

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Secretaria Judiciária
Coordenadoria de Acórdãos e Jurisprudência

EXTRATO DA ATA DA 63ª SESSÃO DE JULGAMENTO, EM 3 DE
SETEMBRO DE 2013

Presidência do Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO.

Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes.

Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior.

APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012 - AM - Relator Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Revisor Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. **APELANTE:** SILVANIA DA SILVA LIMA, Civil, condenada à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290, **caput**, do CPM, com o benefício do sursis pelo prazo de 02 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto. **APELADA:** A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 19/09/2012. Adv. Defensoria Pública da União.

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade processual, em razão da inaplicabilidade da Lei nº 11.719/2008 no âmbito da Justiça Militar da União. **No mérito, por unanimidade**, deu provimento ao recurso Defensivo, para absolver a Civil SILVANIA DA SILVA LIMA do crime tipificado no art. 290, **caput**, do CPM, com fundamento no art. 439, letra "e", do CPPM. O Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA (Revisor) fará declaração de voto. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR não participou do julgamento.


JÂNIO ROBERTO DINIZ LEITE
Coordenador

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

RELATOR: Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS.
REVISOR: Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA.
APELANTE: SILVANIA DA SILVA LIMA, civil, condenada à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290, "caput", do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.
APELADA: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 19/09/2012.
ADVOGADO: Defensoria Pública da União.

EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. TENTATIVA. APLICAÇÃO DA LEI 11.719/2008. NÃO OCORRÊNCIA. TESE DEFENSIVA DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE TERMO DE APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA DUVIDOSA QUANTO À DINÂMICA DOS FATOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*.

Os institutos da Lei nº 11.719/2008 não revogaram as disposições contidas no CPPM, não havendo de se falar, portanto, em nulidade. Preliminar rejeitada por unanimidade.

Materialidade do delito prejudicada em razão de não haver o Termo de Apreensão da substância. Além disso, não se procedeu à prisão em flagrante, de forma que a instrução probatória deixa muitas dúvidas quanto à dinâmica dos fatos. À míngua de prova forte e suficiente para a comprovação da autoria e da materialidade, deverá prevalecer, no caso específico, o princípio do *in dubio pro reo*, corolário do princípio constitucional da presunção de inocência. Provido o apelo defensivo. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO CERQUEIRA FILHO, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de nulidade processual, em razão da inaplicabilidade da Lei nº 11.719/2008 no âmbito da Justiça Militar da União. No mérito, por unanimidade, em dar provimento ao recurso Defensivo, para absolver a Civil SILVANIA DA SILVA LIMA do crime tipificado no art. 290, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, letra "e", do CPPM.

Brasília, 3 de setembro de 2013.


Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS
Relator

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

RELATOR: Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS.
REVISOR: Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA.
APELANTE: SILVANIA DA SILVA LIMA, civil, condenada à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290, "caput", do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.
APELADA: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 19/09/2012.
ADVOGADO: Defensoria Pública da União.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SILVANIA DA SILVA LIMA, civil, condenada à pena de 01 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 290, "caput"; do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 02 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O Ministério Público Militar denunciou a civil SILVANIA DA SILVA LIMA como incurso nas penas do artigo 290, "caput", do CPM, por introduzir 1,41 g (um grama e quarenta e um centigramas) da substância alcalóide Cocaína na Base Aérea de Manaus.

Em síntese, narra a denúncia ter a acusada deixado no Corpo da Guarda um pacote contendo alimentos para ser entregue ao soldado Farias que se encontrava na situação de preso na BAMN, à disposição da justiça. O S2 Jacob Rosas da Silva, de serviço de sentinela, ao realizar a revista no material, encontrou a droga dentro do pacote de biscoitos, relatando o fato ao Comandante da Guarda, 3S Ozenilton, que, logo em seguida, comunicou o ocorrido ao Oficial-de-Dia, Ten Rodrigo Ferreira KULINA.

Recebida a denúncia em 3 de novembro de 2009, a acusada foi devidamente citada em 6 de junho de 2011.

Qualificada e interrogada no dia 18 de julho de 2011, declarou serem falsos os fatos narrados na denúncia.

Como testemunhas do MPM foram ouvidos o ex-Sd Jacob Rosas da Silva, o 3º Sargento Adilson de Araújo Fonseca e o 3º Sargento Ozenilton da Silva Cruz que confirmaram os fatos narrados na denúncia.

Por carta precatória requerida pelo MPM, o 1º Ten Rodrigo Ferreira Kulina, Oficial-de-dia da BAMN na data do fato, confirmou os depoimentos prestados em sede de IPM e respondeu aos quesitos formulados pelo MPM.

A Defesa não arrolou testemunhas.

Vieram aos autos os seguintes documentos:

- Laudo de Constatação (fls. 12/13);

WR

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

- Laudo de Exame Definitivo (fls. 69/72) que atestou positivo para a espécie *cocaína*.
- Certidão Criminal Negativa (fl. 141); e
- Intimação por Edital (fls. 403/406).

Na fase do art. 427, *caput*, o MPM nada requereu. A DPU requereu a atualização das certidões da acusada.

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar requereu a condenação da ré nas sanções do art. 290 do CPM.

A Defesa, em sede preliminar, requereu a nulidade processual com base na Lei nº 11.719, de 20.06.2008, indagando ofensa ao devido processo legal.

No mérito, requereu a absolvição com base na alínea "b" do art. 439 do CPPM, argumentando ser atípica a conduta em razão de a acusada não ter entrado no quartel.

Realizado o julgamento em 19 de dezembro de 2012, ausente a acusada, o CPJ para a Aeronáutica, por unanimidade, julgou procedente a denúncia oferecida para condenar a ré SILVANA DA SILVA LIMA, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM, à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, concedendo-lhe o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

A Sentença foi lida e assinada em 20 de setembro de 2012.

Intimada em 23 de outubro de 2012, a DPU ofereceu tempestivo recurso no dia 25 do mesmo mês. Em suas razões, pugnou, preliminarmente, pela nulidade processual com base na aplicação da Lei nº 11.719, de 20/06/2008.

No mérito, sustentou a manifesta atipicidade da conduta em razão de a apelante não ter entrado na Organização Militar. Alegou, ainda, não haver possibilidade de ser admitida a modalidade tentada para o delito do art. 290 do CPM. Alegou, também, a tese do crime impossível, na forma do art. 32 do CPM, em razão da revista obrigatória a que passa tudo aquilo a ser entregue a um preso.

Finalmente, prequestionou a tipicidade e o perfeito enquadramento da conduta com a norma penal incriminadora.

O MPM, em 16 de janeiro de 2013, pugnou pelo afastamento das teses de nulidade processual e do crime impossível, reiterando pela manutenção da sentença recorrida.

A Secretaria Judiciária certificou nada existir em nome da apelada nesta Corte.

Instado a manifestar-se, o *Custos Legis*, por seu Subprocurador-Geral Dr. Roberto Coutinho, opinou pelo provimento parcial do apelo.

Contestou a preliminar de nulidade e, no mérito, admitiu haver tentativa na entrega da droga, o que ensejaria diminuição da pena nos moldes do inciso II do Art. 30 do CPM.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

A Defensoria Pública da União foi previamente intimada da colocação do feito em mesa para julgamento.

É o Relatório.

LSB

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

VOTO

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

PRELIMINAR DE NULIDADE

Preliminarmente, a Defesa suscitou a nulidade processual, a partir do recebimento da denúncia, inclusive, com base na Lei nº 11.719, de 20.06.2008, indagando ofensa ao devido processo legal. Não assiste razão à apelante pelos motivos que passo a expor.

O referido diploma alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Percebe-se, portanto, não ter o condão de modificar o CPPM. É cediço ocorrer a aplicação da legislação processual penal comum à Justiça Militar somente nos casos em que houver omissão, fato não verificado neste caso concreto. Não há, assim, motivos para aplicação dos artigos 394 ao 398 do Código de Processo Penal comum, conforme sugerido pela Defesa.

Isso posto, rejeito a preliminar de nulidade processual em razão da inaplicabilidade da Lei nº 11.719/2008 no âmbito da Justiça Militar da União.

MÉRITO

No mérito, a Defesa sustentou a atipicidade da conduta, argumentando, *in verbis*:

“Em nenhum momento teve a apelante acesso a área sob administração militar ou mesmo contato com a substância apreendida, que se encontrava camuflada, em embalagem entregue por desconhecidos.”

Defendeu, ainda, as teses de que o tipo do art. 290 do CPM não admite tentativa e a ocorrência da hipótese de crime impossível, na forma do art. 32.

Destacou, também, inexistir tipicidade aferível à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, prequestionando a matéria.

Assiste razão à Defesa não pelos argumentos utilizados, mas por outras questões que passo à análise.

Constam dos autos os depoimentos das testemunhas com o relato de que a Apelante, civil SILVANA DA SILVA LIMA, deixou, no Corpo da Guarda da Base Aérea de Manaus, alimentos contendo, no interior do pacote de biscoito, 1,41 g (um grama e quarenta e um centigramas) da substância alcalóide Cocaína para ser entregue ao soldado Farias que se encontrava na situação de preso de justiça naquela OM. O ex-Sd Jacob Rosas da Silva declarou, *in verbis*:

“que não era prevista a entrega de alimentos por meio do Portão da Guarda (‘tal entrega só é possível em dia de visitas, aos sábados e domingos’); que como, naquela ocasião, a senhora que estava com ‘três sacolas nas mãos’, havia insistido muito (‘ela insistiu bastante’), o 3S

LBS

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

OZENILTON acabou se comovendo e admitiu a entrada de tais sacolas ('foi quando ele disse para a moça que iria quebrar o galho dela'); (...)

O 3º Sargento Ozenilton da Silva Cruz declarou, *in verbis*:

"que a revista minuciosa nas sacolas entregues naquela ocasião pela acusada SILVANIA DA SILVA LIMA, não teve nenhum caráter 'especial' ('era um procedimento padrão')."

O 1º Ten Rodrigo Ferreira Kulina, Oficial-de-dia da BAMN na data do fato, por carta precatória, declarou, *in verbis*:

"que por volta das 22:00 horas recebeu uma ligação do 3S OZENILTON para que comparecesse à Guarda Norte, onde ele se encontrava de serviço, devido a uma situação que estava ocorrendo no local para que o depoente tomasse conhecimento da mesma; que chegando no local além do 3S referenciado encontrou também o S2 JACOB que estava de serviço; que os dois militares apresentavam ao depoente uma embalagem de biscoito que continha um pequeno invólucro de plástico contendo em seu interior um pó branco; que ao perguntar aos militares de que se tratava aquele material, o S2 JACOB relatou que uma senhora chamada SILVANIA por volta das 21:00 horas, dizendo ser irmã do preso, solicitou que entregasse aquele pacote de biscoitos para o referido preso cujo nome o depoente não se recorda; que perguntou aos militares se foi feita uma coleta de informações sobre aquela senhora, mas eles responderam que não;... que novamente contactou a assessoria jurídica que orientou o depoente para que guardasse aquele material até a manhã do dia seguinte, transcrevendo no livro todo o ocorrido; que por volta da meia-noite, do mesmo dia apareceu uma senhora na Guarda Oeste dizendo chamar-se SILVANIA, alegando que era a namorada do Sd FARIAS, dizendo ainda que havia deixado por engano aquele pó branco no meio do material que ele (sic) tinha deixado mais cedo para o preso; que pediu àquela senhora a sua identidade, o CPF para ter certeza da pessoa com quem estava falando; que após ter anotado todos os dados a senhora SILVANIA solicitou ao depoente que devolvesse aquele material para ela; que orientou-a de que poderia ser chamada para prestar maiores esclarecimentos, liberando-a logo a seguir;... que na primeira vez que a senhora SILVANIA foi até a Base Aérea de Manaus. ela chegou no portão de pedestres existente na guarda (ela não entrou no interior da BAMN). esclarecendo que o portão só poderia ser aberto no início e no término do expediente; que o referido portão fica à aproximadamente 50 (cinquenta) metros do local onde estava preso o segundo acusado; ...que o segundo acusado não recebeu efetivamente a encomenda deixada pela primeira."

Em seu depoimento, manifestou-se, *in verbis*:

"... que, quando a interroganda tomou conhecimento de que aquele aludido réu havia sido preso, intentou "dar um basta" no relacionamento, entretanto, aquele acusado telefonou da sua prisão para a interroganda, solicitando que esta lhe entregasse alguns alimentos ("eu mesma fui no mercado, comprei uns alimentos pra ele e fui levar no

WFB

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

xadrez”); que a interroganda, tão somente adquiriu frutas e iogurte para entregar ao acusado FRANCISCO DA SILVA FARIAS (“não comprei nenhum pacote de biscoito”); que no dia em que a interroganda levou as referidas frutas e iogurte para o referido réu, a mesma foi interpelada, em sua residência, por uma pessoa que havia lhe entregado um pacote, dizendo: “tu vai entregar coisa pro FARIAS, aproveita, entrega isso aí pra ele”; que a pessoa em questão era um indivíduo jovem, alto, moreno claro, aparentando ter uns vinte anos; ... que na ocasião este indivíduo entregou à interroganda uma sacola de supermercado contendo algumas coisas (“eu não abri, até porque não tinha motivo pra isso”); que então a interroganda dirigiu-se até a Base Aérea, entregando as frutas e iogurte (que havia comprado no mercado), bem como o pacote que o indivíduo acima descrito havia lhe deixado; que, quando a interroganda estava retornando à sua residência, recebeu um telefonema do acusado FRANCISCO DA SILVA FARIAS, no qual este afirmava que “havia ocorrido um problema com as coisas que eu tinha deixado lá”; que em razão do telefonema acima mencionado, a interroganda retornou à OM que no trajeto de retorno, a interroganda recebeu outro telefonema do aludido réu, no qual este afirmava que “havam encontrado droga nas coisas que ela havia entregado”; que, quando a interroganda chegou na aludida OM, foi confirmada a informação dada pelo acusado FRANCISCO DA SILVA FARIAS, tendo a ré tomado conhecimento de que a substância encontrada “estava em um pacote de biscoito”; ... que a interroganda, justamente em razão dos fatos anteriormente narrados, mudou-se de residência, receosa, tendo alugado a residência em que recebeu a “visita” do indivíduo que havia solicitado a entrega, pela interroganda, de um saco de supermercado para o acusado FRANCISCO DA SILVA FARIAS; que atualmente trabalha como lavadora de carros,...

O Laudo de Exame Definitivo atestou positivo para o alcalóide cocaína, porém, a materialidade ficou prejudicada em razão de não haver o Termo de Apreensão da substância.

Tem-se, ainda, algumas dúvidas nesse processo. Por exemplo, após a equipe de serviço identificar o pacote contendo a substância entorpecente, foi realizada uma revista nas celas da OM e não foi encontrado nenhum aparelho celular. Sendo assim, fica uma questão: se não havia aparelho celular com o militar que estava preso na OM, como a Apelante foi informada de que haviam descoberto a droga no pacote deixado no quartel? Além disso, se a equipe de serviço constatou a presença de substância estranha junto ao pacote de biscoito, após o retorno da Apelante à OM, por qual razão não foi lavrado o Auto de Prisão em Flagrante? Por qual motivo não foi chamada a polícia para as providências necessárias? Qual a razão de não ter sido feito o Termo de Apreensão da substância?

Corroborando com essas indagações e procedimentos equivocados, consta nos autos manifestação do Promotor da Justiça Militar Dr. José Luiz Pereira Gomes, *in verbis*:

“Agiram mal os militares da Aeronáutica.

Cap

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

Ao serem revistados os pertences da indiciada e constatada a presença de suposta substância entorpecente, o Comandante da BAMN, imediatamente, deveria ter acionado a polícia federal ou estadual e tomado providencias para deter a indiciada. Agiram, todos, erroneamente, seja por insegurança, despreparo ou desconhecimento de suas reais atribuições. A tentativa de introdução da droga deu-se, insciente e efetivamente, pelos próprios militares de serviço (3S Ozenilton), como autores mediatos. A indiciada não adentrou o quartelamento. A mesma esteve de volta ao local e o Oficial de Dia não a deteve, ainda que a indiciada confessasse que entregou a droga.”

No mesmo sentido do entendimento desta Corte, da aplicação do princípio *in dubio pro reo*, em casos específicos como esse, em que não houve a confecção do termo de apreensão e também não se procedeu à prisão em flagrante, cita-se *in verbis*:

*EMENTA: APELAÇÃO. ENTORPECENTE. ÁREA MILITAR. TERMO DE APREENSÃO. LAUDO DE CONSTATAÇÃO. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA. MATERIALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. A comprovação de que o material avaliado pelo Instituto Técnico Científico de Polícia foi o recolhido não restou conclusiva, em face da inexistência dos Termos de Apreensão e do Laudo de Constatação Preliminar, uma vez não ter sido igualmente lavrado o Auto de Prisão em Flagrante, razão pela qual a absolvição se impõe. A materialidade delitiva descrita na peça inaugural não restou comprovada, o que impede a condenação. Aplicação do princípio *in dubio pro reo*. APELO NEGADO. DECISÃO MAJORITÁRIA.*

Apelação 0000050-76.2010.7.03.0203 UF: RS. Decisão: 20/09/2012. Publ. 15/10/2012. Ministra Relatora para acórdão Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Ademais, não se pode afirmar, com segurança, o dolo de entregar a substância em área sob administração militar, tendo em vista o depoimento da apelada, o qual converge com a oitiva das testemunhas arroladas, no sentido de retornar ao quartel para reaver a substância entregue de forma involuntária, por estar envolvida num pacote de biscoitos. Ninguém, em sã consciência, retornaria a uma Unidade Militar nessas circunstâncias, sabendo da iminência de ser preso em flagrante.

Portanto, a instrução probatória deixa muitas dúvidas quanto à dinâmica dos fatos. Dessa maneira, à míngua de prova forte e suficiente para a comprovação da autoria e da materialidade, deverá prevalecer, nesse caso específico, o princípio do *in dubio pro reo*, corolário do princípio constitucional da presunção de inocência.

Pelo exposto, sem embargo dos esforços empreendidos pelo *Parquet* Militar para a comprovação da imputação atribuída à Apelada, as provas produzidas nos autos não se afiguram suficientes para ensejar o decreto condenatório, devendo prevalecer em favor da acusada o princípio do *in dubio pro reo*, com base no art. 439, letra “e”, do CPPM.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

Em face do exposto, dou provimento ao recurso defensivo, para absolver a civil SILVANIA DA SILVA LIMA do crime tipificado no art. 290, "caput" do CPM, com fundamento no art. 439, letra "e", do CPPM.



DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Votei convergente, acompanhando o Ministro-Relator e meus pares, no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade processual, por entender que não ficou demonstrada nos autos a existência de qualquer prejuízo à Apelante, em virtude da não aplicação, pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 12ª CJM, das regras insculpidas nos arts. 394 a 398 do CPPB, introduzidas nesse diploma legal por intermédio da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

Depois de analisar detidamente a questão arguida em preliminar pela Defensoria Pública da União, passei a ter novo entendimento de que as regras introduzidas pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, nos arts. 394 ao 405 do Código de Processo Penal Brasileiro, por serem mais benéficas aos Acusados, devem prevalecer em relação àquelas constantes no Código de Processo Penal Militar, relativizando-se o princípio da especialidade, para esse caso específico, com a finalidade de adequar as ações penais militares aos princípios da ampla defesa e do contraditório, insculpidos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

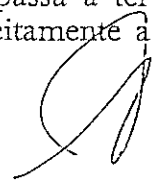
A reforma do CPPB, atinente aos citados dispositivos, possibilitou que o Acusado apresente uma defesa escrita prévia sobre o que lhe está sendo imputado na Denúncia, devendo tal procedimento ocorrer antes de qualquer produção de provas em Juízo. Nesse momento, compete à Defesa informar as provas que pretende produzir e indicar as testemunhas que devem ser ouvidas pelo juiz.

Após analisar a defesa prévia, compete ao juiz decidir se prosseguirá, ou não, com os demais atos processuais. Caso entenda que haja motivos para a absolvição sumária do Acusado, poderá por fim ao processo de primeira instância neste momento.

Por certo, há vantagens importantíssimas nessa mudança de procedimento no âmbito da Justiça Militar da União, mormente para os Acusados militares. A absolvição sumária do Acusado militar retirará dele a condição de *sub judice*, retornando esse ao *status quo ante*, quando reconhecida de pronto a sua inocência, não ficando adstrito à finalização do processo penal militar.

É oportuno lembrar que a condição de *sub judice* em relação ao militar inocente traz reflexos negativos para a sua carreira, porque o impede de ser promovido ou movimentado para outra guarnição militar, fora da sede da Auditoria em que tramita a ação penal militar.

De igual modo, a inversão do interrogatório e a produção de prova testemunhal em uma mesma audiência trarão mais celeridade ao processo penal militar. O interrogatório, ao ser o último ato da instrução penal, passa a ter a natureza jurídica de meio de defesa. Essa mudança se adequa perfeitamente aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.



SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

Aliás, no tocante à incidência da inversão do interrogatório, em legislação especial, relativizando o princípio da especialidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que são aplicáveis as novas regras do art. 400 do Código de Processo Penal, nos processos originários daquela Corte, regulados pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, conforme ficou registrado no Acórdão da relatoria do eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, que adiante transcrevo a ementa:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou.

III – Interpretação sistemática e teleológica do direito.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – Agravo Regimental na Ação Penal nº 528/DF, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/3/2011, publicado no DJe em 8/6/2011).

Esse precedente de alteração da Lei Processual, que estabelece regras próprias para os processos que tramitam pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, conduziu a Primeira Turma da Suprema Corte a decidir, recentemente, que a inversão do interrogatório estabelecida no art. 400 do CPP deve prevalecer sobre as regras do CPPM, conforme as ementas que trago à colação:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO). ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

2. A máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput) impõem a incidência da regra geral do CPP também no processo penal.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011).

3. Ordem de habeas corpus concedida. (STF – Habeas Corpus nº 115.698/AM, Relator o Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013, publicado no DJe em 14/8/2013).

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DE USO E POSSE DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290). ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL MILITAR (LEI N. 8.457/92). IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE GARANTIAS PRÓPRIAS E IDÔNEAS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. SIMETRIA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CRIMINOSO. COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO POR LAUDO PERICIAL SUBSCRITO POR UM ÚNICO PERITO. VALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 361 DO STF. PERITO OFICIAL. PRECEDENTES. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528). ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei nº 8.457/92, ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respectivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil.

2. O Enunciado nº 361 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal não é aplicável aos peritos oficiais, de sorte que, na espécie, exsurge válido o laudo pericial assinado por um só perito da Polícia Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 95595, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010. HC 72921, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 21/11/1995).

3. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, sendo certo que tal prática, benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º,

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

caput). Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011).

4. In casu, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (5ª CJM) rejeitou, 27/02/2012, o requerimento da defesa quanto à realização do interrogatório do paciente ao final da sessão de julgamento, negando aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o que contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem de habeas corpus concedida para anular os atos processuais praticados após o indeferimento do pleito defensivo e permitir o interrogatório do paciente antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense. (STF -- Habeas Corpus nº 115.530, Relator o Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013, publicado no DJe em 14/8/2013).

Nessa linha de raciocínio, entendo que mitigar o princípio da especialidade, nessa hipótese, é corrigir incorreções não vistas pelo Poder Legislativo que, corriqueiramente, não observa as semelhanças entre as legislações penais e processuais penais, trazendo as evoluções apenas para uma das normas, deixando a legislação castrense distanciada dos avanços constitucionais.

Contudo, o acolhimento dessas regras no manejo do processo penal militar não pode criar óbices à prestação jurisdicional e efetivar a impunidade no âmbito da Justiça Castrense, a ponto de transformar todos os atos processuais nulos a partir do recebimento da Denúncia.

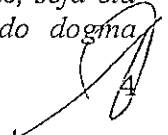
Há que se ter em mente que a decretação de nulidade em processo penal, seja ele militar ou não, deve estar intimamente ligada ao princípio do prejuízo. Em verdade, a lesão ao direito tutelado pela norma deve ser concreta e claramente demonstrada pela Defesa.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, como se pode observar:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas.

II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que "(...) o âmbito normativo do dogma



SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes.

III – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita.

IV – Recurso improvido. (STF – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 110.623/DF, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/3/2012, publicado no DJe em 26/3/2012).

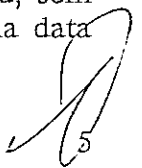
Há precedentes, também, nos seguintes julgados: *Habeas Corpus* nº 81.510, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/12/2001, publicado em 12/4/2002; *Habeas Corpus* nº 111.363, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/8/2013, publicado no DJe em 27/8/2013; *Habeas Corpus* nº 117.102, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/6/2013, publicado no DJe em 13/8/2013; *Habeas Corpus* nº 103.971, Relatora a Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, publicado no DJe em 25/9/2012; *Habeas Corpus* nº 103.525, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 3/8/2010, publicado no DJe em 27/8/2010; e *Habeas Corpus* nº 99.441, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 9/2/2010, publicado no DJe em 19/3/2010.

No caso concreto, não constatei nos autos a existência de prejuízos à Apelante pela não aplicabilidade dos arts. 394 a 398 do CPPB, por parte do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 12ª CJM, no decorrer do processo e do julgamento da Ação Penal Militar nº 7-18.2009.7.12.0012/AM.

Vale dizer que a Defensoria Pública da União, em sede de preliminar, tanto em Alegações Escritas quanto na Apelação, não demonstrou quais os prejuízos que foram causados à Apelante, em virtude da manutenção do rito processual previsto no CPPM.

No presente caso, foram oportunizados os meios e as garantias para a concretização do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual não vislumbrei qualquer lesão ao direito da Defesa que justificasse o acolhimento desta preliminar e a declaração da nulidade de todo o feito desde o recebimento da Denúncia, conforme preconiza o art. 499 do CPPM.

Ademais, entendo que a arguição dessa nulidade, em alegações escritas e na fase recursal, encontra-se preclusa, uma vez que a Defesa se manteve inerte em relação à produção do arcabouço probatório, concordando tacitamente com o cumprimento do que prevê o CPPM. Tanto foi assim que permitiu, sem qualquer questionamento, a qualificação e o interrogatório da Apelante na data marcada pelo Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM.



SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
APELAÇÃO Nº 7-18.2009.7.12.0012/AM

Também não há nos autos qualquer requerimento feito pela Defesa ao Conselho de Permanente de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 12ª CJM, no sentido de que fossem observadas as normas dos arts. 394 a 398 do CPP comum, desde a citação da Apelante.

Cabe ressaltar que a Defensoria Pública da União somente se manifestou pela aplicação dessas normas no momento em que apresentou as Alegações Escritas, durante o prazo do art. 428 do CPPM, ocasião em que, preliminarmente, requereu a nulidade de todo o processo, desde o recebimento da Denúncia.

Destarte, entendi que, se a Defesa, durante todo o processo, concordou com a condução o rito do CPPM, tornou essa matéria preclusa. Não pode ser considerado cabível, em Alegações Escritas, arguir a nulidade da Ação Penal Militar, desde o recebimento da Denúncia.

Ante o exposto, votei, acompanhando os meus pares, pela rejeição da preliminar de nulidade absoluta arguida pela Defensoria Pública da União, por entender que a Defesa não demonstrou os prejuízos causados à Apelante, em razão da aplicação do rito processual estabelecido no CPPM, em detrimento das regras estabelecidas nos arts. 394 a 398 do CPPB, por parte do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da Auditoria da 12ª CJM.

De igual modo, entendi que houve a preclusão lógica para a Defesa, uma vez que a Defensoria Pública da União não requereu, no momento da qualificação e do interrogatório da Apelante, a aplicação do rito estabelecido pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, conformando-se com a instrução criminal nos termos da legislação processual castrense.

Faço, desse modo, a presente Declaração de Voto, para que fique constando dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do RISTM.

Brasília, 3 de setembro de 2013.



Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Revisor