomeação tenha sido aceita pela DPU quando sabia da colidência de defesa (...)" (fl. 111).

Cabe ainda afastar a alegação do recorrente de que a nulidade não teria sido argüida no momento oportuno, qual seja o das Alegações Escritas. Trata-se, com a devida vênia, de nulidade absoluta que pode ser argüida a qualquer tempo. O julgamento a seguir transcrito corrobora este entendimento:

"Tratando-se de nulidade absoluta, é de ser a mesma reconhecida a qualquer tempo, mesmo em sede revisional, e ainda que não cogitada pela parte" (TACRIM – SP – Rel Onei Raphael – JUTACRIM – SP 32/59).

Por fim, cumpre salientar que na mesma sessão de 16/08/04 (Ata de fls. 11/12), em que foram anulados os depoimentos já citados, que deveriam ser refeitos em Juízo, ficando ratificados os demais atos, o membro do Ministério Público Militar presente, Dr. Ataliba Chaves de Souza Neto, desistiu da oitiva das testemunhas em questão, tendo o CPJ, por maioria de votos, concordado com a desistência, e tal decisão não foi atacada pelo presente recurso. Assim, o recurso aqui examinado tão-somente retardou o andamento do feito, com sério risco de ser alcançado pela prescrição o delito de auto-acusação falsa, imputado a Edilson das Graças Figueiredo, quando o julgamento já poderia ter se realizado se o mesmo não tivesse sido interposto.

RECURSO CRIMINAL Nº 2005.01.007270-0-RS

Furto qualificado e receptação. *Recurso em sentido estrito interposto pela Defesa contra Decisão que indefere exceção de litispendência. Preliminar do Ministério Público Militar de não conhecimento. Ausência de previsão legal. Recurso de Ofício. Exceção de Coisa Julgada. Procedência da preliminar, porquanto a legislação processual penal militar não contempla recurso específico da decisão que julga improcedente a exceção de litispendência. Inteligência dos arts 516, alínea "f", e 152, ambos do CPPM. Doutrina e jurisprudência assentes. Reconhecimento pelo Conselho da coisa julgada, em face da suspensão condicional do processo. Colhe-se da doutrina que a suspensão do processo não faz coisa julgada, devendo esta ser precedida de decisão que extinga a punibilidade. Preliminarmente, não conhecido o recurso defensivo e, no mérito, deferido o recurso de ofício, determinando-se a baixa dos autos à Auditoria de origem para o prosseguimento do feito na Justiça Militar da União. Decisão Unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Valdesio Guilherme de Figueiredo.

Recorrente — O Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de Ofício, e LELIANE DA SILVA BRUM, Civil.

Recorrida — As Decisões do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, ambas de 19/04/2005, que, respectivamente, reconheceu a ocorrência da exceção da coisa julgada, no tocante aos Civis EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, e deixou de reconhecer a exceção de litispendência, em relação à Recorrente, nos autos do Processo nº 21/04-6.

Advogados — Drs. Nerauthon Neves do Nascimento, Mauro Machado da Silva e Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, acolheu a preliminar suscitada pelo Ministério Público Militar, não conhecendo do recurso interposto pela Civil LELIANE DA SILVA BRUM. **No mérito**, o Tribunal, **por unanimidade**,

deferiu o Recurso de Ofício, para desconstituir a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército que reconheceu a exceção de coisa julgada em relação aos Civis EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, determinando a baixa dos autos para prosseguimento do feito na Justiça Militar da União.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria Ester Henriques Tavares. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Marcus Herndl encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 41ª Sessão, 1º.07.2005).

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em acolher a preliminar suscitada pelo Ministério Público Militar, não conhecendo o recurso interposto pela civil LELIANE DA SILVA BRUM. No mérito, **por unanimidade**, deferir o Recurso de Ofício, para desconstituir a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército que reconheceu a exceção de coisa julgada em relação aos civis EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, determinando a baixa dos autos para prosseguimento do feito na Justiça Militar da União.

Brasília, 1º de julho de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Valdesio Guilherme de Figueiredo*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Consta dos autos que ARLINDO RODZINSKI, JOSÉ FERNANDO RODZINSKI, a recorrente LELIANE DA SILVA BRUM, EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, todos civis, estão sendo processados na 1ª Auditoria da 3ª CJM, os três primeiros como incursos no art 240, §§ 4º e 6º, inciso IV, c/c o art 53, e os dois últimos como incursos no art 254, c/c o art 53, tudo do CPM, porque os três primeiros, previamente concer-

tados, resolveram matar o Cb LUIZ CARLOS DE SOUZA BRUM, esposo da Recorrente, para conseguir, depois, a repartição do benefício de seguro. Tal conduta restou apenas tentada, porém, em meio à execução do crime contra a vida, também, resolveram subtrair armas militares que se encontravam no interior da residência da vítima e que foram adquiridas pelos dois últimos, para proveito próprio.

Após a audiência de qualificação e interrogatório, os acusados EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, representados pela Defensoria Pública da União, apresentaram EXCEÇÃO DE COISA JULGADA (fls 381/386), alegando que eles já haviam sido denunciados, pelos mesmos fatos, junto à Justiça Comum Estadual, bem como efetuado proposta de suspensão condicional do processo, a qual foi aceita e encontra-se em vigor. Requereram o trancamento e arquivamento do feito relativamente aos mesmos.

Por sua vez, ARLINDO RODZINSKI, JOSÉ FERNANDO RODZINSKI e LELIANE DA SILVA BRUM, por meio de advogado constituído, argüíram EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA (fls 400/401), alegando que foram, também, denunciados na Justiça Comum, como incursos nos arts 121, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o art 14, inciso II, na forma do art 29, ***caput***, e art 155, § 4º, inciso IV, na forma do art 69, todos do Código Penal Brasileiro. Sustentaram que estão sendo processados duplamente pelo mesmo fato, qual seja, furto de arma, ensejando ilegalidade. Requereram a extinção do feito, haja vista a existência de Juízo prevento.

Em moção de fls 433/437, o Ministério Público Militar, com suporte em jurisprudência desta Corte, manifestou-se pelo indeferimento da exceção de coisa julgada. De igual modo, opinou pela rejeição da exceção de litispendência, argumentando que para tal ocorrência deveriam ser idênticas as partes, o objeto e o pedido, o que não ocorre, pois a vítima do delito patrimonial, em um caso, foi um civil, e noutro, o patrimônio público sob Administração Militar.

Em 19/04/05, decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por maioria, julgar procedente a exceção de coisa julgada, sob o fundamento de que os réus EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA já haviam sido beneficiados com a suspensão condicional do processo na Justiça Comum. Em conseqüência, recorreu de ofício a este STM, com base no art 154 do CPPM (fl 459).

Na mesma data, o referido Conselho, por maioria, julgou improcedente a exceção de litispendência pela Defesa, *"visto não estarem presentes os seus requisitos, determinando, em conseqüência, o prosseguimento do feito"* (fl 459).

Inconformada, a Defesa de LELIANE DA SILVA BRUM, tempestivamente, recorreu da decisão que julgou improcedente a exceção de litispendência (fl 462), que foi recebida como recurso em sentido estrito (fl 465).

Em razões de recurso (fls 469/470), a Defesa de LELIANE DA SILVA BRUM requereu a reforma da decisão do Conselho de Justiça para que fosse julgado extinto o processo, argumentando que *"já há juízo prevento, o qual já instaurou o devido processo legal em relação ao ilícito de furto de armas, objeto do presente feito"*.

Em contra-razões (fls 473/477), o Ministério Público Militar suscitou preliminar de não conhecimento do recurso defensivo, aduzindo que o art 152 do CPPM estabelece que a decisão de exceção de litispendência é irrecorrível, e que o art 516 do citado código não contempla a hipótese de recurso em sentido estrito para o caso sob exame.

No mérito, pugnou pelo improvimento do recurso, por não vislumbrar a existência de litispendência, reiterando os argumentos já esposados, destacando que se trata de discussão sobre a definição de competência, e não acerca de prevenção de juízo, como postulado pela Defesa.

Em Sessão de 31/05/05, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército resolveu, por maioria, manter a decisão anterior e determinar a remessa dos autos a este Tribunal para o exame da matéria, assim como apreciar o recurso de ofício da decisão que reconheceu a existência de coisa julgada (fl 483).

Nesta Instância Superior, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls 491/494, subscrito pelo ilustre Subprocurador-geral Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opinou *"pelo não conhecimento do recurso voluntário, deferimento do recurso de ofício e remessa dos autos ao E. STJ para analisar o conflito positivo de jurisdição"*.

Pelo Despacho de fl 496v, a Defensoria Pública da União foi cientificada de que o presente processo foi colocado em mesa para julgamento.

Relatado, decide-se.

VOTO

Examina-se recurso interposto pela civil LELIANE DA SILVA BRUM, processada por furto qualificado, contra a decisão do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, que indeferiu a exceção de litispendência pleiteada em seu favor. Recorre, também, o citado Conselho, de ofício, objetivando a revisão da decisão que acolheu a exceção de

coisa julgada, referente aos civis EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA, processados por receptação.

O Ministério Público Militar de 1º grau e, também, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar suscitam preliminar de não conhecimento do recurso de LELIANE DA SILVA BRUM, por ausência de previsão legal.

Razão assiste ao ***Parquet*** militar.

De fato, a legislação processual penal militar não contempla recurso específico da decisão que julga improcedente a exceção de litispendência.

No Capítulo II, do Título II, que trata dos Recursos em Sentido Estrito, o art 516, alínea "f", do CPPM, somente admite esta espécie de recurso da decisão que julga procedente a exceção e não no caso de indeferimento.

Por sua vez, ao tratar das Exceções em Geral, no Capítulo I, do Título XII, o CPPM, na Seção III, que cuida especificamente da Exceção de Litispendência, deixa claro no artigo 152 que o Juízo *"(...) decidirá de plano, irrecorrivelmente"*.

Na doutrina, colhe-se a lição de Julio Fabbrini Mirabete, ***in*** *"Processo Penal"*, 2ª ed., 1992, ed. Atlas, na pág 211, quando trata da litispendência: *"Da decisão que a julgar improcedente não cabe recurso específico"*.

A matéria encontra-se, também, pacificada na jurisprudência desta Corte, a exemplo do Recurso Criminal nº 1990.01.005901-0, julgado em 01/02/90, Rel Min Aldo Fagundes, do qual se extrai o seguinte fragmento: *"(...) Matéria que não se encontra enunciada nas alíneas do artigo 516, do Código de Processo Penal Militar não pode ser objeto de recurso em sentido estrito. A enumeração do artigo 516, não é exemplificativa mas sim taxativa. Em matéria recursal a interpretação deverá ser restritiva, constituindo-se em exceção a regra geral – que é a exegese extensiva quanto ao Processo Penal (...)"*.

No mesmo sentido, os Recursos Criminais nºs 2002.01.006953-0/RS, de 09/05/02; 2002.01.007022-1/AM, de 10/12/02 e 2004.01.007209-3/SP, de 04/11/04.

Ante o exposto, acolhe-se a preliminar suscitada pelo MPM, para não conhecer do recurso interposto por LELIANE DA SILVA BRUM, por falta de amparo legal.

E, no mérito, passa-se a análise do Recurso de Ofício do Conselho Permanente de Justiça, que julgou procedente a exceção de coisa julgada

interposta pela DPU, considerando que os réus EVANDRO PINTO MADEIRA e LUCIANO DA SILVA já haviam sido beneficiados com a suspensão condicional do processo na comarca de Canoas/RS.

Merece ser provido o recurso obrigatório.

Com efeito, a redação do § 5º, do art 89, da Lei nº 9099/95, é clara no sentido de estabelecer que *"Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade"*.

Depreende-se do citado dispositivo que a coisa julgada deverá ser precedida antes de decisão que extinga a punibilidade.

Sobre a matéria, Damásio E. de Jesus, na obra *"Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada"*, 3ª edição, 1996, editora Saraiva, na pág. 124, ensina que: *"A sentença que aplica o* ***sursis*** *processual não faz coisa julgada material. Em face disso, pode ser cassado, mesmo transitada a decisão para o Ministério Público, desde que verificada a ilegalidade da concessão"*.

RECURSO CRIMINAL Nº 2005.01.007279-8-RS

RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. DESERÇÃO. Termo de Deserção atestando que a falta do militar teve início à zero hora do dia 10 de maio. No caso em exame, extrai-se que a expressão "falta do militar", usada pela autoridade na lavratura do termo, equivale a "ausência do militar", na redação do art. 451 do CPPM, sendo o dia 10 o primeiro dia do prazo de graça. Correta, portanto, a exclusão do desertor no dia 18 de maio, data em que o crime se consumou. Recurso ministerial provido para receber a denúncia e determinar a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito. Decisão majoritária.

Relator — Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Recorrente — O Ministério Público Militar.

Recorrida — A Decisão do MM. Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 07/06/2005, proferida nos autos da IPD nº 284/05, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o Sd Ex BRUNO GONÇALVES PINTO.

Advogado — Dr. Luiz Fernando Scherer Smaniotto.

Decisão — Prosseguindo no julgamento interrompido na 71ª Sessão, em 17/11/2005, após o pedido de vista do Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, o Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao recurso, para receber a Denúncia oferecida contra o Sd Ex BRUNO GONÇALVES PINTO, e determinou a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito. O Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA negava provimento ao recurso do Ministério Público Militar, mantendo inalterada a Decisão recorrida e fará declaração de voto. O voto do Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA foi computado na forma do art. 78, § 1º, do RISTM. O Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Mininistro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Marisa Terezinha Cauduro da Silva. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 73ª Sessão, 24.11.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, Acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, em dar provimento ao recurso para receber a denúncia oferecida contra o Soldado do Exército BRUNO GONÇALVES PINTO e determinar a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito.

Brasília, em 24 de novembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Criminal interposto pelo Ministério Público Militar contra a decisão do Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª CJM que rejeitou denúncia oferecida contra o Soldado do Exército BRUNO GONÇALVES PINTO como incurso no art. 187 do CPM.

A exordial acusatória foi ofertada com base nas seguintes principais peças: Ofício do Comandante do 26º Pelotão de Polícia do Exército informando

que o Sd BRUNO GONÇALVES PINTO está faltando ao expediente naquela OM desde o dia 09 de maio de 2005 (fl. 13); Parte de Ausência, constando que o militar encontra-se faltando ao quartel desde o dia 10 de maio de 2005, completando, à zero hora do dia 11 de maio, vinte e quatro horas de ausência (fl. 04) e respectiva publicação (fl. 05); Parte Acusatória de que à zero hora do dia 18 de maio o militar completou os dias de ausência previstos no art. 187 do CPM (fl. 06); Termo de Deserção, lavrado em 19 de maio de 2005 (fl. 09); e Despacho de exclusão do serviço ativo por deserção, a partir de 18 de maio de 2005, com a respectiva publicação no Boletim Interno (fls. 10/12).

O desertor apresentou-se voluntariamente no Comando da 3ª Brigada de Cavalaria Mecanizada em Bagé no dia 20 de maio de 2005 e foi recolhido preso ao 25º Grupo de Artilharia de Campanha Auto Propulsado (fl. 23).

Inspecionado de saúde, foi julgado apto para o serviço (fl. 29) e reincluído às fileiras do Exército (fl. 30).

A denúncia foi inicialmente oferecida constando o dia 19 de maio de 2005 como o dia da consumação da deserção (fls. 32/33) e rejeitada pelo Magistrado a *quo* sob o argumento de que o desertor foi excluído do serviço ativo no dia 18 de maio e não poderia, assim, consumar a deserção porque não era mais militar (fl. 34).

À fl. 40, consta Alvará de Soltura cumprido em 07 de junho de 2005.

Devidamente corrigida, a exordial foi oferecida constando a consumação da deserção em 18 de maio de 2005 (fls. 54/55).

A denúncia foi novamente rejeitada, tendo se baseado o Magistrado a *quo* na informação do Comandante do 26º Pelotão de Polícia do Exército de que "*para fins de cômputo do prazo para consumação do crime de deserção, o referido militar começou a faltar ao expediente à zero hora do dia 10 de Maio de 2005*" (fls. 60 e 61).

Irresignado, o *Parquet* Militar interpôs recurso em sentido estrito (fl. 38), aduzindo, nas razões de fls. 43/53, que o militar ausentou-se em 09 de maio de 2005, consumando o delito no dia 18 de maio; que a contagem dos dias de ausência para a lavratura do Termo de Deserção tem início à zero hora do dia seguinte à ausência, ou seja, dia 10 de maio; que o fato de o Termo de Deserção não estar perfeito constitui mera irregularidade, consoante reiterada jurisprudência do STM; que não há dúvida de que houve a deserção e que no dia 18 de maio de 2005 o desertor ainda era militar e não civil; que o dia 09 de maio foi o dia de constatação inicial da falta injustificada do militar e a contagem dos dias de ausência para a lavratura do Termo de Deserção iniciou-se à zero hora do dia 10 de maio; que o desertor BRUNO GONÇALVES PINTO foi excluído corretamen-

te em data de 18 de maio de 2005, já que a partir da zero hora de 18 de maio iniciou-se o 9º dia de ausência; que, a todo tempo, o desertor pode ser chamado à responsabilidade enquanto não estiver prescrito o delito; que o crime restou consumado e a IPD está em curso; e que o desertor foi reincorporado, readquiriu o *status* de militar, e vai manter tal *status* até o término da prestação do serviço militar inicial, eis que foi incluído no Exército em março de 2005.

E requer a reforma da decisão, com o recebimento da denúncia de fls. 54/55.

Em contra-razões de fls. 64/67, a Defesa argumenta que existem dois calendários cristãos ainda em uso no mundo e tece considerações sobre eles; aduz que a lei é clara no sentido de que a constatação da ausência se dará sempre à zero hora do dia seguinte àquele em que completou as vinte e quatro horas de falta, quando então começa a fluir o prazo de oito dias para a consumação do delito de deserção; e que o militar foi excluído do serviço ativo ainda no prazo de graça, o que torna impossível a reprimenda do art. 187 do CPM.

E requer o improvimento do recurso ministerial.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar em Parecer de fls. 77/80 subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza opina pelo provimento do recurso.

Por Ofício de fl. 93, complementado às fls. 96/97, o Dr. Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª CJM informa que o Sd Ex BRUNO GONÇALVES PINTO consumou nova deserção em 12 de outubro de 2005, apresentando-se voluntariamente em 17 de outubro, tendo sido submetido à inspeção de saúde, julgado apto e reincluído ao serviço ativo do Exército.

Com nova vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

Insurge-se o *Parquet* Militar contra a decisão *a quo* que rejeitou a denúncia oferecida contra o Soldado do Exército BRUNO GONÇALVES PINTO como incurso no delito de deserção.

Baseou-se o Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª CJM, para rejeitar a inicial, no entendimento de que o militar foi excluído do serviço ativo do Exército ainda no prazo de graça.

Equivocado entendimento.

No Ofício de fl. 13, consta que o militar encontra-se faltando ao expediente desde o dia 09 de maio de 2005.

Na Parte de fl. 04 e respectiva publicação (fl. 05), tem-se que o militar completou, à zero hora do dia 11 de maio, vinte e quatro horas de ausência.

A deserção consumou-se à zero hora do dia 18 de maio, sendo o desertor excluído do serviço ativo nesta data (fl. 10).

Embora o Termo de Deserção, lavrado em 19 de maio de 2005, não tenha precisado a data da consumação do delito, referindo-se apenas que a falta teve início à zero hora do dia 10 de maio de 2005 (fl. 08), tal omissão não pode gerar dúvida, eis que tal Termo reporta-se à Parte Acusatória e nela constam a data da ausência e da consumação da deserção (fl. 06).

A teor do art. 452, 1ª parte, do CPPM, o Termo de Deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal.

Em reiteradas decisões o STM tem entendido que eventual irregularidade no Termo de Deserção não invalida a IPD se ficou comprovada a deserção e não houve prejuízo para a defesa.

Eventual dúvida quanto à data da consumação do crime restou dirimida pelo Ofício de fl. 60 do Comandante do 26º Pelotão de Polícia do Exército, nos seguintes termos:

> *"Informo que para fins cômputo do prazo para consumação do crime de deserção, o referido militar começou a faltar ao expediente à zero hora do dia 10 de maio de 2005."*

O referido Ofício veio a endossar as informações já contidas nos autos e a sua redação foi feita de conformidade com a regra do art. 451 do CPPM, que dispõe: *"A contagem dos dias de ausência, para efeito da lavratura do termo de deserção, iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte àquele em que foi verificada a falta injustificada do militar"*.

Em sendo o dia 10 de maio o primeiro dia de ausência, o último dia do prazo de graça, ou oitavo de ausência, foi o dia 17 de maio.

No dia 18 de maio o Soldado BRUNO GONÇALVES PINTO consumou a deserção e podia, como foi, ser excluído do serviço ativo, sem que tal circunstância obstasse o seguimento do feito.

A denúncia de fls. 54/55 encontra-se, assim, formalmente perfeita. Descreve um fato típico e atende aos requisitos do art. 77 do CPPM.

O próprio Juiz-Auditor reconhece na decisão de fl. 61 que se não fosse a questão referente às datas constantes nos documentos que compõem os autos teria *"recebido a denúncia sem titubear"*.

O fato narrado na exordial – deserção - é juridicamente relevante para o Direito Penal Militar pois atenta contra o serviço e o dever militar.

RECURSO CRIMINAL (FO) Nº 2005.01.007283-2-BA

DENÚNCIA. NÃO RECEBIMENTO. I - A Denúncia oferecida descreve a prática de crime militar em tese e preenche todos os requisitos exigidos pelo art. 77 do CPPM. É assinada por Órgão de Acusação com legitimidade para tanto e endereçada ao Juízo competente, não havendo qualquer causa de extinção da punibilidade. Inexistente, no caso, as hipóteses de rejeição da Exordial elencadas no art. 78 da Lei dos Ritos Penais Militares. II – Provido o Recurso Ministerial para, desconstituída a Decisão hostilizada, receber-se a Peça Pórtico Acusatória, determinando-se a baixa dos autos ao Juízo ***a quo*** *para prosseguimento do Feito. III – Decisão unânime.*

Relator — Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto.

Recorrente — O Ministério Público Militar.

Recorrida — A Decisão do MM Juiz-Auditor da Auditoria da 6ª CJM, de 25.05.05, proferida nos autos do IPM nº 26/05, que deixou de receber a Denúncia oferecida contra o **Maj. Ex. SALOMÃO JOSÉ DE SANTANA**, os **Caps Ex ADENILSON ROCHA DA SILVA** e **PAOLO ROSI D'AVILA**, todos como incursos no art. 210, § 2º, c/c o art. 53, ambos do CPM, determinando o arquivamento do referido Inquérito.

Advogados — Drs. Cesar de Faria Júnior e Ricardo Luiz Wanderley da Fonseca, Defensores Públicos da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso para, desconstituindo a Decisão hostilizada, receber a exordial acusatória oferecida contra os Recorridos, feita nos moldes dos arts. 30 e 77 do CPPM, determi-

nando a baixa dos autos ao Juízo de origem para prosseguimento do feito. Presente a Dra. Adriana Lorandi, Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach e Valdesio Guilherme de Figueiredo. (Extrato da Ata da 51ª Sessão, 1º.09.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso para, desconstituindo a Decisão hostilizada, receber a Exordial Acusatória oferecida contra os Recorridos, feita nos moldes dos arts. 30 e 77, do CPPM, determinando a baixa dos autos ao Juízo de Origem para prosseguimento de Feito.

Brasília, 01 de setembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Gen Ex *Sergio Ernesto Alves Conforto*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Verifica-se que tratam de Recurso Criminal interposto pela Representante do Ministério Público Militar em exercício na Auditoria da 6ª CJM, inconformada com a Decisão que rejeitou a Denúncia formulada contra o **Maj. Ex. SALOMÃO JOSÉ DE SANTANA** e contra os Capitães **ADENILSON ROCHA DA SILVA** e **PAOLO ROSI D'AVILA.**

A Representante do Ministério Público Militar, a 09.05.05, ofereceu Denúncia perante o Juízo da Auditoria da 6ª CJM, contra o **Maj. SALOMÃO JOSÉ DE SANTANA**, e contra os Capitães **ADENILSON ROCHA DA SILVA** e **PAOLO ROSI D'AVILA**, todos da escola de Administração do Exército/Colégio Militar de Salvador, pela prática do seguinte fato delituoso:

"(...) No dia 27 de julho de 2004, foi realizada uma instrução de rapel, na área da Escola de Administração do Exército e do Colégio Militar de Salvador, com a finalidade de preparar os oficiais alunos do Curso de Formação do Quadro Complementar para o estágio a ser realizado na Academia Militar das Agulhas Negras.

No decorrer daquela instrução, 102 (cento e dois) alunos realizaram o exercício de rapel, sendo que dentre eles, dez terminaram se machucando durante a sua execução, sendo eles os então Tenentes-alunos: Carla Adriana Stelle (fls. 193/195); Brena de Queiroz Cortez (fls. 171/174); Wagner Sales Costa (fls. 196/198); Cyntia Cristina Mendes Pereira (fls. 299 e 317/318); Thaísa Barcelo Sônia Peres (fls. 182/183); Giovani Ramalho Quintaes (fls. 185/187); Claudenir dos Anjos Alves (fls. 275/276); Thiago Alberto Correa Magalhães (fls. 88/90); René Furtado de Mendonça (fls. 179/180) e Leonardo Pereira (fls. 176/177).

Às fls. 245/275 encontram-se cópias autenticadas dos prontuários médicos dos alunos acidentados, onde se percebe que eles sofreram lesões leves ou levíssimas, à exceção de Carla Adriana Stelle que, segundo a Ata de Inspeção de Saúde do JISG/Rio de Janeiro (HCE) sofreu: "SO2.1-Fratura da base do crânio. M50.0-Transtorno dos discos intervertebrais. CID-10". (fls. 139).

Ouvidas as vítimas, as mesmas assim se manifestaram:

"(...) Não houve instrução preparatória para a realização do rapel. Houve instrução anterior sobre nós e amarrações. Houve na hora do rapel uma explicação de como executar o exercício. (...). Havia chovido antes. (...). Tentei realizar de maneira correta aquilo que me foi passado na parte alta do obstáculo. (...). Na queda não dobrei os joelhos e bati com as costas na parede. Não me lembro se bati a cabeça. Fiquei pendurada de cabeça para baixo, e o Cap. D'Avila disse para eu tentar voltar para a posição correta, dando as orientações para isso. (...). Sofri uma fratura de Atlas (primeira vértebra da coluna cervical). Sofri também uma hérnia de disco entre a quinta e a sexta vértebra da coluna cervical, responsável pelas dormências no meu braço direito. (...). Como a Sra. Classificaria o grau de dificuldade da oficina de rapel? Para mim foi muito difícil. (1ª Ten. Carla Adriana Stelle, fls. 193/195);

"(...) respondeu que não houve instrução prévia, houve uma instrução teórica e uma demonstração diretamente no local e que partiram imediatamente para a execução. (...) teve seu exercício prejudicado pelo fato de uma chuva anterior, associada a execução constante do exercício no mesmo local por vários alunos tornaram o paredão escorregadio. (...) o paredão era muito íngreme para o primeiro contato com a técnica e a técnica de frenagem da corda de segurança não tinha sido treinada em uma altura que propiciasse segurança aos instruendos quando na abordagem do paredão (...) sofreu uma lesão no cóccix e sentiu a dor imediatamente (...). Perguntada como classificaria o grau de dificuldade da Oficina de rapel, respondeu que para iniciantes o grau de dificuldade era muito elevado, considerando as condições com que foi realizada a oficina, pois na Academia Militar das Agulhas Negras as condições de execução e os meios foram muito melhores e o grau de dificuldade foi maior e não houve qualquer incidente" (1ª Ten. Brena de Queiroz Cortez, fls. 171/174);

"(...) Houve a instrução de nós e amarrações e, se não me falha a memória, uma instrução teórica. O instrutor responsável foi o Major Salomão. (...). No momento em que eu estava desescalando choveu. Sendo assim, o piso no qual realizava a transposição do obstáculo estava escorregadio. (...). Depois de dobrar as pernas, perdi o equilíbrio e bati bruscamente com as nádegas no obstáculo, ficando pendurado pela corda de cabeça para baixo (...). Sofri um hematoma. (...). Como o senhor classificaria o grau de dificuldade da oficina de rapel? Incompatível com a instrução teórica ministrada anteriormente. (...). Se o terreno fosse mais fácil (declividade menor), provavelmente haveria menos acidentes" (1º Tenente Wager Sales Costa, fls. 196/198);

"(...) durante a execução do exercício observou que vários alunos estavam tendo dificuldades na abordagem do obstáculo, tendo alguns escorregado e perdido o equilíbrio, chegando, inclusive, a chocarem-se contra a parede (...). Ao iniciar o exercício, procurou realizar todos os procedimentos que lhe foram ensinados, contudo, repentinamente, perdeu o equilíbrio e chocou-se contra a parede, tendo batido as costas e o braço direito, na região do cotovelo. (...). Sentiu dificuldades na realização do exercício, até mesmo por ser a primeira vez que realizava uma desescalada, e considera muito difícil realizar os procedimentos teóricos para o caso de que-

da que lhe foram ensinados (...) Considera, também, que poderia ter havido um treinamento em local, com altura menor e menos íngreme" (1ª Ten. Cyntia Cristina Mendes Pereira, fls. 299);

"(...). Perguntada se houve instrução preparatória para a realização do rapel, respondeu que não. (...). Perguntada quais eram os instrutores presentes na oficina do rapel, respondeu que eram: Major Salomão, Capitão D'Avila e Capitão Rocha. (...). Perguntada se em algum momento, durante a desescalada houve auxílio por parte dos instrutores, respondeu que não. (...). Na sua opinião, caso tivesse ocorrido uma instrução de desescalada em um obstáculo menor previamente, alguns acidentes seriam evitados" (1ª Ten. Cyntia Cristina Mendes Pereira, fls. 317/318).

"(...) durante a descida do rapel, estava com as pernas muito unidas, vindo a se desequilibrar e se chocar com a parede; perguntada como ocorreu o seu acidente, respondeu que ocorreu da forma como foi mencionado acima, vindo a machucar a mão direita além de fraturar uma das costelas do lado direito. (...). Perguntada como classificaria o grau de dificuldade da Oficina de rapel, respondeu que achou difícil" (1ª Ten. Thaísa Barcelo Sônia Peres, fls. 182/183);

"O tempo estava chuvoso, segundo os instrutores eu escorreguei na manta. (...). No início da desescalada, quando coloquei o pé para apoio, escorreguei com o pé direito e fui de encontro ao muro de pedra com o braço" (1º Tenente Giovani Ramalho Quintaes, fls.185/187);

"Algum instrutor da Oficina demonstrou corretamente as técnicas para a realização do exercício do rapel? Quem foi o instrutor? Respondeu: nenhum deles desceu de rapel. Quais eram os instrutores presentes na Oficina? Respondeu: o Major Salomão, o Cap. D'Avila e o Cap. Rocha. (...). No decorrer da descida, fui inclinando o corpo para trás e, em dado momento, os joelhos flexionaram e eu bati com as nádegas no paredão. (...). Tive escoriações leves. (...). Como o Senhor classificaria o grau de dificuldade na Oficina de rapel? Respondeu: o local escolhido, por ser uma parede de pedras, e considerando que a maioria dos alunos nunca havia realizado tal tipo de exercício, não me parecia adequado, o que causava receio por parte dos alunos" (1º Tenente Claudenir dos Anjos Alves, fls. 275/276);

"(...) respondeu que estava posicionado para a descida, quando recebeu as orientações finais do Cap. D'Avila e iniciou a desescalada. Nesse momento, começou a chuviscar e escorregou na lona (...). Em virtude do escorregão sofrido, seu corpo chocou-se na rampa, machucando o seu pulso esquerdo. (...). Que achou o local da instrução de rapel não apropriado para a realização da pista-escola. Disse que poderia ter sido escolhido um local menos inclinado" (Thiago Alberto Correa Magalhães, fls. 88/90);

"(...) houve uma instrução de nós e amarrações e antes de transpor os obstáculos houve uma demonstração de como transpor os obstáculos feita pelo Cap. D'Avila, momentos antes da execução. (...). Como a inclinação do corpo não foi suficiente para conseguir desescalar, isso acabou ocasionando a rotação do corpo para a direita e o choque da minha mão direita com a parede da rocha. (...). Perguntado como classificaria o grau de dificuldade da oficina de rapel, respondeu: Difícil" (1º Tenente René Furtado de Mendonça, fls. 179/180);

"Perguntado se houve instrução preparatória para o rapel? Respondeu que não. (...). Perguntado como ocorreu seu acidente? Respondeu que as pernas encolhidas fizeram girar seu corpo, jogando-o de encontro à parede. (...). Respondeu que arranhara superficialmente um dos braços, o qual permaneceu dolorido por duas semanas. (...). Perguntado como ele classificaria o grau de dificuldade da Oficina de rapel? Respondeu que estava difícil (1º Tenente Leonardo Pereira Paula, fls. 176/177).

A instrução do feito teve o condão de demonstrar que os denunciados não atenderam ao dever de cuidado a que estavam obrigados, sendo imprudentes na realização daquela instrução de rapel porque; ***1)*** *o treinamento foi insuficiente, considerando-se: a) houve tão-somente, e anteriormente, ao exercício uma instrução de nós e amarrações realizada pelo Major Salomão e o Capitão Ohara; b) houve uma demonstração no local onde seria realizado o exercício, imediatamente antes do seu início; c) muitos alunos nunca tinham realizado aquele exercício;*

2) *o local para a sua realização foi inadequado uma vez que: a) o paredão onde foi feita instrução é bastante íngreme; b) choveu antes e durante a sua realização; c) a execução do exercício, no mesmo local, por vários alunos, tornou o paredão escorregadio.*

Dessa forma, tendo o ***MAJOR SALOMÃO JOSÉ DE SANTANA****, o* ***CAP ADENILSON ROCHA DA SILVA*** *e o* ***CAP PAOLO ROSI D'AVILA*** *incorrido no artigo 210, § 2º, na forma do artigo 53, do Código Penal Militar, requer o Órgão Ministerial, após o recebimento e autuação desta denúncia, sejam os mesmos citados para o interrogatório e, enfim, para se verem processados, até final julgamento, notificando-se as vítimas, bem como as testemunhas do rol abaixo, para virem depor em juízo, em dia e hora serem designados, sob as cominações legais. (...)" (fls. 376 a 382).*

Pela Decisão de 25.05.05, o Juiz-Auditor da Auditoria da 6ª CJM deixou de receber a Denúncia por ausência de justa causa, determinando o arquivamento do IPM, sob o seguinte entendimento:

*"**Decisão***

Vistos, etc.

A digna Drª Promotora ofereceu denúncia contra o Major Salomão José de Santana, o Capitão Adenilson Rocha da Silva e o Capitão Paolo Rosi D'Avila por delito dos artigos 210, § 2º c/c 53, ambos do CPM.

No Juízo de admissibilidade infere-se que não existe nos autos o fumus bonni Juris necessário capaz de alicerçar a peça exordial o que inviabiliza o seu recebimento.

Do que noticiam os autos por ocasião do exercício do rapel, no qual participaram 105 alunos do QCO, 10 deles se lesionaram, sendo certo que somente se lesionou com maior gravidade a 1ª Ten A1 Carla Adriana Stelle. Os demais sofreram lesões leves.

Os exercícios a que foram submetidos os tenentes alunos tinham como escopo prepará-los para a realização do estágio na AMAN, onde a dificuldade do rapel seria bem maior do que o realizado no campo-escola que foi de baixa complexidade.

Todos os procedimentos preparatórios para a realização do exercício tiveram a orientação do Major Salomão, do Capitão Rocha e do Capitão D' Avila.

No local, havia médico, enfermeiro, ambulância e medicamento para atendimento dos alunos na hipótese de acidente.

Os militares que se lesionaram foram encaminhados ao HGS.

O que não se pode olvidar é o risco implícito em certas atividades profissionais que trazem em seu bojo e entre ela se destaca-se a atividade militar.

Os exercícios de tiro, manuseio de armamento, preparo físico, uma exigência imprescindível para o militar, os serviços de ronda noturna que se realizam em unidades militares cercadas de favelas, onde proliferam marginais que hoje, com uma audácia indescritível, invadem quartéis para roubar armas, tudo isto se constitui num risco ao exercício da atividade militar.

Recentemente uma explosão numa tubulação do navio aeródromo São Paulo, causou a morte de um militar e dez ficaram feridos dos quais três em estado grave.

.....

Os oficiais denunciados ministraram todas as orientações necessárias para os exercícios transcorressem cercados de total segurança.

Tomaram todas as providências para que a integridade física dos alunos ficasse protegida.

São militares qualificados para aplicar os exercícios.

Cumpriam ordens para desenvolverem os exercícios que constavam do QTS.

Por conseguinte, não vislumbro nenhum delito a ser imputado a estes militares." (fls. 385 e 386).

Irresignada com a Decisão que não recebera sua Vestibular Acusatória, a Representante do Ministério Público Militar junto à Auditoria da 6ª CJM, a 30.05.05, tempestivamente, interpôs Recurso em Sentido Estrito, com fundamento no art. 516, d, do CPPM (fl. 388).

O MPM sustenta, em suas Razões de Recurso, o seguinte:

"(...) A decisão de fls. 381/382 merece ser reformada pois a denúncia oferecida, ao transcrever em seu corpo os depoimentos das vítimas, embora de uma forma não muito usual, consegue expor suficientemente as circunstâncias do fato delituoso, não impedindo o entendimento da acusação nela formulada e possibilitando aos denunciados o exercício da ampla defesa.

Não é este o momento adequado para se discutir se o risco natural da atividade militar poderia justificar a ocorrência dos acidentes durante o exercício de rapel. A questão deverá ser melhor analisada durante a instrução criminal, por meio do contraditório.

A denúncia oferecida descreve a prática de crime militar em tese e preenche todos os requisitos exigidos no artigo 77 do CPPM. É assinada por órgão de acusação com legitimidade para tanto e endereçada ao Juízo competente, não havendo qualquer causa de extinção da punibilidade.

Portanto, nenhuma das hipóteses de rejeição da denúncia elencadas no artigo 78 do CPPM é aplicável ao caso.

Em razão do exposto, requer este representante do Ministério Público Militar o provimento do presente Recurso em Sentido Estrito para que esse Eg. Tribunal, cassando a decisão impugnada, receba a denúncia oferecida contra o Maj Ex SALOMÃO JOSÉ DE SANTANA, o Cap. Ex ADENILSON ROCHA DA SILVA e o Cap. Ex. PAOLO ROSI D'ÁVILA , como incursos no artigo 210, § 2º, na forma do artigo 53, do Código Penal Militar, determinando ao Juízo a quo o prosseguimento do feito. (...)" (fls. 391 e 392).

A Defensoria Pública da União, contra-arrazoando pelos Recorridos **Maj. SALOMÃO JOSÉ DE SANTANA, Cap. ADENILSON ROCHA DA SILVA** e **Cap. PAOLO ROSI D'AVILA**, argumentou que:

- a decisão recorrida, não apenas pelo zelo e competência do prolator, merece sua total manutenção por haver decidido de maneira correta e coerente com a prova constante dos autos pela rejeição da Denúncia, notadamente, inepta, por ausência de justa causa para o início da persecução do crime;

- não havendo narrativa lógica, outra não poderia ser a decisão do Juiz que rejeitou a Denúncia por sua absoluta inépcia;

- os instruendos sabiam dos riscos assumidos pela ocupação abraçada, não havendo, por isso, como admitir-se a imprudência dos instrutores no exercício;

- os militares de carreira, em meio a um exercício rotineiro, houveram por lesionar-se sem que ação alguma tivesse sido praticada pelos Recorridos que pudesse ser apto à produção aos resultados;

- restou patenteada a ausência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o resultado imputado aos Recorridos; e

- o Código Penal adotou a teoria da equivalência das condições, citando doutrina.

Incursionou sobre a teoria do crime, discorrendo a respeito de conduta e imprudência.

Trouxe à colação jurisprudência no tocante a trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Discorreu sobre o Princípio da Culpabilidade, também, apoiada na doutrina.

Findou pugnando pela improcedência do Recurso (fls. 406 a 418).

No Juízo de Retratabilidade, o Juiz-Auditor manteve a Decisão hostilizada (fl. 406).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, a 02.08.05, representada pelo Dr. ALEXANDRE CONCESI, Subprocurador-Geral, opinou pela manutenção da decisão impugnada (fls. 428 a 431).

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

Assim relatados os autos, passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Cuidam estes autos de Recurso Criminal do Ministério Público Militar inconformado com a Decisão que não recebera a Denúncia que ofertara.

Analisando-se a Decisão atacada, verifica-se que o ilustre Magistrado prolator não se limitou a apreciar a Denúncia nos moldes preconizados no art. 77, do CPPM, proferindo juízo de mérito sobre a não imputabilidade dos Recorridos, o que só é permitido ao término da fase probatória.

A Denúncia oferecida traz a descrição de prática de crime, em tese, e preenche todos os requisitos previstos no art. 77, do CPPM e não apresenta qualquer das hipóteses de rejeição elencadas no art. 78, do mesmo Diploma Legal.

A construção pretoriana desta Corte demonstra que razão assiste ao Recorrente como adiante se vê:

1. RECURSO CRIMINAL Nº 6.284-5/RJ

Relator: *Min. Dr. ALDO DA SILVA FAGUNDES*

Ementa: *"**RECURSO CRIMINAL. Denúncia não recebida.***

O fato narrado e o depoimento de testemunhas, bem como as circunstâncias descritas nos autos indicam que, in casu, não está afastado o nexo de causalidade (Art. 29 do CPM). Assim, pode-se falar em crime em tese, bastante para a inauguração da ação penal.

Provido o recurso do MPM e recebida a denúncia. Decisão unânime.".

(Decisão de 21.05.96).

2. RECURSO CRIMINAL Nº 6.273-0/SP

Relator: *Min. Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR*

Ementa: *"**DENÚNCIA. RECEBIMENTO.***

Deve o Juiz receber Denúncia oferecida pelo Ministério Público, quando feita nos moldes dos artigos 30 e 77 do CPPM, descrevendo, pelo menos, em tese, crime de competência da Justiça Militar.

Por unanimidade, dá-se provimento ao recurso do Ministério Público Militar para cassar o despacho atacado e, por maioria, determinar o recebimento da denúncia iniciando-se a ação penal.".

(Decisão de 02.04.96).

3. RECURSO CRIMINAL Nº 6.522-4/BA

Relator: *Min. Ten. Brig.-do-Ar SÉRGIO XAVIER FEROLLA*

Ementa: ***DENÚNCIA. REJEIÇÃO. CRIME EM TESE. JUÍZO DE DELIBAÇÃO. JUÍZO DE MÉRITO.***

*1. No despacho de recebimento, ou não, da denúncia, o juiz, desenvolvendo argumento próprio **do juízo de delibação**, analisa os elementos da justa causa para a instauração da ação penal. **O juízo de mérito** somente deve ser manifestado após o encerramento da instrução criminal.*

*2. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que, havendo a descrição de crime, ao menos em tese; legitimidade **"ad causam"**; ausência de causa extintiva da punibili-*

dade; e preenchendo a Exordial Acusatória os requisitos do art. 77, do CPPM, impõe-se o seu recebimento.

*Provido o recurso ministerial para, cassando o Despacho hostilizado, receber a denúncia contra o Recorrido e determinar a baixa dos autos ao Juízo "**a quo**", para prosseguimento do feito. Decisão **unânime**.*

(Decisão de 14.12.98).

Data vênia do eminente Juiz-Auditor da Auditoria da 6ª CJM, que deixou de receber a Denúncia, por nela não ter visualizado o "***Fumus Bonus Iuris***", da Defensoria Pública da União e do Subprocurador-Geral da Justiça Militar que, em seus bem redigidos arrazoados optam pela manutenção de decisão impugnada, julgo que alguns aspectos característicos da atividade docente militar merecem ser examinados através da ação judicante.

Por ser de risco intrínsico, a atividade militar exige que, quando do aprendizado, uma série de procedimentos seja adotada, sob risco de se ter baixas ocasionadas desnecessariamente, com sérios riscos para a eficiência e moral do combatente em particular, e comprometimento da eficácia dos efetivos envolvidos.

Admitir-se que a ocorrência de cerca de dez por cento em acidentes na instrução militar fosse aceitável, implicaria que, na realização de tiro, um em cada dez atiradores se ferisse, se em cada dez pára-quedistas que saltam, um não tivesse aberto o seu pára-quedas, e assim por diante.

Pelo contrário, se a atividade é de risco, faz-se essencial que, na fase de adestramento dos iniciantes, todas as precauções sejam tomadas para que o aluno não só não venha a se ferir, mas que também aprenda o que lhe está sendo ensinado.

Por isto, faz-se essencial a progressividade na instrução militar.

O atirador só chega a utilizar sua arma empregando a munição real após um longo percurso em uma trajetória que passa pelo atingimento de objetivos intermediários, desde o chamado *"triângulo de pontaria"*, uso de armas de chumbinho (ar comprimido) e vários outros degraus de conhecimento.

Não se sai para a realização de uma corrida de cinco mil metros ou mais sem que muitas vezes se tenha adestrado o combatente em distâncias menores.

Não se lança alguém de uma aeronave em vôo senão depois de cerca de 40 dias de fatigante instrução.

Antes de se fazer com que alguém passe em um rapel cuja altura possa infundir medo, ele terá que aprender toda a técnica de forma controlada, em altura ínfima. No caso em tela, meios havia para isto, uma vez que uma aluna, apavorada com a altura do paredão de pedra para onde foram conduzidos os alunos sem nenhuma experiência prévia, tendo tão-somente visto um Capitão experiente fazer a desescalada, tal aluna foi encaminhada a um local próximo, bem mais baixo, para realizar o seu aprendizado.

Merece pois, sem que isto implique em prévio julgamento, que melhor se investigue as condições de execução do exercício, e que as pessoas para tal designadas apreciem durante a instrução criminal, e com inteira isenção cheguem à conclusão ou não da existência de crime. No caso concreto, pelo que os autos informam, verifica-se que os fatos, narrados na Peça Pórtico Acusatória, e atribuídos aos Recorridos, constituem delitos em tese, da Competência da Justiça Militar da União, com autoria determinada, circunstâncias que recomendam a apuração do ocorrido em sede de instrução criminal, oportunidade em que será facultado aos envolvidos utilizarem-se de todos os meios de prova admitidos em direito. E assim se estará buscando a verdade real, razão primordial que norteia o processo penal.

Dentro desse contexto, é de dar-se provimento ao Recurso do MPM para, desconstituindo-se a Decisão atacada, receber-se a Denúncia contra os Recorridos, por satisfazer os requisitos elencados no art. 77, do CPPM, determinando-se a baixa dos autos ao Juízo **a quo**, para prosseguimento do Feito.

RECURSO CRIMINAL Nº 2005.01.007291-3-SP

RECURSO CRIMINAL. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. Crime de receptação de armamento militar, praticado por civis, apreciado na Justiça Comum, sendo-lhes proposto e aceito o sursis processual, com base na Lei nº 9.099/95. Inaplicabilidade do instituto à Justiça Militar. Hipótese em que não há que se falar em ofensa à coisa julgada. Precedentes. Provido o recurso de ofício para desconstituir a decisão a quo. Unânime.

Relator — Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira.

Recorrente — O Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de ofício.

Recorrida — A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 26/07/2005, que reconheceu a exceção de coisa julgada, "ex vi" do art. 154, parágrafo único, do CPPM, c/c o art. 5º, inciso XXXVII, da CF, e determinou a extinção do Processo nº 29/04-2, referente aos Civis RICHARD PONTES e RONALDO MEDRADO DA SILVA, com o arquivamento dos citados autos.

Advogados — Drs. Valdemar Florentino dos Santos, Marcial Monteiro de Almeida e Marcos Antônio Monteiro de Almeida.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao recurso de ofício para desconstituir a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, que reconheceu a exceção de coisa julgada em relação aos Civis RICHARD PONTES e RONALDO MEDRADO DA SILVA, determinando a baixa dos autos à Auditoria de origem para o prosseguimento do feito. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Marisa Terezinha Cauduro da Silva. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. (Extrato da Ata da 77ª Sessão, 13.12.2005).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, em dar provimento ao recurso de ofício para desconstituir a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, que reconheceu a exceção de coisa julgada em relação aos Civis RICHARD PONTES e RONALDO MEDRADO DA SILVA, determinando a baixa dos autos à Auditoria de origem para o prosseguimento do feito.

Brasília, em 13 de dezembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Alte Esq *Rayder Alencar da Silveira*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Criminal interposto de ofício pelo Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, com base no parágrafo único do art. 154 do CPPM, objetivando a reapreciação da decisão que julgou extinto o Processo nº 29/04-2 em curso naquela Auditoria, sem julgamento do mérito, por força da ocorrência da coisa julgada.

Segundo consta dos autos, o Ministério Público Militar ofereceu denúncia contra os Civis RICHARD PONTES e RONALDO MEDRADO DA SILVA, como incursos no art. 254 do CPM (receptação).

Narra a exordial que no dia 30 de julho de 2003 a viatura da Guarda Municipal de Barueri/SP recebeu a informação sobre a presença de um carro marca VW/Voyage, cor branca, placa HOL-3624, com três indivíduos provavelmente armados; que a viatura oficial localizou o veículo estacionado na Rua Sorocaba, com os denunciados sentados na calçada, ouvindo música que tocava do equipamento do veículo, próximos à porta do motorista, que se encontrava aberta. Os guardas passaram a revistar o veículo tendo encontrado no seu interior dois telefones celulares, três capacetes e, sobre o banco do motorista, a pistola Taurus, calibre 380, número de série KLC 71793, municiada com 06 (seis) cartuchos, pertencente à carga da Base de Administração e Apoio do Comando Militar do Sudeste, avaliada em R$ 850,00 (oitocentos e cinqüenta reais). Os denunciados foram presos em flagrante e encaminhados à Delegacia de Polícia de Barueri, quando foi constatado que a arma encontrada havia sido subtraída do Cabo do Exército PAULO CÉSAR BASÍLIO, durante o roubo de que fora vítima no dia 17 de julho de 2003, praticado por dois motoqueiros, tendo sido alvejado com um tiro no braço direito na altura do tórax.

Após a citação para interrogatório, a Defesa do Acusado RONALDO MEDRADO DA SILVA argüiu exceção de coisa julgada em face da decisão do Juízo da 4ª Vara Criminal de Barueri no Processo nº 451/2003, que decretou a suspensão do processo por 02 (dois) anos e o comparecimento trimestral para justificação de suas atividades (fl. 231), conforme comprova com a juntada da certidão daquele Juízo (fl. 242).

Os Acusados foram qualificados e interrogados às fls. 248/249 e 259/260, ambos negando a imputação contida na denúncia.

Na mesma assentada, o Conselho de Justiça resolveu oficiar à 4ª Vara Criminal de Barueri solicitando cópias de peças referentes ao processo que os Acusados respondem naquele Juízo.

Os documentos vieram às fls. 268/276, constando, dentre eles, a denúncia oferecida contra os Acusados como incursos no art. 180, *caput*, do Código Penal (*"adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte"*), e art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97 (*"possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar"*) (fls. 269/270); e proposta formulada pelo Promotor de Justiça de suspensão condicional do processo pelo prazo de 02 (dois) anos (fl. 271).

Com vista dos autos, o *Parquet* Militar manifestou-se pelo prosseguimento do feito (fl. 278).

Em decisão de 26 de julho de 2005, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 2ª CJM, por maioria (3 x 2), reconheceu a coisa julgada, em obediência ao parágrafo único do art. 154 do CPPM (*sic*), c/c o art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal (*"não haverá juízo ou tribunal de exceção"*), e determinou a extinção do processo com o arquivamento dos autos, recorrendo de ofício, nos termos do art. 154, parágrafo único, do mesmo diploma processual penal (fls. 300/304).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 318/321, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI, manifestou-se pelo provimento do recurso interposto, reformando-se a decisão *a quo*.

É o relatório.

VOTO

Merece ser provido o recurso obrigatório.

A receptação de armamento militar perpetrada, em tese, pelos Civis RICHARD PONTES e RONALDO MEDRADO DA SILVA, constitui crime da competência da Justiça Militar, nos termos do art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM.

A decisão do Juízo de Direito da Quarta Vara da Comarca de Barueri foi tomada por juiz absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, não se podendo falar em coisa julgada. Além disso, é sabido que aos crimes militares não é aplicável a Lei nº 9.099/95, conforme Súmula nº 09 do STM e Lei nº 9.839/99.

A jurisprudência da Corte Castrense não tem admitido a coisa julgada em casos tais ao que ora se apresenta, como se observa nos seguintes arestos:

> *"EMENTA: EXTINÇÃO DE PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DE COISA JULGADA. ENTENDIMENTO PAUTADO BASICAMENTE EM "LEX" NÃO APLICÁVEL NO FORO CASTRENSE. DECISÃO DESCONSTITUÍDA. "Error in procedendo" que se constata em face de inadequado fundamento legal pretendido na "quaestio". Em crime de competência, "stricto sensu", da Justiça Castrense, não resta com efeito de coisa julgada "decisum" de Foro Comum tomado com respaldo em dispositivos da Lei nº 9.099/95. Provimento de recurso "ex-officio". Baixa dos autos ao Juízo de origem, para prosseguimento do feito. Decisão por unanimidade." (Recurso Criminal nº 2002.01.007026-0/RJ, Rel. Min. Carlos Eduardo Cezar de Andrade, Julg. 03/12/02, DJ 08/07/03)*
>
> *"RECURSO CRIMINAL. RECURSO DE OFÍCIO. ARGÜIÇÃO DE COISA JULGADA. CRIME MILITAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.*
>
> *I. Recurso de ofício da decisão proferida pelo egrégio Conselho de 1º grau (fls. 504/507) que, acolhendo argüição de coisa julgada, extinguiu, sem julgamento do mérito, processo de lesões corporais culposas deflagrado contra soldado do Exército;*
>
> *II. O Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital não tem jurisdição sobre os feitos de natureza militar, sendo absolutamente incompetente para processar e julgar militar por crime militar, do que deflui a completa nulidade da sentença proferida por aquela Justiça;*
>
> *III. 'Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, dada a incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o feito.' Precedentes do STM (RC nº 007026-0) e do STF (HC nº 84.027-2);*

IV. Recurso de ofício a que se dá provimento, por maioria." (Recurso Criminal nº 2005.01.007235-2/RJ, Rel. p/ o Acórdão Min. José Coêlho Ferreira, Julg. 15/03/05, DJ 20/05/05)

O Supremo Tribunal Federal, no precedente citado, proferiu a seguinte decisão, em consonância com a jurisprudência castrense:

> *"**EMENTA:** PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. INQUÉRITO ARQUIVADO PELA JUSTIÇA COMUM. JUSTIÇA MILITAR. DENÚNCIA. EXCEÇÃO DE COISA JULGADA. DELITO MILITAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA.*
>
> *I. - **Writ** não conhecido quanto à alegação de ofensa ao princípio da indivisibilidade da ação penal, dado que tal questão não foi posta à apreciação do Superior Tribunal Militar.*
>
> *II. - Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, dada a incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o feito.*
>
> *III. – H.C. indeferido" (STF, Habeas Corpus nº 84.027-2/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. 27/04/2004).*

É do corpo do Acórdão:

> *"Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, tendo em vista a incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar o feito. É que, de acordo com o disposto no art. 9º do Código Penal Militar, é da justiça castrense a competência para processar e julgar crime praticado por militar contra militar em local sujeito à administração militar.*
>
> *No caso, conforme se vê dos autos, o paciente está sendo acusado da prática do delito de lesão corporal, porque teria, na Base Aérea de Santa Cruz/RJ, agredido um soldado da aeronáutica, quando ambos ali estavam em serviço.*
>
> *Assim, sendo competente a Justiça Militar para o julgamento do feito, é manifestamente nula a decisão proferida pelo XIX Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital. Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo o HC 53.379/RJ, Rel. Min. Thompson Flores:*
>
> > *'EMENTA – Acidente de trânsito. Lesões corporais daí resultantes. É crime militar, quando praticado por militar, dirigindo viatura militar e no exercício de suas funções, embora civil a vítima. C.P.M., art. 9º, II, c.*

II. Processos instaurados concomitantemente perante a Justiça Comum, Civil e Militar. Absolvição por aquela em sentença que transitou em julgado. Condenação, posterior, pela última.

Prevalência desta eis que ineficaz aquela, porque proferida por juiz que sequer tinha jurisdição (incompetência absoluta).

III. ***Habeas Corpus*** *indeferido porque visava a prevalência da sentença absolutória. Concessão* ***de ofício*** *para reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição.' ('DJ' de 16.6.76)*

No mesmo sentido, o HC 58.992/SP, Rel. Min. Décio Miranda:

'E M E N T A : - PENAL MILITAR. Considerada competente a Justiça Militar, nula é a sentença proferida na Justiça Comum. ***Habeas Corpus*** *denegado' ('DJ' de 26.3.82)*

Acrescente-se, ademais, que a circunstância de a decisão da Justiça Comum já haver transitado em julgado não tem o condão de lhe conferir eficácia, certo que somente configuraria coisa julgada se tivesse sido proferida pelo juízo competente. Nesse ponto, precisa é a lição de J. F. Marques, reproduzida no voto do eminente Min. Thompson Flores, Rel. do HC 53.379/RJ, acima citado:

'Quando o vício da incompetência deflui da falta de jurisdição, é ele totalmente insanável, ocorrendo assim incompetência absoluta. Neste caso, a autoridade judicante, por não ter jurisdição para a causa, não julgou como órgão judiciário. O que há, na espécie, são atos inexistentes, pois como diz Hélie 'onde não há jurisdição, não pode haver julgamento, e o ato, quaisquer que sejam os seus caracteristicos e finalidade, é considerado não existente'.

Há falta de jurisdição, sempre que exista incompetência em sentido objetivo, ou seja, quando uma categoria de juízes e tribunais decide de causa afeta a outra categoria. Isto acontece quando órgãos

da justiça especial decidem questões da justiça comum ou vice-versa.

*Também ocorre incompetência absoluta quando, nos próprios quadros de uma mesma jurisdição, juízes investidos apenas da jurisdição civil decidam casos criminais. Patente e claro que tais sentenças são inexistentes, mesmo quando absolutórias.' (J. F. Marques, **in** 'Da Competência em Matéria Penal', p. 307)"*

De outro lado, ainda que fosse aplicável à Justiça Militar a Lei nº 9.099/95, conforme § 5º do art. 89 da referida Lei, o juiz somente declarará extinta a punibilidade do crime após a expiração do prazo do sursis sem que haja revogação do benefício.

No caso, não há nos autos qualquer notícia de que o prazo tenha expirado sem a revogação do sursis.

Sobre o tema, Damásio E. de Jesus, na obra "Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada", 8ª edição, 2003, Editora Saraiva, leciona às págs. 142/143 que *"a sentença que aplica o sursis processual não faz coisa julgada material"* e que *"em face disso, pode ser cassada, mesmo transitada em julgado a decisão para o Ministério Público, desde que verificada a ilegalidade da concessão"*.

RECURSO CRIMINAL Nº 2005.01.007303-0-RJ

DENÚNCIA. ***CRIME EM TESE. REJEIÇÃO PELO JUÍZO "A QUO". ANÁLISE CIRCUNSTANCIADA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE MÉRITO. INOPORTUNIDADE. RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA PELO TRIBUNAL. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.*** *1. No despacho de recebimento, ou não, da denúncia, deve o magistrado, desenvolvendo argumento próprio do **juízo de delibação**, analisar os elementos da justa causa para a instauração da ação penal. O **juízo de mérito** somente deve ser manifestado após*

o encerramento da instrução criminal. 2. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que, havendo a descrição de crime, ainda que em tese; legitimidade ***"ad causam"****; ausência de causa extintiva de punibilidade; e preenchendo a exordial acusatória os requisitos do artigo 77 do CPPM (art. 41, CPP), impõe-se o seu recebimento. É o caso dos autos. Provido o recurso ministerial para, cassando a decisão hostilizada, receber a denúncia, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para o prosseguimento da ação penal.* ***Decisão unânime.***

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

Recorrente — O Ministério Público Militar.

Recorrida — A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 31/08/2005, proferida no APF nº 50/05, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o 1º Sgt Ex FAUSTO DOS SANTOS VIEIRA, como incurso no art. 163 do CPM.

Advogado — Dr. José Roberto Fani Tambasco, Defensor Público da União.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao recurso ministerial para, cassando a Decisão hostilizada, receber a Denúncia oferecida contra o 1º Sgt Ex FAUSTO DOS SANTOS VIEIRA, como incurso no art. 163 do CPM, e determinar a baixa dos autos para o prosseguimento do feito. O Ministro RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA não participou do julgamento.

Presidência do Ministro General-de-Exército Max Hoertel. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Carlos Alberto Marques Soares, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre, José Alfredo Lourenço dos Santos, Antonio Apparicio Ignacio Domingues, Rayder Alencar da Silveira e Sergio Ernesto Alves Conforto. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Marcus Herndl. (Extrato da Ata da 72ª Sessão, 22.11.2005).

ACÓRDÃO

Visto, relatado e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, na forma do Voto do Relator, dar provimento ao recurso ministerial para, cassando a Decisão hostilizada, receber a denúncia oferecida contra o 1º Sgt Ex FAUSTO DOS SANTOS VIEIRA, como incurso no artigo 163 do CPM, determinando a baixa dos autos à Auditoria de origem, para o prosseguimento do feito.

Brasília, 22 de novembro de 2005 — Gen Ex *Max Hoertel*, Ministro-Presidente — Ten Brig Ar *Flávio de Oliveira Lencastre*, Ministro-Relator.

RELATÓRIO

Verifica-se que consta do Auto de Prisão em Flagrante que o 1º Sargento do Exército FAUSTO DOS SANTOS VIEIRA, já qualificado nos autos, foi preso por volta das 06h00 do dia 06 de abril de 2005, porque teria **recusado a obedecer ordem** que lhe foi dada pelo Comandante do 2º Esquadrão de Carros de Combate do 1º Regimento de Carros de Combate (Rio de Janeiro-RJ), para que **apanhasse o seu armamento e equipamento e entrasse em forma** (fls. 26/39).

Foram juntados ao processo os seguintes documentos:

1) Nota de Culpa (fls. 44);

2) Auto de Exame de Corpo de Delito a que foi submetido o Sgt FAUSTO no dia da prisão (fls. 54);

3) LAUDO MÉDICO ESPECIALIZADO, datado de 17 de março de 2005, elaborado pelo Serviço de Neurocirurgia do Hospital Central do Exército, onde está registrado: *"... **09. DIAGNÓSTICO: M51.0 – transtornos dos discos intervertebrais lombares. 10. PROGNÓSTICO: Bom. 11. LAUDO MÉDICO ESPECIALIZADO: Apto para o serviço do Exército com restrições. Deverá continuar as suas atividades físicas de forma lenta e gradual. OBS.: Convém ser acompanhado pela Fisiatria, dispensado de formatura, exercícios em terreno. Sugiro realizar TFM alternativo e TAF alternativo... .**"* (fls. 57).

4) Cópia da Ata de Inspeção de Saúde, datada de 06 de abril de 2005, dela constando: *"... **DIAGNÓSTICO: CID 10/96: M51.1(...). PARECER: APTO PARA O SERVIÇO DO EXÉRCITO, COM RECOMENDAÇÕES. NECESSITA SER DISPENSADO DE ESFORÇOS FÍSICOS EXTENU-***

ANTES, MARCHAS, FORMATURAS E SERVIÇOS. AGUARDA PARECER SOLICITADO JUNTO AO SERVIÇO DE NEUROCIRURGIA DO HCE. Inspecionado para fins de: Prisão." (fls. 55).

5) Folhas de Alterações do Sgt FAUSTO, das quais são extraídos os dados abaixo (fls. 143/237):

- nascido em 19 de dezembro de 1960;
- praça de 04 de fevereiro de 1985, como aluno do Curso de Formação de Sargentos da Escola de Sargentos das Armas, oriundo do meio civil;
- sofreu 07 (sete) punições disciplinares e recebeu 04 (quatro) elogios individuais;
- ao tempo do crime a que se refere este processo, estava classificado no comportamento "BOM".

Em 11 de abril de 2005, a Defesa requereu o **relaxamento da prisão** do Sgt FAUSTO (fls. 65/67), cujo pedido recebeu parecer favorável do MPM (fls. 94/95). No dia 13 seguinte, o Juiz-Auditor Substituto da 4ª Auditoria da 1ª CJM proferiu a Decisão de fls. 97/98, concedendo **liberdade provisória** ao ora Recorrido, tendo o respectivo Alvará de Soltura sido cumprido na mesma data (fls. 106).

Por considerar inconclusivos os Laudos Médicos de fls. 55 e 57, a Representante do ***Parquet*** militar requereu ao Juízo as diligências indicadas às fls. 107 e 240/241, para que os médicos que examinaram o Sgt FAUSTO respondessem, claramente, se o militar ***"... poderia, diante da enfermidade apurada, "entrar em formatura com uniforme completo, armado e equipado".*** (fls. 107). E, ainda (fls. 241):

> *"... a) qual era o armamento e o equipamento que o SG FAUSTO deveria portar na ocasião. Incluir o peso aproximado dos objetos.*
>
> *b) qual era a ordem efetivamente proferida pelo Ten CAPELL FARIAS, isto é, se o SG FAUSTO deveria apenas entrar em formatura, não participando do deslocamento para o local de destino, ou a ordem incluía o deslocamento?*
>
> *c) o SG FAUSTO tinha conhecimento inequívoco de que não iria realizar exercício de tiro?*
>
> *d) explicar as contradições encontradas nos depoimentos dos médicos que, ora afirmam que o indiciado poderia entrar*

em formatura equipado e armado, ora informam que não poderia usar a mochila. Nos pareceres emitidos, afirmam que o indiciado, embora estivesse apto para o serviço do Exército, deveria ser dispensado de formaturas e exercícios de terreno, além de atividades que exigissem esforços extenuantes.

e) quanto ao que foi afirmado pelo ofendido em suas declarações de fls. 119, outros militares deverão ser ouvidos a fim de comprovar se o indiciado praticava as atividades mencionadas e em que período esse fato ocorreu. O Parquet deseja saber se o indiciado carregava peso, andava de bicicleta e fazia exercícios físicos por sua livre e espontânea vontade em período contemporâneo ao fato que determinou sua prisão em flagrante.

f) ouvir o Comandante do 1º RCC para que esclareça se chegou a ver o indiciado executando "movimentos de ordem unida com fuzil", e quando isso teria ocorrido.

g) ouvir o SG LOPES, mencionado nas declarações do ofendido (fls. 119), quanto à sua dispensa da formatura em causa. Deverá esclarecer se quem lhe conferiu a dispensa foi o próprio ofendido à vista do atestado médico, ou se a dispensa foi registrada em documento oficial, não podendo o ofendido, na ocasião, negar a referida concessão... ".

Respondendo as indagações do Ministério Público Militar, informou o Comandante do 1º Regimento de Carros de Combate (fls. 245/246):

"... 2. Presto, a seguir, as seguintes informações a fim de esclarecer as dúvidas do MPM:

a) O armamento utilizado pelo Sargento FAUSTO, na ocasião, era o fuzil 7,62 mm M964 (FAL) cujo peso com carregador vazio é de 4,250 Kg. O equipamento utilizado pelo mesmo Sargento, na ocasião, era composto por cinto, suspensório, porta-carregador de FAL e baioneta, cujo peso é de 1,050 Kg, conforme apresentado nas figuras 1 e 2 em anexo;

b) A ordem efetivamente proferida pelo 1º Tenente CAPELL FARIAS era para, apenas, entrar em forma, conforme consta do depoimento do oficial e do sargento FAUSTO, em anexo.

c) O Sargento FAUSTO não tinha conhecimento inequívoco de que não iria realizar o exercício de tiro, como consta de seu depoimento.

d) No depoimento do 1º Tenente Médico JAIR PIMENTEL ALVIM consta a restrição ao uso da mochila com todos os itens (poncho, manta, kit de manutenção do armamento, kit de higiene pessoal, acessórios, kit de manutenção do coturno, saco de dormir, marmita, talher articulado, uniforme completo sobressalente, coturno sobressalente) cujo peso aproximado é de 10,505 Kg (figuras 3 e 4) utilizada somente em situações especiais (marchas, exercícios de longa duração, etc), sendo que não estava prevista para a atividade de tiro a ser realizada naquela data. O 1º Tenente Médico MARCELO CARNEIRO DE ALBUQUERQUE atesta que o Sargento FAUSTO poderia participar de formaturas armado e equipado como apresentado nas figuras 1 e 2 por um curto período de tempo como acontece nas formaturas da subunidade;

e) Consta em anexo, o depoimento do 2º Tenente BRANDÃO, confirmando que o Sargento FAUSTO andava de bicicleta na época de sua prisão em flagrante. O sargento FAUSTO, em seu depoimento, confirma que andava de bicicleta, carregava peso e realizava exercícios físicos por sua livre e espontânea vontade, em período contemporâneo ao fato que determinou a sua prisão em flagrante;

f) Este Comandante viu o indiciado executando "movimentos de ordem unida com fuzil", conforme declaração em anexo;

g) O Sargento LOPES foi dispensado da formatura pelo 1º Tenente CAPELL FARIAS, conforme consta de seu depoimento em anexo... .".

Tendo como satisfatório o cumprimento das diligências requeridas, em 10 de agosto de 2005, a Representante do MPM junto à 4ª Auditoria da 1ª CJM ofereceu denúncia contra o 1º Sgt Ex FAUSTO DOS SANTOS VIEIRA, cujo teor transcrevemos (fls. 02/04):

"No dia 06 de abril de 2005, o denunciado, cumprindo expediente normal em sua unidade, recusou-se a atender ordem emanada de superior hierárquico no sentido de entrar em formatura equipado e armado.

O fato ocorreu no momento em que o ofendido direto, 1º Tenente DANIEL CAPELL FARIAS SILVA, determinou ao de-

nunciado que apenas entrasse em formatura juntamente com o efetivo do Esquadrão, devendo estar equipado e armado. Nesse momento, diante de todos os demais militares, respondeu ao superior que não iria formar em virtude de estar amparado por dispensa médica.

De imediato, o ofendido repetiu a ordem de forma clara, tendo o denunciado se recusado novamente a cumpri-la, aduzindo que estava dispensado, que tinha "prescrição cirúrgica", e que não iria atirar. Mais uma vez o 1º Tenente CAPELL FARIAS ordenou que o Sargento FAUSTO se equipasse, armasse e entrasse em forma, esclarecendo que não estava determinando que participasse do exercício de tiro, nem tampouco do deslocamento da tropa. Apenas que entrasse em forma equipado e armado. O denunciado continuou a repetir que não entraria em forma posto que estava dispensado, e que não iria atirar.

O ofendido repetiu a ordem diversas vezes, inclusive questionando o denunciado quanto ao fato de poder estar incorrendo em crime militar: "Sargento, pela última vez, para que não se caracterize o crime de insubordinação, você vai ou não apanhar o seu equipamento e armamento e entrar em forma?", tendo recebido a seguinte resposta: "Tenente, eu estou dispensado". A ordem ainda foi repetida outras vezes, sempre com a recusa do denunciado de cumpri-la, inclusive na presença do Capitão MARCELO AUGUSTO GUIMARÃES DA SILVA, o oficial mais antigo presente no Esquadrão.

Consta nos autos que o denunciado é apto para o serviço do Exército com restrições, o que não lhe impedia de participar da formatura na citada ocasião, equipado e armado.

Segundo se apurou na inquisa, houve inequívoca recusa a cumprimento de ordem emanada de superior hierárquico, ordem essa relativa a serviço. O denunciado, naquele momento, violou princípios basilares de hierarquia e de disciplina, gerando perniciosa repercussão na unidade.

Acrescente-se que o SG FAUSTO agiu de forma voluntária, espontânea, consciente e, mesmo sabendo que sua conduta era ilícita, prosseguiu na ação com evidente dolo de atingir a autoridade de seu superior.

O fato narrado configura o tipo capitulado no art. 163 do Código Penal Militar, razão pela qual o Ministério Público Militar oferece a presente denúncia.".

Em decisão de 31 de agosto de 2005, o Juiz-Auditor Substituto, Dr. MARCO AURÉLIO PETRA DE MELLO, rejeitou a Exordial Acusatória, tendo o ***"Decisum"*** recebido a fundamentação que se transcreve (fls. 259/262):

*"... Analisando e cotejando o resumo dos fatos colhidos em sede policial militar, ou melhor, as diligências requisitadas pelo MPM (fls. 240/255), que embasaram a denúncia, **constato a não-tipificação** do delito militar em questão, uma vez que a ação do superior hierárquico/vítima permeara uma imposição desnecessária, não ponderada, não só em face das restrições de aptidão vinculadas ao denunciado (fls. 87 e 89), mas, também, em virtude das atribuições desempenhadas pelo agente.*

*Vale destacar, então, que o atuar do denunciado/subordinado – 1º sargento, com mais de vinte anos de serviço – **limitou-se** a informar, com respeito, ao superior/vítima que não poderia entrar em forma, já que estaria, em síntese, dispensado dos esforços físicos, serviço e instrução, e, na oportunidade, com alegação de fortes dores, **não restando inequívoca**, para o denunciado, a ordem do ofendido, no sentido de que não iria realizar o exercício de tiro, consoante relatório complementar, às fls. 245.*

*Além disso, fica patente a restrição do denunciado, dentre outras atividades, para as formaturas (fls. 87 e 89), **não** servindo ao adequado desate da "causa", circunstâncias ou ponderações **supervenientes** (fls. 245/246), que **não** estavam expressas nos pareceres retro, leia-se, por exemplo, que o denunciado só poderia participar de formaturas sem a mochila alusiva, e por um curto período de tempo.*

*Portanto, os fatos em questão estão a traduzir que a conduta do denunciado **não ultrapassou os limites da transgressão disciplinar**, pois que o crime de insubordinação (ou mesmo de desrespeito, CPM, art. 160, cabeça), reclama, de logo, a **cristalina intenção imotivada** do agente, do denunciado de desobedecer a ordem de seu superior sobre assunto ou matéria de serviço.*

Ou seja, para a existência dos crimes militares retro, a causa de pedir inserta na denúncia deveria desenhar ***a falta****, por parte do denunciado, da quebra efetiva dos laços de sujeição e obediência hierárquica e disciplinar,* ***bem como*** *de desconsideração, desprezo, acatamento do mesmo para com o comandante/subcomandante de sua unidade/subunidade, conjuntura essa que não se extrai da petição inicial penal (ou dos autos).*

*Além do mais, não se pode dizer que o denunciado tenha, verdadeiramente, reagido contra a determinação do ofendido secundário. Buscou sim, o denunciado, argumentar que não poderia entrar em forma, principalmente, quando não restou, repita-se, inequívoca a finalidade da ordem. Não se podendo considerar, confessadamente, o elemento de índole subjetiva necessário à tipificação do(s) delito(s), veja-se, a ausência de recusa de obediência ou palavras desrespeitosas ou desafiadoras do militar denunciado (****leia-se, ainda****, a petição do Procurador do denunciado, às fls. 65/67).*

Sucede, de minha parte, reitere-se, não haver qualquer crime militar, pois o investigado, de uma forma ou de outra, entendia-se no direito de não entrar em forma, em razão da licença médica alusiva, vale dizer, o seu atuar era o de exercer um direito assegurado pelo(s) parecer(es) médico(s), e não desobedecer, meramente, ao superior hierárquico.

Por certo, verifico, mais uma vez, que as atitudes do denunciado são compreensíveis como "reação" de quem, amparado por licença médica, ***em ambiente muito ruidoso****, de ventiladas perseguições em âmbito militar, recebeu, a meu sentir, determinação não ponderada, diga-se, a contrariar* ***recomendação médica, até então genérica****.*

Creio que não seja adequado *para a configuração do delito, repito, somente a recusa de obediência à ordem* ***(pura e simples)****, que seja suficiente que a ordem não tenha sido executada, para se tipificar o crime militar de insubordinação.* ***A necessidade de avaliar*** *a forma pela qual é externada a recusa, a observação da maior (ou menor) gravidade do ato da recusa e, em decorrência, a tipicidade/****atipicidade*** *do crime militar.*

Não havia por parte do investigado a intenção de deliberadamente desrespeitar seu superior hierárquico, de recusar,

simplesmente, a ordem susoventilada, ***mas apenas um sentimento de injustiça extravasado****, de "perseguição", de falta de razoabilidade na determinação.*

Nesse caso, ***não*** *houve, ainda, lesão grave à autoridade do superior hierárquico, isto é, abalando, ainda que levemente, a autoridade do superior, e mais, da inexistência de potencial ofensa à autoridade ou disciplina militares, enquanto bem juridicamente tutelados pela lei penal militar, uma vez que o evento não trouxe qualquer repercussão negativa, afastando a possibilidade de configuração do delito de recusa de obediência.*

De qualquer modo, o(s) tipo(s) penal(is) em questão aponta(m) que a ação/conduta, que, em tese, pode ter ***tipicidade legal****.* ***Não*** *encontra "amparo" na* ***tipicidade penal/material desejada****, ou seja, tal conduta não se adequa* ***(SIC)*** *ao(s) tipo(s) penal(is) em comento. Restando que tudo deveria/poderia ser perfeitamente solucionado no âmbito-administrativo-disciplinar, mas nada que exija a aplicação do direito penal militar.*

Alfim, devo assentar que "... para ser recebida, não basta que a denúncia se exiba formalmente escorreita e que a alguém impute um crime em tese: é preciso mais que seja autorizada pela presença, nos autos, de algum objetivo elemento de convicção que a lastreie. É que a destinação ontológica da denúncia – instrumento inicial provocador da atuação da lei penal – se não compadece com seu oferecimento contra quem tudo leva a crer seja inocente.

Não se pode, pois, negar ao juiz o direito-dever de, liminarmente, confrontar os fatos constantes da investigação prévia com a narrativa da peça vestibular. Sem controle tal, teria o Ministério Público o inadmissível arbítrio de, carente de qualquer interesse socialmente defensável, sujeitar inocentes aos transtornos, sacrifícios e azares da ação penal.

Pelo menos, no pórtico do procedimento, assim, ao invés de se deferir ao público acusador ostentoso manto de "dominus litis", colocando-se "pari passu", com uma inconcebível quase restauração do famigerado regime das "lèteres de cachet", o juiz na posição de "Súdito da Denúncia" (RT 307/126), melhor será atribuir-lhe o singelo, mas dignificante laurel de "servo da ação penal" (CANUTO MENDES DE ALMEIDA), submetendo ao controle do Estado-Juiz o exame inaugural da viabilidade da postu-

lação de abertura do procedimento". (HC nº 37.822, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 1ª Câmara, unânime, Rel. Juiz AZEVEDO FRANCESCHINI) (grifos nossos).

Sendo assim, pelas razões expostas – e considerando, notadamente, os fundamentos invocados –, ***rejeito a denúncia****, com fulcro nos artigos 78, alínea "b" e 3º, alínea "a", ambos do CPPM, c/c o artigo 43, incisos I e III, do CPPB... .".*

Não se conformando com a rejeição da denúncia, tempestivamente, a Representante do MPM interpôs o presente RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, fundamentando o pedido no artigo 516, alínea "d", do CPPM (fls. 264).

Em suas Razões, sustenta a Recorrente (fls. 274/278):

"... A decisão de fls. 259/262, mediante a qual o magistrado rejeitou a denúncia, está lastreada em argumentos inerentes ao mérito da questão, posto que a peça atende perfeitamente os requisitos exigidos no Código de Processo Penal Militar.

Nesse passo, não se pode afirmar que a ilicitude da conduta do graduado se encontra indene de dúvidas. É fato incontroverso que o denunciado se recusou a cumprir a ordem proferida por seu superior direto. Também não se discute a existência da restrição médica. Estão em debate não somente os limites dessa restrição e a atitude do graduado em relação ao seu superior perante a tropa.

Na dúvida, impõe-se a propositura da ação penal. Persistindo a dúvida ao final da instrução criminal, impõe-se a absolvição.

O que se vê na decisão hostilizada é uma antecipação de sentença absolutória, sem que se tenha concedido ao Ministério Público Militar a oportunidade de produzir as provas necessárias ao esclarecimento total do evento... .".

Depois de enfrentar cada tópico da decisão recorrida e afirmar que a denúncia rejeitada atende a todos os pressupostos processuais, requer o Ministério Público Militar a cassação do **"Decisum"** hostilizado, com o conseqüente recebimento da denúncia, **"... dando-se início à ação penal militar contra o denunciado."**.

Contra-arrazoando o MPM, pugna a DPU pela manutenção da decisão atacada (fls. 281/282).

Às fls. 283, Decisão do Juiz-Auditor Substituto mantendo a rejeição da denúncia, ao mesmo tempo em que determinou a remessa dos autos a esta Corte.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 294/399, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, opina pelo provimento do recurso ministerial.

Por tratar-se de feito em que atua a DPU, foi determinada a intimação pessoal do Representante da Defensoria Pública-Geral da União, junto a este Tribunal, de que este processo foi posto em mesa para julgamento (fls. 305V).

ISTO POSTO

Passou o Tribunal a decidir.

VOTO

Examinando-se a Decisão recorrida (fls. 259/262), cujo teor foi transcrito no Relatório, fácil concluir que o insigne Juiz-Auditor não se limitou em apreciar a Exordial Acusatória nos moldes preconizados no artigo 77 do Código de Processo Penal Militar. S. Exa. foi além, proferindo juízo de mérito, realizando verdadeiro julgamento antecipado da lide, uma vez que o nobre Magistrado analisou os conteúdos do Auto de Prisão em Flagrante e dos depoimentos das testemunhas trazidos aos autos a pedido do MPM (fls. 247/281); todas as circunstâncias do fato tido como delituoso; a personalidade do militar acusado; e os motivos que levaram o denunciado a **recusar obedecer** a ordem recebida do 1º Ten Ex DANIEL CAPELL FARIAS SILVA, sustentando ***"... que a conduta do denunciado não ultrapassou os limites da transgressão disciplinar..."*** e que ***"... Não havia por parte do investigado a intenção de deliberadamente desrespeitar seu superior hierárquico, de recusar, simplesmente, a ordem susoventilada, mas apenas um sentimento de injustiça extravasado, de "perseguição", de falta de razoabilidade na determinação... ."***.

Com esses argumentos e o entendimento de que **o fato narrado não constitui crime de competência da justiça militar** (artigo 78, alínea "b", do CPPM), a denúncia foi REJEITADA, ensejando a interposição do recurso que ora apreciamos.

Como se sabe, no Despacho de recebimento, ou não, da denúncia, o juiz, desenvolvendo argumento próprio do **juízo de delibação**, analisa os elementos da justa causa para a instauração da ação penal. O

juízo de mérito somente deve ser manifestado após o encerramento da instrução criminal.

Sobre a hipótese, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: ***"... DENÚNCIA. RECEBIMENTO. A fase de recebimento da denúncia é imprópria a juízo de valor quanto à procedência das acusações, incumbindo ao Ministério Público, na instrução, demonstrá-la de forma robusta."*** **(INQUÉRITO Nº 1.748-5 – Decisão de 08/10/03 – DJU de 28/11/03 – página 11).**

É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que, havendo a descrição de crime, ainda que em tese; legitimidade ***"ad causam"***; ausência de causa extintiva da punibilidade; e, preenchendo a Exordial Acusatória os requisitos do artigo 77 do CPPM (artigo 41 do CPP), impõe-se o seu recebimento.

A seguir, trazemos à colação matéria análoga, decidida por esta Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça:

1. RECURSO CRIMINAL Nº 6.273-0/SP

Relator:*Min. Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR*

Ementa: "DENÚNCIA. RECEBIMENTO.

Deve o Juiz receber Denúncia oferecida pelo Ministério Público, quando feita nos moldes dos artigos 30 e 77 do CPPM, descrevendo, pelo menos, em tese, crime de competência da Justiça Militar... ." (Decisão de 02.04.96).

2. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 7.055/MG

Relator:*Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO – 6ª Turma/STJ*

Ementa: ***"RHC. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. REQUISITO FORMAL. REQUISITO MATERIAL*** *– A denúncia para ganhar validade precisa descrever fato definido como infração penal (requisito formal) e vir amparada em elemento fático que evidencie a existência do mesmo fato (requisito material)." (Decisão de 18.12.97 – DJU de 10.08.98 – Seção I, p. 81).*

3. HABEAS CORPUS Nº 83.490-6/MG

Relator: Min. MARCO AURÉLIO – 1ª Turma/STF

Ementa: *"... DENÚNCIA. PARÂMETROS. Descabe falar em vício da denúncia quando esta descreve o fato criminoso, analisando as circunstâncias em que ocorrido o delito, e indica a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas." (Decisão de 25.11.2003 – DJU de 12.04.2004 – página 43).*

"In casu", tendo por base as peças que informam o processo, os fatos descritos na denúncia e atribuídos ao Sgt FAUSTO constituem, em tese, crime previsto no Código Penal Militar, com indícios suficientes de autoria e materialidade comprovadas pelo Auto de Prisão em Flagrante de fls. 22/36.

A matéria trazida à colação foi muito bem enfrentada pelo insigne Representante da Procuradoria-Geral, cujos fragmentos de seu Parecer, a seguir transcritos, passam a integrar a fundamentação do Acórdão. Diz S. Exa., ***IN LITTERIS*** (fls. 293/296):

> *"... Não é preciso aprofundar o exame da causa. Nem seria próprio, na etapa processual em que se encontra, antecipar considerações legais que penetrem nas entranhas do fato, na sua motivação, nos argumentos de defesa etc. A realidade factual exposta nos documentos informativos é suficiente para desenhar o esboço da conduta antijurídica e culpável, sujeitando o infrator ao processo no foro competente.*
>
> *Nenhuma controvérsia pode ser levantada quanto à recusa de uma ordem pelo Denunciado. Sobre esse aspecto, provas diretas vicejam do auto de prisão. A resistência, contudo, fica estabelecida nas justificativas pelo não-cumprimento da disposição de serviço, diante da tropa, presenciada por militares de diversos graus, de modo a remanescer incompreensível e questionável escopo.*
>
> *Uma instituição pública pautada nos princípios de hierarquia e disciplina – como é o caso do trabalho nas Forças Armadas – exige do seu membro obediência ao sistema legal de ordens em matéria de serviço. Não reclama docilidade ou inclinação servil. Regulamentos e leis formam um espesso alicerce para o conjunto de preceitos que permitem o desenrolar efetivo da atividade militar e seus objetivos.*
>
> *A não-execução de uma ordem por inércia do destinatário, em tese, pode configurar desobediência passiva. Na hipótese imputada ao acusado, o comportamento surge com muita clare-*

za nas escrituras dos indícios. É motivo hábil para se abrir a demanda penal solicitada pelo dominus litis. Como representante da Lei e fiscal de sua execução, incumbe-lhe, em distinguida atribuição, o "resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases das Forças Armadas" – art. 55, do Código de Processo Penal Militar (...).

Ora, a idéia afirmada pelo Juiz-Auditor já profetizava a necessidade de descortinar o processo, diante de tema que precisa ser esclarecido judicialmente, conforme requer o Ministério Público. A investigação expedita acumulada na fase do Auto de Prisão não é útil para fornecer os elementos positivos imprescindíveis para se encerrar o registro de um crime militar, de autoria certa e relevo definido (...).

O episódio de indisciplina relatado nos autos reivindica, por si mesmo, essencial investigação no âmbito da justiça, dele recolhendo-se justa causa para a abertura do processo-crime...."

REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE Nº 2004.01.000046-6-DF

EMENTA: DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DE OFICIAL REFORMADO DA MB. CRIME DE ESTELIONATO. CONSTATAÇÃO, "IN CASU", DE AFRONTA A PRECEITOS ÉTICO-MORAIS CASTRENSES. Pena de cinco (05) anos, onze (11) meses e três (03) dias de reclusão, calcada no Art. 251, c/c o Art. 53, § 2º, inciso I, tudo do CPM, c/c o Art. 71 do CP. A sancionada conduta do Representado transcende como ofensiva a valores consagrados da Ética Castrense, demonstrando-se este como cabalmente maculado em seu "status" de militar, não possuindo mais, destarte, as condições necessárias para ostentar posto e patente de Oficial de Marinha. Estéreis as alusões defensivas, quer em preliminar como no mérito. Acolhida a Representação "sub examine". Decisão por unanimidade.

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

Revisor — Min. Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach.

Representante — A Exmª Srª PROCURADORA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR, com fundamento no art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, c/c o art. 112 do RI/STM, representa contra o 1º Ten Ref Mar MARCOS MATHEUS SOARES, objetivando a Declaração de Indignidade para o Oficialato, com a consequente perda de seu posto e sua patente.

Advogados — Dras. Francisca Pinheiro, Leila Cruz e Dr. Maurício Colonese.

Decisão — O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou as argüições desdobradas na preliminar e, **no mérito**, acolheu a Representação para declarar o 1º Ten Mar Ref MARCOS MATHEUS SOARES indigno do oficialato, **ex vi** do art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, determinando, em conseqüência, a perda de seu posto e patente. Presidência do Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA.

Presidência do Ministro Almirante-de-Esquadra José Julio Pedrosa. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros Antonio Carlos de Nogueira, Olympio Pereira da Silva Junior, Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Marcus Herndl, Expedito Hermes Rego Miranda, José Coêlho Ferreira, Henrique Marini e Souza, Max Hoertel, Valdesio Guilherme de Figueiredo, Marcos Augusto Leal de Azevedo, Flávio de Oliveira Lencastre e José Alfredo Lourenço dos Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Alberto Marques Soares. (Extrato da Ata da 68ª Sessão (extraordinária), 18.10.2004).

ACÓRDÃO

Vistos, relatado e discutidos estes autos, acordam, **por unanimidade**, os Senhores Ministros do Superior Tribunal Militar para rejeitar as argüições desdobradas na preliminar e acolher, no mérito, a Representação para declarar o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES indigno do oficialato, **ex vi** do art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, determinando, em consequência, a perda de seu posto e patente.

Brasília, 18 de outubro de 2004 — Dr *Antonio Carlos de Nogueira* Ministro, presidindo o Julgamento — Alte Esq *José Alfredo Lourenço dos Santos*, Ministro-Relator — *Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*, Ministro-Revisor.

RELATÓRIO

Pelo Ofício nº 3.315, de 16/DEZ/03, fls. 02 e v.º, o Comando da Marinha informou à Procuradoria-Geral da Justiça Militar que, de acordo com o notificado, a 17/OUT/03, pelo Juízo da 3ª Aud/1ª CJM, fls. 03, transitara em julgado, em 27/MAR/03, o Acórdão do STM que confirmou a sanção penal de 1º grau, quantificada em cinco (05) anos, onze (11) meses e três (03) dias de reclusão, proferida contra o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES, como incurso no Art. 251, c/c o Art. 53, § 2º, inciso I, tudo do CPM e, ainda, c/c o Art. 71 do CP.

O Ofício salientava que, em face do trânsito em julgado de sua condenação à pena restritiva de liberdade superior a dois (02) anos, impunha-se Representação contra o Oficial, para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato, nos termos do inciso VII do § 3º do Art. 142 da CF, observando, mais, que o Ten MATHEUS fora reformado por decisão prolatada no Conselho de Justificação a que respondeu, devido ter sido, também, condenado à pena de oito (08) meses de prisão, como infringente do Art. 187 do CPM.

A fim de instruir devidamente o processo "in tela", a Exma. Sra. Procuradora-Geral da Justiça Militar, Drª MARISA TEREZINHA CAUDURO DA SILVA, em 09/FEV/04, fls. 66/67, requisitou juntada aos autos de uma série de documentos, desses bastando aqui apontar: a Certidão de Trânsito em Julgado da respectiva Pena de Reclusão, fls. 72; e a Sentença condenatória "a quo" confirmada em Acórdão desta Instância Superior, fls. 74/96.

Após ter os autos como suficientemente instruídos, S. Exª propôs, contra o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES, Ação de Representação de Indignidade para o Oficialato, fls. 099/102, consignando que "in casu":

> *"A documentação inclusa comprova que o referido oficial foi sentenciado à pena definitiva de cinco anos, onze meses e três dias de reclusão, acusado da prática do crime de estelionato, previsto no artigo 251, c/c art. 53, § 2º, inciso I, do Código Penal Militar.*
>
> *II*
>
> *O (SIC) autos do processo tramitaram perante o Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM – Rio de Janeiro/RJ que considerou procedentes as imputações de prática criminosa pelo Representado, que na condição de gestor de pagamento recebeu vantagens indevidas e*

proporcionou a outros agentes a mesma facilidade, efetuando transferências de numerário para contas individuais e conjuntas de terceiros, com resultado desastroso para o erário público.

Os fatos ocorreram entre os anos de 1994 e 1995, quando o militar exercia a função de gestor financeiro no âmbito da Marinha do Brasil, ocasião em que desviou o montante de R$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais) para contas-correntes de pessoas estranhas à Administração Militar.

Ressalta-se o arrojo demonstrado no modus operandi *do infrator, tendo em vista que se utilizou de subterfúgios para perpetrar a fraude, ao solicitar pagamentos a diversos militares licenciados ou em processo de licenciamento, substituindo as contas-correntes dos beneficiários por outras, forjando documentos no Sistema de Pagamento de Pessoal da Marinha – SISPAG, adequando os valores a serem efetivamente creditados aos militares, inerente aos pagamentos de soldos, pensões e indenizações.*

III

Inobstante a interposição de recurso, o Egrégio Superior Tribunal Militar decidiu pela condenação do indiciado, aumentando a pena base estabelecida na decisão de primeiro grau...

IV

A condenação por delito de natureza dolosa, caracterizado pelo desvio de vultosa importância em prejuízo da Administração Militar, representa fato que deprecia a condição de membro das Forças Armadas, considerando-se que o Representado detém o posto de 1º Tenente da Marinha, reformado da Força em 16 de abril de 2002.

V

O status *de servidor militar da Nação no posto de oficial das Forças Armadas, revela-se incompatível com a situação de pessoa sentenciada de forma definitiva pela Justiça Militar Federal, cumprindo a pena de cinco anos, onze meses e três dias de reclusão, além de ter infligido prejuízo aos cofres públicos. Nesse sentido o provimento judicial traduz a flagrante violação, pelo sentenciado, do artigo 28,* caput *do Estatuto dos Militares,* verbis:

"O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõe a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis (...)"

VI

A Constituição Federal estabelece o rito obrigatório de julgamento do oficial das Forças Armadas "condenado na justiça comum ou militar (...) à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado (...)"- art. 142, parágrafo 3º, inciso VII".

Diante do exposto, o Ministério Público Militar representa a esse Egrégio Superior Tribunal Militar para que seja admitida a presente Representação e declarado o 1º Tenente Reformado da Marinha Marcos Matheus Soares INDIGNO DO OFICIALATO, e, por consequência, seja sentenciado a perda do posto e retirada a patente que ostenta na inatividade.".

Com atinência ao teor do parágrafo III da espécie em foco, verifica-se haver cometimento de erro pela douta Procuradora-Geral, ao afirmar que esta Corte aumentou a pena-base estabelecida na decisão de primeiro grau, haja vista que, na realidade, o STM manteve inalterado o "quantum" da pena de reclusão proclamada pela Sentença "a quo", como bem se constata, fls. 125/126, do Extrato da Ata que registrou o "decisum" desta Corte para a Apelação nº 2001.01.048772-7 RJ.

Todavia, frise-se, igualmente de plano, que o observado equívoco se demonstra, "in concreto", sem qualquer relevância no tocante à questão ora em exame.

Distribuídos e conclusos os autos a este Relator, fls. 105, exarou-se Despacho, fls. 106, no sentido de expedição de Carta Precatória Citatória, fls. 117, em cumprimento da qual, em 26/MAI/04, procedeu o Juízo da 4ª Aud/1ª CJM à citação do Representado, fls. 307 e v.º, para apresentar sua Defesa Escrita, na conformidade do previsto no Art. 113 do RISTM.

Tendo como signatária a Drª. FRANCISCA PINHEIRO, nobre Advogada constituída, OAB/RJ nº 54.181, a pertinente defesa, fls. 314/321, formula, preliminarmente, seis (06) argüições contestatórias do feito havido contra o Representado (que serão vistas, cada uma, na oportunidade do voto), requerendo, no mérito, conforme segue transcrito, "in essentia":

...*"a improcedência do pedido com o indeferimento da Representação, em face da mesma não ter nenhum efeito prático,E NÃO PREENCHER NENHUM FUNDAMENTO TECNICO CUJA REPRESENTAÇÃO ENCONTRA-SE EIVADA DE ERROS COMO JÁ DITO: negligência, imperícia e imprudência visto já encontrar-se o paciente reformado, longe de qualquer possibilidade de ser questionado quanto a quesitos do Estatuto dos Militares, já que não mais poderá reintegrar – se a situação de "Atividade".*

Por todo o exposto espera o indeferimento da representação como demonstração da mais lídima e escorreita aplicação de JUSTIÇA.".

RELATADOS, DECIDE-SE:

VOTO

A presente Representação para Declaração de Indignidade resulta "ex vi" do inciso VII do § 3º do Art. 142 da CF e em face do trânsito em julgado da pena de cinco (05) anos, onze (11) meses e três (03) dias de reclusão aplicada ao 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES, eis que julgado culpado em processo que respondeu por crime de estelionato.

O inciso constitucional supramencionado se remete ao que o antecede, estabelecendo, conjuntamente, os incisos VI e VII do § 3º do Art. 142 da Carta Magna "in verbis":

"VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;".

Destarte, o concernente julgamento, além de objetivar, em função específica de sua natureza judicial, um resultado declarativo, se processa, sobretudo, como imperativo para estabelecer a desconstituição de um direito, ou seja, aquele garantido na CF, mediante o Art. 142, § 3º, inciso VI, com referência às patentes dos Oficiais das Forças Armadas (FFAA).

Para a finalidade desconstitutiva de direito, haverá, pois, de se avaliar se, apesar de gravado com sanção restritiva de liberdade superior a dois (02) anos, o Oficial feriu os parâmetros da ética e da moral exigidos dos membros das Forças Armadas, estes indispensáveis para manter sua patente e o seu posto.

Sob esse aspecto, cuida, agora, esta Egrégia Corte de julgar o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES.

Defendendo o indigitado Oficial, sua Advogada constituída ressalta, preliminarmente, haver impropriedades que comprometem a peça ministerial formulada contra o 1º Ten (Refº) MATHEUS. No mérito, afirma que o julgamento não comporta "nenhum efeito prático", dado que o seu constituinte, por se tratar de militar reformado, não caberia de se ver questionado à luz do Estatuto dos Militares (EM).

Em preliminar, a ilustre defensora elenca seis (06) contestações, sendo que, nas quatro (04) primeiras, atribui à PGJM conforme visto "in summa":

I – "error in procedendo", vez que promoveu sua Ação contra o Representado apenas sob menção do artigo do CPM em que viu-se aquele condenado;

II – negligência, devido não ter observado que o Representado buscou ressarcir à União de modo prévio, autorizando o leilão de bens sequestrados mesmo antes do proferimento de decisões judiciais contra si, medida essa que, se levada a efeito quando externada, teria evitado a depreciação dos referidos bens e, por consequência, o prejuízo financeiro que ora vem suportando, também, o Oficial defendido;

III – imprudência, por ter consignado que a sanção do Representado decorreu aumentada pelo STM, porquanto, em realidade, no grau "ad quem" se manteve o "quantum" da pena de reclusão ditada "in prima instantia"; e

IV – imperícia, quando destaca que a condenação do Representado se verificou em face de prática de um crime de natureza dolosa e que, portanto, restaria depreciado como integrante das FFAA, adquirindo tal destaque uma conotação de fulcro pessoal, sem embasamento, ademais, em preceito realmente técnico, haja vista que Oficiais outros, condenados até por homicídio doloso, terminaram mantendo o seu "status", após submetidos ao julgamento em foco.

No tocante as duas (02) últimas contestações da preliminar defensiva, registra-se abreviadamente:

V – considerando que já se encontra reformado "ex officio", sem possibilidade alguma de ser reintegrado ao "convívio da caserna, não caberia, agora, como quer a PGJM, confrontar o Representado em virtude específica do Art. 28 do EM, tendo em vista, inclusive, que, no decurso de mais de dez (10) anos após o cometimento de seu delito, mesmo ante todas as adversidades que enfrentou, manteve um comportamento ilibado, não comprometendo, assim, a imagem da MB; e

VI – quanto ao Art. 142, § 3º, inciso VII, da CF, apontado pela PGJM como determinante da Ação contra o Representado, contesta-se a aplicação do referido mandamento apenas em decorrência de um fato isolado, pelo qual aquele já foi devidamente sancionado, realidade que não permitiria ter-se o presente feito como um ato de verdadeira justiça e nem recomendável pelo próprio direito. Nos considerandos finais da preliminar em tela, prossegue:

"É certo que o paciente foi condenado em razão do crime que cometeu e por cinco anos ficou privado da liberdade, sequer a liberdade condicional lhe foi concedida, não fosse o indulto suso aludido..

Mas apesar de tudo:

Permaneceu a trabalhar nas Unidades, enquanto aguardava julgamento, e mesmo no Presídio da Marinha, enquanto recluso, com o mesmo respeito a seu posto e à patente.

Foi reformado, sofrendo assim um grande revés, e agora, não bastasse todas as arbitrariedades havidas surge agora a ameaça de perda do posto e da patente, condenação esta que atingirá não só ao paciente, mas a seus familiares, por toda uma vida.

O estigma de indignidade é mais que uma prisão. Não tem prazo. É ETERNA.

Será que os quase cinco anos recluso já não foram suficientes?

A perda do posto e da patente significa atravessar uma fronteira de um homem que hoje se encontra sem a própria sombra, sem a própria identidade pelo qual foi forjado durante grande parte de sua vida e que não pode e nem deve ser mudado.

10 anos de sofrimento e a lembrança pelo resto da vida não bastam?

Tudo isto não é suficiente, a justiça onde está?".

Com atinência a duas (02) últimas suscitações defensivas, se constata que, apesar de elencadas preliminarmente, as deduções das mesmas se confundem, "in essentia", com o mérito desta "quaestio", motivando, então, "ex vi" do § 3º do Art. 79 do RISTM, que não sejam conhecidas por este Relator e deixadas para apreciação na oportunidade de se analisar o mérito.

Quanto àquelas tratadas em I, II, III e IV e que atribuem "error in procedendo", negligência, imprudência e imperícia à PGJM, em sua qualidade de provocadora do feito ora em crivo, vejo que estas se revelam, meridianamente, como incabíveis com relação ao instrumento ministerial que pretendem dar como espúrio.

Admite-se, somente, que houve um descuido da PGJM, ao afirmar que a pena do Representado fora aumentada no grau "ad quem", mas, que, conforme salientado na fase relatorial, traduz-se como um lapso irrelevante que não compromete, "in concreto", a presente Representação de Indignidade para o Oficialato.

Isto posto, REJEITO, "in totum", as quatro (04) primeiras argüições elencadas na preliminar defensiva, por não terem força jurídica e fundamentos capazes de abalar a Representação de Indignidade para o Oficialato, formulada pela ilustre Procuradora-Geral da Justiça Militar.

Ultrapassado o ponto que, "ex vi" do "caput" do Art. 79 do RISTM, foi "a priori" sopesado, cumpre agora examinar-se o mérito da Representação para Declaração de Indignidade para o Oficialato, havida contra o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES.

Devido à natureza ético-moral que, "stricto sensu", configura a realização desta modalidade de julgamento castrense, creio ser de todo oportuno relembrar, quanto aos conceitos de ética e de moral, alguns fundamentos colhidos do Acórdão desta Corte alusivos à Representação para Declaração de Indignidade nº 1993.01.000028-8 DF, julgado sob a rela-

toria do saudoso Ministro Alte Esq RAPHAEL DE AZEVEDO BRANCO e que, de forma mui perspicaz, observou "in verbis":

> ..."*A ética pode ser compreendida como toda atividade humana, enquanto intencionalmente dirigida à realização de um valor, posto que todos os homens procuram alcançar o que lhes parece ser o bem ou a felicidade. Logo, ética é também compreendida como ordenação teórico-prática dos comportamentos em geral, na medida e enquanto se destinam à realização de um bem e tem os seguintes enfoques:*
>
> *- o do valor da subjetividade do agente da ação; e,*
>
> *- o do valor da coletividade em que o indivíduo atua.*
>
> *Na primeira hipótese aprecia-se o ato em função da intencionalidade do agente, visando a plenitude de sua subjetividade, para que a unidade humana realize-se como pessoa – moral, (é a) ética da subjetividade ou do bem da pessoa.*
>
> *Ao contrário, na segunda hipótese, a conduta é analisada em função das relações intersubjetivas, implicando a existência do bem social, que supera o valor do bem de cada um, numa trama de valorações subjetivas – (é a) ética expressada como moral social.*
>
> *Contudo, mister se faz esclarecer que embora o valor da subjetividade seja o fundamento da moral, esta, mesmo visando o bem da pessoa, visa implicitamente, ao bem social, demonstrando a unidade da vida ética, embora manifeste-se esta sob prismas diversos.*".

Surge, através dessas considerações, o entendimento de que ética, em seu sentido genérico, 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, paute 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.

Como normas de conduta, a Lei nº 6.880, de 09/DEZ/1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares (EM), elenca em seu Art. 28 dezeno-

ve (19) preceitos de ética militar, em que repousam os sustentáculos do elevado conceito que se admite ser inerente àqueles que abraçam a carreira militar.

É mister ressaltar que a violação isolada de um ou de outro destes preceitos não importa, inexoravelmente, em declarar-se indigno o seu transgressor e, consequentemente, tê-lo expurgado da classe por ser com ela incompatível. Na verdade, o que conduz a tal desiderato é o caráter comportamental que flue do conjunto de ações e atitudes do transgressor, a revelar, de vez, uma personalidade que não se harmoniza com os valores cultuados na caserna.

É, pois, na moldura do Art. 28 do Diploma Legal retromencionado que se deve apreciar, agora, aquilo que, transcedendo da sua constatada, julgada e apenada conduta ilícita como estelionatário, grava o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES, de modo negativo, no contexto ético-moral exigido para a permanência nas Forças Armadas.

"In casu", não há como deixar de se registrar que o ora Representado, por enquadramento "ex officio" no Art. 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836, de 05/DEZ/72, viu-se submetido ao Conselho de Justificação nº 2000.01.000183-3 DF, em decorrência do trânsito em julgado de pena de oito (08) meses de prisão proclamada contra o mesmo, como infringente do Art. 187 do CPM, "id est", por deserção.

Às fls. 22 e 23 do Acórdão do STM para o supramencionado Conselho de Justificação se assinalou "ad litteram":

> *"Atendo-se ao que pertine, tão-sòmente, ao aspecto ético-moral da conduta desertiva do ora Justificante, a leitura do Relatório do Conselho de Justificação revela que, em que pese a reprovação testemunhal ali contida quanto ao aspecto moral do procedimento do ora Justificante em desertar, visando a impunidade em relação a um outro crime por ele também praticado, a maioria dos testemunhos vinculam as consequências da conduta do 1º Ten (IM) MARCOS MATHEUS SOARES a uma incapacidade em exercer liderança e conduzir seus pares e subordinados dentro dos preceitos de dever e ética militares, mercê da lacuna de exemplo de caráter pessoal que, intrinsicamente, deriva de seu comportamento.*
>
> *Divisa-se, assim, ... no 1º Ten (IM) MARCOS MATHEUS SOARES, uma personalidade que, tomada transparente dentro do escopo do presente Conselho de Justificação, se traduz como*

uma pessoa cuja personalidade se vê inajustada aos valores cultuados na caserna e às exigências funcionais de uma carreira militar e, "ipso facto", incapaz de permanecer na ativa ou, mesmo, na inatividade, eis que inaceitável sua eventual convocação para o Serviço Ativo da Marinha.

Impõe-se, portanto, a sua reforma"...

Vê-se, então, que, como resultado de sopesamento anterior desta Corte, o ora Representado encontra-se como Oficial Reformado.

Com referência explícita a esta situação, defensivamente, como visto antes, as colocações V e VI da preliminar levantada e as argumentações de mérito, confundindo-se entre si, destacam, em moldes de comiseração, que por já ter suportado condições tão penosas, inclusive, sem possibilidade alguma de ver-se outra vez em Serviço Ativo, isto haveria de, "in casu", ser levado em conta, bem como, que, por se encontrar como reformado, o ora Representado não poderia ser questionado em virtude de preceitos de Ética Militar.

Incide em crasso erro, a defensora constituída, por assim afirmar, vez que o EM, nas alíneas a) e b) do § 1º do seu Art. 3º, define que os militares se encontram em uma das seguintes situações: ativa, reserva remunerada ou reformado. E o mencionado Estatuto, em nenhuma das consideradas situações, estabelece exceções que permitam aos militares se portarem ética e moralmente em desacordo com o exigido pela tradição castrense.

Por conseguinte, é lógico que todo e qualquer indivíduo enquanto revestido com o "status" de militar, ainda que já reformado, sujeita-se a ser avaliado, em termos ético-morais, quando se veja indubitavelmente maculado por cometimento de ação indigna de um integrante das FFAA e cuja permanência nos quadros de sua Força Singular se demonstra, "ultima ratio", como simplesmente comprometedora do bom nome que deve ostentar.

À vista de sua condenação como estelionatário, devidamente transitada em julgado, é óbvio que o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES se encontra na condição mencionada.

A prática de estelionato por um militar, ainda mais se tratando de Oficial, o grava de forma deveras ignominiosa, com pecha mesmo de caráter nefasto, eis que capaz de sobrepor a ilicitude como mais importante que o cumprimento do dever castrense.

Tudo isto, no entanto, não fica restrito ao pessoal, mas, transcende como ofensiva ao decoro da classe militar, denegrindo, de forma contundente, a própria instituição do conspurcado elemento, no caso, a Marinha do Brasil.

Não se manteve o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES em real consonância com os preceitos da Ética Militar, quando exsurge que esse Oficial afrontou, patentemente, os seguintes valores ético-morais elencados no Art. 28 do EM:

I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;

II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

XII - cumprir seus deveres de cidadão;

XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular; e

XIX - zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar.

Além desses preceitos infringidos pelo ora Representado, cabe se lembrar, mais e ainda, que o CPM, no seu Art. 100, prevê que, na hipótese de condenação por estelionato, o Oficial se verá sujeito à Declaração de Indignidade para o Oficialato, haja vista a intrínseca natureza aviltante desse crime.

Tudo isso sopesado, é de se concluir, no mérito, que um Oficial das FFAA condenado, em definitivo, como incurso no Art. 251 do CPM, ou seja, por estelionato, exatamente como o 1º Ten Mar (Refº) MARCOS MATHEUS SOARES, já não possui condições ético-morais para continuar como detentor de posto e patente de Oficial de Marinha.

Índice Numérico

APELAÇÃO	RELATOR	
2003.01.049285-2-SP	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo	JSTM 14/09
2003.01.049479-0-MS	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo	JSTM 14/21
2003.01.049491-0-RJ	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo	JSTM 14/36
2004.01.049589-4-RJ	Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo	JSTM 14/59
2004.01.049620-3-RS	Min. Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza	JSTM 14/71
2004.01.049669-8-SP	Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre	JSTM 14/81
2004.01.049777-3-RJ	Min. Gen Ex Expedito Hermes Rego Miranda	JSTM 14/88
2004.01.049807-9-SP	Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares	JSTM 14/109
2005.01.049896-6-RJ	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior	JSTM 14/129
2005.01.049903-2-CE	Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior	JSTM 14/140
2005.01.049930-1-SP	Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos	JSTM 14/160
2005.01.050019-7-PE	Min. Dr. José Coêlho Ferreira	JSTM 14/174
2005.01.050035-0-RJ	Min. Ten Brig Ar Marcus Herndl	JSTM 14/192
2005.01.050087-1-RJ	Min. Dr. José Coêlho Ferreira	JSTM 14/200
2005.01.050106-1-SP	Min. Gen Ex Valdésio Guilherme de Figueiredo	JSTM 14/215
2005.01.050136-5-RJ	Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre	JSTM 14/221

CONFLITO DE COMPETÊNCIA	RELATOR	
2005.01.000333-1-PA	Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre	JSTM 14/239
CORREIÇÃO PARCIAL	**RELATOR**	
2005.01.001901-7-PR	Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues	JSTM 14/246
HABEAS CORPUS	**RELATOR**	
2005.01.034011-4-RS	Min. Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach	JSTM 14/250
2005.01.034061-0-AM	Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues	JSTM 14/254
2005.01.034064-5-SP	Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto	JSTM 14/258
2005.01.034098-0-DF	Min. Ten Brig Ar Marcus Herndl	JSTM 14/263
2005.01.034113-7-PA	Min. Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach	JSTM 14/268
RECURSO CRIMINAL	**RELATOR**	
2004.01.007226-3-MG	Min. Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues	JSTM 14/292
2005.01.007270-0-RS	Min. Gen Ex Valdesio Guilherme de Figueiredo	JSTM 14/297
2005.01.007279-8-RS	Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira	JSTM 14/302
2005.01.007283-2-BA	Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto	JSTM 14/307
2005.01.007291-3-SP	Min. Alte Esq Rayder Alencar da Silveira	JSTM 14/319
2005.01.007303-0-RJ	Min. Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre	JSTM 14/326
REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE.	**RELATOR**	
2004.01.000046-6-DF	Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos	JSTM 14/340

Índice de Assunto

Violação de sigilo funcional. Atipicidade. Desclassificação do delito. Violação indevida de correspondência. Impossibilidade. Apelo Ministerial improvido. Sentença absolutória de primeiro grau. Manutenção. Decisão unânime. Ap. nº 2003.01.049285-2-SP- JSTM 014/09

Desclassificação do delito. Violação de sigilo funcional. Atipicidade. Violação indevida de correspondência. Impossibilidade. Apelo Ministerial improvido. Sentença absolutória de primeiro grau. Manutenção. Decisão unânime. Ap. nº 2003.01.049285-2-SP- JSTM 014/09

Desvio. Desclassificação do delito. Apropriação indébita. Impossibilidade. Ausência de elemento. Sentença absolutória. Reforma. Apelo Ministerial. Provido. Sentença reformada. Decisão unânime. Art. 307, CPM. Ap. nº 2003.01.049479-0 – MS- JSTM 014/21

Desclassificação do delito. Desvio. Apropriação indébita. Impossibilidade. Ausência de elemento. Sentença absolutória. Reforma. Apelo Ministerial. Provido. Sentença reformada. Decisão unânime. Art. 307, CPM. Ap. nº 2003.01.049479-0 – MS- JSTM 014/21

Sentença absolutória. Reforma. Desvio. Desclassificação do delito. Apropriação indébita. Impossibilidade. Ausência de elemento. Apelo Ministerial. Provido. Sentença reformada. Decisão unânime. Art. 307, CPM. Ap. nº 2003.01.049479-0 – MS- JSTM 014/21

Latrocínio. Praça do exército. Morte de oficial. Co-Autoria. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 242,§ 3º, COM. Ap. nº 2003.01.049491-o – RJ- JSTM 014/36

Praça do exército. Latrocínio. Morte de oficial. Co-Autoria. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 242,§ 3º, COM. Ap. nº 2003.01.049491-o – RJ- JSTM 014/36

Morte de oficial. Latrocínio. Praça do exército. Co-Autoria. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 242,§ 3º, COM. Ap. nº 2003.01.049491-o – RJ- JSTM 014/36

Co-Autoria. Latrocínio. Praça do exército. Morte de oficial. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 242,§ 3º, COM. Ap. nº 2003.01.049491-o – RJ- JSTM 014/36

Desacato à superior. Injúria. Sursis. Concessão. Lei substantiva mais benéfica. Aplicação. Apelo da defesa. Provido parcialmente. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 298, CPM. Ap. nº 2004.01.049589-4 – RJ- JSTM 014/59

Injúria. Desacato à superior. Sursis. Concessão. Lei substantiva mais benéfica. Aplicação. Apelo da defesa. Provido parcialmente. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 298, CPM. Ap. nº 2004.01.049589-4 – RJ- JSTM 014/59

Sursis. Concessão. Desacato à superior. Injúria. Lei substantiva mais benéfica. Aplicação. Apelo da defesa. Provido parcialmente. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 298, CPM. Ap. nº 2004.01.049589-4 – RJ- JSTM 014/59

Lei substantiva mais benéfica. Aplicação. Desacato à superior. Injúria. Sursis. Concessão. Apelo da defesa. Provido parcialmente. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 298, CPM. Ap. nº 2004.01.049589-4 – RJ- JSTM 014/59

Imagem obscena. Uso do computador. Lugar sujeito à administração militar. Nulidade da sentença. Inaplicabilidade. Semi-imputabilidade não comprovada. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 239, CPM. Ap. nº 2004.01.049620-3- RS- JSTM 014/71

Uso do computador. Imagem obscena. Lugar sujeito à administração militar. Nulidade da sentença. Inaplicabilidade. Semi-imputabilidade não comprovada. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 239, CPM. Ap. nº 2004.01.049620-3- RS- JSTM 014/71

Lugar sujeito à administração militar. Imagem obscena. Uso do computador. Nulidade da sentença. Inaplicabilidade. Semi-imputabilidade não comprovada. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 239, CPM. Ap. nº 2004.01.049620-3- RS- JSTM 014/71

Nulidade da sentença. Inaplicabilidade. Imagem obscena. Uso do computador. Lugar sujeito à administração militar. Semi-imputabilidade não comprovada. Apelo da defesa. Improvido. Sentença condenatória. Manutenção. Decisão unânime. Art. 239, CPM. Ap. nº 2004.01.049620-3- RS- JSTM 014/71

Deserção. Circunstâncias atenuantes. Excludente de culpabilidade. Improcedência. Suspensão condicional da pena. Lei 10.259/2001. Inaplicabilidade. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão unânime. Art. 187 c.c art. 72, I, CPM. Ap. nº 2004.01.049669-8 – SP - JSTM 014/81

Excludente de culpabilidade. Improcedência. Deserção. Circunstâncias atenuantes. Suspensão condicional da pena. Lei 10.259/2001. Inaplicabilidade. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão unânime. Art. 187 c.c art. 72, I, CPM. Ap. nº 2004.01.049669-8 – SP- JSTM 014/81

Suspensão condicional da pena. Deserção. Circunstâncias atenuantes. Excludente de culpabilidade. Improcedente. Lei 10.259/2001. Inaplicabilidade. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão unânime. Art. 187 c.c art. 72, I, CPM. Ap. nº 2004.01.049669-8 – SP- JSTM 014/81

Lei 10.259/2001. Inaplicabilidade. Deserção. Circunstâncias atenuantes. Excludente de culpabilidade. Improcedente. Suspensão condicional da pena. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão unânime. Art. 187 c.c art. 72, I, CPM. Ap. nº 2004.01.049669-8 – SP- JSTM 014/81

Latrocínio. Roubo qualificado. Homicídio. Tentativa. Civil contra militar. Concurso de crimes. Prisão preventiva. Requisitos. Aplicação da pena. Circunstâncias atenuantes. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão por maioria. Art. 205, § 2º, II c.c art. 30, II, CPM, Ap. nº 2004.01.049777-3 – RJ - JSTM 014/88

Roubo qualificado. Latrocínio. Homicídio. Tentativa. Civil contra militar. Concurso de crimes. Prisão preventiva. Requisitos. Aplicação da pena. Circunstâncias atenuantes. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão por maioria. Art. 205, § 2º, II c.c art. 30, II, CPM, Ap. nº 2004.01.049777-3 – RJ - JSTM 014/88

Homicídio. Tentativa. Latrocínio. Roubo qualificado. Civil contra militar. Concurso de crimes. Prisão preventiva. Requisitos. Aplicação da pena. Circunstâncias atenuantes. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão por maioria. Art. 205, § 2º,II c.c art. 30,II,CPM,. Ap. nº 2004.01.049777-3 – RJ - JSTM 014/88

Concurso de crimes Latrocínio. Roubo qualificado. Homicídio. Tentativa. Civil contra militar. Prisão preventiva. Requisitos. Aplicação da pena. Circunstâncias atenuantes. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Decisão por maioria. Art. 205, § 2º, II c.c art. 30, II, CPM, Ap. nº 2004.01.049777-3 – RJ - JSTM 014/88

Estupro. Atentado violento ao pudor. Crime continuado. Descaracterização. Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Provida parcialmente a apelação. Decisão por maioria. Art. 232 c.c art. 237, II e art. 70, II, m, art. 233 c.c art. 30, II e art. 209, CPM. Ap. nº 2004.01.049807-9 – SP – JSTM 014/109

Atentado violento ao pudor. Estupro. Crime continuado. Descaracterização. Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Provida parcialmente a apelação. Decisão por maioria. Art. 232 c.c art. 237, II e art. 70, II, m, art. 233 c.c art.30, II e art. 209, CPM. Ap. nº 2004.01.049807-9 – SP – JSTM 014/109

Crime continuado. Descaracterização. Estupro. Atentado violento ao pudor. Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Provida parcialmente a apelação. Decisão por maioria. Art. 232 c.c art. 237, II e art. 70, II, m, art. 233 c.c art.30, II e art. 209, CPM. Ap. nº 2004.01.049807-9 – SP – JSTM 014/109

Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. Aplicação. Estupro. Atentado violento ao pudor. Crime continuado. Descaracterização Sentença condenatória a quo. Manutenção. Provida parcialmente a apelação. Decisão por maioria. Art. 232 c.c art. 237, II e art. 70, II, m, art. 233 c.c art. 30, II e art. 209, CPM. Ap. nº 2004.01.049807-9 – SP – JSTM 014/109

Exclusão das Forças Armadas. Pena acessória. Aplicação. Estupro. Atentado violento ao pudor. Crime continuado. Descaracterização. Sentença condenatória a quo. Manutenção. Provida parcialmente a apelação. Decisão por maioria. Art. 232 c.c art. 237, II e art. 70, II, m, art. 233 c.c art.30, II e art. 209, CPM. Ap. nº 2004.01.049807-9 – SP – JSTM 014/109

Abandono de posto. Militar de serviço. Ineficiência de provas. Sentença absolutória. Manutenção. Provida a apelação. Decisão unânime. Ap. nº 2005.01.049896-6 – RJ – JSTM 014/129

Militar de serviço. Abandono de posto. Ineficiência de provas. Sentença absolutória. Manutenção. Provida a apelação. Decisão unânime. Ap. nº 2005.01.049896-6 – RJ – JSTM 014/129

Corrupção ativa. Civil. Insuficiência de prova. Evasão de preso. Tentativa. Prescrição da pretensão punitiva. Prazos da prescrição. Extinção da punibilidade. Pena de detenção. Aumento. Decisão unânime. Art. 180, § 1º c.c art. 48; art. 123, IV c.c art. 125, VIII e art. 129, CPM. Ap. nº 2005.01.049903-2 – CE – JSTM 014/140

Civil. Corrupção ativa. Insuficiência de prova. Evasão de preso. Tentativa. Prescrição da pretensão punitiva. Prazos da prescrição. Extinção da punibilidade. Pena de detenção. Aumento. Decisão unânime. Art. 180, § 1º c.c art. 48; art. 123, IV c.c art. 125, VIII e art. 129, CPM. Ap. nº 2005.01.049903-2 – CE – JSTM 014/140

Insuficiência de prova. Corrupção ativa. Civil. Evasão de preso. Tentativa. Prescrição da pretensão punitiva. Prazos da prescrição. Extinção da punibilidade. Pena de detenção. Aumento. Decisão unânime. Art. 180, § 1º c.c art. 48; art. 123, IV c.c art. 125, VIII e art. 129, CPM. Ap. nº 2005.01.049903-2 – CE – JSTM 014/140

Evasão de preso. Tentativa. Corrupção ativa. Civil. Insuficiência de prova. Prescrição da pretensão punitiva. Prazos da prescrição. Extinção da punibilidade. Pena de detenção. Aumento. Decisão unânime. Art. 180, § 1º c.c art. 48; art. 123, IV c.c art. 125, VIII e art. 129, CPM. Ap. nº 2005.01.049903-2 – CE – JSTM 014/140

Prescrição da pretensão punitiva. Corrupção ativa. Civil. Insuficiência de prova. Evasão de preso. Tentativa. Prazos da prescrição. Extinção da punibilidade. Pena de detenção. Aumento. Decisão unânime. Art. 180, § 1º c.c art. 48; art. 123, IV c.c art. 125, VIII e art. 129, CPM. Ap. nº 2005.01.049903-2 – CE – JSTM 014/140

Extinção da punibilidade. Corrupção ativa. Civil. Insuficiência de prova. Evasão de preso. Tentativa. Prescrição da pretensão punitiva. Prazos da prescrição. Pena de detenção. Aumento. Decisão unânime. Art. 180, § 1º c.c art. 48; art. 123, IV c.c art. 125, VIII e art. 129, CPM. Ap. nº 2005.01.049903-2 – CE – JSTM 014/140

Deserção. Militar licenciado. Ação penal. Perda da condição de procedibilidade. Arquivamento do feito. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.049930-1 – SP – JSTM 014/160

Militar licenciado. Deserção. Ação penal. Perda da condição de procedibilidade. Arquivamento do feito. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.049930-1 – SP – JSTM 014/160

Ação penal. Perda da condição de procedibilidade. Deserção. Militar licenciado. Arquivamento do feito. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.049930-1 – SP – JSTM 014/160

Ameaça. Arma de fogo. Sentença absolutória *a quo*. Reforma. Decisão por maioria. Art. 223, CPM. Ap. nº 2005.01.050019-7-PE – JSTM 014/174

Arma de fogo. Ameaça. Sentença absolutória *a quo*. Reforma. Decisão por maioria. Art. 223, CPM. Ap. nº 2005.01.050019-7-PE – JSTM 014/174

Sentença absolutória *a quo*. Ameaça. Arma de fogo. Reforma. Decisão por maioria. Art. 223, CPM. Ap. nº 2005.01.050019-7-PE – JSTM 014/174

Deserção. Apresentação voluntária. Pretensão punitiva. Prescrição da ação penal. Lapso temporal. Improvida a apelação. Decisão unânime. Art. 132, CPM. Ap. nº 2005.01.050035-0 – RJ – JSTM 014/192

Apresentação voluntária. Deserção. Pretensão punitiva. Prescrição da ação penal. Lapso temporal. Improvida a apelação. Decisão unânime. Art. 132, CPM. Ap. nº 2005.01.050035-0 – RJ – JSTM 014/192

Pretensão punitiva. Prescrição da ação penal. Deserção. Apresentação voluntária. Lapso temporal. Improvida a apelação. Decisão unânime. Art. 132, CPM. Ap. nº 2005.01.050035-0 – RJ – JSTM 014/192

Lapso temporal. Deserção. Apresentação voluntária. Pretensão punitiva. Prescrição da ação penal. Improvida a apelação. Decisão unânime. Art. 132, CPM. Ap. nº 2005.01.050035-0 – RJ – JSTM 014/192

Homicídio. Tentativa. Pena do crime consumado. Aplicação. Critério trifásico. Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Redução da pena. Apelo ministerial improvido. Apelo da defesa provido parcialmente. Decisão unânime. Ap. 2005.01.050087-1 – RJ – JSTM 014/200

Pena do crime consumado. Aplicação. Homicídio. Tentativa. Critério trifásico. Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Redução da pena. Apelo ministerial improvido. Apelo da defesa provido parcialmente. Decisão unânime. Ap. 2005.01.050087-1 – RJ – JSTM 014/200

Critério trifásico. Homicídio. Tentativa. Pena do crime consumado. Aplicação. Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Redução da pena. Apelo ministerial improvido. Apelo da defesa provido parcialmente. Decisão unânime. Ap. 2005.01.050087-1 – RJ – JSTM 014/200

Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Homicídio. Tentativa. Pena do crime consumado. Aplicação. Critério trifásico. Redução da pena. Apelo ministerial improvido. Apelo da defesa provido parcialmente. Decisão unânime. Ap. 2005.01.050087-1 – RJ RJ – JSTM 014/200

Exclusão das Forças Armadas. Pena acessória. Aplicação. Homicídio. Tentativa. Pena do crime consumado. Aplicação. Critério trifásico. Redução da pena. Apelo ministerial improvido. Apelo da defesa provido parcialmente. Decisão unânime. Ap. 2005.01.050087-1 – RJ – JSTM 014/200

Redução da pena. Homicídio. Tentativa. Pena do crime consumado. Aplicação. Critério trifásico. Pena acessória. Aplicação. Exclusão das Forças Armadas. Apelo ministerial improvido. Apelo da defesa provido parcialmente. Decisão unânime. Ap. 2005.01.050087-1 – RJ – JSTM 014/200

Estelionato. Cumprimento da pena. Estabelecimento prisional militar. Lei 7210/84. Inaplicabilidade. Improvida a apelação. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.050106-1 – SP – JSTM 014/215

Cumprimento da pena. Estabelecimento prisional militar. Estelionato. Lei 7210/84. Inaplicabilidade. Improvida a apelação. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.050106-1 – SP – JSTM 014/215

Lei 7210/84. Inaplicabilidade. Estelionato. Cumprimento da pena. Estabelecimento prisional militar. Improvida a apelação. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.050106-1 – SP – JSTM 014/215

Estabelecimento prisional militar. Estelionato. Cumprimento da pena. Lei 7210/84. Inaplicabilidade. Improvida a apelação. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.050106-1 – SP – JSTM 014/215

Deserção. Desertor licenciado indevidamente. Ausência de condição de procedibilidade. Trancamento da ação penal. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.050136-5 – RJ – JSTM 014/221

Desertor licenciado indevidamente. Deserção. Ausência de condição de procedibilidade. Trancamento da ação penal. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.050136-5 – RJ – JSTM 014/221

Trancamento da ação penal. Deserção. Desertor licenciado indevidamente. Ausência de condição de procedibilidade. Decisão por maioria. Ap. nº 2005.01.050136-5 – RJ – JSTM 014/221

Estelionato. Falsidade. Conflito negativo de competência. Curso de formação de sargento. Concurso de admissão. Substituição de candidato por terceiro. Auditoria Militar. Competência. Decisão unânime. Conf. Comp. Nº 2005. 01. 000333-1 – PA – JSTM 014/239

Falsidade. Estelionato. Conflito negativo de competência. Curso de formação de sargento. Concurso de admissão. Substituição de candidato por terceiro. Auditoria Militar. Competência. Decisão unânime. Conf. Comp. Nº 2005. 01. 000333-1 – PA – JSTM 014/239

Conflito negativo de competência. Estelionato. Falsidade. Curso de formação de sargento. Concurso de admissão. Substituição de candidato por terceiro. Auditoria Militar. Competência. Decisão unânime. Conf. Comp. Nº 2005. 01. 000333-1 – PA – JSTM 014/239

Curso de formação de sargento. Concurso de admissão. Estelionato. Falsidade. Conflito negativo de competência. Substituição de candidato por terceiro. Auditoria Militar. Competência. Decisão unânime. Conf. Comp. Nº 2005. 01. 000333-1 – PA – JSTM 014/239

Substituição de candidato por terceiro. Curso de formação de sargento. Concurso de admissão. Estelionato. Falsidade. Conflito negativo de competência. Auditoria Militar. Competência. Decisão unânime. Conf. Comp. Nº 2005. 01. 000333-1 – PA – JSTM 014/239

Correição Parcial. Arquivamento de IPM. Decisão *a quo*. Desconstituição. Apropriação indébita. Indícios. Deferida a correição. Prosseguimento do feito. Decisão por maioria. Cor. Par. nº 2005.01.001901-7 – PR – JSTM 014/246

Arquivamento de IPM. Decisão *a quo*. Desconstituição. Correição Parcial Apropriação indébita. Indícios. Deferida a correição. Prosseguimento do feito. Decisão por maioria. Cor. Par. nº 2005.01.001901-7 – PR – JSTM 014/246

Decisão *a quo*. Desconstituição. Arquivamento de IPM. Correição Parcial. Apropriação indébita. Indícios. Deferida a correição. Prosseguimento do feito. Decisão por maioria. Cor. Par. nº 2005.01.001901-7 – PR – JSTM 014/246

Apropriação indébita. Indícios. Correição Parcial. Arquivamento de IPM. Decisão *a quo*. Desconstituição. Deferida a correição. Prosseguimento do feito. Decisão por maioria. Cor. Par. nº 2005.01.001901-7 – PR – JSTM 014/246

Deserção. Instrução provisória de deserção. Trancamento. Licenciamento do serviço ativo. Perda da condição de procedibilidade. Ordem concedida. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034011-4 – RS – JSTM 014/250

Instrução provisória de deserção. Trancamento. Deserção. Licenciamento do serviço ativo. Perda da condição de procedibilidade. Ordem concedida. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034011-4 – RS – JSTM 014/250

Licenciamento do serviço ativo. Deserção. Instrução provisória de deserção. Trancamento. Perda da condição de procedibilidade. Ordem concedida. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034011-4 – RS – JSTM 014/250

Punição disciplinar. Ilegalidade. Constrangimento ilegal. Descaracterização. Habeas Corpus. Descabimento. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034061-0 – AM – JSTM 014/254

Constrangimento ilegal. Descaracterização. Punição disciplinar. Ilegalidade. Habeas Corpus. Descabimento. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034061-0 – AM – JSTM 014/254

Habeas Corpus. Descabimento. Punição disciplinar. Ilegalidade. Constrangimento ilegal. Descaracterização. Ordem denegada. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034061-0 – AM – JSTM 014/254

Civil. Documento falso. Uso. Pedido de liminar. Suspensão do andamento do feito. Justiça Militar. Competência. Denegado pedido. Falta de amparo legal. HC nº 2005.01.034064-5- SP- JSTM 014/258

Documento falso. Uso. Civil. Pedido de liminar. Suspensão do andamento do feito. Justiça Militar. Competência. Denegado pedido. Falta de amparo legal. HC nº 2005.01.034064-5- SP- JSTM 014/258

Justiça Militar. Competência. Civil. Documento falso. Uso. Pedido de liminar. Suspensão do andamento do feito. Denegado pedido. Falta de amparo legal. HC nº 2005.01.034064-5- SP- JSTM 014/258

Deserção. Licenciamento do serviço ativo. Anulação. Reinclusão às fileiras da aeronáutica. Princípio da autotutela administrativa. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Falta de amparo legal. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034098-0-DF – JSTM 014/263

Licenciamento do serviço ativo. Anulação. Deserção. Reinclusão às fileiras da aeronáutica. Princípio da autotutela administrativa. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Falta de amparo legal. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034098-0-DF – JSTM 014/263

Reinclusão às fileiras da aeronáutica. Deserção. Licenciamento do serviço ativo. Anulação. Princípio da autotutela administrativa. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Falta de amparo legal. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034098-0-DF – JSTM 014/263

Princípio da autotutela administrativa. Deserção. Licenciamento do serviço ativo. Anulação. Reinclusão às fileiras da aeronáutica. Trancamento da ação penal. Ordem denegada. Falta de amparo legal. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. HC nº 2005.01.034098-0- DF – JSTM 014/263

Acidente aéreo. Aeronave militar. Dano material. Lesão corporal. Homicídio. Erro profissional. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Ausência de justa causa. Decisão unânime. Art. 467, CPPM. HC nº 2005.01.034113-7-PA – JSTM 014/268

Aeronave militar. Dano material. Acidente aéreo. Lesão corporal. Homicídio. Erro profissional. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Ausência de justa causa. Decisão unânime. Art. 467, CPPM. HC nº 2005.01.034113-7-PA – JSTM 014/268

Dano material. Aeronave militar. Acidente aéreo. Lesão corporal. Homicídio. Erro profissional. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Ausência de justa causa. Decisão unânime. Art. 467, CPPM. HC nº 2005.01.034113-7-PA – JSTM 014/268

Lesão corporal. Acidente aéreo. Aeronave militar. Dano material. Homicídio. Erro profissional. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Ausência de justa causa. Decisão unânime. Art. 467, CPPM. HC nº 2005.01.034113-7-PA – JSTM 014/268

Homicídio. Acidente aéreo. Aeronave militar. Dano material. Lesão corporal. Erro profissional. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Ausência de justa causa. Decisão unânime. Art. 467, CPPM. HC nº 2005.01.034113-7-PA – JSTM 014/268

Erro profissional. Acidente aéreo. Aeronave militar. Dano material. Lesão corporal. Homicídio. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. Ausência de justa causa. Decisão unânime. Art. 467, CPPM. HC nº 2005.01.034113-7-PA – JSTM 014/268

Oitiva de testemunha. Anulação. Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Anulação. Colisão de defesa. Caracterização. Recurso improvido. Decisão unânime. RCr. nº 2004.01007226-3 – MG – JSTM 014/292

Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Anulação. Oitiva de testemunha. Anulação. Colisão de defesa. Caracterização. Recurso improvido. Decisão unânime. RCr. nº 2004.01007226-3 – MG – JSTM 014/292

Colisão de defesa. Caracterização. Oitiva de testemunha. Anulação. Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Anulação. Recurso improvido. Decisão unânime. RCr. nº 2004.01007226-3 – MG – JSTM 014/292

Furto qualificado. Receptação. Exceção de litispendência. Indeferimento. Exceção de coisa julgada. Reconhecimento. Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Desconstituição. Justiça Militar. Competência. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007270-0- RS – JSTM 014/297

Receptação. Furto qualificado. Exceção de litispendência. Indeferimento. Exceção de coisa julgada. Reconhecimento. Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Desconstituição. Justiça Militar. Competência. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007270-0- RS – JSTM 014/297

Exceção de litispendência. Indeferimento. Furto qualificado. Receptação. Exceção de coisa julgada. Reconhecimento. Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Desconstituição. Justiça Militar. Competência. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007270-0- RS – JSTM 014/

Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Desconstituição. Furto qualificado. Receptação. Exceção de litispendência. Indeferimento. Exceção de coisa julgada. Reconhecimento. Justiça Militar. Competência. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007270-0- RS – JSTM 014/297

Justiça Militar. Competência. Furto qualificado. Receptação. Exceção de litispendência. Indeferimento. Exceção de coisa julgada. Reconhe-

cimento. Sentença do Conselho Permanente de Justiça. Desconstituição. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007270-0- RS – JSTM 014/297

Deserção. Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Recurso provido. Prosseguimento do feito. Decisão por maioria. RCr. nº 2005.01.007279-8 – RS – JSTM 014/302

Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Deserção. Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Recurso provido. Prosseguimento do feito. Decisão por maioria. RCr. nº 2005.01.007279-8-RS – JSTM 014/302

Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Deserção. Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Recurso provido. Prosseguimento do feito. Decisão por maioria. RCr. nº 2005.01.007279-8-RS – JSTM 014/302

Lesão corporal. Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Recurso provido. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007283-2-BA – JSTM 014/307

Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Lesão corporal. Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Recurso provido. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007283-2-BA – JSTM 014/307

Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Lesão corporal. Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Recurso provido. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007283-2-BA – JSTM 014/307

Receptação. Armamento militar. Civil. Extinção da punibilidade. Decisão *a quo*. Desconstituição. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007291-3 – SP – JSTM 014/319

Armamento militar. Receptação. Civil. Extinção da punibilidade. Decisão *a quo*. Desconstituição. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007291-3 – SP – JSTM 014/319

Civil. Receptação. Armamento militar. Extinção da punibilidade. Decisão *a quo*. Desconstituição. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007291-3 – SP – JSTM 014/319

Decisão *a quo*. Desconstituição. Receptação. Armamento militar. Civil. Extinção da punibilidade. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007291-3 – SP – JSTM 014/319

Insubordinação. Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Crime em tese. Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007303-0-RJ – JSTM 014/326

Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Insubordinação. Crime em tese. Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007303-0-RJ – JSTM 014/326

Crime em tese. Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Insubordinação. Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007303-0-RJ – JSTM 014/326

Exordial acusatória. Recebimento pelo Tribunal. Crime em tese. Insubordinação. Denúncia. Rejeição por juízo *a quo*. Prosseguimento do feito. Decisão unânime. RCr. nº 2005.01.007303-0-RJ – JSTM 014/326

Indignidade para o oficialato. Perda de posto e patente. Estelionato. Oficial reformado. Acolhida a Representação. Decisão unânime. Rep. Decl. Ind. nº 2004.01.000046-6 – DF – JSTM 014/340

Perda de posto e patente. Indignidade para o oficialato. Estelionato. Oficial reformado. Acolhida a Representação. Decisão unânime. Rep. Decl. Ind. nº 2004.01.000046-6 – DF – JSTM 014/340

Estelionato. Oficial reformado. Indignidade para o oficialato. Perda de posto e patente. Acolhida a Representação. Decisão unânime. Rep. Decl. Ind. nº 2004.01.000046-6 – DF – JSTM 014/340

Oficial reformado. Indignidade para o oficialato. Perda de posto e patente. Estelionato. Acolhida a Representação. Decisão unânime. Rep. Decl. Ind. nº 2004.01.000046-6 – DF – JSTM 014/340