ISSN 0104-0952

STM

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 24
Número 2
Janeiro/2015 a Julho/2015

REVISTA DE DOUTRINA
E JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 24
Número 2
Jan./2015 a Jun./2015

Esta obra é disponibilizada nos termos da Licença Creative Commons – Atribuição – Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 4.0 Internacional. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Comissão de Jurisprudência

Supervisão editorial
Reginaldo Alves Araújo
Eduardo Monteiro Pereira

Capa e projeto gráfico
Luis Carlos dos Reis

Diagramação
Luis Carlos dos Reis
Paulo Henrique Tito

Revisão
Elson André Hermes
Iza Priscila Duarte Costa

Índice de assunto
Jonniery dos Santos Moreira

Ficha catalográfica
Jonniery dos Santos Moreira

Ficha Catalográfica

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 24, n. 2 (jan./jun. 2015). – Brasília : Superior Tribunal Militar, 2015-.
v.

Irregular.
Continuação de: Jurisprudência do Superior Tribunal Militar.
ISSN 0104-0952

1. Direito Militar. 2. Justiça Militar. I. Superior Tribunal Militar.

CDU 344.1

Catalogação na fonte – Seção de Biblioteca

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Elaboração, distribuição e informações
Superior Tribunal Militar (STM)
Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (Didoc)
Setor de Autarquias Sul – Praça dos Tribunais Superiores – Edifício-Sede – 10º Andar
CEP: 70098-900 Brasília-DF
Telefones: (61) 3313-9183/3313-9353/3313-9311
E-mail: didoc@stm.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2014 E 2015

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
(Presidente – até 15/3/2015)
Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros
(Presidente – a partir de 16/3/2015)

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão
(Vice-Presidente – até 15/3/2015)
Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira
(Vice-Presidente – a partir de 16/3/2015)

Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Ministro Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos
(Aposentado em 14/1/2015)
Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto
Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva
Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos
Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos
Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes
Ministro Dr. José Barroso Filho
Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi
Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa
Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ata da 7ª Sessão Administrativa (Extraordinária), de 9/4/2015
Expediente Administrativo nº 7/15, de 9/4/2015

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos *(Presidente)*
Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos *(Membro)*
Ministro Dr. José Barroso Filho *(Membro)*
Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão *(Suplente)*

Secretário da Comissão (Nomeado pelo Ato nº 1.264, de 24/4/15)
Ignácio Kazutomo Sette Silva *(Analista Judiciário do STM)*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

DOUTRINA

*STATUS D*E MILITAR DO DESERTOR PARA SE VER PROCESSAR E SEUS REFLEXOS PARA O SERVIÇO MILITAR 13
Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

AS QUESTÕES QUE ENVOLVEM O AUMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO 29
Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

ALGUNS MITOS QUE PODEM INFLUENCIAR NA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL MILITAR 49
Dr. André Lázaro Ferreira Augusto

PROCESSO E JULGAMENTO DE CIVIS PELO JUIZ MONOCRÁTICO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO 61
Dr. Jorge Cesar de Assis

JURISPRUDÊNCIA 2015

AGRAVO REGIMENTAL

18-62.2011.7.06.0006-DF 79
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

APELAÇÃO

11-03.2014.7.01.0201-RJ 91
Relator p/ o Acórdão – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

15-78.2009.7.06.0006-BA 219
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

25-49.2013.7.03.0303-RS 248
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

55-60.2012.7.02.0202-SP 264
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

72-27.2013.7.07.0007-PE 332
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira

110-41.2012.7.01.0201-RJ 339
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

110-75.2011.7.01.0201-RJ 365
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

HABEAS CORPUS

22-46.2015.7.00.0000-SP 373
Relator – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

38-97.2015.7.00.0000-MT 379
Relator – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

90-93.2015.7.00.0000-SP 386
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira

95-18.2015.7.00.0000-RJ 394
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

111-69.2015.7.00.0000-RS 401
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

123-83.2015.7.00.0000-RJ 423
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

MANDADO DE SEGURANÇA

41-52.2015.7.00.0000-RS 431
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

16-87.2013.7.03.0303-RS 451
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

137-02.2014.7.03.0103-RS 478
Relator – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

ÍNDICE DE ASSUNTO 493

Apresentação

Com a edição do volume 24 da *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, agora editada em 2 números, referente aos acórdãos de julho de 2014 a junho de 2015 desta Corte, a Comissão de Jurisprudência consolida a meta propugnada de difusão da doutrina e da jurisprudência referentes à Justiça Militar da União (JMU).

Tal êxito somente foi alcançado graças ao esforço e motivação dos Ministros integrantes da mencionada Comissão e da equipe da Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (DIDOC) desta colenda Corte.

A seguir relacionamos os artigos que foram colaborações de representantes da magistratura e da promotoria da Justiça Militar da União:

Volume 24, número 1

a) "A incompetência dos Conselhos de Justiça para o julgamento de civis no âmbito da JMU" (Ministro Vice-Presidente do STM ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA e Analista Judiciária da JMU FERNANDA LIMA AMORIM COUTINHO);

b) "A progressão do regime nos crimes militares ante as relações especiais de sujeição" (Ministra do STM MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e Analista Processual da PGR MICHELINE BARBOZA BALDUINO RIBEIRO); e

c) "As Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem – Respaldo Jurídico" (Ministro do STM LUIS CARLOS GOMES MATTOS);

Volume 24, número 2

a) "*Status* de militar do desertor para se ver processar e seus reflexos para o Serviço Militar" (Ministro do STM FERNANDO SÉRGIO GALVÃO);

b) “As questões que envolvem o aumento da competência da Justiça Militar da União” (Ministro do STM CARLOS AUGUSTO DE SOUSA);

c) “Alguns mitos que podem influenciar na busca pela verdade no processo penal militar” (Juiz-Auditor Substituto ANDRÉ LÁZARO FERREIRA AUGUSTO); e

d) “Processo e julgamento de civis pelo juiz monocrático na Justiça Militar da União” (Promotor de Justiça Militar JORGE CESAR DE ASSIS).

Novamente, a Comissão de Jurisprudência informa e concita o leitor a acessar outros julgados que estão disponíveis no sítio do STM, bastando acessar o endereço eletrônico: www.stm.jus.br/jurisprudencia. Nesse ensejo, aproveita e noticia que os exemplares das publicações de 1992 a 2015 já estão disponíveis no sítio www.stm.jus.br/publicacoes.

Comissão de Jurisprudência

DOUTRINA

STATUS DE MILITAR DO DESERTOR PARA SE VER PROCESSAR E SEUS REFLEXOS PARA O SERVIÇO MILITAR

Fernando Sérgio Galvão[1]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É atribuída à Justiça Militar da União (JMU), como ramo especializado do Poder Judiciário[2] desde a Constituição de 1934, a competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, conforme base principiológica de fundamental importância para o respaldo jurídico da atuação das Forças Armadas brasileiras. Há crucial vetor decorrente de sua especificidade, concernente à celeridade indispensável ao processo e ao julgamento dos crimes tipificados no Código Penal Militar (CPM)[3], o que assegura, como prevenção específica e geral, pronta resposta à sociedade e, sobretudo, ao segmento armado do Estado.

Porém, recentemente, não se tem observado, como outrora ocorria na JMU, tal celeridade processual no tocante ao crime de deserção, delito de mera conduta. Com isso, vêm a lume duas situações singulares na tramitação processual, a saber: a primeira, quando o acusado é praça sem estabilidade e comete novamente esse crime, no curso da ação penal de deserção anterior, sendo excluída por força de lei[4]. A segunda, quando o acusado perde a situação de militar após "**licenciamento**"[5], por equivocada decisão da Administração Militar ou em cumprimento de decisão da Justiça Federal Comum.

---

[1] General de Exército. Ministro do Superior Tribunal Militar.

[2] O Poder Judiciário brasileiro prevê a Justiça Comum, uma na esfera Federal e outra na Estadual, e três Justiças Especializadas: Militar, Trabalhista e Eleitoral.

[3] Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

[4] Conforme § 4º do art. 456 do CPPM.

[5] Licenciamento - Ato de exclusão da praça do serviço ativo, após o término do tempo do Serviço Militar Inicial, com sua inclusão na reserva. (Item 24) do art. 3º do Regulamento da LSM), diferindo-se de desincorporação.

A tipificação do crime de deserção visa à tutela do **Serviço Militar** e do **Dever Militar**[6] como bens jurídicos essenciais das Forças Armadas, tamanha a gravidade do delito e do perigoso potencial de atingir os mais caros e basilares princípios castrenses, podendo comprometer a funcionalidade das tropas, tanto em tempo de paz, na guerra ou em conflitos armados.

Notadamente, o Serviço Militar, como mandamento constitucional, nos termos do art. 143 da Carta Magna, consiste no exercício de atividades específicas, quando da convocação para a sua prestação, quer Inicial (**SMI**), quer sob outra forma ou fase (prorrogações e serviço voluntário). E, ainda, conforme preconiza a Lei do Serviço Militar (LSM)[7] e sua Regulamentação (RLSM)[8], as atividades militares do **SMI** visam à preparação da Reserva Mobilizável[9], cujos encargos de Defesa Nacional estão englobados pelo Serviço Militar[10].

Frise-se que o texto constitucional trata do Serviço Militar no sentido mais amplo, nos termos da **LSM**, e não apenas do **Inicial**. E é simples a compreensão do alcance deste mandamento da Constituição quando se conhece o Sistema de Mobilização de Pessoal Militar.

Nesse compasso, a história nacional revela a importância dos procedimentos atinentes à Mobilização. Na 2ª Guerra Mundial, o Brasil manteve-se neutro até 1941, quando, após ataques alemães nas costas brasileiras, foi declarada a guerra contra o Eixo. Porém, o País teve grangrandes dificuldades para organizar e preparar as suas Forças, dentre outras causas, em razão de seu precário Sistema de Mobilização Militar. E, por isso, a imprensa da época afirmava que *"É mais fácil uma cobra fumar do que o Brasil entrar em guerra!"*.

---

[6] Título III do CPM trata dos crimes contra o Serviço Militar, no sentido mais amplo, e do Dever Militar.

[7] Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (LSM).

[8] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 (RLSM).

[9] Art. 2º da Lei Nº 8.239, de 4 de outubro de 1991, que regulamenta o art. 143 da Constituição Federal /88.

[10] Convocação – Ato pelo qual os brasileiros chamados para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase (Item 6) do art. 3º do RLSM).

Mas o fato é que "a cobra fumou". O Brasil superou os desafios da mobilização e foi ao teatro de operações da Itália, onde a participação dos integrantes da FEB, inclusos os efetivos da Reserva Mobilizável, contribuiu para a vitória da democracia mundial e para as gloriosas páginas de nossa história nacional.

É com louvor que, também nos dias atuais, as Forças Armadas do Brasil detêm os melhores índices de credibilidade e de confiança perante a sociedade e de elevado reconhecimento no âmbito internacional. Dentre os fatores que contribuem para essa avaliação favorável, pesa o profissionalismo reinante nas instituições militares, ficando mais em evidência para a sociedade o Sistema Operacional das Forças. Entretanto, na realidade, o fator de sucesso é a interligação de todo o conjunto dos Sistemas das Forças.

Feitas tais considerações iniciais, revelo que o propósito deste Artigo Científico é destacar a eficácia, para o Serviço Militar, da correta aplicação do arcabouço legal[11] castrense no tocante ao delito de deserção, quando praticado pela praça sem estabilidade, havendo reflexos para o Sistema Operacional e o de Mobilização das Forças Armadas, cujos referenciais para a abordagem, a seguir apresentada, serão os do Exército.

A INTERLIGAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR COM OS SISTEMAS OPERACIONAL E DE MOBILIZAÇÃO

Dentre os diversos sistemas que integram as Forças Armadas, destaco o Sistema Operacional, este de maior visibilidade para a sociedade, o qual é interligado ao Sistema de Mobilização, ambos permeados pelo Sistema do Serviço Militar.

Senão vejamos. Após completar 18 anos de idade e depois de concluídas as fases iniciais do Serviço Militar relacionadas à convocação, distribuição e seleção, o jovem do sexo masculino de determinada classe[12] poderá ser dispensado da incorporação ou ser incluído no serviço ativo, dando início ao **SMI**. Com isso, o jovem cidadão passa a integrar o

[11] CPM, CPPM, Estatuto dos Militares, LSM e seu Regulamento.

[12] Classe – Conjunto dos brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de um mesmo ano, designada pelo ano de nascimento, que pode ser convocada para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase.

Sistema Operacional da Força Terrestre[13]. Note-se que, a partir do ato de inclusão, o incorporado estará sujeito à punibilidade na esfera judicial especializada, no tocante ao crime de deserção, pois passa a ostentar a condição pessoal de militar.

Com o desenvolvimento normal do **SMI**, o jovem é matriculado em diferentes cursos de natureza militar para ser qualificado no mister das Armas e, ao final, obter grau de instrução necessário ao ingresso, quando licenciado, na Reserva Mobilizável, sendo esta outra fase do Serviço Militar.

Somente assim acontecendo, se dará o licenciamento, ato de exclusão do serviço ativo e, automaticamente, a inclusão na Reserva, conforme o grau de instrução atingido ao final do **SMI**, preenchendo-se claros de encargos para a Defesa Nacional. Ao ser licenciado, o jovem perde a condição de militar e permanece de licença do serviço ativo até os 45 anos de idade[14], período em que poderá ser reincorporado e reincluído no Sistema Operacional, a fim de atender convocação decorrente de demandas de mobilização, retornando ao *status* de militar, na forma da lei.

Portanto, nas circunstâncias de conclusão do **SMI**, o Serviço Militar vigora até que o cidadão atinja a idade de 45 anos, quando estará completamente desobrigado desse mandamento constitucional. Nisso, serão abertos claros de mobilização a ser preenchidos por nova turma de licenciados e, assim sucessivamente, ano após ano.

Por tal razão, com respeito ao disposto no art. 132 do CPM, entende-se a *mens legis*, pois fica assegurado ao Estado a punibilidade do trânsfuga, condicionada àquela idade limite (45 anos para a praça), sujeitando-o ao devido processo legal, sem prejuízo da prestação complementar do Serviço Militar outrora interrompido com a deserção.

Ademais, é consabido que o agente do crime de deserção, ao cometer o delito durante o **SMI,** compromete o Serviço Militar no seu sentido mais amplo, pois o Serviço Inicial tem por finalidade a formação

[13] Destaco a Força Terrestre que, em média, totaliza 90% dos jovens incorporados, anualmente, nas Forças Armadas. Cerca de 3% incorporam na Marinha do Brasil e outros 7% na Aeronáutica. (Dados de 2012 da Diretoria de Serviço Militar do Exército Brasileiro).

[14] Conforme art. 5º da LSM, c/c o item 24) do art. 3º e o art. 19, ambos do RLSM.

de reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas no que se refere aos encargos relacionados com a Defesa Nacional, em caso de mobilização. Por igual razão, ficará sujeito à punibilidade o militar que passar a desertor durante as prorrogações do Serviço Inicial e, também, no período em que se encontrar reincorporado em decorrência de mobilização.

Importa destacar, ainda, que, na atualidade, exercícios de mobilização, de defesa territorial e de apresentação de reservistas permitem a atualização e o aperfeiçoamento de planos, com base em vasta legislação alinhada à Estratégia Nacional de Defesa. Com isso, dificuldades desse esforço nacional, como as verificadas na preparação do contingente da 2ª Guerra Mundial, são significativamente atenuadas. Nesse aspecto, incidem a importância da mobilização e o compromisso de zelar por sua integridade.

Como se vê, o Serviço Militar, mediante as suas fases e formas, permeia o Sistema Operacional e o de Mobilização. Sua eficácia, no espectro cogente, está imbricada com a precisa aplicação da lei penal militar em prol dos valores por ela tutelados e, nessa perspectiva, insere-se a tipificação da deserção.

DA DESERÇÃO

No âmbito da Justiça castrense, na condição de *ultima ratio* social, exigem-se como requisitos, apenas no crime de deserção, a punibilidade e a utilidade para a intervenção do Estado com a aplicação do Direito Penal Militar.

Com a prática de crimes tipificados no CPM, a "paz social" almejada pelo Estado se dará com a devida persecução penal, podendo desaguar, diante de eventual punibilidade, na condenação (imposição de pena), ou, por outro lado, na absolvição do acusado. Porém, no crime de deserção, e somente nesse delito, associado à aplicação de sanção (punibilidade), a **lei exige** restabelecimento específico da ordem, a saber, o cumprimento integral do Serviço Militar (utilidade), seja o Inicial ou outras formas e fases, legalmente previstas, outrora interrompido com a prática delitiva.

Por isso, o art. 80 do RLSM prevê que a praça desertora, sem estabilidade, quando capturada ou apresentada voluntariamente, será obrigatoriamente reincluída, se apta, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar. Dessa forma, reassume o *status* de militar, em cuja condição o absolvido ou o condenado, este após o cumprimento de pena, **completará o SMI**, com as ressalvas de desincorporação previstas no art. 140 do RLSM.

Cumpre ressalvar que a **desincorporação** e o **licenciamento** são atos de exclusão do serviço ativo, dentre outros.

O **licenciamento** tem por base o poder discricionário, conferido à Administração Militar, com grande elasticidade em razão do grau de instrução atingido pelo agente e, também, devido a diversos outros casos previstos na LSM e no seu Regulamento.

Por sua vez, a **desincorporação** é ato de exclusão vinculado, impositivo à Administração Militar, em razão de determinada situação comprovada. Assim, há casos em que agentes de deserção devem ser desincorporados. Por exemplo, o item 1 do § 5º do art. 140, do RLSM, dispõe sobre o agente desertor na situação de arrimo, e o item 2 trata do caso do maior de 30 anos. Nesses dispositivos legais, definem-se a oportunidade e a necessidade de complementação do Serviço Militar, bem como a especificação do Certificado a que fará jus o envolvido no delito de deserção.

Verifica-se, portanto, que há perfeita harmonia entre a legislação penal castrense e a do Serviço Militar, bem como com o Estatuto dos Militares, nos termos do inciso VIII, do art. 82 e art. 128. Nítido que o legislador zeloso assegurara o cumprimento integral do Serviço Militar, abrangido o Inicial e suas outras formas e fases.

O DESCOMPASSO ENTRE O ENTENDIMENTO DO CUMPRIMENTO DO SMI E A EXPRESSÃO "*TEMPO DE SERVIÇO MILITAR*" DO DESERTOR

Durante o SMI, o soldado realizará cursos para obtenção de conhecimentos básicos, de qualificação e de adestramento relacionados à tropa que integra. Para a efetividade dessa gama de atividades castrenses, o **SMI** tem a duração normal de 12 meses, permitindo, aos incorporados, a obtenção de grau de instrução necessário para o ingresso na Reserva Mobilizável.

O *"tempo de serviço militar"* do incorporado pode exceder a 12 meses quando o programa pedagógico do SMI é interrompido pelo cometimento da deserção.

Para melhor compreensão, apresento três exemplos distintos acerca dessa assertiva.

1º Caso – Militar sem delitos no SMI

No tocante ao **SMI normal**, o *"tempo de serviço"* do soldado recruta coincide com a programação ininterrupta de ensino-aprendizagem. A contagem do *"tempo de serviço militar"*, nesse primeiro caso, será dia a dia, de efetivo serviço, a partir da incorporação.

O *"tempo de serviço"* do indivíduo tende a coincidir com o tempo do SMI.

2º Caso – Militar com delito (diferente de deserção) no SMI

Para quem comete delito durante o SMI, não haverá substancial prejuízo no programa pedagógico, pois o agente permanecerá na ativa e respondendo à ação penal, inclusive nos casos de crime propriamente militar, exceto no de deserção.

Para o soldado que incide, por exemplo, em abandono de posto (art. 195 do CPM), enquanto responde à ação penal, não haverá óbice para o prosseguimento do **SMI.** Ele participará normalmente dos cursos em que estiver matriculado, para atingir o grau de instrução necessário ao seu licenciamento e à consequente inclusão na Reserva Mobilizável. Nesse segundo caso hipotético, caso a ação penal ainda esteja em curso por ocasião do licenciamento, o ato de exclusão será efetivado em coordenação com o Juízo Militar. Isso porque todas as etapas de instrução do **SMI** estariam cumpridas. Inclusive, nesse caso (abandono de posto), o réu condenado poderá cumprir a pena imposta na condição de civil.

Também, nessa situação hipotética de abandono de posto, o "*tempo de serviço militar"* do infrator tende a coincidir com aquele normal de duração do próprio **SMI**.

3º Caso – Militar com deserção no SMI

Porém, a praça sem estabilidade, ao cometer o delito de deserção, é excluída do serviço ativo. Somente retoma a condição de militar depois de capturada ou de sua apresentação voluntária, sendo reincluída,

se apta, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar. Depois de absolvido ou de cumprir pena, se condenado, o militar **complementará o SMI**, interrompido por sua própria conduta delitiva. Devem ser consideradas, ainda, se for o caso, as ressalvas quanto a possível desincorporação nos casos englobados pelo art. 140 do RLSM.

É certo que o soldado, se interromper o **SMI** por sua mera conduta, atingirá frontalmente o Serviço Militar e o Sistema Operacional, causando prejuízos e dificuldades para a recuperação de sua instrução na Organização Militar (OM), visando ao seu ingresso na Reserva Mobilizável com o necessário grau de ***expertise***.

Cabe destacar que o período em que esteve trânsfuga e o do cumprimento de pena privativa de liberdade pela deserção não são computados como *"tempo de serviço militar"*[15].

Portanto, o *"tempo de serviço militar",* para o recruta que se enquadre nesse terceiro caso, estará sujeito a algumas condicionantes, demandando especial atenção à celeridade da ação criminal. Quanto mais demorada a resposta penal, maior será o *"tempo de serviço"* total daquele que cometera a deserção.

INTERPRETAÇÕES SOBRE A *QUAESTIO*

Diante da competência e da especificidade atinentes à JMU para processar e julgar crimes militares, o ritmo processual empreendido, referente à deserção, não tem alcançado a esperada celeridade. E como consequência, duas situações têm ocorrido.

Numa primeira vertente, tão logo concedida a liberdade provisória pelo Juízo castrense, nova deserção é cometida, antes da conclusão do processo referente ao delito anterior.

Noutra via, em razão de demorada resposta penal, licenciamentos prematuros são procedidos, motivados pela aplicação inadequada da discricionariedade de Comandantes de OM ou mediante determinação judicial emanada de magistrados da Justiça Federal comum, confundindo-se, em ambas as situações, duração do **SMI** com ***"tempo de serviço militar"*** do acusado. Desconsidera-se, assim, a falta de grau de instrução para a inclu-

[15] Conforme art. 136, c/c as letras c) e e) do § 4º do art. 137, ambos do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

são do agente na Reserva, conforme prescrito no art. 80 do RLSM. Igualmente, com a antecipação do licenciamento, ignora-se o conhecimento da ofensa perpetrada aos valores da caserna e, em última análise, aos do Estado, aspecto somente clarificado com o trânsito em julgado. E tão somente nesse momento final da persecução penal, poder-se-ia avaliar a possibilidade até mesmo da não concretização do licenciamento, mas sim da expulsão do militar, na forma da lei, fator impeditivo do ingresso daquele desertor na Reserva Mobilizável.

Com efeito, considerando as duas situações aventadas, cujo enfrentamento vem às barras da JMU, surge entendimento no sentido da possibilidade de prosseguimento da ação penal, já instaurada, e de julgar o acusado, agora civil, que cometera deserção enquanto militar.

Estampa-se, assim, o ponto fulcral *da quaestio*.

O problema é que o agente, na condição de civil, não poderá se ver processar pelo crime de deserção. Exsurgem óbices à instauração da ação penal e empecilho à continuidade, à revelia ou não, daquela iniciada. Quanto à punibilidade, destaco que esta não pode ser alcançada em descompasso com o bem jurídico protegido, conforme abordado.

Por isso, pergunta-se: como processar por deserção um civil, militar que fora licenciado, sendo que o bem protegido com a tipificação do crime é o Serviço Militar? O jovem estaria de posse de um Certificado[16], em que pese a sua equivocada concessão, assegurando-lhe que está em dia com as obrigações relativas ao Serviço Militar, nos termos do art. 143 da CF.

Ainda, indaga-se: como processar um civil à revelia, sem saber de suas reais condições de aptidão para o Serviço Militar, o qual, eventualmente, poderá necessitar de restabelecimento de sua saúde? Por isso é que, tão logo capturado ou apresentado voluntariamente, somente deverá ser reincluído se apto, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar **remanescente**, para então se ver processado e julgado[17].

---

[16] Considerando o contido no art. 164 e no art. 209 do RLSM.

[17] Conforme §§ 2º e 3º do art. 128 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

Nesse passo, surgem discussões intermináveis sobre a necessidade da condição de militar para o prosseguimento da ação penal. Vejamos algumas interpretações sobre a *quaestio*.

Do enunciado nº 12 da Súmula do STM

Tão logo julgados os primeiros processos atinentes ao tema das deserções sucessivas e como consequência da adequação da legislação penal à Constituição Federal de 1988, o enunciado nº 12 da Súmula do STM foi editado em 1997. De forma objetiva, pacificou o entendimento de que o agente, para ser processado e julgado pelo crime de deserção, deve readquir o *status* de militar.

Do STJ e da Justiça Federal do DF

Em viés contrário e nem tão inovador, linha de entendimento trouxe à tona, novamente, a possibilidade de o acusado, por deserção, ser julgado mesmo ostentando a condição de civil. E, para tanto, ampara-se na Ação Civil Pública (ACP) nº 18725-37.2012.4.01.3400, que tramitou na 1ª Vara Federal do Distrito Federal. Tanto na tutela antecipada (Maio 2012) como na Sentença (Dez 2012), foi determinado que os Comandos Militares não se abstivessem de desincorporar os militares arrimos de família e de licenciar ou expulsar militares das Forças Armadas, residentes no Distrito Federal, em face de estarem respondendo a processo por deserção, deferindo-se pleito da Defensoria Pública da União (DPU).

A Sentença da ACP apoia-se em julgado do STJ[18], o qual cita precedente do STM[19]. No entanto, o referencial do STJ trata de caso de trancamento de ação penal de deserção de **policial militar estadual** (profissional concursado e voluntário) por ter sido excluído a bem da disciplina no curso do processo. Por sua vez, o julgado do STM refere-se a pleito de trancamento de Instrução Provisória de Deserção (IPD) de **militar do Exército**, cumprindo o **SMI** nos termos do art. 143 da Constituição, que fora excluído do serviço ativo na forma do art. 456, § 4º, do CPPM[20].

[18] STJ. RHC 24.607/PR. Relator Min. Og Fernandes, julgado em 23/3/2010, DJe de 12/4/2010.

[19] STM. HC nº 2005.01.034010-6-RS. Relator Min. Flavio Bierrenbach, julgado em 16/3/2005, publicado em 31/5/2005.

[20] Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969).

Nesse último, o argumento defensivo apontou suposta ocorrência de erro na lavratura do termo de deserção, em razão de equívoco na contagem do prazo de graça. Contudo, restou comprovado o acerto daquele termo e denegada a Ordem de HC, prosseguindo a tramitação da instrução relativa à deserção do agente foragido do Exército.

Desta feita, a ACP toma por base julgado do STJ, no qual se realiza **analogia indevida**, por colagem de trecho isolado de ementa do Acórdão do STM, causando distorção da compreensão estabelecida naquele aresto. O seu contexto foi transmutado, pois ficou em descompasso com o que realmente tratava o julgado da Corte Militar.

Ocorre que o Tribunal Regional Federal – 1ª Região (TRF1), ao apreciar a apelação relativa à ACP, mediante julgamento da 1ª Turma, reformou a sentença, julgando improcedente o pedido da DPU, e revogou a tutela anteriormente concedida, com base no fundamento de que o *"militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal [...]"*. Cabe destacar que o voto condutor do Acórdão, em contexto, encontrou, no enunciado nº 12 da Súmula do STM, esteio para a Decisão proferida, bem como apoiou-se em jurisprudência do STF sobre o cabimento de *"[...] prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar[...]"* em casos de deserção de praça sem estabilidade.

Portanto, diante da existência de linha de entendimento, que se apoia na decisão proveniente do STJ, incorporada aos fundamentos da ACP e com a citação errônea de julgado do STM como precedente, por desalinhamento de contexto, há equivocada interpretação sobre a possibilidade de julgamento de desertores na condição de civil.

Do STF

Sem nenhuma dissonância, o STF consagra a qualidade de militar como elemento estrutural do tipo penal de deserção, *"[...] de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito [...]"*[21].

Semelhantemente, a Corte Suprema entende que, quanto ao licenciado do Serviço Militar, *não mais ostentando a qualidade de militar*,

[21] STF. HC nº 99.445. Relatora Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 28/9/2010, DJe-097 de 23/5/2011.

há óbices para o *"[...] prosseguimento da ação penal militar e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção [...]"*[22].

Vale ressaltar que, quanto àquele julgado do STJ, cujos fundamentos deram suporte à ACP dantes abordada, o STF, julgando o mesmo caso[23], deferiu a ordem de HC para trancar a ação penal por falta da condição de prosseguibilidade, justamente pelo fato de o agente ser civil.

Conclusão sobre a q*uaestio*

Assim, e por tudo quanto já abordado, tenho a convicção de ser necessária a manutenção da condição de militar para que o agente do delito de deserção se submeta ao processo penal correspondente.

Ressalto que o bem jurídico tutelado é o Serviço Militar e, diante das circunstâncias apresentadas, a provável sanção penal militar aplicada a um civil tornar-se-á inócua, pois não atenderá ao escopo legalmente previsto, bem como redundará em alguns percalços no curso da pretensa execução da pena.

No processo penal relativo ao delito de deserção, diferentemente dos demais ilícitos propriamente militares, há finalidade implícita que se traduz na utilidade para o Serviço Militar, bem jurídico tutelado na hipótese.

Pretende-se, com o processo em espécie, que o agente submetido ao **SMI** retorne à atividade e permaneça funcionalmente nas Forças Armadas para que obtenha a peculiar instrução castrense e qualifique-se para o mister das Armas como reservista mobilizável, razão de existência do instituto do Serviço Militar, nos termos da Constituição Federal (art. 143).

A propósito, se considerado inapto em inspeção de saúde, o militar sem estabilidade (na condição de desertor) sequer será reincluído nos quadros da Força, pois, na forma do art. 457, § 2º, do CPPM, estará isento desse ato administrativo e do processo penal militar. Abre-se mão da punibilidade em razão de não restar alcançado o escopo da utilidade do emprego do agente na atividade castrense que deveria ser complementa-

[22] STF. HC nº 115.754. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 19/3/2013, DJe-066 de 11/4/2013.

[23] STF. HC nº 108.197. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, DJe-033 de 15/2/2012.

da. Por conseguinte, não se concretizará a qualificação desse agente para a Reserva da Força.

Nesses termos, no que tange ao delito de deserção, a condição de militar assume indispensável requisito não só para a instauração da ação penal, como, de modo mais amplo, para a "*persecutio criminis*", até o seu término.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O delito da deserção é da mais alta gravidade por envolver afronta ao Serviço Militar e ao Dever Militar, comprometendo os cânones de defesa da Pátria, as quais dependem, estruturalmente, de cada cidadão. O infrator acaba por ser infiel aos demais integrantes da OM à qual pertence e, se considerarmos que as Forças Armadas, na forma da Constituição Federal, são o braço armado da nação, a deserção é, por extensão, também traição à sociedade e ao Estado.

Nessa dimensão de ruptura provocada pelo desertor, há descompromisso do agente delituoso com a *ultima ratio* do Estado, cujas obrigações envolvem a Segurança e a Defesa Nacionais.

O crime de deserção alinha-se entre os delitos propriamente militares, que somente podem ser cometidos pelos integrantes das Forças. É o mais castrense dos crimes, pois é cometido quando o agente rompe o seu dever e, no caso da praça sem estabilidade, fere o mandamento constitucional do Serviço Militar, no sentido mais amplo, com reflexos na Mobilização.

Contudo, em razão das especificidades que envolvem o delito de deserção, as quais permeiam a legislação do Serviço Militar, o Estatuto dos Militares e outras normas, o CPPM não prevê o processo de deserção como ordinário e sim como especial, sendo abordado em três Capítulos distintos.

Como se sabe, a deserção é tão especial que há aspectos processuais específicos para quando o agente é oficial, praça estabilizada e praça sem estabilidade. Em todos os casos se exige a condição de militar para o acusado se ver processar.

Quando da consumação do delito, somente a praça sem estabilidade é excluída do serviço ativo. O oficial e a praça estabilizada são agregados, permanecendo na condição de militar durante o período de trânsfuga.

E nem o oficial, uma vez capturado ou apresentado voluntariamente, reverte imediatamente aos quadros da respectiva Força. Somente após o trânsito em julgado, a Administração Militar poderá conhecer o grau de ofensa perpetrado ao Dever Militar. E, nessa ocasião, analisará a possibilidade de esse oficial reassumir seus encargos de comando e de chefia.

Portanto, como visto no desenvolvimento deste Artigo, a condição de militar é questão ***sine qua non*** para o acusado de deserção se ver processar, seja oficial ou praça, conforme previsto em dispositivos legais[24].

Com foco apenas na praça sem estabilidade e no intuito de punir aquele que cometeu o delito da mais alta gravidade para uma Força Militar, com base no devido processo legal, repise-se de caráter especial, devem-se evitar soluções em desacordo com a lei, desconstruindo dispositivos perfeitamente harmônicos e com reflexos em Sistemas das Forças Armadas.

Deve-se evitar a desproporção no trato entre oficiais e praças desertores, pois aqueles nunca são julgados à revelia. Não se pode ser mais benevolente logo com quem tem maior responsabilidade.

Se o desertor incapaz ou licenciado pudesse ser processado e julgado à revelia, então, por coerência, em relação ao crime de insubmissão, o agente civil e ainda não incorporado também assim poderia, pois o bem tutelado em ambos os crimes é o mesmo – o Serviço Militar.

Por vezes, foca-se na ânsia de condenar o agente. Mas, o escopo da Lei, o que interessa mesmo, apenas neste crime, é ter um agente condenado, mas também apto a complementar o Serviço Militar para ser incluído na Reserva com grau de instrução em condições de ser mobilizado. E não apenas ser condenado. O condenado por deserção e sem con-

[24] STF. HC nº 103.254. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 29/6/2010, DJe-070 de 13/4/2011.

dições (inapto ou foragido) de completar as mais diversas fases de instrução do Serviço Militar não induz utilidade ao Estado.

O escopo do crime de deserção difere dos demais, pois o Estado não se contenta com a retribuição moral da condenação, mas sim, mais importante do que isso, há um ***plus***, qual seja, ver o agente cumprindo integralmente o Serviço Militar e compondo a Reserva Mobilizável.

A aptidão na inspeção de saúde do desertor, praça sem estabilidade, após a captura ou a apresentação voluntária, inexiste como mero requinte legal para o recebimento da Denúncia. Isso não teria qualquer sentido, a não ser, nessa visão de utilidade, tornar possível o exercício do Serviço Militar, alcançando a eficiência da Força, inclusive na Reserva. Se fosse apenas para receber a Denúncia, então inexistira razoabilidade em criar essa norma tão diferente apenas para a deserção, sem estendê-la para os demais crimes propriamente militares. Nenhuma lógica resistira no mais superficial estudo sobre o tema.

Diante do tipo penal da deserção, entende-se como fundamental, por um lado, o papel educador, orientador e preventivo a cargo das Forças Armadas, tanto para o agente em potencial do delito, como para aqueles responsáveis pela Administração Militar.

E, por outro lado, verifica-se a importância da JMU para o fiel cumprimento do mandamento constitucional do Serviço Militar, bem como para o Sistema Operacional e de Mobilização das Forças, ao processar e julgar crimes de deserção com base nos vários aspectos sobre o assunto aqui abordados e assentados em coerente arcabouço legal, os quais nem sempre são assim interpretados.

Para efeito processual, no tocante à deserção, não se podem ignorar os ditames trazidos na legislação pertinente ao Serviço Militar, pois seus dispositivos também servirão de fundamentos para o processo e o julgamento desse delito.

Portanto, diante da história da Justiça mais antiga do País, desde 1808, impõe-se a sintonia entre a jurisprudência castrense e a legislação correlata ao crime de deserção, ressaltando-se que no STF encontra-se consolidado o prestígio à tutela da Mobilização Nacional.

Vale, ainda, ressaltar que o Serviço Militar e a Mobilização Militar não podem ser rotulados como assuntos de somenos importância ou de remota realização. Para a efetiva tutela da *ultima ratio* do Estado, urge-se ressoar a base principiológica em que se assenta a Justiça Castrense, de indelével essência constitucional.

Brasília-DF, 21 de maio de 2015.

General de Exército Fernando Sérgio Galvão
Ministro do Superior Tribunal Militar

AS QUESTÕES QUE ENVOLVEM O AUMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Carlos Augusto de Sousa[25]

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos mais de duzentos anos de sua existência, a Justiça Militar da União (JMU), no âmbito de sua competência, vem garantindo o acesso à justiça, por meio de uma prestação jurisdicional célere e de qualidade, atributos essenciais à efetividade e à duração razoável do processo, conforme determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Como ramo da justiça especializada, a JMU julga somente os crimes militares previstos no Código Penal Militar (CPM), tendo como principais jurisdicionados os militares das Forças Armadas. Sua atuação, portanto, é marcada pelas especificidades dos interesses envolvidos, sem perder de vista a preocupação e respeito pelos direitos humanos.

No entanto, a partir da promulgação da CRFB/88, é possível constatar um aumento significativo das ações judiciais, que, embora relacionadas à caserna, não são julgadas pela JMU, em decorrência da limitação imposta pelo texto constitucional (art. 124) e da competência residual da justiça federal (art. 109, I), *in verbis:*

> *"Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei."*.

> *"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*
> *I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;"*.

---

[25] Almirante de Esquadra. Ministro do Superior Tribunal Militar.

Esse aumento do número de ações estranhas à competência da JMU, mas com implicações para a caserna, tem relação direta com a ampliação do direito de acesso à justiça e à farta profusão dos assuntos militares disciplinados pelo texto constitucional e infraconstitucional, que iniciam a pavimentação de um novo ramo do Direito: o Direito Militar.

Trata-se de um sistema de princípios e normas onde preponderam as especificidades que balizam as atividades das Forças Armadas e de seus integrantes, a partir da definição de sua missão constitucional.

Nesse contexto, a JMU atua no julgamento das condutas que, em tese, atentam contra os bens juridicamente tutelados pelo CPM, mas não possui competência para julgar ações que, embora não envolvam a prática de crime militar, possam gerar reflexos diretos e significativos para a caserna e, por conseguinte, reclamam, muitas das vezes, respostas imediatas.

Em paralelo ao aumento das ações judiciais envolvendo os militares e as Forças Armadas, constata-se a diminuição da capacidade do Judiciário de proferir decisões dentro de um prazo razoável, mormente no âmbito da justiça federal, em virtude do grande volume de trabalho que decorre de sua competência residual. O grande volume de processos, aliado à diversidade de temas submetidos à justiça federal, tende a comprometer a qualidade do julgamento.

A questão se agrava no âmbito do Direito Militar, diante da peculiaridade e relevância dos interesses envolvidos, ligados à defesa da Pátria, dos poderes constitucionais e à garantia da lei e da ordem.

Essas constatações demonstram a necessidade da busca por alternativas que tragam efetividade à prestação jurisdicional, razão pela qual o presente trabalho se dispõe a analisar as questões que envolvem o aumento da competência da Justiça Militar da União.

2 O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica[26], instituições nacionais de caráter permanente e regulares,

[26] Historicamente, Pedro Lenza (*Direito Constitucional Esquematizado*, 13. ed., p. 654) nos lembra que a Carta Imperial de 1824 se referia apenas às forças do

conforme mandamento constitucional, são organizadas com base na hierarquia e na disciplina, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (art. 142 da CRFB/88)[27].

A defesa da pátria vincula-se diretamente à manutenção do Estado (defesa externa), razão pela qual a CRFB/88 estabelece a soberania como um de seus fundamentos, *in verbis:*

> *"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *I - a **soberania**;*
> *II - a cidadania*
> *III - a dignidade da pessoa humana;*
> *IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*
> *V - o pluralismo político."* (grifo nosso).

Da mesma forma que a Carta Magna trouxe a destinação constitucional que lhes dá a tônica, as Forças Armadas também foram concebidas para garantir os Poderes constitucionais (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), visando assegurar a independência de suas funções.

As ações de garantia da lei e da ordem (GLO), por sua vez, relacionam-se às ameaças à segurança pública (segurança interna), a fim de propiciar um ambiente de paz e harmonia[28].

Pelo exposto, pode-se inferir que um dos mais importantes objetivos do Estado é o de prover a segurança (interna e externa). Em suma, a

---

mar e às forças da terra, uma vez que àquela época o avião não existia, vindo a surgir apenas na primeira década do século XX.

[27] Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[28] Embora ligadas às atividades precípuas da polícia, é crescente o emprego das tropas federais nas questões afetas à segurança interna. Consequentemente, cresce também o número de processos criminais de competência da JMU, envolvendo acusados civis.

segurança, enquanto bem intangível, é uma das finalidades do Estado e o meio para que os indivíduos alcancem suas próprias metas e aspirações. E para o cumprimento desse nobre dever, o Estado age por meio das Forças Armadas e dos órgãos de segurança pública, nos limites de suas atribuições legais.

A JMU, portanto, por meio de sua regular função jurisdicional, julgando as condutas que, em tese, caracterizam ofensa aos interesses do Estado, atua como partícipe na responsabilidade pela segurança externa (defesa da soberania) e pela segurança interna (garantia da lei e da ordem), sempre com os olhos postos na Constituição da República, no intuito de preservar, também, os interesses dos acusados.

Por outro lado, ao afirmar que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina, o legislador constituinte erigiu aqueles institutos, antes previstos no Estatuto dos Militares[29], à categoria de princípios constitucionais que hoje representam os preceitos basilares de sua existência.

Tratando sobre a ideologia constitucional e os princípios que dela decorrem, BARROSO leciona que:

> *"Os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui."*[30].

Assim, enquanto nas demais organizações têm-se a hierarquia e a disciplina como meios para a consecução dos fins, na caserna, representam os próprios fundamentos de validade das atividades militares.

---

[29] De acordo com o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas (art. 14), sendo que o "*respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade*" (§ 1º) e a "*disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo*" (§ 2º).

[30] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 151.

Desses rigorosos princípios que norteiam as Forças Armadas, surgem diversas restrições constitucionais impostas aos militares, privando-os de vários direitos fundamentais, a exemplo do contido no inciso VIII do § 3º do art. 142 da CRFB/88, que restringe direitos sociais[31].

Entre outras limitações, podemos citar: a possibilidade de prisão independentemente de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; a vedação do alistamento eleitoral no período de serviço militar obrigatório; a proibição de sindicalização, de greve e de filiação a partidos políticos e a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

Os militares não usufruem, ainda, de inúmeros direitos sociais que são assegurados aos trabalhadores em geral, dos quais, à luz do art. 142 da CRFB/88, destacamos: remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; limitação da jornada diária de trabalho a oito horas; obrigatoriedade de repouso semanal remunerado; e remuneração de serviço extraordinário.

Ademais, mesmo na inatividade, os militares devem permanecer vinculados às Forças Armadas (reserva), sujeitos a eventuais convocações e retorno ao serviço ativo.

Por outro lado, a importância constitucional das Forças Armadas levou o legislador constituinte a cercar seus integrantes de garantias e prerrogativas. Por isso, além de limitar o ingresso à carreira de oficial aos brasileiros natos[32], determina que as perdas do posto e da patente dependem de decisão do Superior Tribunal Militar[33].

Essa gama de princípios, restrições, garantias e prerrogativas que decorrem da missão constitucional das Forças Armadas, garantidoras que

---

[31] Destaca-se, ainda, a restrição ao direito à vida, decorrente da prática de crime militar em tempo de guerra, que sujeita o autor à pena de morte.

[32] Art. 12. (...) § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:
(...)
VI - de oficial das Forças Armadas.

[33] De acordo com o inciso VI do §3º do art. 142 da CRFB, "*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*".

são da defesa da Pátria, dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, indicam a necessidade de uma cobertura especial, materializada nos diversos tipos penais definidos no Código Penal Militar.

Isso porque a segurança, não se pode olvidar, merecedora de especial destaque na CRFB/88, representa não só um direito fundamental do cidadão (segurança pública e defesa da sociedade), mas, também, um dos requisitos para a existência e manutenção do Estado (segurança externa e defesa da soberania).

Assim, ao lado dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito estão os bens jurídicos institucionais afetos às Forças Armadas, igualmente tutelados pela CRFB/88, que, para viabilizar a segurança da sociedade e do Estado, devem ser rigorosamente observados.

Sobre o assunto, convém trazer à colação o entendimento de BANDEIRA DE MELLO, ao registrar que:

> *"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."*[34].

O respeito aos princípios constitucionais, portanto, deve orientar a atuação do Judiciário, a fim de viabilizar a manutenção do Estado.

Nesse contexto de características peculiares das instituições militares e do regime jurídico de seus integrantes, sujeitos à rigidez de princípios constitucionais próprios, bem diferentes daqueles que conduzem as atividades dos demais segmentos da sociedade, justifica-se a existência de uma justiça especializada para o trato das questões relacionadas às lides militares.

---

[34] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 943.

3 O GRAU DE CONFIANÇA DA POPULAÇÃO NAS FORÇAS ARMADAS E O INCREMENTO DE SUA ATUAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

A segurança pública, nos termos do art. 144 da Constituição da República, é exercida através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares. O texto constitucional não fez menção expressa às Forças Armadas como instrumentos da Segurança Pública, referindo-se a elas, conforme já mencionado, como *"instituições nacionais permanentes e regulares que se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem"* (art. 142).

Mas, em meio à crise da segurança pública e ao aumento constante da criminalidade, com a violência ganhando terreno em todo o Brasil, surge a questão da efetiva participação das Forças Armadas no Sistema de Segurança Pública, com o fito de suprir as deficiências daqueles órgãos incumbidos constitucionalmente das tarefas daquele Sistema.

A questão é posta à discussão a partir dos anseios da sociedade, fomentados pelos meios de comunicação. O desejo da sociedade pode ser mensurado nos resultados das diversas pesquisas de opinião já realizadas.

A título de exemplo, destaca-se a Pesquisa Datafolha encomendada pela Ordem dos Advogados do Brasil, divulgada no dia 21/jul/2014, apontando que as **Forças Armadas são as instituições com maior nível de confiança dos brasileiros**. A mesma pesquisa indica que **a maior insatisfação dos brasileiros reside nos problemas afetos à violência**, perdendo apenas para as questões ligadas à saúde[35].

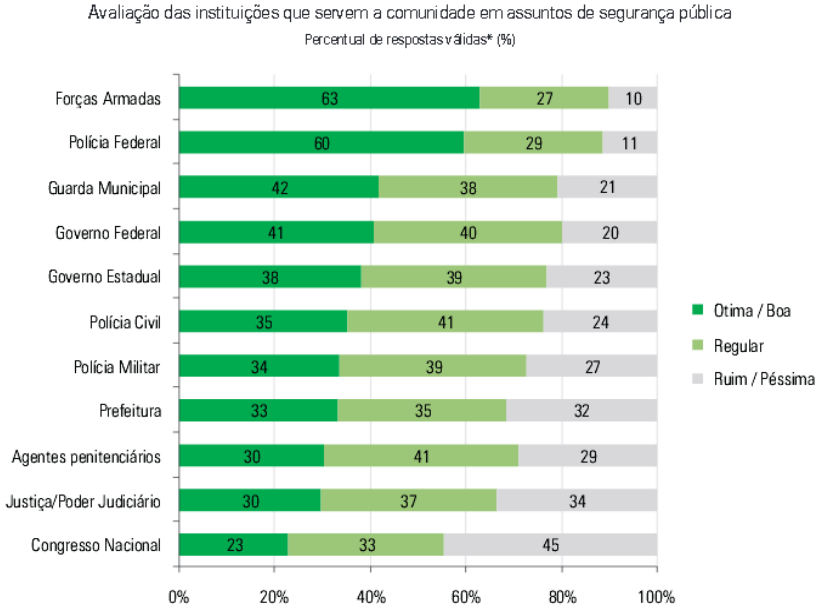
Outra pesquisa, realizada pelo IBOPE, acerca da avaliação das instituições empregadas na segurança pública, aponta os seguintes resultados[36]:

---

[35] Disponível em http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/07/forcas-armadas-e-pf-sao-instituicoes-mais-confiaveis-diz-datafolha.html. Acesso em 27/jun./2015.

[36] Disponível em http://www4.ibope.com.br/download/111019_cni_seguranca.pdf. Acesso em 27/jun./2015.

Essa mesma pesquisa revela que a maioria da população (51%) considera a segurança pública no Brasil "ruim" ou "péssima" e que as Forças Armadas e a Polícia Federal são reconhecidas como as instituições mais eficientes em assuntos de segurança pública, razão pela qual, indica a pesquisa, a sociedade apoia o uso das Forças Armadas no combate à criminalidade como uma solução para melhorar a segurança pública no País.



* - Percentuais foram recalculados, excluindo-se as opções "não se aplica", "não sabe", "não conhece" e aqueles que não responderam.

Daí o clamor público, fomentado por meio da mídia, pelo emprego das Forças Armadas nas atividades de Segurança Pública.

Exatamente por essas razões é que foi aprovada a Lei Complementar nº 117/2004, redefinindo o emprego das Forças Armadas, para atribuir a elas atividades típicas de polícia – ações de caráter preventivo e repressivo.

Com o advento da citada Lei Complementar, a partir da constatação de insuficiência dos mecanismos tradicionais de combate à criminalidade organizada (as forças policiais), o Presidente da República ou o Governador podem reconhecer a necessidade de uso das Forças Armadas

nas atividades de Segurança Pública. A nova lei, portanto, ao estabelecer o procedimento e os requisitos para a utilização das Forças Armadas nas operações de garantia da lei e da ordem, acaba por conferir poder de polícia aos militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Sobre o assunto, José Afonso da Silva destaca que as Forças Armadas constituem "*elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito e da paz social*" e "*garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins*".[37] Sua missão constitucional, a *priori*, não compreende atividades de segurança pública. Ademais, prevê o texto constitucional que cabem às polícias militares as atividades de policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública[38].

No entanto, a despeito das discussões acerca da utilização das tropas federais nas ações de segurança interna, é certo que essas atividades, embora de caráter excepcional, já se apresentam como uma realidade no cenário brasileiro.

E essa realidade vem gerando reflexos jurídicos antes não observados em nosso país, que reclamam a atuação de uma justiça especializada, no intuito de preservar os interesses constitucionais envolvidos.

A observação é relevante porque hoje se discute se a JMU deveria ou não permanecer julgando os civis que atentam contra os militares durante as ações de GLO.

Desse modo, além das questões aqui apresentadas, atinentes ao aumento da competência da JMU, afigura-se como necessária a manutenção daquela competência para o julgamento dos civis que praticarem crimes contra os integrantes das Forças Armadas nessas operações de combate ao crime organizado e às ameaças à segurança interna, ainda que tal julgamento seja realizado singularmente pelo juiz-auditor, con-

[37] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 14ª ed., Malheiros, 1997. p. 703.

[38] Dispõe o art. 144 que "*às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil*" (§ 5º) e que elas e os corpos de bombeiros militares são forças auxiliares e reserva do Exército, que se subordinam aos Governadores dos Estados (§ 6º).

forme a proposta apresentada pelo Superior Tribunal Militar ao Congresso Nacional[39].

4 OS CONTORNOS DO DIREITO MILITAR DA ATUALIDADE

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, surgiram as preocupações iniciais com o Direito Militar, que resultaram na criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça, em 1º de abril de 1808, que depois se transformou no Superior Tribunal Militar.

Trata-se de um ramo do Direito que vem crescendo a cada dia e, com isso, despertando o interesse de estudiosos sobre o assunto. Esse interesse ficou mais evidente com a promulgação da Carta Magna de 1988. Isso porque são muitos os dispositivos constitucionais que tratam dos militares e das Forças Armadas e, em decorrência, existe uma vasta legislação infraconstitucional que disciplina os diversos segmentos de interesse da caserna.

Acrescente-se a esses fatos o amplo acesso dos militares ao Judiciário, fomentado pela própria Constituição Federal[40], que culminaram com a limitação legal antes imposta[41].

Com efeito, o Direito Militar, antes limitado às questões dos crimes militares, hoje alcança uma diversidade de temas, como a forma de

---

[39] Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7683/14, que promove reformas na organização da Justiça Militar da União. A principal delas é o deslocamento da competência do julgamento de civis para o juiz-auditor.

[40] A CRFB/88 fez surgir a possibilidade do amplo acesso ao Judiciário, caracterizado pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Sobre o assunto, dispõe o texto constitucional, *in verbis*: "*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*;".

[41] Prevê o § 3º do Art. 51 do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980) que "*o militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado*". No entanto, em decorrência do "Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição" (inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88), tal dispositivo legal foi considerado pela jurisprudência como não recepcionado pelo texto constitucional.

ingresso nas Forças Armadas (caracterizado não só pela incorporação para o serviço militar obrigatório[42], mas pela matrícula nas diversas escolas de formação militar e nomeação às graduações e postos dos diversos Corpos, Quadros, Armas e Serviços relacionadas às carreiras das Forças Armadas), os requisitos para os cargos militares (que levam em conta os limites de idade, as questões de higidez para o exercício das atividades militares, entre outros), o regime jurídico militar (direitos e deveres, promoção, agregação, reversão, movimentação e designação para os diversos cargos e comissões, no Brasil e no exterior, a concessão de condecorações e a observância das demais prerrogativas dos militares), os requisitos para a aquisição da estabilidade, as diversas formas de exclusão do serviço ativo relacionadas no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80)[43], a remuneração[44], a pensão militar[45] e as questões que envolvem a disciplina militar previstas nos regulamentos disciplinares da Marinha, Exército e Aeronáutica. A maior parte dessas questões estão incluídas no chamado "Direito Administrativo Militar".

E ao se adentrar nos detalhes da regulamentação de cada Força, que visam conferir a executoriedade necessária ao cumprimento da legislação militar, afloram as dificuldades para o julgamento categórico e efetivo, pois é indispensável concatenar a aludida legislação com as disposições oriundas do Poder Regulamentar.

A título de exemplo, pode ser citado o ato administrativo de promoção, que está previsto como direito do militar no art. 50, inciso IV, alínea "m" do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80). No caso dos Oficiais das Forças Armadas, além de estar normatizado pela Lei nº 5.821/72,

---

[42] De acordo com o art. 143 da CRFB/88, *"o serviço militar é obrigatório nos termos da lei"*. Esse dispositivo constitucional é regulado por meio da Lei nº 4.375/1964 (Lei do Serviço Militar).

[43] Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos: I - transferência para a reserva remunerada; II - reforma; III - demissão; IV - perda de posto e patente; V - licenciamento; VI - anulação de incorporação; VII - desincorporação; VIII - a bem da disciplina; IX - deserção; X - falecimento; e XI - extravio.

[44] O assunto hoje é tratado por meio da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31/8/2001, que dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas.

[45] A Lei nº 3.765/1960 disciplina as pensões militares.

cada Força Armada possui o seu regulamento para efetivar tal instituto, detalhando-o nos limites da lei, mas à luz também da discricionariedade administrativa e do interesse do serviço. Assim, a realização de cursos de aperfeiçoamento e/ou de especialização ou o tempo de tropa ou embarque podem ser estabelecidos nas normas internas de cada Força[46].

Com efeito, para a análise jurisdicional da procedência da pretensão autoral não basta o estudo da lei em sentido estrito, sendo imperiosa a contextualização da situação fática e jurídica com as normas internas.

Assim, essa superabundância de matérias relacionadas à caserna, bem como a diversidade de assuntos afetos ao Direito Militar, revelam, portanto, esse novo campo do Direito, que, por sua vez, reclama a necessidade de um ramo especializado do Judiciário para o trato das questões que dele decorrem, apto a propiciar uma prestação jurisdicional célere e eficiente, diante dos reflexos diretos e significativos que podem gerar para a missão constitucional das Forças Armadas. Nesse mister, são priorizados os dois princípios basilares que regem as especificidades da vida castrense, a hierarquia e a disciplina.

5 AS AÇÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO AS FORÇAS ARMADAS

Um levantamento sumário elaborado no âmbito das Forças Armadas revela a existência de cerca de **300.000 (trezentas mil) ações** não penais envolvendo a administração pública militar.

Daí surge o questionamento sobre a necessidade e a possibilidade de ampliar a competência da JMU, de modo a abranger o processo e o julgamento daquelas ações.

Quanto à necessidade de ampliação da competência, a transferência de parcela dessas ações da justiça federal para a JMU, além de diminuir o acervo processual que hoje pesa sobre a primeira, resultaria na

[46] Outro exemplo que merece destaque envolve a assistência médico-hospitalar para o militar e para os seus dependentes, prevista no art. 50, inciso IV, alínea "e", da Lei nº 6.880/80 e na Lei nº 92.512/86. Os procedimentos visando à efetividade do citado direito também são estabelecidos em normas regulamentares das Forças Singulares. É possível conceber sobre o tema diversos conflitos, tais como: a suspensão da referida assistência ao dependente por perda de requisito, esta advinda da esfera individual por ausência de requisito objetivo ou por causa levada a termo pela própria Administração Militar.

destinação de questões afetas à caserna para a segunda, que representa o ramo especializado do Judiciário.

Dessa maneira, ter-se-ia uma prestação jurisdicional mais apropriada à salvaguarda dos postulados do Estado Democrático de Direito, na medida em que, devido à singularidade da parcela daquele Poder Estatal, conjugar-se-ia, de forma mais assertiva, a legislação administrativa militar com as particularidades das Forças Armadas e do contexto social no qual se assentam os conflitos de interesses.

A importância das atividades desempenhadas pelas tropas brasileiras, no Brasil e no exterior, e a celeridade que seus princípios basilares reclamam indicam que a questão posta à discussão merece uma atenção detalhada.

Nesse sentido, a especialidade da JMU pode suprir a prestação jurisdicional que atenda aos postulados do Estado Democrático de Direito, sem olvidar das especificidades das Forças Armadas e das peculiaridades do regime estatutário militar.

Essa prestação jurisdicional especial é necessária também porque não é raro observar interferências que tendem a comprometer as atividades militares, com reflexos na missão constitucional das Forças Armadas e possíveis danos à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem. Como exemplo, destaca-se a hipótese em que o militar é movimentado por interesse do serviço para uma localidade que não atende aos seus interesses particulares e, por isso, procura o Judiciário (no caso, a justiça comum federal) para reivindicar a anulação do ato que determinou a sua transferência.

Todas essas razões são, por si só, suficientes para demonstrar a importância da necessidade do aumento da competência da Justiça Militar da União, a fim de contemplar outros assuntos afetos às particularidades da caserna, mais especificamente para abarcar temas do direito administrativo militar.

No entanto, há limitações de diversas ordens que podem inviabilizar a efetividade da prestação jurisdicional e o próprio acesso à justiça. Dentre essas limitações, destaca-se a abrangência geográfica da JMU, que, além de não estar presente em todos os estados da federação[47], situa-se

[47] Conforme será demonstrado no próximo tópico, a JMU está presente somente em 11 dos 26 estados brasileiros, o que representa cerca de 40% de abrangência.

fisicamente em menos de 0,5% (meio por cento) dos municípios brasileiros[48].

Outro ponto que merece destaque como limitação decorre da possibilidade de submissão da decisão de uma autoridade militar ao conselho formado por outros militares, muitas das vezes com posto inferior. Por exemplo: se um coronel, comandante de uma unidade militar, determina a punição disciplinar de um militar, que recorre à Justiça Militar para impugnar aquele ato, a sua decisão, tendo em conta a composição dos conselhos de justiça, poderia ser submetida a outros militares (com patentes inferiores e menos experientes), o que representaria ofensa direta ao princípio da hierarquia.

Mas essa problemática de afronta à hierarquia poderia ser contornada com a possibilidade de, nesses casos, o julgamento do ato de punição ficar adstrito à competência do juiz-auditor singular, em analogia àquela sistemática proposta para o julgamento dos civis.

No que tange à limitação da abrangência geográfica da JMU, com reflexos para o direito de acesso à justiça, a possível solução será abordada a seguir.

6 A ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à Justiça advém do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88, segundo o qual *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito"*.

E exegese do referido dispositivo constitucional indica que todos têm o direito de procurar o Judiciário para reivindicar uma prestação jurisdicional na defesa de seus interesses.

No mesmo sentido é a previsão do art. 8º, item 1, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), que assim dispõe:

---

[48] Esse percentual leva em conta a existência de 5.570 (cinco mil, setecentos e setenta) municípios brasileiros e a existência de auditorias somente em 14 cidades. Ou seja, a presença física das auditorias contempla somente 0,24% da totalidade dos municípios brasileiros.

> *"Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza."*.

Por essas razões, o Estado deve facilitar o acesso das pessoas ao Judiciário.

A Justiça Militar da União é dividida em 12 (doze) Circunscrições Judiciárias Militares (CJM), com 19 Auditorias Militares, que abrangem os estados da federação da seguinte forma (arts. 2º e 102 da Lei de Organização Judiciária Militar):

- 1ª CJM – Rio de Janeiro e Espírito Santo, com sede na cidade do Rio de Janeiro;

- 2ª CJM – São Paulo, com sede na cidade de São Paulo;

- 3ª CJM – Rio Grande do Sul, com sede nas cidades de Porto Alegre, Bagé e Santa Maria;

- 4ª CJM – Minas Gerais, com sede na cidade de Juiz de Fora;

- 5ª CJM – Paraná e Santa Catarina, com sede na cidade de Curitiba;

- 6ª CJM – Bahia e Sergipe, com sede na cidade de Salvador;

- 7ª CJM – Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas, com sede na cidade de Recife;

- 8ª CJM – Pará, Amapá e Maranhão, com sede na cidade de Belém;

- 9ª CJM – Mato Grosso do Sul e Mato Grosso, com sede na cidade de Campo Grande;

- 10ª CJM – Ceará e Piauí, com sede na cidade de Fortaleza;

- 11ª CJM – Distrito Federal, Goiás e Tocantins, com sede na cidade de Brasília; e

- 12ª CJM – Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia, com sede na cidade de Manaus.

Contudo, a dimensão territorial dos estados brasileiros e a efetiva localização das sedes das auditorias militares, circunscritas a determinadas cidades, limitam a efetiva prestação jurisdicional, muitas vezes viabilizadas somente pela cooperação de outros juízos, por meio da expedição de cartas precatórias e dos processos de desaforamento.

Isso porque o Brasil possui 26 (vinte e seis) estados e 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta municípios), além do Distrito Federal, e a Justiça Militar está situada fisicamente somente em 11 (onze) estados e 14 (quatorze) cidades.

Por outro lado, em matéria recursal, os assuntos somente podem ser apreciados pelo Superior Tribunal Militar, localizado em Brasília, tendo em conta que não há instância intermediária na JMU e as Auditorias Militares são ligadas diretamente ao STM.

A justiça federal, ao contrário, começou a se expandir a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, com a criação de varas no interior do País. Antes, a presença da justiça federal limitava-se às capitais.

Hoje, a justiça federal está presente fisicamente em todos os 26 (vinte e seis) estados da federação, além do Distrito Federal, abrangendo ainda 241 (duzentos e quarenta e um) municípios.

Os Tribunais Regionais Federais são divididos em 5 (cinco) regiões, da seguinte forma:

- 1ª Região, com sede no Distrito Federal, abrange os recursos das varas federais localizadas no Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Nessa região, há varas federais em 96 municípios;

- 2ª Região, com sede na cidade do Rio de Janeiro, abrange os recursos das varas federais localizadas nos estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro. Nessa região, há varas federais em 26 municípios;

- 3ª Região, com sede na cidade de São Paulo, abrange os recursos das varas federais localizadas nos estados do Mato Grosso do Sul e São Paulo. Nessa região, há varas federais em 35 municípios;

- 4ª Região, com sede na cidade de Porto Alegre, abrange os recursos das varas federais localizadas nos estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Nessa região, há varas federais em 56 municípios; e

- 5ª Região, com sede na cidade de Recife, abrange os recursos das varas federais localizadas nos estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. Nessa região, há varas federais em 28 municípios.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 73, de 6 de junho de 2013[49], criou as 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões, a serem instaladas a contar de 6 meses da promulgação dessa Emenda, no entanto, ainda não implementadas. Isso denota o enfoque do Constituinte no implemento de um acesso cada vez maior à Justiça, ou nos dizeres de Kazuo Watanabe[50], acesso a uma ordem jurídica justa.

Além dessa presença física, existe a delegação constitucional de competência de determinados assuntos da justiça federal para a justiça estadual, conforme o previsto no § 3º do artigo 109 da CRFB/88, *in verbis*:

> *"§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.".*

A mesma sistemática foi adotada por muito tempo no âmbito da justiça do trabalho, época em que juízes estaduais recebiam delegação

[49] São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima. (NR)

[50] Kazuo Watanabe. Advogado e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Doutrinador reconhecido na área do Direito Processual e com participação ativa na criação do Código de Defesa do Consumidor.

para processar e julgar as causas trabalhistas nas comarcas onde não havia as antigas Juntas de Conciliação e Julgamento.

Como é possível constatar, a estrutura atual da JMU não é suficiente para viabilizar o efetivo acesso à justiça, representando um aspecto limitador para a apontada necessidade de aumento de sua competência.

E o direito de acesso à justiça não se coaduna com essas limitações, porque não se pode impor ao cidadão o ônus provocado pela ausência do órgão jurisdicional nas proximidades de seu domicílio, mormente quando se afigura impossível o deslocamento do jurisdicionado, em razão de sua hipossuficiência.

Mas essa limitação pode ser contornada com a ampliação da abrangência nacional da JMU e com o apoio de outros órgãos jurisdicionais federais e estaduais, que atuariam em colaboração, da mesma forma que a justiça estadual colabora com a justiça federal, conforme a exceção prevista no § 3º do artigo 109 da CRFB/88, acima transcrito.

Com efeito, seriam processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio do militar ou civil, as causas que envolvessem os assuntos afetos à competência da JMU, sempre que a comarca não fosse sede de auditoria militar ou de vara do juízo federal. Tal dinâmica desapareceria progressivamente até que, à semelhança do instituído no âmbito da Justiça Federal, fossem implementados os órgãos da JMU nas demais localidades.

Nessa perspectiva, é mister salientar que o exercício do poder jurisdicional, nutrido da maestria correlata ao ramo do Direito que o permeia, determina o grau da efetividade na concretização das normas. Com efeito, ao maximizá-la, intensifica-se a eficiência da garantia constitucional do acesso à jurisdição e ao devido processo legal, dando azo aos ditames do Estado de Direito. Isso porque com *expertise* a apreciação de determinada lesão ou ameaça a direito ganha contornos categóricos e o processo é robustecido em sua legalidade, posto que processo devido e legal é aquele adequado a viabilizar a justa aplicação normativa.

Para os aludidos desideratos, é dever do Estado programar e implementar políticas públicas, sob pena de não se submeter à ordem constitucional vigente e de obstar que os jurisdicionados alcancem uma justiça real.

Sob esse prisma, o aumento da competência da Justiça Militar da União é necessário, estando em consonância com a evolução da demanda pela Jurisdição Especializada, oriunda das transformações sociais e das relações humanas na caserna.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que, ao longo dos últimos anos, ocorreu um aumento das ações judiciais envolvendo os militares e as Forças Armadas, em paralelo com a diminuição da capacidade do Judiciário de proferir decisões dentro de um prazo razoável, mormente no âmbito da justiça federal, em virtude do excesso de trabalho decorrente de sua competência residual.

O grande volume de processos, aliado à diversidade de temas submetidos à justiça federal, tende a comprometer a qualidade do julgamento.

A questão se agrava no âmbito do Direito Militar, diante da peculiaridade e relevância dos interesses envolvidos, ligados à defesa da Pátria, dos poderes constitucionais e da garantia da lei e da ordem, que reclamam resposta célere e de órgão jurisdicional especializado.

A celeridade decorre da necessidade de manutenção da hierarquia e disciplina, que atuam, nesses casos, como meio para a consecução da missão constitucional das Forças Armadas.

A especialidade justifica-se diante das características peculiares das instituições militares e do regime jurídico de seus integrantes, sujeitos à rigidez de princípios constitucionais próprios, bem diferentes daqueles que conduzem as atividades dos demais segmentos da sociedade.

Nesse contexto, a JMU surge como o ramo especializado do Judiciário apto a abarcar as demandas judiciais que envolvem não só os crimes militares, mas também aquelas atinentes ao direito militar.

Por outro lado, é de se concluir, também, que a JMU deva permanecer julgando os civis que atentam contra os militares durante as ações de GLO. Entretanto, para esses casos, o julgamento seria realizado pelo juiz-auditor monocraticamente, nos termos da mencionada proposta já apresentada pelo Superior Tribunal Militar ao Congresso Nacional. Da mesma forma, os demais assuntos relacionados ao direito administrativo militar, mormente aqueles envolvendo a imposição de sanção disciplinar,

seriam julgados singularmente pelo juiz-auditor, a fim de se evitar qualquer possibilidade de ofensa à hierarquia ou prejuízo ao jurisdicionado.

Como consequência do incremento das atividades nas 1ª e 2ª instâncias, decorrente do aumento da competência da Justiça Militar da União, há que se desenvolver as necessárias ações que visem permitir a continuidade, em alto grau, da efetividade da prestação jurisdicional e do próprio acesso à Justiça. Desponta, em especial atenção, no curso dos estudos, os limites geográficos impostos pela atual estrutura da JMU, que, além de não estar presente em todos os estados da federação, situa-se fisicamente em menos de 0,5% (meio por cento) dos municípios brasileiros.

Por todo o exposto, conclui-se que o aumento da competência da Justiça Militar da União é necessário, estando em consonância com a evolução da demanda pela Jurisdição Especializada, oriunda das transformações sociais e das relações humanas na caserna. Dentre outros aspectos a serem analisados nos estudos ora em andamento, pode-se destacar que tal providência dependeria da ampliação da abrangência nacional da JMU, do apoio de outros órgãos jurisdicionais federais e estaduais, bem como da delimitação precisa da atuação dos Conselhos de Justiça (para o julgamento dos crimes militares praticados por militares) e do juiz-auditor (para o julgamento dos crimes militares praticados pelos civis e das demandas relacionadas ao direito administrativo militar).

_____

ALGUNS MITOS QUE PODEM INFLUENCIAR NA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL MILITAR

André Lázaro Ferreira Augusto [51]

INTRODUÇÃO

A criação do ente político e jurídico denominado Estado gerou repercussões em praticamente todos os campos da vida em sociedade, atingindo, principalmente, o Direito e seus ramos.

Especificamente com relação ao Direito Penal, mecanismos foram criados para coibir as injustiças do sistema até então adotado, de caráter privado, em que as soluções eram calcadas na autotutela ou no posicionamento de árbitros constituídos sem garantias que pudessem preservar a sua imparcialidade. Com isso, buscava-se assegurar que regras preestabelecidas preservassem a igualdade das partes, antes inadmitida devido ao sentimento de vingança sempre presente nas condenações que, não raro, conduziam a penas francamente desproporcionais.

O Estado, então, avocou o direito de punir e constituiu órgãos com competência para decidir acerca dos crimes que fossem praticados. Como o órgão julgador não estaria presente no momento da prática da conduta delituosa, tornava-se imprescindível a elaboração de um conjunto de regras que permitissem a reconstrução dos fatos para sua perfeita compreensão.

Surge, então, a necessidade institucionalizada da busca pela verdade, ou seja, da ciência do julgador de todas as circunstâncias que envolveriam o crime para a apresentação da solução justa.

Criou-se como instrumento para possibilitar tal busca o Processo Penal, orientado através de normas positivadas e de princípios.

Muito já se escreveu acerca do embate entre a verdade real e a verdade formal, não sendo pretensão do presente artigo reviver o choque entre os defensores de cada uma delas. Todavia, para que as ideias que

[51] Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 4ª CJM.

serão apresentadas nas linhas que seguem possam ter coerência, adotar-se-á como verdade a cognição que emerge das provas e indícios colhidos durante a instrução probatória em que foram respeitados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, consagrados nos incisos LIV e LV do artigo 5º de nossa Carta Magna.

Nosso ordenamento jurídico pátrio adotou como sistema processual penal o acusatório, ainda que alguns juristas digam que com temperamentos. E não foi diferente tal adoção no processo penal militar, haja vista que características essenciais desse modelo podem ser nitidamente vistas, como a separação entre as atividades de acusar e julgar, inclusive com órgãos distintos para cada uma dessas funções (o Código de Processo Penal Militar é bastante expresso quando prevê no *caput* do artigo 54 que "*o Ministério Público é o órgão de acusação*" e nos artigos 36 e 435 a atuação do Juiz e do Conselho de Justiça como responsáveis pela condução do processo e por proferir a sentença), a iniciativa probatória das partes (primeira parte do artigo 296) e a atuação do julgador como terceiro imparcial (exegese dos artigos 37 e 38, apesar da incoerência da segunda parte do artigo 296).

A atuação imparcial do julgador culmina na produção de um documento, uma sentença, que é a expressão da verdade a partir da interpretação dos elementos obtidos na instrução probatória valorados mediante seu livre convencimento motivado.

Da experiência obtida na atuação cotidiana em processos penais militares se observa que foram criados alguns mitos que podem influir nessa atividade de busca pela verdade, mitos esses inerentes às partes e ao julgador: o mito da irresponsabilidade da atuação do órgão do Ministério Público Militar, o mito do direito de mentir do acusado e o mito da imprescindibilidade do contato físico direto entre o julgador e os depoentes para a formação de impressões pessoais.

Assim, a missão deste artigo é avaliar a pertinência desses mitos e, se for o caso, a necessidade de sua desconstrução para o alcance da sentença mais adequada ao caso.

1 O MITO DA IRRESPONSABILIDADE DA ATUAÇÃO DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Em algumas Sessões de Julgamento de que participei, ouvi, em sustentações orais, membros do Ministério Público Militar afirmar que,

qualquer que fosse o resultado daquele feito (absolvição ou condenação), a responsabilidade seria integralmente dos membros que compunham o órgão julgador (Conselho de Justiça). Assim, seguindo essa assertiva, haveria a completa isenção de responsabilidade do Promotor ou do Procurador da Justiça Militar pelo fato de não terem competência para decidir a questão.

Indaga-se: tal argumentação é válida?

No Brasil, verifica-se a existência de um órgão com características semelhantes aos integrantes do Ministério Público já na Constituição Imperial de 1824, que previa que "*no Juízo dos crimes, cuja acusação não pertença à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa, e Soberania Nacional*" (artigo 48).

Mas, foi a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público consagrou-se como verdadeiro guardião de nosso Estado Democrático de Direito. Prova disso é que, naquele texto, figura como "*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (*caput* do artigo 127). Das funções institucionais incumbidas, a primeira é "*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*" (inciso I, artigo 129).

Dentre os ramos do Ministério Público da União está o Ministério Público Militar (artigo 128, inciso I, alínea *c*, CF). Aos seus integrantes incumbem os papéis de acusador no processo penal militar e de fiscal do correto cumprimento da lei penal militar, o que implica, inclusive, a possibilidade de opinar pela absolvição quando presentes razões de fato e de direito para tanto (artigos 54 e 55 do CPPM). Portanto, a atuação do membro do *Parquet* das Armas não se restringe a de mera parte da relação processual penal militar (o que lhe permitiria a parcialidade no seu atuar), eis que como defensor da ordem jurídica deve agir proativamente para que ela seja rigorosamente aplicada em cada caso concreto.

Observa-se que o sistema acusatório evoluiu, pois não se exige agora apenas que haja um órgão independente responsável pela acusação. Exige-se, também, que o atuar desse órgão seja imparcial, ou seja, orientado a partir das normas que integram o ordenamento jurídico de modo que busque elementos probatórios para o fim de promover a Justiça (e não pura e simplesmente buscar a condenação).

Igualmente integra a essência do sistema acusatório o livre convencimento motivado do julgador a partir dos elementos carreados aos autos pelas partes (já que não cabe ao magistrado a busca da prova, sob pena de se tornar um juiz inquisidor). Considerando que o agir da Defesa é parcial e que a atuação do membro do MPM não o é, somente este último tem por missão influir na formação desse convencimento para que se alcance a solução justa (dado que a missão da Defesa sempre será obter o resultado mais favorável ao acusado, o que não necessariamente será o mais justo).

Então, por mais que o órgão julgador se esforce para que a verdade expressa em sua sentença se aproxime daquilo a que realmente merece o acusado, seu labor será em vão se a atuação do Promotor ou do Procurador de Justiça Militar for dolosamente voltada para obter a qualquer custo a condenação ou demasiadamente desinteressada ou omissa a ponto de deixar à míngua de elementos robustos o feito.

Até mesmo o pouco esmero ou total descaso com a sustentação oral, como nos casos em que é feita *pro forma* ou com pleno desconhecimento do conjunto probatório, pode influenciar decisivamente na verdade exposta na sentença. Afinal, tanto o juiz togado pode falhar na apreciação das provas, quanto os juízes militares (que, salvo raríssimos casos, são leigos) podem ser influenciados por alguns defensores que, mesmo não amparados na lei e na prova dos autos, são bastante eloquentes.

A Constituição Federal prevê que *"o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"* (artigo 5º, inciso LXXV), sendo utilizado como baliza para avaliar a possibilidade da responsabilização pessoal do magistrado o artigo 133 do Código de Processo Civil, que a admite quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

O artigo 85 desse diploma legal possui redação semelhante ao inciso I do aludido artigo 133, ensejando a responsabilização civil do membro do Ministério Público que, no exercício de suas funções, agir com dolo e fraude.

Na atualidade, em alguns julgados, já é admitida a possibilidade de responsabilização pessoal do magistrado quando, agindo com culpa grave, gerar um erro judiciário (sem grifos no original):

> *"APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUSÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO. DANO MATERIAL INOCORRENTE. AGRESSÃO FÍSICA PERPETRADA CONTRA APENADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Reexame necessário - Descabido o reexame necessário quando o valor da condenação é inferior a 60 salários mínimos, como na espécie. Inteligência do art. 475, § 2°, do CPC. 2.* ***Ausência de erro judiciário. O dever de indenizar do Estado ocorre somente quando presente dolo, fraude ou culpa grave, hipóteses inocorrentes nos autos****. Art. 37, §6º, da Constituição Federal. Hipótese em que o pedido de alteração do regime de cumprimento de sentença foi analisado em tempo razoável pela Vara de Execuções Criminais, tão logo foi proferida sentença absolutória na ação revisional. 3. É objetiva a responsabilidade civil da administração pública em razão dos danos decorrentes de omissão específica do Estado. 4. O conjunto probatório demonstra que o Estado foi omisso ao zelar pela integridade física e psíquica da parte autora, que cumpria pena em regime fechado. 5. Danos morais caracterizados e decorrentes da conduta omissiva do Estado, que atingiu os direitos da personalidade do requerente. 6. Valor fixado em consonância com a gravidade do fato, observados os critérios econômicos e sociais do ofendido e do ofensor, bem como os aspectos gerais e específicos do caso concreto. Manutenção do* quantum*. 7. Verba honorária mantida na forma como fixada, sob pena de aviltar a dignidade do profissional, estando, ademais, em consonância aos ditames dos §§ 3° e 4° do art. 20 do CPC. RECURSOS DESPROVIDOS."* (Apelação e Reexame Necessário Nº 70064966724, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/7/2015).

Da mesma forma, a evolução natural é a admissão da responsabilização pessoal do membro do Ministério Público quando igualmente agir com culpa grave.

Para a caracterização dessa culpa grave poder-se-ão utilizar as hipóteses de litigância de má-fé previstas no artigo 17 do CPC, como nos casos em que se deduz pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso ou, ainda, é alterada a verdade dos fatos, mesmo que por atuação negligente ou desidiosa.

E não pode ser esquecida a possibilidade de responsabilização disciplinar do membro do *Parquet* que não desempenhar com zelo suas funções (inciso IX do artigo 236 c/c o inciso I do artigo 240, ambos da LC 75/93).

2 O MITO DO DIREITO DE MENTIR DO ACUSADO

A primeira etapa do rito processual previsto no CPPM é o interrogatório, que corresponde ao ato judicial em que são feitas perguntas ao acusado de modo que possa apresentar a sua versão dos fatos que lhe foram imputados na denúncia.

Em alguns casos, para preservar o seu direito de liberdade, o acusado apresenta versão totalmente divorciada do que realmente aconteceu. Haveria ao acusado o direito a mentir?

Tal questão já foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal[52] em 1991, decidindo-se que no "*direito ao silêncio inclui-se, por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal*". Já o Superior Tribunal de Justiça[53], em 1995, adotou entendimento mais amplo de que "*o réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, tem direito a mentira porque não é obrigado a auto-acusar-se*".

Certo é que esse direito a mentir no interrogatório tem sido invocado e exercido sob o respaldo das aludidas decisões e de alguns posicionamentos doutrinários.

Passadas duas décadas da publicação desses acórdãos, merece ser novamente analisado até que ponto o direito a não autoincriminação pode gerar o direito a mentir.

---

[52] HC 68929/SP.
[53] RESP 54781/SP.

Na Idade Média vigorava o *reus tenetur se detegere*, princípio que obrigava ao acusado, que era interrogado sob o compromisso de dizer a verdade, *"descobrir-se mediante tortura para eliminar a heresia que ocultava a sua alma"*[54].

Nos tempos atuais, a máxima vigora em sua forma invertida, *nemo tenetur se detegere*, traduzindo-se no direito do acusado a não se autoincriminar. Essa proteção é prevista no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que estabelece como garantia judicial da pessoa humana "o *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada"* (item 2, alínea *g*).

O artigo 305 do CPPM garante ao acusado o direito a não autoincriminação e ao silêncio, ainda que informe que este último poderá ser interpretado em seu prejuízo (interpretação essa em franco descompasso com a garantia da presunção de inocência e, por isso, não mais admitida). No mesmo sentido é o artigo 186 do CPP.

Nas normas supracitadas, em nenhum momento é assegurado o direito a mentir. E isso parece decorrer da própria essência do sistema jurídico, que é composto de regras baseadas na boa-fé, na moral e nos bons costumes. Ademais, existem outras formas de se exercer o direito a não autoincriminação além do ato de mentir.

Não há a tipificação da conduta de perjúrio no Estatuto Repressivo Castrense. Porém, o teor da mentira poderá constituir elementar de tipos penais militares, como a calúnia (artigo 214), a denunciação caluniosa (artigo 343) e a autoacusação falsa (artigo 345). Assim, caso o interrogando, no intuito de frustrar a imposição de uma sanção penal, atribua a prática da infração criminal a *outrem* (inocente) ou confesse um delito menos grave e inexistente para constituir álibi para a absolvição em outro mais grave de que efetivamente foi o autor, terá praticado uma nova infração penal em seu depoimento.

Poder-se-ia argumentar que inexistiria a prática de novo delito porque estaria presente a justificante do artigo 42, inciso IV, do CPM, eis que, orientado pelo direito constitucional à ampla defesa (artigo 5º, inciso

[54] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. volume I. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 628.

LV), teria exercido seu direito de não autoincriminação através do falseamento da verdade. Todavia, como direitos consagrados constitucionalmente não podem ser utilizados para salvaguardar a prática de atos ilícitos, verifica-se que excede à garantia da ampla defesa a utilização da calúnia ou da autoacusação falsa, pois são expedientes que implicarão a lesão a bens juridicamente tutelados (a honra de um terceiro e a regularidade da administração da Justiça). Além disso, não haveria exercício regular do direito a não autoincriminação por incompatibilidade da forma utilizada com os preceitos do Direito.

Do mesmo modo, igualmente seria infrutífera a alegação da incidência do estado de necessidade (justificante ou exculpante, artigos 43 e 39, CPM) dada a imprescindibilidade de que o perigo ao direito próprio (cerceamento da liberdade) não tenha sido provocado pelo acusado (pelo contrário, ele foi o autor de delito que poderá sujeitá-lo ao cumprimento de uma pena imposta pelo Estado).

O direito a não autoincriminação, então, admite uma série de formas de exteriorização, sendo a mentira uma forma irregular. O seu correto exercício é realizado mediante condutas negativas, omissivas, que preservam a dignidade da pessoa humana do acusado e não invadem a esfera de proteção de outros valores assegurados pelo Direito. Tais condutas, no curso do interrogatório, poderão ser a permanência em silêncio ou a recusa a responder às perguntas formuladas. Agindo dessa forma, ainda que figurando como parte (parcial), não estará prejudicando a atuação do órgão julgador na formação de sua convicção.

3 O MITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTATO FÍSICO DIRETO ENTRE O JULGADOR E OS DEPOENTES PARA A FORMAÇÃO DE IMPRESSÕES PESSOAIS

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxe uma série de modificações ao Código de Processo Penal, destacando-se a concentração dos atos judiciais em uma única audiência, o que permite uma maior celeridade e economia processual. De modo a disciplinar esse novo rito, o legislador inseriu no texto legal o princípio da identidade física do julgador (§ 2º, do artigo 399) ao estabelecer que *"o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença"*. Disposição semelhante já vigia no artigo 132 do Código de Processo Civil.

Embora não positivado no Código de Processo Penal Militar, a Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92) previu para os Conselhos Especiais de Justiça a identidade física de seus membros militares ao estabelecer que o Colegiado será *"constituído para cada processo e dissolvido após a conclusão de seus trabalhos"* (artigo 23, § 1º).

Para os que advogam a imprescindibilidade dessa identidade física em todos os feitos criminais, tal princípio seria corolário do postulado do devido processo legal e conduziria a uma cognição de melhor qualidade ao permitir que o magistrado atuasse com maiores subsídios a partir da avaliação da índole e do comportamento do acusado e das testemunhas. Assim, deveriam constar dos respectivos termos de depoimento as expressões faciais e corporais, entonações de voz, pausas na fala, tipos de olhar, estados de ânimo, ou seja, quaisquer elementos que permitissem a interpretação da narrativa apresentada para a valoração daquele elemento probatório por ocasião da sentença.

Admitindo essa tese, ao julgador caberia o papel de exímio entendedor da psiquê humana, cumprindo motivar o seu livre convencimento através de teses que almejam encontrar padrões universais de comportamento.

De modo a tentar traduzir a linguagem das emoções, foram realizados estudos[55] com integrantes de uma aldeia situada em localidade remota na Nova Guiné, formada por pessoas que nunca tiveram contato com outros povos, em que se observaram expressões faciais para felicidade, raiva, aversão e tristeza idênticas às que indivíduos de civilizações ocidentais exteriorizavam quando afetados por tais sentimentos. A partir desses dados, identificaram-se os sinais faciais que denunciariam a mentira – nesses casos, ao tentar ocultar a verdadeira emoção, em geral, a expressão *"é levemente assimétrica e carece de uniformidade da forma que flui de vez em quando da face"*. Essa fonte de escapamento, constituída de um movimento facial muito rápido, somente duraria menos de um quinto de segundo, pelo que foi denominada de microexpressão. Existiri-

[55] EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções*. São Paulo: Lua de Papel, 2011. Em sua obra chega a ensinar como imitar os movimentos faciais dos sentimentos e a identificá-los nas outras pessoas (como pálpebras pesadas, bochechas levantadas e olhos umedecidos para a tristeza profunda).

am, então, microexpressões universais para os sentimentos e, caso estivessem em descompasso com o discurso, o indivíduo estaria mentindo.

Há muitos questionamentos acerca dessas teses sobre a suposta uniformidade de expressões corporais e faciais dada a sua imprecisão e a diversidade da natureza humana. Ademais, muitos indivíduos se comportam de forma diversa quando submetidos a determinados níveis de estresse (que podem ser originados pelo fato de ter que prestar depoimento perante um órgão colegiado julgador, sabendo que sua palavra poderá ser decisiva para a manutenção ou a restrição da liberdade de alguém).

Portanto, a análise de depoimentos sob o prisma subjetivo/psicológico pode conduzir a falhas, cabendo ao julgador a postura mais neutra o possível, aquilatando a prova objetivamente e de acordo com os demais elementos colhidos. Do contrário, estar-se-ia, com relação aos interrogatórios, realizando análise que beira às teorias lombrosianas (que relacionavam sinais faciais e corporais com arquétipos de criminosos).

Logo, não se pode aceitar a ideia de que julgamentos realizados sem a observância da identidade física dos magistrados sejam menos criteriosos e justos, pois a utilização errônea das impressões pessoais dos julgadores pode conduzir exatamente ao caminho oposto do que se esperaria.

Com isso, conclui-se que, no que tange aos Conselhos Permanentes de Justiça, não há perda de qualidade nas decisões ou nas sentenças injustas simplesmente por tal identidade física de seus membros militares não ter sido prevista (artigo 24 da referida lei).

Cumpre lembrar que, em nenhum dos Conselhos, vige a identidade física do magistrado togado.

O que realmente parece ser imprescindível é a fiel observância do compromisso a que todos os integrantes dos Conselhos se submetem antes do início dos trabalhos: "*prometo apreciar com imparcial atenção os fatos que me forem submetidos e julgá-los de acordo com a lei e a prova dos autos*" (artigo 400 do CPPM).

A defesa ferrenha desse mito, aliás, foi um dos obstáculos para a admissão de uma importante ferramenta tecnológica que em muito auxilia na celeridade da tramitação dos feitos (o que impacta decisivamente

na qualidade da prova oral, dado que a memória é comprometida com o avanço do tempo) que é o uso da videoconferência para interrogatórios e oitivas.

CONCLUSÃO

O presente texto não se tratou, como já alertado, de uma defesa da busca pela famigerada verdade real, passível de obtenção apenas na utopia. Com ele, o que se espera é uma maior reflexão dos profissionais que atuam nos foros criminais castrenses para a obtenção de um ganho de qualidade na prestação jurisdicional, haja vista que, além da postura do órgão julgador, essa melhora carece do comprometimento dos demais atores do processo e do respeito por todos os princípios da lealdade e da boa-fé.

A apatia do fiscal da aplicação da lei penal, a utilização de argumentos mentirosos ou a obtenção de conclusões a partir de apreciações subjetivas conduzem a sentenças injustas que traduzem, quando muito, meias verdades que não mais podem ser toleradas.

Portanto, mitos como os apresentados foram constituídos como dogmas que devem ser desconstruídos, já que não se justificam, prestando-se apenas a desvirtuar o ideal de busca da justiça para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 6 jun. 2015.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 6 jun. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em 6 jun. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em 6 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 6 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm>. Acesso em 6 jun. 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005. 128 p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 819 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2015. 1065 p.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. vol. I 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 729 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1087 p.

EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções*. São Paulo: Lua de Papel, 2011.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013. 223 p.

PROCESSO E JULGAMENTO DE CIVIS PELO JUIZ MONOCRÁTICO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Jorge Cesar de Assis [56]

1 INTRODUÇÃO

Questão que vem chamando à atenção atualmente versa sobre a possibilidade – ou não – de o juiz-auditor da Justiça Militar da União (magistrado togado) proceder monocraticamente ao julgamento de civis, isso a depender apenas do seu entendimento, quando esses civis cometerem crimes militares definidos em lei.

Sabe-se que existe uma Carta de Princípios da ONU (noticiada por Kathia Martin Chenut[57]), que se pretende sejam observados na Justiça Militar. Na versão atual do documento elaborado pelo francês Emmanuel Decaux[58], e que foi apresentado originariamente na antiga Comissão de Direitos Humanos em 13.01.2006, está integrado atualmente na agenda do órgão que substituiu a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que é o Conselho de Direitos Humanos.

A análise do Projeto de Princípios – que se constitui de 20 princípios –, e seguindo-se a observação precisa de Kathia Martin Chenut, permite verificar que vários deles estão sendo respeitados no Brasil: o 1º (criação da jurisdição militar pela Constituição e pela lei), já que a Justiça Militar brasileira tem amparo constitucional e legal; o 7º (incompetência dos tribunais militares para julgar menores de 18 anos), pois no Brasil eles estão submetidos à Justiça da Infância e da Juventude, e, neste ponto, as

---

[56] Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar em Santa Maria – RS. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Sócio Fundador da Associação Internacional de Justiças Militares (AIJM).

[57] *Vide*: CHENUT, Kathia Martin. *Jurisdicciones Militares delante de las exigencias del Derecho Internacional*. *Revista Humanitas et Militaris* nº 4. Florianópolis: Associação Internacional de Justiças Militares, 2008, p. 41-48.

[58] Que sucedeu ao projeto de outro francês, Louis Jounet, apresentado originariamente em 2001. *Vide* versão em francês, disponível na internet: <http://www.icj.org/IMG/ G0610678.pdf>.

regras permissivas ainda constantes do CPM não foram recepcionadas pela Lei maior. **Também se verifica que o Princípio 5º (incompetência da jurisdição militar para julgar civil) já se encontra atendido para a Justiça Militar Estadual**. O Princípio 8º (competência funcional da jurisdição militar) é ainda ponto de questionamento já que a competência da Justiça Militar brasileira é ampla, envolvendo um número considerável de crimes militares impróprios.

Da mesma forma, deve-se dizer que a necessidade de se compreender o crime militar deriva atualmente da Carta Magna[59], a qual, referindo-se aos crimes propriamente militares, os excepcionou da necessidade do estado de flagrância ou da ordem da autoridade judiciária competente para a execução da prisão de seu autor (CF, art. 5º, LXI)[60].

Assim, se a Constituição Federal reconhece a existência de crime militar próprio (ou propriamente militar, ou puramente militar), a consequência daí decorrente é a existência do seu correspondente impróprio (ou impropriamente militar)[61].

Essa distinção se faz mais necessária se atentarmos que o Código Penal Comum, ao tratar da reincidência em seu art. 64, II, exclui do seu cômputo, ao lado dos crimes políticos, os crimes militares próprios. Daí porque necessário distingui-los tão acertadamente quanto possível.

Em uma definição bem simples poderíamos dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar e

---

[59] *Vide* nosso artigo: *Crime Militar e Crime Comum. Conceitos e Diferenças. In*: *Caderno Jurídico – Direito Penal Militar e Processual Penal Militar*. São Paulo: Escola Superior do MP de São Paulo, n. 3, p. 77-88, jul./dez. 2004.

[60] Exemplos clássicos são a captura e a prisão do desertor, e a colocação sob menagem forçada do insubmisso. Da mesma forma, durante a investigação policial militar, o encarregado do IPM poderá efetuar a detenção cautelar do indiciado que cometer crime militar próprio, sem necessidade de ordem da autoridade judiciária que deverá, contudo, ser comunicada de imediato.

[61] Jorge Alberto Romeiro lembrou que as designações crime puramente militares e crimes propriamente militares provêm da legislação mais antiga, e já revogada, que os aludiam sem dizer em que consistiam, e a vigente se refere a crimes propriamente militares e crimes militares próprios, também sem dizer o que sejam. E que, embora sem os definir, nossos vigentes diplomas legais atribuem aos crimes propriamente militares relevantes efeitos jurídicos. (*Curso de Direito Penal Militar* – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 66-67).

que só pode ser cometido por militar, exceção feita ao crime de insubmissão, que, apesar de só estar previsto no Código Penal Militar (art. 183), só pode ser cometido por civil[62].

Por sua vez, são crimes impropriamente militares aqueles que estão previstos tanto no CPM quanto na legislação penal comum, ou seja, são crimes comuns que se tornam militares por um artifício legal que os enquadre em uma das hipóteses do art. 9º, inciso II, da lei penal militar.

Quanto aos civis (pomo da discórdia), existem duas possibilidades de que os mesmos venham a cometer crime militar, a saber, quando o fato atentar contra as instituições militares (CPM, art. 9º, III) e em caso de concurso de agentes.

A questão já chegou ao Supremo Tribunal Federal, com o ajuizamento, naquela Corte, da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 5.032, interposta pela Procuradoria Geral da República, contestando a competência da Justiça Militar para os crimes cometidos em operações de garantia da lei e da ordem. Autuada em 20.08.2013, tem como relator o Min. Marco Aurélio.

Por outro lado, quando do julgamento do HC 11.848, em que a Defensoria Pública da União questionou a competência da Justiça Militar para julgar civil denunciado pelos crimes de resistência mediante ameaça ou violência, lesão corporal e ameaça contra militares que atuam no processo de pacificação nas favelas do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, o Ministro Gilmar Mendes propôs que seja dada interpretação conforme a Constituição Federal (sem redução de texto) aos artigos 16 a 26 da Lei 8.457/1992 (que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares) para que o civil seja julgado pelo juiz-auditor e não mais pelo Conselho Permanente de Justiça. Por sugestão da Ministra Carmen Lúcia, a 2ª Turma resolveu submeter o julgamento ao Plenário da Corte.

Finalmente, a demonstrar que a matéria não é estranha à Justiça Militar, o Projeto de Lei que altera a Lei de Organização da Justiça Militar da União, entregue na Câmara dos Deputados em 05.06.2014, previu em seu art. 30 a competência monocrática destinada ao juiz-auditor (que

[62] A incorporação do insubmisso é condição de procedibilidade (CPPM, art. 462, § 2º). *Vide* Súmula 8 do STM.

passará a denominar-se de Juiz Federal da Justiça Militar), para processar e julgar os civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Código Penal Militar.

Por conta desses fatores que estão gravitando em torno da Justiça Militar, alguns juízes-auditores estão assumindo, de forma monocrática e sem serem provocados, a condução de processos em que civis forem réus, outorgando-se uma competência que a lei não prevê, e afastando assim o órgão competente para o feito – o Conselho de Justiça Permanente.

A viabilidade, e principalmente a legalidade, desse verdadeiro sequestro competencial é o que se pretende analisar a seguir.

2 A POSIÇÃO DO JUIZ-AUDITOR NA ESTRUTURA DA JUSTIÇA MILITAR

Primeiramente há que se identificar qual é a exata posição do juiz-auditor na estrutura da Justiça Militar da União. A Constituição Federal prevê de forma inequívoca, em seu art. 122, serem órgãos da Justiça Militar: *"I - o Superior Tribunal Militar; II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei"*.

Na vigência do regime constitucional anterior, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN já havia feito a correta previsão dos órgãos da Justiça Militar e, dentre eles, os Conselhos de Justiça[63].

Por sua vez, a Lei nº 8.457/92 – LOJMU assevera, em seu art. 1º, serem órgãos da Justiça Militar da União o Superior Tribunal Militar, a Auditoria de Correição, os Conselhos de Justiça e os Juízes-Auditores e Juízes-Auditores substitutos.

Ademais, o Constituinte derivado acabou fazendo a previsão dos Conselhos no § 3º do art. 125 da Carta Magna, segundo o qual *"A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes*. (Redação dada pela Emenda

[63] LC 35, de 14/3/1979, *"Art. 7º - São órgãos da Justiça Militar da União, além do Superior Tribunal Militar, os Juízes Auditores e os Conselhos de Justiça, cujos número, organização e competência são definidos em lei"*.

Constitucional nº 45, de 2004), reafirmando o amparo constitucional dos Conselhos de Justiça.

Fica difícil aceitar que os Conselhos de Justiça da Justiça Militar estadual sejam constitucionais e os da Justiça Militar da União estejam eivados de inconstitucionalidade. Seria jogar o disco longe demais, autêntica heresia jurídica, principalmente quando se sabe que a Carta Magna não contém normas contraditórias, bastando a adequada e lógica ponderação dos valores aparentemente em confronto, não se olvidando inclusive que a Justiça Militar estadual se vale das normas federais para sua organização e funcionamento, dentre elas a Lei de Organização Judiciária Militar.

Por fim, os juízos colegiados não são – nem nunca foram – novidade ou excrescência em nosso direito positivo, não se olvide do Tribunal do Júri, onde os jurados a toda evidência não tem nenhuma das garantias dos magistrados, e nem por isso hão de ser acoimados de inconstitucionais, dependentes ou parciais (face o medo frente o acusado p. ex., que seria comum nas pequenas cidades) posto que o Júri – assim como os Conselhos de Justiça – estão amparados pela Constituição Federal.

Um simples passar de olhos pela lei de organização judiciária e pelo Código de Processo Penal Militar será suficiente para constatar que o Juiz-Auditor detém competência monocrática jurisdicional apenas enquanto o fato tido por criminoso estiver sendo investigado (fase da instauração do inquérito policial militar até seu arquivamento ou recebimento da denúncia dele decorrente) e também na fase de execução da pena.

Durante o processo penal militar, sua instrução e julgamento, o órgão jurisdicional competente é o Conselho de Justiça, a jurisdição do magistrado não é mais isolada mas sim compartilhada, as decisões são tomadas pela maioria dos votos e o juiz-auditor é parte integrante do Conselho que tem como Presidente o Oficial Superior. É claro que para o andar do processo o juiz toma decisões isoladas, mas são decisões de mero expediente, como a que manda juntar laudos periciais, a expedição de ofícios requisitórios, a que determina abertura de vista às partes etc.

A competência do juiz-auditor está prevista no art. 30 da LOJMU, e em nenhum de seus incisos – e nem em nenhuma outra lei extravagante – existe a previsão de competência para deixar de convocar o Conse-

lho de Justiça ou afastá-lo do processo, quando este estiver em andamento.

Ao contrário, durante o processo o juiz-auditor é um dos integrantes do Conselho de Justiça (art. 16, letras "a" e "b" da LOJMU), órgão judicial que somente tem jurisdição quando reunido em sua tradicional formação colegiada, magistrado mais juízes militares. Não só estes, nem só aquele.

3 A IMPOSIÇÃO FORÇADA DE JURISDIÇÃO MONOCRÁTICA

Pois bem, no processo de nº 0000243-92.2012.7.11.0011, em que é acusada uma civil, o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (em Brasília) chamou o feito à ordem para tornar sem efeito a parte da decisão que determinou a convocação do Conselho Permanente de Justiça para o Exército. Em sua fundamentação, S. Exa. consignou que "*deixava de convocar o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (art. 399, 'a', do CPPM), por abraçar o entendimento de que civis não devem ser julgados por colegiado militar, ainda que pratiquem crimes militares, excetuados os casos de concurso de agentes envolvendo acusado (s) militar (es), bem assim crimes praticados no âmbito de operações de Garantia da Lei e da Ordem (...) e que deve sim a JMU continuar a julgar civis acusados da prática de tipos penais previstos no CPM. Entretanto, não estando os civis jungidos à hierarquia e à disciplina militares, inexiste motivo para que sejam julgados por oficiais das Forças Armadas. De fato, qual a justificativa para que um leigo julgue, por exemplo, o roubo de um fuzil praticado por civil? Nenhuma. E qual a justificativa para que um juiz togado da JMU o faça? Para além de sua formação jurídica e capacidade técnica, pela rapidez que pode imprimir a este julgamento, prevenindo a prática de crimes que poderiam redundar em diminuição da eficiência das Forças Armadas*"[64].

Por sua vez, o Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (com sede no Rio de Janeiro) emitiu decisão no processo de nº 178-50.2010.01.0301 (120/13-5), no sentido de que "*havia* concluído que, para dar interpretação de acordo com a Constituição Federal e fundado no princípio da isonomia, procederia, dali para frente, quando os réus forem civis em ações penais naquela Auditoria, processando e julgando monocraticamente, ou seja, concedeu-se competência jurisdicional para processar e julgar todas as ações penais em que figurem réus

[64] Decisão de 18/3/2014, que, aliás, contou com o beneplácito do Ministério Público Militar, que não recorreu da decisão.

civis, impondo a desconstituição do Conselho de Justiça, e naturalmente negando validade à norma vigente que organiza a Justiça Militar da *União (Lei 8.457/92)*"[65]. Como no primeiro caso referido, S. Exa. decidiu sem ser provocado, apenas por ter tomado conhecimento do voto do Ministro Gilmar Mendes no já referido HC 112.848.

Conquanto no mérito a alteração procedimental pretendida seja bem-vinda (o projeto de alteração da LOJMU apresentado pelo STM vai nesse sentido), realmente os civis por não estarem sujeitos à disciplina e hierarquia ficam estranhos ao serem julgados e processados também por juízes militares. Todavia, somente por obra da Constituição ou da Lei é que se pode afastar, alterar ou criar novas competências jurisdicionais. O juiz diz o direito mas não deve ou não pode legislar, e é isso que está fazendo, ainda que tais decisões aparentemente estejam adornadas das melhores intenções.

As decisões referidas propiciaram uma rápida discussão na rede de comunicação interna do Ministério Público Militar, e das quais se pode extrair as seguintes ponderações.

A adoção, por cada um dos juízes-auditores, de um sistema diferenciado, sem regulamentação legal, com base em uma suposta interpretação conforme o STF que sequer tem data marcada para ocorrer, trará uma balbúrdia jurídica que em nada fortalece a Justiça Militar, podendo ainda incentivar a impunidade já que, se os julgamentos forem anulados, com toda certeza deles advirá a prescrição.

Como esta atuação não é unânime entre os juízes-auditores, é possível imaginar o caso em que o juiz-auditor, influenciado pela força dos ventos que sopram contra o órgão colegiado (a bola da vez), dissolve o Conselho de Justiça, passando a tocar o processo sozinho, sob o beneplácito do órgão do Ministério Público Militar que pensar da mesma forma. Como ninguém é de ferro, um belo dia entra em férias, e aí vem o juiz-auditor substituto – contrário à tese – e anula a decisão que afastou o Conselho e o instala novamente, gerando indisfarçável insegurança jurídica. Quem pode afastar pode chamar novamente, quem pode dissolver pode instalar quando bem lhe aprouver.

Se o processo e julgamento de civis pelos Conselhos de Justiça são inconstitucionais (é isso que as decisões apresentadas estão dizendo

[65] Decisão de 10/7/2014, contestada pelo Ministério Público Militar, que interpôs Mandado de Segurança, registrado no STM sob nº 0000104-14.2014. 7.00.0000 – RJ**,** relator Ministro Luis Carlos Gomes Mattos.

visto que aduzem pretender adequá-los à Carta Magna), essa conclusão a toda evidência afetará a própria competência do Superior Tribunal Militar para julgar as apelações de processos que envolvam civis; afinal a mais alta Corte Castrense também se traduz em um grande colegiado, composto por uma maioria de militares e os argumentos que justificariam o afastamento de civis do órgão competente de primeiro grau, valeriam também para o órgão competente de segundo grau.

De essencial importância que se lembre de princípios que são a todos ensinados ainda na época do noviciado em Direito nos bancos escolares. Um deles, que a mim marcou profundamente, é o de que "*não é competente quem quer, mas quem pode segundo a norma de direito*", do sempre lembrado Mestre Caio Tácito.

Sob este prisma, impossível não concluir que o juiz-auditor não possui competência para dissolver, afastar ou deixar de sortear, convocar e instalar o Conselho de Justiça, nos exatos termos do art. 399, alíneas "a" e "b", do Código de Processo Penal Militar[66]. A competência do juiz-auditor está discriminada no art. 30 da Lei 8.457/92 - LOJMU, que não lhe deu esse poder.

Isto porque conforme visto ao início, na Justiça Militar da União, o órgão competente para o processo de julgamento dos crimes militares definidos em lei – independente de quem seja o seu autor[67] – é o Conselho de Justiça, como previsto no artigo 27 da LOJMU[68].

---

[66] **CPPM, art. 399**. Recebida a denúncia, o auditor: a) providenciará, conforme o caso, o sorteio do Conselho Especial ou a convocação do Conselho Permanente de Justiça; b) designará dia, lugar e hora para a instalação do Conselho de Justiça.

[67] **Constituição Federal, art. 122**. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar; **art. 125**. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[68] **LOJMU, art. 27**. Compete aos Conselhos: I – Especial de Justiça, processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar; II – Permanente de Justiça, processar e julgar acusados que não sejam oficiais, nos delitos de que trata o inciso anterior.

Daí que a decisão monocrática e espontânea de juiz-auditor que subtrai do seu juiz natural (o Conselho de Justiça) o processo e julgamento de civis pode apresentar duas facetas distintas.

Pela primeira delas teremos que ocorreu verdadeiro sequestro competencial, usurpação de competência pelo magistrado togado, visto assumir o processo e julgamento de um feito para o qual não tem competência legal.

A segunda interpretação seria a de que ocorreu um suicídio jurisdicional, já que o juiz-auditor é um dos integrantes do Conselho de Justiça[69]. Deixar de convocá-lo ou afastá-lo depois de convocado significa que aquela Auditoria deixou de ter o órgão legalmente competente para processar e julgar crimes militares. É um tiro no pé; o Conselho de Justiça não estará apto a exercer sua função jurisdicional sem a presença do magistrado togado no colegiado, da mesma forma que este sem os juízes militares não pode processar nem julgar ninguém. E decisão de juiz incompetente é como se não existisse no mundo jurídico, não gera efeito algum, a não ser prejuízo de alguma forma.

Sabe-se que os magistrados, assim como os membros do Ministério Público possuem independência funcional, sem a qual seria praticamente impossível exercer a prestação jurisdicional, sempre rodeada de interesses diversos, nem sempre legítimos. Portanto, o magistrado é dotado de livre persuasão racional (sua consciência), mas julga de acordo com a lei e a prova dos autos[70].

Se a Lei Orgânica da Magistratura Nacional expressou em seu art. 35, que são deveres do magistrado: cumprir e fazer cumprir, com inde-

---

[69] **LOJMU, art. 16**. São duas as espécies de Conselhos de Justiça: a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade; b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

[70] Compromisso semelhante prestam os juízes militares nos termos do art. 400, do CPPM.

pendência, serenidade e exatidão, **as disposições legais e os atos de ofício** (inciso I), assim como **determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legai**s (inciso III), parece não haver dúvida quanto à obrigatoriedade do sorteio, convocação e instalação dos Conselhos, e pelo mesmo motivo repudiadas desde logo qualquer ofensa ao órgão judicial competente.

Com a devida vênia de entendimentos opostos e de todo respeitados, o Ministério Público Militar, na qualidade de defensor da ordem jurídica, e de consequência na condição de fiscal da lei, atributo que não perde quando estiver na condição de parte, não pode chancelar essa esdrúxula formação processual sem nenhum amparo legal.

Estando na Procuradoria, e vindo os autos ao seu gabinete para ciência da medida judicial adotada pelo juiz-auditor, deve interpor o recurso competente. Via de regra será o mandado de segurança com pedido liminar, fundado no direito líquido e certo de que o MPM é possuidor em ver aquele feito ser processado e julgado com base no devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e sob a égide do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). Também se pode pensar em interposição de correição parcial em face de ato abusivo, ilegal e tumultuário praticado pelo magistrado (CPPM, art. 498, "a"), acompanhada de mandado de segurança visando assegurar o efeito suspensivo da decisão atacada.

Há quem avente a possibilidade de pedido de *habeas corpus*, agora em favor do réu, em face do direito constitucional que este tem de ser processado e julgado pelo seu juiz natural e com obediência ao princípio do devido processo legal.

Impressiona a passividade dos juízes militares integrantes daquele Conselho de Justiça que foi afastado ou dissolvido pelo ato unilateral do juiz-auditor. Ora, na Justiça Militar da União, o juiz-auditor é membro do Conselho e o Presidente do órgão colegiado ainda é o oficial superior ou general. O Presidente do Conselho de Justiça tem, inclusive, competência própria, prevista no art. 29 da LOJMU, sendo todas de natureza jurisdicional visto que o Conselho somente tem jurisdição enquanto reunido, em sessão. O Presidente, cônscio de sua condição de juiz militar integrante do Conselho, não pode aceitar ser excluído da condição judicial que lhe deram a Constituição e as leis, podendo, inclusive, apresentar ao STM, representação no interesse da Justiça Militar fundada na defesa da manu-

tenção e da competência do Colegiado instituído pela Constituição e pela lei[71].

A mesma representação no interesse da Justiça Militar também pode ser apresentada junto ao Superior Tribunal Militar pelo Ministério Público Militar, com previsão no mesmo dispositivo legal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Melhor falar-se em considerações finais porque concluir sobre tão delicado tema é por ora arriscado e pretensioso.

O crescente questionamento da submissão do civil à Justiça Militar brasileira em tempo de paz, e em específico a legitimidade em ser o crime atribuído ao civil submetido à jurisdição do Conselho de Justiça, vem merecendo a atenção do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar, tendo este último procurado adequá-la ao projeto de reformulação da LOJMU.

Conforme constou da justificativa daquele Projeto, "*destaca-se a necessidade do deslocamento da competência do julgamento dos civis, até então submetidos ao escabinato dos Conselhos de Justiça, para o Juiz-Auditor: se por um lado é certo que a Justiça Militar da União não julga somente os crimes dos militares, mas sim os crimes militares definidos em lei, praticados por civis ou militares; de outro, é certo também que os civis não estão sujeitos à hieraquia e disciplina inerentes às atividades da caserna e, consequentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares. Assim, o Juiz-Auditor passará a julgar os civis que cometerem crimes militares*".

Mas tal deslocamento de competência há que ser feito pelo devido processo legislativo, previsto a partir do art. 59 e seguintes da Constituição Federal.

Se tomarmos por base o voto do Min. Gilmar Mendes no HC 112.848, e que tem sido abraçado por alguns juízes-auditores como se fosse voto vencedor – e não o é ainda, a matéria segue ao Pleno –, vere-

[71] A LOJMU, em seu art. 6º, I, letra "i", ao dispor sobre a competência do STM para julgar a dita "representação no interesse da Justiça Militar", defere sua iniciativa também ao Conselho de Justiça.

mos que ele contraria inclusive a Súmula 298 do STF e a jurisprudência dominante na Corte, toda ela pugnando pela constitucionalidade dos Conselhos de Justiça: HC 114.327/BA; HC 115.530/PR, para ficar apenas nos mais recentes.

O próprio Presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, em audiência com o Procurador-Geral da Justiça Militar Marcelo Weitzel, ocorrida em 11.06.2014, no STF, manifestou-se sensível a todas as questões relacionadas à Justiça Militar. **Ele declarou que a questão do processo de julgamento de civis pelo juiz monocrático é complexa, e deve levar em conta as várias modalidades de emprego das Forças Armadas, não tendo ainda uma posição formada se o julgamento monocrático seria factível para todas as hipóteses. Para o Ministro, a matéria repercute nas duas instâncias e envolve também o espectro legislativo**.

Segundo o Ministro, **a intenção do STF é buscar uma interpretação definitiva e duradoura para a questão da competência da Justiça Militar e de seus órgãos e não uma decisão casuística**.

É uma posição ponderada, compatível com a de um integrante da mais alta Corte do país. Quando do julgamento de outra questão da maior importância na atualidade, envolvendo a Lei da Anistia, ficou assentado que, "*no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia*"[72].

E, dizemos nós, nem a Lei de Organização da Justiça Militar da União!

Portanto, há que se aguardar o processo legislativo que se inicia para a reforma da LOJMU, cujo Projeto, com certeza cheio das mais boas intenções, ainda será trabalhado por todas as forças que nele têm interesse.

Por enquanto cuidemos de conservar o que temos. Nas palavras do Prof. Eduardo Luiz Santos Cabette, voltadas para outro tema mas perfeitamente cabível em nossa discussão,

> *"Uma boa dose de conservadorismo é salutar para a orientação da interpretação e aplicação da legislação estudada. E*

[72] STF, Pleno, DPF 153/DF, relator Min. Eros Grau, j. em 29/4/2010, maioria.

não se confunda o termo 'conservadorismo' com sua equivocada e preconceituosa utilização corrente. O conservadorismo é, a bem de ver, um meio termo virtuoso entre a postura 'reacionária' e a postura 'revolucionária utopista'. Segundo Quinton, o reacionário nada mais é do que um 'revolucionário virado no avesso'. Enquanto o 'revolucionário' sonha com a utopia de um futuro de ouro a que se pode chegar bruscamente, por seu turno, o 'reacionário' pretende uma ruptura com o presente em prol de uma 'felicidade utópica passada', de uma 'idade de ouro' perdida na noite dos tempos. Em resumo, reacionários e revolucionários são praticamente orientados pela mesma motivação destrutiva para reconstrução, apenas apresentam vetores opostos na linha do tempo."[73].

---

[73] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei da Palmada: Projeto de Lei nº 7.672/10*. **Revista Jurídica Consulex** nº 418, Brasília-DF, 15/6/2014, p. 50-55.

JURISPRUDÊNCIA 2015

Agravo Regimental

AGRAVO REGIMENTAL Nº 18-62.2011.7.06.0006-DF

Agravante – Wilson de Castro Menezes Filho, Civil.

Agravada – A Decisão da Exma. Sra. Ministra-Presidente, de 16/1/2015, que indeferiu liminarmente o Recurso Extraordinário nº 18-62.2011.7.06.0006/DF.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5°, INCISOS LIV E LV, DA CF. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE PRÉVIA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS. Com relação aos princípios constitucionais supostamente vulnerados, quais sejam, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE n° 748.371, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1°/8/2013, reconheceu a carência de repercussão geral acerca das questões concernentes a tais postulados quando a demanda encontrar-se sujeita à prévia análise da correta incidência da legislação infraconstitucional. Se a questão foi examinada pelo próprio STF e negada a existência de repercussão geral, inexiste, pois, motivo para submetê-la, novamente, ao crivo da Egrégia Corte, ex vi *do art.*

543-A, § 5º, do CPC. Agravo Regimental rejeitado. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou o Agravo interposto pela Defensoria Pública da União, para manter irretocável a Decisão recorrida. O Ministro William de Oliveira Barros não participou do julgamento.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 9ª Sessão, 4/3/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo civil WILSON DE CASTRO MENEZES FILHO contra a Decisão proferida pela Ministra-Presidente do STM, de 16/1/2015, que indeferiu liminarmente o Recurso Extraordinário interposto nos autos da Apelação nº 18-62.2011.7.06.0006/BA.

O *Decisum* foi publicado no DJe de 21/1/2015 (fl. 484), tendo a Defensoria Pública da União sido intimada na mesma data (fl. 485). O presente Agravo Regimental foi protocolado em 9/2/2015 (fls. 489/490-v).

Em suas Razões, o agravante asseverou ter sido ouvido, na fase inquisitorial, na qualidade de testemunha compromissada, por duas vezes, de sorte que, ao ser condenado com base no depoimento prestado e na violação do sigilo bancário da ex-pensionista realizado em Juízo, restaram vulnerados os princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

Alegou que o indeferimento liminar do Recurso Extremo, sob a fundamentação da inexistência de repercussão geral nos temas relativos aos postulados da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, não merece prosperar, *"simplesmente porque não é sobre tais princípios que cuida o REx da Defesa"*.

Sustentou, ainda, que a violação do direito ao silêncio revelou-se a toda evidência, o que dispensaria qualquer análise da legislação infraconstitucional ou o revolvimento fático dos autos.

Por fim, o recorrente apontou a existência de questão relevante, do ponto de vista social e jurídico, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, a denotar a repercussão geral, *"sendo certo, outrossim, que Órgão Jurisdicional competente para deliberar acerca da transcendência é o Supremo Tribunal Federal"*.

Destarte, pugnou pelo conhecimento e provimento do Agravo Regimental para que, por consequência, o Extraordinário seja admitido.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo, cabível e interposto por parte legítima e interessada. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

De início, cumpre esclarecer que a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, com entrada em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação, acrescentou os arts. 543-A e 543-B[74] ao Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o instituto da repercussão geral, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

---

[74] Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). (...) § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão **indeferidos liminarmente**, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).
Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). (...) § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los **prejudicados ou retratar-se**. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006) (grifos nossos).

Art. 102, § 3°, da CF, *litteris:*

> *"No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros."*.

Diante desse quadro, o Plenário do Excelso Pretório, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 6.770/AL, de 24 de junho de 2010, por unanimidade, firmou o entendimento de que *"(...) o agravo interposto contra a decisão que não admite recurso extraordinário não se submete a qualquer juízo de admissibilidade por parte da instância* a quo*, que deve remetê-lo de modo automático* e *imediato ao Supremo Tribunal Federal."*.

Vale dizer, se a decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário não se fundar na sistemática da repercussão geral, mas, sim, em razões outras (tais como a intempestividade, a ausência de prequestionamento, a inexistência de ofensa direta à Constituição, etc.), a insurgência cabível será o **agravo nos próprios autos**, nos termos do art. 544 do CPC, *verbis*: *"Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias"*.

Por outro lado, ainda de acordo com a jurisprudência consolidada pelo STF, revela-se incabível a interposição de agravo nos próprios autos ou reclamação contra a decisão que aplica a sistemática da repercussão geral na origem, como ocorreu na hipótese *sub examine*.

A propósito:

> *"EMENTA: Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental.* ***1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justifica-***

> ***rá, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação.*** *3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida.* ***4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem."*** (STF: AI nº 760358 QO, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2010) (grifos nossos).

Com efeito, conforme salientado pelo Ministro Gilmar Mendes, a remessa do **agravo nos próprios autos** ao STF, quando inexistente repercussão geral da matéria, significaria *"confrontar a lógica do sistema e restabelecer o modelo da análise casuística, quando toda a reforma processual foi concebida de forma a permitir que a Suprema Corte se debruce uma única vez sobre cada questão constitucional"* (STF: AI nº 760.358 QO, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2010).

Ressalte-se que, não obstante o descabimento do agravo nos próprios autos quando da aplicação da mencionada sistemática, a parte inconformada dispõe de **agravo interno**, a ser julgado pela própria Corte responsável pela prejudicialidade ou indeferimento liminar do extraordinário. Portanto, se o Tribunal de origem, ao proceder à admissibilidade do RE, aplicar o entendimento firmado pelo Excelso Pretório acerca da inexistência de repercussão geral, tal como ocorreu na espécie, não serão cabíveis recursos destinados à Suprema Corte, mas, sim, a este Superior Tribunal Militar (**agravo regimental**).

Confira-se, novamente, a jurisprudência do Excelso Pretório:

> *"RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA.* ***1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727. 2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Caute-***

> ***lar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil.*** *3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal. 4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.* ***5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem. 6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco.*** *7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida.* ***8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno.*** *9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação."* (Rcl nº 7569, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 11/12/2009) (grifos nossos).

Vê-se, pois, que, quando da aplicação da sistemática da repercussão geral pelo Tribunal de origem, a remessa de recursos ao Supremo Tribunal Federal apenas se revelará possível em duas hipóteses, a saber: (a) a do art. 543-B, § 4º, do CPC, ou seja, havendo negativa de retratação pelo Tribunal *a quo*, embora o STF tenha julgado o mérito do *leading case* em sentido contrário ao entendimento da origem; e (b) quando a decisão de inadmissibilidade do RE encontrar amparo em dois fundamentos jurídicos distintos, que não poderiam ser atacados pelo mesmo recurso.

Nessa última hipótese – quando a decisão que inadmitir o extraordinário se basear no indeferimento liminar ou na prejudicialidade do recurso e também contiver fundamentos jurídicos diversos, não calcados na aplicação do instituto da repercussão geral –, o recurso a ser manejado é o **agravo nos próprios autos** (art. 544 do CPC), em face do princípio da unirrecorribilidade recursal e tendo em vista que esse apelo devolve toda a questão à apreciação do STF.

In casu, a Decisão recorrida indeferiu liminarmente o Recurso Extraordinário, nos termos do art. 543-A, § 5º, do CPC, no que concerne aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditó-

rio. Daí, perfeitamente possível a interposição do presente Agravo Regimental, consoante a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o art. 118 do RISTM ("*Cabe Agravo Regimental, sem efeito suspensivo, de despacho do Relator que causar prejuízo às partes*").

Pois bem, o agravante alegou não ter se fundado o Recurso Extraordinário nos temas relativos aos postulados da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, e, sim, nos princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

Contudo, não é o que se extrai dos autos.

No julgamento do Apelo, no qual foi Relator o Ministro Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, os eminentes Ministros desta Egrégia Corte acordaram, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso defensivo, para manter a condenação do réu à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 248 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime inicialmente aberto.

Irresignada, a Defesa opôs Embargos de Declaração, a fim de sanar o eventual ponto contraditório da Decisão e prequestionar a matéria (fls. 438/439-v). Na ocasião, deixou de discorrer acerca dos princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio, consignando expressamente:

> *"Assim, a Defesa Pública traz novamente a questão para ser objeto de exame por esta Corte, uma vez que figura violação ao princípio do devido processo legal a condenação sem lastro probatório mínimo, como se verificou no caso em julgamento.*
>
> *IV – DO PEDIDO*
>
> *(...)*
>
> *Caso não sejam providos os embargos, para fins de prequestionamento, pede-se que a matéria seja expressamente debatida sob a ótica da contrariedade ao art. 5°, incisos LIV e LV, ambos da Constituição Federal, frisando a afronta ao Princípio do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa."*.

Os Declaratórios foram rejeitados, à unanimidade de votos, por ausência de amparo legal, tendo a seguinte ementa:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. SUPOSTA CONTRADIÇÃO. REQUISITOS RECURSAIS AUSENTES. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DECISÃO CONFORME OS PRECEITOS*

CONSTITUCIONAIS. EMBARGOS REJEITADOS POR UNANIMIDADE. I - A natureza jurídica dos Embargos de Declaração compreende a possibilidade de integralização ou de aperfeiçoamento do julgado para sanar eventual ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. II - Os Tribunais têm rejeitado os Embargos de Declaração opostos com o fim de reavaliar provas insuscetíveis de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, visando a promover o indevido reexame da causa. Portanto, inexistindo os vícios a serem sanados, inviabiliza-se o recurso. ***III - Inexistindo os requisitos autorizadores dos Embargos de Declaração, também não há ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. IV - Preservados o devido processo legal e a fundamentação das decisões judiciais, previstos, respectivamente, nos arts. 5º, inciso XLVI, e 93, inciso IX, da CF/1988, o Acórdão vergastado deve ser mantido.*** *V - Decisão unânime."* (grifos nossos).

Constou, ainda, do Voto do ilustre Ministro-Relator FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, *verbis*: *"(...) reputo incólume o princípio que rege a fundamentação das decisões judiciais imposto pela Constituição Federal de 1988, bem como o cabal respeito ao seu art. 5°, incisos LIV e LV, por ocasião do Acórdão embargado"*.

À evidência ter o agravante, quando da interposição do Recurso Extraordinário, demonstrado o prequestionamento da questão constitucional, exclusivamente, sob os prismas dos postulados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Confira-se a petição do Recurso (fls. 466/471):

"IV – DO PREQUESTIONAMENTO

São dois os aspectos constitucionais violados neste feito e sobre os dois houve o expresso prequestionamento junto ao STM por via dos Embargos Declaratórios.

Sobre a questão, decidiu-se na Corte Castrense: 'Neste contexto, reputo incólume o princípio que rege a fundamentação das decisões judiciais imposto pela Constituição Federal de 1988, bem como o cabal respeito ao seu art. 5°, incisos LIV e LV, por ocasião do Acórdão embargado.'

Sendo que basta sejam as questões constitucionais ventiladas no acórdão para que se atenda ao requisito do prequestionamento, verifica-se atendida a exigência legal.".

Mais, o pedido recursal somente clamou pelo provimento do Extraordinário por afronta ao art. 5°, incisos LIV e LV, da CF. Veja-se: *"(...) a Defensoria Pública da União, assistindo juridicamente Wilson de Castro Menezes Filho, requer seja o presente Recurso Extraordinário conhecido e provido para, reconhecida a contrariedade do* ***artigo 5°, incisos LIV e LV, da Constituição da República*** *(...)"* (grifos nossos).

Ora, por óbvio que, se a parte sucumbente houvesse recorrido em razão da alegada afronta aos princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio, esta Presidência teria inadmitido o Recurso Extraordinário por ausência de prequestionamento, e não o indeferido liminarmente à luz do art. 543-A, § 5°, do CPC.

Nesse conspecto, com relação aos princípios constitucionais supostamente vulnerados segundo o recorrente (quais sejam: devido processo legal, contraditório e ampla defesa), convém reiterar que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE n° 748.371, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1°/8/2013, reconheceu a carência de repercussão geral acerca das questões concernentes a tais postulados quando a demanda encontrar-se sujeita à prévia análise da correta incidência da legislação infraconstitucional.

A propósito, a ementa do julgado acima e outro precedente do STF:

> *"EMENTA: Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.*
>
> *EMENTA. Agravo regimental no agravo de instrumento. Justiça Militar. Julgamento colegiado. Composição. Servidor militar. Processo administrativo disciplinar. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Legislação infraconstitucional. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O art. 125, § 5º, da Constituição Federal contém exigência de que as demandas que tenham por objeto ato disciplinar cometido por militar sejam julgadas em primeiro grau por juiz de direito, não fazendo, entretanto, nenhuma menção acerca dos julgamentos colegiados de tais demandas. 2.* ***Para divergir do entendimento adotado na ori-***

> ***gem, no sentido de que não teriam sido violadas as garantias constitucionais que informam o processo, seria necessário analisar a legislação infraconstitucional e reexaminar os fatos e as provas dos autos,*** *o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3.* ***A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República****. 4. Agravo regimental não provido."* (AI nº 814.762 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 27/6/2013) (grifos nossos).

Frise-se que, se a questão foi examinada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e negada a existência de repercussão geral, como na hipótese *sub examine*, inexiste, pois, motivo para submetê-la, novamente, ao crivo da Egrégia Corte, *ex vi* do art. 543-A, § 5º, do CPC.

Portanto, a partir da sistemática introduzida pela Lei nº 11.418/2006 ao CPC, revela-se incabível o Recurso Extraordinário direcionado ao STF, na medida em que este STM aplicou corretamente o instituto da repercussão geral, razão pela qual deve ser mantida incólume a Decisão agravada que o indeferiu liminarmente, nos termos do art. 543-A, § 5º, do CPC.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Agravo Regimental.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar o Agravo Regimental interposto pelo civil Wilson de Castro Menezes Filho.

Brasília, 4 de março de 2015 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Presidente.

Apelação

APELAÇÃO Nº 11-03.2014.7.01.020-RJ

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Revisor e Relator p/ o Acórdão – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelantes – O Ministério Público Militar, no tocante à concessão do "sursis"; e Igor Pablo Glória de Oliveira, Sd Ex, condenado à pena de 4 meses de prisão, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, tudo do CPM, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 28/8/2014.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÕES. DEFESA E MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DE MILITAR APÓS RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE COM EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. SÚMULA Nº 3 DO STM. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO SURSIS. *POSTERIOR CONDIÇÃO DE CIVIL. 1. A ação penal para a apuração do crime de deserção é pública incondicio-*

nada e, nessa situação, a legislação penal militar tutela os pilares básicos das Forças Armadas, sendo vedado estabelecer outras condições de procedibilidade e de prosseguibilidade distanciadas da lei, sob pena de submeter a tutela almejada pela Constituição Federal à vontade da autoridade administrativa. 2. Comete o crime de deserção o militar que se ausenta, sem licença, por mais de oito dias, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer. 3. O instituto do sursis *decorre de opção político-criminal, sendo que a vedação contida no inciso II do art. 88 do CPM não alcança a situação do militar que é licenciado do Serviço Ativo. Preliminar de nulidade rejeitada. Decisão por maioria. Apelos Defensivo e Ministerial conhecidos e não providos. Decisão por maioria.*

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar de não conhecimento do Apelo defensivo por falta de condição de procedibilidade para o prosseguimento do feito, suscitada pelo Ministro Lúcio Mário de Barros Góes (Relator). Os Ministros Fernando Sérgio Galvão e Luis Carlos Gomes Mattos acompanhavam o voto do Ministro-Relator, acolhiam a preliminar, não conhecendo dos Recursos por falta de condição de procedibilidade para o prosseguimento da Ação Penal Militar nº 11-03.2014.7.01.0201/RJ referente ao ex-Sd Ex Igor Pablo Glória de Oliveira e concediam ***habeas corpus*** de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, determinando, em definitivo, o arquivamento dos autos sem renovação, com fulcro no art. 470, parte final, c/c o art. 467, alínea "c", ambos do CPPM. No **mérito**, **por maioria**, nos termos do voto do Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), o Tribunal negou provimento aos Apelos ministerial e defensivo, para manter inalterada a Sentença condenatória hostilizada. Os Ministros Lúcio Mário de Barros Góes (Relator), Luis Carlos Gomes Mattos e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos davam provimento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença condenatória recorrida, apenas na parte em que concedeu o ***sursis*** ao Acusado, mantendo-a preservada em seus demais aspectos, por seus próprios e jurídicos fundamentos. O Ministro Fernando Sérgio Galvão dava provimento ao Apelo defensivo, para reformar a Sentença e absolver o Réu do crime que lhe é imputado com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM. Relator para Acórdão Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor). O Ministro Lúcio Mário de Barros Góes (Relator) fará voto vencido. O Ministro Fernando Sérgio Galvão fará declaração de voto. Presidência do Ministro José Coêlho Ferreira.

Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Junior e o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado.

Presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausentes, justificadamente, os Ministros William de Oliveira Barros, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Alvaro Luiz Pinto. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 35ª Sessão, 21/5/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas pela Defesa do ex-Soldado do Exército IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA, inconformada com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 28 de agosto de 2014, que o condenou à pena de 4 meses de prisão, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, todos do CPM, com o direito de apelar em liberdade, com a suspensão da condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime prisional inicialmente aberto; bem como pelo Ministério Público Militar, no tocante à concessão do *sursis* ao Sentenciado.

A Denúncia foi oferecida em 14 de março de 2014 (fls. 1-1/1-2) e recebida em 25 de março de 2014 (fl. 36), relatando, em síntese:

> *"(...) O denunciado ausentou-se, sem licença ou autorização da referida organização militar, no dia 21 de dezembro de 2013, completando em 30 dezembro de 2013, os dias de ausência necessários a configurar o crime de deserção, o que ensejou a lavratura do respectivo Termo (fl. 07) e de sua exclusão do serviço ativo.*
>
> *Por sua vez, o denunciado se apresentou voluntariamente no dia 22 de janeiro de 2014.*
>
> *Submetido à inspeção de saúde, foi considerado 'Apto para o Serviço Militar', conforme Ata de Inspeção de Saúde 234/2014, de 10/02/2014 (fl. 32) e, consequentemente, reincluído ao efetivo da aludida organização militar, de acordo com o*

publicado em Boletim Interno nº 28, de 11 de fevereiro de 2014 (fl. 34), fator bastante à instauração da instância penal.

Ao ser inquirido pela autoridade militar quando de sua apresentação ao quartel, o indiciado declarou que desertou, porque, além de não estar recebendo o auxílio-transporte, sua mãe estaria doente e precisando de sua ajuda. (...)".

Conforme Parte de Ausência (fl. 02), o militar deixou de comparecer ao Quartel desde o dia 21 de dezembro de 2013. Em consequência, foi lavrado Termo de Deserção, indicando que no dia 30 de dezembro de 2013 completaram-se os dias necessários à consumação do delito, razão pela qual se procedeu a sua exclusão e desligamento da Força (fl. 10).

Em 22 de janeiro de 2014, o Comandante do 57º Batalhão de Infantaria Motorizado Escola, Tenente-Coronel PEDRO WINKELMANN SANTANA DE ARAÚJO, enviou Ofício ao Juiz-Auditor Distribuidor da 1ª CJM (fls. 15/16) informando a apresentação voluntária do desertor, assim como o seu encarceramento. Encaminhou a Parte nº 27-Sgte, o Boletim Interno nº 242, a Parte nº 8-Sgte e o Boletim Interno nº 6.

Em 27 de Janeiro de 2014, o Juiz-Auditor Substituto determinou o relaxamento da prisão do Apelante, considerando a ausência da ata de inspeção de saúde, tendo em vista o esgotamento dos 5 (cinco) dias previstos no § 3º do art. 457 do CPPM (fl. 17).

Submetido à Junta Regular de Saúde, o militar foi declarado *"Apto para fim de Serviço Militar"* (fl. 32) e reincluído às Fileiras do Exército, a contar de 10 de fevereiro de 2014, conforme publicado no Boletim Interno nº 28, de 11 de fevereiro de 2014.

A Denúncia foi recebida em 25 de março de 2014 (fl. 36), sendo o Réu citado em 28 de abril de 2014, oportunidade em que declarou que não possuía condições de contratar os serviços de um advogado (fl. 44).

Qualificado e interrogado (fls. 53/54), o ex-Soldado do Exército IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA declarou que a imputação era verdadeira e que teria desertado porque nunca recebeu auxílio transporte, muito embora tivesse preenchido o SAT.

Informou, ainda, que no período de ausência ficou trabalhando na função de ajudante de pedreiro para arrumar dinheiro e retornar para o Quartel e que sua mãe encontrava-se doente em dezembro de 2013.

Foram acostadas aos Autos as Certidões de antecedentes criminais do Apelante (fls. 64/67), sendo verificado que nada consta em desfavor do militar.

O Comandante do 57º Batalhão de Infantaria Motorizado Escola, por meio do Ofício nº 97-S1 (fls. 71/72), encaminhou uma ficha financeira atinente ao Apelante, tendo ainda consignado que *"o indiciado não estava recebendo auxílio transporte, tendo em vista não ter apresentado a documentação necessária, ou seja, comprovante de residência em seu nome ou declaração de residência e não consta que o mesmo tenha requerido o benefício."*.

A Defensoria Pública da União requereu a juntada de documentação referente à situação empregatícia da genitora do Apelante (fls. 76/79).

O MPM, em Alegações Orais, sustentou que não havia dúvida na configuração objetiva do delito de deserção, tendo o Apelante alegado que não recebia auxílio transporte e que a própria Organização Militar havia informado que ele não apresentou a documentação necessária para a concessão do benefício, bem como deixou de requerer o auxílio à administração militar.

Por fim, consignou que não vislumbra o estado de necessidade, uma vez que não houve provas concretas nos autos e que era exigível do acusado conduta diversa.

Dada a palavra à Defesa, esta argumentou que a situação se resumiu em o Apelante ter ou não recebido o auxílio transporte e se ele o requereu. Neste passo, o militar não recebeu o benefício, tendo a Organização Militar informado que solicitou a ele a apresentação dos documentos necessários para a concessão do auxílio, todavia, inexistia protocolo do aludido requerimento.

Após as considerações das partes, por maioria de votos (3x2), o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª CJM condenou o Apelante nas sanções do art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, ambos do CPM, à pena de 4 (quatro) meses de detenção, convertida em prisão, e sujeita à detração do tempo de prisão provisória, além de conceder-lhe o benefício do *sursis*. (fls. 97/103).

A Juíza-Auditora Dra. MARIA PLACIDINA DE AZEVEDO BARBOSA ARAÚJO votou vencida, sendo acompanhada pelo Juiz-Presidente

Major ANDERSON MACHADO GOMES, absolvendo o Apelante com base na alínea "d" do art. 439 do CPPM, c/c o art. 39 do CPM (fl. 103).

A Sentença foi lida e assinada no dia 9 de setembro de 2014 (fls. 105/106). Intimada em 16 de setembro de 2014 (fl. 106-v), a DPU apresentou, tempestivamente, seu Recurso de Apelação (fl. 107). O MPM tomou conhecimento da Sentença no dia 12 de setembro de 2014 (fl. 103), tendo, também, apresentado seu Recurso de Apelação tempestivamente (fl. 108).

Em Razões de Apelação (fls. 119/126), a Defesa pugna pela absolvição do Apelante, com fundamento nas alíneas "d" e "e" do art. 439 do CPPM, tendo em vista estar configurado o estado de necessidade, bem como pela inexistência de prova suficiente para a condenação. Continua seu arrazoado prequestionando o art. 5º, inciso XXXIV, alíneas "a" e "b", LIV e LV, da Constituição da República.

> *"(...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
>
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
>
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*
>
> *(...)*
>
> *LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
>
> *LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)".*

Em Contrarrazões (fls. 133/137), o MPM requer o não provimento do Apelo defensivo, mantendo-se a condenação do Apelante nos termos da Sentença de fls. 97/103, tendo em vista que o crime de Deserção está perfeitamente caracterizado e o militar em epígrafe é pessoa imputável e agiu com plena consciência da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso.

Por sua vez, em Razões de Apelação (fls. 109/117), o MPM, considerando a expressa vedação legal em vigor, pleiteia a cassação do benefício do *sursis* concedido ao Apelante.

Em Contrarrazões (fls. 127/131), a Defesa pugna pela manutenção da Sentença na parte em que concedeu o *sursis*, ante a não recepção, pela CF/88, do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM e do art. 617, inciso II, alínea "a", do CPPM.

À fl. 142, consta Certidão da SEJUD informando que nada consta naquela Secretaria Judiciária com relação a outros processos relacionados ao ex-Soldado do Exército IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Vice-Procurador-Geral Dr. ROBERTO COUTINHO (fls. 146/152), manifesta-se pelo não acolhimento do Recurso interposto pela DPU, dando-se provimento ao Recurso Ministerial, para reformar parcialmente a Sentença condenatória, na parte em que concedeu o *sursis*, mantendo-a, quanto ao mais, por seus próprios fundamentos jurídicos.

Em 18 de março de 2015, veio aos autos o Ofício nº 3-S1/57º BIMtz, de 8 de janeiro de 2015, do Subcomandante do 57º Batalhão de Infantaria Motorizado Escola, informando acerca do licenciamento do Acusado, a contar de 29 de dezembro de 2014, por término do serviço militar obrigatório (fls. 183/187).

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade dos Recursos, devendo, pois, ser conhecidos.

PRELIMINAR: AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE

Trata-se de militar que pratica o crime de deserção e é licenciado, no curso da ação penal militar, por término do serviço militar inicial obrigatório.

A Defesa sustenta sua tese, basicamente, na falta de condição de prosseguibilidade da ação, em razão de o Réu ter sido licenciado das fileiras do Exército por sentença proferida pela Justiça Federal, a qual se fundamentou no término do período exigido para o Serviço Militar Obrigatório.

Consigno que o fato de o ex-Soldado do Exército IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA ter sido licenciado do serviço ativo a contar do dia 29 de dezembro de 2014 (fls. 183 a 187), em razão do término da prestação do serviço militar inicial, não tem o poder de interferir no anda-

mento da Ação Penal Militar, devendo-se dar prosseguimento ao julgamento da Apelação, uma vez que o crime foi consumado no dia 30 de dezembro de 2013. Reapresentando-se, voluntariamente, no dia 22 de janeiro de 2014, foi reincluído ao Exército, após ser considerado apto em inspeção de saúde. Preenchidos os requisitos legais – a condição de militar –, o Juiz-Auditor recebeu a Denúncia.

Cediço que as condições de procedibilidade, também denominadas de condições de admissibilidade do processo penal ou de pressupostos processuais, são aquelas necessárias ao início da ação penal militar, bem como para o conhecimento dos recursos dirigidos a este Tribunal e devem estar previstas em lei.

De outro modo, as condições de prosseguibilidade, que também devem estar previstas em lei, são aquelas indispensáveis à continuidade da ação penal, isto é, o processo está em andamento e a condição deve ser mantida ou implementada para que ele prossiga o seu curso normal.

No caso dos crimes de deserção, dentre as condições de procedibilidade ou de admissibilidade do processo, além do interesse de agir, da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica do pedido, há a aptidão para o serviço ativo, apreciada em inspeção de saúde, e a reinclusão do Acusado às fileiras das Forças Armadas, em decorrência da apresentação voluntária ou da captura do desertor.

Aliás, o ato administrativo de reinclusão e a submissão à inspeção de saúde têm por único objetivo oportunizar à Administração Militar verificar se aquele que foi considerado desertor está apto a reassumir as suas atividades militares. Visa, também, averiguar se o acusado sofreu abalos significativos na higidez física que o tenha tornado incapaz definitivamente para o serviço militar, situações que impediriam a instauração da ação penal militar, como o recebimento da denúncia.

A reinclusão estabelecida pelo CPPM tem a finalidade, também, de exigir do militar sem estabilidade o cumprimento do restante do tempo de serviço militar inicial a que estaria obrigado por força da Constituição Federal e da Lei do Serviço Militar.

Importante asseverar que, nos termos do art. 145 do Decreto 57.654/66 – Regulamento da Lei do Serviço Militar –, 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.

Resumidamente, não haverá suspensão do tempo de serviço do militar, ainda que na situação de indiciado ou de réu, não sendo autorizado o respectivo licenciamento do Serviço Ativo.

Por certo, cumpridas essas condições de procedibilidade, o processo penal militar deve ser iniciado e seguir o curso normal até o julgamento final da causa, ainda que no decorrer do processo o Acusado seja licenciado do serviço ativo das Forças Armadas, por intermédio de ato administrativo do Poder Executivo, em razão do término do serviço militar inicial obrigatório, uma vez que não há, na legislação castrense, qualquer dispositivo que ampare a isenção do processo.

Vale ressaltar que, após o recebimento da Denúncia, o único incidente que pode interferir na configuração do delito seria a promulgação de lei que alterasse a capitulação, desde que beneficiasse o agente, ou que a figura típica deixasse de ser considerada como criminosa. Nesses casos, em face de ser mais vantajoso o novo ordenamento, a lei penal retroage para alcançar os eventos ocorridos sob a égide da lei anterior, mais gravosa.

Mas esse cenário não se apresentou até o momento, já que não houve qualquer alteração na capitulação do crime de deserção que o deixasse mais brando – por exemplo, aumento do prazo de graça de 8 (oito) dias –, muito menos a despenalização da conduta.

Assim, não tendo havido inovação legislativa no tocante à obrigatoriedade de se manter o desertor na condição de militar da ativa durante todo o transcorrer da ação penal, inadmissível permitir-se a inserção de obstáculo no procedimento da deserção que venha a causar a extinção da punibilidade por motivo também estranho à lei.

O ordenamento jurídico vigente indica que a ação penal para a apuração do crime de deserção é pública incondicionada, que a tipificação do crime de deserção no CPM tutela o dever e o serviço militares e é vedado estabelecer outras condições de procedibilidade e de prosseguibilidade distanciadas da lei, sob pena de submeter a tutela almejada pela Constituição Federal – hierarquia e disciplina – à vontade de uma ou outra autoridade administrativa.

É a inteligência do art. 35 do CPPM, que se transcreve:

> *"Art. 35. O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-*

se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não.

Parágrafo único. ***O processo suspende-se ou extingue-se nos casos previstos neste Código****."* (Grifo nosso).

Por esse ângulo, ou seja, da prosseguibilidade, não há que se falar em processo e julgamento de civil, em virtude de licenciamento por conclusão do serviço militar inicial obrigatório, mas em militar que cometeu um delito e que necessita ser processado e julgado pelo ato que praticou, a fim de que haja a preservação do serviço e do dever militares, e se evite a impunidade daqueles que afetam esses princípios.

E esta foi, com propriedade, a intenção do legislador quando estabeleceu, no art. 80 do Regulamento da Lei do Serviço Militar, que o desertor, quando se apresentar ou for capturado, será submetido à inspeção de saúde e, se considerado apto, será incorporado ou reincluído na Organização Militar na qual estava lotado ou havia sido designado, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, conforme o grau de instrução alcançado, nas seguintes hipóteses:

(i) se tiver adquirido a condição de arrimo após a deserção e **for absolvido ou após o cumprimento da pena;**

(ii) se possuir mais de 30 (trinta) anos de idade e **for absolvido ou após o cumprimento da pena.**

Todavia, há que ser observado que, exceto na hipótese de se tornar arrimo após a Deserção, o desertor que tenha mais de 30 (trinta) anos, absolvido ou após cumprir a pena, se condenado, receberá o Certificado de Reservista somente após a prestação do Serviço Militar Inicial.

De qualquer forma, arrimo ou não, se condenado, terá que cumprir a pena para o recebimento do Certificado de Dispensa ou de Reservista.

Destaco que, para cumprir pena, deverá o desertor ser devidamente processado e julgado em um processo penal militar. Ora, o próprio Regulamento da Lei do Serviço Militar prevê que o desertor, para adquirir o Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, deverá ser absolvido ou cumprir a pena imposta. Portanto, determina que o desertor, não importando a sua nova condição – civil ou militar – seja devidamente processado e julgado, para obter o Certificado de Dispensa ou de Reservista.

Friso, em face de sua importância, que a legislação não se preocupou se o réu no processo de Deserção seja civil ou obrigatoriamente militar. Pelo contrário, apontou para o fato de que, embora civil, para o recebimento do respectivo documento de quitação com o Serviço Militar, cumpra a pena a que fora condenado e, se permanecer militar, cumpra o tempo que a lei estipula para o Serviço Militar.

De outro modo não há, na Lei 4.375, de 17 de agosto de 1964, que versa sobre a Lei do Serviço Militar, tampouco no Decreto 57.654, de 20 de janeiro de 1966, regulamentador da aludida Lei, qualquer disposição que permita a prorrogação do serviço militar *ex officio,* exceto aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados e que o requeiram e sejam engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada, ou, no caso dos Comandantes de Força dilatarem em até 6 (seis) meses a duração do tempo de Serviço Militar inicial, nos termos do § 1º, do art. 21 e art. 128, ambos do Regulamento da Lei do Serviço Militar.

É conveniente salientar que, ao se considerar a condição de militar como requisito de prosseguibilidade da ação penal, haverá afronta direta ao Princípio do *tempus regit actum*.

Um dos Princípios basilares do Direito Constitucional e Penal brasileiro é o da **Incidência Imediata,** também conhecido como ***Tempus Regit Actum***, previsto no art. 5º, inciso XL, da CF/88, e no art. 2º, §§ 1º e 2º, do CPM. O cerne de tal postulado cinge-se na assertiva de que a lei penal não retroagirá no tempo, exceto e tão somente se for para beneficiar o réu.

Nesse contexto, na hipótese de, à época do fato, a lei vigente ser mais branda do que a em vigor, aplicável a lei revogada. Por outro lado, caso a lei revogada seja mais severa, será observada a pena da legislação ab-rogante (se toda a lei foi tornada sem vigência) ou derrogante (se somente parte da legislação perdeu vigência). Este Princípio constitui uma segurança institucional para o ordenamento jurídico, bem como e, especialmente, para o Réu, considerando o garantismo.

Quando circundamos nossa interpretação ao largo do *Tempus Regit Actum* estamos abordando, por silogismo jurídico, a questão permeada pelo Princípio da Extra-Atividade da lei penal. Nesse exato sentido, percebe-se que a norma penal poderá concatenar soluções, em determi-

nadas circunstâncias fáticas, temporais e normativas, cuja temática envolve o **tempo do fato e a vigência legal**.

Nesse passo, sob o trinômio delito, tempo e sucessão de normas é que o magistrado deve pacificar conflitos aparentes das leis penais no tempo.

O Princípio da Extra-Atividade está dividido em Ultratividade e Retroatividade. O primeiro refere-se à regulação do tempo futuro, ou seja, constitui a possibilidade dos efeitos de uma lei se prolongarem no tempo e ter sua aplicação aos fatos cometidos durante sua validade, mesmo após cessado seu período de vigência. Já o segundo, visa possibilitar a lei mais benéfica retroagir aos fatos acontecidos antes de sua entrada em vigor para favorecer o réu com uma pena mais benéfica.

Considerando as premissas acima descritas, encontramos três hipóteses de Ultratividade da lei penal, a saber:

- (i) o fato ocorreu na vigência de uma lei que foi revogada por outra mais grave. Nessa hipótese, a nova lei é irretroativa, consequentemente a lei anterior é ultrativa;

- (ii) o crime se deu na vigência de lei temporária; e

- (iii) o fato se concretizou na vigência de lei excepcional.

Nesses dois últimos, mesmo que a vigência da lei tenha se findado, ela retroagirá para abarcar os fatos cometidos durante a sua vigência.

Considerando, pois, a conciliação entre o Princípio *Tempus Regit Actum* e a teoria garantista ou teoria da estrita legalidade, portanto, assegurador de direitos individuais, o Estado deve prezar pela validade efetiva e cumprimento da legislação em vigor, e, especialmente, pelos princípios constitucionais, a fim de justificar sua base externa, que provém da proteção dos bens e dos interesses juridicamente tutelados, os quais o Estado Democrático de Direito assegura.

Nesse passo, a aplicação do *Tempus Regit Actum* proporcionará ao magistrado convergir à norma quatro predicados essenciais à segurança jurídica do ordenamento brasileiro, a saber: justiça; vigência; validade; e eficácia.

O Código Penal Militar dispõe em seu art. 5º que "*considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado*". Assim, tem-se que o nosso ordenamento jurídico adotou,

inclusive no Direito Penal Militar, a Teoria da Atividade, segundo a qual se reputa praticado o delito no momento da conduta, não importando o instante do resultado.

A adoção da Teoria da Atividade serve, dentre outras coisas, para se determinar a imputabilidade do agente e se fixar as circunstâncias do tipo penal para o fim de aplicação da pena**.** Assim, é tomando por base o momento da atividade que se chega à imputabilidade do agente.

É no momento da ação que se verifica se o autor era maior de idade, ou se possuía plena consciência daquilo que estava fazendo. Dessa forma, tem-se que se o agente, ao cometer um delito, era menor de idade, ainda que o julgamento se procrastine, o autor responderá e será apenado segundo sua condição à época da realização do crime.

Da mesma forma, quando se trata do delito de deserção, a condição de "militar" deve ser considerada em dois momentos: primeiramente, quando da sua ausência por prazo superior a 8 (oito) dias, quando se consuma o delito, nesse momento ele é excluído do serviço ativo e, posteriormente, após a captura ou a apresentação voluntária do desertor e a sua reinclusão ao serviço ativo da Força, após ser considerado "apto" em inspeção de saúde.

Restando caracterizado que o desertor era militar à época da consumação do delito e que tenha sido posteriormente reincluído ao serviço ativo, infere-se que a sua conduta subsumiu-se num fato tido como típico e antijurídico, não podendo haver mudança nesse cenário por acontecimentos vindouros.

O fato de ter havido seu licenciamento em data posterior ao recebimento da denúncia em nada minimiza a gravidade da conduta praticada quando ainda ostentava a condição de militar.

Como anteriormente citado, a figura que teria o condão de extinguir a punibilidade do agente desertor que deixasse a condição de militar da ativa seria a *abolitio criminis,* que constitui na supressão da figura criminosa, ou seja, quando uma nova lei deixa de considerar criminoso determinado fato enquadrado como tal em lei anterior. Constitui, pois, a aplicação do Princípio da Retroatividade, que determina que os efeitos mais benéficos ao réu de uma lei penal retroagem ilimitada e indiscriminadamente para todos os fatos anteriores à sua entrada em vigência. Ressalto que a lei penal somente retroage em benefício do réu, nunca em seu prejuízo.

Portanto, observa-se que a instituição da condição de militar como requisito de prosseguibilidade da ação penal não possui qualquer respaldo legal, pois tal *status* só é exigível no momento da consumação do crime e, posteriormente, quando do início da ação penal, momento em que o desertor, após a sua captura ou apresentação voluntária, deve ser reincluído ao serviço ativo para se ver processado, nos termos do art. 80, do Decreto nº 57.654/66, relembrando que os absolvidos nos processos e os condenados que tenham cumprido pena completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial, ressalvada a hipótese de se tornar arrimo após o cometimento da Deserção, caso em que só receberá o Certificado de Dispensa ou Reservista após absolvição ou cumprimento da pena a que foi condenado.

Conforme dispõe o art. 457, § 2º, do CPPM, **o desertor será isento do processo somente quando não puder ser reincluído ao serviço ativo por ter sido considerado incapaz após a competente inspeção de saúde.**

O licenciamento posterior do militar em nada influencia a conduta da deserção, seja porque, absolvido ou condenado e contando com mais de 30 (trinta) anos, deverá cumprir o tempo total ou restante do Serviço Militar inicial. Ao contrário, esta Justiça Castrense, ao adotar essa tese, está fortalecendo a pedra angular do regramento castrense: disciplina e hierarquia militares, preceitos basilares delineados pelo art. 142, da CF/88, alicerces constitucionais do dever e do serviço militares.

Por outro lado, a fim de permitir entendimento aprofundado sobre as questões de procedibilidade e prosseguibilidade, destaco os aspectos legais que permeiam a prorrogação do Serviço Militar, sob os auspícios da oportunidade e da conveniência, atestado pela Administração Militar.

Inicialmente, cabe citar o art. 33 da Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64), *in verbis*:

> *"(...) Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada. (...)".*

Certo é que a prorrogação do Serviço Militar inicial ocorrerá somente após o cumprimento dos 12 (doze) meses, nos termos do art. 21

do RLSM, a pedido do militar interessado e atendidos os requisitos de oportunidade e conveniência da Administração militar.

Por sua vez, os itens 1 e 2 do § 5º do art. 140 do Regulamento da Lei do Serviço Militar (Decreto n.º 57.654/66) estabelecem que:

> *"(...) Art. 140. A desincorporação ocorrerá:*
>
> *5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontra-se em determinadas situações; ou*
>
> *§5º No caso do nº 5 deste artigo, o insubmisso ou desertor será desincorporado e excluído, quando:*
>
> *1) tenha adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou deserção, e depois de absolvido ou* ***do cumprimento da pena****. Fará jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, conforme o grau de instrução alcançado; ou*
>
> *2) tenha mais de 30 (trinta) anos de idade e desde que haja sido absolvido, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado. Se contudo, condenado, após o cumprimento da pena prestará o Serviço Militar inicial, na forma do parágrafo único do art. 80, deste Regulamento. (...)"* (g.n.).

Conforme leitura do "item 1", depreende-se que o desertor ou o insubmisso que tenha adquirido, após a deserção ou insubmissão, a condição de arrimo e **for absolvido ou tenha cumprido a pena**, receberá seu respectivo Certificado de Dispensa se não completou o tempo de 12 (doze) meses de Serviço Militar inicial, ou o Certificado de Reservista, conforme o grau de instrução galgado.

Ora, a lei foi clara e inconteste, na hipótese de condenação, em determinar o cumprimento da pena pelo desertor, ainda que na condição de arrimo.

Diferenciando, portanto, a do militar que já se encontrava nessa condição antes do delito, sendo absolvido por estado de necessidade, com excludente de culpabilidade, nos termos do art. 39 do Código Penal Militar.

Em linhas gerais, o desertor que se torna arrimo não cumpre o restante do tempo do Serviço Militar inicial. Contudo, para o recebimento do seu Certificado de Dispensa, terá que ser absolvido ou cumprir, na integralidade, a pena a que foi condenado.

Destarte, o espírito da lei não restringe a desincorporação na hipótese do desertor que se torna arrimo após o cometimento do crime.

No que toca ao "item 2", contando o militar com mais de 30 (trinta) anos, o Regulamento da Lei do Serviço Militar lhe garante o recebimento do respectivo Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado, na hipótese de ser absolvido e, **se condenado, após o cumprimento da pena**, prestará o Serviço Militar Inicial.

Diante das assertivas contidas nos itens "1" e "2" do § 5º, item 5 do art. 140 da RLSM, conclui-se que o legislador não se preocupou em permitir a exclusão do desertor do Serviço Ativo, se considerado arrimo após o cometimento do crime ou após o cumprimento do tempo do Serviço Militar inicial, se maior de 30 (trinta) anos.

No que tange ao impedimento para o licenciamento do denunciado que ainda não cumpriu o Serviço Militar Inicial, deverá concluí-lo, **sendo absolvido ou mesmo condenado**, nos termos do que prescreve o parágrafo único do art. 80 do Decreto nº 57.654/66, *in verbis*:

> *"(...) Art. 80. Os insubmissos e desertores, quando se apresentarem ou forem capturados, serão obrigatoriamente incorporados ou reincluídos, se julgados aptos para o Serviço Militar, em inspeção de saúde. A incorporação ou Reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar que haviam sido anteriormente designados.*
>
> *Parágrafo único. Os absolvidos nos* ***processos e os condenados que tenham cumprido pena completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial,*** *ressalvado o disposto no parágrafo 5º do Art. 140, deste Regulamento.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 140. A desincorporação ocorrerá:*
>
> *(...)*
>
> *5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º No caso do nº 5 deste artigo, o insubmisso ou desertor será desincorporado e excluído, quando:*
>
> *1) tenha adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou deserção, e depois de absolvido ou do cumprimento da pena. Fará jus ao Certificado de Dispensa de In-*

corporação ou de Reservista, conforme o grau de instrução alcançado; ou

2) tenha mais de 30 (trinta) anos de idade e desde que haja sido absolvido, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado. Se, contudo, condenado, após o cumprimento da pena prestará o Serviço Militar inicial, na forma do parágrafo único do art. 80, deste Regulamento. (...)" (grifo nosso).

Não poderia ser diferente, pois consubstanciaria um demérito àqueles militares que cumpriram sua obrigação para com a Pátria, em observância às leis e regulamentos militares, comprometidos com os preceitos castrenses, tão importantes para a manutenção da hierarquia e disciplina militares, pilares da ordem e do manejo do Serviço Militar.

Ressalto não haver qualquer restrição legal, caso não exista causa impeditiva específica, para que o desertor ou o militar absolvido pela deserção cumpra o restante do Serviço Militar que ainda lhe resta, nos termos do Regulamento da Lei do Serviço Militar.

O que existe, de fato, são os cidadãos brasileiros isentos do Serviço Militar Inicial, devido à sua condição física, mental ou moral, em caráter permanente, ou enquanto persistirem as condições arroladas.

Nos termos do art. 109 do RLSM, são isentos do Serviço Militar inicial:

(i) os que apresentarem incapacidade física ou mental definitiva, que forem julgados inaptos em seleção ou inspeção de saúde e considerados irrecuperáveis para o Serviço Militar nas Forças Armadas;

(ii) os que apresentarem incapacidade moral, os convocados que estiverem cumprindo sentença por crime doloso;

(iii) os que, por ocasião da seleção, apresentarem indícios de incompatibilidade que, comprovados em exame ou sindicância, revelem incapacidade moral para integrarem as Forças Armadas;

(iv) os que, depois de incorporados, forem expulsos das fileiras.

Há que ser considerado, portanto, que a incapacidade se divide em definitiva ou temporária e, considerando a última, há possibilidade de se operar a reabilitação do incapaz, seja por ato *ex officio* ou a requerimento do interessado, nos termos do art. 110 do RLSM.

Nesses termos, os cidadãos que forem portadores de lesões, doenças ou defeitos físicos, que não possam ser sanados ou removidos pelas mãos da ciência, serão considerados irrecuperáveis para o Serviço Militar, portanto, incapazes definitivamente para o Serviço Militar.

Por outro lado, os portadores de lesões, doenças ou defeitos físicos que possam ser tratados, os que à época da convocação estavam cumprindo sentença por crime doloso e os expulsos das Organizações Militares ou dos Órgãos de Formação de Reserva podem reverter a situação de incapacidade temporária para o Serviço Militar.

Nesse sentido, o Regulamento da Lei do Serviço Militar deixa claro que, em determinadas situações, será possível tanto a critério da Administração Militar quanto a pedido do interessado o ingresso nas Forças Armadas para prestação do Serviço Militar Inicial.

É óbvio que há um caráter de integralização e não exclusão do Poder Executivo em relação aos cidadãos brasileiros no que tange ao chamado individual para o cumprimento de seu dever para com a Pátria.

Considerar o contrário, ou seja, não autorizar que determinada pessoa portadora de uma incapacidade temporária, física ou moral, ao revertê-la, não possa se dispor ao cumprimento do Serviço Militar Inicial, seria sinônimo de ignomínia social.

Observe que, pelo contrário, num movimento de cidadania e coesão social, a Lei e seu respectivo Regulamento autorizam que aquele que estiver cumprindo pena por crime doloso, não especificando por qual seja, apresentando atestado de boa conduta do estabelecimento onde cumpriu a pena e, se for o caso, também da autoridade policial competente, referente aos últimos 2 (dois) anos, poderá ser considerado reabilitado, assegurando o acesso às fileiras das Forças Armadas.

Estamos falando de um cidadão que não ingressou, que não recebeu nenhum grau de instrução, que ainda se vê às portas das Instituições Militares que, apesar de seu passado inglório, poderá ter uma chance de servir a Pátria, poderá ter uma oportunidade de se tornar uma outra pessoa, deixando ao largo seu passado e galgando os passos de um cidadão comprometido com a sociedade.

Portanto, se uma pessoa que ainda não recebeu instrução alguma pode vir a ser um militar, quanto mais um que já foi admitido e que já recebeu instrução militar. Estamos falando do Desertor que, por um mo-

mento de sua vida, cometeu um ato equivocado, mas que não pode ser taxado, indeterminadamente, como irreparável.

O § 3º do art. 457 do Código de Processo Penal Militar prescreve que, na hipótese de o desertor ser praça sem estabilidade ou no caso de procedida a reversão para praça estável, o comandante da Organização Militar providenciará a remessa à Auditoria de cópia do ato de Reinclusão ou do ato de Reversão. Assim, o Ministério Público Militar poderá requerer o arquivamento ou oferecer a respectiva denúncia.

Em perfeita sintonia com o que fora traçado, estabelece a Súmula nº 12 deste Tribunal, *ipsis litteris*:

> *"Súmula nº 12 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."*.

Para a formulação do mencionado preceito sumular, serviram de parâmetro as Apelações nº 1995.01.047.395-7/RJ e 1995.01.047424-4/RJ, os *Habeas Corpus* nº 32.966-8/PR, 33.069-0/RJ e 33.129-8/RJ e o Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ, cujas ementas transcrevo, *in verbis*:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. CRIME DE DESERÇÃO. JULGAMENTO À REVELIA. Impossibilidade legal de julgamento, tendo em vista o retorno do réu à condição de civil em face de ter sido excluído do serviço ativo da Marinha, por força da segunda deserção ocorrida em fato anterior a do julgamento. Desta feita, é totalmente procedente a preliminar suscitada pela Defesa, no sentido de anular o feito a partir do julgamento,* ex vi *do art. 500, inciso IV, do CPPM, determinando-se o sobrestamento do processo até que o ora Apelante seja reincluído nas fileiras da Marinha. Decisão unânime."* (Apelação nº 1995.01. 047.395-7/RJ, Ministro Relator Gen Ex EDSON ALVES MEY, julgado em 16/5/1995).
>
> *"EMENTA: APELAÇÃO: Crime de Deserção; acusado excluído das Forças Armadas, perdendo, por conseguinte, o 'status' de militar; ausência, 'in casu', de condição de procedibilidade para a 'persecutio criminis'; indispensabilidade de vir a ser o acusado considerado apto em exame de higidez sanitária e reincluído às fileiras do Exército, para a retomada do curso do*

feito; acolhimento da preliminar suscitada pela Defesa, para anular o processo a partir das fls. 65, inclusive, 'ex vi' do artigo 500, Inciso IV, do CPPM, sobrestando o feito até a remoção da causa de nulidade assinalada; decisão unânime". (Apelação nº 1995.01.047424-4/RJ, Ministro Relator Gen EX ANTÔNIO JOAQUIM SOARES MOREIRA, julgado em 16/5/1995, publicado em 16/6/1995).

"EMENTA: HABEAS CORPUS – *Constrangimento ilegal. A não reinclusão do Desertor, por incapacidade física definitiva, veda o prosseguimento da ação penal por falta de condições de procedibilidade. Não é possível processar-se e julgar-se um civil por crime propriamente militar, ou seja aquele cujo cometimento só se dá por parte de militar. Ordem conhecida e concedida para trancar a ação penal. Decisão unânime."* (STM – *Habeas Corpus* nº 1993.01.032966-8/PR, Relator Ministro Gen Ex WILBERTO LUIZ LIMA, julgado em 24/2/1994, publicado em 28/3/1994).

"EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. Pedido, com liminar, concedida ante 'fumus boni juris' e 'periculum in mora'. Processo sobrestado. Praça estável, incursa no art. 187 do CPM. Ação penal iniciada à míngua do previsto no § 3º do Art. 457 do CPPM. Ausência do ato de reversão do acusado faz insanável a proposição de justiça castrense. Concedida a Ordem, trancando a ação penal, sem prejuízo da oferta de nova denúncia. Decisão unânime." (STM – *Habeas Corpus* nº 33.069-0/RJ, Relator o Ministro Alte Esq CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE, julgado em 7/2/1995).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *CRIME DE DESERÇÃO. REINCLUSÃO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. Conforme prevê o § 3º do art. 457 do CPPM, a reinclusão da praça especial ou sem estabilidade, é condição de procedibilidade para a ação penal nos crimes de Deserção. Pleito conhecido. Processo anulado* ab initio*, diante da inépcia da denúncia, em relação ao contido no § 3º do art. 457 do CPPM. Decisão majoritária."* (STM – *Habeas Corpus* nº 33.129-8/RJ, Relator o Ministro Gen Ex EDSON ALVES MEY, julgado em 19/9/1993).

"EMENTA: RECURSO CRIMINAL. 'Decisum' anulatório de processo por deserção de praça estável. Inexistência do ato de

> *reversão. Entendimento do MPM, considerando que a reversão não é imprescindível para a pretensão punitiva em caso de deserção. Crime de deserção é próprio de militar na ativa. Através de rito sumário e especial, a Lei Adjetiva Castrense distingue, do processo ordinário, o processo de deserção, sendo defeso, inclusive, o julgamento de desertor à revelia. O processo especial por deserção repousa, 'sine qua non', em ver-se o desertor reinvestido na condição plena de militar em serviço ativo. O Estatuto dos Militares contempla a matéria com especificidade. 'In casu', tem-se a reversão como indispensável ao questionado decurso processual. Improvido o recurso do MPM, mantendo-se a decisão hostilizada. Decisão majoritária."* (STM – Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ, Relator para o Acórdão o Ministro Alte Esq CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE, julgado em 20/4/1995).

A referida Súmula é pontual em exigir, unicamente, a condição de militar para a deflagração do processo penal militar, ou seja, procedibilidade da ação, silente no que tange à questão de prosseguibilidade.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento do HC 94367, em 21/10/2008, sob a Relatoria do Ministro JOAQUIM BARBOSA, e publicado no Informativo nº 525, sob o título "Deserção e Condição de Militar":

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *DESERÇÃO. DESERTOR EXCLUÍDO DO SERVIÇO MILITAR. INSTAURAÇÃO DE INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO E PRISÃO INDEPENDENTEMENTE DE ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. A prática do crime de deserção quando o paciente ainda ostentava a qualidade de militar autoriza a instauração de instrução provisória de deserção, assim como a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial (art. 5º, LXI, da Constituição).* ***A exclusão do desertor do serviço militar obsta apenas o ajuizamento da ação penal*** *(CPPM, art. 457, § 3º), que não se confunde com a instauração de instrução provisória de deserção. Ademais, mesmo a ação penal poderá ser ajuizada após a recaptura ou apresentação espontânea do paciente, quando então este será reincluído nas forças armadas, salvo se considerado inapto depois de submetido à inspeção de saúde (CPPM, art. 457, § 1º). Ordem denegada".* (HC 94367, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, publicado em 6/2/2009) (grifo nosso).

Na mesma razão, entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS. *POLICIAL MILITAR. DESERÇÃO. POSTERIOR EXCLUSÃO DAS FILEIRAS MILITARES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Segundo o art. 187 do Código Penal Militar, comente o crime de deserção o militar que se ausentar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. 2. Na hipótese, quando da consumação do delito e do oferecimento da denúncia, o recorrente ostentava a condição de militar, podendo, assim, ser sujeito ativo do crime de deserção. 3. A superveniente exclusão das fileiras militares, por fatos diversos, não dá azo ao trancamento da ação penal, sob a alegação de ausência de condição de procedibilidade.* ***4. 'A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu quando já estava consumado o crime de deserção. (...) Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito. (...) Não há a alegada falta de justa causa'. (precedente do Superior Tribunal Militar).*** *5. Recurso a que se nega provimento. (...)"* (RHC 24.607/PR, Relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/3/2010, publicado em 12/4/2010). (grifo nosso).

A Lei do Serviço Militar e seu respectivo Regulamento, bem como o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, não fazem menção a qualquer condição de prosseguibilidade para a ação penal militar após o recebimento da Denúncia.

Relativamente ao licenciamento do militar que está sendo processado perante o Foro Comum, bem como àquele que responde a Inquérito Policial Militar ou a processo no Foro Militar, outros pontos hão de ser observados.

O art. 144 do Decreto nº 57.654/66 – Regulamento da Lei do Serviço Militar – dispõe que o incorporado que responde a processo no Foro Comum será apresentado à autoridade judiciária competente, permanecendo à sua disposição, recolhido em Organização Militar, no caso de prisão preventiva, não havendo interrupção do Serviço Militar.

Transitada em julgado a sentença condenatória, o militar será expulso ou desincorporado e, posteriormente, entregue à autoridade competente.

Por sua vez, o art. 145 do mesmo regramento prescreve que **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.

Portanto, temos duas hipóteses distintas, a saber:

(i). Incorporado que responde a processo no Foro Comum:

a. apresentado a autoridade judiciária competente;

b. ficará a disposição do Poder Judiciário, recolhido em Organização Militar, caso esteja submetido a prisão preventiva;

c. não haverá suspensão do Serviço Militar;

d. havendo condenação transitada em julgado, o militar será expulso ou desincorporado e entregue à autoridade judiciária competente.

(ii). Incorporado que responde a IPM ou a processo no Foro Militar:

a. permanece na sua respectiva Organização Militar, mesmo como excedente, enquanto permanecer na situação de indiciado ou acusado;

b. não haverá suspensão do Serviço Militar.

Noutras palavras, o incorporado só alcançaria o licenciamento do Serviço Ativo caso fosse absolvido ou cumprisse a sanção penal que lhe fora imposta, mesmo que já tivesse cumprido o Serviço Militar Inicial de 12 (doze) meses, conforme prescreve o art. 6º da Lei nº 4.375/64, ratificado pelo art. 21, *caput*, do Decreto nº 57.654/66.

Ademais, há de se reforçar o entendimento consubstanciado no Princípio do *tempus regit actum*. Se ao tempo do crime o desertor preenchia os requisitos necessários para integrar o polo passivo da ação penal, não há porque isentá-lo do processo e, consequentemente da reprimenda, por questão de prosseguibilidade estranha à legislação processual.

É nesse exato sentido que, na aplicação do Direito e, por conseguinte, da Justiça, o magistrado terá por norte a legislação em vigor, que se expressa por seu efeito *erga omnes*, estando consagrada, como já comentado, a regra da aplicabilidade da norma de direito material vigente à época da ocorrência do fato ou da conduta geradora, ressalvado em to-

dos os casos a aplicação do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica, para que, aquele que se vê processado ou já condenado seja alcançado *in mellius* pela lei que deixa de considerar o fato como crime.

Assim, indiscutível a legalidade dos dispositivos contidos no Regulamento da Lei do Serviço Militar que vedam o licenciamento dos incorporados que estejam respondendo a inquérito ou a processo perante o foro militar, contudo, eventual ato administrativo em sentido contrário não pode repercutir no processo penal a ponto de fulminá-lo.

Certo é que o *status* de militar da ativa consubstancia-se em *conditio sine qua non* **para o oferecimento da Denúncia e para o seu respectivo recebimento**; e não para o regular desenvolvimento e conclusão do processo.

Indiscutível que as condições de prosseguibilidade consubstanciam-se em medidas de política criminal adotadas pelo legislador, que não se confundem com o tipo penal e nele não interferem. Desse modo, cometido o delito por quem é detentor da condição de militar, não há que se cogitar em ilegitimidade de parte, por perda dessa qualidade, porquanto a superveniência da condição de civil do desertor em nada afeta o crime consumado.

Nesse passo, ratifico o Princípio do *tempus regit actum,* previsto no art. 5º do CPM, que leva em conta o momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

Assim, se ao tempo da consumação do delito o réu ostentava a condição de militar, procedida a sua regular reinclusão ao ser capturado ou se apresentar voluntariamente, não há que se falar em ilegitimidade passiva para a causa em razão de sua superveniente exclusão das fileiras das Forças Armadas.

Nos termos do § 3º do art. 128 da Lei nº 6880/80 – Estatuto dos Militares –, o militar que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar.

Parte desta Corte tem entendido que a deserção tem no serviço militar o bem juridicamente tutelado; todavia esse se inclui como espécie do gênero abrangente que é o dever militar, até porque, no caso de militares não temporários que cometem o crime de deserção, não há que se falar em tutela ao Serviço Militar.

Todos os tipos penais, elencados no Código Penal Militar, têm o escopo de proteger um bem juridicamente tutelado, como, por exemplo, art. 205 – homicídio, a vida; art. 209 – lesão leve, a integridade corporal; art. 195 – abandono de posto, a segurança orgânica da OM; art. 176 – ofensa aviltante a inferior, a dignidade da pessoa humana.

Cada tipo penal insculpido na Lei Substantiva Castrense objetiva a proteção de um bem jurídico específico, como a saúde, a ordem, a segurança, a vida, a dignidade da pessoa humana, etc.

Nesse contexto, o tipo da deserção tem por escopo a proteção de um bem maior, qual seja, a hierarquia, a disciplina, o dever e o serviço militares. Sem esses, não haveria possibilidade de se sustentar e de se manter em funcionamento toda a estrutura das Forças Armadas.

Não há que diferenciar o delito de deserção dos demais tipos penais, pois todos guardam um bem social relevante. Na deserção do militar temporário, reafirmo, tutela-se não só o serviço militar, mas, e principalmente, a hierarquia, a disciplina e o dever militares.

Claro e evidente que o Estado pretende alcançar o cumprimento regular do serviço militar por todos os cidadãos. Por seu turno, a sociedade aspira a que todos os cidadãos, militares e civis, agentes de delitos, sejam processados e julgados, com todas as garantias constitucionais que lhes são inerentes, para, ao final, se considerados culpados, serem condenados sob os ditames da lei.

Ademais, os absolvidos e os condenados no processo de Deserção que tenham cumprido pena completarão ou prestarão o Serviço Militar Inicial, ressalvando as hipóteses de ter adquirido a condição de arrimo, após o cometimento da Deserção, ou, se for absolvido e tenha mais de 30 (trinta) anos de idade o Serviço Militar não restará prejudicado.

Como sustentado anteriormente, *tempus regit actum*, o agente à época da Deserção ostentava a condição de militar, ou seja, sem essa condição impossível seria a consecução desse delito, por se tratar de crime propriamente militar.

É condição de procedibilidade, nos termos do § 3º art. 128 da Lei nº 6.880/80, do § 2º do art. 457 do Código de Processo Penal Militar, e do art. 80 do Decreto nº 57.654/66, que o agente seja reincluído ao serviço ativo para se ver processar e não que se mantenha na condição de

militar durante todo o processo ou até mesmo até o cumprimento final da pena, se condenado.

Extinguir o processo, pelo simples fato de o agente deixar a condição de militar, não apresenta previsão legal que o ampare. Ao contrário, seria forçar um entendimento que não condiz com a realidade jurídica em análise, além de estimular a deserção nos quartéis, em perigosíssima ofensa a um dos pilares constitucionais, primordiais à própria existência das Forças Armadas: a disciplina.

Argumenta-se, ainda, que inexistiria efeito prático na hipótese de se ter um civil condenado pelo crime de deserção, pois não traria reflexo à tropa, no aspecto da prevenção da prática de outros ilícitos da mesma natureza.

Não há como concordar com esse argumento, uma vez que permitir que o desertor deixe de responder pelos seus atos – pelo simples fato de ter deixado de ser militar – atenta contra o que se espera da Justiça.

Ora, o Réu cumprir a sanção penal que lhe fora imposta sob o manto da legislação comum ou militar não causa qualquer mácula à Justiça Militar e, principalmente, aos pares do infrator. Pelo contrário, permitir que o militar não seja devidamente processado, julgado e, se for o caso, condenado, pela simples razão de não ser mais militar é que deixa na comunidade militar um incomensurável sentimento de impunidade, aí sim, com reflexos nefastos à disciplina, a estimular, como já afiancei, comportamento tão prejudicial às Forças Armadas.

No presente caso, o Réu cometeu o crime de deserção à zero hora do dia 30 de dezembro de 2013 (fl. 7) e apresentou-se voluntariamente em 22 de janeiro de 2014 (fl. 15), sendo submetido à Inspeção de Saúde, considerado apto para o serviço ativo (fl. 32) e reincluído à Força (fls. 34), dando total condição de procedibilidade ao início da ação penal militar e à apreciação do feito.

O requisito – ser militar – restou devidamente cumprido com a reinclusão do Apelante antes do oferecimento da Denúncia, conforme consta da reinclusão ao Serviço Militar, a contar do dia 10 de fevereiro de 2014, publicada no Boletim Interno nº 28, de 11/2/2014 (fl. 34).

Há de se frisar que o licenciamento do Réu só se deu após a prolação da sentença condenatória do crime de deserção. Assim, as únicas

situações que poderiam isentar o Réu dos efeitos da condenação seriam: a reforma da sentença em grau recursal; a promulgação de lei posterior mais benéfica ao Réu; ou a ocorrência da *abolitio criminis*, em que uma lei posterior deixasse de considerar como crime a deserção. Nada disso se implementou. Portanto, não há o que se alterar no que tange ao cometimento do delito.

Entendo que o licenciamento do serviço ativo do Exército, por término do tempo a que se obrigou o Réu a prestar o serviço militar, não pode representar uma causa a justificar a isenção do processo, afastada dos ditames legais, a promover a impunidade e a incentivar outros militares a abandonarem as lides castrenses.

Destarte, posiciono-me no sentido de que o licenciamento do serviço ativo do Réu IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA, ex-Soldado do Exército, por término da prestação do serviço militar obrigatório em 29 de dezembro de 2014, não tem o poder de interferir no julgamento desta ação penal militar, devendo o feito seguir o seu curso normal até a decisão final desta Corte.

Ante o exposto, voto pela rejeição da preliminar de ausência de condição de prosseguibilidade, arguida pela Defesa, para dar prosseguimento ao feito, receber e dar conhecimento ao recurso apresentado pela Defesa.

MÉRITO

O Apelante ausentou-se da Unidade Militar em que servia no dia 21 de dezembro de 2013 (fl. 7), tendo consumado a deserção no dia 30 seguinte, sendo que o respectivo Termo, assim como a sua Exclusão e Desligamento das fileiras do Exército foram publicados no Boletim Interno nº 9, de 14 de janeiro de 2014 (fl. 10).

O Réu apresentou-se voluntariamente no dia 22 de janeiro de 2014, alegando que se ausentara do Quartel por não ter recebido o auxílio-transporte. Submetido à Inspeção de Saúde, foi considerado "Apto para fim de Serviço Militar" (fl. 32) e reincluído às fileiras do Exército a contar de 10 de fevereiro de 2014 (fl. 34).

Em Razões (fls. 119/126), a Defesa assevera que, muito embora a conduta do Apelante amolde-se à figura típica da Deserção, tal fato estaria amparado pelo estado de necessidade excludente de culpabilidade, tendo em vista que não recebeu auxílio-transporte. Aludiu que seu ven-

cimento, bem como o parco salário recebido por sua genitora, impossibilitaram seu comparecimento ao Quartel, sob pena de comprometer a manutenção digna da família, tendo em vista os gastos diários com passagem.

Alega, por fim, que, não obstante a Administração Militar contar com a presunção da legitimidade e declarar que o Apelante não requereu a concessão do benefício de auxílio-transporte, bem como não apresentou a documentação necessária para concessão de tal benefício, não anexou aos autos qualquer tipo de documento que comprovasse a referida declaração, tal como algum tipo de protocolo ou boletim que demonstrasse, dentre os militares, quais não cumpriram as requisições feitas pela OM.

A conduta do Acusado é típica e antijurídica, tendo ele se ausentado da Unidade Militar sem que houvesse autorização para fazê-lo.

As justificativas apresentadas pelo Apelante não são hábeis a elidir sua culpabilidade e a justificar a deserção, já que, no caso concreto, vê-se que a Defesa não conseguiu provar que não era exigível do Acusado uma conduta diversa.

Em que pese o Acusado ter juntado a Carteira de Trabalho de sua genitora (fls. 76/79), onde consta o salário mensal de R$ 400,00 (quatrocentos reais), pouco ou nada afiança no sentido de que o militar estaria impedido de tomar medida diversa, além da sua ausência ao Quartel.

Tampouco basta apontar que a Administração Militar deixou de juntar aos autos documento ou protocolo que comprovasse a solicitação aos militares da apresentação de documentação necessária à concessão do auxílio-transporte.

Em que pese ser o Auxílio-Transporte um benefício assegurado a todo militar da ativa que preencha os requisitos legais para recebê-lo, o Réu não trouxe aos autos qualquer informação acerca da data de solicitação, bem como evidências, testemunhas ou fatos que pudessem comprovar que, realmente, tenha apresentado o requerimento de concessão do auxílio-transporte. O que há nos autos são, unicamente, as declarações contidas em seu interrogatório (fl. 53) de *"que apesar de ter preenchido a SAT o referido benefício não lhe foi pago"* e que *"foi a sargenteação e indagou sobre a falta de pagamento do auxílio-transporte porém nada foi feito"*.

E, na hipótese de ter efetivamente requerido o benefício, não apresentou evidências, tais como local, data ou nome, no sentido de que teria comunicado tal situação a seu superior imediato. Destarte, não apresentou provas de que tenha tomado qualquer atitude no sentido de ser socorrido em sua necessidade e no seu legítimo direito.

Ademais, mesmo sendo-lhe devido o pagamento do Auxílio-Transporte e ainda que a concessão do benefício lhe tivesse sido negada, não seria argumento suficiente para afastar a incidência da deserção.

Nestes autos, não há sequer a demonstração do requerimento do benefício, menos ainda a sua negativa, e, mesmo assim, busca a Defesa a exclusão do ilícito. Certo é que a conduta do agente deveria ter sido diversa à adotada, de ausentar-se do Quartel.

Portanto, infere-se que estão patentes nos autos os elementos de prova da conduta do Réu, corroborados por prova documental e pela própria confissão do Apelante.

Para saber se podia ser exigida uma conduta diversa do Apelante, deve-se verificar se o agente tinha, no momento da ação ou da omissão, a possibilidade de agir de acordo com o direito.

Analisando-se os autos, verifica-se que o Apelante agiu com livre vontade, não sofrendo qualquer coação moral ou física irresistível. Também não há que se cogitar do estado de necessidade – não estava diante de qualquer perigo. Assim, não resta configurada qualquer excludente de ilicitude.

No que se refere à culpabilidade, também estão presentes todos os seus requisitos: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa, pois as escusas de ordem econômica alegadas para a prática do delito não servem para justificar a conduta do Acusado, que poderia ter tomado diversas atitudes para impedir que fosse consumada sua deserção.

Oportuno transcrever o posicionamento desta Corte em casos semelhantes:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. TESE DEFENSIVA DE ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE DOLO E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. IMPROCEDÊNCIA.* ***Alegações de ordem financeira não comprovadas nos autos, de forma a ensejar a inexigibilidade de conduta diversa pelo acusado, não consti-***

> ***tuem excludentes de culpabilidade nos crimes de deserção***. *Conduta delitiva e elemento subjetivo suficientemente demonstrados nos autos, não havendo de se falar em excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Apelo desprovido. Decisão majoritária"*. (STM. AP 56-78.2013.7.03.0203/RS, Relator Ministro William de Oliveira Barros. Data de julgamento: 12/3/14. Data de Publicação: 25/3/14). (grifos nossos).

Nesse mesmo diapasão, são os seguintes julgados desta Corte: Apelação nº 20-83.2010.7.01.0401/RJ, Relatora Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (julgado em 5/9/2012); Apelação nº 54-22.2009.7.01.0101/RJ, Relator Ministro Alte Esq MARCOS MARTINS TORRES (julgado em 16/8/2012).

Portanto, é pacífico nesta Corte o entendimento de que é absolutamente necessária a produção de provas consistentes para embasar uma excludente de culpabilidade.

Nesse sentido, cabe salientar o teor da Súmula nº 3 deste Superior Tribunal Militar, segundo a qual "*não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas*".

Conclui-se, portanto, que o militar desertou porque não priorizou a caserna, agiu com dolo, sem temor do que poderia lhe acontecer e faltou com o juramento empenhado ao engajar-se nas fileiras do Exército. Vulnerou, pois, seu dever militar, sem justificativa plausível que pudesse isentá-lo de responsabilidade.

À míngua de provas, não há nenhuma circunstância capaz de abonar sua conduta antijurídica, perfeitamente subsumida ao tipo legal previsto no art. 187 do CPM. Não há causas dirimentes da culpabilidade, haja vista ser plenamente exigível do Acusado conduta diversa da que escolheu.

Diante das evidências carreadas aos autos, não há outra conclusão a se extrair senão a de que o Apelante desertou *sponte propria*, sem necessidade premente, tampouco respaldado por qualquer autorização.

Dessa forma, não assiste razão à Defesa ao pleitear a absolvição do Soldado do Exército IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA, com fundamento no art. 439, "d" e "e", do CPPM.

Por sua vez, em Razões de Apelação, o MPM, em face da expressa vedação legal descrita no CPM e no CPPM, requer a cassação do benefício do *sursis* concedido ao Apelante.

Sabe-se que o instituto da Suspensão Condicional da Execução da Pena, comumente conhecido por *sursis,* decorre de opção político-criminal, por meio da qual o legislador constituiu verdadeira medida descarcerizadora, que surge para preservar a dignidade da pessoa humana diante da primariedade do Réu que comete um crime de menor potencial ofensivo.

O *sursis* destina-se a assegurar que condenados a penas de curta duração não tenham sua personalidade desfigurada, seja pelo contágio com delinquentes mais perigosos, seja pelo seu recolhimento ao cárcere em condições muitas vezes inadequadas.

Sua previsão legal se observa tanto no direito penal, quanto na legislação militar, sendo certo que, neste último, há dispositivo expresso no CPM (art. 88, inciso II, alínea "*a*") e no CPPM (art. 617, inciso II, alínea "*a*"), vedando sua concessão a determinados delitos militares, entre os quais a deserção, considerados altamente nocivos à hierarquia e à disciplina, pilares constitucionais em que se sustentam as Forças Armadas.

Em que pese tenha excetuado sua aplicação a determinados tipos penais militares, há que se ressaltar que o legislador conferiu a esses delitos, quando cometidos por militares, a possibilidade de converter em prisão a pena de detenção e/ou reclusão imposta, nos termos do art. 59 do CPM.

A referida conversão também é considerada um benefício, previsto apenas na legislação castrense. Oportuno esclarecer que essa conversão em prisão possibilita que os militares sejam recolhidos em estabelecimento militar – no caso de oficiais – e estabelecimento penal militar – no caso de praças –, atendendo perfeitamente aos fundamentos ensejadores do *sursis*.

Trata-se, pois, de peculiaridades atinentes à legislação militar, que têm por objetivo proteger institutos basilares da vida castrense – a hierarquia e a disciplina.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão, declarou, em decisão unânime, que não há qualquer conflito entre a vedação legal constante no Código Penal Militar e o Princípio da Individualização da

Pena, insculpido no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, conforme *in verbis*:

> *"EMENTA:* HABEAS-CORPUS. *CRIME MILITAR: PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR, EM CONCURSO (CPM, ARTIGOS 235 E 237). ALEGAÇÃO DE CASSAÇÃO INDEVIDA DO REGIME ABERTO E DOS* SURSIS *CONCEDIDOS PELA AUDITORIA MILITAR.*
>
> *1. O* Parquet *não apelou da decisão da Auditoria Militar nem houve manifestação do Tribunal* a quo *sobre o regime prisional aberto aplicado aos pacientes: matéria preclusa. Se os pacientes estão em regime fechado, o coator não é o Superior Tribunal Militar,* e*, assim, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para examinar a matéria.* Habeas-corpus *não conhecido nesta parte.*
>
> *2.* ***Não há incompatibilidade entre o artigo 88, II, a, do CPM, que veda a concessão de* sursis *aos condenados pelo crime do artigo 235,* e *outros, do mesmo Código,* e *o artigo 5º, XLVI, da Constituição****.***
>
> *3.* Habeas-Corpus *conhecido, em parte, mas, nesta parte, indeferido".* (*Habeas Corpus* nº 79.824-1/MS, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Julgado em 23/5/2000. Publicado em 30/6/2000). (grifo nosso).

Acresce-se às decisões acima o voto do Ministro LUIZ FUX, no *Habeas Corpus* n° 108.456 MC/RS (julgado em 4/8/2011), que, embora tenha declarado prejudicado o remédio constitucional, ponderou:

> *"Portanto, a matéria foi ventilada já no recurso de apelação, tendo sido efetivamente prequestionada pelo STM, quando este consignou, no acórdão recorrido,* verbis*: 'No que diz respeito à aplicação da suspensão condicional da pena, como, ao final requer o MPM, autor do Recurso, mostra-se impossível sua aplicação. Como certo, afirmou o Ilustre Parecerista da Procuradoria-Geral, tal pedido é vedado pela Lei Penal Castrense (art. 88, inciso II), bem como pela Carta Constitucional, já havendo manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito, posicionando-se aquela Corte maior pela sua não aplicabilidade.'*
>
> ***No entanto, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que é pacífica no sentido da harmonia do art. 88, inciso II, do Código Penal Militar com o art. 5º, inciso XLVI da Constituição da República.***
>
> *Confiram-se os seguintes precedentes:*

> *(...)*
>
> *No mesmo sentido, citem-se, exemplificativamente, os seguintes julgados: HC 77534, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ de 4/8/2000; HC 80139, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ de 6/4/2001; AI 778604/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 22/2/2010"* (grifo nosso).

Esse é também o entendimento prevalente nesta Corte:

> *"EMENTA: DESERÇÃO. ALEGADA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. DOENÇA PSÍQUICA. NECESSIDADE DE AMPARAR GENITORA PORTADORA DE CÂNCER. AUSÊNCIA DE PROVA. SÚMULA Nº 03 DO STM. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DO* SURSIS. *Estando suficientemente provada a conduta delitiva, bem como o dolo do agente em ausentar-se de sua Unidade por tempo superior a três meses, sem a devida autorização, verificam-se satisfeitas as elementares do tipo capitulado no art. 187 do CPM, não havendo de se falar em excludente da ilicitude ou da culpabilidade, por estar flagrante a exigibilidade de conduta diversa.* ***O pedido de concessão do* sursis *não merece provimento diante da vedação expressa do art. 88, inciso II, alínea 'a', do CPM aos crimes de deserção, em plena harmonia com a excepcionalidade das garantias constitucionais em relação aos crimes propriamente militares, conforme se verifica do inciso LXI do art. 5º da CF****. Recurso defensivo desprovido. Decisão unânime".* (Apelação nº 179-26.2010.7.01.0401/RJ, Relator Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Julgado em 20/3/2012). (grifo nosso).

Observa-se, assim, que o inciso II do art. 88 do CPM não conflita com os princípios da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena e da proporcionalidade, por se tratar de opção político-legislativa criminal em que o legislador incrementou o rigor da resposta estatal a determinados delitos considerados de maior nocividade à hierarquia e à disciplina militares, como a deserção, o que é perfeitamente aceitável, não havendo nenhuma antinomia com os citados princípios constitucionais.

Como se não fossem suficientes tais argumentos, basta lembrar que a vedação à concessão da suspensão condicional da pena não é uma exclusividade do Código Penal Militar. Ela foi estabelecida, também, por opção político-legislativa, para os crimes de tráfico de entorpecentes, em

plena consonância com a ordem constitucional vigente, conforme se pode depreender do art. 44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, *in verbis*:

> *"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33,* caput *e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e* ***insuscetíveis de*** **sursis**, *graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.*
>
> *Parágrafo único. Nos crimes previstos no* caput *deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico".* (Grifo nosso).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, a fim de colocar um ponto final na discussão acerca do tema, reconheceu a constitucionalidade da vedação do *sursis* ao crime de deserção:

> *"EMENTA: DIREITO PENAL MILITAR. VEDAÇÃO DO* SURSIS. *CRIME DE DESERÇÃO. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. Nesse sentido, há o precedente que cuida da suspensão condicional do processo relativo a militar responsabilizado por crime de deserção (HC nº 99.743, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Com efeito, no próprio texto constitucional, há discrímen no regime de disciplina das instituições militares. Desse modo, como princípio de hermenêutica, somente se deveria declarar um preceito normativo conflitante com a Lei Maior se o conflito fosse evidente. Ou seja, deve-se preservar o afastamento da suspensão condicional da pena por ser opção política normativa. 3. Em consequência, entende-se como recepcionadas pela Constituição as normas previstas na alínea 'a' do inciso II do artigo 88 do Código Penal Militar e na alínea 'a' do inciso II do artigo 617 do Código de Processo Penal Militar. 4. Denegação da ordem de* habeas corpus*".* (HC 119567, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Relator p/ Acórdão Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/5/2014, DJe de 30/10/2014).

Todavia, há que ser considerado que o ora Apelado não permanece na situação de militar; assim, logicamente, sua condenação implica o cumprimento da pena em estabelecimento prisional civil.

Impelir um ex-militar, condenado por deserção, a cumprir sua pena em estabelecimento prisional comum viola os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e da Legalidade.

Nesses termos, encontrando-se na condição de civil, os efeitos complementares da proibição de Suspensão Condicional da Pena não coexistem, sendo juridicamente plausível afastar a vedação legal em questão.

Nesse norte foi o entendimento deste Tribunal na Apelação nº 37-34.2011.7.03.0303/RS, sob a Relatoria do Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, *in verbis*:

> *"(...) Ademais, mesmo que assim não se entendesse, o que se admite apenas por hipótese, o Apelante ainda faria jus à concessão do benefício da suspensão condicional da pena, uma vez que ele foi licenciado das fileiras do Exército, conforme Boletim Interno nº 006, de 6/1/2012, readquirindo o seus* status *de civil, situação jurídica que lhe confere a concessão do* sursis. ***Esse é o entendimento dessa Corte que, por razões de política criminal, orienta no sentido de que, em se tratando de ex-militar, não se aplicam as vedações contidas no art. 88, inciso II, alínea 'a' e 'b', do CPM, bem como a restrição prevista no art. 617, inciso II, alíneas 'a' e 'b', do CPPM.*** *(...)"* (grifo nosso).

Do mesmo modo, foi o expresso no Acórdão da Apelação nº 2004.01.049787-0, de Relatoria do Ten Brig Ar HENRIQUE MARINI E SOUZA:

> *"(...) Quanto à concessão do* SURSIS*, a despeito da regra proibitiva do art. 88, inciso II, alínea 'b', do CPPM, parecem razoáveis e justos os fundamentos jurídicos constantes da Sentença recorrida, assim expressos (fls. 256/257):*
>
> > *'...Se ainda estivesse no Serviço Ativo, sua condenação implicaria no cumprimento da pena em prisão militar, ambiente reconhecidamente diverso das Penitenciárias comuns.* ***A obrigatoriedade de cumprimento da pena em ambiente prisional, refletiria a gravidade do crime praticado. Não mais sendo militar, entretanto, não pode ser recolhido à prisão militar, mas também não deverá ser recolhido à prisão civil, e nem mesmo, assim o entendemos,***

> ***ser submetido a uma prisão albergue ou estabelecimento afim, pois sujeitá-lo a essas situações violaria princípios da razoabilidade e da proporcionalidade****, como bem expôs o eminente Ministro Ten-Brig-do-Ar Henrique Marini e Souza em seu voto transcrito pela Defesa.*
>
> *Sendo o Acusado civil, os efeitos complementares da proibição de Suspenção Condicional da Pena não mais se fazem presentes, sendo juridicamente razoável afastar da presente condenação a mencionada proibição para, tendo em vista ser o Acusado primário e de bons antecedentes, a dois (02) anos, mediante o respeito das condições a final fixadas.' (...)"*
>
> (grifo nosso).

Destarte, entendo que não assiste razão ao MPM ao pugnar pela não concessão do benefício da Suspensão Condicional da Execução da Pena ao Apelante, já que ele não mais ostenta a situação de militar.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento e pelo não provimento dos Apelos ministerial e defensivo, para manter inalterada a Sentença condenatória hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento, sob a presidência do Ministro José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, por maioria, em rejeitar a preliminar de não conhecimento do Apelo Defensivo por falta de condição de procedibilidade para o prosseguimento do feito. No mérito, por maioria, em negar provimento aos Apelos ministerial e defensivo, para manter inalterada a Sentença condenatória hostilizada.

Brasília, 21 de maio de 2015 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES
APELAÇÃO Nº 11-03.2014.7.01.0201-RJ

No julgamento dos presentes autos, votei vencido porque, preliminarmente, não conhecia do Apelo defensivo por falta de condição de procedibilidade para o prosseguimento do feito e, no mérito, dava provi-

mento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença condenatória recorrida, apenas na parte em que concedeu o *sursis* ao Acusado, mantendo-a preservada em seus demais aspectos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

VOTO DA PRELIMINAR

Durante a tramitação do Recurso de Apelação, foi aportado aos autos cópia do Ofício nº 3-S1/57º BIMtz, de 8/1/2015, do Comandante do 57º Batalhão de Infantaria Motorizado (Escola), encaminhado à Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 1ª CJM, comunicando que o Acusado fora licenciado das fileiras do Exército pelo término do serviço militar obrigatório, a contar de 29/12/2014 (fls. 183/187).

Salvo melhor juízo e com as devidas vênias dos que pensam de forma diversa, no caso do delito de deserção, a condição de militar da ativa é pressuposto essencial de procedibilidade da ação penal militar. Não ostentando mais a condição de militar da ativa, não há possibilidade jurídica de ser dado prosseguimento à ação penal, ainda que em fase recursal.

Nessa linha de raciocínio, estando a matéria em apreciação no âmbito desta Corte Castrense, em sede de Apelação, conclui-se que o atual *status* de civil do Apelante, decorrente de seu licenciamento do Serviço Ativo do Exército, suprime, de forma inconteste, uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade do militar para a causa e para o processo, dando ensejo à ausência da condição de procedibilidade do Recurso interposto, até porque a legitimidade da Parte é pressuposto subjetivo para admissibilidade do Recurso.

Esse foi o entendimento majoritário desta Corte nos seguintes arestos:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. INFORMAÇÃO SUPERVENIENTE DO LICENCIAMENTO DO MILITAR. PERDA DE OBJETO. ARQUIVAMENTO DO FEITO. Verificado o licenciamento de militar acusado em processo de deserção, impõe-se o reconhecimento da perda de objeto por ausência da condição de prosseguibilidade. Decisão majoritária."* (APELAÇÃO Nº 9-25.2008.7.01.0401/RJ. Rel. Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Julgamento: 12/12/2012).
>
> *"EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. NOVA AUSÊNCIA DO MILITAR NO CURSO DO PROCESSO. PRELIMINAR SUSCI-*

TADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. SOBRESTAMENTO DA APELAÇÃO.

I – Estando em curso processo relativo ao crime de deserção, ainda que em fase recursal, a superveniência de nova ausência do militar, caracterizadora da mesma espécie delitiva, prejudica o prosseguimento do processo em curso. Este ficará sobrestado até que, em decorrência de apresentação voluntária ou captura do desertor, e consequente inspeção de saúde, seja definida a situação funcional do agente perante a Força.

II – Preliminar de sobrestamento suscitada, de ofício, pelo Revisor. Decisão majoritária." (Apelação nº 106-83.2012.7.01.04 01/RJ. Rel. p/ Acórdão Min. Fernando Sérgio Galvão. Julgamento: 5/6/2014).

A propósito, convém destacar o que dispõe a Súmula nº 12 desta Corte Castrense, *in verbis*:

> *"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 é a reversão ao serviço ativo".*

Ademais, esse entendimento tem sido tutelado pelo E. STF, aplicando-se, inclusive, durante a execução da pena, de acordo com os arestos assim ementados, *ipsis litteris*:

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA.*
>
> *1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula nº 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao Réu incapaz para o serviço ativo do Exército, que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do Recurso de Apelação.*
>
> *2. Ordem concedida. Decisão Majoritária."* (*Habeas Corpus* nº 90838. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 14/10/2008).

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I – Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes.*
>
> *II – Ordem concedida de ofício. Unânime."* (*Habeas Corpus* nº 108197. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13/12/2011).

Vale destacar, também, que, no âmbito do Excelso Pretório, a jurisprudência é mansa e pacífica, havendo inúmeras decisões monocráticas reafirmando o entendimento daquela Corte de que a condição de militar é pressuposto para o prosseguimento da ação penal pelo crime de deserção e que o licenciamento do militar do serviço ativo afeta a sua legitimidade para ocupar o polo passivo da relação processual, conforme Decisões no ARE nº 823612/DF (Rel. Min. CELSO DE MELLO, de 1º/8/2014), no ARE nº 788708/DF (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, de 18/2/2014) e no ARE nº 806807 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, de 1º/9/2014).

Conclui-se, pois, a partir dessas considerações, que é o caso de não se conhecer da presente Apelação, pela perda do objeto, em virtude da ausência da condição de procedibilidade da ação penal, bem como pela falta do pressuposto subjetivo para admissibilidade do Recurso pela ilegitimidade da Parte.

Além disso, cabe o exame acerca da concessão de *habeas corpus* de ofício, tendo em vista que o Réu foi condenado perante o Juízo *a quo* da Justiça Castrense, medida essa já adotada em diversos julgados por esta Corte. Nesse caso, a ordem de *habeas corpus* afigura-se como medida mais benéfica ao Réu, pois viabiliza tornar sem efeito a Sentença condenatória, por falta de justa causa, com fundamento nos seguintes dispositivos do CPPM, *in verbis*:

> *"Art. 466. Dar-se-á* habeas corpus *sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder."*

"Art. 467. Haverá ilegalidade ou abuso de poder:

(...);

c) quando não houver justa causa para a coação ou constrangimento.

Art. 470. O habeas corpus *pode ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou outrem, bem como pelo Ministério Público. O Superior Tribunal Militar pode concedê-lo de ofício, se, no curso do processo submetido à sua apreciação, verificar a existência de qualquer dos motivos previstos no art. 467."*

Pelo exposto, preliminarmente, votei pelo não conhecimento dos presentes Recursos por falta de condição de procedibilidade para o prosseguimento da Ação Penal Militar nº 11-03.2014.7.01.0201/RJ, referente ao ex-Sd Ex IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA, e concedo *habeas corpus* de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, determinando, em definitivo, o arquivamento dos autos, sem renovação, com fulcro no art. 470, parte final, c/c o art. 467, alínea "c", ambos do CPPM.

VOTO DO MÉRITO

Sustenta a Defesa, em síntese, que não há prova suficiente para a condenação, devendo o Acusado ser absolvido com base no art. 439, alínea "e", do CPPM, e que o delito imputado na Denúncia ocorreu em virtude do não recebimento pelo Acusado do auxílio-transporte, situação essa apta a configurar o estado de necessidade exculpante (art. 39 do CPM) e, consequentemente, amparar um decreto absolutório.

Data venia, as provas dos autos não favorecem os argumentos expendidos pela Defesa, senão vejamos.

O crime de deserção, previsto no art. 187 do CPM, inserido no Título III, "*Dos crimes contra o serviço militar e o dever militar"*, segundo a doutrina, classifica-se como delito de mera conduta, consumando-se com a ausência do militar, sem autorização, da Unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 (oito) dias.

No caso, os bens jurídicos protegidos são o serviço e o dever militar, fundamentais para as Forças Armadas no cumprimento de sua missão constitucional, os quais se mostram violados com a simples ausência não autorizada do quartel pelo período superior a 8 (oito) dias, em detrimento das obrigações e disciplina militares.

Na hipótese dos autos, ficou demonstrada a procedência dos fatos relatados na Denúncia, uma vez que o Acusado faltou à sua Organiza-

ção Militar, sem autorização, desde o dia 21/12/2013, vindo a completar, à zero hora do dia 30 de dezembro de 2013, os dias necessários para a configuração do delito de deserção, sendo, em consequência, lavrado o respectivo Termo (fl. 7) e providenciada a exclusão do militar do serviço ativo do Exército.

O Acusado, conforme informação constante do documento de fl. 15, permaneceu ausente ao Quartel até o dia 22/1/2014, data em que se apresentou, voluntariamente, e foi reincluído no Exército, após ser considerado apto para o serviço militar em inspeção de saúde a que foi submetido (fls. 33/34).

A autoria afigura-se como evidente, eis que o Réu é confesso e tinha consciência de que seu ato era criminoso (fls. 53/54), e a materialidade se verifica pelo Termo de Deserção de fl. 7.

Não se constatam nos autos elementos que possam levar ao entendimento, ou mesmo instalar dúvidas, de que a ausência do militar tenha ocorrido em situação capaz de excluir a sua culpa com supedâneo no estado de necessidade previsto no art. 39 do CPM, *verbis*:

> *"Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa."*.

O Acusado, para se justificar, alegou em seu Interrogatório que ficou ausente do Quartel no referido período por não ter recebido auxílio-transporte, em que pese ter feito solicitação nesse sentido por meio do preenchimento de formulário, e que teria ficado "*trabalhando fora*" para obter recursos e poder retornar à OM.

A propósito, vale destacar que a documentação carreada aos autos indica que o Acusado, de fato, não percebia auxílio-transporte e que sua mãe recebia baixa remuneração (fls. 77/79), todavia, tal situação, por si só, não é suficiente para dar suporte à tese de inexigibilidade de conduta diversa, pois o Acusado, caso quisesse, poderia buscar outros meios para resolver a situação, como, por exemplo, solicitar aos seus superiores orientações e informações de como proceder para o recebimento do aludido auxílio.

Além disso, pelo que se extrai do ofício de fl. 71, subscrito pelo Comandante da OM, o não recebimento do auxílio-transporte decorreu do fato de o Acusado não ter apresentado comprovante de residência em seu nome ou declaração de residência, mesmo tendo sido orientado a fazê-lo pelo Comandante de sua Subunidade.

Assim, a simples falta de recebimento de auxílio-transporte não constitui argumento suficiente para justificar a prática do delito de Deserção, pois o Réu podia e devia ter agido de outro modo.

Ademais, como bem salientado na Sentença recorrida, a Defesa não se desincumbiu do ônus de provar sua alegação de que o Acusado tenha requerido auxílio-transporte, bem assim que tenha fornecido a documentação necessária para o recebimento do citado benefício, ônus esse que lhe competia, a teor do art. 296 do Código de Processo Penal Militar. Aliás, é de todo incabível a tese defensiva de que caberia à Administração Militar comprovar por meio do devido processo legal a existência de suposto requerimento formulado pelo Acusado. Nesse contexto, pela pertinência, cabe transcrever trecho dos comentários extraídos do Parecer da PGJM (fl. 150):

> *"(...) Assim, prevalece a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública sobre a singela afirmação do Apelado, embora, frise-se, tal alegação, ainda que comprovada, seria insuficiente para justificar a Deserção. Não há como provar o que não existe.(...)"*.

Não podemos olvidar que meras alegações de situações familiares ou particulares não podem ser aceitas como excludente de culpabilidade, em atenção ao enunciado da Súmula nº 3 deste Tribunal Militar, *verbis*:

> *"Não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas."*.

Dessa forma, afiguram-se como improcedentes as teses defensivas de existência de causa excludente de culpabilidade, posto que nas circunstâncias em que se deu o fato era exigido do Acusado conduta diversa da adotada por ele, e de insuficiência probatória.

A DPU requereu, ainda, como prequestionamento, que sejam analisados os dispositivos do art. 5º, incisos XXXIV, alíneas "a" e "b", LIV e LV, da CRFB/1988, que preveem o seguinte:

> *"Art. 5º (...)*
>
> *XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
>
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
>
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*
>
> *(...)*
>
> *LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
>
> *LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;".*

Vale ressaltar que a suposta violação a dispositivos constitucionais sequer foi ventilada na fase da instrução criminal, tendo a Defesa, em suas Razões recursais, feito o prequestionamento sem ter apresentado os aspectos ou motivação pelos quais considera que houve afronta aos mencionados dispositivos.

Não obstante, analisando, detidamente, os autos, em face dos citados preceitos constitucionais, não vislumbro quaisquer atos ou fatos tendentes a caracterizar contrariedade ao direito de petição e de obtenção de certidões, bem assim aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório.

Noutra vertente, o MPM em seu Apelo sustenta que o Conselho Julgador laborou em erro ao conceder o "sursis" no presente caso, tendo em vista a vedação contida no art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, e no art. 617, inciso II, alínea "a", do CPPM.

A esse respeito, a Defesa, por seu turno, requer, na hipótese de manutenção da condenação, que seja mantido o "sursis" concedido ao Réu na Sentença recorrida, por entender que a negativa desse benefício afrontaria os princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, inciso III, e 5º, inciso XLVI, da CRFB/1988).

O Apelo do *Parquet* Castrense merece ser acolhido, conforme se verifica a seguir.

No tocante ao argumento defensivo de que a proibição legal de concessão de "sursis", prevista no art. 88, inciso II, do *Codex* Castrense, fere os princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, cabe salientar que não vislumbro qualquer preceito constitucional que iniba a atuação do legislador ordinário na tarefa de produzir normas tendentes a eleger critérios para a vedação da suspensão condicional da pena, como preconizado no dispositivo atacado.

A esse respeito, não se pode perder de vista que o legislador ordinário, ao estabelecer a proibição de concessão do "sursis" para o delito de deserção, levou em consideração a especial repercussão desse e de outros tipos penais militares nas Instituições Militares, e não o *quantum* de pena cominada.

Nesse quadrante, cumpre destacar o entendimento exposto pelo Promotor da Justiça Militar da União Jorge Cesar de Assis, na obra "Comentários ao Código Penal Militar", 6ª Ed., 2008, p. 204, no sentido de que *"(...) há casos em que o interesse da Pátria ou das Instituições Militares está acima dos próprios fundamentos da suspensão condicional da pena, que deve ser executada para servir de exemplo e dissuadir a repetição do crime"*.

Vale lembrar que a Exposição de Motivos do Código Penal Castrense, no item 9, justificou a introdução da suspensão condicional da pena no Direito Penal Militar, como medida de política criminal, ressaltando que há situações em que tal medida não seria aplicável por atingir gravemente a ordem e a disciplina militar. Vê-se, pois, que a preocupação não estava na pena cominada para o delito, mas nos casos considerados de maior relevância para a manutenção da ordem e da disciplina no âmbito das Instituições Militares.

Cabe frisar que a tese de que o art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, fere a Constituição Federal é questão recorrente no âmbito desta Corte Castrense, tendo sido enfrentada em diversas oportunidades e, reiteradamente, afastada. Há, também, precedentes do Supremo Tribunal Federal rechaçando a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, sendo oportuno destacar os julgados que se seguem, do Excelso Pretório e deste Tribunal:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO PENAL MILITAR. SUR-

> SIS. *CONCESSÃO. VEDAÇÃO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não existe conflito entre o art. 88, II, a, do Código Penal Militar e a Constituição Federal. Precedentes: ARE 758.084, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 646.091, Rel. Min. Luiz Fux; AI 778.604, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 76.411, Rel. Min. Nelson Jobim; e HC 79.824, Rel. Min. Maurício Corrêa. Agravo regimental a que se nega provimento."* (ARE 674822 AgR / RJ. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento: 8/10/2013).
>
> *"EMENTA: APELAÇÃO. CRIME DE DESERÇÃO. ARTIGO 187 DO CPM. ESCUSAS DE ORDEM PARTICULAR. NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. CONDUTA NÃO AMPARADA POR EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. CONCESSÃO DO* SURSIS. *VEDAÇÃO. Apelante que se ausenta sem autorização por mais de oito dias de sua OM pratica o crime de deserção. Alegações de cunho familiar não excluem a culpabilidade, se não há provas nos autos que demonstrem a tese apresentada. A norma prevista no art. 88 do CPM, que impede a suspensão condicional da pena nos crimes de insubordinação, é constitucional. Precedentes do STF e do STM. Apelo desprovido. Unânime. Negada a concessão do benefício do* sursis*, por maioria.* (Apelação nº 4-44.2012.7.06.0006/BA. Rel. Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Julgamento: 12/12/2013).

Dessa forma, sendo legítima a legislação infraconstitucional que estabelece condições próprias e autônomas para a suspensão condicional da pena, não há como reconhecer a incompatibilidade material do referido dispositivo legal (art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM) com os alegados princípios constitucionais. Assim sendo, não cabe a concessão do "sursis" na hipótese versada nos autos.

Destarte, comprovadas a autoria e a materialidade do delito previsto no art. 187 do CPM e não sendo demonstrada qualquer causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, justa se revela a reprimenda imposta ao Apelante pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª CJM, merecendo ser reformada a Sentença recorrida apenas na parte em que concedeu o "sursis" ao Réu.

Pelo exposto, neguei provimento ao Apelo defensivo e dei provimento ao Apelo ministerial, para reformar parcialmente a Sentença condenatória recorrida, apenas na parte em que concedeu o "sursis" ao Acusado, mantendo-a preservada em seus demais aspectos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 21 de maio de 2015.

Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes
Ministro-Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO
APELAÇÃO Nº 11-03.2014.7.01.0201-RJ

Divergi da maioria de meus eminentes pares, considerando existirem argumentos suficientes para acolher a preliminar relativa à ausência de condição de prosseguibilidade – o que redundaria em tornar sem efeito a Sentença condenatória, com o consequente arquivamento dos autos – e, no mérito, a reforma da Sentença para absolver o acusado com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPMM, razão pela qual faço a presente Declaração de Voto, na forma do art. 51, § 8º, do RISTM.

PRELIMINAR

FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE

Alinhado com o Voto vencido do Exmo. Sr. Min. Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, entendo que o licenciamento do acusado acarreta a perda da condição de "prosseguibilidade", nos termos a seguir demonstrados.

I – O CASO CONCRETO

O réu, praça sem estabilidade, ausentou-se, sem licença, do 57° Batalhão de Infantaria Motorizado (BIMtz), desde 21.12.2013 (fl. 2), e permaneceu ausente por mais de 8 (oito) dias, consumando o delito de deserção em 30.12.2013, conforme registrado em Termo de Deserção (fl. 7).

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército (CPJEx) da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), por maioria de votos (3x2), condenou o Sd Ex IGOR PABLO DE OLIVEIRA à pena de 4 (quatro) meses de detenção, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, segunda

parte, ambos do CPM, com o direito ao *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime prisional inicialmente aberto (fls. 97/103).

Irresignadas, as Partes interpuseram Apelações (fls. 107 e 108).

Em suas Razões, o MPM requer a cassação do *sursis*, considerando que a vedação legal ao citado benefício foi recepcionada pela Constituição Federal, conforme já decidiu o STF (fls. 109/117). Em Contrarrazões, a DPU refuta os argumentos ministeriais, afirmando que a concessão do *sursis*, naqueles termos, atende aos Princípios da "Individualização da Pena" e da "Dignidade da Pessoa Humana" (fls. 128/131).

Por sua vez, a DPU, em suas Razões Recursais, sustenta, em síntese, a exclusão de culpabilidade e a inexistência de prova suficiente para a condenação do réu (fls. 120/124), enquanto o *Parquet* Militar, em suas Contrarrazões, pugna pela manutenção da condenação (fls. 133/137).

Segundo a autoridade militar, o réu foi licenciado, a contar de 29 de dezembro de 2014, por conclusão do Serviço Militar Obrigatório (fl. 183).

Nesse contexto, ocorrendo o licenciamento durante a tramitação da Ação Penal Militar (APM) pelo crime de deserção, veio à tona a discussão sobre o reconhecimento ou não da falta de condição de prosseguibilidade.

Os fundamentos da corrente vencida estão focados no caso concreto, à história do tema, à tutela da Defesa e da Mobilização nacionais, na legislação pertinente e na jurisprudência, incluída a consolidada do STF.

II – HISTÓRICO SOBRE A CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE

Faz-se breve histórico sobre a condição de prosseguibilidade.

A transcrição das normas pertinentes será realizada no item "LEGISLAÇÃO". No entanto, cabe posicionar as leis e demais normas conforme o direito temporal, apenas para contribuir quanto à compreensão histórica da condição de prosseguibilidade.

A Lei do Serviço Militar (LSM) nº 4.375, de 17.8.1964; o Regulamento da LSM (RLSM) nº 57.654, de 20.1.1966; o Código Penal Militar (CPM) e o Código de Processo Penal Militar (CPPM), respectivamente Decretos Lei nº 1.001 e 1.002 de 21.10.1969; o Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880, de 28.8.1979; a Constituição Federal/1988; a Lei nº 8.239,

de 4.10.1991– Dispõe sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório –; e a Lei nº 8.457, de 4.9.1992, – Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares – compõem, dentre outros diplomas, o arcabouço legal sobre o assunto.

O Decreto-Lei nº 1.003, de 2.10.1969, era a Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM), no qual havia a previsão dos Conselhos de Justiça da Unidade (CJU), com a seguinte competência:

> *"Art. 13. Os Conselhos de Justiça têm as seguintes categorias:*
>
> *a) Conselho Especial de Justiça, para processar e julgar oficiais, exceto oficiais generais;*
>
> *b) Conselho Permanente de Justiça, para processar e julgar os acusados que não sejam oficiais, exceto o disposto no art. 40, nº IX, letras b e c, e na letra seguinte dêste artigo;*
>
> ***c) Conselho de Justiça nos corpos, formações e estabelecimentos do Exército, para o julgamento de deserção de praças e de insubmissos."*** (grifei).

Durante a existência do CJU, os julgamentos de praças pelo crime de deserção, delito de mera conduta, limitavam-se ao prazo de 60 (sessenta) dias, com base no art. 453 do CPPM. Portanto, a prisão provisória do acusado não sofria questionamentos judiciais.

Contudo, a Lei nº 8.236, de 20.9.1991 – que alterou disposições do CPPM e da LOJM – suprimiu a previsão relativa ao CJU:

> *"Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:*
>
> *a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antigüidade, no caso de igualdade;*
>
> *b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.".*

Nesse sentido, verifica-se que hoje a temática, quanto aos crimes de deserção, tomou proporções indesejadas, fruto da falta de celeridade da primeira instância para julgá-los, bem como haver agentes em liberdade durante a APM e imunes em relação à prisão cautelar prevista no art. 453 do CPPM:

> *"Art. 453. **O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias**, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, **será posto em liberdade**, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)"* (grifei).

À extinção dos CJU, seguiram-se problemas até hoje vivenciados. Desde então, o prazo de 60 (sessenta) dias, em regra, não é cumprido, as prisões, muitas vezes, são revogadas antes desse período e os agentes, nesse contexto, passaram a cometer deserções sucessivas sem haver o julgamento relativo ao primeiro delito.

Diante dessa situação, o STM, para resolver a questão, editou em 1997 a Súmula nº 12, com a seguinte redação:

> *"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."* (DJ 1 Nº 18, de 27.01.97).

Referências:

Apelação nº 47.495-7/RJ	(Sessão de 16.05.95)
Apelação nº 47.424-4/RJ	(Sessão de 16.05.95)
Habeas-corpus nº 32.966-8/PR	(Sessão de 24.02.94)
Habeas-corpus nº 33.069-0/RJ	(Sessão de 07.02.95)
Habeas-corpus nº 33.129-8/RJ	(Sessão de 19.09.95)
Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ	(Sessão de 20.04.95)
Arts. 457 e 500, IV, do CPPM	

Saliente-se que, à luz da consolidada jurisprudência do STF, a condição de procedibilidade é aquela exigida para o recebimento da denúncia e a de prosseguibilidade para todo o processo, incluída a execução de pena.

Embora o texto da Súmula devesse incluir a expressão "condição de prosseguibilidade", e não apenas a de "procedibilidade", ver-se-á, a partir das decisões referentes à Súmula 12 do STM e da jurisprudência do STF, que a intenção foi abrangente.

Ademais, se o *status* de militar é condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, não apenas pela leitura da referida Súmula – a qual, como dito, poderia ter melhor redação – mas também por lógica, inclui-se todo o processo, inclusive a fase de execução.

Em 2012, a DPU propôs a Ação Civil Pública (ACP) n° **18725-37.2012.4.01.3400/DF**, pedindo que as Forças Armadas não retivessem os militares desertores na ativa, a qual foi julgada, em 26.11.2014, por unanimidade, improcedente pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1).

O STF, já em 2010, em sede do HC n° 103.254, face às razões expostas e acolhendo, ainda, o Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR), deferira o pedido de *habeas corpus*, para determinar a extinção definitiva da APM nº 2007.25950-6, em tramitação perante a Vara da Auditoria da Justiça Militar Estadual da comarca de Curitiba/PR, a qual servira de base àquela ACP.

Nessa Decisão, o STF julgou em 23.3.2010 (DJe 12.4.2010) o RHC n° 24.607/PR, da Sexta Turma do STJ, tendo como autoridade coatora o Relator Exmo. Ministro Dr. Og Fernandes, que serviu, equivocadamente, de referência jurisprudencial à propositura da ACP 18725-37.2012.4.01.3400/DF e a tantas outras em trâmite na Justiça Federal Comum.

Nesse ângulo, decaíram a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF e a Decisão do STJ em sede do RHC nº 24.607/PR, sendo que esta foi colacionada àquela, como cerne de sua base argumentativa.

Outra demanda semelhante está em curso. Trata-se da ACP nº **18827-82.2014.403.6100/SP** (pedido da DPU semelhante ao da ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF), na qual foi negado, pelo TRF 3, em sede de Agravo, o pedido de antecipação de tutela formulado pela DPU.

Os julgados do STF sobre o tema, até hoje, sempre confirmaram o *status* de militar exigível, na qualidade de condição de prosseguibilidade, para o processo, o julgamento e a execução da pena relativa a agentes desertores.

Portanto, desde 1997 até a presente Apelação, nitidamente o STM exigia, como condição de prosseguibilidade, que o agente estivesse na ativa de sua Força Armada, para o processo e o julgamento pelo crime de deserção.

No item "JURISPRUDÊNCIA", as decisões acima referidas serão novamente analisadas.

Esses fatos bifurcam-se neste Tribunal, formando **duas correntes**, ambas na senda de evitar a impunidade provocada pelas deserções múltiplas, mas apenas a vencida exige a presença da utilidade de eventual condenação.

III – A TUTELA DA DEFESA E DA MOBILIZAÇÃO NACIONAIS

Indo além deste caso concreto, aproveita-se para afirmar que a APM, no caso de trânsfuga – foragido durante a sua tramitação –, deve ser sobrestada. Por sua vez, diante do licenciamento das fileiras de sua Força Armada ou se diagnosticada, em inspeção de saúde, incapacidade temporária ou definitiva para o Serviço Militar, a ação deve ser trancada e arquivada.

Ou seja, a APM, nos referidos casos, carece da condição de prosseguibilidade. A motivação para isso não reflete apenas a tradição jurisprudencial sobre o tema, até hoje vigente neste STM e no STF, mas também, como se verá, encontra respaldo lógico e legal.

Apreciando com profundidade esse contexto, aspectos jurídicos emolduram no sentido de encorpar a corrente tradicional, a qual se alinha à jurisprudência consolidada no STF.

Do licenciamento do acusado

Para a atual corrente vencedora, embora o agente tenha sido licenciado, portanto de posse do Certificado de Reservista, o bem tutelado – Serviço Militar – estaria preservado, possibilitando a sua eventual mobilização, mas, ainda assim, a condenação teria lugar.

A recente corrente vencedora pauta no sentido de que, mesmo estando preservado o bem tutelado e numa prevenção geral, o civil licenciado deveria ser condenado. Mas se deve considerar que, estando preservado o bem jurídico tutelado (o dever e o cumprimento do Serviço Militar), o Estado não poderá mais condená-lo por tal crime.

Isso porque, repita-se, o processo de deserção apenas faz sentido se estiver pendente o dever e o cumprimento do Serviço Militar da praça sem estabilidade. Se a Administração Militar ou mesmo a Justiça Federal Comum, em nome do Estado uno, decidirem que o réu cumpriu inte-

gralmente com o seu dever, a persecução penal, esteja baseada numa prevenção especial ou geral, perde o seu escopo.

Lembre-se de que o réu civil, sendo licenciado apto para o Serviço Militar, recebe o Certificado de Reservista, como prova de seu dever constitucional cumprido, podendo ser mobilizado tão logo acionado. A finalidade do Serviço Militar obrigatório é possibilitar a formação da Reserva Mobilizável, com respaldo no art. 143 da CF/1988 e na Lei nº 8.239/91. Se o interesse público cobrado pela Lei Penal Militar está presente, ou seja, ausente lesão ao bem jurídico tutelado, naturalmente que falta tipicidade material e o agente nada deve ao Estado.

O Estado, ao conferir ao réu o referido Certificado de Reservista, reconhece que a utilidade (compelir os militares ao cumprimento do Serviço Militar) de eventual instauração de processo e de julgamento de desertores está antecipadamente descartada, em especial pela sua presunção de legitimidade. Se a Administração declara, mediante o Certificado, que o dever constitucional foi cumprido, a justa causa para a APM está ausente, na espécie de falta de condição de prosseguibilidade, devendo ser trancada ou extinta, sem o exame do mérito.

Noutras palavras, se a Administração Militar erra ao licenciar os réus submetidos a processo de deserção, declarando-os aptos e que bem cumpriram o Serviço Militar, a quebra de presunção de legitimidade desses certificados apenas seria possível mediante a tempestiva anulação do ato de exclusão do serviço ativo.

Além disso, aduz-se, como óbice, a ocorrência de precipitados e indevidos licenciamentos de agentes, a partir de consultas de juízes-auditores junto a comandantes inexperientes, os quais não apresentam interesse em manter na ativa o "militar-problema". Esquece-se de que a Lei tutela o Serviço Militar, sendo extremamente questionável o ato de o comandante licenciar o agente, pois está despido de qualquer suporte legal. Induzido por consultas de auditorias, o comandante desnatura bem indisponível. Ademais, esses expedientes não são decisões judiciais, faltando-lhes o requisito da obrigatoriedade e da eficácia para embasar o licenciamento do agente, em tese, ainda em débito para com o Serviço Militar.

Eventuais condenações de réu à revelia (trânsfuga ou licenciado) por deserção ou mesmo daquele, embora presente durante a ação penal militar, já integralizou a sua obrigação (licenciado) e, ainda, de civil consi-

derado incapaz para o Serviço Militar não induzem qualquer resultado útil ao Estado.

Observam-se juízes-auditores e comandantes acordando sobre o licenciamento de réus, sem considerar, no cômputo do tempo do Serviço Militar, o seguinte dispositivo do Estatuto dos Militares:

> *"Art. 137. Anos de serviço é a expressão que designa o* ***tempo de efetivo serviço*** *a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos: (...)*
>
> *§ 4º* ***Não é computável para efeito algum*** *(...)*
>
> *c)* ***passado como desertor****; (...)*
>
> *e)* ***decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena*** *(...)."* (grifei).

A conclusão acima reside no fato de que o processo de deserção apenas faz sentido se estiverem pendentes o dever e o cumprimento do Serviço Militar. Se a Administração Militar, como maior interessada na preparação daqueles que integrarão a reserva mobilizável, institucionalmente representando o Estado nesse mister, efetua o licenciamento de militar das fileiras da Força (seja qual for a motivação), produz situação intransponível, apenas no tocante à deserção, para a persecução penal.

O Estado é uno e deve tomar medidas que guardem coerência. Nesse prisma, inadequado conceder o licenciamento por uma via e, por outra, dar prosseguimento à APM na qual se pretende infligir sanção a agente de deserção outrora cometida.

O grau de ofensa produzido pela conduta, a motivação para a prática ilícita e o momento de sua ocorrência no interregno do Serviço Militar servem de lastro para o estudo da emissão de tais certificados. Assim, a documentação comprobatória da situação militar, na forma do art. 75 da LSM e do art. 209 do RLSM, compatibilizando cada caso concreto, dará ensejo à expedição do correspondente Certificado de Isenção do Serviço Militar, de Dispensa de Incorporação e de Reservista de 1ª ou de 2ª categoria.

A previsão do crime de deserção busca compelir o agente a integralizar a sua obrigação em relação ao mandamento constitucional, previsto no art. 143 da CF/1988. Se o agente recebeu o seu certificado, então está física e moralmente apto a compor a Mobilização. Carece de

sentido tomar energias do Estado se o bem jurídico, inicialmente tido como ofendido, na verdade não sofreu ataques, ou seja, inexistiu tipicidade material.

Da inspeção de saúde

Observe-se que um civil ou militar, respondendo por vários processos de deserção, acaso incapaz definitivamente, fica isento de todos os anteriormente instaurados, mesmo que não esteja acobertado pelo art. 48 do CPM:

> *"Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.".*

Segundo a atual corrente vencedora, pelo tempo do crime (quando era militar da ativa e apto para o Serviço Militar) ele não seria absolvido. Entretanto, justamente pela ausência de sua utilidade para o Serviço Militar que o Estado o isenta do processo, conforme o art. 427, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do CPPM:

> *"Art. 457. Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)*
>
> *Inspeção de saúde*
>
> *§ 1º O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído.* (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)
>
> *§ 2º* ***A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo,***

> ***sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.*** *(Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)*
>
> *§ 3º Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao* ***procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia****, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)*
>
> *§ 4º Recebida a denúncia, determinará o Juiz-Auditor a citação do acusado, realizando-se em dia e hora previamente designados, perante o Conselho Permanente de Justiça, o interrogatório do acusado, ouvindo-se, na ocasião, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. A defesa poderá oferecer prova documental e requerer a inquirição de testemunhas, até o número de três, que serão arroladas dentro do prazo de três dias e ouvidas dentro de cinco dias, prorrogáveis até o dobro pelo conselho, ouvido o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)".* (grifei).

A atual corrente vencedora entende que se deva processar e julgar o agente que, após a sua reinclusão, venha a ser considerado temporária ou definitivamente incapaz para o Serviço Militar.

Isso ocorre quando está sob julgamento a primeira deserção, tendo sido o agente reincluído. Considerado, em inspeção de saúde, apto para o Serviço Militar, efetiva-se a reinclusão, retornando à ativa. Durante o feito, é excluído novamente ao cometer uma segunda deserção e, quando capturado, em outro momento adiante, é considerado incapaz em inspeção de saúde, visando à sua nova reinclusão.

Para a corrente vencida, ambos os processos são extintos, porque, independentemente do momento em que ocorreu essa incapacidade, o agente não será mais útil para o Serviço Militar. Note-se que, para a primeira deserção, essa incapacidade retira a utilidade do processo para a complementação do Serviço Militar. Para a segunda, como nem foi reincluído, além da falta de utilidade, há isenção específica prevista no art. 457, § 2º, do CPPM.

Assim, no contexto de apenas uma deserção, se o agente é reincluído (apto e militar) e, mais à frente e durante o processo, resta considerado incapaz definitivamente para o Serviço Militar, dá-se a perda da utilidade do feito na via de tutelar o bem jurídico, sendo excluído do serviço ativo. Nesses termos, essa incapacidade não é a prevista no art. 457, § 2º, do CPPM, realizada imediatamente após a captura ou a apresentação voluntária e que trata da isenção do processo.

A incapacidade que isenta do processo está exatamente prevista no art. 457, § 2º, do CPPM, em momento muito bem definido, sendo este o da potencial reinclusão do agente desertor. Portanto, a incapacidade adquirida durante o processo não pode ter por fundamento esse dispositivo. Nessa óptica, qual seria a base legal a ser atraída? Na verdade, nesses casos a explicação volta a ser a mesma, ou seja, a perda da utilidade do processo. O Estado deve incentivar esse incapaz a compor outros setores da mobilização, pois nenhum propósito haverá em compeli-lo à conclusão de um Serviço Militar que não poderá mais cumprir.

Se a condição de militar da ativa (reincluído) fosse necessária apenas para o recebimento da denúncia, então da mesma forma o seria a aptidão do acusado. Inexiste qualquer respaldo para se aplicar diversamente esses dois requisitos legais (aptidão e reinclusão).

A atual corrente vencedora, quando trata da falta da condição de militar da ativa, estabelece o prosseguimento do processo, ainda que o agente civil seja incapaz definitivamente para serviço ativo. Nesse rumo, a atual corrente vencedora, em 11.6.2015, no julgamento da Apelação nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, processou e julgou agente incapaz definitivamente para o Serviço do Exército.

Na forma da atual corrente vencedora, sendo o agente capaz e militar da ativa ao tempo do crime e também no recebimento da denúncia, a perda posterior de quaisquer dessas condições (incapaz e civil) não representa óbice para o prosseguimento do processo.

Para a corrente vencida, inclusive para o STF, quando o agente, praça sem estabilidade, adquire incapacidade para o serviço ativo durante o andamento do processo, a solução é a mesma dada para o licenciado e para o réu civil trânsfuga (sobrestamento), ou seja, não prosseguir o feito.

Assim como a perda da condição de militar da ativa, superveniente ao recebimento da denúncia, justifica a falta de condição de prosseguibilidade, a incapacidade do agente, detectada em outra inspe-

ção de saúde e após a aptidão quando de sua reinclusão, arrasta o processo também à extinção.

Observe-se que a incapacidade superveniente, após o recebimento da denúncia, iguala-se, quanto à classificação de falta de condição de prosseguibilidade, com as situações de civil licenciado (extinção do processo) ou de civil trânsfuga (sobrestamento do feito).

O art. 457, § 2º, do CPPM trata da avaliação de saúde por ocasião da reinclusão do agente, sem nenhuma serventia para, legalmente, respaldar eventual incapacidade superveniente ao recebimento da denúncia, ou seja, verificada após a instauração do processo.

Deve-se detectar que há: civil considerado incapaz no momento das medidas administrativas dirigidas à potencial reinclusão, quando é isento do processo – art. 457, § 2º, do CPPM; militar incapaz durante o andamento do feito; e o civil licenciado que apresenta a sua incapacidade antes ou depois de seu julgamento. O que prende todos esses casos à mesma solução é o fato de inexistir utilidade nesses processos, pois nada adiantará ao Estado compeli-los a integralizar um Serviço Militar impossível de ser cumprido. Não se pode dizer que todos esses agentes tornam-se isentos do processo com base no art. 457, § 2º, do CPPM, pois esse dispositivo embasa apenas a incapacidade adquirida no momento da reinclusão, não abrangendo aquelas diagnosticadas durante o andamento do feito.

Qual seria a justificativa para diferenciar o inapto por ocasião do recebimento da denúncia, sendo este isento do processo, daquele que se torna incapaz durante o processo? O fato de ter previsão expressa para o primeiro no art. 457, § 2º, do CPPM, não explica tratá-los, sob a óptica do tempo do crime, de forma diversa. Logo, os incapazes para o Serviço Militar, na reinclusão, se igualam aos assim diagnosticados em qualquer outro momento processual. Na verdade, isso será explicado pela ausência de utilidade para o Serviço Militar, seja qual for o momento em que a incapacidade tenha sido adquirida.

O civil incapaz no momento da reinclusão será isento do processo – art. 457, § 2º, do CPPM. Por sua vez, o militar incapaz durante o andamento do feito e o civil licenciado que apresenta a sua incapacidade antes ou depois de seu julgamento não podem ser regidos pela "sorte penal". No CPPM, como se verá no item "LEGISLAÇÃO", há solução apenas para a primeira hipótese. A segunda e a terceira são regidas pelo

Estatuto dos Militares, pela LSM e pelo RLSM. Fosse apenas pelos dogmas associados ao tempo do crime, sendo aptos e da ativa quando da prática da deserção, esses acusados poderiam ser processados e julgados, mesmo estando nas referidas situações.

Essa situação denota bem o princípio da utilidade no crime de deserção, pois, mesmo que o agente ao tempo do crime e do recebimento da denúncia seja da ativa e capaz, a incapacidade superveniente, do militar durante o processo ou mesmo do civil licenciado, retira a utilidade e o aproveitamento para o Serviço Militar e à Reserva Mobilizável.

Por exemplo, em casos de deserções sucessivas, quando a 1ª, 2ª, 3ª e 4ª estivessem muito próximas, ocorreria, na visão proposta pela atual corrente vencedora, incongruência se nas três primeiras fosse o agente (apto em inspeção de saúde) processado e julgado e apenas na 4ª (incapaz definitivamente para o Serviço Militar) isento do processo. Embora tenha sido considerado incapaz no quarto processo, os três primeiros prosseguiriam? Nesse quarto processo, seria isento, enquanto nos três primeiros, ainda em curso, poderia ser condenado, embora incapaz na inspeção de saúde da 4ª deserção? A corrente hoje vencedora, em 4.4.2013, no julgamento da Apelação nº 32-46.2010.7.03.0303/RS, entendeu que os três primeiros processos deveriam prosseguir, mesmo sendo incapaz o agente civil.

Na visão da corrente vencida, faltaria a utilidade dos três primeiros processos, pois nenhum deles poderia ter como base a isenção prevista no art. 457, § 2º, do CPPM, dispositivo este apenas relativo ao 4º processo.

Quando há incapacidade do agente, isso não se limita ao procedimento em curso, mas sim redunda efeitos para o Serviço Militar, este visto como bem indivisível. Por essa razão, o acusado fica isento de todos os processos, os quais podem ser vários e divisíveis, enquanto o Serviço Militar é único e indivisível. Nesses termos, se há isenção para um ou alguns processos, todos serão atingidos, porque não se poderá retomar o Serviço Militar, independentemente de o agente, ao tempo do crime das deserções anteriores, tiver sido considerado apto.

No trato entre oficiais e praças sem estabilidade desertores, não se poderia criar desproporção, pois aqueles nunca são julgados à revelia. A Denúncia contra o oficial é recebida, aguardando-se a sua captura ou apresentação – art. 454, §§ 2º e 4º, do CPPM (alterado pela Lei nº

8.236/91, que revogou, tacitamente, segmentos do art. 128 do Estatuto dos Militares/1980).

O oficial e as praças com estabilidade são agregados, não deixando de serem militares mesmo enquanto foragidos. Não recebem remuneração durante a situação de trânsfuga, mas são militares durante esse período, por isso a inspeção de saúde para eles não é exigida.

O Oficial e a praça com estabilidade, independentemente de suas capacidades laborais após a reversão, são processados e julgados, tanto assim que os arts. 456, § 4º, e 457, §§ 2º e 3º, ambos do CPMM, sequer exigem a inspeção de saúde para esse universo. Por sua vez, para a praça sem estabilidade, a exigência da inspeção de saúde, repise-se, está prevista no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM.

A inspeção de saúde dos oficiais e de praças estáveis não interfere na condição de militar, por isso, quando apresentados ou capturados, ao invés de reincluídos, são revertidos. Sendo estáveis ou oficiais, as suas carreiras têm amplo conceito, englobando vários detalhes morais e funcionais, nesse rol, o respeito para com o Serviço Militar. Eventual deserção cometida por eles tem repercussão muito mais nociva do que em relação à praça sem estabilidade. Aliás, continuam sendo da ativa para que respondam pelos regulamentos disciplinares e por eventuais crimes militares cometidos nessa condição.

Nesses termos, não se admite que o Estado seja mais benevolente logo com quem tem responsabilidade imensamente maior – oficiais e praças com estabilidade.

Ressalta-se que, prevalecendo a atual corrente vencedora, até mesmo no contexto de único processo por apenas uma deserção praticada pelo agente (apto na sua reinclusão), sendo considerado incapaz após o recebimento da Denúncia (durante o processo) poderia, mesmo assim, ser condenado. Isso seria desconexo à luz do que foi explanado, em especial no tocante à utilidade dessa eventual decisão.

Condenação à revelia

No tocante à revelia, processando e julgando um civil (ex-Sd), que cometeu apenas uma deserção, ele poderia ser condenado, contudo sem o Estado saber de sua real situação de saúde no momento desse julgamento – se incapaz temporária, definitivamente ou apto –, algo de utilidade e de consistência questionáveis. O assunto tem relevância por-

que a atual corrente vencedora preconiza o processo e o julgamento do trânsfuga desertor, ou seja, do civil revel.

Inclusive, afirmar que eventual incompatibilidade entre o julgamento à revelia e a incapacidade superveniente adquirida pelo agente, praça sem estabilidade, após o licenciamento (neste momento considerado apto), seria resolvida mediante Revisão Criminal, foca-se em prevenção geral e especial exagerada, sem justa causa.

Fruto do erro judiciário suportado (condenar um incapaz), a condenação à revelia de réu civil teria o potencial até mesmo de ensejar pedidos de indenizações ao Estado. Isso porque teria sido condenado nas penas do art. 187 do CPM e, concomitantemente, em alguma fase do processo, desprezada eventual incapacidade temporária ou definitiva.

Suponha-se que desertores (um condenado à revelia e o outro após o seu licenciamento) apresentem inspeções de saúde (supervenientes ao ato de licenciamento ou de revelia), demonstrando a sua incapacidade para o Serviço Militar. Por que não deveríamos tratá-los do mesmo modo que o militar diagnosticado incapaz durante o processo ou o civil incapaz no momento de sua potencial reinclusão, esta prevista no art. 457, § 2º, do CPPM? Qual a justificativa para não se isentar todos eles? Como dito, não se pode igualar a incapacidade superveniente à constatada no momento da potencial reinclusão – art. 457, § 2º, do CPPM –, pois diferem no tempo. A superveniente não está prevista naquele dispositivo. Logo, vê-se que o princípio da utilidade é aplicado a todos esses casos, incluído o de revelia, sendo isentos do processo. Mas, para a atual corrente vencedora, como se verificou, por exemplo, nas Apelações nº 32-46.2010.7.03.0303/RS e Apelação nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, o incapaz civil deve ser processado e julgado, mesmo nessas condições.

A atual corrente vencedora, repise-se, em sede da Apelação nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, sustentou que o civil, incapaz definitivamente para o Serviço Militar, mesmo assim deveria ser processado e julgado. Contudo, o próprio STF, desde 8.2.2000, manifesta-se de forma contrária à óptica da atual corrente vencedora, como se pode ver na Decisão seguinte:

> *"DESERÇÃO – **INCAPACIDADE DEFINITIVA** – CONSEQUÊNCIA. **Uma vez verificada a incapacidade definitiva do desertor, fica ele isento do processo** (...), **devendo o fato ser levado em conta ainda que se esteja em fase recursal** (...).*

> *ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,* ***por unanimidade de votos****, em deferir o* habeas corpus*, nos termos do voto do Relator*." (HC nº 79.531-5 – RJ RELATOR: MIN. **MARCO AURÉLIO, COATOR**: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, **8.2.2000**) (grifei).

Ademais, se a atual corrente vencedora admite julgar e processar o civil, mesmo à revelia, por deserção, então, por coerência, da mesma forma assim se comportará diante dos crimes de insubmissão. Ou seja, se o civil (insubmisso) fosse incluído – art. 463, § 2°, do CPPM – e desertasse logo após, poderia, na visão da atual corrente vencedora, independentemente de ser condenado ou absolvido (deserção), ser processado e julgado, também à revelia por ambos os crimes, logo, também pela insubmissão.

Observe-se que o princípio da utilidade é aplicável também ao crime de insubmissão. Para ser processado e julgado pelo crime de insubmissão, o agente deve ser incluído e mantido como militar da ativa ao longo do processo, ou seja, ser aproveitável (verificar a presença da tipicidade material) para o Serviço Militar, não bastando ter praticado as elementares do tipo penal previsto no art. 183 do CPM (tipicidade formal).

Do *sursis*

Adotada a atual corrente vencedora, sério impasse será criado no tocante à aplicação do *sursis* da pena. Os arts. 88, inciso II, alínea "a", do CPM e 617, inciso II, alínea "a", do CPPM expressamente vedam a suspensão condicional da pena nos crimes de deserção.

A jurisprudência do STM, ultimamente, tem admitido o *sursis* da pena, mesmo diante das vedações acima, quando o agente é civil.

Esses dispositivos são constitucionais, conforme o entendimento do Pleno do STF que, em **22.5.2014**, assim se manifestou no julgamento do HC n° 119.567:

> *"Decisão: O Tribunal,* ***por maioria****, indeferiu o* habeas corpus *e* ***entendeu recebida pela Constituição de 1988 a alínea 'a' do inciso II do art. 88 do Código Penal Militar e a alínea 'a' do inciso II do art. 617 do Código Processo Penal Militar****, vencidos os Ministros Dias Toffoli (Relator), Rosa Weber,*

Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente). Cassada a liminar concedida. ***Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso****. Falou pelo paciente o Dr. Antônio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal. Plenário, 22.05.2014."* (grifei).

Como a corrente vencedora neste processo concedeu *sursis*, haverá réus civis por deserção cumprindo *sursis* na JMU e outros militares, por ainda estarem na ativa, até mesmo como engajados, cumprindo a pena de prisão. Observe-se que, na mesma OM e turma de incorporação, dois companheiros, um ainda soldado e outro licenciado, terão tratamentos totalmente diversos no tocante ao cumprimento da pena do crime "mais militar" da história castrense – a deserção.

Dessa forma, o condenado buscará, com maior ímpeto, o seu licenciamento antecipado junto à Justiça Federal Comum, isso no intuito de escapar do cumprimento de pena como militar da ativa, bem como da necessária integralização da formação castrense.

Sendo condenado ao final como civil, inexistirá efeito prático, pois crime propriamente militar não gera reincidência – art. 64, inciso II, do CP Comum. Não cumprirá pena em estabelecimento civil, podendo o Juízo de Execução aplicar os dispositivos da legislação processual penal comum, inclusive o *sursis*.

Deve-se alertar que, admitida a aplicação do *sursis* nos crimes de deserção, os dispositivos julgados constitucionais pelo STF poderão ser amortecidos no futuro, estendendo-se essa possibilidade para todos os demais tipos penais com vedação expressa (arts. 88, inciso II, alínea "a", do CPM e 617, inciso II, alínea "a", do CPPM) à concessão do referido benefício.

Das provas

Outro problema atinente ao julgamento de deserções sucessivas diz respeito à apuração de provas. É frequente haver desertores que cometem nova deserção logo após a sua reinclusão e o recebimento da denúncia, retornando imediatamente à condição de civil.

A outra corrente tem afirmado que a reinclusão seria apenas para verificar se está "*acobertado por alguma causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, encontrar-se acometido de doença grave ou, mesmo, ter falecido"*. (Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301/RJ – Declaração de Voto) ou "*tem por único objetivo oportunizar à Administração Militar verificar se*

aquele que foi considerado desertor (...) não tenha falecido" (Apelação nº 32-46.2010.7.03.0303/RS – Declaração de Voto). Contudo, isso poderia ser realizado, mesmo não sendo reincluído, mediante diligências do encarregado pela IPD ou pelo Juízo competente.

Nesses casos, não seria prudente dar continuidade à APM contra o civil, mas sim sobrestá-la como o faz a corrente vencida, pois a utilidade de eventual condenação apenas poderia ser aferida depois de esclarecidos os motivos de ordem moral para a prática, em tese, do crime, bem como seria aferida de forma responsável a aptidão do agente para o Serviço Militar.

Para o Estado não interessa julgar sem antes embasar, detalhadamente, os fundamentos de sua decisão – art. 93, inciso IX, da CF/1988. Para se compelir ao cumprimento do Serviço Militar e à composição da Reserva, o decreto condenatório ou absolutório deve considerar a realidade moral e confirmar a aptidão do acusado para o Serviço Militar.

Conforme a situação, o Estado poderá, depois de ter condenado o acusado à revelia, concluir não apenas pela sua inaptidão (moral ou física) para o Serviço Militar, mas também torná-lo adverso a qualquer esforço nacional de Mobilização. Logo, o fiel da balança para sobrestar tais APM reside, além de conferir fidedignidade às decisões, na falta de utilidade de eventual condenação.

Mas, mesmo diante de tantos argumentos, para a atual corrente vencedora, nenhum problema há em se condenar o civil à revelia por deserção.

O "tempo de serviço militar" do desertor

Para a atual corrente vencedora, quando for capturado ou apresentado voluntariamente, exige-se, para o processo e o julgamento, tão somente e como condição de procedibilidade para o recebimento da denúncia, a reinclusão do agente (apto e militar da ativa).

Na óptica vencedora, quando o acusado, sem estabilidade, completar, em regra, 1 (um) ano de serviço ativo, levanta-se, indevidamente, a possibilidade de ser licenciado por término do seu compromisso constitucional.

Entretanto, como se verá adiante, há descompasso entre o cumprimento do SMI e a expressão "tempo de serviço militar" do desertor. O próprio agente criminoso altera o seu programa de instrução, o qual será

remodelado no tempo e no tocante aos meios, monitores e instrutores. Por exemplo, se o desertor estiver na condição de trânsfuga por ocasião da instrução de tiro do canhão 90 mm de dotação de carro de combate, somente muito tempo depois essa onerosa aula/instrução poderá ser reestruturada, ministrada e recuperada, tudo devido à própria conduta delitiva do acusado.

Logo, o normal tempo de Serviço Militar Inicial, caso seja alterado pelo próprio agente, passa a não ser simplesmente de 12 (doze) meses corridos. Esse detalhe didático não difere da realidade de cursos acadêmicos das mais diversas faculdades. O aluno que se ausenta por um semestre deverá esperar toda a programação novamente para recuperar determinados pontos da matéria, e não pleitear na Justiça Federal Comum certificado de curso constando aulas não assistidas.

Quando o assunto é a Defesa e a Mobilização nacionais, o tema torna-se ainda mais sensível, exigindo toda técnica e cuidado, às vezes não observados por leigos no campo das ciências militares.

A demora em relação ao trânsito em julgado dos processos não pode ser resolvida à custa da desconstrução dos Sistemas de Serviço Militar e de Mobilização, muito bem idealizados pelo zeloso legislador de outrora e que foram encorpados pela CF/1988.

Notadamente, licenciamentos prematuros desse gênero deixam em dúvida o nível de instrução alcançado pelo militar, pois, pelas circunstâncias, dificilmente teria atendido o mínimo padrão necessário.

Excepcionalidades surgem, por exemplo, nas hipóteses em que há cometimento de deserção no seu interregno. Sobre o tempo de Serviço Militar, os arts. 135 a 137 do Estatuto dos Militares (LO nº 6.880, de 1980) dispõem que:

> *"Art. 135. Na apuração do tempo de serviço militar, será feita distinção entre:*
>
> *I - tempo de efetivo serviço; e*
>
> *II - anos de serviço.*
>
> *Art. 136. Tempo de efetivo serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de ingresso e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento em conseqüência da exclusão do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.*

> *(...)*
>
> *Art. 137. 'Anos de serviço' é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo:*
>
> *(...)*
>
> *c) passado como desertor;*
>
> *(...)*
>
> *e) decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena, quando, então, o tempo correspondente ao período da pena será computado apenas para fins de indicação para a quota compulsória e o que dele exceder, para todos os efeitos, caso as condições estipuladas na sentença não o impeçam."* (grifos nossos).

Nesses moldes, o tempo de SMI não fica adstrito, peremptoriamente, ao período de 12 (doze) meses, sendo que o prematuro licenciamento de réus desertores, ainda não prontos para compor a Defesa Nacional, carece de respaldo legal.

Do sobrestamento

Adotando-se a atual corrente vencedora, poderemos verificar a situação de juízes-auditores e de ministros sobrestando processos e de outros pondo em mesa para julgamento, algo com o potencial de gerar decisões conflitantes, inclusive destinadas aos integrantes de mesma OM.

Sendo a deserção crime propriamente militar, diferindo dos demais de mesma natureza, faz-se necessário, desde a instauração do processo, que o agente mantenha a condição de militar da ativa. A propósito, tal exigência não fica adstrita aos primórdios da APM, pois se estende a todo interregno do processo, bem como à eventual fase de execução de pena, detalhe este que o próprio STF ressalta.

Se o desertor (1ª deserção) for reincluído (apto e militar da ativa, portanto satisfazendo as condições de procedibilidade – art. 457, § 2º, do CPPM), e logo após o recebimento da denúncia (1ª deserção) praticar novo crime (2ª deserção), nenhuma prova será apurada. Nessa situação, não há outra solução senão sobrestar o processo.

A falta de condição de militar da ativa no crime de deserção, seja qual for o motivo, resulta em prejudicial à procedibilidade e à prosseguibilidade da APM. A compreensão do tema, conforme acima exposto, coaduna-se a recentes posicionamentos deste Tribunal. Segue a transcrição de precedentes do STM:

> *"EMENTA: APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. CRIME DE DESERÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOTÍCIA DE CONCESSÃO DE INDULTO AO APELANTE E DE QUE ESSE PRATICOU NOVA DESERÇÃO. COLOCAÇÃO DOS AUTOS EM PAUTA DE JULGAMENTO ANTES DA DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA DO MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO ARGUIDA DE OFÍCIO. ACOLHIMENTO. I -* ***Conforme precedente desta Corte, não se admite a colocação em pauta de processo de desertor foragido enquanto não definida a sua situação administrativa*** *(Correição Parcial nº 1-91.1990.7.05.0005/PR). II -* ***Acolhe-se a preliminar, arguida de ofício, de sobrestamento do feito, por falta de condição de prosseguibilidade, até a captura ou apresentação voluntária do desertor****. Preliminar de sobrestamento acolhida. Decisão majoritária."* (STM. Apelação nº 55-96.2011.7.09.0009/MS. Ministro Revisor e Relator para o acórdão Dr. José Coêlho Ferreira. Julg.: 22.3.2012. Public.: DJe de 30.4.2012). (grifei).

> *"Ementa: Correição Parcial - Impossibilidade de colocação em pauta de processo de desertor foragido. Permanência dos autos em cartório até a captura ou apresentação voluntária. I- Preliminar de não conhecimento do pedido de Correição Parcial rejeitada por decisão majoritária. II- No mérito: a)* ***Decisão do Conselho Permanente de Justiça que coloca em pauta processo de deserção suspenso por nova deserção constituiu*** **error in procedendo,** ***uma vez que os autos devem permanecer em cartório até a captura ou apresentação voluntária do desertor.*** *b) Constitui* error in procedendo *a aplicação da regra geral da prescrição do art. 125 do CPM quando o desertor está foragido, sendo o cânon aplicado o do art. 132 do mesmo Diploma Legal. c) Pedido Correicional conhecido e deferido para desconstituir-se a Decisão questionada, determinando-se o retorno dos autos à Auditoria de origem para aguardarem a captura ou a apresentação voluntária do desertor. III- Decisão unânime."* (STM. Correição Parcial Nº 1-91.1990.7.05.0005/PR. Re-

lator Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Julg.: 2.12.2011. Public.: DJe de 15.2.2012). (grifei).

"EMENTA: Correição Parcial. É prescindível a presença do advogado para sustentar todo requerimento por escrito por ele protocolado diante do Conselho, sendo lícito, desde que fundamente por escrito a decisão e presentes os seus membros, analisar e julgar os requerimentos elaborados pelas partes sem que estes sejam intimados para a sessão, como ocorre no juízo criminal comum. A exclusão do militar ausente injustificadamente por mais de oito dias não implica em licenciamento da Força, mas sujeita-o à prisão e a processo por deserção, tudo em conformidade com a norma constitucional vigente. ***Estando em curso o processo de deserção e incorrendo o militar em nova ausência delituosa, o feito ficará suspenso até que o acusado venha a ser reincluído****. Precedentes. Indeferida a Correição Parcial. Unânime."* (STM. Correição Parcial nº 182-64.2011.7.08.0008/PA. Relator Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres. Julg.: 24.4.2012. Public.: DJe de 18.5.2012). (grifei).

No processo penal relativo ao delito de deserção, diferentemente dos demais ilícitos propriamente militares, há finalidade implícita que se traduz em utilidade para o Serviço Militar, bem jurídico tutelado na hipótese. Nesse caso, o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral representada pela condenação do desertor.

Nos demais crimes propriamente militares (por exemplo, o art. 195 do CPM – abandono de posto), o acusado, ao tempo em que responde à APM, participa, normalmente, da instrução castrense. Não sendo desertor, inexiste período de trânsfuga. Logo, o agente continuará em sua OM e conforme a normal programação do SMI, sem prejuízos significativos ao seu integral cumprimento.

Ao chegar ao final do SMI, não se tratando de crime de deserção, será excluído do serviço ativo e incluído na Reserva, pois terá integralizado todas as etapas de instrução, mas continuará respondendo, na condição de civil, ao processo instaurado pelo crime propriamente militar.

No caso de deserção, pretende-se com o processo, transitado em julgado e sentença executada, que o agente, sem estabilidade, retorne à atividade de ensino militar obrigatório e permaneça funcionalmente nas Forças Armadas para obter, conforme a programação do SMI, a peculiar

instrução castrense e a qualificação compatível aos misteres das Armas, assegurando a sua inclusão na Reserva Mobilizável.

Portanto, a questão imbrica-se com a formação de uma reserva mobilizável das Forças Armadas. De cada integrante da Força exige-se, individualmente, qualificação satisfatória e compromisso pessoal em relação à nação brasileira e aos seus mais caros valores de patriotismo.

Nesse contexto, para se condenar o acusado pelo crime de deserção, é necessário conhecer os exatos motivos de ordem física e moral de sua conduta, algo somente possível se mantida a sua condição de militar da ativa durante todo o processo.

Como dito, se há uma segunda deserção, logo após a reinclusão, a juntada de provas restará muito prejudicada. Durante a ausência do acusado civil, não se teria qualquer certeza sobre a sua aptidão de saúde para o Serviço Militar.

Durante o sobrestamento, por exemplo, o desertor pode estar fisicamente deficiente, como pela perda de um membro. Adotada a tese da atual corrente vencedora, o acusado civil estaria sendo condenado por deserção, sem qualquer utilidade para o Sistema de Mobilização, tipo penal que tem a finalidade de compelir apenas os agentes aproveitáveis ao cumprimento do Serviço Militar.

Aliás, nas situações graves de Mobilização, estando o agente incapaz, melhor é concitá-lo ao esforço de guerra, em outro setor da zona de interior, do que condená-lo sem nenhuma finalidade, em nítido desincentivo no tocante à Mobilização.

Note-se que a prescrição incidente em deserções anteriores, foco de preocupação para quem se debruça na impunidade, é, em suma, responsabilidade do Estado, o qual não pode recuperar sua omissão condenando acusados civis à revelia, podendo, até mesmo, estarem incapazes para o Serviço Militar. Ao Estado (mediante urbanização das cidades, inclusão social e inteligência policial) impõem-se as providências para encontrar os criminosos e vencer os prazos prescricionais.

Para o Estado, na busca do cumprimento do Serviço Militar, lhe interessa a condenação de desertores, mas isso apenas em segundo plano. Isso ocorre porque a principal finalidade da tipificação do crime de deserção é reprimir a sua prática numa prevenção geral e especial, mas, também, fazer cumprir a finalidade do SMI – formar as reservas mobilizáveis para as Forças Armadas.

Se algumas das deserções sucessivas praticadas pelo agente civil correm o risco de prescrever, melhor do que criar tese para condená-lo à revelia seria focar no último processo e, após a sua captura ou apresentação, recuperá-lo física, técnica e moralmente para ser mobilizável em eventuais necessidades do Estado, seja em tempo de paz ou de guerra. Frise-se, numa sequência de deserções, mais importante do que a condenação por todas, embora isso seja indisponível e devido, é manter o foco no adestramento e na recuperação do militar ainda capaz de voltar restabelecido às Forças Armadas.

No campo da deserção, o legislador, entre pesos e medidas, fez prevalecer a condição de prosseguibilidade, com base na falta de utilidade de eventual condenação à revelia do civil trânsfuga, devendo, nessas hipóteses, ser sobrestado o feito.

IV – A LEGISLAÇÃO

No tocante à legislação, por questão de ordem e ao contrário do argumentado em Plenário pela corrente vencedora, ressalta-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010 – não estabelece qualquer valorização, prevalência ou diferença entre leis penais, processuais ou administrativas, tampouco se utiliza dessa nomenclatura. Enfim, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Constituição Federal/1988, no seu art. 59, prevê como leis tão somente as complementares (LC), as ordinárias (LO) e as delegadas (LD).

Da mesma forma, não cabe dizer que as LO, referentes à LSM e ao Estatuto dos Militares, dizem respeito a outro ordenamento jurídico. Todas (LSM, E-1, CPM, CPPM e LOJM etc.) integram o mesmo ordenamento jurídico, ou seja, o brasileiro.

Logo, a LSM, o Estatuto de Militares, o CPM e o CPPM, por exemplo, são LO recepcionadas pelo CF/1988. Assim, não há que falar em prevalência do CPM e do CPPM sobre as demais LO, devendo interpretá-las, conforme a LINDB, de forma sistêmica. Nessa hermenêutica, ressalta-se que pode haver dispositivos revogados tácita ou expressamente, valendo, no tocante ao direito temporal e para dirimir dúvida, a aplicação da LINDB.

Mesmo analisando texto específico de uma determinada LO, deve-se considerar que há dispositivos genéricos e outros especiais, e estes

poderão afastar a aplicação daqueles. Nesses aspectos, transcreve-se trecho pertinente da LINDB – Lei nº 12.376/2010:

> *"Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.*
>
> *§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.*
>
> *Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*
>
> *§ 1º* ***A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.***
>
> ***§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.***
>
> *§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."* (grifei).

Por exemplo, o art. 31, § 3º, da LSM determina a expulsão por condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso, mas, no tocante à deserção, há outros dispositivos especiais que afastam essa norma genérica:

> *"Art. 31. O serviço ativo das Fôrças Armadas será interrompido:*
>
> *a) pela anulação da incorporação;*
>
> *b) pela desincorporação;*
>
> *c) pela expulsão;*
>
> *d) pela deserção.*
>
> *§ 1º A anulação da incorporação ocorrerá em qualquer época, nos casos em que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionados com a seleção em condições fixadas na regulamentação da presente Lei.*
>
> *§ 2º A desincorporação ocorrerá:*
>
> *a) por moléstia em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos*

ou não, hipótese em que será excluído e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei;

b) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação, obedecidas as disposições de regulamentação da presente Lei;

c) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; - o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar;

d) por condenação irrecorrível, resultante de prática de crime comum de caráter culposo; o incorporado nessas condições será excluído, entregue à autoridade civil competente e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei.

§ 3º A expulsão, ocorrerá:

a) por condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso;

b) pela prática de ato contra a moral pública, pundonor militar ou falta grave que, na forma da Lei ou de Regulamentos Militares, caracterize seu autor como indigno de pertencer às Fôrças Armadas;

c) pelo ingresso no mau comportamento contumaz, de forma a tornar-se inconveniente à disciplina e à permanência nas fileiras.

§ 4º O incorporado que responder a processo no Fôro Comum será apresentado à autoridade competente que o requisitar e dela ficará à disposição, em xadrez de organização militar, no caso de prisão preventiva. Após passada em julgado a sentença condenatória, será entregue à autoridade competente.

§ 5º O incorporado que responder a processo no Fôro Militar permanecerá na sua unidade, mesmo, como excedente." (grifei).

Fosse possível sempre essa expulsão, então os arredios à Defesa Nacional teriam encontrado a forma mais confortável para não empunhar armas em prol da segurança do país. Por isso, a condição de militar da ativa, durante o processo, julgamento e execução de pena pelo crime de deserção são essenciais para a integralização do SMI e até que se conheça a verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado – o Serviço e o Dever militares.

Há outro detalhe importante nessa matéria, qual seja não confundir o licenciamento com a desincorporação. O primeiro, em regra, é

ato discricionário da Administração e o segundo vinculado. Frequentemente ambos são tratados como sinônimos, causando sérios danos à hermenêutica do tema.

Note-se que o art. 94 do Estatuto dos Militares posicionou a desincorporação e o licenciamento em incisos diversos e, nos seus arts. 121 e 124, esclarece que o primeiro pode ser discricionário e o segundo é vinculado:

> *"Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos:*
> *I - transferência para a reserva remunerada;*
> *II - reforma;*
> *III - demissão;*
> *IV - perda de posto e patente;*
> ***V - licenciamento;***
> *VI - anulação de incorporação;*
> ***VII - desincorporação;***
> *VIII - a bem da disciplina;*
> *IX - deserção;*
> *X - falecimento; e*
> *XI - extravio.*
> *Art. 121. O licenciamento do serviço ativo se efetua:*
> *I - **a pedido**; e*
> *(...)*
> *Art. 124. A anulação de incorporação e a desincorporação da praça resultam na **interrupção do serviço militar com a consequente exclusão do serviço ativo**.*
> *Parágrafo único. A legislação que trata do serviço militar estabelece os casos em que **haverá anulação de incorporação ou desincorporação da praça**."* (grifo nosso).

O Decreto nº 57.654 (RLSM), de 20.1.1966 – Regulamenta a Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375, de 17.8.1964), retificada pela Lei nº 4.754, de 18.8.1965 –, estabelece:

> *"Art. 3° Para os efeitos dêste Regulamento são estabelecidos os seguintes conceitos e definições:*
> *(...)*
> *9) **desincorporação** - **Ato de exclusão** da praça do serviço ativo de uma Fôrça Armada:*

> *a) **antes de completar** o tempo do Serviço Militar inicial, **ressalvados os casos de anulação de incorporação, expulsão e deserção**. Poderá haver inclusão na reserva, se realizadas as condições mínimas de instrução, exceto quanto aos casos de isenção por incapacidade física ou mental definitiva;*
>
> *(...)*
>
> *24) **Licenciamento** - Ato de exclusão da praça do serviço ativo de uma Fôrça Armada, após o término do tempo de Serviço Militar inicial, com a sua inclusão na reserva. (...)"* (grifo nosso).

Mesmo no caso da desincorporação, ato vinculado e diverso do licenciamento, o RLSM preocupou-se em regrar a situação dos desertores arrimos e daqueles com mais de trinta anos. Observe-se o art. 140 do Decreto nº 57.654/66:

> *"Art. 140. A desincorporação ocorrerá:*
>
> *5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou*
>
> *§ 5º No caso do nº 5 dêste artigo, o insubmisso ou desertor será desincorporado e excluído, quando:*
>
> *1) tenha adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou deserção, e depois de absolvido ou do cumprimento da pena. Fará jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, conforme o grau de instrução alcançado; ou*
>
> *2) tenha mais de 30 (trinta) anos de idade e desde que haja sido absolvido, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acôrdo com o grau de instrução alcançado. Se, contudo, condenado, após o cumprimento da pena prestará o Serviço Militar inicial, na forma do parágrafo único do art. 80, dêste Regulamento (sic)".* (grifo nosso).

Ao contrário do que alega a atual corrente vencedora, verifica-se que, mesmo no caso de desincorporação (ato vinculado), por ser arrimo após o crime ou ter o agente mais de trinta anos, o RLSM exige, antes de sua exclusão do serviço ativo, que o processo seja concluído, com a absolvição ou o cumprimento de pena.

Note-se, o RLSM exige a manutenção no serviço ativo do militar que adquiriu a condição de arrimo após o crime ou tenha mais de trinta anos e, se condenado, até o cumprimento de pena (fase de execução). **Logo, se assim exige dos arrimos, naturalmente que a norma não é mais benevolente em relação àqueles sem tal ônus social, devendo**

também o universo dos demais desertores (não arrimos) permanecer na ativa até o término de eventual execução de pena.

Sendo assim, qual seria a finalidade desse dispositivo? O art. 140, nos itens "5), § 5º, 1) e 2)", do RLSM visa apenas resguardar, no caso da condição de arrimo adquirida pelo acusado após o crime ou de agente com mais de trinta anos absolvido, o tipo de certificado ao qual fará jus, diminuindo, mas não retirando, o espectro de discricionariedade da Administração Militar, fruto da condição social envolvida nessas hipóteses.

Para essas situações (situação de arrimo adquirida pelo acusado após a conduta ou agente com mais de trinta anos), o RLSM estabelece a entrega do certificado de reservista conforme o grau de instrução adquirido ou mesmo de dispensa de incorporação.

Os demais réus desertores (aqueles que não adquiriram a condição de arrimo após o crime, nem têm mais de trinta anos) deverão cumprir integralmente o SMI, com permanência na ativa ao longo de todo o processo, inclusive na fase execução de pena, destacando-se que, diferentemente do art. 140, nos itens "5), § 5º, 1) e 2)", do RLSM, a Administração Militar terá amplo espectro de discricionariedade quanto à concessão do certificado, quando serão considerados, após o trânsito em julgado da APM, aspectos de ordem moral.

Deve-se alertar que, mesmo sendo o agente declarado arrimo de família, essa situação não conduz, por si só, ao estado de necessidade. Os requisitos para ser declarado arrimo de família são de ordem administrativa e não coincidem frente aos do estado de necessidade *exculpante*, este pertence ao ramo público do Direito Penal Militar.

Nos demais casos de desincorporação, como, por exemplo, devido a problemas de saúde ou por ter adquirido a condição de arrimo antes da prática do crime de deserção, o militar será excluído da Força Armada respectiva, havendo motivos fatais (ato vinculado) para isso e previstos na LSM e no RLSM. Falta a utilidade nesses casos, pois o agente não mais poderá compor o serviço ativo das Forças Armadas, mas apenas a Mobilização Nacional em outro esforço civil da zona de interior.

No ponto acima referido, observe-se a LSM:

> *"Art. 31. O serviço ativo das Fôrças Armadas será interrompido:*
>
> *a) pela anulação da incorporação;*
>
> *b) pela* ***desincorporação****;*

c) pela expulsão;

d) pela deserção.

(...)

§ 2º A desincorporação ocorrerá:

a) por moléstia em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, hipótese em que será excluído e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei;

b) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação, obedecidas as disposições de regulamentação da presente Lei;

c) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; - o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar;

d) por condenação irrecorrível, resultante de prática de crime comum de caráter culposo; o incorporado nessas condições será excluído, entregue à autoridade civil competente e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei.".

Por sua vez, ressalta-se o RLSM:

Art. 140. A desincorporação ocorrerá:

1) por moléstia, em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, durante a prestação do Serviço Militar inicial;

2) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar;

3) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação;

4) por condenação irrecorrível, resultante da prática de crime comum de caráter culposo;

5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou

6) por moléstia ou acidente, que torne o incorporado temporariamente incapaz para o Serviço Militar, só podendo ser recuperado a longo prazo.

(...)".

Sobre a prorrogação do SMI, a Lei nº 4.375/64 – LSM – dispõe, em seu art. 33, que:

> *"Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação dêsse tempo, uma ou mais vêzes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Fôrça Armada interessada."* (grifo nosso).

A prorrogação somente poderá ser efetivada se requerida pelo militar. Contudo, caso tenha praticado o crime de deserção, mesmo sem solicitar a prorrogação, permanecerá na condição de militar durante todo o processo, a fim de completar o SMI, sendo vedada a sua inclusão na Reserva antes do término da fase de execução de pena.

Logo, quando o agente deserta e após é reincluído, deve permanecer na ativa durante todo o processo, até a execução integral da pena. Essa situação não tem qualquer relação com a prorrogação do Serviço Militar. Trata-se, na verdade, de observar dispositivos de LO que determinam a permanência na ativa do agente, até o conhecimento dos reais motivos e do grau de ofensividade da conduta (aspectos morais). Isso somente é possível, à luz do princípio da presunção de inocência, com o trânsito em julgado da APM, quando a Administração castrense poderá definir, no tocante ao Serviço Militar, a adequada solução: complementação ou exclusão do serviço ativo.

Pelo estudo da legislação, embora a jurisprudência do STM e do STF tenha batizado o tema de "condição de prosseguibilidade", claro está que essa expressão reflete o previsto nas LO correlatas.

Nesses termos, a obrigação de se manter o agente desertor na ativa ao longo de todo o processo está prevista em LO, tais como, por exemplo, no Estatuto dos Militares, na LSM e, também, no RLSM.

Observem-se as LO nesse sentido, as quais devem ser lidas de forma sistêmica com o CPM e com o CPPM e, conforme a LINDB, sem qualquer prevalência hierárquica nesse conjunto, resultando na mais pura e equilibrada hermenêutica relativa ao Serviço Militar.

O Serviço Militar é mandamento constitucional, conforme o art. 143 da CF/1988:

> *"(...) Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.*
>
> *§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o*

decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. (...)".

A Lei nº 8.239, de 4.10.1991 – Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal e trata da prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório –, dispõe que:

> *"Art. 2º O Serviço Militar inicial tem por finalidade a formação de* ***reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas*** *no que se refere aos encargos relacionados com a* ***defesa nacional****, em caso de mobilização."* (grifo nosso).

O art. 2º da Lei nº 8.239, de 4.10.1991, evidencia a importância do Serviço Militar para a formação da Reserva e para eventual Mobilização Nacional.

Nesse sentido, resta cristalina a necessidade de os desertores, por mais problemáticos que sejam, concluírem o Serviço Militar e permanecerem na ativa até que se conheça a real ofensa a esses Sistemas. Ou seja, a sociedade não dispensa e necessita integralizar a formação também dos desertores moralmente aproveitáveis.

A Lei nº 4.375, de 17.8.1964 – Lei do Serviço Militar –, fixa que:

> *"(...) Art. 1º O Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Fôrças Armadas – Exército, Marinha e Aeronáutica – e compreenderá, na* ***mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional****.*
>
> *Art. 31. O serviço ativo das Fôrças Armadas será* ***interrompido****:*
>
> *a) pela anulação da incorporação;*
>
> *b) pela desincorporação;*
>
> *c) pela expulsão;*
>
> ***d) pela deserção.****"* (grifo nosso).

A deserção é o único motivo de interrupção no qual o Serviço Militar é retomado após a captura ou apresentação voluntária do agente.

O Decreto n° 57.654, de 20.1.1966 (RLSM), estabelece:

> *"Art. 10. Na mobilização, o Serviço Militar abrangerá a prestação de serviços:*
>
> *(...)*
>
> *2) decorrentes das necessidades militares, correspondentes aos* ***encargos de mobilização*** *(...)*

> *Art. 80. Os insubmissos e desertores, quando se apresentarem ou forem capturados, serão obrigatoriamente* ***incorporados ou reincluídos, se julgados aptos para o Serviço Militar, em inspeção de saúde****. A incorporação ou reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar para que haviam sido anteriormente designados.*
>
> *Parágrafo único. Os absolvidos nos processos e os condenados que tenham cumprido pena* ***completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial****, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do Art. 140, dêste Regulamento. (...)*
>
> *Art. 138. O serviço ativo das Forças Armadas será interrompido:*
>
> *1) pela anulação da incorporação;*
>
> *2) pela desincorporação;*
>
> *3) pela expulsão;*
>
> *4)* ***pela deserção.*** *(...)*
>
> *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 neste Capítulo."* (grifos nossos).

Fruto da deserção, o agente, após a sua reinclusão, deverá completar ou prestar o Serviço Militar. Logo, o Serviço Militar desse desertor pode não corresponder a 12 (doze) meses, pois o período de ausência interfere diretamente no programa de instrução da OM. Repise-se que esse transtorno para a Administração Militar é provocado pelo próprio desertor, o qual desorganiza e afeta o normal andamento de sua formação militar.

Por sua vez, a Lei nº 6.880, de 9.12.1980, – Dispõe sobre o Estatuto dos Militares – também LO, como o CPM e o CPPM, assim dispõe:

> *"(...) Art. 82. militar será agregado quando for afastado temporariamente do serviço ativo por motivo de:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - como desertor, ter-se apresentado voluntariamente, ou ter sido capturado, e reincluído* ***a fim de se ver processar****; (...)*
>
> *(...) Art. 128. A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar (...) ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.*

> *(...)*
>
> *§ 3º O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido (...) excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir,* ***agregado para se ver processar****. (...)"* (grifo nosso).

Portanto, essa LO, ou seja, o Estatuto dos Militares, expressamente ordena a permanência do desertor na ativa durante o processo, reproduzindo, exatamente, a jurisprudência histórica do STF. Não haveria sentido em agregar o militar para se ver processar, podendo logo após ser excluído do serviço ativo.

Suponha-se que a deserção ocorra faltando apenas 15 (quinze) dias para o licenciamento. Apresentando-se um mês depois da deserção e sendo agregado para se ver processar, esse agente poderia, na sequência imediata, ser licenciado porque o seu tempo de Serviço Militar obrigatório de 12 (doze) meses havia sido cumprido? A resposta naturalmente é negativa. Se o agente pudesse ser licenciado tão logo concluísse o Serviço Militar, a ordem legal de ser agregado para se ver processar seria desprezada. Quando ordena a agregação para se ver processar, isso inclui até mesmo a fase de execução da pena, aspecto este destacado pela jurisprudência do STF.

Assim, no concerto das LO transcritas, nenhuma dúvida remanesce no sentido da necessária aplicação da condição de prosseguibilidade aos processos instaurados para apurar crimes de deserção.

V – A JURISPRUDÊNCIA

No tocante à jurisprudência, vê-se que, à exceção da corrente vencedora, o STF, o TRF 1 e o TRF 3 têm decisões alinhadas à vencida.

Do STM

O Pleno do STM, em especial desde a edição da Súmula 12 em 1997 e até julgados muito recentes, sempre considerou necessária a presença da comentada condição de prosseguibilidade para a continuidade da APM.

Observem-se, espaçadas no tempo, decisões do STM nesse sentido:

> *"EMENTA: Apelação. Crime de Deserção. Acusado licenciado das fileiras do Exército.* Habeas Corpus. *Concessão de ofí-*

cio. Trancamento da Ação Penal Militar. ***A qualidade de militar da ativa é condição de procedibilidade nos crimes de Deserção. Tendo sido o Acusado licenciado das fileiras do Exército, encontra-se o feito irremediavelmente prejudicado.*** *Não conhecimento do Apelo. Concessão, de ofício, de* Habeas Corpus *para trancar a Ação Penal Militar, determinando-se o seu arquivamento.* ***Decisão unânime****."* (STM. Apelação nº 46-37.2011.7.09.0009/MS. Relator Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos. Revisor Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Julg.: 17.5.2012. Julg.: DJe de **18.6.2012**). (grifei).

"EMENTA: APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. 1. A qualidade de militar da ativa deve estar presente não só para o início, como durante todo o processo instaurado por crime de deserção, subsumindo em verdadeira condição de procedibilidade e de prosseguibilidade. ***2. Sendo o Acusado licenciado das fileiras do Exército (...) readquirindo a qualidade de civil, dá-se a impossibilidade de prosseguimento da ação penal, devendo ser de plano arquivado o feito. Preliminar de ofício de não conhecimento do recurso por ausência de condição de prosseguibilidade acolhida****.* ***Decisão unânime****."* (STM – Apelação nº 255-25.2011.7.01.0301/RJ – Min. Relator Artur Vidigal de Oliveira – Data de Julgamento: 13.6.2012 – Data da Publicação **29.6.2012**). (grifei).

"EMENTA: Apelação. Deserção. Preliminar. Perda da condição de militar. Recurso prejudicado. Preliminar de ausência de condição essencial ao prosseguimento do exercício da Ação Penal. A norma incriminadora contida no art. 187, associada ao art. 22, ambos do CPM, dispõe que a deserção é delito cuja autoria somente poderá recair sobre militar da ativa. ***O delito de deserção exige a reinclusão do militar no serviço ativo da Força, como condição especial da ação penal. Essa condição deve estar presente no momento da instauração do processo e durante todo o seu curso, de modo que o feito reúna imprescindíveis condições de procedibilidade ou prosseguibilidade, no tocante à pessoa do agente passivo.*** *O Acusado, no momento em que foi licenciado das fileiras do Exército, perdeu o* status *de militar, comprometendo, irremediavelmente, o desenvolvimento do presente feito, pois, ao passar à situação de civil,*

ele perdeu a legitimidade passiva, deixando de ser parte na relação processual penal militar. Prejudicado o presente recurso ministerial por carecer de condição essencial de prosseguibilidade da Ação Penal. Preliminar acolhida. ***Decisão unânime****."* (STM – Apelação nº 98-40.2011.7.02.0102/SP – Min. Relator Raymundo Nonato de Cerqueira Filho – Data de Julgamento: 30.8.2012 – Data da Publicação **20.9.2012**). (grifei).

"Ementa: APELAÇÃO. DEFESA. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. LICENCIAMENTO DO MILITAR DO SERVIÇO ATIVO. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ACOLHIDA. RECURSO PREJUDICADO. MAIORIA. ***O licenciamento do serviço ativo de militar respondendo a processo de deserção constitui ausência superveniente de pressuposto de admissibilidade, ensejando a perda do objeto do presente recurso****. Acolhida a preliminar de não conhecimento do feito por falta da condição de procedibilidade para o prosseguimento do feito, conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal Militar.* ***Decisão unânime****"*. (STM. Apelação nº 7-16.2012.7.01.0401/RJ. Relator Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Revisor Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Julg.: 8.5.2013. Public.: DJe de **22.5.2013**). (grifei).

"Apelação. Crime de Deserção. Condição de Procedibilidade. Inconformismo do MPM diante da absolvição de Réu denunciado como incurso nas penas do delito de Deserção. ***Preliminar suscitada pela PGJM no sentido do não conhecimento do Apelo, por perda do requisito de procedibilidade da própria Ação Penal. O Acusado foi licenciado das fileiras do Exército, o que é suficiente para subtrair-lhe a indispensável condição de ser militar da ativa para figurar no polo passivo da demanda****. Feito irremediavelmente prejudicado, em face da supressão de uma das suas condições de procedibilidade, qual seja, a de ostentar o Réu a qualidade de militar da ativa. Acolhimento da Preliminar. Não conhecimento do Apelo.* ***Decisão majoritária****."* (STM – Apelação nº 44-56.2012.7.05.0005/PR – Min. Relator Luis Carlos Gomes Mattos – Data de Julgamento: 13.8.2013 – Data da Publicação **2.9.2013**). (grifei).

"DESERÇÃO. ART. 187 DO CPM. APELO DEFENSIVO. APELANTE LICENCIADO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL. ***FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE***. HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO. Apelante licenciado das fileiras do Exército por determinação judicial do TRF da 4ª Região, em sede liminar, mantida por Sentença de mérito, após renúncia de prazos, tanto pela AGU quanto pelo MPF.* ***O licenciamento é ato administrativo que esta Justiça Castrense não pode modificar, e afeta casos como o dos autos, pois, nos termos do art. 457, §§ 2º e 3º, do CPPM, para que haja condições de prosseguibilidade do processo, quando se trata de crime de deserção****, o acusado necessita estar apto e reintegrado ao serviço militar. E nos termos da Súmula nº 12 do STM, a qualidade de militar da ativa constitui condição de procedibilidade para a* persecutio criminis. *Apelo Defensivo prejudicado por falta de condição de prosseguibilidade para a ação penal, em face da condição de civil do Acusado, com a concessão de* habeas corpus *de ofício para anular a condenação e determinar o arquivamento do feito, conforme reiterada jurisprudência do STM.* ***Maioria***." (STM – Apelação nº 69-57.2011.7.03.0103/RS – Min. Relator Artur Vidigal de Oliveira – Data de Julgamento: 12.2.2014 – Data da Publicação **28.2.2014**). (grifei).

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL IN *EMBARGOS INFRINGENTES. DESERÇÃO. ABSOLVIÇÃO. LICENCIAMENTO DO ACUSADO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE.* ***Segundo a inteligência do art. 457, § 2º, do CPPM, é indispensável ao regular curso da ação penal militar o acusado pelo crime de deserção ostentar a condição de militar da ativa, do contrário será isento do processo. Logo, a superveniência de licenciamento da Força faz do denunciado pela prática de deserção um cidadão do povo, suprimindo-lhe o*** **status** ***de militar, o que impede o processamento de eventual recurso, em face de absoluta impossibilidade jurídica do pedido (carência de ação)****. Embargos infringentes rejeitados por falta de condição de prosseguibilidade. Agravo regimental desprovido.* ***Decisão por maioria****."* (STM. Agravo Regimental nº 40-63.2008.7.01.0201/DF. Relator Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos. Julg.: 18.3.2014. Public.: DJe de **9.4.2014**). (grifei).

"Ementa: APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). PROCESSO EM CURSO NA 2ª INSTÂNCIA. ACUSADO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR PELO LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO DO EXÉRCITO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE SUPERVENIENTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO E ARQUIVAMENTO DO FEITO ***. Informação aportada aos autos, oriundas do Juízo*** **a quo** ***, noticiando que o Apelante não ostenta mais o*** **status** ***de militar, em face de licenciamento por término do serviço militar obrigatório. Impõe-se a extinção do processo pela falta de condição de procedibilidade da ação penal. A condição de militar do Acusado é indispensável para a persecução penal no crime de deserção. Precedentes nesse sentido.*** *Preliminar de não conhecimento do Recurso acolhida e concedido, de ofício,* habeas corpus *para trancar a Ação Penal Militar por falta de justa causa, determinando-se o seu arquivamento.* ***Decisão majoritária****."* (STM. Apelação nº 91-93.2013.7.05.0005/PR. Relator Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes. Revisor Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira. Julg.: 7.5.2014. Public.: DJe de **20.5.2014**). (grifei).

"DESINCORPORAÇÃO DO MILITAR. ARGUIÇÃO, DE OFÍCIO, DE NÃO CONHECIMENTO. ***AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL MILITAR****. FALTA DO PRESSUPOSTO SUBJETIVO PARA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA A CAUSA E PARA O PROCESSO. CONCESSÃO DE* HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL MILITAR.* ***I - A simples verificação de que o apelante foi desincorporado das fileiras do Exército Brasileiro suprime a condição de procedibilidade da ação penal militar, mesmo estando em trâmite recurso de apelação nesta Instância superior****. II - Acolhe-se a preliminar de não conhecimento do Apelo defensivo, tendo em vista a ausência superveniente do pressuposto subjetivo para admissibilidade do recurso, ensejando inclusive a perda do objeto da Apelação por ilegitimidade de parte, haja vista que o apelante passou a ostentar o* status *de civil. III - Concede-se* habeas corpus *de ofício, para trancar a ação penal militar, com fundamento nos arts. 466 e 467, alínea 'c', tudo do CPPM, por falta de justa causa. Preliminar de não conhecimento acolhida e trancamento da ação penal militar por* habeas corpus *de ofício.* ***Decisão majori-***

> ***tária***." (STM – Apelação nº 172-60.2012.7.12.0012/AM – Min. Relator José Coêlho Ferreira – Data de Julgamento: 22.4.2015 – Data da Publicação **19.5.2015**). (grifei).

Deve-se destacar que, recentemente, em 24.3.2015, o Pleno do STM confirmou a aplicação da condição de prosseguibilidade devido ao licenciamento do acusado, em meio ao exato período de debates entre as duas correntes – Apelação nº 34-59.2013.7.12.0012/AM. Foi reconhecida a falta de condição de prosseguibilidade devido ao licenciamento do acusado, ou seja, por mera aplicação da Súmula 12 do STM. Esse caso é o mais clássico a dividir as duas correntes. Isso explica a importância e a sua complexidade do tema. Observe-se a Ementa do referido julgamento:

> *"Ementa: APELAÇÃO. DESERÇÃO. PRELIMINAR. LICENCIAMENTO.* STATUS *DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.* HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO.* ***O licenciamento definitivo de militar, no curso de processo em que responde pelo crime de deserção, prejudica a prosseguibilidade da*** **persecutio criminis.** *Preliminar acolhida, ensejando a concessão de* Habeas Corpus *de ofício, para anular a sentença penal condenatória recorrida e determinar o arquivamento do feito.* ***Decisão majoritária***." (STM. Apelação nº 34-59.2013.7.12.0012/AM. Relator Min. Alte Esq **Álvaro Luiz Pinto**. Julg.: **24.3.2015**. Public.: DJe de **13.4.2015**). (grifei).

À evidência, no tocante ao delito em análise, a condição de militar assume indispensável requisito não só para a instauração da APM, como, de modo mais amplo, para a "persecutio criminis" até o seu término.

Ademais, o enunciado nº 12 da Súmula do STM estabelece:

> *"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."*.

Os arestos que deram sustentáculo à edição do citado enunciado foram os seguintes: Apelação nº 47.495-7/RJ, Apelação nº 47.424-4/RJ, HC nº 32.966-8/PR, HC nº 33.069-0/RJ, HC nº 33.129-8/RJ e Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ. Os precedentes abrangem circunstâncias diversificadas, dentre os quais se destaca caso de negativa de prosseguimento da

APM, porquanto o desertor não fora reincluído às fileiras da Força por incapacidade física definitiva (HC nº 1993.01.032.966-8/PR), enquanto outro dá conta de nulidade do processo, em razão de ter sido julgado após sua exclusão do Serviço Ativo Militar, em decorrência da prática de novo crime (Apelação nº 1995.01.047424-4/RJ).

Extrai-se do verbete sumular ser a qualidade de militar condição essencial para a "persecutio criminis". Uma vez perdida a relação funcional, não remanesce interesse em recompor a violação contra o serviço e os deveres militares. Afinal, tal qualidade constitui condição de prosseguibilidade para o processo penal, não podendo o recorrente permanecer no polo passivo da relação processual sem o seu atendimento.

Destaco que o surgimento da atual corrente vencedora ocorreu em 2012, quando foi trazida, ao conhecimento do STM, a posição do STJ ao julgar o RHC nº 24.607. Desde então, esse Acórdão do STJ foi citado nos votos da corrente vencedora e nas Petições iniciais das referidas ACP. Entretanto, como já abordado, o STF, em 29.6.2010, reformou totalmente a referida Decisão do STJ (HC 103.254/PR – Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma – Min. Relator CELSO DE MELLO – Data de Julgamento: 29/06/2010 – Data da Publicação: 13.4.2011. COATOR: RELATOR DO RHC Nº 24.607 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão unânime.).

Do STF

Apesar de o tema, recentemente, encontrar-se subdividido em duas correntes no STM, verifica-se que ambas as Turmas do STF têm aplicado a condição de prosseguibilidade.

O STF, no caso da praça sem estabilidade, também detecta o perigo de se processar e julgar civil pelo crime de deserção, podendo, inclusive, encontrar-se incapaz para o serviço ativo de sua Força Armada.

Mas, no julgamento da Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301/RJ, em 11.12.2012, e em outras oportunidades, a atual corrente vencedora tem apresentado a seguinte Decisão do STF, como supedâneo aos seus fundamentos:

> ***"INFORMATIVO Nº 525*** *...* ***TÍTULO*** *Deserção e Condição de Militar ...* ***PROCESSO*** *HC-94367 ... A Turma indeferiu* habeas corpus *impetrado em favor de militar, em que se pleiteava a extinção ou o arquivamento de instrução provisória contra*

ele instaurada, a fim de que não fosse preso sem que houvesse ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente. Alegava-se, em suma, que o paciente fora excluído das Forças Armadas e, portanto, seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da instrução provisória de deserção. Ademais, pela mesma razão, não mais lhe seria aplicável a ressalva contida na parte final do inciso LXI do art. 5º da CF ('ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.'). Asseverou-se que o crime de deserção atribuído ao paciente fora praticado quando este, ainda, ostentava a condição de militar. Destarte, tal circunstância permitiria tanto a instauração de instrução provisória de deserção quanto a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial, conforme a ressalva do aludido dispositivo. ***Salientou-se, ademais, que a instrução provisória de deserção não se confunde com a ação penal, sendo certo que a condição de militar obsta apenas o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, o início da ação penal*** *(CPPM, art. 457, § 3º)".* (HC 94367/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, **21.10.2008**) (grifei).

No entanto, deve-se advertir que a redação realizada no Informativo n° 525 não reflete a Ementa do referido julgado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *DESERÇÃO. DESERTOR EXCLUÍDO DO SERVIÇO MILITAR.* ***INSTAURAÇÃO DE INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO*** *E PRISÃO INDEPENDENTEMENTE DE ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. A prática do crime de deserção quando o paciente ainda ostentava a qualidade de militar autoriza a instauração de instrução provisória de deserção, assim como a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial (art. 5º, LXI, da Constituição). A exclusão do desertor do serviço militar obsta apenas o ajuizamento da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º), que não se confunde com a instauração de instrução provisória de deserção.* ***Ademais, mesmo a ação penal poderá ser ajuizada após a recaptura ou apresentação espontânea do paciente, quando então este será reincluído nas Forças Armadas, salvo se considerado inapto depois de submetido à inspeção de saúde (CPPM, art. 457, § 1º)****. Ordem denegada. Decisão unâni-*

> *me."* (HC 94.367 / RJ - Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: **21.10.2008,** Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação **6.2.2009**) (grifei).

Realmente, a Instrução Provisória de Deserção (IPD) não é sobrestada pela exclusão do agente, pois a APM não se confunde com essa peça inquisitória em sede administrativa e semelhante ao IPM.

Constata-se que, por simples leitura, os trechos em negrito (Informativo e Ementa) não conferem entre si.

Para afastar qualquer dúvida sobre a posição da Segunda Turma do STF, transcreve-se, sobre o mesmo Aresto, parte da fundamentação redigida no referido HC nº 94.367. A intenção foi dizer que a falta da condição de militar da ativa não obsta o andamento da IPD, mas apenas o oferecimento da denúncia e o início da ação penal ficariam prejudicados enquanto trânsfuga o agente. O foco estava na análise da IPD e não no prosseguimento do processo, pois este, como a fase ainda era administrativa, sequer existia na data desse julgamento. Seguem os trechos pertinentes do Voto do Relator Min. Dr. JOAQUIM BARBOSA no julgamento do HC n° 94.367 :

> *"(...) Ademais, como bem anotou a Procuradoria-Geral da República,* ***a instrução provisória de deserção não se confunde com a ação penal****, sendo certo que a condição de militar obsta apenas o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, o início da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º),* ***não impedindo, por outro lado, a instauração do prévio procedimento de instrução provisória****. (...)"* (grifei).

Deve-se admitir, também, que, para dirimir qualquer dúvida quanto à posição do Relator Min. Dr. JOAQUIM BARBOSA no HC nº 94.367, basta examinar como votou noutros processos. Conclui-se pelo seu íntegro alinhamento à corrente ora vencida. Dessa forma, por exemplo, nos HC nº 79.531, 90.672, 90.838 e 115.754, estes três últimos votados após o julgamento do HC nº 94.367.

Extrai-se de Acórdãos do STF a posição fundamentada no sentido de ser a condição de militar elemento estruturante do delito de deserção e que a sua ausência repercute no processamento da APM, inviabilizando o prosseguimento da persecução penal. Impede, inclusive, a execução de sanção porventura imposta a desertor, quando o agente passe, durante essa fase, a ostentar a qualidade pessoal de civil.

Nesse contexto, apenas para ilustrar, seguem alguns dos tantos julgados do STF sobre a presente questão:

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *Processo penal militar. Deserção (art. 187 do Código Penal Militar). Incapacidade para o serviço militar. Causa preexistente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Extinção da punibilidade. I – Com o reconhecimento da incapacidade 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.*** *II – Ordem concedida."* **(Decisão unânime. HC 90.672/SP –** Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma –** Min. Relator **JOAQUIM BARBOSA – Data de Julgamento: 3.2.2009 – Data da Publicação:** 20.3.2009**).** (grifei).

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO.* ***PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA.*** *1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército,* ***que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação****. 2. Ordem concedida."* (Decisão por maioria. **HC 90.838/SP –** Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma** – Min. Relator **CÁRMEN LÚCIA – Data de Julgamento: 14/10/2008 – Data da Publicação:** 22/05/2009) (Observação: a PGR se posicionou no sentido de que *"o paciente passou à condição de civil, ocorrendo assim a superveniente perda do* status *de militar, o que impõe o trancamento da ação penal")* (grifei).

> *"EMENTA: 'HABEAS CORPUS' – POLICIAL MILITAR – CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) – DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL –* ***ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURA-***

ÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOUTRINA – CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO *– INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL –* ***EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL*** *INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO."* **(Decisão unânime.** HC 103.254/PR **–** Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma –** Min. Relator **CELSO DE MELLO – Data de Julgamento: 29/06/2010 – Data da Publicação:** 13.4.2011 COATOR: RELATOR DO RHC Nº 24.607 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (grifei).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR.* ***DESERÇÃO****. PACIENTE CONDENADO PELA JUSTIÇA CASTRENSE POR DUAS VEZES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DO PROLONGAMENTO ILEGAL DO SERVIÇO MILITAR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. SOLTURA DO PACIENTE. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprovam, nos autos, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. Expedido alvará de soltura em decorrência de decisão proferida no julgamento de apelação criminal, fica prejudicado, no ponto, o presente* habeas corpus*. 3.* ***É inviável a desincorporação de praça não estável que esteja 'sub judice', o que justifica o prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar****. Precedentes. 4. Ordem parcialmente prejudicada e, na parte conhecida, denegada."* (**Decisão unânime.** HC 99.445/RS **–** Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma** – Min. Relatora **CÁRMEN LÚCIA – Data de Julgamento: 28.9.2010 – Data da Publicação: 24.5.2011).** (grifei).

"Ementa: HABEAS CORPUS. *PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR).* ***LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA****. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.* ***I – Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a quali-***

dade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. *Precedentes. II – Ordem concedida de ofício."* (**Decisão unânime.** HC 108.197/PR **–** Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma** – Min. Relator **RICARDO LEWANDOWSKI – Data de Julgamento: 13.12.2011 – Data da Publicação:** 15.2.2012**)**. (grifei).

"Decisão: Vistos. Ministério Público Militar interpõe agravo visando impugnar decisão (fl. 189 a 191) que não admitiu recurso extraordinário, assentado em contrariedade ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Insurge-se no apelo extremo contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar no Agravo Regimental nº 222-73.2010.7.05.0005/PR, assim do: 'DESERÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO DA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO CONTRA MONOCRÁTICA DE ***SOBRESTAMENTO DE APELAÇÃO. NOVA DESERÇÃO COMETIDA PELO APELANTE****. ALEGADA VIOLAÇÃO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE APENAS PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. O legislador processual penal castrense estabeleceu uma condição de procedibilidade para o processo de deserção, exigindo a reinclusão do foragido capturado ou que se apresente voluntariamente para a propositura da ação penal. Tal regra encontra-se prevista no art. 457, §§ 1º e 3º, do CPPM, a qual é válida para os processos em grau de recurso, além de convergir como o ordenamento jurídico constitucional vigente. Embora haja entendimentos diversos, o atacado refletiu o pensamento majoritário desta Corte, razão pela qual merece ser mantido. Agravo rejeitado.* ***Decisão unânime****' (fl. 153). (...)* ***A irresignação não merece prosperar.*** *Sobre eventual transgressão ao art. 129, inciso I, da Carta da República, forçoso concluir que a Corte Castrense ao decidir a questão se ateve ao exame da legislação infraconstitucional, notadamente aquelas previstas no Código de Processo Penal Militar. Portanto, a violação, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não enseja recurso extraordinário. (...) (AI nº 696.428 - AgR/SP,* ***Primeira Turma****, DJe de 6/8/10). Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário."* (STF – ARE 674.299/PR – Min. Relator **DIAS TOFFOLI - Data de Julgamento: 27.2.2013** - Data de Publicação: 5.3.2013). (grifei).

> *"Ementa:* HABEAS CORPUS. *PENAL MILITAR. PROCESSO PENAL MILITAR.* ***CORREIÇÃO PARCIAL****. PRAZO DE CINCO DIAS PARA APRESENTAÇÃO. ART. 498, § 1º, DO CPPM. INTEMPESTIVIDADE. CRIME DE DESERÇÃO.* ***AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.*** *ORDEM CONCEDIDA. I - Esta Corte firmou o entendimento de que o prazo para a correição parcial é de cinco dias entre a conclusão dos autos ao juiz-auditor corregedor e o protocolo da representação no Superior Tribunal Militar. Precedentes.* ***II - A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Precedentes.*** *III – Ordem concedida para cassar o acórdão do Superior Tribunal Militar que deferiu a correição parcial e determinar a* ***extinção definitiva da ação penal****."* (**Decisão unânime.** HC 115.754/RJ – Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma** – Min. Relator **RICARDO LEWANDOWSKI** – **Data de Julgamento: 19.3.2013 – Data da Publicação:** 11.4.2013**).** (grifei).

O eminente Ministro do STF Dr. RICARDO LEWANDOWSKI, no julgamento do HC nº 115.754, citou a doutrina de Célio Lobão (*Direito Processual Penal Militar* – 2ª Edição/RJ Forense, 2010, p. 387):

> *"se o desertor (...) perder a qualidade de militar da ativa (...) retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. (...) extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado.*
>
> *Se o desertor (...) perder a qualidade de militar da ativa, requisito indeclinável, para o exercício da pretensão punitiva, falta justa causa para propositura da ação penal, para prosseguimento do processo condenatório ou executório. (...) Irrelevante o motivo determinante da perda da condição de militar da ativa."* (fls. 5/6).

Em sede do HC nº 115.754, assim se manifestou a PGR:

> *"a condição de civil obsta o processamento do feito, em qualquer fase que se encontre, por ausência de justa causa para a ação penal"* (fl. 6).

Prosseguindo, destacam-se as seguintes decisões do 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."* **(Decisão unânime. RHC 83.030/RJ – Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma –** Min. Relatora **ELLEN GRACIE – Data de Julgamento: 10.6.2013 – Data da Publicação:** 1.8.2013). (grifei).

"Agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Superior Tribunal Militar, assim do: 'AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. ***1. Licenciado o militar que responde a processo por crime de deserção, a ação penal é considerada prejudicada, por manifesta perda da condição de procedibilidade, pelo que deve ser determinado o seu arquivamento em definitivo sem renovação, com base na Súmula nº 12 desta Corte.*** *2. O recurso de embargos de declaração que não atende ao pressuposto essencial disposto no art. 542 do CPPM não deve ser conhecido. Agravo Regimental não acolhido.* ***Decisão unânime'****. (fl. 181) No apelo extremo, interposto com base no artigo 102, inciso III, alínea 'a', do permissivo constitucional, sustenta-se que o acórdão recorrido violou o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Em suas razões, o Ministério Público Militar alega que denunciou o recorrido pela suposta prática do crime de deserção, tipificado no art. 187,* caput*, do Código Penal Militar.* ***No entanto, o Juízo do primeiro grau, ao ter notícia do licenciamento do suposto desertor, julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, em razão da ausência da condição de procedibilidade da ação penal.*** *Sustenta-se que o Superior Tribunal Militar, ao manter a decisão extintiva do processo, em razão da perda da qualidade de militar da ativa, violou o princípio da obrigatoriedade e exclusividade da ação penal pública, previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal,* ***porque criou condição de propositura não prevista na legislação processual penal militar.*** *Pugna, finalmente, pela reforma do acórdão e consequente*

prosseguimento da ação penal intentada contra o recorrido. ***(...) É o relatório. Decido. Não assiste razão ao agravante. Verifico que, na espécie, a Corte castrense decidiu a controvérsia de acordo com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Nesse sentido, entre inúmeros precedentes, cito os seguintes: HC 90.838/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 22.5.2009; HC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.8.2003; e HC 108.197/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012, restando este último assim ementado:*** *'*HABEAS CORPUS. *PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar.* ***Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção.*** *Precedentes. II – Ordem concedida de ofício'. Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, II, 'b', do CPC)."* (STF - ARE 705.741/DF - Min. Relator **GILMAR MENDES - Data de Julgamento: 21.2.2013** - Data de Publicação: 26.2.2013). (grifei).

"AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE DESERÇÃO. ***PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DECISÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL.*** *AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra decisão de inadmissão de recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra julgado do Superior Tribunal Militar: 'EMBARGOS INFRINGENTES. MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO.* ***AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PRO-***

CEDIBILIDADE. *RECURSO PREJUDICADO.* ***A condição de militar é pressuposto do prosseguimento da ação penal pelo crime de deserção. O licenciamento do militar do serviço ativo, afeta a sua legitimidade para ocupar o polo passivo da relação processual. Se o Estado-Administração, através da discricionariedade que lhe é peculiar, renunciou ao direito de impor ao soldado que cumpra o serviço militar obrigatório, demonstra a ausência de interesse de que seja preservado o bem jurídico tutelado pela norma que se subsume ao art. 187 do CPM.*** *Embargos rejeitados. Maioria'. 2. O Agravante afirma que o Tribunal de origem teria contrariado o art. 129, inc. I, da Constituição da República. Argumenta que 'o acórdão violou o princípio da obrigatoriedade e exclusividade da ação penal pública, previsto no artigo 129, inciso I, da Lei Maior,* ***ao transformar uma condição de propositura da ação penal em condição de prosseguibilidade*** *[sic] da sua tramitação, sem qualquer amparo legal' (fl. 286). 3. (...)* ***7. Ademais, a decisão recorrida harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, no sentido de que a condição de militar é condição de procedibilidade para processamento do feito no crime de deserção: 'HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício' (HC 108.197, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012). 'EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA. 1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Pro-***

cesso Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação. 2. Ordem concedida' (HC 90.838, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 22.5.2009). No mesmo sentido: HC 90.672, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 19.3.2009; HC 115.754, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.4.2013; HC 103.254, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.4.2011. 8. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, alínea a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).'' (STF - ARE: 788.708/DF - Min. **CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 18.2.2014** - Data de Publicação: 24.2.2014). (grifei).

"Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Erivelton Diogo Sampaio dos Santos contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que deu provimento ao agravo regimental na Apelação 25-50.2012. 7.05.0005. O Ministério Público Militar denunciou o paciente pela suposta prática do delito de deserção, tipificado no art. 187,* caput*, do Código Penal Militar. Em 15.02.2012, o Juízo Castrense da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar recebeu a denúncia. Encerrada a instrução criminal, o magistrado de primeiro grau condenou o paciente, soldado do exército, à pena de 06 (seis) meses de detenção, com o benefício do* sursis *pelo prazo de 02 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade. Em 19.4.2012, foi publicada a sentença, que transitou em julgado para a acusação em 30.4.2012.* ***Em 18.4.2013, tendo em vista nova deserção perpetrada pelo paciente, o Ministro Relator do Superior Tribunal Militar, em sede de apelação, determinou o prosseguimento do feito, uma vez que, anteriormente, havia sido concedido seu sobrestamento até posterior captura ou apresentação voluntária do paciente. Interposto agravo regimental, a decisão anterior foi mantida pelos próprios fundamentos, submetendo o recurso à apreciação do Plenário. Em decisão colegiada, o Superior Tribunal Militar acolheu o agravo, para desconstituir a decisão anterior e determinar o sobrestamento da Apelação até a captura ou***

apresentação voluntária do desertor. *Neste* writ*, a Impetrante alega, em suma, que o Superior Tribunal Militar não se manifestou acerca da prescrição da pretensão punitiva do delito de deserção. Assevera que se trata de matéria de ordem pública, e, portanto, deve ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Argumenta que o paciente nasceu em 05.8.1992, e que, à época dos fatos descritos na exordial (13.02.2012), era menor de 21 (vinte e um) anos de idade. Requer, em medida liminar e no mérito, a declaração da extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e a expedição de salvo conduto a seu favor. É o relatório. Decido. Insurge-se a Impetrante contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que deu provimento ao agravo regimental na Apelação 25-50.2012.7.05.0005. Eis o teor da 'AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. DESERÇÃO. TRÂNSFUGA. RECORRENTE DPU. DE PROSSEGUIMENTO DO CURSO DA APELAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ A CAPTURA OU APRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA. 1. No caso de nova deserção, perde-se a condição de procedibilidade da Ação Penal Militar e, consequentemente, a de prosseguibilidade do Recurso de Apelação, por perda da qualidade de militar, devendo esta ser sobrestada até a captura ou apresentação voluntária do desertor,* ex vi *Súmula nº 12 do STM. 2. AGRAVO REGIMENTAL ACOLHIDO. DECISÃO POR MAIORIA'.* ***Da leitura do ato coator, observo que, em um primeiro exame, foram apresentadas as razões de convencimento da Corte pelo sobrestamento da ação penal militar.*** *(...) Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar."* **(STF - HC 119.641/PR - Min. Relatora ROSA WEBER - Data de Julgamento: 19.11.2013 - Data de Publicação: 4.12.2013).** (grifei).

"Recurso ordinário interposto contra acórdão não unânime do Superior Tribunal Militar, da Relatoria do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, assim do: HABEAS CORPUS. *PACIENTE LICENCIADO POR FORÇA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO PELA JUSTIÇA FEDERAL. PROCESSO DE DESERÇÃO EM CURSO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL. O Impetrante postula em sede liminar o trancamento da Ação Penal em curso. No mérito pede a confirmação da liminar e o arquivamento do feito****. Com***

o cumprimento da medida liminar concedida ao Paciente pela Justiça Federal, ele foi imediatamente licenciado da Força, com a consequente perda da condição de prosseguibilidade da ação penal militar. *Portanto, prudente aguardar o trânsito em julgado da Decisão do Mandado de Segurança, pois, em que pese os efeitos emanados da Decisão liminar serem imediatos, possuem caráter precário. Ordem de* habeas corpus *concedida tão somente para sobrestar a ação penal a que o Paciente responde pelo crime de deserção. Maioria. 2. O Paciente foi denunciado pelo crime de deserção (art. 183 do CPM), por fato praticado em janeiro de 2013. Realizadas diligências, o réu foi capturado e recolhido à prisão no dia 28 de fevereiro de 2013. 3. O Conselho Permanente de Justiça para o Exército decretou a preventiva no dia 15 de abril de 2013. Após 14 dias, foi determinada a expedição de alvará de soltura. 4. O recorrente foi licenciado do serviço ativo do Exército em 29 de agosto de 2013, em decorrência de liminar proferida em Mandado de Segurança. Foi então impetrado* habeas corpus *no Superior Tribunal Militar para o trancamento da ação penal, tendo a Corte Militar concedido parcialmente a ordem para sobrestar a tramitação do processo penal até a decisão definitiva do mandado de segurança. 5. Desse acórdão a Defensoria Pública da União interpôs Recurso Ordinário* Habeas Corpus *em que pleiteia o trancamento da ação penal por entender que, independentemente do trânsito em julgado da decisão proferida em sede de mandado de segurança, o recorrente já ostentaria a condição de civil. Decido.* ***6. Em análise preliminar, observo que a tese sustentada pelo recorrente está alinhada com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (vg HC 115.754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).*** *Contudo, proferida sentença no mandado de segurança determinando a liberação em definitivo do Paciente do serviço militar obrigatório, foi interposto recurso pela Advocacia-Geral da União, ainda pendente de apreciação. (...) (MS 5006236-11.2013.404.7102).”* **(STF - RHC 120.427/RS - Min. Relator ROBERTO BARROSO - Data de Julgamento: 7.5.2014 - Data de Publicação: 13.5.2014).** (grifei).

“Decisão HABEAS CORPUS. *DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO ANTE A INOCORRÊNCIA DA PRÁTICA DE CRIME. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA PELO JUIZ-AUDITOR. DE-*

SARQUIVAMENTO DOS AUTOS MEDIANTE PROCEDIMENTO DE CORREIÇÃO PARCIAL INSTAURADO VIA REPRESENTAÇÃO FORMALIZADA PELO JUIZ-AUDITOR CORREGEDOR. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MAGISTRADO E DE OFENSA À COISA JULGADA, BEM ASSIM DE NÃO RECEPÇÃO ARTIGO 498, ALÍNEA 'a', DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. PRECEDENTE DESTA CORTE NO SENTIDO DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CORREIÇÃO PARCIAL SOMENTE QUANDO SE CUIDAR DE ERROR IN PROCEDENDO. *ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Decisão: Trata-se de* habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar, proferido na Correição Parcial n. 0000221-68.2011.7.11.0011-DF (...) É o relatório. Decido. (...)* In casu*, a decisão proferida pelo Juiz-Auditor, que acolheu a proposição do Ministério Público Militar, tem como fundamento a não concretização, pelo paciente, do tipo previsto no artigo 187 do Código Penal Militar – Crime de Deserção –, e, por isso, não se tem em conta a existência de* error in procedendo*, o que impede o desarquivamento do inquérito policial militar. É dizer, a correição parcial não se presta à correção de eventual* error in judicando. ***Nesse sentido, o parecer do Ministério Público Federal, o qual transcrevo, como reforço argumentativo: No caso não há qualquer* error in procedendo *a ser sanado, encontrando-se a decisão que determinou o arquivamento em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a condição de militar da ativa é condição necessária não só para a consumação do crime de deserção mas, também, para o processo e julgamento do delito e, em caso de condenação, da execução da pena que for imposta, como resulta do art. 457, § 3º, do Código de Processo Penal Militar. Portanto, a perda da condição de militar, em razão da exclusão do paciente do serviço ativo no período de graça (ainda que por erro da administração), impede o prosseguimento da persecução penal, por falta de condição objetiva de procedibilidade. No caso, como bem observou o Ministério Público Militar, não há justa causa para o oferecimento da ação penal, pois o paciente foi excluído um dia antes do término do prazo de ausência injustificada para a consumação do delito (12 de junho de 2011). Em resumo, não mais ostentando o paciente a qualidade de militar, cabe***

> ***concluir que não há 'condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes'. […] Esse também é o entendimento de Célio Lobão: 'na deserção, a qualidade de militar da ativa é condição específica de procedibilidade. Se o desertor perder essa qualidade, passando para inatividade ou retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. A ação penal não será proposta, se o for, extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado.'*** *Ex positis, concedo parcialmente a ordem, para que se restabeleça a decisão que determinou o arquivamento do inquérito policial militar."* (**Decisão por maioria. HC 113.088** / **DF Relator: Min. LUIZ FUX Julgamento: 17.4.2015** PUBLIC 23.4.2015). (grifei).

Assim, o STF não admite que um civil seja processado e julgado pelo crime de deserção. Diante do licenciamento ou a da desincorporação, entende pela extinção do processo sem julgamento de mérito e, da revelia, pelo sobrestamento do feito, nos exatos termos sustentados pela corrente vencida.

Do TRF 1

A matéria relativa ao licenciamento de desertor e à condição de prosseguibilidade foi amplamente abordada no X Encontro de Magistrados da JMU, realizado na capital baiana, em maio de 2014, cujos registros consignam a palestra sobre o assunto.

Naquela oportunidade, foram apresentados os equívocos da Ação Civil Pública (ACP) nº 18725-37.2012.4.01.3400, que tramitou na 1ª Vara Federal do DF.

Nessa ACP (tutela antecipada em 14.5.2012 e Sentença em 12.12. 2012), foi determinado que os Comandos Militares não se abstivessem de desincorporar os militares arrimos de família e de licenciar ou expulsar militares das Forças Armadas, residentes no DF, em face de estarem respondendo a processo de deserção. A parte dispositiva da Sentença ficou assim redigida:

> *"Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC para determinar a ré que se abstenha*

de impedir a desincorporação ao arrimo de família, o licenciamento e a expulsão de militares das Forcas Armadas, residentes no Distrito Federal, tão somente pelo fato de estarem respondendo a processo penal militar por deserção, bem como proceda a entrega do certificado de incorporação de dispensa ou reservista. Mantenho a limitação territorial, nos termos da decisão de fls. 134/140.".

Com efeito, os precedentes do STJ, mencionados na fundamentação daquela Decisão, referem-se a militares estaduais que ostentam a qualidade de profissionais. Por sua vez, o julgado do STM (também expresso na fundamentação) refere-se à situação que, por colagem de trecho isolado, causou distorção da compreensão estabelecida naquele Aresto, transmutando o seu contexto (ficou em descompasso com o que realmente tratava o Acórdão do STJ).

A Sentença da Justiça Federal de 1ª instância, Seção Judiciária do DF, julgou procedente a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400, salientando que o STJ, em decisão proferida em caso semelhante, já havia se manifestado no sentido de ser desnecessária a manutenção do militar nessa condição até o encerramento do processo criminal, sob o fundamento de que a sua posterior exclusão do serviço militar não acarretaria a superveniente ausência de condição de procedibilidade. E apresentou como precedente do STJ a seguinte decisão:

> *"Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM* **HABEAS CORPUS**. *POLICIAL MILITAR. DESERÇÃO. POSTERIOR EXCLUSÃO DAS FILEIRAS MILITARES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.* ***1.*** *Segundo o art. 187 do Código Penal Militar, comete o crime de deserção o militar que se ausentar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias.* ***2.*** *Na hipótese, quando da consumação do delito e do oferecimento da denúncia, o recorrente ostentava a condição de militar, podendo, assim, ser sujeito ativo do crime de deserção.* ***3.*** *A superveniente exclusão das fileiras militares, por fatos diversos, não dá azo ao trancamento da ação penal, sob a alegação de ausência de condição de procedibilidade.* ***4.*** *'A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu quando já estava consumado o crime de deserção. (...) Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito. (...) Não há a alegada falta de justa causa' (Precedente do Superior*

> *Tribunal Militar). **5.** Recurso a que se nega provimento."* (**RHC 24.607/PR** RELATOR: MINISTRO **OG FERNANDES**, Sexta Turma, RECORRENTE: MARCELO RUSSI RECORRIDO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Data do julgamento: 23.3.2010) (grifei).

Contudo, o Juízo de primeira instância da Justiça Feral Comum e o STJ não detectaram que o caso concreto, julgado no RHC n° 24.607, tratava do agente desertor submetido à instauração da IPD, procedimento este administrativo.

Conforme preconizam os regulamentos e as leis, em especial o art. 456, § 4º, do CPPM, o desertor não estável deve ser excluído do serviço ativo, mas isso apenas enquanto não se apresentar ou for capturado. Logo, durante o período em que o agente for trânsfuga (foragido), nada impede o desencadear de providências administrativas, nelas incluída a IPD. Inexistem razões para trancar a IPD, a qual equivale ao IPM ou ao IP, mesmo que o agente desertor ainda esteja na situação de trânsfuga.

Quanto à APM, a situação é bem diversa, pois, instaurado o processo, a condição de militar da ativa, à luz da histórica jurisprudência do STF, é exigida durante todo o feito, incluída a execução de pena.

Nesse exato rumo, o precedente do STM referiu-se à impossibilidade de ser trancada a IPD – fase policial administrativa –, ou seja, tratou-se de agente trânsfuga, foragido, sem qualquer afirmação, nesse sentido, em relação à eventual APM, a qual, naquela ocasião, nem estava em curso. Mas, mesmo assim, essa decisão do STM foi equivocadamente utilizada pelo STJ, no RHC 24.607/PR e na ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400:

> "HABEAS CORPUS – *DESERÇÃO. **TRANCAMENTO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO**. REGULAR LAVRATURA DO TERMO DE DESERÇÃO. EXCLUSÃO DO MILITAR POSTERIOR À CONSUMAÇÃO DA DESERÇÃO. LIMINAR INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Impetração que pede 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 quando já estava consumado o crime de deserção.** 3. **Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito.** 4. **Não há a alegada falta de justa causa**. 5. Denegada a*

> *ordem."* (**STM**, *Habeas Corpus* nº 2005.01.034010-6/RS, DJ de 31.5.2005, Ministro Relator **Flavio Flores da Cunha Bierrenbach**) (grifei).

O efeito indesejado e distorcido sobre o tema é que essa Decisão do eminente Ministro do STJ Dr. Og Fernandes tem sido citada não apenas em sede da referida ACP, mas também em muitas outras ações cíveis propostas perante a Justiça Federal Comum, quando os autores (desertores) pedem o seu prematuro licenciamento das fileiras de sua Força Armada.

Inclusive, no STM, essa Decisão do STJ, por vezes, compõe a argumentação escrita ou oral da atual corrente vencedora, como, por exemplo, no julgamento da Apelação n° 25-46.2012.7.01.0301/RJ, julgada em 11.12.2012.

Além dos aludidos equívocos, a referida Decisão do STJ, na data em que a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF foi proposta (2012), já havia sido reformada pelo STF, mediante a impetração do HC nº 103.254. Para enfatizar o presente aspecto, transcreve-se, novamente, essa Decisão do Pretório Excelso:

> *"EMENTA: 'HABEAS CORPUS' – POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) – DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL –* ***ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOUTRINA – CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO*** *– INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL –* ***EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL*** *INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO."* (**Decisão unânime.** HC 103.254/PR **–** Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma –** Min. Relator **CELSO DE MELLO – Data de Julgamento: 29.6.2010 – Data da Publicação:** 13.4.2011 COATOR: RELATOR DO RHC Nº 24.607 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (grifei).

No julgamento do acima citado HC n° 103.254, o eminente Relator destacou as manifestações do Subprocurador-Geral da República Dr. Edson Oliveira de Almeida e da impetrante, as quais, respectivamente, seguem transcritas:

> *"A condição de militar é necessária não só para a consumação do crime de deserção mas, também, para o processo, julgamento e execução da condenação de praça".* (fls. 6/7).

> *"a falta da condição de militar da ativa nos crimes de deserção e insubmissão, seja qual for a motivação, traz prejuízo à procedibilidade e prosseguibilidade da ação penal militar."* (fl. 4).

Lamenta-se que os apontados equívocos ainda tenham o potencial de influenciar a Justiça Federal Comum e a Militar da União. Contudo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1) julgou improcedente a ACP 18725-37.2012.4.01.3400/DF, mostrando conhecer os interesses de Defesa Nacional envolvidos na questão:

> ***"MILITAR. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO ÀS FORÇAS ARMADAS DE QUE NÃO SE ABSTENHAM DE LICENCIAR PRAÇAS QUE RESPONDEM AÇÕES PENAIS, AO FUNDAMENTO DE QUE O LICENCIAMENTO NÃO É CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. SENTENÇA QUE VIOLA REGRAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES QUE DISPÕEM SOBRE AS FORÇAS ARMADAS, O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E O PROCESSO PENAL MILITAR. SENTENÇA REFORMADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REVOGADA.*** *1. As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, e o serviço militar é obrigatório, nos termos da lei (arts. 142 e 143,* caput*, da Constituição). 2. A lei nº 4.375, 1964 (Lei do Serviço Militar) dispõe que o incorporado que responder a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente; o Decreto nº 57.654, de 1966 (Regulamento da Lei do Serviço Militar), dispõe que ao incorporado não será aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço (art. 145), e que, se tiver adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou a deserção, só depois de absolvido ou do cumprimento da pena, é que poderá ser desincorporado ou excluído do serviço ativo (art. 140, § 5º, nº 1). A Lei nº 6.880, de 1980*

(Estatuto dos Militares) declina que a deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a consequente demissão ex officio*, para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça (art. 128,* caput*), e o § 3º, desse mesmo artigo, que o militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar. 3. Essas prescrições legais e regulamentares afinam-se ao princípio constitucional da disciplina a que se submetem os militares, e à obrigatoriedade da prestação do serviço militar, por isso que o militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, havendo prorrogação do prazo do serviço militar obrigatório, para não frustrar a aplicação da lei penal. 4. A condição de arrimo de família de quem é convocado à prestação do serviço militar é causa de dispensa de incorporação, nos termos do art. 30, alínea 'f', da Lei do Serviço Militar, e também de desincorporação, se adquirida posteriormente essa condição (art. 31, § 2º, alínea 'b', da mesma lei). Porém, a desincorporação é ato da autoridade militar e não pode ser admitido que o próprio militar, invocando essa condição, deserte do serviço, porque isso constitui crime e viola os princípios da hierarquia e da disciplina.* ***5. Para o Supremo Tribunal Federal é inviável a desincorporação de praça não estável que esteja 'sub judice', o que justifica o prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar. Precedentes. (HC nº 99445, relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA), e para o Superior Tribunal Militar 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 (Súmula nº 12). 6. A jurisprudência não é pacífica entre tribunais de competências diversas sobre a prosseguibilidade ou não da ação penal após a exclusão do serviço ativo. A solução adotada pela sentença recorrida tomou partido de uma linha de entendimento jurisprudencial, que não é a do Superior Tribunal Militar, competente para julgar, originariamente ou em grau de recurso, os crimes praticados por militares das Forças Armadas, nem é a do Supremo Tribunal Federal.* ***7. A sentença proferida em Ação Civil Pública que determina às Forças Armadas que se abstenham de negar licenciamento a militar que responde***

> ***ação penal, afronta princípios e regras que regem as Forças Armadas, estimulando a indisciplina e a quebra de hierarquia, pilares sobre os quais são organizadas, e subvertendo o sistema constitucional de distribuição de competências entre os órgãos jurisdicionais, com indevida e determinante interferência da Justiça Federal sobre a Justiça Militar da União, ao alterar a situação jurídica do militar das Forças Armadas ao qual se imputa prática do crime de deserção, e cuja situação de militar da ativa constitui condição não apenas para a instauração da ação penal, mas também para seu prosseguimento, segundo jurisprudência do Superior Tribunal Militar, integrante do ramo do Poder Judiciário competente para ações penais da espécie.*** *8. Embora pareça ter algum conteúdo humanitário, em favor dos militares que venham posteriormente a tornar-se arrimo de família, a sentença finda por invadir território próprio da supremacia estatal de dotar-se de forças militares no interesse nacional, limitando o poder de manutenção dos jovens do sexo masculino na prestação do serviço militar obrigatório, nos termos do art. 143,* caput*, da Constituição, e de aplicar as sanções penais pela deserção dos incorporados às Forças Armadas. 8.* ***Apelação da União a que se dá provimento, para julgar improcedente o pedido da Defensoria Pública da União, e imediata revogação da antecipação de tutela. 9. Apelação da Defensoria Pública da União a que se julga prejudicada e pela qual se pretendia ampliar os efeitos da sentença proferida na ação civil para alcançar potenciais militares que servem em outras unidades da Federação."*** **(ACP 18725372012401340O/DF – TRF 1/1ª Turma – Relator JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA (Juiz Federal convocado) – Data de Julgamento: 26.11.2014).** (grifei).

Nesse Voto, alinhado aos interesses da Defesa e da Mobilização nacionais, estabelecidos na LSM, detectam-se importantes fundamentos:

> *"(...) a determinação de não obstar o licenciamento não tem repercussão meramente civil, mas interfere diretamente na persecução penal, ao alterar a situação jurídica do militar, pois a manutenção ou a reinclusão do militar no serviço ativo, para o processo pelo crime de deserção, encontram-se absolutamente autorizadas em lei (...)"* (fls. 4/7).

> *"(...) a permanência ou reinclusão do militar no serviço ativo, como agregado ou excedente à sua unidade, é exigência legal para o processo penal por crime de deserção. (...)"* (fls. 6/7).
>
> *"(...) o militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal (...)"* (fls. 7/7).

Nesses termos, o TRF 1, em sede dessa ACP, fundamentou que a pretensa liberação de militares desertores, antes do trânsito em julgado do processo e da aplicação de eventual pena, contraria a lei e a jurisprudência, sendo indevida qualquer interferência da Justiça Federal Comum, quanto ao tema, na Especial.

Do TRF 3

A DPU propôs a ACP nº 18827-82.2014.403.6100/SP perante a 13ª Vara Federal de SP, semelhante à analisada ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF. O Juízo da 13ª Vara Federal de SP não concedeu a antecipação de tutela e a DPU agravou. A Decisão do TRF 3 foi a seguinte:

> *"EMENTA: PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MILITAR – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA DPU - DETERMINAÇÃO ÀS FORÇAS ARMADAS EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL DE QUE SE ABSTENHA DE IMPEDIR A DESINCORPORAÇÃO AO ARRIMO DE FAMÍLIA, LICENCIAR PRAÇAS PELO TÉRMINO DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E DE EXPULSAR MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS QUE RESPONDEM A PROCESSO PENAL MILITAR POR CRIME DE DESERÇÃO –* ***PRETENSÃO QUE A PRINCÍPIO VIOLA REGRAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES QUE DISPÕEM SOBRE AS FORÇAS ARMADAS, O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E O PROCESSO PENAL MILITAR*** *– AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO – DECISÃO ORA HOSTILIZADA MANTIDA. 1 – As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, e o serviço militar é obrigatório, nos termos da lei (arts. 142 e 143,* caput*, da Constituição), por isso que, a princípio, a pretensão da DPU/embargante que por força de decisão judicial visa forçar as Forças Armadas a que se abstenham de negar licenciamento a militar pelo término do período obrigatório e a expulsão dos mi-*

litares que respondem a ação penal militar por suposto crime de deserção prevista apenas no CPM – art. 187; afronta princípios e regras que regem as Forças Armadas, estimulando a indisciplina e a quebra de hierarquia, pilares sobre os quais são organizadas. 2 – Além disso, a reforma da decisão recorrida subverte o sistema constitucional de distribuição de competências entre os órgãos jurisdicionais, com acentuada e determinante interferência da Justiça Federal sobre a Justiça Militar da União, ao alterar a situação jurídica do militar ao qual se imputa prática do crime de deserção, e cuja ***situação de militar da ativa constitui condição não apenas para a instauração da ação penal, mas também para seu prosseguimento, segundo jurisprudência do Superior Tribunal Militar, órgão competente para processar e julgar os militares das Forças Armadas, em grau de recurso ou originariamente.*** *3 – A condição de arrimo de família de quem é convocado para a prestação do serviço militar é causa de dispensa de incorporação, nos termos do art. 30, alínea f, da Lei do Serviço Militar, e também de desincorporação, se adquirida posteriormente essa condição (art. 31, § 2º, alínea b, da mesma lei). Porém, a desincorporação é ato da autoridade militar e não pode ser admitido que o próprio militar, invocando essa condição, deserte do serviço, porque isso constitui crime e viola os princípios da hierarquia e da disciplina. A solução, em casos assim, deve ser buscada por outras vias, mesmo as judiciais, mas só depois da desincorporação estará o arrimo de família liberado da obrigação imposta a todos os brasileiros; se a condição de arrimo for adquirida após a deserção, só depois da absolvição ou cumprimento da pena haverá a desincorporação ou exclusão do serviço ativo (art. 140, § 5º, nº 1, do RLSM). 4 – Embora pareça ter cunho humanitário em favor dos militares que venham posteriormente a tornar-se arrimo de família, a concessão da antecipação da tutela nesta fase de cognição sumária, tal como pretendida pela DPU/agravante, acaba por invadir território próprio da supremacia estatal de dotar-se de forças militares no interesse nacional, limitando o poder de manutenção dos jovens do sexo masculino na prestação do serviço militar obrigatório, nos termos do art. 143,* caput*, da Lei Maior, e de aplicar as sanções penais pela prática do delito de deserção dos incorporados às Forças Armadas. 5 – Assim, num primeiro momento, o militar que responde a processo penal* ***não pode ser desincor-***

> ***porado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal, não havendo ilegitimidade ou inconstitucionalidade na prorrogação do prazo do serviço militar obrigatório, e ainda que venha o militar a se tornar arrimo de família só depois de absolvido ou do cumprimento da pena, é que poderá ser desincorporado ou excluído do serviço ativo, conforme comandos do art. 140, § 5º, nº 1, do RLSM.*** *6 – No que tange a pretensão da DPU de que a concessão da liminar em agravo e a sentença definitiva na Ação Civil Pública tenham efeitos para além dos limites da competência territorial do órgão julgador (em todo o território nacional), há recentes julgados do C. STJ no sentido de que faz coisa julgada* erga omnes *nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a nova redação conferida pela Lei nº 9.494/97. 7 – Agravo de instrumento da DPU/agravante a que se nega provimento."* **(Agravo de Instrumento nº 0029908-92.2014.4.03.0000/SP TRF 3ª Região – 2ª Turma – Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO – Julgado em 26.4.2015).** (grifei).

O TRF 3, nos contornos do TRF 1, mostrou-se afeto à magnitude da questão envolvida, que tem consequências marcantes no âmbito da organização administrativa do Serviço Militar, com sérios reflexos na Defesa e na Mobilização nacionais.

A concessão de certificados de reservista é ato essencial nesse contexto, devendo, quanto aos desertores, ser analisada e decidida após o trânsito em julgado dos processos, quando se pode conhecer, detalhadamente, aos supramencionados valores.

Bens jurídicos inerentes à esfera das Forças Armadas e previstos na Lei Penal Militar, para serem efetivamente tutelados, exigem do Estado grande cuidado e apurada técnica quanto ao exato alcance dos valores castrenses. Por isso, há ramo especializado no Poder Judiciário incumbido da competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Portanto, os efeitos das atuais correntes, nesse universo de vetores, necessitam ser detectados.

VI – CONCLUSÃO

Os oficiais desertores são agregados e assim permanecem durante todo o trâmite processual. A denúncia é recebida e o processo sobrestado até a apresentação voluntária ou a captura do agente – art. 454, §§ 3º e 4º,

do CPPM. As praças com estabilidade desertoras são agregadas – art. 456, § 4º, do CPPM – e, após a apresentação voluntária ou a captura, são, imediatamente, revertidas à Força respectiva, a denúncia então é recebida e assim permanecem até o trânsito em julgado do processo e o cumprimento de eventual pena – art. 457, § 3º, do CPPM.

Logo, durante o período de trânsfuga, os desertores oficiais e praças com estabilidade, continuam sendo militares da ativa e, nessa condição, respondem perante os regulamentos disciplinares e o CPM.

Por outro lado, a praça sem estabilidade é excluída ao desertar, tornando-se requisito essencial que, após a sua capturada ou a sua apresentação, readquira o *status* de militar da ativa – art. 457, §§ 1º, 2º e 4º, do CPPM –, igualando-se, no tocante a essa condição, em relação aos demais agentes oficiais e praças com estabilidade. Para isso, impõe-se a sua aptidão para o Serviço Militar em inspeção de saúde. Não se poderia condenar a praça sem estabilidade na condição de civil, pois isso seria desproporcional numa escala de responsabilidade muito bem traçada pelo legislador de outrora. Como se viu, a Lei Penal Militar tratou a praça sem estabilidade desertora, em relação aos oficiais e praças com estabilidade e quantos aos aspectos ora ressaltados, de forma bem específica e devidamente proporcional.

Ademais, há de se considerar o princípio de utilidade no crime de deserção, verdadeira condição da ação, na espécie de interesse em agir do Estado. Em quase todos os crimes propriamente militares (*v.g.* a Insubordinação – art. 166, e o Abandono de Posto – art. 195 do CPM), ninguém questiona que se possa condenar o agente, militar na data dos fatos, mas civil na do julgamento.

Na deserção é diferente. Se a legislação processual e penal militar são especiais em relação à Comum, a concernente à deserção é ainda mais peculiar.

Isso ocorre porque o CPPM, apenas no caso de deserção, exige a aptidão para o Serviço Militar e a presença na ativa do agente não estável. O Estado quer, além da punibilidade, a utilidade da persecução penal acoplada à efetividade administrativa, ou seja, poder exigir do agente, apto em inspeção de saúde, o cumprimento do restante do Serviço Militar.

Os demais crimes propriamente militares não têm esse nexo de dependência em relação ao Serviço Militar. A tipificação do crime de

deserção é mais ampla, não se limita à conduta do agente, exigindo o seu aproveitamento para o Serviço Militar. Essa senda – estar apto para bem cumprir o seu dever constitucional para com o Serviço Militar – inexiste ao se condenar nos demais crimes propriamente militares.

A aptidão e a condição de militar da ativa inexistem por preciosismo do legislador ou do Poder Judiciário, tampouco para ser reduzida, sem explicação plausível, ao momento do recebimento da Denúncia.

O condenado por deserção e sem condições de servir – inapto ou foragido – não induz resultado útil ao Estado. Não haveria qualquer sentido de o CPPM exigir a reinclusão à ativa apenas para receber a Denúncia, e não para o prosseguimento do processo. Fosse assim, então inexistiria nexo em criar norma tão peculiar somente para a deserção, e a sua principal utilidade não teria efeito – o cumprimento do restante do Serviço Militar. O objetivo é bem mais amplo do que se fixar efeitos nesse isolado ato processual – o recebimento da denúncia –, como sustenta a atual corrente vencedora.

Numa visão de utilidade, a aptidão em inspeção de saúde e a presença do desertor sem estabilidade têm por fim tornar exigível a conclusão do Serviço Militar, alcançando a eficiência do Poder Executivo – Forças Armadas. A medida envolve interesse da Defesa e da Mobilização Nacionais.

A finalidade da tipificação do crime de deserção difere dos demais, pois o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral da condenação, havendo requisito mais estratégico do que esse: fazer o agente completar o Serviço Militar e compor a Reserva Mobilizável.

Seguindo-se a corrente tradicional nas referidas ações, pelo menos permanece o termo de deserção que autoriza a captura, até o limite da idade – art. 132 do CPM –; evita-se a condenação de réus civis à revelia, sem conhecer as respectivas aptidões para o Serviço Militar; o agente fica impedido de obter o certificado, o qual atesta o cumprimento das obrigações constitucionais, incluídos outros direitos decorrentes; a prescrição da pretensão executória não ganha espaço; e, ao ser submetido a processo, ainda poderá cumprir pena.

Ademais, se o mandado de busca contiver longa data, isso servirá de meio coativo aos demais jovens ao observarem que, mesmo decorridos anos, o trânsfuga pode ser preso para cumprir o seu dever, sem que o Estado suporte a indesejada prescrição da pretensão executória.

Essa opção do legislador e da jurisprudência, consolidada no STF, tem sentido, pois se encaixa perfeitamente aos momentos cruciais de Mobilização. O Estado não pode, mesmo sem estar em guerra, dispender meios processando e julgando civis inaptos para o Serviço Militar ou os possuidores de Certificado de Reservista. Pelo contrário, deve-se incentivá-los, ao invés de submetê-los a um processo por deserção que, na verdade, apenas teria sentido se o acusado estivesse sendo compelido a cumprir o seu dever ainda pendente, ou seja, integralizar a sua formação no contexto do SMI.

Detecta-se, muitas vezes, inexistir interesse da Administração em manter desertores problemáticos na ativa enquanto acusados. Contudo, essa visão é imediatista, sem considerar a complexidade do Serviço Militar, da Defesa e da Mobilização nacionais. Os desertores permanecem nos seus quartéis até o trânsito em julgado e o cumprimento de eventual pena para serem conhecidos, com profundidade, os aspectos morais envolvidos na deserção. O tipo de certificado será conforme essa avaliação de mérito.

Consolidado o entendimento da atual corrente vencedora, há muitas variantes indesejáveis que se mostrarão com o tempo, redundando em discussões jurídicas e administrativas intermináveis. O legislador de outrora, sistematicamente, redigiu as normas de forma a evitar esse complexo de desvirtuações.

O bem jurídico tutelado abrange o Dever e o Serviço Militar e, diante das circunstâncias apresentadas (militar licenciado do Serviço Militar no curso da APM), uma provável sanção penal imposta pela JMU tornar-se-á inócua, pois não atenderá ao fim legal previsto, bem como se iniciarão alguns percalços acerca da pretensa execução da pena.

Foca-se, muitas vezes, na ânsia de se condenar o agente e evitar, sob o aspecto da prevenção (especial e geral), a impunidade, enquanto que, para o escopo da Lei, o real interesse, apenas nesse crime, é ter o agente criminoso condenado, mas, também, apto a cumprir o Serviço Militar inicial integralmente, em consonância com o disposto no art. 80 do Regulamento da Lei do Serviço Militar (Decreto nº 57.654/66). Afastam-se da tutela penal, nessa esteira de "condenação útil", os incapacitados, os licenciados e os trânsfugas – estes últimos enquanto há pendência no tocante à sua captura ou à apresentação voluntária. Assim, a chave mestra que revela o tipo penal da deserção é o agente ainda ser mobilizável e não apenas ser condenado.

Observe-se que são fatores inconciliáveis às OM abrirem mão desses soldados, ainda que problemáticos, e a correspondente persecução penal pelos crimes de deserção conduzida pelo Órgão Ministerial. A Administração Militar é legalmente obrigada a suportar a presença de indivíduos arredios ao Serviço Militar, justamente por considerar a vastidão continental do Brasil, o qual, envolvido em situação de real embate, necessitará de todos os mobilizáveis disponíveis.

Intrigante, contudo, é a hipótese revelada nos presentes autos – agente acusado da prática do crime de deserção, mas licenciado no curso da APM, ainda que apto para o Serviço Ativo. Tem-se em conta estar preservado o bem jurídico tutelado em relação a esse civil (o dever e o cumprimento do Serviço Militar). Diante disso, o Estado não poderá mais levar a cabo a APM concernente a tal crime.

A nova proposta de CPM e de CPPM prevê o julgamento monocrático quando o agente for civil. Fruto do entendimento da atual corrente vencedora, admitir-se-ia, no mais castrense dos crimes, ex-militares (civis) sendo julgados pelo Juiz-Auditor monocraticamente. Enquanto isso, os militares (na ativa) sem estabilidade seriam julgados pelo CPJ.

Há um *plus*, pois o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral da condenação, havendo também requisito estratégico – fazer o agente completar o Serviço Militar e compor a Reserva Mobilizável.

Enquanto foragido, as condições de aproveitamento para Serviço Militar, **não apenas físicas, mas também morais**, não são conhecidas. Daí porque o certificado, se for o caso, será discricionariamente concedido depois do trânsito em julgado da APM. O fato de o agente ser condenado ou absolvido não define o certificado a ser recebido, mas sim os fundamentos da Decisão judicial e os dados disponíveis para a Administração Militar.

Alinho-me às decisões históricas do STM e do STF, pois é inadmissível processar e julgar civis pelo crime deserção à revelia, licenciados ou desincorporados, muito menos sem conhecer a real aptidão para o Serviço Militar de cada acusado, pois, se incapazes, não retornarão à ativa das Forças Armadas.

Com suporte no interesse público e para alicerçar conhecimentos sobre a JMU, ramo especializado do Poder Judiciário, elaborei Artigo Científico sob o título "Status *de militar do desertor para se ver processar* e

seus reflexos para o Serviço Militar", o qual será publicado na Revista de Doutrina e de Jurisprudência do STM, como modesta contribuição à Edição 2015.

Essa iniciativa deveu-se à necessidade de frisar, diante do contexto atual, os exatos contornos do tema (a situação jurídica da praça sem estabilidade das Forças Armadas, que deserta durante o cumprimento do Serviço Militar obrigatório – art. 143 da CF/88), o qual, pela sua importância em relação à Defesa e à Mobilização nacionais, exige precisa interpretação.

Entendo pertinente colacioná-lo ao presente Voto, pois, nesse Artigo, também abordo o assunto, mas sob outros matizes, isso devido ao receio de haver permanente oscilação em relação à jurisprudência do STM e aos procedimentos adotados na primeira instância.

Sendo assim, transcrevo o teor do referido Artigo:

> ***"*Status *de militar do desertor para se ver processar e seus reflexos para o Serviço Militar***
>
> ***Considerações Iniciais***
>
> *É atribuída à Justiça Militar da União (JMU), como ramo especializado do Poder Judiciário[1] desde a Constituição de 1934, a competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, conforme base principiológica de fundamental importância para o respaldo jurídico da atuação das Forças Armadas brasileiras. Há crucial vetor decorrente de sua especificidade, concernente à celeridade indispensável ao processo e ao julgamento dos crimes tipificados no Código Penal Militar (CPM)[2], o que assegura, como prevenção específica e geral, pronta resposta à sociedade e, sobretudo, ao segmento armado do Estado.*
>
> *Porém, recentemente, não se tem observado, como outrora ocorria na JMU, tal celeridade processual no tocante ao crime de deserção, delito de mera conduta. Com isso, vêm a lume duas situações singulares na tramitação processual, a saber: a primeira, quando o acusado é praça sem estabilidade e comete novamente esse crime, no curso da ação penal de deserção anterior, sendo excluída por força de lei[3]. A segunda, quando o acusado perde a situação de militar após '***licencia-***

mento'[4]*, por equivocada decisão da Administração Militar ou em cumprimento de decisão da Justiça Federal Comum.*

A tipificação do crime de deserção visa à tutela do ***Serviço Militar*** *e do* ***Dever Militar***[5] *como bens jurídicos essenciais das Forças Armadas, tamanha a gravidade do delito e do perigoso potencial de atingir os mais caros e basilares princípios castrenses, podendo comprometer a funcionalidade das tropas, tanto em tempo de paz, na guerra ou em conflitos armados.*

*Notadamente, o Serviço Militar, como mandamento constitucional, nos termos do art. 143 da Carta Magna, consiste no exercício de atividades específicas, quando da convocação para a sua prestação, quer Inicial (****SMI****), quer sob outra forma ou fase (prorrogações e serviço voluntário). E, ainda, conforme preconiza a Lei do Serviço Militar (LSM)*[6] *e sua Regulamentação (RLSM)*[7]*, as atividades militares do* ***SMI*** *visam à preparação da Reserva Mobilizável*[8]*, cujos encargos de Defesa Nacional estão englobados pelo Serviço Militar*[9]*.*

Frise-se que o texto constitucional trata do Serviço Militar no sentido mais amplo, nos termos da ***LSM****, e não apenas do* ***Inicial****. E é simples a compreensão do alcance deste mandamento da Constituição quando se conhece o Sistema de Mobilização de Pessoal Militar.*

Nesse compasso, a história nacional revela a importância dos procedimentos atinentes à Mobilização. Na 2ª Guerra Mundial, o Brasil manteve-se neutro até 1941, quando, após ataques alemães nas costas brasileiras, foi declarada a guerra contra o Eixo. Porém, o País teve grandes dificuldades para organizar e preparar as suas Forças, dentre outras causas, em razão de seu precário Sistema de Mobilização Militar. E, por isso, a imprensa da época afirmava que 'É mais fácil uma cobra fumar do que o Brasil entrar em guerra!'

Mas o fato é que 'a cobra fumou'. O Brasil superou os desafios da mobilização e foi ao teatro de operações da Itália, onde a participação dos integrantes da FEB, inclusos os efetivos da Reserva Mobilizável, contribuiu para a vitória da democracia mundial e para as gloriosas páginas de nossa história nacional.

É com louvor que, também nos dias atuais, as Forças Armadas do Brasil detêm os melhores índices de credibilidade e de confiança perante a sociedade e de elevado reconhecimento no âmbito internacional. Dentre os fatores que contribuem para es-

sa avaliação favorável, pesa o profissionalismo reinante nas instituições militares, ficando mais em evidência para a sociedade o Sistema Operacional das Forças. Entretanto, na realidade, o fator de sucesso é a interligação de todo o conjunto dos Sistemas das Forças.

Feitas tais considerações iniciais, revelo que o propósito deste Artigo Científico é destacar a eficácia, para o Serviço Militar, da correta aplicação do arcabouço legal[10] castrense no tocante ao delito de deserção, quando praticado pela praça sem estabilidade, havendo reflexos para o Sistema Operacional e o de Mobilização das Forças Armadas, cujos referenciais para a abordagem, a seguir apresentada, serão os do Exército.

A interligação do Serviço Militar com os Sistemas Operacional e de Mobilização

Dentre os diversos sistemas que integram as Forças Armadas, destaco o Sistema Operacional, este de maior visibilidade para a sociedade, o qual é interligado ao Sistema de Mobilização, ambos permeados pelo Sistema do Serviço Militar.

*Senão vejamos. Após completar 18 anos de idade e depois de concluídas as fases iniciais do Serviço Militar relacionadas à convocação, distribuição e seleção, o jovem do sexo masculino de determinada classe[11] poderá ser dispensado da incorporação ou ser incluído no serviço ativo, dando início ao **SMI**. Com isso, o jovem cidadão passa a integrar o Sistema Operacional da Força Terrestre[12]. Note-se que, a partir do ato de inclusão, o incorporado estará sujeito à punibilidade na esfera judicial especializada, no tocante ao crime de deserção, pois passa a ostentar a condição pessoal de militar.*

*Com o desenvolvimento normal do **SMI**, o jovem é matriculado em diferentes cursos de natureza militar para ser qualificado no mister das Armas e, ao final, obter grau de instrução necessário ao ingresso, quando licenciado, na Reserva Mobilizável, sendo esta outra fase do Serviço Militar.*

*Somente assim acontecendo, se dará o licenciamento, ato de exclusão do serviço ativo e, automaticamente, a inclusão na Reserva, conforme o grau de instrução atingido ao final do **SMI**, preenchendo-se claros de encargos para a Defesa Nacional. Ao ser licenciado, o jovem perde a condição de militar e permanece*

de licença do serviço ativo até os 45 anos de idade[13], período em que poderá ser reincorporado e reincluído no Sistema Operacional, a fim de atender convocação decorrente de demandas de mobilização, retornando ao status *de militar, na forma da lei.*

Portanto, nas circunstâncias de conclusão do ***SMI****, o Serviço Militar vigora até que o cidadão atinja a idade de 45 anos, quando estará completamente desobrigado desse mandamento constitucional. Nisso, serão abertos claros de mobilização a ser preenchidos por nova turma de licenciados e, assim sucessivamente, ano após ano.*

Por tal razão, com respeito ao disposto no art. 132 do CPM, entende-se a mens legis*, pois fica assegurado ao Estado a punibilidade do trânsfuga, condicionada àquela idade limite (45 anos para a praça), sujeitando-o ao devido processo legal, sem prejuízo da prestação complementar do Serviço Militar outrora interrompido com a deserção.*

Ademais, é consabido que o agente do crime de deserção, ao cometer o delito durante o ***SMI,*** *compromete o Serviço Militar no seu sentido mais amplo, pois o Serviço Inicial tem por finalidade a formação de reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas no que se refere aos encargos relacionados com a Defesa Nacional, em caso de mobilização. Por igual razão, ficará sujeito à punibilidade o militar que passar a desertor durante as prorrogações do Serviço Inicial e, também, no período em que se encontrar reincorporado em decorrência de mobilização.*

Importa destacar, ainda, que, na atualidade, exercícios de mobilização, de defesa territorial e de apresentação de reservistas permitem a atualização e o aperfeiçoamento de planos, com base em vasta legislação alinhada à Estratégia Nacional de Defesa. Com isso, dificuldades desse esforço nacional, como as verificadas na preparação do contingente da 2ª Guerra Mundial, são significativamente atenuadas. Nesse aspecto, incidem a importância da mobilização e o compromisso de zelar por sua integridade.

Como se vê, o Serviço Militar, mediante as suas fases e formas, permeia o Sistema Operacional e o de Mobilização. Sua eficácia, no espectro cogente, está imbricada com a precisa aplicação da lei penal militar em prol dos valores por ela tutelados e, nessa perspectiva, insere-se a tipificação da deserção.

Da deserção

No âmbito da Justiça castrense, na condição de ultima ratio *social, exigem-se como requisitos, apenas no crime de deserção, a punibilidade e a utilidade para a intervenção do Estado com a aplicação do Direito Penal Militar.*

Com a prática de crimes tipificados no CPM, a 'paz social' almejada pelo Estado se dará com a devida persecução penal, podendo desaguar, diante de eventual punibilidade, na condenação (imposição de pena), ou, por outro lado, na absolvição do acusado. Porém, no crime de deserção, e somente nesse delito, associado à aplicação de sanção (punibilidade), a ***lei exige*** *restabelecimento específico da ordem, a saber, o cumprimento integral do Serviço Militar (utilidade), seja o Inicial ou outras formas e fases, legalmente previstas, outrora interrompido com a prática delitiva.*

Por isso, o art. 80 do RLSM prevê que a praça desertora, sem estabilidade, quando capturada ou apresentada voluntariamente, será obrigatoriamente reincluída, se apta, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar. Dessa forma, reassume o status *de militar, em cuja condição o absolvido ou o condenado, este após o cumprimento de pena,* ***completará o SMI****, com as ressalvas de desincorporação previstas no art. 140 do RLSM.*

Cumpre ressalvar que a ***desincorporação*** *e o* ***licenciamento*** *são atos de exclusão do serviço ativo, dentre outros.*

O ***licenciamento*** *tem por base o poder discricionário, conferido à Administração Militar, com grande elasticidade em razão do grau de instrução atingido pelo agente e, também , devido a diversos outros casos previstos na LSM e no seu Regulamento.*

Por sua vez, a ***desincorporação*** *é ato de exclusão vinculado, impositivo à Administração Militar, em razão de determinada situação comprovada. Assim, há casos em que agentes de deserção devem ser desincorporados. Por exemplo, o item 1 do § 5º do art. 140, do RLSM, dispõe sobre o agente desertor na situação de arrimo, e o item 2 trata do caso do maior de 30 anos. Nesses dispositivos legais, definem-se a oportunidade e a necessidade de complementação do Serviço Militar, bem como a especificação do Certificado a que fará jus o envolvido no delito de deserção.*

Verifica-se, portanto, que há perfeita harmonia entre a legislação penal castrense e a do Serviço Militar, bem como com o Estatuto dos Militares, nos termos do inciso VIII, do art. 82 e art. 128. Nítido que o legislador zeloso assegurara o cumprimento integral do Serviço Militar, abrangido o Inicial e suas outras formas e fases.

O descompasso entre o entendimento do cumprimento do SMI e a expressão 'tempo de serviço militar' do desertor

Durante o SMI, o soldado realizará cursos para obtenção de conhecimentos básicos, de qualificação e de adestramento relacionados à tropa que integra. Para a efetividade dessa gama de atividades castrenses, o ***SMI*** *tem a duração normal de 12 meses, permitindo, aos incorporados, a obtenção de grau de instrução necessário para o ingresso na Reserva Mobilizável.*

O 'tempo de serviço militar' do incorporado pode exceder a 12 meses quando o programa pedagógico do SMI é interrompido pelo cometimento da deserção.

Para melhor compreensão, apresento três exemplos distintos acerca dessa assertiva.

1º Caso – Militar sem delitos no SMI

No tocante ao ***SMI normal****, o 'tempo de serviço' do soldado recruta coincide com a programação ininterrupta de ensino-aprendizagem. A contagem do 'tempo de serviço militar', nesse primeiro caso, será dia a dia, de efetivo serviço, a partir da incorporação.*

O 'tempo de serviço' do indivíduo tende a coincidir com o tempo do SMI.

2º Caso – Militar com delito (diferente de deserção) no SMI

Para quem comete delito durante o SMI, não haverá substancial prejuízo no programa pedagógico, pois o agente permanecerá na ativa e respondendo à ação penal, inclusive nos casos de crime propriamente militar, exceto no de deserção.

Para o soldado que incide, por exemplo, em abandono de posto (art. 195 do CPM), enquanto responde à ação penal, não haverá óbice para o prosseguimento do ***SMI.*** *Ele participará*

normalmente dos cursos em que estiver matriculado, para atingir o grau de instrução necessário ao seu licenciamento e à consequente inclusão na Reserva Mobilizável. Nesse segundo caso hipotético, caso a ação penal ainda esteja em curso por ocasião do licenciamento, o ato de exclusão será efetivado em coordenação com o Juízo Militar. Isso porque todas as etapas de instrução do ***SMI*** *estariam cumpridas. Inclusive, nesse caso (abandono de posto), o réu condenado poderá cumprir a pena imposta na condição de civil.*

Também, nessa situação hipotética de abandono de posto, o 'tempo de serviço militar' do infrator tende a coincidir com aquele normal de duração do próprio ***SMI****.*

3º Caso – Militar com deserção no SMI

Porém, a praça sem estabilidade, ao cometer o delito de deserção, é excluída do serviço ativo. Somente retoma a condição de militar depois de capturada ou de sua apresentação voluntária, sendo reincluída, se apta, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar. Depois de absolvido ou de cumprir pena, se condenado, o militar ***complementará o SMI****, interrompido por sua própria conduta delitiva. Devem ser consideradas, ainda, se for o caso, as ressalvas quanto a possível desincorporação nos casos englobados pelo art. 140 do RLSM.*

É certo que o soldado, se interromper o ***SMI*** *por sua mera conduta, atingirá frontalmente o Serviço Militar e o Sistema Operacional, causando prejuízos e dificuldades para a recuperação de sua instrução na Organização Militar (OM), visando ao seu ingresso na Reserva Mobilizável com o necessário grau de* **expertise**.

Cabe destacar que o período em que esteve trânsfuga e o do cumprimento de pena privativa de liberdade pela deserção não são computados como 'tempo de serviço militar'[14].

Portanto, o 'tempo de serviço militar', para o recruta que se enquadre nesse terceiro caso, estará sujeito a algumas condicionantes, demandando especial atenção à celeridade da ação criminal. Quanto mais demorada a resposta penal, maior será o 'tempo de serviço' total daquele que cometera a deserção.

***Interpretações sobre a* quaestio**

Diante da competência e da especificidade atinentes à JMU para processar e julgar crimes militares, o ritmo processual

empreendido, referente à deserção, não tem alcançado a esperada celeridade. E como consequência, duas situações têm ocorrido.

Numa primeira vertente, tão logo concedida a liberdade provisória pelo Juízo castrense, nova deserção é cometida, antes da conclusão do processo referente ao delito anterior.

Noutra via, em razão de demorada resposta penal, licenciamentos prematuros são procedidos, motivados pela aplicação inadequada da discricionariedade de Comandantes de OM ou mediante determinação judicial emanada de magistrados da Justiça Federal comum, confundindo-se, em ambas as situações, duração do ***SMI*** *com '**tempo de serviço militar**' do acusado. Desconsidera-se, assim, a falta de grau de instrução para a inclusão do agente na Reserva, conforme prescrito no art. 80 do RLSM. Igualmente, com a antecipação do licenciamento, ignora-se o conhecimento da ofensa perpetrada aos valores da caserna e, em última análise, aos do Estado, aspecto somente clarificado com o trânsito em julgado. E tão somente nesse momento final da persecução penal, poder-se-ia avaliar a possibilidade até mesmo da não concretização do licenciamento, mas sim da expulsão do militar, na forma da lei, fator impeditivo do ingresso daquele desertor na Reserva Mobilizável.*

Com efeito, considerando as duas situações aventadas, cujo enfrentamento vem às barras da JMU, surge entendimento no sentido da possibilidade de prosseguimento da ação penal, já instaurada, e de julgar o acusado, agora civil, que cometera deserção enquanto militar.

Estampa-se, assim, o ponto fulcral da quaestio.

O problema é que o agente, na condição de civil, não poderá se ver processar pelo crime de deserção. Exsurgem óbices à instauração da ação penal e empecilho à continuidade, à revelia ou não, daquela iniciada. Quanto à punibilidade, destaco que esta não pode ser alcançada em descompasso com o bem jurídico protegido, conforme abordado.

Por isso, pergunta-se: como processar por deserção um civil, militar que fora licenciado, sendo que o bem protegido com a tipificação do crime é o Serviço Militar? O jovem estaria de posse de um Certificado[15], em que pese a sua equivocada concessão, assegurando-lhe que está em dia com as obrigações relativas ao Serviço Militar, nos termos do art. 143 da CF.

Ainda, indaga-se: como processar um civil à revelia, sem saber de suas reais condições de aptidão para o Serviço Militar, o qual, eventualmente, poderá necessitar de restabelecimento de sua saúde? Por isso é que, tão logo capturado ou apresentado voluntariamente, somente deverá ser reincluído se apto, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar ***remanescente****, para então se ver processado e julgado*[16].

Nesse passo, surgem discussões intermináveis sobre a necessidade da condição de militar para o prosseguimento da ação penal. Vejamos algumas interpretações sobre a quaestio.

Do enunciado nº 12 da Súmula do STM

Tão logo julgados os primeiros processos atinentes ao tema das deserções sucessivas e como consequência da adequação da legislação penal à Constituição Federal de 1988, o enunciado nº 12 da Súmula do STM foi editado em 1997. De forma objetiva, pacificou o entendimento de que o agente, para ser processado e julgado pelo crime de deserção, deve readquirir o status de militar.

Do STJ e da Justiça Federal do DF

Em viés contrário e nem tão inovador, linha de entendimento trouxe à tona, novamente, a possibilidade de o acusado, por deserção, ser julgado mesmo ostentando a condição de civil. E, para tanto, ampara-se na Ação Civil Pública (ACP) nº 18725-37.2012.4.01.3400, que tramitou na 1ª Vara Federal do Distrito Federal. Tanto na tutela antecipada (Maio 2012) como na Sentença (Dez 2012), foi determinado que os Comandos Militares não se abstivessem de desincorporar os militares arrimos de família e de licenciar ou expulsar militares das Forças Armadas, residentes no Distrito Federal, em face de estarem respondendo a processo por deserção, deferindo-se pleito da Defensoria Pública da União (DPU).

A Sentença da ACP apoia-se em julgado do STJ[17]*, o qual cita precedente do STM*[18]*. No entanto, o referencial do STJ trata de caso de trancamento de ação penal de deserção de* ***policial militar estadual*** *(profissional concursado e voluntário) por ter sido excluído a bem da disciplina no curso do processo. Por sua vez, o julgado do STM refere-se a pleito de trancamento de Instrução Provisória de Deserção (IPD) de* ***militar do Exército****,*

*cumprindo o **SMI** nos termos do art. 143 da Constituição, que fora excluído do serviço ativo na forma do art. 456, § 4º, do CPPM[19]. Nesse último, o argumento defensivo apontou suposta ocorrência de erro na lavratura do termo de deserção, em razão de equívoco na contagem do prazo de graça. Contudo, restou comprovado o acerto daquele termo e denegada a Ordem de HC, prosseguindo a tramitação da instrução relativa à deserção do agente foragido do Exército.*

*Desta feita, a ACP toma por base julgado do STJ, no qual se realiza **analogia indevida**, por colagem de trecho isolado de ementa do Acórdão do STM, causando distorção da compreensão estabelecida naquele aresto. O seu contexto foi transmutado, pois ficou em descompasso com o que realmente tratava o julgado da Corte Militar.*

Ocorre que o Tribunal Regional Federal – 1ª Região (TRF1), ao apreciar a apelação relativa à ACP, mediante julgamento da 1ª Turma, reformou a sentença, julgando improcedente o pedido da DPU, e revogou a tutela anteriormente concedida, com base no fundamento de que o 'militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal [...]'. Cabe destacar que o voto condutor do Acórdão, em contexto, encontrou, no enunciado nº 12 da Súmula do STM, esteio para a Decisão proferida, bem como apoiou-se em jurisprudência do STF sobre o cabimento de '[...] prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar [...]'[20] em casos de deserção de praça sem estabilidade.

Portanto, diante da existência de linha de entendimento, que se apoia na decisão proveniente do STJ, incorporada aos fundamentos da ACP e com a citação errônea de julgado do STM como precedente, por desalinhamento de contexto, há equivocada interpretação sobre a possibilidade de julgamento de desertores na condição de civil.

Do STF

Sem nenhuma dissonância, o STF consagra a qualidade de militar como elemento estrutural do tipo penal de deserção, '[...] de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito [...]'[21].

Semelhantemente, a Corte Suprema entende que, quanto ao licenciado do Serviço Militar, não mais ostentando a qualida-

de de militar, há óbices para o '[...] prosseguimento da ação penal militar e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção [...]'[22].

Vale ressaltar que, quanto àquele julgado do STJ, cujos fundamentos deram suporte à ACP dantes abordada, o STF, julgando o mesmo caso[23]*, deferiu a ordem de HC para trancar a ação penal por falta da condição de prosseguibilidade, justamente pelo fato de o agente ser civil.*

***Conclusão sobre a* quaestio**

Assim, e por tudo quanto já abordado, tenho a convicção de ser necessária a manutenção da condição de militar para que o agente do delito de deserção se submeta ao processo penal correspondente.

Ressalto que o bem jurídico tutelado é o Serviço Militar e, diante das circunstâncias apresentadas, a provável sanção penal militar aplicada a um civil tornar-se-á inócua, pois não atenderá ao escopo legalmente previsto, bem como redundará em alguns percalços no curso da pretensa execução da pena.

No processo penal relativo ao delito de deserção, diferentemente dos demais ilícitos propriamente militares, há finalidade implícita que se traduz na utilidade para o Serviço Militar, bem jurídico tutelado na hipótese.

Pretende-se, com o processo em espécie, que o agente submetido ao ***SMI*** *retorne à atividade e permaneça funcionalmente nas Forças Armadas para que obtenha a peculiar instrução castrense e qualifique-se para o mister das Armas como reservista mobilizável, razão de existência do instituto do Serviço Militar, nos termos da Constituição Federal (art. 143).*

A propósito, se considerado inapto em inspeção de saúde, o militar sem estabilidade (na condição de desertor) sequer será reincluído nos quadros da Força, pois, na forma do art. 457, § 2º, do CPPM, estará isento desse ato administrativo e do processo penal militar. Abre-se mão da punibilidade em razão de não restar alcançado o escopo da utilidade do emprego do agente na atividade castrense que deveria ser complementada. Por conseguinte, não se concretizará a qualificação desse agente para a Reserva da Força.

Nesses termos, no que tange ao delito de deserção, a condição de militar assume indispensável requisito não só para a

instauração da ação penal, como, de modo mais amplo, para a 'persecutio criminis', até o seu término.

Considerações finais

O delito da deserção é da mais alta gravidade por envolver afronta ao Serviço Militar e ao Dever Militar, comprometendo os cânones de defesa da Pátria, as quais dependem, estruturalmente, de cada cidadão. O infrator acaba por ser infiel aos demais integrantes da OM à qual pertence e, se considerarmos que as Forças Armadas, na forma da Constituição Federal, são o braço armado da nação, a deserção é, por extensão, também traição à sociedade e ao Estado.

Nessa dimensão de ruptura provocada pelo desertor, há descompromisso do agente delituoso com a ultima ratio *do Estado, cujas obrigações envolvem a Segurança e a Defesa Nacionais.*

O crime de deserção alinha-se entre os delitos propriamente militares, que somente podem ser cometidos pelos integrantes das Forças. É o mais castrense dos crimes, pois é cometido quando o agente rompe o seu dever e, no caso da praça sem estabilidade, fere o mandamento constitucional do Serviço Militar, no sentido mais amplo, com reflexos na Mobilização.

Contudo, em razão das especificidades que envolvem o delito de deserção, as quais permeiam a legislação do Serviço Militar, o Estatuto dos Militares e outras normas, o CPPM não prevê o processo de deserção como ordinário e sim como especial, sendo abordado em três Capítulos distintos.

Como se sabe, a deserção é tão especial que há aspectos processuais específicos para quando o agente é oficial, praça estabilizada e praça sem estabilidade. Em todos os casos se exige a condição de militar para o acusado se ver processar.

Quando da consumação do delito, somente a praça sem estabilidade é excluída do serviço ativo. O oficial e a praça estabilizada são agregados, permanecendo na condição de militar durante o período de trânsfuga.

E nem o oficial, uma vez capturado ou apresentado voluntariamente, reverte imediatamente aos quadros da respectiva Força. Somente após o trânsito em julgado, a Administração Militar poderá conhecer o grau de ofensa perpetrado ao Dever Mi-

litar. E, nessa ocasião, analisará a possibilidade de esse oficial reassumir seus encargos de comando e de chefia.

Portanto, como visto no desenvolvimento deste Artigo, a condição de militar é questão **sine qua non** *para o acusado de deserção se ver processar, seja oficial ou praça, conforme previsto em dispositivos legais*[24].

Com foco apenas na praça sem estabilidade e no intuito de punir aquele que cometeu o delito da mais alta gravidade para uma Força Militar, com base no devido processo legal, repise-se de caráter especial, devem-se evitar soluções em desacordo com a lei, desconstruindo dispositivos perfeitamente harmônicos e com reflexos em Sistemas das Forças Armadas.

Deve-se evitar a desproporção no trato entre oficiais e praças desertores, pois aqueles nunca são julgados à revelia. Não se pode ser mais benevolente logo com quem tem maior responsabilidade.

Se o desertor incapaz ou licenciado pudesse ser processado e julgado à revelia, então, por coerência, em relação ao crime de insubmissão, o agente civil e ainda não incorporado também assim poderia, pois o bem tutelado em ambos os crimes é o mesmo – o Serviço Militar.

Por vezes, foca-se na ânsia de condenar o agente. Mas, o escopo da Lei, o que interessa mesmo, apenas neste crime, é ter um agente condenado, mas também apto a complementar o Serviço Militar para ser incluído na Reserva com grau de instrução em condições de ser mobilizado. E não apenas ser condenado. O condenado por deserção e sem condições (inapto ou foragido) de completar as mais diversas fases de instrução do Serviço Militar não induz utilidade ao Estado.

O escopo do crime de deserção difere dos demais, pois o Estado não se contenta com a retribuição moral da condenação, mas sim, mais importante do que isso, há um ***plus****, qual seja, ver o agente cumprindo integralmente o Serviço Militar e compondo a Reserva Mobilizável.*

A aptidão na inspeção de saúde do desertor, praça sem estabilidade, após a captura ou a apresentação voluntária, inexiste como mero requinte legal para o recebimento da Denúncia. Isso não teria qualquer sentido, a não ser, nessa visão de utilidade, tornar possível o exercício do Serviço Militar, alcançando a eficiência da Força, inclusive na Reserva. Se fosse apenas para

receber a Denúncia, então inexistira razoabilidade em criar essa norma tão diferente apenas para a deserção, sem estendê-la para os demais crimes propriamente militares. Nenhuma lógica resistira no mais superficial estudo sobre o tema.

Diante do tipo penal da deserção, entende-se como fundamental, por um lado, o papel educador, orientador e preventivo a cargo das Forças Armadas, tanto para o agente em potencial do delito, como para aqueles responsáveis pela Administração Militar.

E, por outro lado, verifica-se a importância da JMU para o fiel cumprimento do mandamento constitucional do Serviço Militar, bem como para o Sistema Operacional e de Mobilização das Forças, ao processar e julgar crimes de deserção com base nos vários aspectos sobre o assunto aqui abordados e assentados em coerente arcabouço legal, os quais nem sempre são assim interpretados.

Para efeito processual, no tocante à deserção, não se podem ignorar os ditames trazidos na legislação pertinente ao Serviço Militar, pois seus dispositivos também servirão de fundamentos para o processo e o julgamento desse delito.

Portanto, diante da história da Justiça mais antiga do País, desde 1808, impõe-se a sintonia entre a jurisprudência castrense e a legislação correlata ao crime de deserção, ressaltando-se que no STF encontra-se consolidado o prestígio à tutela da Mobilização Nacional.

Vale, ainda, ressaltar que o Serviço Militar e a Mobilização Militar não podem ser rotulados como assuntos de somenos importância ou de remota realização. Para a efetiva tutela da ultima ratio *do Estado, urge-se ressoar a base principiológica em que se assenta a Justiça Castrense, de indelével essência constitucional.*

Brasília-DF, 21 de maio de 2015.

General de Exército Fernando Sérgio Galvão
Ministro do Superior Tribunal Militar

[1]O Poder Judiciário brasileiro prevê a Justiça Comum, uma na esfera Federal e outra na Estadual, e três Justiças Especializadas: Militar, Trabalhista e Eleitoral.

[2]Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

[3]Conforme § 4º do art. 456 do CPPM.

[4]Licenciamento – Ato de exclusão da praça do serviço ativo, após o término do tempo do Serviço Militar Inicial, com sua

inclusão na reserva. (Item 24) do art. 3º do Regulamento da LSM), diferindo-se de desincorporação.

[5]Título III do CPM trata dos crimes contra o Serviço Militar, no sentido mais amplo, e do Dever Militar.

[6]Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (LSM).

[7]Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 (RLSM).

[8]Art. 2º da Lei Nº 8.239, de 4 de outubro de 1991, que regulamenta o art. 143 da Constituição Federal /88.

[9]Convocação – Ato pelo qual os brasileiros chamados para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase (Item 6) do art. 3º do RLSM.)

[10]CPM, CPPM, Estatuto dos Militares, LSM e seu Regulamento.

[11]Classe – Conjunto dos brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de um mesmo ano, designada pelo ano de nascimento, que pode ser convocada para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase.

[12]Destaco a Força Terrestre que, em média, totaliza 90% dos jovens incorporados, anualmente, nas Forças Armadas. Cerca de 3% incorporam na Marinha do Brasil e outros 7% na Aeronáutica. (Dados de 2012 da Diretoria de Serviço Militar do Exército Brasileiro)

[13]Conforme art. 5º da LSM, c/c o item 24) do art. 3º e o art. 19, ambos do RLSM.

[14]Conforme art. 136, c/c as letras c) e e) do § 4º do art. 137, ambos do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

[15]Considerando o contido no art. 164 e no art. 209 do RLSM.

[16]Conforme §§ 2º e 3º do art. 128 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

[17]STJ. RHC 24.607/PR. Relator Min. Og Fernandes, julgado em 23/3/2010, DJe de 12/4/2010.

[18]STM. HC nº 2005.01.034010-6-RS. Relator Min. Flávio Bierrenbach, julgado em 16/3/2005, publicado em 31/5/2005.

[19]Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969).

[20]STF. HC nº 99.445. Relatora Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 28/9/2010, DJe-097 de 23/5/2011.

[21]STF. HC nº 115.754. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 19/3/2013, DJe-066 de 11/4/2013.

[22]*STF. HC nº 108.197. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, DJe-033 de 15/2/2012.*

[23]*STF. HC Nº 103.254. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 29/6/2010, DJe-070 de 13/4/2011.*

[24]*Art. 82, inciso VIII, e § 3º do art. 128, ambos do Estatuto dos Militares; § 5º do art. 31, da LSM; e Arts. 80 e 145, ambos do RLSM.".*

À luz de tudo o que foi explanado e pela leitura de decisões do STF, exaradas por longo período, todas harmônicas até a atualidade, sem qualquer oscilação, verifica-se que os elementos para a aprovação de súmula vinculante encontram-se presentes.

Os constitucionalmente legitimados – art. 103-A, §§ 1º, 2º e 3º, da CF/1988 –, em prol da segurança jurídica, poderiam provocar a sua aprovação ao Excelso Pretório, apaziguando questão tão importante para as Forças Armadas e para a JMU.

Nesse contexto, acolho a preliminar de não conhecimento dos Apelos por falta de condição de prosseguibilidade, arguida pelo Exmo. Sr. Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, e concedo *Habeas Corpus* de ofício para tornar sem efeito a Sentença condenatória, determinando o arquivamento dos autos sem renovação, com fulcro no art. 470, parte final, c/c o art. 467, alínea "c", ambos do CPPM.

MÉRITO

Considerando os argumentos anteriormente expostos, não me resta alternativa a não ser absolver o acusado ex-Sd Ex IGOR PABLO GLÓRIA DE OLIVEIRA, com base no art. 439, alínea "b", do CPPM, pois entendo que o seu licenciamento, durante o transcurso da Ação Penal Militar, o exime de eventual condenação, não sendo justo, a meu sentir, a manutenção da Sentença atacada.

Superior Tribunal Militar, 21 de maio de 2015.

Gen Ex Fernando Sérgio Galvão
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 15-78.2009.7.06.0006-BA

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor – Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelantes – O Ministério Público Militar, no tocante ao *quantum* da pena aplicada aos ex-MNs Antonio Davi Ribeiro Neto e Matheus dos Santos Oliveira; Antonio Davi Ribeiro Neto, ex-MN, condenado à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 1º, 4º e 6º, inciso IV, c/c os arts. 70, inciso II, alínea "c", 72, inciso I, e 75, tudo do CPM, com o beneficio do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar em liberdade; e Matheus dos Santos Oliveira, ex-MN, condenado à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 1º, 4º e 6º, inciso IV, c/c os arts. 70, inciso II, alínea "c", 72, inciso I, e 75, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 6ª CJM, de 14/3/2014.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. FURTO. PRELIMINAR DE NULIDADE PELA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DO PROCEDIMENTO. REJEIÇÃO. COMPROVADA A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO. ATENUANTES DO ART. 240, §§ 1º E 2º, DO CPM. ATENUANTE DA CONFISSÃO (ART. 72, INCISO III, ALÍNEA "D"). NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELO DA DEFESA DESPROVIDO. PARCIAL PROVIMENTO AO DO MPM. A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União (Súmula nº 15 do STM). As provas dos autos confirmam que os Acusados tinham plena ciência do caráter criminoso de seus atos. A atenuante do art. 240, § 1º, do CPM só será aplicada quando o agente for primário e a coisa furtada não exceder a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país. No caso dos autos, não se aplica a atenuante prevista no § 2º do art. 240 do CPM, haja vista que em nenhum momento ficou consignado

que os Réus fizeram a devolução mansa e pacífica dos bens subtraídos. O entendimento desta Corte Superior Castrense é o de que a confissão realizada perante autoridade, quando a autoria do crime não é ignorada nem atribuída a outrem, repele a atenuante prevista no artigo 72, inciso III, alínea "d", do Código Penal Militar. O crime de Furto se consuma com a inversão da posse física do bem, ainda que por curto espaço de tempo, não se exigindo que esta seja mansa e pacífica, nem que o bem saia da esfera de vigilância da vítima (teoria da apprehensio *ou* amotio*). No presente caso concreto, analisando-se à luz do Princípio da Proporcionalidade, que serve de norteador ao juiz no momento da aplicação da pena, a condenação imposta aos Acusados mostra-se acertada. Todavia, reformar a Sentença para imputá-los uma pena de 3 (três) anos de reclusão em face do ocorrido fere veementemente a proporcionalidade, bem como a finalidade da pena, motivo pelo qual se entende como sendo necessária e adequada a adoção de uma "minorante inominada" para recuar a pena em 2/3 (dois terços). Preliminar rejeitada por maioria. Negado provimento ao apelo da Defesa. Decisão unânime. Provido parcialmente o Recurso do MPM, por maioria.*

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, de nulidade, em razão da realização do interrogatório no início da instrução penal, contra o voto do Ministro José Coêlho Ferreira, que a acolhia. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao recurso da Defesa e, **por maioria**, deu provimento parcial ao recurso do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença *a quo*, condenar o ex-MN Antonio Davi Ribeiro Neto como incurso no art. 240, § 4° e § 6°, inciso IV, do CPM, à pena de 1 ano de reclusão, com direito ao benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, fixando o regime prisional inicialmente aberto, em caso de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2°, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210, de 1984) e condenar o ex-MN Matheus dos Santos Oliveira como incurso no art. 240, § 4° e § 6°, inciso IV, do CPM, à pena de 1 ano de reclusão, sem o benefício do *sursis*, por expressa vedação do art. 606, alínea "a", do CPPM, fixando-se o regime prisional inicialmente aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2°, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210, de 1984). Os Ministros José Coêlho Ferreira e Fer-

nando Sérgio Galvão negavam provimento a ambos os apelos. O Ministro José Coêlho Ferreira fará declaração de voto. Os Ministros Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Luis Carlos Gomes Mattos não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Cleonilson Nicácio Silva. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 25ª Sessão, 16/4/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR e pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, inconformados com a Sentença do CPJ/Mar da Auditoria da 6ª CJM, de 14/3/2014, que condenou os ex-MNs ANTONIO DAVI RIBEIRO NETO e MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incursos no art. 240, §§ 1º, 4º e 6º, inciso IV, c/c os arts. 70, inciso II, alínea "c", 72, inciso I, e 75, tudo do CPM. Ao ex-MN ANTONIO DAVI RIBEIRO NETO, foi concedido o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar em liberdade; ao ex-MN MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA, foi concedido somente o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Segundo a Denúncia (fls. 02A/04A):

> *"(...)*
>
> *No dia 15 de abril de 2009, por volta das 21:15h, os ora denunciados, que se encontravam de serviço diário de rancheiro e plantão de alojamento, arrecadaram dinheiro para comprar uma garrafa de cachaça marca 51 e uma garrafa de refrigerante, sendo o material trazido de forma clandestina para o interior do Comando do 2º Distrito Naval.*
>
> *Por volta das 01:30h da madrugada do dia 16 de abril, no alojamento dos Marinheiros recrutas, após os militares denunciados terem consumido a bebida alcoólica e estarem em es-*

tado de embriaguez, começaram a arrombar com o uso da força diversos armários de soldados recrutas e a furtar os objetos que lá se encontravam.

Do armário do MN-RC Nascimento foi furtado um celular, encontrado em seguida; do armário do MN-RC Robert foram furtados um vidro de perfume e um fone de ouvido encontrados no lixo; do armário do MN-RC Uilto Patrício foi furtado um vidro de perfume da marca Natura, que havia custado R$ 73,00 (setenta e três reais); do armário do MN-RC Felipe Freitas foi furtado o valor de R$ 15,00 (quinze reais); do armário do MN-RC Padilha foi furtado o chip de seu celular; do armário do MN-RC S. Santos foi furtada a quantia de R$ 17,75 (dezessete reais e setenta e cinco centavos); do armário do MN-RC Bruno Ricardo foi furtada uma carteira com o valor de R$ 10,00 (dez reais); do armário do MN-RC João foi furtada uma camisa branca, um short TFM, meia branca, tudo no valor de R$ 17,00 (dezessete reais) e mais moedas no valor de R$ 10,00 (dez reais); do armário do MN-RC C. Júnior foi furtado um cordão folheado a ouro; do armário do MN-RC Jenilson foi furtado um chip da claro, além do valor de R$ 12,00 (doze reais) e do armário do MN-RC Matos foi furtada a quantia de R$ 65,00 (sessenta e cinco reais).

Assim, os agentes subtraíram para si coisa alheia móvel, em horário noturno, em concurso de duas pessoas, além de embriagarem-se voluntariamente em serviço.

(...)".

A Denúncia foi rejeitada pelo Juízo *a quo* em 3/9/2009 (fl. 155), e, depois, recebida pelo Superior Tribunal Militar em 27/4/2010, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 15-78.2009.7.06 (fl. 254).

Em 15/9/2010, o feito foi suspenso pelo STF, mediante liminar em HC impetrado pela DPU (fl. 272). Em 29/5/2012, aquela Corte denegou a ordem e cassou a liminar anteriormente concedida (fl. 342).

Devidamente citados os dois Réus (fls. 369/370), o primeiro, ANTÔNIO, foi qualificado e interrogado em 11/8/2012 (fls. 426/427). Naquela oportunidade foi instaurado incidente de insanidade mental com relação ao segundo Acusado, MATHEUS, a pedido da DPU, sobrestando-se o feito (fls. 413/414, 423).

Às fls. 474/478, consta o "LAUDO DO EXAME DE SANIDADE MENTAL REALIZADO NA PESSOA DE MATHEUS DOS SANTOS OLI-

VEIRA". Os Peritos concluíram que **MATHEUS** é portador de transtorno mental e comportamental, associado ao uso de álcool e de cocaína. Esclareceram que ele era capaz de entender o caráter ilícito dos fatos, mas, sob o efeito do álcool, houve prejuízo em sua capacidade de se determinar em relação a este entendimento.

O Acusado ANTÔNIO declarou que tudo não passou de uma brincadeira. Informou que MATHEUS propôs que simulassem que também haviam sido "roubados" e, para tanto, o mesmo colocou o seu relógio e o telefone celular de MATHEUS na caixa do ar-condicionado. Em seguida, foram dormir. Esclareceu que, ao serem acordados pelo MN-RC BRUNO RICARDO, informando dos furtos nos armários, ambos deram seus nomes como vítimas.

O Acusado MATHEUS foi qualificado e interrogado (fls. 505/506). Com a mesma informação de que tudo não passou de uma brincadeira, bem como ressalvando não ter dito que haviam "roubado" seu telefone celular; não negou que tinham colocado o relógio de ANTÔNIO e o seu telefone celular na caixa do ar-condicionado, indo ambos dormir em seguida. Disse também que ANTÔNIO **quebrou os chips dos telefones subtraídos**. Esclareceu que, antes de irem se deitar, **tentaram sair da OM por local não permitido**, contudo o Soldado Fuzileiro Naval que estava de serviço no Posto 3 não lhes permitiu a saída.

Em 11/4/2013, o CPJ/Mar declarou extinta a punibilidade dos Réus quanto ao crime do art. 202 do CPM (embriaguez em serviço) pela prescrição da pretensão punitiva (fls. 556/557).

A testemunha JEFERSON SOUZA SANTOS declarou que em nenhum momento os Acusados comentaram que iriam pegar coisas nos armários dos colegas; que cerca de três dias depois do fato conversou com o Marinheiro ANTÔNIO sobre o que tinha acontecido; que ele pediu desculpas por ter feito aquilo e disse que era uma brincadeira; que ele disse, também, que ficou na porta do alojamento, enquanto o Marinheiro MATHEUS pegava os pertences dos colegas; que não sabe se os dois esconderam juntos aqueles pertences na caixa do ar-condicionado ou na lixeira do banheiro; que não sabe se alguém, além do próprio depoente, deixou de receber de volta o que lhe pertencia; **que alguns dos armários foram arrombados, mas não se lembra quais**; que as coisas furtadas foram entregues à Tenente NASCIARA; **que o depoente não recebeu de volta os R$ 17,75 retirados do seu armário pelos Acusados** (fls. 525/526).

A testemunha DIOGO PADILHA SEABRA, ao ser ouvida em Juízo, declarou que não teve restituído o chip do seu telefone celular; que não sabe se aquele chip foi encontrado; que o chip do seu telefone custava cerca de R$ 10,00 reais; que, pelo que sabe, foi a primeira vez que os Acusados ingeriram bebida alcóolica a bordo; que não ouviu nenhum comentário dos Acusados no sentido de que iriam pegar coisas dos armários dos colegas; que alguns objetos foram encontrados na cesta de lixo do banheiro e outros na caixa do ar-condicionado; que alguns armários foram arrombados; que não sabe quem primeiro constatou que os armários tinham sido arrombados; **que não considerava confiável o Acusado MATHEUS, por saber que, além de bebida alcoólica, ele também usava drogas;** (fl. 527).

A testemunha BRUNO RICARDO DA SILVA BARBOSA, ouvida em Juízo às fls. 547/549, declarou que os valores em dinheiro não foram encontrados; **que os seus R$ 10,00 reais não foram devolvidos**; que não sabe em que horário os armários foram arrombados; que os armários não ficavam no mesmo ambiente que as camas; **que, além das partes da fechadura no chão, a porta do seu armário estava apenas encostada, praticamente aberta, que pelo que viu, os outros armários estavam na mesma situação**; que os dois Acusados também foram procurar os objetos e os valores subtraídos.

A testemunha RODRIGO DOS SANTOS PEREIRA declarou que foi subtraído do seu armário o uniforme de Treinamento Físico Militar; que o uniforme foi encontrado; que seu armário era trancado com cadeado; que o cadeado não tinha sinais de arrombamento, mas a porta do armário sim, pois as dobradiças estavam fora do lugar; que foi por volta da 00:00h ou 01:00h que viu os Acusados cambaleantes (fls. 550/551).

A Tenente NASCIARA NASCIMENTO SOUZA, ao ser ouvida em Juízo às fls. 672/674, declarou que estava de Oficial-de-Serviço e só foi informada dos fatos quando regressou para a Sala-de-Estado, por volta das 6 horas; que sabe informar que alguns objetos estavam em poder de ANTONIO e que o mesmo fez a devolução de alguns deles, e que não consegue precisar se todos os objetos foram devolvidos.

Na Sessão realizada em 14/3/2014, o CPJ/Mar, por maioria de votos (4x1), julgou procedente a Denúncia e condenou os Acusados ANTÔNIO DAVI RIBEIRO NETO e MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA como incursos no art. 240, §§ 1º, 4º e 6º, inciso IV, c/c os arts. 70, inciso II, alínea "c", 72, inciso I, e 75, tudo do CPM, à pena de 1 (um) ano de

reclusão, ambos com o direito de apelar em liberdade. Apenas ao primeiro foi concedido o *sursis*, *in verbis* (fls. 730/740):

> *"(...)*
>
> *CONDENAR o acusado ANTÔNIO DAVI RIBEIRO NETO, ex-Marinheiro-Recruta da Marinha do Brasil, por infração do art. 240, § 4º e § 6º, IV, tudo do Código Penal Militar. A pena-base é fixada no mínimo de 3 (três) anos de reclusão porque favoráveis as circunstâncias do art. 69 do CPM. A segunda qualificadora, do § 4º do art. 240 do CPM, computada como agravante, e a agravante da embriaguez [CPM, art. 70, II, c)], se compensam com a atenuante da menoridade (CPM, arts. 72, I, c/c art. 75). Inexistem majorantes. A minorante do art. 240, § 1º, do CPM enseja a redução de 2/3 (dois) terços, fazendo a pena recuar para 1 (um) ano de reclusão. Essa é a pena definitiva.*
>
> *CONDENAR o réu MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA, ex-Marinheiro-Recruta da Marinha do Brasil, por infração do art. 240, § 4º e § 6º, IV, tudo do Código Penal Militar. A pena-base é fixada no mínimo de 3 (três) anos de reclusão porque favoráveis as circunstâncias do art. 69 do CPM. A segunda qualificadora, do § 4º do art. 240 do CPM, computada como agravante, e a agravante da embriaguez [CPM, art. 70, II, c)], se compensam com a atenuante da menoridade (CPM, arts. 72, I, c/c art. 75). Inexistem majorantes. A minorante do art. 240, § 1º, do CPM enseja a redução de 2/3 (dois) terços, fazendo a pena recuar para 1 (um) ano de reclusão. Essa é a pena definitiva.*
>
> *É CONCEDIDA ao primeiro réu suspensão condicional da execução da pena por 2 (dois) anos porque satisfeitos os requisitos do art. 606, do Código de Processo Penal Militar, mediante as seguintes condições:*
>
> *(...)*
>
> *E NEGADA ao segundo réu a suspensão condicional da execução da pena por expressa vedação do art. 606, a, do CPPM. Para a hipótese de a execução incumbir à honorável Justiça Comum, é fixado como inicial o regime aberto para cumprimento.*
>
> *É CONCEDIDO a ambos o direito de apelar em liberdade.*
>
> *(...)".*

Intimado da Sentença em 26/3/2014 (fl. 742), o MPM interpôs Recurso de Apelação em 31/3/2014 (fl. 743), alegando, em síntese, erro na dosimetria da pena, uma vez que duas agravantes não poderiam ter

sido compensadas por apenas uma atenuante e, ainda, que não se aplica ao caso a causa de diminuição prevista no art. 240, §§ 1º e 2º, do Código Penal Militar. Requer o *Parquet* que seja reformada a sentença, calculando-se o *quantum* da pena da seguinte forma:

> *"a) Na segunda fase da dosimetria da pena com reconhecimento e aplicação de uma agravante não compensada ao réu MN Antônio (o que resultaria em aumento de um sexto)*
>
> *b) e, na terceira fase da dosimetria, sem que se aplique a causa de diminuição prevista no artigo 240, §§ 1º e 2º*
>
> *c) com as consequências legais quanto à suspensão condicional da pena e ao regime inicial de cumprimento."*.

Em Contrarrazões ao Recurso (fls. 759/767), a DPU rechaça os argumentos trazidos pelo MPM, pugnando pelo não provimento.

Intimada da Sentença em 10/4/2014 (fl. 744), a Defesa interpôs Recurso de Apelação em 14/4/2014 (fl. 745), arguindo, preliminarmente, a nulidade dos interrogatórios dos Apelantes, uma vez que deveriam ter sido realizados ao final da instrução penal, nos termos da Lei n° 11.719/2008. Sustenta, no mérito, a atipicidade da conduta, ante a inexistência do elemento subjetivo do tipo.

Subsidiariamente, requer o reconhecimento da tentativa, eis que não houve a inversão da posse por parte dos supostos agentes do delito.

Por fim, no tocante às penas aplicadas, pugna pela inaplicabilidade da agravante de embriaguez, bem como pela incidência da atenuante da confissão, além da redução da pena em favor de MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA, nos termos do artigo 48, parágrafo único, do Código Penal Militar (fls. 768-786).

Contra-arrazoando, o MPM manifesta-se pela rejeição da preliminar arguida pela DPU. No mérito, reitera as Razões de Apelação (fls. 798/802).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES (fls. 812/846), opina pelo conhecimento e improcedência dos Recursos, mantendo-se a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos presentes Recursos.

Insurge-se o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR no tocante ao *quantum* da pena aplicada aos ex-MNs ANTONIO DAVI RIBEIRO NETO e MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA, condenados à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incursos no art. 240, §§ 1º, 4º e 6º, inciso IV, c/c os arts. 70, inciso II, alínea "c", 72, inciso I, e 75, tudo do CPM.

Por sua vez, a DPU também interpôs Recurso de Apelação, arguindo, preliminarmente, a nulidade do presente feito, tendo em vista que os interrogatórios dos Acusados foram realizados no início da instrução processual.

Passa-se à análise da preliminar.

I – PRELIMINAR DE NULIDADE PELA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DO PROCEDIMENTO

A Defensoria Pública da União requer a nulidade dos interrogatórios dos Apelantes, alegando que deveriam ter sido realizados ao final da instrução penal, nos termos da Lei n° 11.719/2008.

Em que pese o esforço argumentativo da nobre DPU, o seu pleito não merece prosperar.

Da análise dos dispositivos transcritos abaixo, verifica-se que não há omissão nem lacuna a ser suprida subsidiariamente pela legislação processual penal comum no tocante ao ato do interrogatório na Justiça Militar. Senão vejamos:

> *"(...)*
> *Art. 3º do CPPM:*
> *Os casos omissos neste código serão supridos:*
> *a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar.*
> *(...)*
> *Art. 302 do CPPM:*
> *O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designado pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas."*.

Ressalte-se, ainda, o entendimento jurisprudencial desta Corte Castrense que, inclusive, se encontra em consonância com as decisões do Pretório Excelso, segundo o qual somente será aplicada subsidiariamente

a legislação comum quando não houver regra própria que trate sobre a matéria no Ordenamento Jurídico Militar, principalmente quando essa regra estabelecer um procedimento diferenciado, que é a questão *sub examine*.

Acerca do tema, destaca-se o *Habeas Corpus* nº 112-25.2013.7.00.0000/DF, Relator: Ministro Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, Julgado em 26/6/2013, *in verbis*:

> *"EMENTA. INTERROGATÓRIO INSERIDO NO CPP PELA LEI Nº 11.719/2008. INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.*
>
> *I-* ***No CPPM não existe lacuna que autorize a aplicação dos dispositivos legais do CPP, introduzidos pela Lei nº 11.719/2008, no âmbito da Justiça Militar da União. A integração analógica, somente, há de ser feita quando a Lei dos Ritos Penais Castrenses for omissa a respeito de alguma questão específica (art. 3º do CPPM), o que não é o caso dos autos.***
>
> *II- A matéria já se encontra sumulada nesta Corte de Justiça Militar no sentido de que a alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União (Súmula nº 15/STM).*
>
> *III- Conhecido e denegado o presente Pedido de Ordem, por falta de amparo legal e mantido o indeferimento do pleito liminar.*
>
> *IV- Decisão unânime.".*

Ademais, "*não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um 'hibridismo' incompatível com o Princípio da Especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares*" (HC 86.854, Relator: Ministro AYRES BRITTO, DJ 2/3/2007).

Outrossim, este Tribunal Castrense já sumulou a respeito da inversão do interrogatório, inaugurada pela Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP comum, *in verbis*:

> ***"SÚMULA Nº 15***
>
> *A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União."*.

Além de tudo, a Lei nº 11.719/2008 modificou o procedimento comum ordinário do CPP, ou seja, nada disse sobre a legislação processual castrense, que é de natureza especial, tendo em vista os bens jurídicos tutelados pela Justiça Militar: as Hierarquia e Disciplina militares. Não se referiu a ela exatamente por seu caráter especial, nos termos do art. 124, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Destarte, não há que falar em nulidade processual, muito menos em afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório, da Ampla Defesa ou do Devido Processo Legal.

Por fim, esse também é o entendimento da douta PGJM, *in verbis:*

> *"(...)*
>
> *A preliminar de nulidade apresentada pela Defesa de todos os Apelantes, por suposta inversão na ordem dos atos processuais, não merece prosperar. Isso porque as alterações introduzidas pela Lei nº 11.719/2008, no Código de Processo Penal comum, não se aplicam à Justiça Castrense, dada a sua especialidade.*
>
> *(...)"*.

Desse modo, rejeito a preliminar de nulidade arguida pela Defesa.

II – MÉRITO

No mérito, quanto ao pleito do MPM para que seja reformada a Sentença, no tocante ao *quantum* da pena imposta aos Apelantes, esse merece ser atendido em parte.

O CPJ/Mar operou com acerto na pena imposta aos Apelantes no tocante à pena-base fixada em 3 (três) anos (pena mínima cominada ao crime de furto qualificado – art. 240, § 4º e § 6º, inciso IV, do CPM) porque favoráveis as circunstâncias do art. 69 do mesmo *Code*x.

Da mesma forma, ao compensar a qualificadora do § 4º do art. 240, computada como agravante, e a agravante da embriaguez, prevista no art. 70, inciso II, alínea "c", com a atenuante da menoridade do art. 72, inciso I, tudo do CPM.

À luz do art. 75 do CPM[75], o Juízo *a quo* atribuiu caráter preponderante à atenuante da menoridade, pois está ligada à personalidade do agente. Verifica-se na Sentença (fl. 738) que o Conselho Julgador considerou a idade dos Réus (19 anos), bem como as suas personalidades ainda em formação.

Entretanto, a atenuante do art. 240, § 1º, do CPM, que ensejou a redução de 2/3 (dois) terços, fazendo a pena recuar para 1 (um) ano de reclusão, não deve ser aplicada no presente processo.

Como prescreve o referido dispositivo[76], a atenuação só será aplicada quando o agente for primário e a coisa furtada não exceder a um décimo do salário mínimo. Não é o caso dos autos.

Verifica-se que os bens subtraídos pelos Apelantes ultrapassaram em muito a fração de um décimo do salário mínimo vigente no País[77], que à época dos fatos correspondia à quantia de R$ 46,50 (quarenta e seis reais e cinquenta centavos). Destaca-se o seguinte trecho da Denúncia:

> *"(...)*
>
> *Do armário do MN-RC Nascimento foi furtado **um celular**, encontrado em seguida; do armário do MN-RC Robert foram furtados **um vidro de perfume e um fone de ouvido** encontrados no lixo; do armário do MN-RC Uilto Patrício foi furtado **um vidro de perfume da marca Natura, que havia custado R$ 73,00 (setenta e três reais)**; do armário do MN-RC Felipe Freitas foi furtado **o valor de R$ 15,00 (quinze reais)**; do armário do MN-RC Padilha foi furtado **o chip de seu celular**; do armário do MN-RC S. Santos foi furtada **a quantia de R$ 17,75 (dezessete reais e setenta e cinco centavos)**; do armário do MN-RC Bruno Ricardo foi furtada **uma carteira com o valor de***

---

[75] *"Art. 75. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente, e da reincidência. Se há equivalência entre uma e outra, é como se não tivessem ocorrido"*.

[76] *"Art. 240, § 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país"*.

[77] Lei nº 11.944, de 28 de maio de 2009.

> ***R$ 10,00 (dez reais)**; do armário do MN-RC João foi furtada **uma camisa branca, um short TFM, meia branca, tudo no valor de R$ 17,00 (dezessete reais) e mais moedas no valor de R$ 10,00 (dez reais)**; do armário do MN-RC C. Júnior foi furtado **um cordão folheado a ouro**; do armário do MN-RC Jenilson foi furtado **um chip da claro, além do valor de R$ 12,00 (doze reais)** e do armário do MN-RC Matos foi furtada **a quantia de R$ 65,00 (sessenta e cinco reais).***
>
> *(...)."*

Da mesma forma, não deve ser aplicada a atenuante prevista no § 2º do art. 240 do CPM[78], haja vista que em nenhum momento restou consignado que os Apelantes fizeram a devolução mansa e pacífica dos bens subtraídos dos armários dos Ofendidos. Pelo contrário, o Apelante ANTÔNIO declarou que MATHEUS propôs que simulassem que também haviam sido "roubados" e, para tanto, o mesmo colocou o seu relógio e o telefone celular de MATHEUS na caixa do ar-condicionado. Esclareceu que, ao serem acordados pelo MN-RC BRUNO RICARDO, informando dos furtos nos armários, ele (ANTÔNIO) e MATHEUS deram seus nomes como vítimas. Em seguida, MATHEUS pegou os telefones subtraídos de seus colegas de farda, os quais estavam guardados em seu armário, e os colocou na lixeira do banheiro, local em que vieram a ser encontrados.

Também não merece prosperar o pleito da Defesa para que os Apelantes sejam absolvidos pela atipicidade da conduta, ante a inexistência do elemento subjetivo do tipo. Extrai-se dos autos que os Acusados agiram com *animus furandi*, pois, como mencionado acima, em comum acordo, simularam que também haviam sido furtados, colocando, para tanto, o relógio e o telefone celular de MATHEUS na caixa do ar-condicionado e, ainda, dando seus nomes como vítimas. Não há que se falar em conduta dolosa presumida. Trata-se de "dolo específico", que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

No que tange ao pedido para o reconhecimento da "tentativa", sob a alegação de que não houve a inversão da posse por parte dos agentes do delito, igualmente, não merece acolhimento. A melhor doutrina ensina que o crime de furto se consuma com a inversão da posse física do

---

[78] *"§ 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal."*.

bem, ainda que por curto espaço de tempo, não se exigindo que esta seja mansa e pacífica nem que o bem saia da esfera de vigilância da vítima (teoria da *apprehensio* ou *amotio*). É o caso dos autos.

Nesse mister, destaca-se o seguinte Julgado: Apelação nº 104-66.2012.7.07.0007/PE, Relator: Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, julgado em 3/12/2013:

> *"APELAÇÃO. ARTIGO 240 DO CPM. CRIME CONSUMADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA 'APPREHENSIO OU AMOTIO'. PRELIMINAR DE NÃO OBSERVÂNCIA DA LEI Nº 11.719/2008 NÃO CONHECIDA. MÉRITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA A QUO.*
>
> *(...)*
>
> *Pratica a conduta delituosa prevista no art. 240 do CPM militar que, em serviço de sentinela, furta objetos do interior do Próprio Nacional Residencial - PNR do Comandante.*
>
> *O direito brasileiro adotou a teoria da apprehensio ou amotio, em que o delito de furto se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranquila.*
>
> *Inaplicável a diminuição prevista no artigo 240, § 2º, do Código Penal Militar se não há a devolução da* res *pelo agente, mas sim a descoberta da empreitada criminosa por outro militar, que recupera os objetos furtados.*
>
> *Exacerbação da pena devidamente fundamentada.*
>
> *A autoria e a materialidade comprovadas nos autos. O Apelante, agindo de maneira livre e consciente, praticou o crime de furto, devendo ser mantida na íntegra a Sentença* a quo. *Unânime."*.

No tocante à inaplicabilidade da agravante de embriaguez suscitada pela Defesa, o que se vê é que os Apelantes realmente tinham a intenção de subtrair os bens e valores dos armários de seus colegas de farda. E, em razão da embriaguez, não lograram êxito em ocultar a autoria. O fato é que não se trata de embriaguez completa e derivada de caso fortuito ou força maior. Como bem consignado pelo Juízo de 1ª instância "*Embriaguez voluntária não é carta branca ou salvo conduto para as pessoas cometerem crime*".

Ademais, a prescrição referente ao delito de embriaguez no serviço, declarada pelo CPJ/Mar, extinguiu somente a punibilidade em rela-

ção ao crime em si, em nada interferindo quanto à possibilidade de reconhecimento da agravante prevista no artigo 70, inciso II, alínea "c", do CPM. São institutos completamente distintos.

Quanto à incidência da atenuante da confissão, o entendimento dessa Corte Superior Castrense é o de que a confissão realizada perante autoridade, quando a autoria do crime não é ignorada nem atribuída a outrem, repele a atenuante prevista no artigo 72, inciso III, alínea "d", do Código Penal Militar. Precedente do STM[79].

Depreende-se dos depoimentos acostados aos autos que os Apelantes não confessaram a prática do delito espontaneamente. Ao contrário, simularam que também seriam vítimas dos furtos, mudaram o local dos objetos furtados e, ainda, tentaram sair da OM por local não permitido. Conclui-se, portanto, que os mesmos só confessaram a prática dos delitos quando os indícios de autoria apontavam para si.

Quanto à redução da pena requerida pela Defesa em favor de MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA, nos termos do artigo 48, parágrafo único, do CPM, mantém-se o entendimento do Juízo *a quo*. Extrai-se o seguinte trecho da Sentença, *in verbis*:

> *"Os Srs. Peritos informam quanto ao segundo acusado que 'ele possuía capacidade de entendimento, porém sua capacidade de autodeterminação, pelo exposto na resposta ao quesito 4, poderia estar prejudicada' (fl. 477) (Destacou-se).*
>
> *Entretanto, tudo quanto dito antes sobre sua conduta de tentar sair da OM, simular ser vítima e mudar o local dos objetos furtados tão logo soube que seu armário seria revistado, autoriza concluir que sua capacidade de se comportar de acordo com seu entendimento sobre o caráter ilícito dos fatos que praticava não estava tão comprometida a ponto de incidir o art. 48, parágrafo único, do CPM.*
>
> *Trata-se de alguém que tomou cuidados para não ser descoberto e não responder por seus atos. O fato de estar ébrio pode ter atrapalhado aqueles cuidados, mas os autos mostram que MATHEUS era responsável pelos próprios atos."*.

A douta PGJM opina pelo conhecimento e improcedência dos Recursos, mantendo-se a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

---

[79] Apelação nº 64-27.2009.7.02.0202/SP, julgado em 8/4/2014, Relator: Ministro Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, Decisão unânime.

No presente caso concreto, analisando-se à luz do Princípio da Proporcionalidade, que serve de norteador ao juiz no momento da aplicação da pena, a condenação imposta aos Acusados mostra-se acertada. Todavia, reformar a Sentença para imputá-los uma pena de 3 (três) anos de reclusão em face do ocorrido fere veementemente a proporcionalidade, bem como a finalidade da pena, motivo pelo qual se entende como sendo necessária e adequada a adoção de uma "minorante inominada", excepcionalmente no caso em voga.

Presentes a materialidade e a autoria, inexistindo excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, o decreto condenatório se impõe.

Passa-se aos cálculos das penas:

Em relação ao ex-Marinheiro-Recruta **ANTÔNIO DAVI RIBEIRO NETO**, por infração do art. 240, § 4º e § 6º, inciso IV, do CPM, a pena-base é fixada no mínimo de 3 (três) anos de reclusão, uma vez que são favoráveis as circunstâncias do art. 69 do CPM.

A agravante do art. 70, inciso II, alínea "c", do CPM é compensada com a atenuante da menoridade (art. 72, inciso I, do CPM), nos moldes do art. 75 do CPM.

Na terceira fase, aplica-se o Princípio da Proporcionalidade como minorante inominada, no patamar de 2/3 (dois terços), diminuindo o *quantun* da pena de 3 (três) anos de reclusão para 1 (um) ano de reclusão, à míngua de novas circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição de pena.

É concedido o *sursis* por 2 (dois) anos nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea "a", com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, ex *vi* do art. 611 do mesmo Diploma Legal.

Fixa-se o regime prisional inicialmente aberto, em caso de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984).

Em relação ao ex-Marinheiro-Recruta **MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA**, por infração do art. 240, § 4º e § 6º, inciso IV, do CPM, a pena-base é fixada no mínimo de 3 (três) anos de reclusão, uma vez que são favoráveis as circunstâncias do art. 69 do CPM.

A agravante do art. 70, inciso II, alínea "c", do CPM é compensada com a atenuante da menoridade (art. 72, inciso I, do CPM), nos moldes do art. 75 do CPM.

Na terceira fase, aplica-se o Princípio da Proporcionalidade como minorante inominada, no patamar de 2/3 (dois terços), diminuindo o *quantun* da pena de 3 (três) anos de reclusão para 1 (um) ano de reclusão, à míngua de novas circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição de pena.

É negado o *sursis* por expressa vedação do art. 606, alínea "a", do CPPM.

Fixa-se o regime prisional inicialmente aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984).

Posto isso, nego provimento ao Recurso da Defesa e dou provimento parcial ao Recurso do MPM, para, reformando a Sentença *a quo*, condenar o ex-MN **ANTÔNIO DAVI RIBEIRO NETO**, como incurso no art. 240, § 4º e § 6º, inciso IV, do CPM, à pena de 1 (um) ano de reclusão, com direito ao benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos. É fixado o regime prisional inicialmente aberto, em caso de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984); e condenar o ex-MN **MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA**, como incurso no art. 240, § 4º e § 6º, inciso IV, do CPM, à pena de 1 (um) ano de reclusão, sem o benefício do *sursis* por expressa vedação do art. 606, alínea "a", do CPPM. É fixado o regime prisional inicialmente aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984).

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em rejeitar a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, de nulidade, em razão da realização do interrogatório no início da instrução penal. **No mérito**, **por unanimidade**, em negar provimento ao recurso da Defesa e, **por maioria**, em dar provimento parcial ao recurso do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença *a quo*, condenar o ex-MN Antonio Davi Ribeiro Neto, como incurso no art. 240, § 4° e § 6°, inciso IV, do CPM, à pena de

1 ano de reclusão, com direito ao benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, fixando o regime prisional inicialmente aberto, em caso de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2°, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210, de 1984); e condenar o ex-MN Matheus dos Santos Oliveira, como incurso no art. 240, § 4° e § 6°, inciso IV, do CPM, à pena de 1 ano de reclusão, sem o benefício do *sursis*, por expressa vedação do art. 606, alínea "a", do CPPM, fixando-se o regime prisional inicialmente aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2°, alínea "c", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210, de 1984).

Brasília, 16 de abril de 2015 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
APELAÇÃO Nº 15-78.2009.7.06.0006-BA

Em Sessão de Julgamento de 16 de abril de 2015, votei divergindo da douta maioria quanto à preliminar de nulidade, arguida no Apelo da Defensoria Pública da União, porque entendia que esta deveria ser acolhida, determinando-se a nulidade do processo por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, por ter sido o Apelante interrogado no início da lide, bem como no mérito do recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar, em que negava provimento, mantendo a Sentença *a quo*, pelos argumentos que passo a expor.

I) DA DIVERGÊNCIA NA PRELIMINAR DE NULIDADE NO APELO DA DEFESA

2. A Defensoria Pública da União pretendia, em sede preliminar, a anulação do processo em razão de suposta violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório por ter sido o Apelante interrogado no início da lide, o que teria gerado efetivo prejuízo.

3. Quanto a esse tema, tenho firmado entendimento no sentido de que se aplicam à Justiça Militar a inversão do interrogatório, devendo este ser tomado ao final da instrução processual, nos feitos em trâmite na justiça militar a partir da Lei nº 11.719/2008, a teor do que diz o artigo 400 da Lei Processual Penal Comum, com a seguinte redação:

> *"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á*

> *à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas,* ***interrogando-se, em seguida, o acusado****."* (os grifos não são do original).

4. Mesmo que a matéria tenha sido recentemente sumulada por esta corte, consoante o seguinte verbete da Súmula 15:

> *"A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União."*.

5. Ocorre que, após refletir sobre o contexto em que se deu a alteração do art. 400 do CPP, modifiquei o meu posicionamento sobre a matéria, entendendo que o verbete da Súmula nº 15 deste Tribunal carece de uma revisão, apesar de ter sido editada recentemente.

6. Nesse propósito, vale conhecer os motivos que levaram o legislador a atualizar a legislação processual penal comum, a fim de que ficasse claro que o nosso Direito adota o sistema acusatório, partindo-se da premissa de que o interrogatório é tanto meio de prova como meio de defesa. Nesse contexto, extraem-se da Mensagem nº 13, que acompanhou o Projeto de Lei nº 4207/2001, os seguintes fragmentos relativos à alteração do Código de Processo Penal, enfocando-se justamente as garantias conferidas ao acusado da ampla defesa e do contraditório, *in litteris:*

> *"(...).*
>
> *São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia;* ***interrogatório do acusado somente após a produção da prova****; procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa,* ***interrogado o acusado****, produzidas as alegações finais das partes e prolatada a sentença. (...)."* (os grifos não são do original).

7. Na verdade, a proposta de alteração do referido dispositivo legal teve o único objetivo de reconhecer que a realização do interrogatório

no início do processo e antes da oitiva das testemunhas não estava em consonância com a Carta Política em vigor nem tampouco com os tratados e convenções sobre direitos humanos, já internalizados no ordenamento jurídico. Importa notar que o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal assentou, de forma indelével, que a legislação processual penal no direito brasileiro, incluindo a legislação castrense, deve adotar o sistema acusatório, ao dispor que: *"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*. Nessa mesma linha garantista dos direitos do acusado, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro o *Pacto de São José da Costa Rica*, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/1992, com cumprimento determinado pelo Decreto nº 678/1992, relacionando as seguintes garantias:

> *"Artigo 8º - Garantias judiciais*
>
> ***1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela****, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*
>
> *2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*
>
> *a) omissis;*
>
> *b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
>
> ***c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;***
>
> ***d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;***
>
> *e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*
>
> ***f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como teste-***

> ***munhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;***
>
> ***g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e***
>
> *h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior."* (os grifos não são do original).

8. A partir do conteúdo da norma constitucional citada e das disposições contidas no *Pacto de São José da Costa Rica*, entendo que é totalmente desconfortável sustentar que o art. 400 do CPP é incompatível com a legislação adjetiva castrense ou que esta última não é omissa, uma vez que o art. 302 do CPM dispõe que o interrogatório, no âmbito da Justiça Militar, deve ser realizado logo após o recebimento da denúncia. A meu sentir, não há mais espaço para refutar os reclamos da douta Defensoria Pública da União, a qual tem requerido, reiteradamente, a não aplicação do referido dispositivo da legislação adjetiva castrense, a fim de que esta Justiça Militar possa admitir a inversão do interrogatório na instrução criminal. A propósito, vale transcrever fragmentos do artigo "*O Interrogatório do acusado no Processo Penal Militar deve se dar ao final da Instrução*", de autoria do Defensor Público Federal Dr. João Roberto de Toledo, disponível em http:www.jusmilitareis.com.br/uploads/docs/interrogatório(1) e acessado em 23/4/2014, em que foi dada a seguinte abordagem ao tema vertente:

> *"(...).*
>
> *O que se ouve corriqueiramente no meio judiciário castrense é que o CPPM não é omisso em matéria de interrogatório e que, por não haver omissão, não seria aplicável o disposto no CPP (interrogatório ao final do processo), por força do art. 3º do Código de Processo Penal Militar.*
>
> *Porém, é de se ressaltar que não se trata de omissão pura e simplesmente, observável* prima facie*, mas de norma jurídica de* status *ordinário (decreto lei) que não fora recepcionada pela Constituição Federal (art. 5º, incisos LV e LXIII), gerando sim uma lacuna, mas num segundo momento de reflexão.*
>
> *A esta altura, poder-se-ia argumentar que o próprio Código de Processo Penal comum somente passou a prever o interrogatório ao final do processo após a promulgação da Lei 11.719/08 e ninguém cogitou da sua contradição com a Constituição antes de tal diploma legislativo.*
>
> *Porém tal norma jurídica fora resultado de um projeto de lei gestado no Congresso Nacional desde o ano de 2001, em cujo*

parecer o relator na Comissão de Constituição e Justiça, o então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, ressaltou a autoridade intelectual dos estudiosos do direito processual penal cujas posições doutrinárias já preconizavam e sustentavam as alterações constantes do projeto de lei, muito antes do início do trâmite legislativo da matéria.

Dentre eles, doutos do quilate da professora Ada Pellegrini Grinover que antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já preconizava que o acusado não pode ser tratado como objeto pelo julgador, mas como sujeito de direito.

Resta claro, pois, que mesmo antes da edição da Lei 11.719/08 poderiam ser questionadas a incompatibilidade tanto da redação originária do CPP, quanto da redação do CPPM, com as disposições constitucionais e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destacando-se nesta senda o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece as garantias processuais dos acusados em processos penais nas alíneas do seu art. 8º." (os grifos não são do original).

9. Ressalte-se que a opinião do douto Defensor Público Federal encontra-se embasada nos últimos julgados do egrégio Supremo Tribunal Federal, nos quais aquela Corte assentou o entendimento de que a disposição contida no art. 302 do CPPM não é compatível com as normas constitucionais vigentes e com os tratados internacionais firmados pelo Brasil.

10. Aliás, o Pretório Excelso entendeu que o art. 400 do CPP deve ser aplicado inclusive nas Ações Penais a serem processadas e julgadas naquela Corte, a despeito de o art. 7º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, dispor que *"recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso"*. Vê-se, então, que a alegação de existência de disposição específica sobre o momento de realização do interrogatório, como já referido anteriormente, não serve como argumento para negar a transferência do interrogatório do acusado para o final da instrução criminal, não havendo mais dúvida no que diz respeito à incompatibilidade dessa norma com o ordenamento jurídico vigente. Daí o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação do art. 7º da citada lei, cujo julgado está assim ementado:

"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." (*Ação Penal nº 528, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/3/2011 e publicado em 8/6/2011).

11. Especificamente em relação à incompatibilidade do art. 302 do CPPM com o sistema vigente, vale trazer à colação os seguintes julgados do STF:

"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 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." (Habeas Corpus* nº 115698, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013 e publicado em 14/8/2013, os grifos são do original).

"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 respetivos 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, 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."* (*Habeas Corpus* n° 115530, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013 e publicado em 14/8/2013, os grifos são do original).

12. É de suma importância transcrever as razões de decidir expendidas pelo eminente Ministro LUIZ FUX, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 115698, nas quais o citado magistrado manifesta-se sobre a aplicação do art. 400 do CPP somente para os casos em que a Denúncia tenha sido recebida e o interrogatório realizado a partir da publicação da Lei nº 11.719/2008, *in litteris:*

"(...).

Ora, a mesma racionalidade que inspirou a Corte no julgamento da AP nº 528 se aplica ao caso sob exame. Isso porque o art. 302 do Código de Processo Penal Militar (Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas) estabelece o interrogatório do acusado será feito no início do processo, impedindo-lhe de se manifestar direta e pessoalmente sobre todas as provas produzidas. Verifica-se, portanto, que a proteção do direito de defesa consubstanciada no art. 302 do Código de Processo Penal Militar é mais frágil do que aquela consagrada pelo atual art. 400 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008. Nesse cenário, o postula-

do da máxima eficácia dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5º, §1º) reclama, tal como na AP nº 528, o afastamento da disciplina legal menos afeiçoada ao estatuto constitucional das garantias individuais, de sorte a prestigiar a opção legislativa que melhor concretize os vetores axiológicos emanados da Carta Constitucional.

Sem embargo, tal como já decidido pelo STF no precedente invocado, tal entendimento não se aplica aos casos em que o interrogatório tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008.* In casu*, verifica-se que a denúncia foi recebida no dia 18/03/2011, data, portanto, muito posterior ao início de vigência da nova redação do art. 400 do Código de Processo Penal, cuja aplicabilidade à hipótese é, pois, autoevidente.

Por essas razões, voto no sentido de conceder a ordem pleiteada para 'reconhecer a nulidade absoluta da decisão do CPJEx, que indeferiu o pleito de realização de interrogatório ao final da instrução criminal, e, por consequência, permitir o exercício da autodefesa do paciente por meio do interrogatório antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense'." (os grifos não são do original).

13. Assim, adotando essa mesma linha de raciocínio do eminente Ministro LUIZ FUX, passo a reconhecer a aplicação subsidiária do art. 400 do CPP.

14. **Por essas razões**, votava pelo acolhimento da preliminar de nulidade arguida no Apelo da Defensoria Pública da União, em razão de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, por ter sido o Apelante interrogado no início da lide.

II) DA DIVERGÊNCIA NO RECURSO DE APELAÇÃO DO MPM

15. Por seu turno, no Apelo interposto pelo Ministério Público Militar votava em divergência com a douta maioria, para negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Militar, por entender adequada a dosimetria levantada na Sentença, bem assim considerando que a aplicação de atenuante inominada a título de equalização da pena, por força do princípio da proporcionalidade, não encontrava guarida jurídica no presente caso, no que adoto as razões consignadas pelo Juízo *a quo*, assim deduzidas:

"Sentença

(...)

***Ex positis** e pelo mais que dos autos consta, DECIDE o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha do Brasil, por maioria de 4 (quatro) votos a 1 (um), julgar procedente esta ação penal na forma a seguir.*

CONDENAR o acusado ANTÔNIO DAVI RIBEIRO NETO, ex-Marinheiro-Recruta da Marinha do Brasil, por infração do art. 240, § 4º e § 6º, IV, tudo do Código Penal Militar. A pena-base é fixada no mínimo de 3 (três) anos de reclusão porque favoráveis as circunstâncias do art. 69 do CPM. A segunda qualificadora, do § 4º do art. 240 do CPM, computada como agravante da embriaguez (CPM, art. 70, II, alínea 'c'), se compensam com a atenuante da menoridade (CPM, arts. 72, I, c/c art. 75). Inexistem majorantes. A minorante do art. 240, § 1º, do CPM enseja a redução de 2/3 (dois terços), fazendo a pena recuar para 1 (um) ano de reclusão. Essa é a pena definitiva.

CONDENAR o réu MATHEUS DOS SANTOS OLIVEIRA, ex-Marinheiro-Recruta da Marinha do Brasil, por infração do Art. 240, § 4º e 6º, IV, tudo do Código Penal Militar. A pena-base é fixada no mínimo de 3 (três) anos de reclusão porque favoráveis as circunstâncias do art. 69 do CPM. A segunda qualificadora, do § 4º do art. 240, § 1º, do CPM, computada como agravante, e a agravante da embriaguez (CPM, art. 70, II, C), se compensam com a atenuante da menoridade (CPM, arts. 72, U, c/c art. 75). Inexistência majorantes. A minorante do art. 240, § 1º, do CPM enseja a redução de 2/3 (dois terços) fazendo a pena recuar para 1 (um) ano de reclusão. Essa é a pena definitiva.

É CONCEDIDA ao primeiro réu suspensão condicional da execução da pena por 2 (dois) anos porque satisfeitos os requisitos do art. 606, do Código de Processo Penal Militar, mediante as seguintes condições:

(...)

É NEGADA ao segundo réu a suspensão condicional da execução da pena por expressa vedação do art. 606, a), do CPPM. Para a hipótese de a execução incumbir à honorável Justiça Comum, é fixado como inicial o regime aberto para cumprimento. (...)".

16. Nesse ponto alinho-me ao posicionamento do emérito Subprocurador-Geral Dr. MÁRIO SERGIO MARQUES SOARES, que, no pa-

recer de fls. 812/846, opinou pelo conhecimento e improcedência dos Recursos, mantendo-se a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, estando o dito parecer assim ementado, *verbis*:

> *"FURTO ATENUADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ALTERAÇÕES DO CPP PELA LEI 11.719. INAPLICABILIADE À JUSTIÇA MILITAR. PROVAS ROBUSTAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ERRO NO* QUANTUM. *MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 – Marinheiros que furtam bens e valores dos colegas, após embriagarem-se e arrombarem os armários de outros recrutas. 2 – A materialidade e autoria restaram fartamente evidenciadas pelas provas nos autos. 3 – Não há que se falar em tentativa, uma vez que os Apelantes percorreram todo o* iter criminis. *4 – As penas foram aplicadas de forma coerente e razoável. Incidência da agravante de embriaguez e não reconhecimento da confissão. 5 – O pequeno valor dos bens e a primariedade dos Apelantes justificam a diminuição prevista no § 1º do art. 240 do CPM. 6 – Parecer pelo conhecimento e denegação dos Apelos, com a manutenção da r. Sentença recorrida."*.

17. Ademais, embora a Corte tenha modificado a sistemática empreendida na aferição da dosimetria, em que se destaca o afastamento da atenuante do § 1º do artigo 240 do CPM, que diminuía a pena em 2/3 (dois terços), bem como a atenuante do § 2º do mesmo artigo, sopesou todas as alterações ao aplicar atenuante inominada a pretexto de adequação mediante o princípio da proporcionalidade, no que restou a mesma pena final, a ambos os condenados, que aquela fixada pelo Juízo *a quo*, no que implicou a ausência de qualquer eficácia a nova sistemática de dessimetria, retirando o caráter de efetividade da prestação jurisdicional de 2ª Instância.

18. Entendo que a adequação da pena pela incidência de atenuante inominada, em face do princípio da proporcionalidade, somente deve ser aplicada em caráter de extrema distorção da pena apurada, ante a evidente desproporção com a lesão jurídica, não sendo o caso no presente feito, haja vista que a dosimetria levantada na Sentença, como bem observou o Subprocurador-Geral do Ministério Público Militar, demonstrou-se coerente e razoável.

Por essas razões, votava para acolher a preliminar de nulidade arguida no Apelo interposto pela Defensoria Pública da União. No méri-

to, negava provimento a ambos os Apelos, mantendo a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 16 de abril de 2015.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 25-49.2013.7.03.0303-RS

Relator – Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor – Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelantes – O Ministério Público Militar e Anderson Silva da Silva, ex-Sd Ex, revel, condenado à pena de 8 meses de reclusão, como incurso no artigo 240, *caput*, c/c o artigo 30, inciso II, tudo do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 28/1/2014.

Advogada – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELOS DO MPM E DA DEFESA. DELITO DE FURTO. REFORMA DA SENTENÇA PARA, AFASTANDO A FORMA TENTADA, CONSIDERAR O CRIME COMO CONSUMADO. PROVIMENTO DO APELO DO MPM E DESPROVIMENTO DO APELO DA DEFESA. **Não só pela constante sofisticação dos modos de desapossamento de bens de outrem, como também pelo incessante e natural repensar das formas de interpretar os delitos patrimoniais diante desse fenômeno***, predomina na atualidade o entendimento de que o momento consumativo do delito de furto ocorre quando o bem é subtraído da esfera da posse do sujeito passivo, ingressando na órbita de disponibilidade do agente, independentemente de revestir-se essa disponibilidade dos traços da tranquilidade e da fruição de benefícios.* **Em que pese o furto, que se distingue como crime militar, ter na maioria das vezes como palco o interior das Organizações Castrenses***, o Direito Penal Militar não reclama entendimento diferenciado quanto ao instante da sua consumação, até porque, entre tais organizações, incluem-se diversos segmentos que não se caracterizam como quartéis com rígidos controles de segurança orgânica, entre eles, destacadamente, os hospitais e as bases de apoio administrativo em geral. Como é cediço e firmemente consagrado pela jurisprudência do Superior Tribunal Militar, para a aplicação do princípio da insignificância, há que se avaliar bem mais do que o valor patrimonial da* **res** *e a representatividade do*

prejuízo e dos transtornos suportados pela **Vítima**. *Assim é que, na esteira do entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, para a aplicação de tal princípio deve ser levado em conta um conjunto de vetores, quais sejam:* **a mínima ofensividade da conduta; a inexistência de periculosidade social do ato; o reduzido grau de reprovabilidade da conduta; e a inexpressividade da lesão provocada**. *Na espécie, o* **Acusado** *subtraiu coisa pertencente a um colega de farda, também um soldado, afrontando, com isso, valores fundamentais da Caserna, conforme explicitamente elencados no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), entre os quais se inscrevem, com destaque, a confiança que rege as relações entre companheiros d'armas, a cooperação e a solidariedade que os une e, sobretudo, a hierarquia e a disciplina. Ademais, não se cuida de coisa furtada de pequeno valor, mas sim de um equipamento eletrônico avaliado em R$ 316,72, desimportando, à evidência, que tenha havido a sua recuperação por terceiro e a sua ulterior entrega à* **Vítima**, *uma vez que a representatividade da lesão patrimonial há que ser avaliada tendo em conta o momento em que se deu a consumação do furto. Não acolhimento da tese defensiva de que, na espécie, tratar-se-ia do crime de* **Furto de uso**, *conforme tipificado no artigo 241 do CPM, uma vez que, como delineado e comprovado à saciedade, o* **Acusado** *subtraiu a* res *com inescondível propósito de assenhoramento definitivo, não tendo, ademais, a restituído ou a reposto no local onde a encontrou. Provimento do* **Apelo** *do* **MPM** *para, com a reforma da* **Sentença**, *afastar a forma tentada e condenar o* **Acusado** *pela prática de* ***Furto*** *consumado, na dicção do artigo 240,* caput*, do Código Penal Militar. Desprovimento do* **Apelo** *da* **Defesa.** *Unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Apelo do Ministério Público Militar para, com a reforma da Sentença, condenar o ex-Sd Ex Anderson Silva da Silva à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 240, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto, e negou provimento ao Apelo da Defesa. Presidência do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Gio-

vanni Rattacaso. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 17ª Sessão, 25/3/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de ***Apelação*** interposta, de um lado, pelo Ministério Público Militar e, de outro, pelo ex-Sd Ex ANDERSON SILVA DA SILVA, ambos inconformados com a ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 28/1/2014, prolatada na ***Ação Penal Militar nº 25-49.2013.7.03.0303***.

In casu, a irresignação ministerial refere-se a ter sido o ***Réu*** condenado como incurso no artigo 240, *caput*, c/c o artigo 30, inciso II, do Código Penal Militar, ou seja, pelo crime de ***Furto*** na forma tentada e não, como proposto na ***Denúncia***, na modalidade consumada.

Por seu turno, o inconformismo do ex-Sd ANDERSON SILVA DA SILVA diz respeito à própria condenação que lhe foi imposta, na incursão antes definida, à pena de 8 meses de reclusão, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Narra a ***Denúncia*** de fls. 1.1 a 1.2, *in verbis*:

> *"Emerge dos autos do Inquérito Policial Militar n° 0000025-49.2013.7.03.0303 que o denunciado* ***ANDERSON SILVA DA SILVA*** *subtraiu para si, no dia 24 de outubro de 2012, por volta das 7h15min, no alojamento do Hospital de Guarnição de Santa Maria (HGuSM), o aparelho celular Nokia 500 pertencente ao ofendido Sd Matheus Oliveira Momolli, avaliado em R$ 316,72 (trezentos e dezesseis reais e setenta e dois centavos).*
>
> *Segundo o apurado, o Sd Oliveira deixara seu aparelho celular, por volta das 6h45min do dia dos fatos, no bolso de sua gandola camuflada, pendurando-a na cabeceira de um dos beliches do alojamento do HGuSM, tendo, então, dirigido-se ao grêmio para realizar a manutenção de rotina da permanência do alojamento (croqui de fl. 42).*

Consta dos autos que o denunciado adentrou no alojamento por volta das 7h10min para trocar a sua camiseta, momento em que se deparou com a gandola de seu colega de farda pendurada na cabeceira de um dos beliches e, estando sozinho no alojamento, resolveu remexer nos bolsos da mesma, encontrando o celular Nokia 500, apoderando-se do mesmo.

Restou apurado que, assim que as autoridades militares tomaram conhecimento da subtração, foram realizadas diversas diligências para localizar a res furtiva*, inclusive com revista de armários, sendo que, por volta das 11h, o 3º Sgt Elizeu Silva do Nascimento resolveu realizar uma varredura no rancho, pegando vários pertences de terceiros que estavam na sala de expurgo, colocando-os em saco preto de lixo, momento em que observou o ora denunciado de posse de um casaco azul dirigindo-se para a copa.*

Desconfiado da atitude do Sd Anderson, o 3º Sgt Elizeu determinou ao denunciado que fosse fazer a entrega do almoço para os pacientes internados, momento em que observou que o mesmo já não estava mais de posse do casaco, razão pela qual o Sgt Elizeu começou a procurar o casaco pelo rancho, encontrando-o escondido no interior do forno do fogão existente no rancho do HGuSM (fls. 89-91 e foto de fl. 91), sendo que no bolso do casaco foi encontrado o celular subtraído. O investigado, agora ex-Sd Anderson, interrogado, confessou a conduta acima descrita (fls. 64-65).

Em assim agindo, transgrediu o denunciado, ***ANDERSON SILVA DA SILVA****, a norma sediada no* ***art. 240,*** **caput*****, do Código Penal Militar****, motivo pelo qual, após recebida e autuada, requer a instauração da competente ação penal, citando-o para interrogatório e demais atos processuais até final julgamento, sob pena de revelia, com a sua necessária condenação, bem como a oitiva das testemunhas abaixo relacionadas.".*

A ***Acusatória*** encontra-se lastreada no ***Inquérito Policial Militar - IPM*** de fls. 104 a 107 (***Solução*** à fl. 109) e nos resultados das diligências complementares requeridas pelo *Parquet* de fls. 119, 121 e 126 a 138.

A ***Denúncia*** foi recebida à fl. 147.

O ***Acusado*** foi citado à fl. 162.

Nos termos da ***Ata*** de fl. 165, o ***Conselho*** decretou a revelia do ***Acusado***, eis que, embora regularmente citado e intimado, não compareceu ao ***Juízo*** para ser qualificado e interrogado.

O ***Ofendido***, Sd MATHEUS OLIVEIRA MOMOLLI, foi ouvido às fls. 176 e 177.

As ***Testemunhas*** do *Parquet* foram inquiridas: Ten TIFFANY PROKOPP HAUTRIVE às fls. 178 e 179; e Sgt ELIZEU SILVA DO NASCIMENTO à fl. 180.

Em sua manifestação de fl. 186, a Defensoria Pública da União afirmou "***não ter mais provas a produzir***".

No prazo do art. 427 do CPPM, o ***MPM*** e a ***DPU*** nada requereram (fls. 187v e 188).

O *Parquet* e a ***Defesa*** apresentaram as suas ***Alegações Escritas***, respectivamente, às fls. 191 a 199 e 201 a 211.

O ***Julgamento*** foi realizado nos termos da ***Ata*** de fls. 215 a 217, com a prolação do veredito condenatório por unanimidade de votos quanto à condenação e, por maioria, quanto à forma tentada, na medida em que um dos Juízes considerou o crime consumado.

A ***Sentença*** encontra-se às fls. 219 a 230.

Os ***Apelos*** do ***MPM*** e da ***Defesa*** estão, respectivamente, às fls. 235 e 237.

Em suas ***Razões*** de fls. 241 a 247, o ***MPM*** discorre sobre diferentes teorias a respeito do momento consumativo do crime de furto. Salienta que "***o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm adotado a 'Teoria da Amotio' (ou apprehensio), segundo a qual o delito se consuma no momento em que a coisa subtraída passa para o poder do agente, ainda que num curto espaço de tempo, não se exigindo a posse mansa e pacífica***". Sustenta que, à luz dessa "***Teoria da Amotio***", a circunstância de a ***res*** ter sido recuperada poucas horas depois de sua subtração não configura furto tentado, mas sim consumado. Argumenta que, nos termos em que foi fixada, a pena não cumpre inteiramente a sua finalidade de reprovação, prevenção e ressocialização. Expressamente "***prequestiona a matéria constitucional na presente causa, para efeitos de eventual recurso extraordinário***", sob o fundamento de que "***o não acolhimento das pretensões formuladas na inicial contraria e nega vigência à Constituição Federal, violando a função institucional do Ministério Público de promover, privativamente, a ação penal, princípio que não pode ser entendido apenas como o direito de oferecer a denúncia, mas de obter uma condenação justa e***

adequada aos fatos, diante do quadro probatório produzido na instrução criminal, maculando o disposto no inc. I do art. 129 da Magna Carta". Requer que o ***Apelo*** seja conhecido e provido, reformando-se o *Decisum* atacado com a condenação do ***Acusado*** como incurso no artigo 240, *caput*, do CPM.

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 250 a 253, a ***DPU*** afirma que a tese adotada na ***Sentença*** "***se mostra mais condizente com o caso concreto, uma vez que apresenta uma maior harmonia com a realidade da vida na caserna, marcada por circunstâncias fáticas que não podem, de nenhuma forma, serem desconsideradas pelo aplicador do Direito***". Pondera que a solução dada pelo Conselho considerou os fatores da segurança, fiscalização e vigilância, que caracterizam os ambientes dentro dos aquartelamentos. Argumenta que, justamente por conta desses fatores, o ***Acusado*** sequer obteve a efetiva posse da coisa, "***tendo em vista que jamais conseguiu retirá-la da esfera de vigilância do militar"***. Sustenta que, nesses termos, não é cabível a tese ministerial de que se trataria de furto consumado. Pede, afinal, pelo não provimento do ***Apelo*** do ***MPM***.

Em suas ***Razões*** de fls. 256 a 261, a ***DPU*** sustenta a aplicação, na hipótese, do princípio da insignificância, eis que, em suma, não estaria configurada a tipicidade material da conduta atribuída ao ***Acusado***. Sustenta ainda que, caso não seja aplicado o princípio da insignificância, seja reconhecida a incidência do disposto no artigo 241 do CPM, uma vez que, além de o ***Acusado*** não possuir antecedentes criminais, o ato praticado não acarretou qualquer prejuízo para o ***Ofendido***. Requer, por derradeiro, a reforma da ***Sentença*** com a absolvição do ***Acusado*** ou, subsidiariamente, que seja aplicada a causa de diminuição da pena prevista no artigo 241 do CPM.

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 265 a 279, o ***MPM*** assevera que, não obstante deva ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, o princípio da insignificância tem de ser aplicado com reservas no âmbito do Direito Penal Militar, sobretudo em face dos objetos sob sua tutela, os quais, na sua essência, estão sempre permeados por princípios próprios das Forças Armadas, quais sejam, a hierarquia e a disciplina. Em abono dessa assertiva, cita e traz a lume a ementa e cortes do voto condutor lançados, respectivamente, nos ***Habeas Corpus*** nº 98.253 e 111.017, do Supremo Tribunal Federal. Pondera que, mesmo que se leve em conta

apenas o valor do objeto furtado, não cabe a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o laudo pericial o avaliou em R$ 316,72, o que, a seu aviso, não é pouco para o ***Ofendido***, soldado do Exército, o qual recebe em torno de um salário mínimo nacional. De outra parte, argumenta ser incabível, também, a aplicação da previsão ínsita no artigo 241 do CPM, uma vez que a prova é clara no sentido de que a intenção do ***Acusado*** era a de apoderar-se definitivamente do aparelho celular. Sob outro ângulo, pondera que, ao revés do que disse a ***Defesa***, a ***res furtiva*** não foi imediatamente devolvida ao ***Ofendido***, mas sim encontrada por uma terceira pessoa, Sgt ELIZEU, escondida dentro do forno de um fogão da copa do quartel. Ainda no ponto, destaca que, na fase inquisitorial, o ***Acusado*** assumiu ter subtraído o aparelho celular, sendo que em nenhum momento afirmou que pretendia devolvê-lo ao ***Ofendido***. Pede, ao fim, pelo desprovimento do ***Apelo*** da ***Defesa***, mantendo-se a ***Sentença*** no que toca à condenação do ***Acusado***.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em ***Parecer*** de fls. 289 a 300, da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, opina pelo provimento do ***Apelo*** do ***MPM*** e pelo não provimento do ***Apelo*** da ***DPU***.

É o Relatório.

VOTO

Por estarem evidentemente imbricados, examinam-se, a um só tempo, os ***Apelos*** do *Parquet* e da ***Defesa***.

In casu, a materialidade e a autoria encontram-se sobejamente delineadas e provadas.

O ***Ofendido***, não só na fase inquisitorial, como também na *Persecutio in Judicio,* reconheceu como sendo de sua propriedade o aparelho celular que, na manhã do dia 24/10/2012, foi subtraído do bolso de sua jaqueta deixada no alojamento.

De outra parte, o ***Laudo Técnico Contábil*** de fls. 132 e 133 (***com anexos de fls. 135 a 137***) não deixa dúvida de que o aparelho celular encontrado escondido no forno de um fogão do Hospital da Guarnição de Santa Maria é efetivamente de propriedade do ***Ofendido*** e demonstra que seu valor atualizado de mercado é de R$ 316,72 (***trezentos e dezesseis reais e setenta e dois centavos***), destacando-se, nesse sentido, o cupom fiscal, o relatório de compra de fl. 135 e o ***Auto de Avaliação*** de

fl. 137. Nesse giro, o ***Acusado***, ainda que tenha deixado de comparecer ao ***Juízo*** para ser qualificado e interrogado, admitiu, na fase inquisitorial, que foi o autor da subtração do aparelho celular, destacando-se, do que disse, o seguinte, *ipsis litteris*:

> *"Após o serviço, tomou seu café e por volta das 07:10 horas seguiu novamente para o alojamento para trocar sua camiseta que estava suja. Chegando no alojamento deparou-se com uma gandola camuflada pendurada na cabeceira de um dos beliches. Nesse momento como estava sozinho no alojamento, embora tivessem pessoas na sala ao lado (grêmio), furtou o celular do bolso desta gandola, trocou sua camiseta e saiu do local. Perguntado se o aparelho celular estava visível respondeu que não, mas tocando no bolso da gandola sentiu o volume do mesmo. Perguntado o que fez com o celular respondeu que enrolou no casaco e colocou dentro do forno do fogão no rancho. Perguntado porque colocou neste local, respondeu que foi colocado no forno pois este sempre é usado e quando fossem tirar o casaco, que tinha seu nome, o aparelho seria encontrado. Perguntado porque efetuou o furto, respondeu que queria que desse alguma alteração para que fosse dado sua baixa."* (fls. 64 e 65).

Também nesse passo, a ***Testemunha*** Sgt ELIZEU SILVA DO NASCIMENTO, particularmente em ***Juízo***, prestou depoimento que, por inteiro, harmoniza-se com a confissão do ***Acusado*** na fase inquisitorial, salientando-se, dos seus termos, o que segue, *in verbis*:

> *"Que já pela manhã tomou conhecimento do desaparecimento do celular do Sd M. OLIVEIRA e da realização de uma revista no alojamento, quando nada foi encontrado, razão pela qual resolveu dar uma revistada na sua seção, mais precisamente no rancho; Que durante esta revista encontrou vários materiais no rancho, como jaquetas e telefones celulares; Que em determinado momento o depoente foi deixar um material no expurgo, ocasião em que apareceu o então Sd ANDERSON, meio correndo, dizendo que ia pegar sua jaqueta de abrigo que estava embolada em cima da prateleira e o fazendo de forma rápida e saindo do local, o que chamou sua atenção e desconfiança; Que o depoente falou com o Sd LUCIMAR, que estava no local, para que cuidasse ANDERSON, tendo LUCIMAR lhe dito que o mes-*

mo se dirigiu com seu material ao fogão a gás da copa; Que vendo que ANDERSON estava sem a jaqueta, o depoente determinou que o mesmo ajudasse a distribuição de alimentação dos pacientes, fazendo com que ele se afastasse do local, para que pudesse então procurar a tal jaqueta, a qual foi encontrada dentro do forno do fogão a gás da copa; Que após encontrar a jaqueta, o depoente chamou o Sd LUCIMAR e na frente do mesmo passou a procurar nos bolsos, encontrando o celular num dos bolsos; Que o Sd LUCIMAR acompanhou o depoente durante a revista feita no fogão; Que em seguida o depoente colocou a jaqueta com o celular no saco plástico junto dos outros materiais arrecadados no rancho, entregando tudo para a Ten TIFFANY, relatando-lhe o que encontrara e suas desconfianças; Que em seguida a Ten chamou o Sd M. OLIVEIRA, o qual, vendo todo o material arrecadado, reconheceu aquele celular como sendo o seu que havia desaparecido; Que, até aqueles fatos, o então Sd ANDERSON parecia ser um bom militar; Que, quando soube do desaparecimento do celular, o depoente perguntou ao pessoal que estava de serviço no Aprovisionamento se tinham visto alguma coisa, ao que disseram apenas que tinham visto o Sd ANDERSON tomando café com o Sd M. OLIVEIRA no café da manhã; ***Pelo MPM nada foi perguntado; Pela DPU, PG/RP****: Que no alojamento de Cbs e Sds há aproximadamente oito beliches, pelo que se recorda o depoente; Que não sabe quantas camas estariam ocupadas no dia dos fatos narrados na Denúncia;"* (fl. 180).

Na mesma toada, a *Testemunha* Ten TIFFANY PROKOPP HAUTRIVE, igualmente em sede judicial, ofertou declarações consentâneas com a confissão do ***Acusado*** e também convergentes com o depoimento prestado pela ***Testemunha*** Sgt ELIZEU. Confira-se:

"Que, no dia dos fatos narrados na Denúncia, a depoente recebeu do Sgt ELIZEU, seu auxiliar no Aprovisionamento, um saco plástico contendo vários objetos, entre eles alguns aparelhos celulares e uma jaqueta de abrigo do HGuSM, dizendo que aquele material foi recolhido na cozinha no hábito rotineiro da seção, que tenta retirar da cozinha os materiais indevidos; Que, relatou-lhe também o Sgt, resolveu revistar a cozinha face ter ocorrido uma revista de armários no alojamento de Cbs e Sds em razão do desaparecimento de um celular do Sd M. OLIVEI-

RA; Que passou então a distribuir os materiais pelos Sds da cozinha e verificou que dentro do bolso do abrigo havia um aparelho celular; Que então sabendo do desaparecimento do celular do Sd M. OLIVEIRA, a depoente o chamou a fim de verificar se aquele encontrado no bolso da jaqueta era o seu celular desaparecido; Que M. OLIVEIRA reconheceu naquele o seu celular desaparecido; Que após o Sgt ter informado que aquela jaqueta foi encontrada no forno do fogão da copa, lugar em que o então Sd ANDERSON se encontrava de serviço, a depoente chamou o Sd ANDERSON para conversar; Que o Sd ANDERSON confirmou que aquela jaqueta lhe pertencia, mas não deu explicações sobre a origem do celular encontrado; Que então comunicou ao Cmt do contingente o fato relatado; ***Pelo MPM, PG/RP****: Que quando chamou o ofendido para tentar reconhecer seu celular, mostrou ao mesmo todos os celulares que foram encontrados na cozinha, tendo M. OLIVEIRA reconhecido aquele como seu, o único que se encontrava desligado, o que chamou a atenção da depoente; Que, quando apresentou a jaqueta para o então Sd ANDERSON, ocasião em que o mesmo a reconheceu como sua, pediu explicações sobre o celular que foi encontrado no bolso da referida jaqueta, tendo o Sd ANDERSON ficado meio sem ação, nada respondendo, pelo que a depoente informou-lhe que comunicaria o fato ao contingente pois não tinha elementos para acusá-lo naquele momento; Que, no entanto, naquele momento ANDERSON não negou ter sido o autor do furto do celular;* ***Pela DPU, PG/RP****: Que a depoente não perguntou ao ora acusado porque a jaqueta estaria dentro do forno e o mesmo também não deu qualquer explicação para este fato; Que, embora seja chefe da Seção de Aprovisionamento há três anos, nunca soube da existência de brincadeiras entres os soldados no sentido de esconder pertences uns dos outros;".* (fls. 178 a 179).

Nesses termos, não remanesce dúvida de que o ex-Sd ANDERSON SILVA DA SILVA subtraiu o telefone celular pertencente ao ***Ofendido*** Sd MATHEUS OLIVEIRA MOMOLLI; e mais: com inescondível ânimo de apoderamento definitivo, na medida em que de outro modo não se pode interpretar a sua atitude de ter perseverado por horas a fio na posse ilícita da ***res furtiva***, ocultando-a de forma ardilosa até que fosse recuperada por outra pessoa, vale dizer, o Sgt ELIZEU.

Com esses traços, pois, a conduta do ***Acusado*** amolda-se perfeitamente ao crime de furto consumado, conforme tipificado no artigo 240,

caput, do CPM, merecendo, destarte, acolhida o inconformismo ministerial por ter a ***Sentença*** a definido como furto tão só tentado.

No ponto, não se nega que houve tempo em que os tribunais pátrios, inclusive o Superior Tribunal Militar, inclinavam-se, em casos que tais, pela adoção da teoria da disponibilidade, ou seja, pela concepção de que, para que se tivesse o furto como consumado, indispensável seria que a ***res*** fosse retirada da esfera de vigilância da vítima e de que o agente se investisse de sua posse de forma tranquila, ainda que minimamente duradoura.

Contudo, ainda no vértice, não se nega também que – ***não só pela constante sofisticação dos modos de desapossamento de bens de outrem, como também pelo incessante e natural repensar das formas de interpretar os delitos patrimoniais diante desse fenômeno*** – predomina na atualidade o entendimento de que o momento consumativo do delito de furto ocorre quando o bem é subtraído da esfera da posse do sujeito passivo, ingressando na órbita de disponibilidade do agente, independentemente de revestir-se essa disponibilidade dos traços da tranquilidade e da fruição de benefícios.

Além disso, não se deixe de observar que, ***em que pese o furto que se distingue como crime militar ter na maioria das vezes como palco o interior das Organizações Castrenses***, o Direito Penal Militar não reclama entendimento diferenciado quanto à definição do seu momento consumativo.

Ainda como preconiza a ***Sentença***, podem ser rigorosas e eficientes as Organizações Militares quanto aos seus controles de segurança, não configurando isso fator excepcionalizante para protrair mais no tempo o momento consumativo do delito de furto até que fossem vencidos esses controles: ***a uma*** porque, como visto, não mais se exige a posse tranquila e desvigiada da ***res*** para que se tenha o delito de furto como consumado; e, ***a duas***, porque, ***aliás como é o caso***, entre as Organizações Militares incluem-se diversos segmentos que não se caracterizam como quartéis com rígidos controles de segurança orgânica, entre eles, destacadamente, os hospitais e as bases de apoio administrativo em geral.

Abonam esse entendimento os precedentes a seguir alinhados e representativos de decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, harmonicamente, do Superior Tribunal Militar.

"EMENTA*:* HABEAS CORPUS. *DIREITO PENAL. FURTO CONSUMADO. RECONHECIMENTO EM SEDE DE RESP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ORDEM DENEGADA. O Superior Tribunal de Justiça ateve-se à questão de direito para, sem alterar ou reexaminar os fatos, assentar a correta interpretação do art. 14, II, do Código Penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada 'esfera de vigilância da vítima' e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da* res furtiva*, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata. Precedentes. O princípio constitucional da individualização da pena não tem relação com a definição do momento consumativo do delito.* Writ *denegado." (***STF - *Habeas Corpus* nº 108678/RS, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 17/4/2012***).*

"EMENTA*: EMENTA:* HABEAS CORPUS. *FURTO CONSUMADO X FURTO TENTADO. ALTERAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.* HABEAS CORPUS *DENEGADO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, para a consumação do crime de furto, basta a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse do objeto do delito, ainda que retomado, em seguida, pela perseguição imediata 2. A alteração do enquadramento jurídico dos fatos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial não constitui ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício. 3.* Habeas corpus *denegado." (***STF - *Habeas Corpus* nº 92922/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/5/2009***).*

"EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CONSUMAÇÃO DO CRIME DE ROUBO. POSSE TRANQUILA DA RES. *DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. O crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da* res furtiva *mediante grave ameaça ou violência, ainda que não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes*

do STJ e do STF. 2. Embargos acolhidos." (**STJ - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL nº 337124/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Julgado em 23/5/2005**).

"EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. ROUBO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O crime de roubo se consuma com a simples posse do objeto roubado, ainda que por breve momento, sendo prescindível que a posse seja mansa e pacífica. 2. O paciente conseguiu a posse do telefone celular da ofendida, o qual foi dispensado durante a tentativa de fuga. O crime, consoante o entendimento jurisprudencial, se consumou, como bem decidiram as Cortes ordinárias. 3. Ordem denegada." (**STJ - *Habeas Corpus* nº 137062/MG, Relator Ministro Celso Limongi, julgado em 1/6/2010**).

*"**EMENTA**: APELAÇÃO. ARTIGO 240 DO CPM. CRIME CONSUMADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA 'APPREHENSIO OU AMOTIO'. PRELIMINAR DE NÃO OBSERVÂNCIA DA LEI Nº 11.719/2008 NÃO CONHECIDA. MÉRITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA* A QUO. *Não se conhece de matéria suscitada pela primeira vez em Tribuna pela Defesa, por ocasião do julgamento, em face de sua preclusão. Preliminar não conhecida. Unânime. Pratica a conduta delituosa prevista no art. 240 do CPM militar que, em serviço de sentinela, furta objetos do interior do Próprio Nacional Residencial - PNR do Comandante. O direito brasileiro adotou a teoria da* apprehensio *ou* amotio*, em que o delito de furto se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da* res *permanecer sob sua posse tranquila. Inaplicável a diminuição prevista no artigo 240, § 2º, do Código Penal Militar se não há a devolução da* res *pelo agente, mas sim a descoberta da empreitada criminosa por outro militar, que recupera os objetos furtados. Exacerbação da pena devidamente fundamentada. A autoria e a materialidade comprovadas nos autos. O Apelante, agindo de maneira livre e consciente, praticou o crime de furto, devendo ser mantida na íntegra a Sentença* a quo. *Unânime."* (**STM - Apelação nº 104-66.2012.7.07.0007/PE, Relator Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, julgada em 3/12/2013**).

> *"**EMENTA**: APELAÇÃO. FURTO DE APARELHO CELULAR. ALEGAÇÃO DE CRIME TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. INADMISSIBILIDADE. ALTO VALOR DO BEM SUBTRAÍDO E GRAVIDADE DA CONDUTA PERPETRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Como o Código Penal comum, o Código Penal Militar adotou a teoria da* apprehensio *(ou* amotio*), segundo a qual o crime de furto consuma-se quando a* res *passa ao poder do agente por um lapso de tempo, não havendo a necessidade de ser transportada ou necessariamente utilizada por ele. Delito que se mostra consumado. A minorante prevista no § 1º do art. 240 do CPM não deve ser empregada para transformar a punição em infração disciplinar quando a* res *subtraída não é de pequeno valor, o agente não ostenta mais o* status *de militar e a conduta perpetrada reveste-se de gravidade. Demonstrado à saciedade o fato descrito na denúncia, com a definição da autoria e da materialidade. Precedentes do STF e do STJ. Desprovido o apelo defensivo. Decisão unânime."* (**STM - Apelação nº 161-39.2009.7.01.0401/RJ, Relator Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, julgada em 18/11/2011**).

Em novo giro, não cabe atender ao pedido da ***Defesa*** para que seja aplicado, na hipótese, o princípio da insignificância.

Como é cediço e firmemente consagrado pela jurisprudência do Superior Tribunal Militar, para a aplicação do princípio da insignificância, há que se avaliar bem mais do que o valor patrimonial da ***res*** e a representatividade do prejuízo e dos transtornos suportados pela ***Vítima***. Assim é que, na esteira do entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, para a aplicação de tal princípio deve ser levado em conta um conjunto de vetores, quais sejam: ***a mínima ofensividade da conduta; a inexistência de periculosidade social do ato; o reduzido grau de reprovabilidade da conduta; e a inexpressividade da lesão provocada***.

In casu, o quanto inicialmente pleiteado pela ***Defesa*** esbarra na ausência de pelo menos dois desses vetores: ***o reduzido grau de reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão provocada***.

Não passa *in albis* que, na espécie, o ***Acusado*** subtraiu coisa pertencente a um colega de farda, também um soldado, afrontando, com isso, valores fundamentais da Caserna, conforme explicitamente elencados no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), entre os quais se inscre-

vem, com destaque, a confiança que rege as relações entre companheiros d'armas, a cooperação e a solidariedade que os une e, sobretudo, a hierarquia e a disciplina.

Não fica sem observação também que, ademais, não se cuida de coisa furtada de pequeno valor, mas sim de um equipamento eletrônico avaliado em R$ 316,72, desimportando, à evidência, que tenha havido a sua recuperação por terceiro e a sua ulterior entrega à ***Vítima***, uma vez que, como sabem todos, a representatividade de lesão patrimonial há que ser avaliada tendo em conta o momento em que se deu a consumação do furto.

Por fim, não cumpre acolher a tese defensiva de que, na espécie, tratar-se-ia do crime de ***Furto de uso***, conforme tipificado no artigo 241 do CPM, uma vez que, como delineado e comprovado à saciedade em linhas prístinas, o ***Acusado*** subtraiu a ***res*** com inescondível propósito de assenhoramento definitivo, não tendo, ademais, a restituído ou a reposto no local onde a encontrou.

É o quanto basta para reformar a ***Sentença*** e condenar o ***Acusado*** como incurso no artigo 240, *caput*, do CPM.

Prestigiando-se o *Decisum* de 1º grau no que toca à avaliação das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 69 do CPM e tendo em mira o preceito secundário do artigo 240, *caput*, do CPM, fixa-se a pena-base em 1 ano de reclusão.

Reconhece-se, na espécie, a incidência da circunstância atenuante prevista no artigo 72, inciso I, do CPM, isto é, a de ser o agente menor de 21 anos à época do crime, o que, contudo, em nada altera a pena aplicada, eis que já fixada no mínimo legal previsto para a espécie. Não se observam circunstâncias agravantes ou outras atenuantes.

Por fim, à míngua de causas especiais de aumento ou diminuição, torna-se em definitiva a pena em 1 ano de reclusão.

Ficam mantidos o *sursis* e o regime prisional conforme definidos no *Decisum* de 1º grau.

Isso posto.

Dou provimento ao ***Apelo*** do ***MPM*** para, com a reforma da ***Sentença***, condenar o ex-Sd Ex ANDERSON SILVA DA SILVA à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no artigo 240, *caput*, do CPM, com o

benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto, e nego provimento ao ***Apelo*** da ***Defesa***.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em dar provimento ao ***Apelo*** do Ministério Público Militar para, com a reforma da ***Sentença***, condenar o ex-Sd Ex Anderson Silva da Silva à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no artigo 240, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto, e em negar provimento ao ***Apelo*** da ***Defesa***.

Brasília, 25 de março de 2015 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 55-60.2012.7.02.0202-SP

Relator – Min. Artur Vidigal de Oliveira.

Revisor – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Charles da Silva Brandão, Civil, do crime previsto no art. 242, § 2º, incisos I e II, tudo do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 27/8/2014.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

***APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ROUBO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO* IN DUBIO PRO REO.** *A insuficiência de provas sobre a autoria e a materialidade do delito impõe a absolvição, aplicando-se o princípio do* in dubio pro reo. *Recurso conhecido e não provido. Decisão por maioria.*

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao apelo ministerial, para manter, na íntegra, a Sentença que absolveu o Civil Charles da Silva Brandão do crime previsto no art. 242, § 2°, incisos I e II, do CPM. O Ministro Fernando Sérgio Galvão (Revisor) dava provimento ao recurso do Ministério Público Militar, para reformar a Sentença questionada e condenar o Civil Charles da Silva Brandão à pena de 6 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 2°, incisos I e II, do CPM, fixando o regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena, com esteio no art. 33, § 2°, alínea "b", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984). O Ministro-Revisor fará voto vencido. Na forma regimental, usaram da palavra a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Arilma Cunha da Silva e o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vini-

cius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausentes, justificadamente, os Ministros José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 36ª Sessão, 26/5/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que absolveu o civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO do crime previsto no art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM.

A Denúncia (fls. 01 a 01/04), oferecida em 15 de junho de 2012, reporta os seguintes fatos:

> *"Consta do incluso Inquérito Policial Militar que, no dia 16 de março de 2012, por volta das 2:00 horas, o denunciado roubou a Pistola Taurus 9 mm n° T 0124715, com carregador e catorze cartuchos, de propriedade do Exército Brasileiro (Seção de Material Bélico do Batalhão de Infantaria da Aeronáutica - 64 do Grupamento de Infraestrutura e Apoio de São José dos Campos/SP), que se encontrava em poder do sentinela de hora, S2 Leonardo Siqueira Monteiro da Silva.*
>
> *Segundo restou apurado, na data dos fatos, o denunciado e um elemento não identificado penetraram nas dependências do Grupamento de Infraestrutura e Apoio de São José dos Campos/SP pulando o muro do Posto de Serviço da Captação e Tratamento d'Água. Ambos estavam encapuzados. Em frente ao referido posto, eles encontraram o S2 Monteiro, o qual havia acabado de completar seu quarto de hora e, por isso, descia da guarita para ser substituído, e o S2 Silas Felipe de Oliveira, o qual havia acabado de chegar ao posto da caixa d'água para render o S2 Monteiro, substituindo-o no mesmo posto de serviço. O S2 Silas levava consigo um cobertor, conforme registrado nas imagens da câmera instalada no local.*
>
> *O denunciado, que portava um revólver prateado e um facão, rendeu o S2 Monteiro, determinando que ele deitasse de bruços no chão, e exigiu que ele lhe entregasse a Pistola Taurus 9 mm n° T 0124715 que portava. Como esta se encontrava presa ao fiel, ele o cortou para liberar a arma, valendo-se do facão.*

Nesse ínterim, o S2 Silas correu até o alojamento, perseguido pelo elemento não identificado. Entrou no alojamento, trancou a porta, acordou o S2 Lucas Felipe Gusmão, que dormia, e pediu para que ele chamasse a patrulha. O elemento não identificado desistiu de perseguir o S2 Silas e retornou para junto do denunciado, e ambos fugiram em seguida, pulando o muro para fora da OM.

Assim que o denunciado e seu comparsa saíram, o S2 Monteiro subiu novamente na guarita e acionou a patrulha, que chegou ao local logo em seguida. De seu turno, o S2 Silas saiu do alojamento acompanhado pelo S2 Gusmão apenas quando percebeu que a patrulha já havia chegado.

O oficial de dia foi comunicado da ocorrência e foram adotadas as primeiras medidas para investigar os fatos. Na manhã do mesmo dia, por volta das 9:00 horas, foi realizada uma operação de 'pente fino' para efetuar buscas e localizar pistas que pudessem levar ao paradeiro da arma roubada e à identificação dos responsáveis pelo roubo.

Durante tal operação, o S2 Thiago de Lima Barbosa Noletto e o S2 Leonardo Cassiano da Silva, que haviam subido ao muro próximo ao posto da caixa d'água, surpreenderam o denunciado do lado de fora, abaixado rente ao muro, em frente a uma motocicleta, movendo-se lateralmente, tateando em busca de algum objeto. Eles pediram para que o denunciado se identificasse e informasse o que fazia no local. O denunciado respondeu simplesmente 'nada, não', e, conquanto o S2 Noleto e o S2 Cassiano tenham insistido em pedir explicações, o denunciado subiu em sua motocicleta e evadiu-se rapidamente do local. O S2 Loreto conseguiu anotar a placa da motocicleta, o que levou à identificação do proprietário, ora denunciado.

Assim que o denunciado fugiu do local, os militares passaram a averiguar detidamente o local em que ele parecia procurar algo, e o S2 Cassiano encontrou a pistola que havia sido roubada.

Ao ser inquirido, o denunciado negou qualquer envolvimento com o delito, afirmando que não procurava nada atrás do muro da OM, e que havia parado ali casualmente para urinar, deixando inclusive a motocicleta ligada, e que havia fugido porque se assustara ao ser abordado pelos soldados. Afirmou ainda que, na data dos fatos, estava em sua casa, na companhia da

namorada, que permanecera com ele naquela madrugada até as 3:00 horas (fls. 51/52).

Foram feitas acareações entre o denunciado, o S2 Monteiro e o S2 Silas, sendo que o S2 Silas afirmou não ter condições de identificar o responsável pelo roubo (fl. 76). Já o S2 Monteiro inicialmente reconheceu alguma semelhança entre o autor do roubo e o denunciado, afirmando que ambos possuíam sobrancelhas grossas, mas consignando não ser capaz de identificá-lo (fl 56). Posteriormente, na mesma data da acareação, o S2 Monteiro procurou a autoridade policial para retificar o depoimento prestado horas antes, esclarecendo que, na verdade, havia reconhecido o acusado como sendo o autor do roubo, e que apenas não havia admitido tal fato na presença dele porque havia se sentido intimidado. Relatou, ainda, suspeitar quanto ao comportamento do S2 Silas, pelo fato de ele ter se prontificado a trocar com ele o horário do serviço, troca esta que não lhe favorecia, e porque este havia interferido diversas vezes em seu depoimento, além de ter alterado seu comportamento com ele, passando a evitá-lo (fl. 64).

É de se consignar que a versão do denunciado, além de conflitar com o depoimento prestado pelo S2 Monteiro, também discrepa de outras provas já carreadas aos autos, quais sejam: os depoimentos dos soldados Noletto e Cassiano, que afirmaram que ele estava procurando algo no chão, do lado de fora do muro do quartel, e que, ao ser surpreendido, evadiu-se sem dar qualquer explicação, sendo que a pistola foi encontrada justamente no local em que ele efetuava suas buscas; o depoimento da namorada do denunciado, no sentido de que ela havia permanecido com ele apenas até por volta da 1:30 horas do dia do roubo, ao passo que o denunciado havia afirmado que eles estiveram juntos até as 3:00 horas daquele dia; e, finalmente, o depoimento do S2 Noletto, no sentido de que dois dias após os fatos um elemento com uma motocicleta foi visto por um soldado procurando algo no mesmo local em que a arma havia sido encontrada, e o consignado no relatório elaborado pela autoridade policial, de que havia recebido um telefonema anônimo informando que, no dia 18 de março de 2012, um elemento que estava na motocicleta de propriedade do denunciado foi visto procurando algo atrás do muro da OM, no local em que a arma havia sido encontrada dias antes.

De tudo quanto relatado se extrai que Charles da Silva Brandão, agindo de forma livre e consciente, em concurso com outro elemento não identificado, roubou a pistola Pistola Taurus 9 mm n° T 0124715, de propriedade do Exército Brasileiro, que estava em poder do S2 Monteiro.

As razões de convicção quanto à autoria do delito que se imputa ao denunciado repousam no fato de que ele foi reconhecido pelo ofendido como sendo o autor do roubo; foi surpreendido poucas horas após o crime procurando alguma coisa próximo ao muro da organização militar, e fugiu sem identificar-se ou dar qualquer explicação, sendo que, logo em seguida, a arma roubada foi encontrada justamente no local em que ele efetuava suas buscas; a informação de que, poucos dias após o roubo, um elemento que dirigia justamente a motocicleta do denunciado foi visto novamente nas imediações da OM, averiguando o mesmo local em que a arma havia sido encontrada, e nas contradições verificadas nos depoimentos acostados aos autos.

(...)".

Os autos do IPM instaurado pelo Grupamento de Infraestrutura e Apoio de São José dos Campos/SP, do Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial do Comando da Aeronáutica, contêm as seguintes peças principais:

- Ofício NPC – SJC nº 192/2012-pf (fl. 47), encaminhado pelo Perito Criminal do Instituto de Criminalística, Sr. FÁBIO PERES, ao Encarregado do IPM, Capitão de Infantaria MICHEL MARCONI, como resposta ao Ofício nº 06/R-2-T/12 (fl. 46), esclarecendo que, dos exames efetuados na Pistola 9 mm nº T01 24715 e em seu carregador, enviados para coleta de impressão de dígito papilar, *"não foram encontradas impressões digitais íntegras, mas tão somente fragmentos, que não se prestam para confrontos"*.

- Relatório do Inquérito Policial Militar, assinado pelo Encarregado do IPM, Cap Inf MICHEL MARCONI HAKIMME DE ANDRADE RAMOS, do Grupamento de Infraestrutura e Apoio de São José dos Campos/SP (fls. 103 a 108), que concluiu que o fato ocorrido na madrugada do dia 16 de março de 2012 tratava-se de crime de roubo qualificado, tipificado no art. 242, § 2º, incisos I, II e IV do CPM, cometido pelo civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO.

A Denúncia foi recebida no dia 21 de junho de 2012 (fl. 121), sendo designado o dia 6 de agosto de 2012 para a audiência de qualificação e interrogatório do Acusado.

Devidamente citado (fl. 139v), qualificado e interrogado (fls. 173 a 177), o Réu declarou, em síntese, não possuir qualquer tipo de participação no crime, pois na noite dos fatos encontrava-se em sua própria casa, não sabendo afirmar com certeza se sua namorada estava junto no local. Declarou que presta serviços de informática de forma autônoma, e que no dia 16 de março de 2012, quando se dirigia à casa de um cliente para atendimento, em torno das 10h da manhã, parou perto do quartel para urinar, deixando a moto ligada, e que quando estava se preparando para fazê-lo, alguém teria gritado, e com isso não chegou a urinar.

Continuou narrando que olhou para o muro de onde veio o grito e viu de cinco a seis militares, sendo que um teria perguntado o que ele estava fazendo ali, ao que ele respondeu "nada não". Afirmou que ouviu um dos militares que o abordou dizendo "você está preso", ocasião em que ficou assustado e optou por ir embora em sua moto.

Em seguida, foram ouvidos o Ofendido S2 LEONARDO DE SIQUEIRA MONTEIRO DA SILVA e as testemunhas S2 LUCAS FELIPE GUSMÃO, S2 SILAS FELIPE DE OLIVEIRA, o civil ADRIANO AMARO FRANCISCO e o S2 SSG THIAGO DE LIMA BARBOSA NOLÊTO, arroladas na Denúncia.

A testemunha S2 LUCAS FELIPE GUSMÃO declarou, em síntese (fls. 183 a 185), que se encontrava de serviço no dia dos fatos e que, por volta das duas horas da manhã, foi acordado pelo Soldado SILAS, dizendo que alguém teria pulado no posto de serviço e teria rendido outro companheiro de farda, ocasião em que se levantou e ligou para o portão principal, a fim de acionar a patrulha, tendo esperado esta chegar para sair do alojamento junto com o Soldado SILAS.

Já a então testemunha S2 SILAS FELIPE DE OLIVEIRA (que posteriormente foi denunciado como coautor) declarou (fls. 186 a 188) que estava indo tirar o seu quarto de hora, quando percebeu a presença de dois elementos civis, sendo que um deles veio em sua direção portando um revólver. Afirmou que o tal indivíduo berrou, mandando-o colocar a mão na cabeça, e que sua reação foi a de correr para buscar reforço. Disse que não chegou a ver o rosto desse indivíduo, pois ele estava de capuz, e que também não chegou a ver o outro indivíduo. Afirmou que

entrou no alojamento para buscar reforço e acordou o soldado GUSMÃO, esclarecendo ao mesmo o que tinha acabado de avistar. Que, então, pediu ao Soldado GUSMÃO que acionasse a patrulha, sendo que ficou na porta a fim de impedir a entrada dos elementos.

O Ofendido LEONARDO DE SIQUEIRA MONTEIRO DA SILVA, que já não ostentava mais a condição de militar quando prestou depoimento, declarou (fls. 195 a 199) que estava de serviço no dia dos fatos, portando uma pistola PT 92, 9mm, e que, enquanto aguardava para ser rendido, o S2 SILAS chamou o declarante, solicitando que descesse da guarita através da escada. Afirmou que no momento em que virou as costas viu que SILAS saiu correndo e percebeu outro elemento, civil, apontando-lhe uma arma.

Afirmou o Ofendido, nessa ocasião, que viu o rosto do elemento, pois ele não estava encapuzado. Seguiu afirmando que o Acusado era "idêntico" a esse elemento civil que o abordou, mas que, apesar disso, não tem certeza de que se tratava da mesma pessoa. Às perguntas do MPM, o Ofendido esclareceu que, na primeira vez em que prestou declarações sobre os fatos, o encarregado do inquérito, Capitão MARCONI, o colocou frente a frente com o Acusado. Que, por força disso, sentiu-se constrangido com a situação.

Narrou que foi novamente ouvido pelo Capitão MARCONI, sem a presença do Réu, e reiterou que o Acusado lembra muito a pessoa do civil que o abordou; entretanto, como foi a primeira vez que passou por tal situação, não tem certeza de que foi o Réu quem o abordou no dia dos fatos.

A testemunha ADRIANO AMARO FRANCISCO, civil, e primo de CHARLES, declarou, em síntese (fls. 200 a 202), que reside na mesma casa do Réu e que, ao que se recorda, no dia dos fatos, como de costume, foi dormir cedo, antes de seu primo, mas que teria acordado às quatro e meia da manhã e visto o Réu dormindo.

Já a testemunha S2 SSG THIAGO DE LIMA BARBOSA NOLÊTO (fls. 203 a 206) informou que participou do pente fino ocorrido, que viu o Acusado próximo ao muro onde fica localizada a guarita da caixa d'água e que ele estava olhando para o chão e andando de lado, como se estivesse procurando por algo. Afirmou que perguntou ao acusado o que ele estava fazendo ali, tendo o Réu respondido apenas "não, não, não", dirigindo-se até a moto e se retirado do local.

Informou que, juntamente com o depoente, se fazia presente o S1 LEONARDO CASSIANO DA SILVA, e afirmou que em nenhum momento eles determinaram ao Acusado que aguardasse no local. Acrescentou que imediatamente após o Acusado evadir-se, o depoente, juntamente com o S1 CASSIANO, foram até o local para verificar se encontravam algo. Que, passados cinco minutos, CASSIANO acabou encontrando a pistola, pegando o armamento com as próprias mãos, não se valendo de qualquer pano.

Ouvido o S1 SGS LEONARDO CASSIANO DA SILVA (fls. 207 a 209), este confirmou as declarações prestadas pelo S2 SSG THIAGO DE LIMA BARBOSA NOLÊTO.

Em Ata da 30ª Sessão do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, da 2ª Auditoria da 2ª CJM, ocorrida em 13 de setembro de 2012, a DPU solicitou, e o Juízo deferiu, que fosse consignado em ata que o acusado assinou com a mão direita, tendo por testemunha o Oficial de Justiça daquele Juízo (fl. 210).

Às fls. 215 a 219 consta petição de Aditamento à Denúncia oferecida pelo MPM, incluindo o S2 SILAS FELIPE DE OLIVEIRA como Acusado no processo em comento, afirmando, em síntese, que a instrução probatória em juízo teria revelado que o acusado CHARLES contou com a colaboração do militar SILAS, que teria prestado informações que facilitaram o ingresso dos agentes na organização militar para fins de subtração do armamento que se encontrava em poder do sentinela da hora.

Em 26 de setembro de 2012, o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 2ª CJM recebeu o Aditamento à Denúncia, incluindo o S2 SILAS FELIPE DE OLIVEIRA como incurso nas sanções do artigo 242, parágrafo 2º, incisos I e II, combinado com o artigo 9º, inciso II, letras "a" e "e", na forma do artigo 53, todos do CPM (fls. 221 a 222) e designou data para realização da audiência de qualificação e interrogatório do Acusado S2 SILAS, assim como reinterrogatório do outro Acusado CHARLES e oitiva de demais testemunhas.

Às fls. 236/237 foram juntadas Certidões de Antecedentes Criminais da Polícia Federal e da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo, ambas com a informação de que NADA CONSTA em nome do Réu.

Citado (fl. 241v), qualificado e interrogado (fls. 271 a 275), o Acusado S2 SILAS, em síntese, confirmou o depoimento que prestou anteriormente na condição de testemunha, acrescentando que não teve

qualquer envolvimento com o roubo da pistola e que não conhecia a pessoa do corréu CHARLES DA SILVA BRANDÃO.

O Acusado CHARLES, quando reinquirido após ter sido cientificado do aditamento (fls. 276 a 277), declarou apenas que confirma as declarações já prestadas, não tendo mais nada a declarar sobre os fatos, a não ser que não conhece a pessoa do corréu S2 SILAS FELIPE DE OLIVEIRA.

Reinquiridos, a testemunha S2 LUCAS FELIPE GUSMÃO (fls. 286 a 287) e o Ofendido ex-Sd LEONARDO DE SIQUEIRA MONTEIRO DA SILVA (fls. 289 a 292) confirmaram as declarações prestadas anteriormente.

Às fls. 307 a 310, o MPM requereu a quebra do sigilo de dados telefônicos dos Acusados, assim como a obtenção de informações acerca das estações rádio-base (ERB) dos celulares por eles utilizados na data do crime. O Juiz-Auditor Substituto entendeu que deveria submeter o pleito à análise do Conselho Permanente de Justiça, tendo este analisado e deferido o pedido às fls. 320 a 321 dos autos.

Como resultado da quebra do sigilo de dados telefônicos, o MPM juntou aos autos o Relatório de Análise nº 012/CPADSI, de 23 de abril de 2013 (fls. 121 a 129 do Apenso 2), elaborado pelo Centro de Apoio à Investigação do órgão ministerial, que concluiu não ter sido possível identificar a provável localização dos investigados por meio das antenas ERB e que os telefones objeto da quebra de sigilo não mantiveram contato entre si, nem contato com números em comum.

Aberta vista às Defesas para os fins do art. 417, § 2º, do CPPM, esta apresentou rol de testemunhas dos respectivos Acusados às fls. 343 e 344.

A testemunha SERGIO LUIZ BAZAN DE GIROLAMO, arrolada pela Defesa do civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO, identificou-se como cliente do Réu, para cuja casa o Acusado se deslocava no momento em que parou e foi abordado pelos militares. Declarou que o Réu é pessoa *"íntegra, respeitosa, profissional competente, de confiança do ora depoente"*. Afirmou que, de fato, um dos trajetos da casa do Sr. CHARLES até sua casa passa pelo CTA, sendo este um bom percurso, e que sempre via o Réu com o capacete, fazendo uso de sua moto (fls. 374 a 376).

Já a testemunha arrolada pela Defesa do Réu SILAS, o S2 WESLEY WANDERLEY LEITE SILVA, declarou que conhece o Acusado há mais de sete anos e que se trata de um bom militar, cumpridor de suas tarefas, gozando de bom conceito entre seus pares, e que nunca ouviu falar nada contra o Acusado SILAS que pudesse comprometer a sua imagem (fls. 378/380).

Aberta vista às partes para os fins do art. 427 do CPPM (fl. 438), o MPM e a Defesa do Réu CHARLES informaram que nada tinham a requerer (fl. 440v). Já a Defesa do Réu SILAS requereu diligências consistentes no fornecimento das imagens das câmeras de vigilância que ficam no local do crime, dentre outras, que foram deferidas em parte pelo Juiz-Auditor Substituto, conforme decisão acostada à fl. 443 dos autos.

Em resposta ao pedido de diligências, a Aeronáutica encaminhou o Ofício nº 49/SIJ/SEC6585 (fl. 450), informando que as filmagens das câmeras solicitadas já haviam sido juntadas aos autos do IPM e que não foi realizada qualquer perícia quanto a vestígios de escalada no muro.

Informou também que foi realizada perícia na Pistola Taurus 9 mm nº T 0124715, porém, não foram encontradas impressões digitais íntegras, mas somente fragmentos, que não se prestam para confrontos, nos termos do Ofício NPC – SJC nº 192/2012-pf, expedido pelo Instituto de Criminalística de São José dos Campos (fl. 47).

À fl. 453, consta Certidão do Oficial de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM informando que, em cumprimento do Despacho de fl. 443, apresentou-se ao Setor de Investigação e Justiça do DCTA (Departamento de Ciência e Tecnologia Aeroespacial) de São José dos Campos/SP, para realizar levantamento de informações junto ao Posto de Captação e Tratamento de Água do DCTA, local onde ocorreu o crime, juntando diversas fotos do local (fls. 454/480).

O Ministério Público Militar, em Alegações Escritas (fls. 484/492), pugnou, inicialmente, pela absolvição do Réu SILAS, entendendo que, embora houvesse indícios sobre o envolvimento do militar no crime de roubo, eles não seriam suficientes para fornecer certeza sobre sua participação.

Com relação ao Réu CHARLES, o MPM manteve o pedido de sua condenação no delito previsto no art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM, afirmando que estariam comprovadas a materialidade e a autoria do crime de roubo.

A DPU, por sua vez, em defesa do Réu CHARLES, ofereceu Alegações Escritas requerendo a absolvição, por não ter ficado demonstrada sua participação no delito. De forma subsidiária, requereu que não fosse considerada a qualificadora do art. 242, § 2º, inciso I, mas pleiteou a incidência da atenuante do art. 72, II, ambos do CPM, bem como a ausência de antecedentes penais do Réu, para que, em eventual aplicação da pena, houvesse as reduções cabíveis, com a fixação do regime inicial aberto e o direito de apelar em liberdade.

Às fls. 525 a 542, a Defesa juntou diversos documentos e certificados de conclusão de cursos, demonstrando a situação estudantil e profissional do Réu.

Por seu turno, a Defesa do Réu SILAS, ao apresentar suas Alegações Escritas (fls. 543 a 547), pugnou pela absolvição por não existir nos autos qualquer prova de que tivesse o Acusado concorrido para a infração penal. De forma subsidiária, requereu a aplicação da pena em seu mínimo legal.

Em 27 de agosto de 2014, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica absolveu, por unanimidade de votos, SILAS FELIPE DE OLIVEIRA, nos termos do artigo 439, "e", do CPPM. Ainda, por maioria de votos (3x2), também absolveu o Réu CHARLES DA SILVA BRANDÃO, nos termos do artigo 439, "e", do CPPM (fls. 569/571).

O Presidente do CPJ, Ten Cel ALEXANDRE LIMA GUERRA, acompanhou o voto vencido do Juiz-Auditor Substituto RICARDO VERGUEIRO FIGUEIREDO, para condenar o Réu CHARLES à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, fixando o regime inicial semiaberto e concedendo o direito de apelar em liberdade (fls. 583/584).

A Sentença (fls. 573/584) foi lida e assinada em 4 de setembro de 2014 (fl. 586), tendo o MPM sido intimado em 5 de setembro de 2014 (fl. 582), interpondo, tempestivamente, Recurso de Apelação na mesma data (fl. 588).

Os representantes da DPU, na assistência dos Réus CHARLES e SILAS, respectivamente, foram intimados em 11 e 12 de setembro de 2014 (fl. 589).

Em suas Razões de Apelação (fls. 591/602), o MPM requereu a reforma da Sentença, a fim de condenar o Réu CHARLES pela prática do crime de roubo circunstanciado, descrito no art. 242, § 2º, incisos I e II,

c/c o art. 9º, inciso III, "a", ambos do CPM, alegando que as provas dos autos seriam fartas o suficiente para demonstrar a autoria do Réu no evento delitivo.

À fl. 603, foi certificado o trânsito em julgado da Sentença para o MPM e para a DPU em relação ao Réu SILAS FELIPE DE OLIVEIRA, e o trânsito em julgado para a DPU relativamente ao Réu CHARLES DA SILVA BRANDÃO.

Em 2 de outubro de 2014, a DPU apresentou Contrarrazões (fls. 605 a 636), requerendo a manutenção da Sentença que absolveu o Apelado, invocando o princípio do estado da inocência e o princípio do *in dubio pro reo*.

Subsidiariamente, pleiteou que seja desconsiderado o reconhecimento realizado, tanto no IPM quanto em Juízo, por ofensa ao rito processual previsto no art. 368 do CPPM, concedendo-se Habeas Corpus de ofício para determinar a sua exclusão dos autos, corroborando a ausência de provas suficientes da autoria. Sustentou que a Sentença deve ser mantida em face da ausência de prova pericial indispensável para o reconhecimento de autoria e materialidade de infrações vestigiais, na forma do art. 328 do CPPM.

Por fim, em caso de condenação, bradou pela concessão de Habeas Corpus de ofício para declarar a nulidade da oitiva do Acusado em sede de IPM, por ter prestado o compromisso de dizer a verdade, com anulação de todos os atos posteriores, bem como que não haja a incidência da qualificadora prevista no art. 242, § 2º, inciso I, e seja considerada a atenuante do art. 72, inciso II, ambos do CPM, bem como a ausência de antecedentes penais do Réu para o seu enquadramento penal, com as reduções de pena cabíveis e a fixação do regime inicial aberto, com o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado.

A Secretaria Judiciária certificou, à fl. 642, que NADA CONSTA neste Tribunal com relação ao civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 646 a 652, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, opinou pelo provimento do Recurso, para que seja o Réu condenado nas sanções do art. 242, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 9º, inciso III, "a", ambos do Código Penal Militar, entendendo que há, nos autos, diversos indícios que convergem para a certeza de incriminação do Apelado.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, razão pela qual merece ser conhecido.

Em síntese, insurge-se o Ministério Público Militar contra a Sentença do Juízo *a quo,* que absolveu CHARLES DA SIVA BRANDÃO, civil, do crime previsto no art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM, sustentando que nos autos haveria lastro probatório suficiente para demonstrar a autoria do delito pelo Réu.

Inicialmente, deve-se esclarecer que todos os indícios de prova usados pelo MPM para embasar o pedido de condenação são meramente testemunhais. Basicamente de apenas uma testemunha. Não existe qualquer outro elemento de prova, seja imagem, filmagem, confissão, perícia ou qualquer outro que indique a participação do Réu no cometimento do delito. Portanto, para que se alcance a almejada justiça no julgamento do Recurso, faz-se necessário que se analisem detidamente os depoimentos prestados, assim como suas inconsistências.

Os principais pontos ao quais se atém o órgão acusatório em suas Razões recursais consistem:

a) Na circunstância de o Réu ter sido visto, no dia seguinte à prática do crime, parecendo estar procurando algo na grama, do lado de fora do Batalhão de Infantaria da Aeronáutica, e ter fugido dos militares quando foi interpelado sobre o que estava fazendo no local;

b) No fato de, logo em seguida, a arma roubada ter sido encontrada a aproximadamente 3 (três) metros de distância de onde foi visto o Réu;

c) No depoimento do Ofendido ex-Sd MONTEIRO, que afirmou que o Réu seria "idêntico" ao agente que efetuou o roubo na unidade militar, embora também tenha declarado que, apesar de ser "idêntico", não teria certeza de que *"o tal civil seja o Acusado"* (fls. 195 a 199).

Apenas pelo ponto acima, que é citado nas próprias razões do MPM, já se percebem as contradições existentes no depoimento prestado pelo Ofendido, o que, por si só, coloca em dúvida o tipo de valoração que deve ser dada a essa prova testemunhal.

Passemos à análise de alguns trechos dos depoimentos prestados pelo Ofendido ex-Sd LEONARDO SIQUEIRA MONTEIRO SILVA.

No seu primeiro depoimento, ainda na fase inquisitorial, o Ofendido declarou (fls. 17 e 18):

> *"que percebeu a aproximação de dois elementos,* ***o primeiro elemento branco, alto e magro****, com jaqueta preta, calça jeans clara e sapato branco e que o segundo elemento era baixo, 'gordinho', usava camiseta roxa estampada, estava de calça jeans escuras"* (grifos nossos).

Já na fase processual, diferente do que havia relatado no IPM, o Ofendido declarou (fls. 195 a 198):

> *"****que não se lembra exatamente a estatura do civil****, sendo uma pessoa magra (...) que o declarante possui um metro e oitenta e três centímetros de altura, sabendo dizer* ***que o civil que o abordou era mais baixo, devendo ter um metro e oitenta e um centímetros de altura****."*
>
> *"Que reitera que, vendo a pessoa do acusado na presente data, pode dizer que lembra muito a pessoa do civil que o abordou, entretanto, como foi a primeira vez que passou por tal situação****, não tem certeza que o acusado foi este civil que o abordou no dia dos fatos, esclarecendo ainda que não teve no momento dos fatos uma noção exata da estatura do tal civil que o abordou****"* (grifos nossos).

Sobre o fato de o Ofendido ter afirmado que o autor do crime era canhoto (fls. 17 e 18):

> *"que o primeiro elemento estava portando uma arma de fogo prateada na mão esquerda e um facão na mão direita (...) informa ainda* ***que o elemento que estava armado e com o facão era canhoto****"* (grifos nossos).

A DPU retruca essa declaração informando que o Réu não é canhoto, mas sim destro, conforme informado por CHARLES à fl. 52. Ademais, pediu a Defesa para consignar, em Ata da Sessão ocorrida em 13 de setembro de 2012 (fl. 210), que o Acusado assinou o documento com a mão direita, tendo por testemunha o Oficial de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM.

As contradições das declarações prestadas pelo Ofendido seguem ainda quando comparados os seguintes trechos, referentes, respectivamente, ao seu depoimento durante o IPM e ao seu depoimento na fase processual:

> *"que o elemento que estava com a arma de fogo estava com um* ***capuz até a testa e que o segundo elemento, que correra atrás do S2 SILAS, estava com uma camiseta no rosto, fechando-o totalmente o rosto e deixando apenas os olhos a vista****"* (fls. 17 e 18);
>
> *"Que esse elemento civil* ***não estava encapuzado****, portanto chegou a ver o rosto dele. (...)* ***Que reitera que o civil que o abordou, conforme narrado acima, não usava capuz, boné, ou uma camisa no rosto, esclarecendo que olhou para tal pessoa, porém não ficou olhando muito para ela a ponto de reparar neste sentido****"*. (fls. 195 a 198) (grifos nossos).

Na acareação feita entre o Réu CHARLES e o Ofendido MONTEIRO, este **declarou não reconhecer CHARLES** e informou **que o elemento que o roubou era um pouco maio**r, afirmando, em seguida (fls. 57 e 58):

> *"que apesar da semelhança nas sobrancelhas o Sr. Charles aparenta estar um pouco tremulo (sic) e apavorado, diferente do elemento que me roubou, era frio e calmo"*.

Em parte das declarações feitas pelo Ofendido na fase processual é que se percebe a **principal inconsistência de suas informações**, quando ele afirma (fl. 196):

> *"Que pode dizer* ***que o acusado é idêntico a este elemento civil*** *que o abordou, e que ora menciona perante este juízo. Que apesar de tal afirmação, isto é,* ***não tem certeza que o tal civil ora descrito seja o acusado, muito embora seja idêntico****. Que portanto* ***esclarece que tem dúvida se o tal civil mencionado é a pessoa do acusado****"* (grifos nossos).

Analisando as declarações feitas pelo Ofendido, infere-se que, em cada momento distinto, o ex-Sd MONTEIRO presta uma informação diferente e contraditória a que havia feito, perfazendo uma prova inconsistente, não estando apta a demonstrar a autoria do Réu sobre o delito e ensejar sua condenação.

Ora, se o que existe nos autos como prova mais cabal da autoria do delito é a declaração do Ofendido de que o Réu seria "idêntico" ao agente que praticou o roubo, mas que não tem certeza de ser ele o autor do roubo, conclui-se pela impossibilidade de condenação do civil CHARLES, pois não existe qualquer certeza no depoimento prestado pelo ex-Sd MONTEIRO, já que não se pode afirmar que se trata da mesma pessoa.

Ao contrário, as declarações do Ofendido são completamente desconexas e contraditórias, pois, apesar de dizer que o autor do roubo é idêntico ao Acusado, ele mesmo afirma que *"tem dúvida se o tal civil mencionado é a pessoa do acusado"*.

Ademais, o fato de o Réu ter sido flagrado do lado de fora do Batalhão de Infantaria, no dia seguinte ao cometimento do crime, não tem o condão de servir como embasamento para sua condenação. O Apelado, desde a fase pré-processual, nega veementemente qualquer forma de participação no crime, afirmando que parou perto da unidade militar com a única intenção de urinar.

Os depoimentos prestados pelas militares S2 THIAGO DE LIMA BARBOSA NOLÊTO (fls. 203 a 206) e S1 LEONARDO CASSIANO (fls. 207 a 209), que presenciaram o Réu do lado de fora do Batalhão de Infantaria, limitaram-se, em síntese, a dizer que **ele parecia estar procurando algo no chão**, e que não parecia estar em posição de quem pretendia urinar. Ademais, estranharam a postura do Réu, que, sem razão específica, teria fugido da abordagem feita pelos militares.

Entendo que o fato de os militares não terem visto o civil CHARLES efetivamente urinando não torna falsa a versão deste sobre os fatos. Até porque os militares, em momento algum, afirmaram que o Réu procurava algo no chão. Apenas disseram que "***parecia estar procurando algo no chão***".

Não vislumbro a impossibilidade de que o Réu realmente tivesse parado para aquele fim e, ao ser surpreendido pelos militares, tenha se assustado com a interpelação feita e se evadido do local. Em verdade, o natural é que uma pessoa de bem, que não esteja cometendo qualquer ilícito, não tente fugir no caso de uma abordagem militar, mas a ação em contrário não pode ser decisiva para considerá-lo culpado de um crime cometido no dia anterior, principalmente se o mesmo estivesse cometendo o deslize de urinar em via pública, junto ao muro de uma organização militar.

Se estivesse o Réu preparando-se para urinar em local público, nas proximidades da OM, seria normal que se assustasse com a presença dos militares, pois, em seu íntimo, devia saber que sua atitude seria, no mínimo, desrespeitosa.

Contudo, embora desrespeitosa e reprovável sua conduta, não é possível atribuir a ela a interpretação de que se tratava, na verdade, não de um transeunte displicente, mas sim do autor do delito de roubo ocorrido na noite anterior. Tal interpretação me parece uma tentativa desesperada de encontrar um responsável para o grave crime cometido dentro da organização militar.

O fato é que poderia o Réu estar procurando por algo do lado de fora do Batalhão de Infantaria, mas não é possível, de forma alguma, afirmar que ele buscava a arma roubada que, na pressa da fuga, perdeu-se.

É relatado nos autos que o S2 LEONARDO teria encontrado a arma há aproximadamente 3 (três) metros de onde foi visto Réu. No entanto, não se pode afirmar que essa seja uma prova a demonstrar que o Réu foi o autor do crime. Trata-se de mero indício de uma possível participação do civil CHARLES nos fatos, que é, no entanto, tão fraca que também se pode afirmar tratar-se de mera e infeliz coincidência.

Outra inconsistência inferida dos autos refere-se ao teor do depoimento prestado pelo 2º Sargento JORGE HENRIQUE, durante o IPM (fls. 04/05), o qual informou que estava de serviço de Comandante da Patrulha ao DCTA, quando foi acionado para atender à ocorrência. Afirma o 2º Sargento JORGE HENRIQUE que, quando chegou ao local do fato da ocorrência, o Soldado MONTEIRO lhe comunicou que havia sido roubado por três elementos. Um deles de jaqueta preta, outro com facão na mão e um terceiro com pistola prata, informação contraditória com o depoimento prestado pelo próprio S2 MONTEIRO e pelas demais testemunhas.

Embora a testemunha supra não tenha sido arrolada na Denúncia e, portanto, não tenha sido ouvida em Juízo, é de causar estranheza que durante seu interrogatório em IPM o próprio Comandante da Patrulha, que atendeu ao chamado da ocorrência, tenha declarado ter ouvido do Ofendido que foram três elementos que cometeram o roubo, e não apenas dois. Tal declaração apenas corrobora a dúvida sobre os fatos ocorridos, assim como sobre os possíveis agentes do delito, pois não se tem

uma harmonia sequer sobre a quantidade de pessoas envolvidas no crime.

Ademais, consta na Certidão do Oficial de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM (fl. 453), datada de 17 de abril de 2014, em diligência realizada em cumprimento ao Despacho de fl. 443, que, apesar de o muro e os demais prédios encontrarem-se praticamente na mesma condição estrutural da época dos fatos descritos na denúncia, em conformidade com as informações obtidas de funcionários do Posto Militar, não foi possível identificar a posição exata na qual os supostos agentes poderiam ter pulado o muro.

Para confirmar a informação, o Oficial de Justiça juntou diversas imagens do local às fls. 454/480 dos autos. Observando as fotos em questão, de fato, não é possível identificar qualquer local que esteja sem cerca de arame farpado, ou com buraco, que permitisse a entrada dos agentes no Posto Militar.

Novamente, o que continua patente da análise das circunstâncias é que o pedido de condenação baseia-se apenas em indícios, que, se somados, podem formar um imaginário sobre a dinâmica dos fatos, mas longe está de uma certeza.

Sobre a declaração prestada pelo Réu, de que estaria em casa com sua namorada no momento do delito, e que teria conversado com seu primo naquela madrugada, alega o MPM que tais informações não teriam restado comprovadas.

De fato, no testemunho prestado por TARCILA JULIANE ALVES BRITO, namorada do Réu, ela afirmou que teria ficado com CHARLES na noite dos fatos até em torno de uma e meia da manhã (fls. 88 e 89). CHARLES, no entanto, afirmou que ela teria ido embora entre duas e três horas da manhã. Todavia, na acareação feita entre eles (fls. 92 e 93), ambos entenderam que os horários informados por ele estariam compatíveis.

Ora, a dúvida levantada pela suposta incoerência de horários informados pelo casal não merece prosperar, pois não há como se exigir que um casal de namorados marque exatamente o horário em que saíram da casa um do outro ou que permaneceram juntos. A discrepância nos horários declarados por eles não é absurda, ao contrário, trata-se de diferença pequena e, considerando que se refere a um período na madrugada, facilmente pode ser confundida por uma pessoa comum.

Com relação ao testemunho do primo do Réu, ADRIANO AMARO FRANCISCO (fls. 74 e 75), também não identifico qualquer inconsistência capaz de colocar em dúvida a versão do Acusado. É certo que ADRIANO declarou que não se recorda de ter visto o primo ou sua namorada no dia dos fatos, pois teria ido dormir assim que entrou em casa. Todavia, o fato de não se recordar de ter conversado com CHARLES durante aquela madrugada não importa em dizer que o Réu é o autor dos fatos. Na verdade, ADRIANO afirma que, ao que conhece do seu primo, ele não teria qualquer envolvimento com o feito, e ainda tê-lo visto dormindo em torno das 4:30h da manhã (fls. 200/201).

A Defesa, em suas Contrarrazões, aborda de forma pormenorizada diversos pontos inconsistentes nos autos, que levam à conclusão da total incerteza sobre a autoria do delito e à demonstração de enormes contradições no depoimento do Ofendido, que, frise-se, é usado pelo MPM como embasamento para o pedido de condenação, em especial na parte em que consta que o autor era "idêntico" ao Réu.

Ocorre, no entanto, como já demonstrado anteriormente, que essa declaração do Ofendido não merece qualquer guarida, pois foi contrariada por ele mesmo logo em seguida, quando falou que tinha dúvidas se o autor do delito e o Réu correspondiam à mesma pessoa.

Deve-se salientar que a quebra do sigilo de dados telefônicos dos Acusados, requerida pelo MPM (fls. 307/310), concluiu que os telefones objeto da quebra de sigilo não mantiveram contato entre si, nem contato com números em comum (fls. 121/129 do Apenso 2).

Além disso, os exames efetuados na Pistola 9 mm nº T01 24715 e em seu carregador, enviados para coleta de impressão de dígito papilar, concluíram que não foram encontradas impressões digitais íntegras, mas somente fragmentos que não se prestam para confrontos (fls. 46/47), sendo mais um fator a demonstrar a incerteza de autoria do delito.

Corroborando as inúmeras dúvidas que pesam sobre a participação do Acusado no crime, passa-se à análise de sua personalidade.

Trata-se de pessoa sem qualquer antecedente criminal, trabalhador e estudante, conforme vários documentos juntados pela Defesa (fls. 525/542), com bom comportamento social, como se observa pelas declarações de diversas testemunhas, dentre elas o cliente do Réu, SÉRGIO BASAN, o qual confirmou que CHARLES, Técnico em Informática, realmente foi à sua casa na manhã seguinte aos fatos, acrescentando que se

trata de pessoa *"íntegra, respeitoso, profissional competente, de confiança do ora depoente"* (fls. 374 a 376).

Ademais, não foi indicado nos autos qualquer fato que desabonasse a reputação do Réu ou que apontasse ser ele uma pessoa com perfil delinquente. Além disso, não ficou demonstrada nenhuma motivação, vantagem, ou razão que o Réu teria para cometer o delito. Não estamos, portanto, julgando um cidadão na fronteira da delinquência. Estamos julgando um cidadão considerado por testemunhas como honesto e íntegro, com profissão definida, sem qualquer mácula em sua vida pregressa.

Percebe-se, assim, que se trata de acusação baseada em meros e fracos indícios, que, de forma alguma, podem ser considerados como elementos de prova aptos a embasar uma medida restritiva de um dos maiores e mais importantes direitos do cidadão de bem, qual seja, sua liberdade.

Importante salientar que, no direito pátrio, em observância ao Princípio da Presunção da Inocência, o ônus probatório em relação ao fato delituoso e à sua autoria deve recair exclusivamente sobre a acusação, restando à defesa a demonstração de excludentes de ilicitude e culpabilidade, em casos nos quais se façam presentes tais alegações.

Como decorrência do Princípio da Presunção da Inocência, tem-se o Princípio do *in dubio pro reo*. Logo, sendo o acusado presumivelmente inocente e cabendo o ônus da prova ao acusador, é necessário, para que se tenha uma decisão condenatória, que se prove a culpa do acusado. Subsistindo dúvida, tem-se que a acusação não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, impondo-se a necessária absolvição do Réu, pois, sem demonstração cabal de sua culpa, prevalece a inocência presumida.

A insuficiência da prova equivale à constatação de uma dúvida invencível sobre a existência ou inexistência de determinado fato ou de sua autoria. A condenação do acusado pressupõe a certeza ou convicção do juiz tanto sobre a ocorrência do delito, quanto sobre quem o cometeu. Assim, após a análise de todo o conjunto probatório, se ainda persistir a dúvida no espírito do julgador, não há outra solução senão a aplicação do Princípio do *in dubio pro reo*, sob pena de se incidir em grave e irreparável erro judiciário, consistente na condenação de um inocente.

Portanto, não sendo possível a formação de qualquer juízo de certeza quanto à autoria do delito, não há como reformar a Sentença para condenar o Réu pelo crime previsto no art. 242 do CPM.

Como é cediço, somente a prova robusta é capaz de alicerçar uma condenação penal. O fato de estimar, supor ou fazer juízo de probabilidade, sem que haja a plena certeza, não gera elementos concretos de convicção hábeis a sustentar uma sentença condenatória.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal Militar:

> *"APELAÇÃO. FURTO.* ***INSUFICIÊNCIA DE PROVAS****. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO COMPROVADAS.* ***APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO*** **IN DUBIO PRO REO***. PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.* ***As provas produzidas durante a instrução processual não são suficientes para amparar o decreto condenatório, sendo imperativa a aplicação do princípio do*** **in dubio pro reo.** ***Não há elementos de convicção suficientes que demonstrem a ligação do Apelante com o fato delituoso****. Incerteza do julgador acerca do nexo entre a autoria, a materialidade e o resultado. Apelo defensivo provido. Decisão unânime."* (STM – AP 154-22.2010.7.01.0301/RJ, Relator William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 4/4/2013, Data de Publicação: 24/4/2013 Vol: Veículo: DJE) (grifos nossos).

Nesse mesmo sentido também os seguintes julgados: AP 7-18.2009.7.12.0012/AM, Relator Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, Data de Julgamento: 3/9/2013, Data de Publicação: 18/09/2013; AP 24-21.2008.7.11.0011/DF, Relator Ministro Gen Ex ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, Data de Julgamento: 2/2/2010, Data de Publicação: 28/4/2010.

Esse também tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CABIMENTO. HIPÓTESES. INCISO I DO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONTRA A EVIDÊNCIA DOS AUTOS.* ***FRAGILIDADE EVIDENTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO.*** *IMUTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.* ***PRIMAZIA DO DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE****. 1. A revisão criminal retrata o compromisso do nosso Direito Processual Penal com a verdade material das decisões judiciais e permite ao Poder Judiciário reparar erros ou insuficiência cognitiva de seus julgados. 2****. Em matéria penal, a densificação do valor constitucional do justo real é o direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art.***

> ***5º da CF). É dizer: que dispensa qualquer demonstração ou elemento de prova é a não-culpabilidade (que se presume). O seu oposto (a culpabilidade) é que demanda prova, e prova inequívoca de protagonização do fato criminoso.*** *3. O polêmico fraseado 'contra a evidência dos autos' (inciso I do artigo 621 do CPP) é de ser interpretado à luz do conteúdo e alcance do Direito Subjetivo à presunção de não-culpabilidade, serviente que é (tal direito) dos protovalores constitucionais da liberdade e da justiça real. 4.* ***São contra a evidência dos autos tanto o julgamento condenatório que ignora a prova cabal de inocência quanto o que se louva em provas insuficientes ou imprecisas ou contraditórias para atestar a culpabilidade do sujeito que se ache no polo passivo da relação processual penal. Tal interpretação homenageia a Constituição, com o que se exalta o valor da liberdade e se faz justiça material, ou, pelo menos, não se perpetra a injustiça de condenar alguém em cima de provas que tenham na esqualidez o seu real traço distintivo****. 5. Ordem concedida".* (Habeas Corpus nº 92435/SP, Relator Min. CARLOS BRITTO, Julgado em 25/3/2008, Primeira Turma, Publicado em 17/10/2008) (grifos nossos).

Dessa forma, para haver uma condenação, tem que existir prova incontestável a ampará-la, pois a impossibilidade de se extrair elementos convincentes e seguros dos autos redunda, obrigatoriamente, na absolvição por insuficiência de provas, já que não se pode presumir a culpa, quanto mais condenar por mero juízo de probabilidade.

Com fundamento nos argumentos expendidos acima, entendo que o conjunto probatório não foi capaz de demonstrar que o civil CHARLES cometeu o delito de roubo.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento e não provimento do Recurso ministerial para, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM, manter, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Sentença que absolveu o civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO do crime previsto no art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao Apelo ministerial para manter, na íntegra, a Sentença que absolveu o

Civil Charles da Silva Brandão, do crime previsto no art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM.

Brasília, 26 de maio de 2015 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO
APELAÇÃO Nº 55-60.2012.7.02.0202-SP

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8° do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Votei vencido, no tocante ao mérito da presente Apelação, divergindo da douta maioria dos meus Eminentes Pares, pelas razões que a seguir passo a expor.

I - RECURSO DO MPM

O *Parquet* castrense postulou a reforma parcial da Sentença, no tocante à absolvição do civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO, requerendo, por conseguinte, a sua condenação, como incurso no art. 242, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 9º, inciso III, "a", ambos do CPM, pela prática do crime de roubo circunstanciado, conforme descrito na exordial acusatória.

Aduziu, em síntese, haver suficiente lastro probatório para atribuir a autoria do evento delitivo ao Apelado.

Inicialmente, cabe esclarecer que a Defesa, em contrarrazões recursais, apresentou pretensão concernente à nulidade das declarações do acusado tomadas no IPM por ter sido ouvido sob o compromisso de dizer a verdade e sem o direito à assistência jurídica, com a consequente anulação dos atos posteriores. Também, pleiteou a nulidade do reconhecimento do acusado realizado em sede de IPM e em Juízo, por ofensa ao rito do art. 368 do CPPM, demandando a sua exclusão do processo.

Há de se considerar que as pretensões nulificantes, a rigor, merecem apreciação como temas precedentes ao mérito. Contudo, tendo em foco que o acusado obtivera absolvição em 1ª Instância e o presente feito refere-se, unicamente, a Apelo do Órgão Ministerial, incabível tal análise preliminar, pois se estaria alavancando, representativamente, circunstância desvantajosa ao interesse do réu. Nessa quadra, tem plena incidência o enunciado nº 160 da Súmula do STF, o qual reza:

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

Ademais, as declinadas questões suscitadas pela Defesa tangenciam o mérito recursal, porquanto têm em seu âmago a pretensão de fragilizar provas que, na perspectiva defensiva, potencialmente, seriam desfavoráveis ao acusado.

Dessa forma, à luz do estabelecido no § 3º do art. 79 do RISTM, relega-se a análise das questões apresentadas pela Defesa, por ocasião das contrarrazões, aquilatando-as ao mérito do Recurso.

1) Abordagem sobre o Recurso Ministerial

1.1) Aspectos relevantes da Sentença

Com efeito, a Sentença absolutória, exarada por maioria (3x2), tem por fundamento legal o art. 439, alínea "e", do CPPM. Encontra-se calcada na incidência do Princípio "in dubio pro reo", porquanto frisou não haver nos autos prova segura e convincente do envolvimento de CHARLES DA SILVA BRANDÃO nos fatos delituosos expostos na Denúncia.

Nesse particular, contextualizando o fundamento utilizado para consolidar a absolvição, expressou o *Decisum* (fls. 573/582):

> *"58. Ora, apenas um único trecho das declarações prestadas pela vítima, Leonardo, em Juízo, já nos impulsiona para a trilha absolutória. Disse, pois, Leonardo de Siqueira Monteiro da Silva,* ipsis litteris*: '(...) que pode dizer que o acusado é idêntico a este elemento civil que o abordou, e que ora menciona perante este Juízo. Que apesar de tal afirmação, isto é, não tem certeza que o tal civil ora descrito seja o acusado, muito embora reitere que seja idêntico' (fls. 196).*
>
> *59.* Data venia*, ser idêntico não significa tratar-se da mesma pessoa.*
>
> *60. Aliás, a própria vítima, um pouco mais adiante asseverou que '(...) reitera que o civil que o abordou, conforme narrado acima, não usava capuz, ou boné, ou uma camisa no rosto, esclarecendo que olhou para tal pessoa, porém não ficou olhando muito para ela a ponto de reparar neste sentido' (fl. 197). Mais uma vez, há que se dizer que tal trecho das declarações da*

vítima enfraquece ainda mais a tese ministerial. Afinal, a vítima tinha sido abordada por dois meliantes, durante a madrugada. Ou seja, além do nervosismo que envolveu a vítima, comprometendo-se os seus sentidos de percepção, os fatos se deram durante a noite. Por óbvio que o resultado não poderia ser outro. A vítima, nervosa com a abordagem, sem iluminação segura e convincente, temerária do que poderia lhe ocorrer, acabou por olhar por um tempo não razoável e suficiente para o meliante que o abordou. Daí não ter segurança para reconhecer Charles da Silva Brandão com absoluta certeza. Apenas considerou-o idêntico.

(...)

65. Data venia*, é por demais temerário querer condenar-se o acusado por crime de roubo, simplesmente porque o mesmo encontrava-se olhando para baixo e raspava os pés no chão. Quanto a este fato, o réu tratou de esclarecer que havia parado no local porque queria urinar. A bem da verdade, não há como desconsiderar que o estado de ânimo dos militares da Unidade Militar roubada não deveria estar normal. Bem provavelmente, deveriam estar angustiados pela subtração da pistola, querendo a todo custo a sua plena recuperação. Muitas vezes, neste estado de espírito, podem ser equivocadamente sugestionados ao interpretarem situações. A ponto, inclusive, de cometerem erros infantis que podem comprometer terrivelmente determinada investigação.*

66. Ao que parece, foi exatamente isso que ocorreu com a própria testemunha acima mencionada, qual seja, Leonardo Cassiano da Silva. Disse, pois, o mesmo, em Juízo, que, quando encontrou o armamento, '(...) pegou a pistola com as próprias mãos. Que não se valeu de qualquer pano para pegar a pistola' (fls. 208).

67. Ora, não tivesse tal testemunha cometido esse erro pueril, ingênuo, e certamente não se estaria agora discutindo se o acusado tinha parado para urinar ou para encontrar o armamento. Bastava-se verificar, junto à pistola encontrada, se havia qualquer impressão digital do acusado. Entretanto, Leonardo Cassiano da Silva, dando provas evidentes de que estava em um estado pleno de aflição, tratou de pegar a pistola com as próprias mãos. Com isso, lá se foi uma prova que poderia finalizar qualquer discussão a respeito dos fatos.

> *68. Sobre tal ponto, inclusive, a Administração Pública Militar esclareceu que '(...) foi realizada perícia relativa às impressões digitais na pistola Taurus 9mm nº T0124715, porém não foram encontradas impressões digitais íntegras, mas tão somente fragmentos, que não se prestam para confrontos' (fls. 451).*
>
> *69. Poder-se-ia, então, verificar as imagens das câmeras de segurança, a fim de identificar-se os autores do roubo. Entretanto, as imagens (cds) não permitem tal identificação (fls. 84 e fls. 99).".*

A Sentença faz nítida referência ao grau de incerteza com que se atribuiu a autoria delitiva ao acusado. Contudo, essa menção carreia uma tônica deveras temerária.

Verifica-se que critérios de âmbito semântico, acerca do termo "idêntico", foram explorados para concluir pela insegurança quanto à indicação do autor do delito. Tal compreensão, emanada do Colegiado "a quo", impôs fragilidade ao teor do depoimento da vítima, bem como às outras provas que, potencialmente, incriminavam o acusado.

Por certo, encontra-se afeta a essas circunstâncias a questão fulcral em que reside o presente Recurso Ministerial.

1.2) Aspectos pontuados no Recurso do MPM

É notória a irresignação do Órgão Ministerial com a absolvição de CHARLES. Enfatizou serem poucos os casos, desta natureza, em que se consegue reunir tantas provas incriminadoras. Ressaltou, ainda, representar uma temeridade absolver pessoa com relação à prática criminosa tão grave. Nesse sentido, foi categórica a ênfase do *Parquet* (fls. 595 e 600):

> *"Na verdade, há poucos casos em que, em crimes desta natureza, a instrução consegue revelar tantas provas, e tão veementes, da autoria delitiva.*
>
> *(...)*
>
> *Como inicialmente aduzido, chega a ser uma temeridade absolver um elemento que praticou crime tão grave. Ele permanecerá em liberdade com a convicção da impunidade. Lamentavelmente, apenas a sociedade será penalizada, vez que sobre ela recairá a grave consequência de se abster de condenar quando é o caso.".*

Dessa forma, conforme será abordado, as razões recursais lastreiam argumentos que, combatendo a percepção do Colegiado "a quo", ressaltam o desacerto da Sentença absolutória exarada.

1.2.1) Propriedade da arma. Ocorrência de crime de natureza militar

O presente feito diz respeito ao roubo da pistola Taurus 9 mm, mod PT-92AF/AFD, Nº série TOI 24715, com carregador e catorze cartuchos que a municiavam.

É inequívoco que a arma subtraída, e posteriormente recuperada, é de propriedade da União (doc. comprobatório às fls. 154/155). No entanto, ela encontrava-se sob a Administração Militar. Especificamente, por ocasião do evento em tela, sua posse estava adstrita ao S2 S. Monteiro, o qual guarnecia posto de vigilância, como sentinela na hora, no Grupamento de Infraestrutura e Apoio de São José dos Campos – SP (termo de acautelamento e registros do armeiro às fls. 156/158).

Dessa forma, na hipótese, é inequívoca a caracterização de crime de natureza militar, uma vez que fora praticado por civil contra a instituição militar, especificamente, contra o patrimônio sob a Administração Militar, encontrando enquadramento no art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM.

1.2.2) As provas incriminadoras produzidas

À míngua de provas técnicas e filmagens que teriam o condão de contribuir categoricamente com o deslinde da *quaestio*, o arcabouço probatório produzido é composto essencialmente por provas orais.

Nesse passo, merece registro a conclusão extraída da informação pericial, dando conta da impossibilidade de realização do exame papiloscópico, tendo por objeto a arma em apreço, uma vez que *"não foram encontradas impressões digitais íntegras, mas tão somente fragmentos, que não se prestam para confrontos"* (fls. 47, 450/451).

Frise-se, também, que dos registros visuais captados pelas câmeras de segurança do Grupamento de Infraestrutura e Apoio de São José dos Campos-SP, naquela ocasião, apenas possibilitou-se, concretamente, verificar a perseguição empreendida por um dos meliantes ao Sd Silas Felipe de Oliveira, quando este veio a refugiar-se no alojamento. No entanto, as imagens não possibilitaram a identificação de quaisquer dos envolvidos (CD à fl. 99).

Igualmente, as imagens fornecidas pela Inspetoria Regional da Guarda Civil de São José dos Campos-SP, referente à Câmera nº 109, no dia 16.3.2012, às 02:06:50 horas, situada na Av. Cidade Jardim com Av. Cassiopéia, não propiciaram melhores resultados investigativos no tocante à identificação dos envolvidos no ilícito (CD à fl. 85).

Assim, as provas orais colacionadas são preponderantes para a definição da situação do acusado (culpado ou inocente). Dessa forma, sopesando o elenco probatório, possibilita-se a extração de provas robustas e concatenadas a respeito de sua culpabilidade. Senão vejamos:

A – Com referência ao IPM:

a) O S2 Leonardo de Siqueira Monteiro da Silva, ao ser inquirido, declarou terem sido dois os meliantes que o abordaram no posto de vigilância. Acrescentou ter visto o S2 Silas se aproximar para a rendição no serviço, contudo ele logo empreendeu fuga, sendo seguido por um dos agentes. Disse que a ação se deu com o emprego de arma de fogo e de arma branca (facão) e resultou na subtração da pistola que portava. Em sua inquirição foram apresentados vários detalhes sobre os fatos, conforme se vê (fls. 17/18):

> *"(...) declarou que estava de serviço de Sentinela ao posto Caixa D'água do DCTA; perguntado como os fatos ocorreram, respondeu que por volta das 01:56 visualizei o S2 Silas, que vinha em minha direção para rendição do quarto de hora, que a testemunha afirma que minutos antes, não deslumbrou nada de errado no perímetro do posto de serviço, que aguardou o S2 Silas se aproximar e que quando o mesmo o chamou pelo nome a testemunha abriu o alçapão e começou a descer, logo em seguida, quando já estava no chão junto com o S2 Silas, percebeu a aproximação de dois elementos, o primeiro elemento branco, alto e magro, com jaqueta preta, calça jeans clara e sapato branco e que o segundo elemento era baixo, 'gordinho', usava camiseta roxa estampada, estava de calça jeans escuras, que o primeiro elemento estava portando uma arma de fogo prateada na mão esquerda e um facão na mão direita, que o segundo elemento saiu correndo em direção ao S2 Silas, o qual se evadiu com o intuito de escapar do elemento, que o primeiro elemento me abordou com arma em punho, mandando eu colocar as mãos na cabeça e logo em seguida deitar, que antes de me mandar deitar, mandou eu jogar a arma no chão, o elemento se aproxi-*

mou e tentou tirar a arma que estava presa pelo 'fiel', não obtendo êxito, usou do facão que estava na outra mão e cortou assim o 'fiel', nesse momento o segundo elemento, que correra atrás do S2 Silas retornou junto ao primeiro fugindo logo em seguida pelo muro de frente a caixa d'água., (...) perguntado se algum dos elementos estava com chapéu, capuz ou algo similar, respondeu que sim, que o elemento que estava com a arma de fogo estava com um capuz até a testa e que o segundo elemento, que correra atrás do S2 Silas, estava com uma camiseta no rosto, fechando-o totalmente o rosto e deixando apenas os olhos a vista, (...)".

b) O S2 Thiago de Lima Barbosa Nolêto declarou ter participado da operação "pente fino", na manhã do dia dos fatos, e se deparado com o ora acusado em situação suspeita junto ao muro da OM, pois procurava algo escondido no local. Naquela ocasião, ao aproximar-se e indagá-lo sobre o que fazia, logo se evadiu. Contudo, foi possível anotar a placa da motocicleta que conduzia. Extrai-se daquela inquirição (fl. 36):

"(...) perguntado o que presenciou no local, respondeu que durante a operação 'pente fino' subiu no muro para atender a um pedido dos colegas pois havia um suspeito do outro lado, quando avistou um homem de cor parda, blusa de moleton verde musgo, camisa preta e capacete preto, perguntou o que o suspeito estava fazendo no local, respondeu que 'não, não, não' subiu na moto e evadiu-se do local; perguntado se anotou os dados da referida moto, respondeu que sim, moto Honda Bis, de cor preta e de placa ESM 3134; perguntado se tem algo mais a dizer que seja relevante para a Inquirição, respondeu que sim, que no domingo um colega avistou nas imediações do muro do Posto de Serviço da Caixa D'água um homem com uma moto vasculhando o local; (...)".

c) O S1 Leonardo Cassiano da Silva revelou detalhes do episódio em que, na manhã da ocorrência ilícita em tela, surpreendeu o acusado vasculhando o terreno junto ao muro da OM. Complementou que, a seguir, ele evadiu-se. Esclareceu ter sido justamente naquela ocasião e local que, esquadrinhando o chão, encontrou a arma subtraída da OM. Suas declarações foram prestadas nos seguintes termos (fl. 38):

"(...) perguntado o que estava fazendo no local, quando achou a pistola roubada, respondeu que, por volta das 09:00 h

> *da manhã do dia 16 de março de 2012, foi voluntário para realizar uma operação 'pente fino' no cenário da ocorrência, a pedido do Ten Marcelo, com o objetivo de achar possíveis pistas para o IPM; perguntado como achou a arma, respondeu que durante a operação 'pente fino' um dos seus colegas visualizou um homem suspeito com uma mochila pequena nas costas e de boné e chamou para que todos fossem para o muro, foi quando eu subi no muro e vi o rapaz procurando algo no chão e perguntei o que ele estava fazendo lá, indo em direção a sua moto, o suspeito, sempre de cabeça baixa, respondeu 'nada não' e subiu na moto evadindo-se rapidamente do local, pulei o muro, para procurar o que o suspeito também estava procurando e encontrei a pistola roubada; (...)."*

d) Em acareação realizada entre o S1 Cassiano, o S2 Nolêto e o então suspeito CHARLES DA S. BRANDÃO, os militares reconheceram o Sr. CHARLES como aquele indivíduo que, na manhã do dia dos fatos, fora surpreendido junto ao muro da OM, demonstrando estar à procura de algo ali escondido. Os soldados confirmaram, ainda, que, na sequência, não atendendo ao alerta emitido, o civil partira, rapidamente, conduzindo sua moto. Por sua vez, o Sr. Charles esclareceu que estava urinando no local, quando fora surpreendido, tendo saído rapidamente, pois ficara assustado com a situação. Segue a transcrição de trechos daquela acareação (fls. 55/56):

> *"(...) à vista das contradições existentes nos seus depoimentos, quando o S1 Cassiano e o S2 Noleto disseram ter visto um elemento suspeito do outro lado do muro procurando algo no chão e o Sr. Charles disse que estava 'urinando' em um poste perto do muro, e sob o compromisso prestado e de acordo com o art. 365 do CPPM, foram perguntados aos mesmos depoentes, um em frente ao outro, para explicar tais contradições. E, depois de lido perante eles os depoimentos referidos em suas partes contraditórias, pela testemunha; perguntado ao S1 Cassiano e ao S2 Noleto se reconhecem o Sr. Charles do local da ocorrência, responderam que sim; perguntado ao Sr. Charles se reconhece o S1 Cassiano e ao S2 Noleto se eles realmente visualizaram o Sr. Charles procurando algo no chão, responderam que sim, o S1 Cassiano ainda detalhou que o Sr. Charles não estava 'urinando' e que estava olhando para baixo, parecendo que estava procurando algo e o S2 Nolêto disse que visualizou o Sr.*

Charles com passo lateral similar ao do caranguejo; perguntado ao Sr. Charles diante do exposto pelos Soldados o que tem a relatar, respondeu que não tem nada a relatar; perguntado ao S1 Cassiano e ao S2 Nolêto se após interpelarem o Sr. Charles ele fugiu do local, responderam que o Sr. Charles deixou a moto ligada e que estava com pressa e que foi chamado por várias vezes para parar, sem sucesso, foi quando necessário obter a placa e ainda o S2 Nolêto disse 'que quem não deve não teme'; perguntado ao Sr. Charles se diante do exposto pelos Soldados tem algo a declarar, respondeu que quanto ao exposto sobre sua moto estar ligada, disse que é devido, mijar é uma coisa rápida, nada demorado, ou seja, não precisa desligar a moto; perguntado ao Sr. Charles porque, que ao ser chamado, não atendeu prontamente a voz de pare, respondeu que ficou com medo, porque achou que poderia ser preso por estar 'mijando' em via pública achando que estaria ocorrendo em atentado ao pudor; perguntado ao Sr. Charles se costuma se evadir quando uma autoridade policial o manda parar, respondeu que nunca passou por isso; perguntado ao Sr. Charles se ele acha normal fugir, quando nada se deve, respondeu que não; perguntado ao Sr. Charles por que ele acha que não é normal fugir, quando nada se deve, respondeu que é previsto em lei atender a autoridade. (...)".

e) Em outra acareação, realizada entre a vítima (S2 S. Monteiro) e o então suspeito (Sr. CHARLES), ainda na fase investigativa, o ofendido, referindo-se às sobrancelhas do acareado, conjectura sobre uma aparente semelhança existente entre ele e o autor dos fatos. Contudo, ao final, fazendo menção a outras características, diz haver diferenças entre eles. Assim, o Termo de Acareação consignou (fl. 57):

"(...) à vista das contradições existentes nos seus depoimentos, quando o S2 S. Monteiro disse ter sido roubado e o Sr. Charles disse não ter envolvimento nenhum, e sob o compromisso prestado e de acordo com o art. 365 do CPPM, foram perguntados aos mesmos depoentes, um em frente ao outro, para explicar tais contradições. (...) perguntado ao S2 S. Monteiro reconhece o Sr. Charles de algum lugar, respondeu que não; perguntado ao Sr. Charles se reconhece o S2 S. Monteiro de algum lugar, respondeu que não; perguntado ao S2 S. Monteiro no dia da abordagem se visualizou alguma aparência física do

elemento que o roubou com o Sr. Charles, respondeu que a sobrancelha era grossa assim como a do Sr. Charles; perguntado ao Sr. Charles diante do exposto pelo S2 S. Monteiro o que tem a relatar, respondeu que não tem nada a declarar; perguntado ao S2 S. Monteiro se reconhece o Sr. Charles como possível agente causador do roubo, respondeu que apesar da semelhança nas sobrancelhas o Sr. Charles aparenta estar um pouco tremulo e apavorado, diferente do elemento que me roubou, era frio e calmo; perguntado ao Sr. Charles diante do exposto pelo S2 S. Monteiro tem algo a declarar, respondeu que não; perguntado ao S2 S. Monteiro se o biotipo aparenta ser igual a do elemento que o roubou, respondeu que não, pois o elemento que me roubou era um pouco maior que o Sr. Charles; (...)".

f) Logo a seguir, após o término da acareação (entre o ofendido e o então suspeito), o S2 S. Monteiro, perante o Encarregado do IPM, procedeu à retificação de suas declarações prestadas no procedimento de acareação. Justificou ter, no ato anteriormente realizado, se sentido intimidado com a presença do Sr. Charles, diante do trauma sofrido com o episódio delitivo e a potencialidade de receber novas ameaças. Dessa forma, as derradeiras declarações do ofendido foram positivas no tocante ao reconhecimento do Sr. Charles como o autor do fato criminoso. Segue o teor daquelas declarações (fl. 65):

"(...) depois do compromisso de dizer a verdade, e por livre e espontânea vontade solicitou a retificação de seu último testemunho, ocorrido na data de hoje [26.3.2012], durante acareação com o Sr. Charles. O motivo desta permuta de juízo é referente a um sentimento de receio por parte do soldado que durante a acareação sentiu-se intimidado na presença do Sr. Charles e optou por não reconhecê-lo como o autor do crime, pois achou que poderia receber ameaças. Diante do exposto este Encarregado resolveu inquiri-lo novamente; perguntado qual motivo da sua retificação, respondeu que se sentiu medo diante do indivíduo, porque passou um trauma muito forte na noite em que houve o crime, perguntado se ele identifica positivamente o Sr. Charles com autor do crime, respondeu que sim, (...)".

g) Com base na apuração empreendida, o Encarregado expôs o êxito obtido na investigação. Assim, com percuciência, ao relatar as medidas empreendidas, demostrou que a identificação do suspeito foi possibilitada a partir dos dados da motocicleta por ele conduzida, quando surpre-

endido nas proximidades da OM, conforme apurado. A propósito, ficou consignado que, num segundo momento (dia 18.3.2012), o mesmo veículo fora visto naquela localidade, quando seu condutor também procurava por algo ali escondido. Consta do Relatório (fls. 106/107):

> *"(...) Durante busca de provas por ordem do Oficial de Segurança e Defesa desta Organização Militar no local do ocorrido, por volta das 09 horas do dia 16 de março do ano corrente, um grupamento de soldados do BINFA, encontrou o armamento roubado na parte externa do muro do Posto de Serviço e no momento exato que encontraram a Pistola, havia uma pessoa, flagrantemente procurando algo, bem próximo ao objeto encontrado. Ao ser indagado pela equipe quanto ao motivo pelo qual se encontrava no local, a pessoa evadiu-se apressadamente utilizando uma motocicleta, sem dar atenção aos militares que anotaram o número da placa da moto utilizada na fuga. Motocicleta Honda Bis, cor preta e Placa ESM 3134.*
>
> *(...)*
>
> *No dia 18 de março de 2012, por volta das 15h, este encarregado recebeu uma ligação anônima confirmando, naquele momento, a permanência de uma motocicleta preta, Honda Bis e de placa ESM 3134, com dois elementos próximo ao do Posto de Serviço onde ocorreram os fatos e, ainda, que permaneceram procurando algo no chão, por volta de 15 minutos."*.

B – Com referência à Instrução Criminal:

a) O S2 Leonardo de Siqueira Monteiro da Silva, ao ser ouvido em Juízo, declarou ter sido abordado por dois civis, enquanto tirava serviço de sentinela. Afirmou ter sido rendido, com o emprego de arma, e subtraída a pistola que portava. Também, fez referência à identificação do acusado, embora titubeando no quesito de lhe conferir absoluta certeza. Consta daquela oitiva (fls. 195/199):

> *"(...) Que estava de serviço no dia dos fatos, estando no seu quarto de hora, por volta das duas horas da manhã. Que se encontrava no posto da Caixa D'água, sendo que o serviço corria normalmente sem qualquer alteração. Que portava uma pistola PT 92, 9mm. Que, no momento que aguardava para ser rendido, o S2 Silas estava se aproximando da guarita. Que Silas então chamou o declarante, solicitando que descesse da guarita através da escada. Que, no momento que estava descendo a es-*

cada da guarita, verificou que o S2 Silas afastou-se, e foi até atrás de uma mureta que ficava em frente a guarita. Que, no momento em que virou as costas, percebeu que Silas saiu correndo e percebeu também que já estava um outro elemento apontando-lhe uma arma. Que esse outro elemento era civil. Que esse elemento civil não estava encapuzado, portanto chegou a ver o rosto dele. Que percebeu que era um elemento de cor branca, de pele clara, sendo que tinha a barba por fazer, notando que as suas sobrancelhas eram grossas. Que nunca tinha visto este civil antes. Que não se lembra exatamente a estatura do civil, sendo uma pessoa magra. Que pode dizer que o acusado é idêntico a este elemento civil que o abordou, e que ora menciona perante este juízo. Que apesar de tal afirmação, isto é, não tem certeza que o tal civil ora descrito seja o acusado, muito embora reitere que seja idêntico. Que portanto esclarece que tem dúvida se o tal civil mencionado é a pessoa do acusado. Que percebeu que o tal civil era uma pessoa muito fria, isto é, sentiu que se fizesse alguma coisa o tal civil poderia matá-lo. (...) ***Às perguntas do MPM****, esclarece que, na primeira vez que foi prestar declarações sobre os fatos, o encarregado do inquérito, Capitão Marconi, colocou o ora declarante frente a frente com o acusado. Que, por força disso, sentiu-se constrangido com a situação. Que prestou as suas declarações desta forma, e então saiu da sala. Que o acusado ficou mais um tempo com o Capitão prestando o seu depoimento. Que depois, quando o acusado já havia prestado o depoimento, o Capitão Marconi procurou o declarante. Que o Capitão lhe perguntou se havia ficado com receio sobre o fato de ter prestado as suas declarações cara a cara com o acusado. Que então foi novamente ouvido sem a presença do acusado, pelo Capitão Marconi, onde então desta vez sentiu-se mais à vontade para prestar as suas declarações. Que como nunca passou por uma situação dessa, e como a pessoa do acusado lembra muito a pessoa que o abordou no dia dos fatos, acredita que esse tenha sido o motivo de ter tido receio quando prestou as suas declarações na presença do acusado. Que reitera que, o civil que o abordou, conforme narrado acima não usava capuz, ou boné, ou uma camisa no rosto, esclarecendo que olhou para tal pessoa, porém não ficou olhando muito para ela a ponto de reparar neste sentido. Que não sabe dizer se o civil que saiu correndo atrás do Silas tinha alguma camisa ou alguma outra coisa*

cobrindo o rosto. Que reitera que vendo a pessoa do acusado na presente data, pode dizer que lembra muito a pessoa do civil que o abordou, entretanto como foi a primeira vez que passou por tal situação, não tem certeza que o acusado foi este civil que o abordou no dia dos fatos, esclarecendo ainda que não teve no momento dos fatos uma noção exata da estatura do tal civil que o abordou. (...)".

b) O S2 Silas Felipe de Oliveira, ao testemunhar no Juízo Militar, declarou que também estava de serviço na ocasião, no entanto ao se conduzir ao posto de vigilância para assumi-lo, rendendo o S2 S. Monteiro, foi surpreendido por dois civis que ingressaram armados na OM, sendo que um deles o perseguiu. Contudo, esclareceu ter conseguido escapar, adentrando o alojamento. Complementou que não chegou a ver o rosto daquele meliante que o perseguiu, contudo, descreveu as características de seu porte físico. Extrai-se de sua oitiva (fls. 186/188):

"(...) Que estava de serviço no dia dos fatos, como sentinela do posto da caixa d'água. Que, no trajeto até o posto, parou e bebeu água em uma torneira próxima ao alojamento. Que estava indo tirar o seu quarto de hora. Que então percebeu a presença de dois elementos civis. Que um deles veio em sua direção, que percebeu que o mesmo portava uma arma de fogo, qual seja, um revólver. Que não chegou a ver o rosto desse indivíduo, sendo que o mesmo estava de capuz e com uma jaqueta preta. Que o tal indivíduo berrou mandando o ora depoente botar a mão na cabeça. Que sua reação foi a de correr para buscar reforço. Que não chegou a ver o outro indivíduo. Que o indivíduo que saiu correndo atrás de si tinha a estatura mediana, nem magro nem gordo, sendo que não deu parar verificar nem mesmo a cor da pele. Que entrou no lugar mais próximo a fim de buscar reforço, sendo que acordou o soldado Gusmão, esclarecendo ao mesmo o que tinha acabado de avistar.(...)".

c) O S2 Thiago de Lima Barbosa Nolêto, por ocasião de sua oitiva em Juízo, declarou ter participado da operação pente fino na manhã do dia dos fatos. Disse que, naquela oportunidade, deparou-se com o acusado, junto ao muro do quartel, na direção da guarita da caixa d'água, transparecendo procurar algo escondido no local. Afirmou que, ao se aproximar, indagando o civil sobre o que fazia ali, ele rapidamente deixou o lugar conduzindo sua motocicleta. Complementou que, logo a seguir,

vasculhando o local, o S1 Cassiano encontrou a pistola subtraída da OM. Destaque-se de sua oitiva (fls. 203/206):

> *"(...) que participou do pente fino ocorrido pela manhã do dia dezesseis de março de dois mil de doze. Que viu o acusado próximo do muro onde fica localizada a guarita da caixa d'água, sendo que o acusado estava olhando para o chão e andando de lado, como se estivesse procurando alguma coisa. Que subiu no muro mencionado, quando então deparou-se com a pessoa do acusado procurando alguma coisa no chão, quando então perguntou para o acusado o que o mesmo estava querendo ali. Que o acusado respondeu 'não, não, não', se dirigindo até a moto e retirando-se do local. Que o acusado nada mais falou. Que não se recorda se a moto do acusado estava, ou não ligada no momento. Que não chegou a ver a placa da moto. Que a cor da moto era preta. Que o acusado tinha uma mochila no momento em que procurava algo no chão. Que a cor da mochila era preta. Que não se recorda se a mochila estava cheia ou vazia. Que o acusado estava apenas com a mochila. Que logo que foi informado que havia um rapaz do lado de fora do muro, foi até o muro a fim de verificar a situação. Que portanto não sabe por quanto tempo o acusado estava na situação descrita. Que juntamente com o depoente se fazia presente o S1 Leonardo Cassiano da Silva. Que em nenhum momento determinaram ao acusado para que aguardasse no local. Que depois de tal fato juntamente com o Cassiano desceram até o local onde havia estado o acusado. Que quem achou a pistola foi o Soldado Cassiano. Que a pistola foi encontrada próxima do local onde o acusado havia estado momentos antes. Que imediatamente após o acusado retirar-se do local, como já dito, foi juntamente com o Cassiano até o local para verificar se encontrava algo. Que tão logo passados cinco minutos, Cassiano acabou por encontrar a pistola. Que viu o momento em que Cassiano encontrou a pistola. Que a grama do local estava alta encobrindo a pistola. Que percebeu que o acusado ficou assustado, no momento em que foi visto, e deu a resposta já mencionada. Que também percebeu que o acusado ao sair do local com a moto, o fez acelerando, como se estivesse fugindo do local. Que o tal local é uma rodovia movimentada, sendo que no muro do quartel há placa indicando área militar. Que a rodovia é bem*

próxima do muro, sendo que não há acostamento na rodovia para parar próximo do muro do quartel. (...) Que esclarece ainda que quando viu o acusado, como já descrito acima, andando de lado e olhando para baixo, não se lembra como estavam as mãos do acusado. Que, quando viu o acusado na forma já descrita, estava a menos de quatro metros de distância do mesmo. Que, quando chegou no muro, o Cassiano já havia interpelado o acusado, sendo que não ouviu o teor da conversa. (...) Que o acusado estava de capacete na cabeça com a viseira aberta. Que Cassiano ao encontrar a pistola pegou tal armamento com as próprias mãos, não se valendo de qualquer pano. Que, após achar a pistola, o Cassiano subiu por uma escada que foi deixada do lado de fora do quartel, entregando o armamento ao Capitão Fábio Dutra, especialista em armamento, que se encontrava do outro lado do muro, que era o Subcomandante do batalhão. Que não havia perito no local. Que a pistola saiu das mãos do Cassiano e foi entregue diretamente nas mãos do Capitão Dutra. Que o Capitão Dutra retirou o carregador, deu um golpe de segurança e colocou a arma dentro de um envelope. Que ao subir no muro, não precisou subir pela escada, sendo que da mesma forma, o fez o S1 Cassiano, que subiu no muro sem nenhuma ajuda. (...)".

d) O S1 Leonardo Cassiano da Silva, na oportunidade de sua oitiva em Juízo, declarou ter participado da operação "pente fino" na manhã dos fatos. Esclareceu ter emitido o alerta sobre haver um civil próximo ao muro do quartel, na direção da guarita da caixa d'água. Disse que ao subir no muro, naquela ocasião, deparou-se com o acusado, um pouco arqueado, olhando para baixo, procurando alguma coisa no local, utilizando-se, também, do artifício de raspar os pés no chão. Complementou que ao indagá-lo sobre o que fazia ali, respondeu "nada", aparentando nervosismo e, desconsiderando a ordem de parar, evadiu-se do lugar conduzindo sua motocicleta. Disse que, na sequência, pulou o muro e empreendeu uma busca no local. Declarou ter-se passado cerca de 30 minutos, quando, enfim, conseguiu encontrar a pistola subtraída da OM. Complementou que a arma estava no chão, em meio à grama, a aproximadamente 3 m do ponto em que o acusado foi surpreendido pelo declarante. Colhe-se daquela oitiva (fls. 207/208):

"(...) que participou do pente fino ocorrido por volta das dez horas da manhã do dia dezesseis de março. Que havia um

soldado no prédio, que fica localizado em frente à guarita da caixa d'água. Que esse soldado foi quem avisou toda a equipe, que do lado de fora do quartel, próximo ao muro havia um civil. Que então subiu no muro, sem o auxílio de qualquer pessoa, e também sem se valer de qualquer escada. Que foi o primeiro a subir no muro. Que viu então o acusado, que olhava o tempo todo para baixo, como se estivesse procurando algo. Que havia uma moto próxima ao acusado, estacionada não muito longe, por volta de dois metros de distância. Que o acusado tinha uma mochilinha pequena preta nas costas. Que perguntou ao acusado o que o mesmo estava fazendo no local. Que em nenhum momento chegou a dizer ao acusado que o mesmo estava preso e que era para permanecer no local. Que o acusado respondeu, 'nada', olhando um pouco para cima, ao mesmo tempo em que se dirigiu à moto. Que ficou com receio de pular o muro, que até pensou em pular o muro para tentar impedir a fuga do acusado do local. Que falou para o acusado 'para'. Que o acusado não obedeceu e pegou a moto e saiu do local. Que percebeu que o acusado ficou nervoso e foi embora, caso contrário teria aguardado no local. Que não chegou a ver a placa da moto. Que a moto era preta ou vermelha, não se recordando no momento. Que reitera que em nenhum momento deu voz de prisão ao acusado, apenas, como já dito, mandou ele parar. Que o acusado, no momento em que foi visto, estava um pouco arqueado, olhando para baixo. Que percebeu que o acusado raspava os pés no chão, sendo que o mato não estava alto. Que quando o acusado saiu do local, o depoente pulou o muro, valendo-se do apoio de uma coluna que ficava no muro. Que os militares que depois compareceram no local, chegaram depois do depoente. Que achou a pistola, bem mais à frente do local onde tinha visto o acusado. Que o local onde achou a pistola, ficava a uns três metros de distância do local onde avistou o acusado na forma já descrita acima. Que a pistola foi encontrada no chão sobre o mato. Que pegou a pistola com as próprias mãos. Que não se valeu de qualquer pano para pegar a pistola. Que então a pistola ficou o tempo todo com o depoente. Que o depoente abriu a pistola, retirou seu carregador e colocou a pistola diretamente em um envelope. Que ao achar a pistola e deixá-la no envelope, ficou mais ou menos quinze minutos com a pistola. Que não se recorda se o acusado estava com o capacete

na cabeça. Que também não sabe dizer se a tal moto foi vista dias depois rondando o quartel. Que acha que o muro deve ter dois metros e meio de altura. Que não pediu para o acusado voltar, após vê-lo saindo com a moto do local. Que nada mais tem a esclarecer. Que estavam fazendo pente fino, após o acusado sair do local, mais ou menos seis militares contando com o depoente. Que nunca havia visto o acusado. Que a grama estava um pouco mais alta no local onde foi encontrada, tanto que para achar a arma, se valeu do auxílio de seu pé. Que foi o Capitão Dutra quem entregou-lhe o tal envelope para que então pudesse entregar a arma. ***Às perguntas do MPM****, esclarece que, sem certeza, acredita que quando do pente fino, o acusado estivesse com a barba por fazer. Que, ao ver o acusado, a moto não estava ligada.* ***Às perguntas da DPU****, esclarece que não achou a arma de maneira rápida, sem precisar o tempo certo, do momento em que viu sair do local o acusado, até o momento em que encontrou a arma, deve ter passado até mais de trinta minutos, tanto que estava quase desistindo de procurar. Que reitera que quando pulou o muro não se valeu de escada, sendo que o tal muro tinha um buraco e o arame estava estourado.".*

Tendo por referencial o arcabouço probatório, o MPM aduziu, em Razões Recursais, estar estampada a culpabilidade do acusado. Ademais, comentou fugir à lógica, e ser completamente despropositada a justificativa de CHARLES de estar urinando junto ao muro da OM, quando foi surpreendido pelos militares na operação "pente fino". Consignou as Razões de Apelação do *Parquet* das Armas (fls. 599/600):

> *"(...) Charles procurou justificar o fato de ter sido surpreendido horas depois do roubo justamente no local em que a arma foi encontrada alegando que havia casualmente parado para urinar.*
>
> *Consigne-se que a atitude de parar para urinar, à luz do dia, no muro de uma organização militar, é conduta completamente despropositada, mormente para alguém que, como o acusado, havia servido na Aeronáutica. É escusa que não convence nem mesmo um leigo, porque baseada em atitude que não condiz com a lógica, foge ao padrão de comportamento que se espera de um homem comum. No entanto, os militares integrantes do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica parecem ter acreditado em tal versão.*

Ademais, os militares que surpreenderam Charles afirmam peremptoriamente que ele não estava urinando. Na verdade, as circunstâncias demonstram que ele procurava algo no chão.

Tal circunstância não escapou ao Juiz-Auditor Substituto que, em seu voto vencido, destacou que:

> *'(...) ambas as testemunhas perceberam que Charles da Silva Brandão olhava o tempo todo para baixo como se estivesse procurando algo. Detalhe, quando tal acusado fugiu, a poucos metros de onde se encontrava, a arma foi achada. Seria bem diferente se Charles da Silva Brandão tivesse sido encontrado já na moto. Ou de fato urinando no local. Mas a situação descrita pelas duas testemunhas acima mencionadas é completamente diferente. Ambas perceberam, pela atitude de Charles, que ele procurava algo. Ao meu sentir, não resta a menor dúvida de que Charles da Silva Brandão foi um dos autores do roubo na madrugada dos fatos. Tanto que voltou ao local para tentar localizar a pistola (...)'.*

(...)

Enfim, todo o arcabouço probatório produzido é no sentido de que o acusado Charles Brandão realmente penetrou no GIA e roubou a arma do S2 Leonardo. Ressalte-se que a arma só foi recuperada por um acaso – o fato de ela ter inadvertidamente caído do lado de fora do muro da OM, sendo encontrada por militares.".

- Conclusão Parcial (sobre o arcabouço probatório – indícios e provas):

É bom ressaltar que, sob a perspectiva da busca da Verdade Real, a lei processual penal não traz limitação acerca dos meios de prova empreendidos. A saber, a convicção do julgador é alcançada a partir da análise do teor do interrogatório, da prova testemunhal, das declarações do ofendido, dos documentos e das provas periciais. Corroborando, ainda, nesse âmbito, inserem-se os indícios.

Sem dúvida, no tocante ao exame da prova oral, toda impressão ou percepção emanada das declarações testemunhais merece uma detida análise e valoração. Tal exame minucioso, por certo, propiciará o deslinde de questões de maior complexidade.

Na vertente espécie, a constituição do arcabouço probatório não cuidou de conjuntura de provas isoladas ou, gratuitamente, tendenciosas. Também, não são provas que se mostram desajustadas ou desconexas. Pelo contrário, mantêm um visgo entre si, tornando a conclusão mais robusta, haja vista expressarem complementariedade. Nesse compasso, vem à tona a caracterização da uniformidade e da harmonia probatória.

Com veemência, indico que a culpabilidade do acusado se revelou, com maior nitidez, pela combinação dos indícios e das provas a seguir anunciados:

1) Admitiu que estava junto ao muro, do lado externo da OM em apreço, na manhã seguinte aos fatos;

2) Naquela ocasião fazia uso da moto identificada, a qual lhe pertencia;

3) A atitude de urinar junto ao muro da OM, conforme justificativa para estar naquele local, não corresponde com a ação vista pelos Sds Cassiano e Nolêto (pois vasculhava o capim com os pés);

4) A evasão repentina (fuga) do local, em que seria abordado pelos militares, não se ajusta ao motivo de estar urinando;

5) Arma subtraída da OM foi encontrada próxima ao local vasculhado pelo acusado;

6) O álibi é fraco (estava na companhia da namorada até às 1h30min; primo ao sair para o trabalho, às 4h30min, o viu dormindo);

7) O ofendido reconheceu o agente;

8) Os Sds Cassiano e Nolêto (que surpreenderam o acusado na parte externa da OM na manhã seguinte aos fatos) reconheceram o acusado; e

9) Os dados de distância e tempo de deslocamento do acusado de sua residência até o local dos fatos, considerando o horário citado nos álibis, não descartam a possibilidade de sua participação no delito. Pelo contrário, demonstram haver compatibilidade de seu envolvimento no ilícito.

A propósito, diante do panorama vislumbrado neste feito, a PGJM, com o equilíbrio que lhe é peculiar, consignou em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Edmar Jorge de Almeida, que, além da materialidade exaustivamente demonstrada, a combinação

dos veementes indícios com a prova oral produzida propicia atingir a certeza *"de que o acusado agiu como descreve a denúncia"* (fl. 650). Por isso, opinou pelo provimento do Apelo do MPM com a consequente condenação do acusado (fls. 646/652).

Portanto, efetivamente, *in casu*, os indícios coletados na investigação, acrescidos das provas orais coligidas na instrução criminal, convergem para a culpabilidade do civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO com referência aos fatos em apreço. Dada a sua concatenação, conforme acima demonstrado, o arcabouço erigido revela tratar-se de composição harmônica.

1.2.3) Quanto à tentativa malsucedida do acusado de constituir álibis

A Denúncia, com base no IPM instaurado, consignou que o ilícito em comento deu-se no dia 16.3.2012, por volta das 2h da madrugada.

Note-se que, tendo em vista o horário da ocorrência em análise, surge a perspectiva da existência de álibis.

Adotando a estratégia defensiva em comento, exsurgem argumentos de que o acusado estivera com a namorada, em sua residência, no momento da ocorrência do ilícito que lhe fora atribuído. Nesse desiderato, foram prestadas as seguintes declarações pelo acusado, consignadas no Termo de Acareação realizado entre ele e o Sd SILAS, no curso do IPM, conforme se transcreve (fls. 77/78):

> *"(...) perguntado ao Sr. Charles que horas sua namorada chegou em sua residência e que horas a mesma foi embora, respondeu que sua namorada chegou em sua residência e que horas a mesma foi embora, respondeu que sua namorada chegou em sua residência em torno de 22:00 horas do dia 15 de março de 2012 e que foi embora em torno de 03:00 horas da manhã."*.

Contudo, a Srta. Tárcila Juliane Alves Brito, inquirida em IPM, confirmando ser namorada do acusado, declarou ter permanecido na companhia dele na noite do dia 15.3.2012 (chegou às 20h), tendo retornado para sua casa, de moto, por volta da 1h30min da madrugada do dia 16.3.2012. Complementou que naquela ocasião não encontrou o Sr. Adriano, primo do acusado, o qual mora na mesma residência, subentendendo que ele estivera dormindo, uma vez que, costumeiramente, acorda cedo. Extrai-se daquela oitiva (fls. 88/89):

> *"(...) perguntado quanto tempo estão namorando, respondeu que há 2 (dois) anos, mas 'sério mesmo' há um ano e*

meio; perguntado quantas vezes na semana os dois se encontram, respondeu que todos os dias à noite; (...) perguntado onde se encontrava na noite do dia 15 de março de 2012, respondeu que estava com o Indiciado em sua residência e que chegou por volta das 20:00 horas e foi embora por volta 01:30 horas do dia 16 de março de 2012; perguntado o que fizeram naquela noite, respondeu que assistiram um filme e também jogaram vídeo game; perguntado se ela encontrou com o primo do Indiciado, Sr. Adriano na noite do dia 15 de março de 2012, respondeu que não e que provavelmente ele já estaria dormindo, pois acorda muito cedo; (...) perguntado qual meio de transporte utilizado pela Testemunha para retornar a sua residência de madrugada, respondeu que às vezes volta de moto, outras a pé ou o Indiciado a leva de moto, e que na madrugada do dia 16 de março de 2012 a mesma voltou de moto para sua residência; (...) perguntado se a Testemunha sabe que horas o Indiciado costuma acordar, uma vez que todos os dias ela sai tarde da casa dele, respondeu que provavelmente o Indiciado acorda por volta do meio-dia.".

Em continuidade, em procedimento de acareação, empreendido no IPM, entre o então indiciado e a Srta Tárcila, o Sr. CHARLES enfatizou que o horário em que ela deixara sua residência, na data dos fatos, era compatível com o que ambos disseram em suas inquirições. Contudo, nesse particular, depreende-se haver referência a horários distintos. Constou daquele Termo de Acareação (fls. 92/93):

> *"(...) perguntado ao Sr. Charles que a Senhorita Tárcila disse ter ido embora às 01:30 h do dia 16 de março de 2012 e em seu depoimento o Sr. Charles havia dito entre 02:00 e 03:00 h do dia 16 de março de 2012 o que tem a relatar, respondeu que o horário esta coerente; perguntado ao Sr. Charles se lembra o que fizeram na noite do dia 15 de março de 2012, respondeu que o de sempre, assistir filmes, ouvir músicas, jogar vídeo game e namorar; perguntado sobre seu primo, Sr. Adriano na noite do dia 15 de março de 2012 se encontrou com o mesmo, respondeu que sim, quando foi dormir entre 03 e 03:30 h do dia 16 de março de 2012; (...)"*.

Do testemunho da mãe do acusado, Sra. Lourdes de Souza Matos, prestado em IPM, a qual tem o mesmo domicílio do filho, são extraídas boas referências às características morais de CHARLES. Também, con-

firmou-se que ele esteve na companhia da namorada na noite do dia 15.3.2012 e, quanto à madrugada do dia dos fatos, se limitou a dizer que ele estava dormindo. Enfatizou a testemunha, "in verbis" (fl. 95):

> *"(...) perguntado se no dia 15 à noite e na madrugada do dia 16 de março de 2012 se sabe onde o Sr. Charles se encontrava, respondeu que na loja com a namorada e provavelmente na madrugada estava dormindo; perguntado se a Testemunha sabe que horas a namorada do Sr. Charles foi embora, respondeu que não consegue responder uma pergunta que não sabe; (...) perguntado se tem algo mais a acrescentar, respondeu sim, que seu filho é de boa índole, não bebe, não joga, não fuma, não usa droga e que não cria marginal dentro de casa. (...)"*.

Colhe-se da inquirição, em IPM, do Sr. Adriano Amaro Francisco, primo do acusado, boas referências pessoais de CHARLES, inclusive isentando-o de qualquer envolvimento no episódio, à época, investigado. No entanto, apesar de morarem na mesma casa, nada de efetivo trouxe para a apuração dos fatos. Acrescentou, ainda, não ter visto a Srta. Tárcila na noite do dia 15.3.2012, naquela residência. Colhe-se daquela oitiva (fl. 74):

> *"(...) perguntado com quem a Testemunha mora, respondeu que mora com sua Tia (Lourdes) e dois primos (Charles e Gabriel); perguntado se seu primo (Charles) estava em casa por volta das 01:00 hs do dia 16 de março de 2012, respondeu que não sabe, porque provavelmente estava dormindo, pois trabalha muito cedo; perguntado se na noite do dia 15 de março de 2012 visualizou a presença da namorada de seu primo Charles em casa, respondeu que não, porque após chegar em casa já entra em seu quarto e assiste televisão para assim dormir; (...)"*.

A partir daquela inquirição, iniciou-se clima de tensão entre o inquirido (Sr. Adriano) e o então indiciado (CHARLES). O indiciado cobrava que o Sr. Adriano retificasse suas declarações, pois o conteúdo daquela inquirição o deixava em situação "*enrolada*" e, inconformado, expressava que deveria ter "*testemunhado em seu favor*". Essa situação não passou despercebida pelo Encarregado do IPM, que consignou em seu Relatório tal incidente, nos seguintes termos (fl. 107):

> *"Após inquirição do Sr. Adriano, foi observado por este Encarregado e, ainda, por quatro militares da Seção de Investigação e Justiça, o Sr. Charles discutindo com a testemunha, di-*

zendo que o mesmo deveria ter testemunhado a seu favor, o indiciado insistiu, ainda que a testemunha retornasse à sala de inquirição e alterasse seu testemunho, pois daquela maneira, estava deixando em situação 'enrolada'.

Tal discussão deu-se em tom alto, necessitando a intervenção do Comandante da Seção para acalmar a situação entre os primos. Mesmo após a intervenção do Comandante, o Sr. Charles continuou a discutir com seu primo, inconformado com a situação, quando este Encarregado solicitou que o indiciado saísse do local e resolvesse o problema em outro recinto, pois ali estava tumultuando o ambiente. Inconformado o Sr. Charles gritou com este Encarregado, dizendo ter o direito de trocar o testemunho do seu primo, porém, esta não era a vontade da testemunha inquirida, que, pelo contrário, insistia em deixar o local, uma vez já firmada sua declaração e satisfação com o feito.".

Note-se que a situação acima mencionada também foi retratada em oitiva perante o Juízo Militar. Além disso, o Sr. Adriano Amaro Francisco (primo do acusado) enfatizou que ao acordar no dia 16.3.2012, às 4h30min, viu o acusado dormindo. Extrai-se daquele testemunho (fls. 200/201):

"(...) Que acredita que no dia quinze de março de dois mil e doze foi dormir às vinte e uma horas. Que o acusado sempre fica até mais tarde na loja. Que então ao dormir no dia quinze de março de dois mil e doze, foi deitar-se antes que o acusado. Que não sabe informar o horário em que o acusado foi dormir nesse dia. Que não se lembra se a namorada do acusado estava na casa dele nesse dia quinze de março de dois mil e doze. Que geralmente é o acusado que acorda o depoente. Que o acusado ficou chateado pelo fato de o depoente ter dito que não se lembrava de ter sido acordado pelo acusado no dia dezesseis de março de dois mil e doze. Que nesse dia inclusive, ao levantar-se às quatro e meia da manhã, no dia dezesseis de março de dois mil e doze, chegou a ver o acusado dormindo. Que o acusado ficou chateado, exatamente porque quando foi prestar seu depoimento, teria dito que não se recordava de ter visto o acusado dormindo nesse dia. Que o acusado não comentou quem poderia ser o culpado pelos fatos retratados na denúncia. Que o acusado não assumiu a autoria dos fatos descritos na denúncia. Que não conhece a pessoa de Silas Felipe de Oliveira.

Que sabe informar que o acusado já foi Soldado do CTA. Que o acusado é uma pessoa extremamente calma. Que a loja do acusado é de computadores. Que o acusado não está envolvido com drogas. Que nada mais tem a esclarecer sobre os fatos. Que o acusado nunca o ameaçou, a fim de apresentar qualquer versão que pudesse comprometê-lo. Que reitera que ao levantar-se no horário que de praxe se levanta, às quatro e meia da manhã, na madrugada de dezesseis de março, não foi acordado pelo acusado, muito embora o tenha visto dormindo. Que dorme na parte de baixo da beliche. Que o acusado dorme na parte de cima da beliche. (...)".

Acresça-se a isso a informação obtida em pesquisa, na *internet*, no sítio do "google maps", de que a distância da residência do acusado até a ponto aproximado em que a OM foi invadida está na ordem de 10,5Km, percurso que, segundo previsão, levaria de 15 a 20 minutos utilizando veículo automotor.

Desvela-se, em desfavor do agente, a adequada compatibilidade entre o horário em que a namorada saíra de sua residência, o tempo gasto no deslocamento até o local dos fatos e o momento da prática ilícita.

- Conclusão Parcial (sobre a existência de álibi):

Portanto, de acordo com o que fora demonstrado, com coerência, não se pode concluir pela preclara constituição de álibi em favor do acusado, diante do desajuste dos horários informados nos testemunhos colacionados, confrontando-os com o horário em que se dera o ilícito em tela.

1.2.4) Culpabilidade do Acusado – Aspectos concernentes à terminologia "idêntico" utilizada pela vítima ao se referir ao acusado

Topograficamente, no cume da presente "quaestio" encontra-se a discussão a respeito da identificação do acusado como o autor do delito. Nesse compasso, a referência utilizada pela vítima para identificar o acusado dá azo a toda a problemática.

Por isso, no tocante ao termo "idêntico" empregado pelo ofendido, em Juízo, ao se referir ao acusado como o autor do delito, algumas breves considerações merecem registro.

Inicialmente, reportando às declarações prestadas pela vítima (S2 S. Monteiro), em IPM, fica patente que se referia, concretamente, ao Sr.

CHARLES como o autor do crime. Disse naquele procedimento (fl. 65): *"(...) perguntado se ele identifica positivamente o Sr. Charles com (sic) autor do crime, respondeu que sim."*.

Por sua vez, em Juízo, após descrever as características físicas do agente, enfatizando que não usava capuz nem boné na ocasião dos fatos, o ofendido disse ser o acusado idêntico à pessoa que subtraíra a pistola que portava na oportunidade do ilícito. Notadamente, não foi peremptório na conclusão acerca da identificação, situação que, nas circunstâncias, escapou ao ideal. Contudo, nas entrelinhas, encontra-se estampado o temor de sofrer retaliações, inclusive, no tocante a sua vida, à vista da referência à percepção de ser o agente "pessoa muito fria". Ademais, dessas declarações são extraídas referências repetidas sobre atribuir ao acusado a condição de idêntico ao agente, inferindo não lhe caber, diante das circunstâncias, expressar o decisivo juízo de valor a respeito dessa identificação e, por conseguinte, imputar-lhe a autoria do crime. A respeito dessa ênfase, transcrevo excertos daquela oitiva (fls. 195/199):

> *(...) Que esse elemento civil não estava encapuzado, portanto chegou a ver o rosto dele. Que percebeu que era um elemento de cor branca, de pele clara, sendo que tinha a barba por fazer, notando que as suas sobrancelhas eram grossas. Que nunca tinha visto este civil antes. Que não se lembra exatamente a estatura do civil, sendo uma pessoa magra. Que pode dizer que o acusado é idêntico a este elemento civil que o abordou, e que ora menciona perante este juízo. Que, apesar de tal afirmação, isto é, não tem certeza que o tal civil ora descrito seja o acusado, muito embora reitere que seja idêntico. Que portanto esclarece que tem dúvida se o tal civil mencionado é a pessoa do acusado. Que percebeu que o tal civil era uma pessoa muito fria, isto é, sentiu que se fizesse alguma coisa o tal civil poderia matá-lo. (...)* ***Às perguntas do MPM****, esclarece que, na primeira vez que foi prestar declarações sobre os fatos, o encarregado do inquérito, Capitão Marconi, colocou o ora declarante frente a frente com o acusado. Que por força disso, sentiu-se constrangido com a situação. Que prestou as suas declarações desta forma, e então saiu da sala. Que o acusado ficou mais um tempo com o Capitão prestando o seu depoimento. Que depois, quando o acusado já havia prestado o depoimento, o Capitão Marconi procurou o declarante. Que o Capitão lhe perguntou se havia ficado com receio sobre o fato de ter prestado as suas de-*

> *clarações cara a cara com o acusado. Que então foi novamente ouvido sem a presença do acusado, pelo Capitão Marconi, onde então desta vez sentiu-se mais à vontade para prestar as suas declarações. Que, como nunca passou por uma situação dessa, e como a pessoa do acusado lembra muito a pessoa que o abordou no dia dos fatos, acredita que esse tenha sido o motivo de ter tido receio quando prestou as suas declarações na presença do acusado. Que reitera que o civil que o abordou, conforme narrado acima, não usava capuz, ou boné, ou uma camisa no rosto, esclarecendo que olhou para tal pessoa, porém não ficou olhando muito para ela a ponto de reparar neste sentido. Que não sabe dizer se o civil que saiu correndo atrás do Silas tinha alguma camisa ou alguma outra coisa cobrindo o rosto. Que reitera que, vendo a pessoa do acusado na presente data, pode dizer que lembra muito a pessoa do civil que o abordou, entretanto, como foi a primeira vez que passou por tal situação, não tem certeza que o acusado foi este civil que o abordou no dia dos fatos, esclarecendo ainda que não teve no momento dos fatos uma noção exata da estatura do tal civil que o abordou. (...)"*. (grifos nossos).

Evidentemente, o ofendido estava cônscio da importância de suas declarações, em especial, com referência a atribuir ao acusado a autoria do crime. Ainda que involuntariamente, diferente do que fez em IPM, não assumiu isoladamente a responsabilidade de fornecer provas que teriam o condão de selar a sorte de Charles, conduzindo-o, por conseguinte, à condenação. Contudo, depreende-se que ficou relegada à fluidez, ou não, das provas resultantes da instrução criminal, o destino a ser estabelecido para o réu.

Merece registro o entendimento exarado no Voto Vencido do Juiz-Auditor Dr. Ricardo Vergueiro Figueiredo, o qual, acompanhado pelo Presidente do CPJ, expressou não haver qualquer dúvida sobre a autoria delitiva. Por isso, condenava o acusado à pena final de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incurso no art. 242, § 2º, inciso II, do CPM (fls. 583/584).

Não se descura que a vítima, ao se referir ao acusado como autor dos fatos ou "idêntico" ao agente, teve como referencial as impressões correlacionadas às suas características físicas coletadas, sob clima de extrema tensão, no momento do ilícito, ao olhá-lo frente a frente, pois seu rosto não estava encoberto com capuz nem utilizava boné. Todavia, tama-

nha era a certeza, que a vítima, em IPM, atribuiu a autoria a CHARLES, sem titubear (fl. 65). Note-se, contudo, que o ofendido, tanto em IPM quanto em Juízo, pediu para ser inquirido sem a presença do réu, em razão de sentir-se intimidado e constrangido (fls. 65, 210 e 293/294). Temia por sua segurança, em face das declarações incriminadoras que prestaria.

No tocante aos militares de serviço, tem relevância, também, o sentimento de ansiedade que imperava entre eles, pois, deflagrada a operação "pente fino", estavam em busca do paradeiro da arma roubada e de pistas que conduzissem à autoria delitiva. Por isso, suas percepções estavam aguçadas. E tomados por aquela emoção, lhes pareceu altamente suspeita a presença de CHARLES, próximo ao muro, do lado externo da OM, na direção da guarita em que houve a ocorrência, na manhã do dia em que se deram os fatos. Nitidamente, corroborando com a estranheza da situação, foi percebido que este civil estava à procura de algo que deveria estar escondido por ali, em meio ao capim. Associado àquela impressão encontra-se, como desfecho, a conduta de empreender fuga quando os militares o surpreenderam naquele episódio. Frise-se que, em seguida, naquele local, próximo ao ponto vasculhado pelo acusado, o S1 Cassiano encontrou a arma subtraída da OM.

Dando o destaque semântico, exigido no caso, enfatizou o Órgão Ministerial atribuir ao adjetivo "idêntico" os seguintes significados: perfeitamente igual, semelhante ou análogo. Dessa forma, ponderou que maior grau de certeza, acerca da autoria do crime em tela, apenas seria possibilitado com exames científicos e utilização de material genético. Porém, expressou a impossibilidade de tal análise no presente feito, à vista de inexistirem materiais disponíveis a esse desiderato. No entanto, enfatizou a solidez e a harmonia do arcabouço probatório no tocante à demonstração da autoria delitiva. Assim, sustentou o *Parquet*, em Razões de Apelação, "in verbis" (fl. 597):

> *"De acordo com a sentença proferida pelo juízo* a quo*, 'ser idêntico não significa tratar-se da mesma pessoa'.*
>
> *Já o Dicionário Aurélio conceitua o adjetivo como '1. Perfeitamente igual. 2. P. ext. Semelhante, análogo'.*
>
> *Ora, afirmar que alguém é idêntico a outrem importa no maior grau de semelhança física que se pode apurar com a visão – e é o máximo que poderia se esperar de qualquer testemunha.*
>
> *Maior grau de certeza só seria possível obter através de exames científicos que confrontassem material genético colhido*

do acusado, tanto no momento em que ele roubou a pistola, como no instante em que foi surpreendido horas após, procurando no chão, do lado de fora da organização militar, algum objeto, exatamente no local em que, segundos depois, foi encontrada a pistola roubada, o que evidentemente não seria possível, até porque, nas duas ocasiões, o acusado fugiu.

Ademais, não se espera, no âmbito do processo criminal, a certeza científica, com a qual ainda parece se iludir o juízo a quo. O que se exige é um arcabouço probatório sólido, e, como já assinalado, poucas vezes se obteve prova tão cabal, harmônica, induvidosa quanto à produzida nestes autos.".

Para alimentar o debate, apenas sob o enfoque argumentativo, em paralelo analítico, a questão referente à terminologia "idêntico", utilizada pela vítima para apontar o acusado como autor dos fatos delituosos, guardadas as devidas proporções ("mutatis mutandis"), mantém similitude com os termos de laudo pericial quando conclui pela **compatibilidade** de um instrumento (cortante ou contundente) ter produzido o resultado lesivo no corpo periciado. Ora, nessas perícias, comumente não se expõe a conclusão de que foi aquele instrumento específico apreendido (o qual fora utilizado pelo autor dos fatos) o causador das lesões, mas aponta, dentro de um juízo de probabilidade, ter sido empregado para a prática ilícita, em face da dita compatibilidade.

Para além, migrando para os aspectos ressaltados neste feito, não se encontra esculpida na questão a mera referência à suposição, porventura empregada pelo ofendido. Pelo contrário, adstrito às características físicas, aponta-se haver semelhança entre aquele que subtraiu o armamento e a pessoa com quem a vítima se deparara na fase investigativa e na instrução criminal, na condição de suspeito e de acusado, respectivamente. Nesse compasso, entendo ter sido esse o alcance empregado pelo ofendido, ao utilizar-se da terminologia "idêntico".

- Conclusão Parcial (quanto a atribuir a autoria do delito ao acusado):

Portanto, diante do que fora explicitado anteriormente, no tocante ao termo idêntico, o qual fora utilizado pelo ofendido ao se dirigir ao acusado, referindo-se ao agente que subtraiu a pistola no episódio em tela, e de acordo com todo o arcabouço probatório que integra os presentes autos, resta configurada a responsabilidade penal do civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO pelos fatos em apreço.

II – CONTRARRAZÕES DEFENSIVAS

1) Pleito absolutório calcado na ausência de exame pericial que estampe a ocorrência do crime – materialidade e autoria

A Defesa pondera que, sem a prova pericial que vincule o acusado, ainda que minimamente, aos fatos discutidos no feito, não se pode considerar a ocorrência do crime que lhe foi atribuído. Tal raciocínio, na visão defensiva, traduz na incidência do princípio do "in dubio pro reo". Por isso, pugna como imperativa a manutenção da absolvição do apelado.

Embasada na inexistência de exame de corpo de delito exigível para crimes que deixam vestígios, a DPU, em suma, pondera não haver sido constituída prova inequívoca da veracidade dos fatos, ou seja, da sua materialidade e da sua autoria, conforme consignou a Denúncia.

Segundo já tratado anteriormente neste Voto, a informação pericial dá conta da prejudicialidade do exame papiloscópico na arma, pois *"não foram encontradas impressões digitais íntegras, mas tão somente fragmentos, que não se prestam para confrontos"* (fls. 47, 450/451).

Repise-se, também, que, a partir dos registros de imagens captados pelas câmeras de segurança da OM, não se possibilitou a identificação de qualquer dos envolvidos (CD à fl. 99).

Igualmente, as imagens fornecidas pela Inspetoria Regional da Guarda Civil de São José dos Campos-SP, referente à Câmera nº 109, no dia 16.3.2012, às 02:06:50 horas, não propiciaram avanços investigativos no tocante à identificação dos envolvidos no ilícito (CD à fl. 85).

No entanto, depreende-se do exame dos autos que a demonstração da subtração da arma e sua recuperação é feita mediante a produção de prova testemunhal. Nesses termos, foi constituído um corpo de delito indireto, nos moldes do art. 328, parágrafo único, do CPPM.

O Tribunal tem aceitado a formação do corpo de delito indireto, conforme se vê nos julgados que têm suas ementas transcritas abaixo:

> *"EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PERÍCIA MÉDICA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ARTS. 328 E 318 DO CPPM. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E AMBIGUIDADE. Improcedência dos argumentos do embargante, pleiteando a absolvição, com fundamento na ausência de prova e na inspeção de saúde realizada por um só oficial médico perito. Os Embargos*

de Declaração não têm o caráter de reavaliar a valoração feita aos fatos, nem tampouco das provas. Ausência da alegação de prova deficiente, no momento processual adequado, torna preclusas as nulidades da Instrução, não apontadas nas alegações escritas; consoante a jurisprudência do STF. No caso do crime apresentar vestígios, de acordo com o parágrafo único do art. 328, caput*, do CPPM, a procedibilidade do exame de corpo de delito pode ser suprida por outros elementos, inclusive as testemunhas. O reexame do acórdão embargado, com o específico objetivo de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo-retificador, só se permite quando vocacionado a afastar situações de obscuridade, omissão ou contradição, e a complementar o conteúdo da decisão proferida. Embargos defensivos rejeitados. Decisão unânime."* (grifos nossos).

(STM. Embargos de Declaração nº 51-33.2010.7.11.0011/ DF. Relator Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Julg.: 1º.7.2011. Public.: DJE, de 22.8.2011).

"EMENTA: Apelação. Violência contra inferior. Lesão corporal. Materialidade e autoria do delito de violência contra inferior plenamente caracterizadas, não podendo se admitir o emprego de violência como método de instrução militar. Comprovada a presença de lesões corporais através de exame de corpo de delito indireto, hipótese autorizada pelo parágrafo único do art. 328 do CPPM, pois haviam desaparecido os vestígios da infração. Edema e escoriações configuram lesões de natureza leve, e não levíssima, não havendo que se cogitar de desclassificação para infração disciplinar. Inexistência de concurso material. A identidade de espécie e de condições de tempo, lugar e maneira de execução permitem o reconhecimento da figura do crime continuado, ainda que diversas as vítimas e os bens jurídicos ofendidos sejam inerentes à pessoa. Inteligência do art. 71 do CP. Apelo provido. Decisão unânime." (sem grifos no original).

(STM. Apelação (FO) nº 2005.01.049965-2/PA. Relator Ministro Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Julg.: 17.11.2005. Public.: 30.1.2006).

Dessa forma, o juízo de certeza para o julgamento da *quaestio* foi alcançado a partir da análise do conjunto de provas produzidas, que se mostraram em consonância para, na eventualidade do provimento do Recurso do *Parquet Milicien*, chegar-se à condenação.

Assim, nesse particular, inviável o acolhimento da tese absolutória formulada.

2) Nulidade – Inquirição do acusado em IPM sob o compromisso de dizer a verdade

Sob a égide do Princípio da Eventualidade, em caso de reforma da Sentença absolutória, a Defesa suscita a nulidade das declarações do acusado, tomadas no IPM, por ter sido ouvido sob o compromisso de dizer a verdade e, ainda, sem o direito à assistência de advogado.

Nessa esteira, requer a concessão de *Habeas Corpus*, de ofício, para a declaração de nulidade daquela inquirição, pois, essencialmente, não lhe foi garantido o direito ao silêncio, como corolário do princípio "nemo tenetur se detegere" (direito de não produzir prova contra si mesmo). Em decorrência, pleiteia *"a anulação de todos os atos posteriores, bem como a realização de nova oitiva, com as devidas garantias constitucionais."* (fls. 633/634).

A bem da verdade, o Sr. CHARLES foi ouvido na fase inquisitorial, na qualidade de testemunha, conforme solicitação de comparecimento a ele encaminhada pelo Encarregado do IPM, nos termos do Ofício nº 10/R-2-T/12, de 26.3.2012 (fl. 51). Sua inquirição, realizada em 21.3.2012, compôs o Termo de Inquirição de Testemunha de fls. 52/53, o qual, corretamente, consignou ter prestado o compromisso de dizer a verdade.

Nota-se que, à vista de contradições existentes em depoimentos prestados, procedeu-se à Acareação, em 26.3.2012, entre o Sr. Charles, o S1 Cassiano e o S2 Nolêto (fls. 55/56). Na mesma data, procedeu-se à acareação entre o Sr. Charles e o ofendido – S2 S. Monteiro (fls. 57/58). Na sequência, na mesma ocasião, aflorado o sentimento de intimidação, por estar face a face com o então suspeito, o ofendido ao ser inquirido novamente, para retificar o teor de suas declarações naquele ato, em especial, no tocante ao reconhecimento do ofensor. Esse novo ato realizou-se, também, na mesma data (fls. 65/66).

Como cediço, os atos de acareação seguiram os ditames do art. 365 e seguintes do CPPM, e renovados, pelos acareados, os compromissos com a verdade.

A matéria sobre a qual a Defesa aponta suposta ocorrência de vício, no aspecto material, encontra-se relacionada com o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Assim, ao postular a anulação dos atos

posteriores, suscita, ainda que não expressamente, a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada ("fruits of the poisonous tree"), segundo a qual é comunicado o veneno presente em seu tronco a todos os frutos.

Reza a disposição constitucional em comento:

> *"Art. 5º (Omissis)*
> *(...)*
> *LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; ".*

Não deve prosperar a tese defensiva.

Categoricamente, no IPM, enquanto ostentava a condição de testemunha/suspeito, CHARLES não foi coagido a prestar qualquer declaração ou se autoincriminar. Nesse aspecto, convém destacar que, vislumbrado um descompasso entre o que fora dito por ele e os depoimentos de testemunhas e do ofendido, fez-se necessário a realização de diversas acareações. Nesses atos, sinteticamente, ateve-se a confirmar suas declarações anteriores, nada de novo acrescentando. Diante disso, onde reside o potencial prejuízo causado a CHARLES? Ainda que sob o compromisso de dizer a verdade, não se constatou qualquer atitude de autoincriminação, porquanto em todas as oportunidades em que foi inquirido, no IPM (oitiva e acareações), negava seu envolvimento com o ilícito em apuração à época.

Nesse contexto, na fase inquisitorial, enquanto não assumisse a condição de indiciado seria impróprio conferir-lhe o direito ao silêncio. Tampouco, as circunstâncias obrigariam a presença de advogado para assisti-lo juridicamente na fase investigativa. Nessa esteira, cito o precedente do STF a seguir:

> *"Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - INTERROGATÓRIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR - ILICITUDE DA PROVA - INOCORRÊNCIA - NATUREZA DO INQUÉRITO POLICIAL - DISCIPLINA DA PROVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CF/88 - INVIABILIDADE - INOCORRÊNCIA DE LESÃO A ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 5, XL, LVI E LXIII E ART. 133) - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - <u>O INQUÉRITO POLICIAL CONSTITUI MERO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, DE CARÁTER INVESTIGATÓRIO, DESTINADO A SUBSIDIAR A ATUAÇÃO DO</u>*

MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATA-SE DE PEÇA INFORMATIVA CUJOS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS - PRECIPUAMENTE DESTINADOS AO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO PÚBLICA - HABILITÁ-LO-ÃO AO INSTAURAR A PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO. *- A UNILATERALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES DESENVOLVIDAS PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA FASE PRELIMINIAR DA PERSECUÇÃO PENAL (*INFORMATIO DELICTI*) E O CARÁTER INQUISITIVO QUE ASSINALA A ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL NÃO AUTORIZAM, SOB PENA DE GRAVE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA, A FORMULAÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA CUJO ÚNICO SUPORTE SEJA A PROVA, NÃO REPRODUZIDA EM JUÍZO, CONSUBSTANCIADA NAS PEÇAS DO INQUÉRITO. - A INVESTIGAÇÃO POLICIAL - QUE TEM NO INQUÉRITO O INSTRUMENTO DE SUA CONCRETIZAÇÃO - NÃO SE PROCESSA, EM FUNÇÃO DE SUA PRÓPRIA NATUREZA, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, EIS QUE É SOMENTE EM JUÍZO QUE SE TORNA PLENAMENTE EXIGÍVEL O DEVER DE OBSERVÂNCIA AO POSTULADO DA BILATERALIDADE E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL CONTRADITÓRIA. A INAPLICABILIDADE DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO AO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL TEM SIDO RECONHECIDA TANTO PELA DOUTRINA QUANTO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS (RT 522/396), CUJO MAGISTÉRIO TEM ACENTUADO QUE A GARANTIA DA AMPLA DEFESA TRADUZ ELEMENTO ESSENCIAL E EXCLUSIVO DA PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO. - NENHUMA ACUSAÇÃO PENAL SE PRESUME PROVADA. ESTA AFIRMAÇÃO, QUE DECORRE DO CONSENSO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO TEMA, APENAS ACENTUA A INTEIRA SUJEIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO ÔNUS MATERIAL DE PROVAR A IMPUTAÇÃO PENAL CONSUBSTANCIADA NA DENÚNCIA. - A REGRA CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - TAL COMO A INSCRITA NO ART. 5, LXIII, E NO ART. 133 DA CARTA POLÍTICA - NÃO SE REVESTE DE RETROPROJEÇÃO NORMATIVA, EIS QUE OS PRECEITOS DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO APLICAM-SE IMEDIATAMENTE, COM EFICÁCIA* EX NUNC, *RESSALVADAS AS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, EXPRESSAMENTE DEFINIDAS NO TEXTO DA LEI FUNDAMENTAL. O PRINCÍPIO DA IMEDIATA INCIDÊNCIA DAS REGRAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS SOMENTE PODE SER EXCEPCIONADO, INCLUSIVE PARA EFEITO*

> *DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA, QUANDO EXPRESSAMENTE O DISPUSER A CARTA POLÍTICA, POIS 'AS CONSTITUIÇÕES NÃO TÊM, DE ORDINÁRIO, RETROEFICÁCIA. PARA AS CONSTITUIÇÕES, O PASSADO SÓ IMPORTA NAQUILO QUE ELAS APONTAM OU MENCIONAM. FORA DAÍ, NÃO' (PONTES DE MIRANDA). - A NOVA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL NÃO IMPÕE À AUTORIDADE POLICIAL O DEVER DE NOMEAR DEFENSOR TÉCNICO AO INDICIADO, ESPECIALMENTE QUANDO DA REALIZAÇÃO DE SEU INTERROGATÓRIO NA FASE INQUISITIVA DO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO. A LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA SIMPLESMENTE ASSEGUROU AO INDICIADO A POSSIBILIDADE DE FAZER-SE ASSISTIR, ESPECIALMENTE QUANDO PRESO, POR DEFENSOR TÉCNICO. A CONSTITUIÇÃO NÃO DETERMINOU, EM CONSEQUÊNCIA, QUE A AUTORIDADE POLICIAL PROVIDENCIASSE ASSISTÊNCIA PROFISSIONAL, MINISTRADA POR ADVOGADO LEGALMENTE HABILITADO, AO INDICIADO PRESO. - NADA JUSTIFICA A ASSERTIVA DE QUE A REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POLICIAL, SEM QUE AO ATO ESTEJA PRESENTE O DEFENSOR TÉCNICO DO INDICIADO, CARACTERIZE COMPORTAMENTO ILÍCITO DO ÓRGÃO INCUMBIDO, NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, DA PERSECUÇÃO E DA INVESTIGAÇÃO PENAIS. A CONFISSÃO POLICIAL FEITA POR INDICIADO DESASSISTIDO DE DEFENSOR NÃO OSTENTA, POR SI MESMA, NATUREZA ILÍCITA."* (grifos nossos).
>
> (STF. Rec. Ext. Nº 136.239/SP. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julg.: 7.4.1992. Public.: DJ 14.8.1992).

Todavia, se realmente tivesse o interesse de ser assistido por defensor, bastaria comparecer no IPM acompanhado do causídico de sua confiança, pois, de outra via, não caberia à autoridade policial militar tomar tal providência, ainda que com referência a defensor público.

De forma específica, a disposição constitucional avocada (art. 5º, inciso LXIII), observando o contexto em que ela está inserida, tem seu endereçamento dirigido aos agentes de crime quando presos em razão de flagrante delito ou, excepcionalmente, observadas circunstâncias especiais de outra espécie de prisão cautelar.

Todavia, em se tratando de inquirição de testemunha (ainda que na qualidade de suspeito) e de oitiva de indiciado solto, o preceito constitucional em tela, modernamente, tem o elastério de repercutir no ato em

questão, produzindo limitação ao exercício do poder estatal investigativo/repressor, como corolário da salvaguarda dos direitos do cidadão.

Assim, ainda que em fase pré-processual, estão estampados os meios de serem evitadas ocorrências de arbitrariedades, de abusos e de uso de meios coercitivos para a inquirição em comento. Desse modo, acerca da oitiva de pessoa, independentemente de sua condição (testemunha/suspeito, ou indiciado) prima-se pela coleta de informações relativas ao episódio delitivo, sob o crivo da espontaneidade e da voluntariedade, estendendo-lhe, no que couberem, as garantias próprias do processo penal relativas ao interrogatório, no qual é assegurado o direito ao silêncio e, nesse prisma, caso opte por ficar calado, nenhum prejuízo lhe advirá, exceto a perda da oportunidade de apresentar sua versão sobre os fatos que, em boa medida, propicia o exercício da autodefesa.

No tocante ao viés acima referido, mediante a tônica didática, cito a doutrina de Magalhães Noronha[80], *in verbis:*

> *"(...) No inquérito policial o indiciado é 'ouvido', como deixa claro o art. 6º, V, do Código de Processo Penal. É indispensável seja assegurada ao acusado a faculdade de não responder ao que lhe for perguntado, consoante se vê do inc. V, que manda ser observado, no que for aplicável, o disposto no Código, nos arts. 185 a 196. (...)".*

Ampliando os argumentos, lembro que no processo penal vige o princípio da verdade real (ou material), ou, como modernamente denominado pela doutrina, princípio da verdade processual. Em clássica obra, Sabatini[81] destaca que, ontologicamente, a verdade é única. Pelos meios próprios e legítimos buscar-se-á, na *lide* penal, trazer à tona os esclarecimentos relativos aos fatos de que trata o processo, na sua mais ampla extensão. É o que pode ser entendido, também, como a busca ética da verdade como instrumento de pacificação social, seja no processo civil ou no penal.

Apenas para trazer nova abordagem sobre o tema, com o fito de aproximação científica conceitual, tem-se que, hodiernamente, a dicotomia entre verdade formal e verdade material remonta a ramos próprios

---

[80] NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 28. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

[81] SABATINI, Guglielmo. *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*. v. 2. Catanzaro: Gaetano Filipo, 1915. p. 17.

do direito – civil e penal –, não se refletindo sobre os interesses defendidos em um ou em outro e, por isso, vai perdendo o sentido haver a prefalada diferenciação. Em lapidar doutrina, ensina Marco Antonio de Barros[82]:

> *"É por isso que se nota o enfraquecimento dos dogmas da verdade material e da verdade formal, princípios jurídicos que já tiveram seu esplendor em época de forte intervenção estatal, porém, considerados de pouca expressão científica na escola moderna. Segundo a nova ótica, na persecução penal importa simplesmente descobrir a verdade. E essa verdade, do ponto de vista jurídico e mais diretamente ligada à explanação fundamental do tema que aqui se desenvolve, é a verdade processual."*.

Nesse diapasão, teoricamente, vislumbra-se a possibilidade de ser provada a materialidade e a autoria do ilícito, inclusive pela confissão espontânea do agente. Todavia, os fatos são descortinados mediante o exame do conjunto de provas produzidas. Somente assim pode-se chegar a um *veredicto* condenatório balizado.

Cabe consignar que a postura, adotada no IPM, de negar envolvimento no ilícito, continuou sendo sustentada por CHARLES em Juízo (interrogatórios às fls. 173/177 e 276/277).

Para além, tem-se que os possíveis vícios ocorridos na fase inquisitorial não têm o lastro de contaminar a ação penal, ainda mais no que concerne às oitivas procedidas no inquérito, as quais serão submetidas à judicialização, ou seja, a prova oral será produzida perante o juízo sob a regência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, dentre outros que orientam o processo penal. Dessa forma, trago à colação ensino doutrinário pertinente, extraído da obra de Denílson Feitoza Pacheco[83]:

> *"Os vícios do inquérito policial não constituem nulidades, mas meras irregularidades. Em outras palavras, seus vícios não acarretam nulidades processuais.*
>
> *Contudo, os exames, perícias e avaliações, realizados durante a fase de inquérito, são efetivamente instrutórios relativamente ao futuro processo penal, podendo a nulidade de um*

---

[82] BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46.

[83] PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 3. ed., rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 226.

laudo se refletir processualmente (neste sentido, o CPPM é mais aperfeiçoado do que o CPP, ao dispor expressamente a respeito no art. 9º, parágrafo único)."

Portanto, não se identifica na *quaestio* o apontado vício nulificante.

3) Nulidade – alegação de falhas procedimentais relativas ao reconhecimento do acusado realizado em sede de IPM e em Juízo

Ponderando pela necessidade de manutenção da Sentença absolutória, a Defesa sustenta que o reconhecimento do acusado em sede de IPM, como em Juízo, realizado pela "testemunha" S2 S. Monteiro ofendeu o rito processual estabelecido no CPPM.

Nessa quadra, requereu a concessão de HC, de ofício, para a declaração de nulidade do reconhecimento de pessoas realizado, por ofensa ao art. 368 do CPPM, com vistas a determinar a sua exclusão dos autos e, por conseguinte, impossibilitar o seu uso para embasar qualquer medida constritiva da liberdade do ora apelado.

Cabe aqui rememorar detalhes concernentes ao reconhecimento empreendido no feito.

Efetivamente, foi na acareação realizada entre o ofendido e o acusado, em 26.3.2012, a primeira oportunidade em que, no IPM, ambos estiveram frente a frente (fls. 57/58).

Naquela ocasião, conforme consignou a Denúncia, em resumo, o S2 S. Monteiro *"inicialmente reconheceu alguma semelhança entre o autor do roubo e o denunciado, afirmando que ambos possuíam sobrancelhas grossas, mas consignando não ser capaz de identificá-lo (fl. 56)"*.

Especificamente, naquele ato, as declarações em comento foram prestadas nos seguintes termos (fls. 57/58):

"(...) perguntado ao S2 S. Monteiro no dia da abordagem se visualizou alguma aparência física do elemento que o roubou com o Sr. Charles, respondeu que a sobrancelha era grossa assim como a do Sr. Charles; perguntado ao Sr. Charles diante do exposto pelo S2 S. Monteiro o que tem a relatar, respondeu que não tem nada a declarar; perguntado ao S2 S. Monteiro se reconhece o Sr. Charles como possível agente causador do roubo, respondeu que apesar da semelhança nas sobrancelhas o Sr. Charles aparenta estar um pouco trêmulo e apavorado, diferente

do elemento que me roubou, era frio e calmo; perguntado ao Sr. Charles diante do exposto pelo S2 S. Monteiro tem algo a declarar, respondeu que não; perguntado ao S2 S. Monteiro se o biotipo aparenta ser igual a do elemento que o roubou, respondeu que não, pois o elemento que me roubou era um pouco maior que o Sr. Charles; (...)".

Efetivamente, não se tratou de um ato procedimental de reconhecimento *stricto sensu*, para o qual, a rigor, entabulam-se as disposições do art. 368 e seguintes do CPPM.

No entanto, é inquestionável que o Encarregado do IPM, no bojo da acareação, deu-lhe essa conotação. Ainda fez mais, oportunizou-se aos acareados estamparem suas versões sobre os acontecimentos, com vistas a elucidar a sua autoria, pois, adstrito às inquirições anteriormente realizadas, entendia restar configurada contradição entre ambos os depoentes.

E uma vez realizado aquele ato, perde o sentido sua renovação em Juízo, pois o ofendido, presencialmente, ao se deparar com o agente, na fase investigativa, fez consignar suas características físicas de maneira categórica.

Analisando o ato de reconhecimento, duas características revelam-se especiais. A primeira diz respeito à postura do identificador, ou seja, posteriormente à descrição apresentada das características físicas e do biótipo do agente, atribui certeza ao seu apontamento, ao se deparar de perto com a pessoa a ser reconhecida (resgatando as imagens relativas ao momento dos fatos, guardadas em sua memória). Igualmente importantes são as impressões decorrentes de alguma reação comportamental adversa experimentada ao se deparar com a pessoa que, agindo criminosamente, lhe causara algum mal e/ou produzido abalo de ordem psicológica.

Em segundo lugar, quando há risco de influência ou de intimidação, têm relevo as providências para a proteção à pessoa que fará o reconhecimento. Na hipótese, há necessidade de sala especial para a realização do ato (sala de manjamento).

Vale dizer que, efetivamente, o ofendido sentiu-se intimidado naquela acareação. Por conseguinte, solicitou realização de nova inquirição, a qual se daria sem a presença do então suspeito. Nessa segunda oportunidade, sem titubear, atribuiu a autoria delitiva ao Sr. CHARLES. Situação semelhante ocorreu durante a instrução criminal, por ocasião da oitiva do ofendido, pois, sob alegação de intimidação e de constrangimento, o Juízo

deferiu que prestasse suas declarações sem a presença do acusado (Ata às fls. 210 e 293/294).

Repiso que, *in casu*, a descrição das características físicas do agente foi simultânea ao momento em que com ele o ofendido se deparava em ato de acareação no curso do IPM.

À vista do ato empreendido não ter atendido formalmente o teor do art. 368 e seguintes da Lei Adjetiva Castrense, não se capitula ocorrência de nulidade a incidir no feito. Mormente, sugestiona-se mera irregularidade, a qual não fomenta maiores repercussões. Nesse sentido, embora com referência ao CPP comum, cujas disposições acerca do tema têm similaridade com o CPPM, colaciono julgados do STF e do STJ:

> *"EMENTA: Recurso ordinário em* habeas corpus*. 2. Roubo majorado pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, inciso II, c/c art. 70, todos do CP). Condenação. 3. Art. 212 do CPP. Ordem de inquirição das testemunhas. Ainda que se entendesse pela imposição de uma ordem legal, a jurisprudência do STF é no sentido de reconhecer a nulidade como relativa. 4. Reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP). A lei processual penal não exige, mas recomenda a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível. 5. Presença de elementos seguros para manter a condenação do recorrente: prisão em flagrante; depoimentos dos policiais e das vítimas e reconhecimento do réu ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento."* (grifei).
>
> (STF. RHC nº 119.439/PR. Relator Ministro GILMAR MENDES. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julg.: 25.2.2014. Public.: DJe de 5.9.2014).

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de* habeas corpus *(originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do* writ *nas instâncias ordinárias. 2.*

> *Verificada hipótese de dedução de* habeas corpus *em lugar do recurso cabível, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal. 3. A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, notadamente quando realizado com segurança pelas vítimas em juízo, sob o crivo do contraditório, e a sentença vem amparada em outros elementos de prova. 4. Ademais, segundo a mesma orientação jurisprudencial, as disposições insculpidas no art. 226, do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade. 5. Impetração não conhecida."* (destaquei).
>
> (STJ. HC nº 134.776/RJ. Relator Ministro OG FERNANDES. Órgão Julgador: 6ª Turma. Julg.: 26.2.2013. Public.: DJe de 7.3.2013).

Tem-se que o reconhecimento de pessoas é um procedimento formal realizado para fins de se atribuir uma prática delitiva a quem efetivamente nela esteve envolvida. Parte-se do pressuposto que a vítima ou testemunha não conhece o autor do delito, isto é, não é sabido seu nome, apelido ou endereço, tão somente suas características físicas. Assim, a partir de detalhamentos apontados à autoridade policial, verificados no momento do ilícito, tais como vestes usadas, marcas físicas características (altura, massa corporal, cicatriz, tatuagem, defeito físico, modelagem dos dentes etc.) têm-se condições de se chegar à identificação do agente.

Contudo, apenas a constituição harmoniosa do conjunto probatório é que produzirá o respaldo necessário para o *veredicto* condenatório. Nessa esteira, trago a lume julgado do STF:

> *"Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS. *DELITOS DE ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL* A QUO. *SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA FUNDAMENTADA NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E NOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A questão relativa ao reconhecimento da continuidade delitiva não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, nem pelo Juízo das Execuções Penais, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de*

> *instância. 2. Observo que a sentença de primeiro grau não se baseou apenas no reconhecimento do recorrente feito em sede policial, mas, também, nos depoimentos prestados pelas vítimas. 3. Recurso parcialmente conhecido e desprovido."* (grifos nossos).
>
> (STF. RHC 99.786/RJ. Relator Min. ELLEN GRACIE. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julg.: 29.9.2009. Public.: DJe de 16.10.2009).

Ora, torna-se claro que, por si só, o reconhecimento não serve de prova cabal de autoria delitiva. Ele é visto apenas como um procedimento que colabora para o esclarecimento dos fatos, sobretudo para a identificação do agente. No caso em exame, tal reconhecimento serviu para encorpar o procedimento investigativo. Já no processo, repercutiu sob os auspícios do princípio da verdade real. Nesse foco, a conclusão aquilatada diz respeito ao reconhecimento do acusado e às demais provas testemunhais, que, a meu sentir, formaram um conjunto suficiente para a condenação, conforme demonstrado.

Por fim, atribuindo validade e eficácia ao reconhecimento pessoal do acusado verificado neste feito, a PGJM sustenta, *in litteris* (fl. 651):

> *"No tocante à inobservância de algumas das formalidades elencadas no art. 368 do CPPM, o reconhecimento pessoal do acusado em Juízo é válido e eficaz, ainda quando efetuado sem as formalidades do art. 368 do CPPM. Precedente do STF."*.

Portanto, também essa tese defensiva não merece guarida.

III - CONCLUSÃO

O ilícito atribuído ao acusado encontra-se plenamente configurado. O corpo de delito indireto, juntamente com os outros elementos de prova, compõem arcabouço probatório suficiente para embasar a pretensão acusatória estampada no Recurso do *Parquet* das Armas.

A propósito, a referência à formação de um conjunto probatório robusto convergindo para a incriminação é estampado no Parecer da PGJM, *in verbis* (fl. 650):

> *"Há nos autos diversos indícios que convergem para a certeza da incriminação, ao combinar os depoimentos coligidos em juízo.*

> *São mais que veementes os indícios. Sua combinação é suficiente para atingir a certeza de que o acusado agiu como descreve a denúncia, confirma o ofendido e corrobora a prova testemunhal. É de se decretar, em vista disso, a condenação, porque faz a justiça que se espera ante uma conduta inequivocamente criminosa, aperfeiçoada em todas as suas elementares.*
>
> *A* fortiori*, ainda quando seja a única testemunha, a melhor doutrina e jurisprudência dominante reputam válida a palavra da vítima quando coerente em relação ao fato descrito na exordial acusatória e revalidada com as demais provas coligidas.*
>
> *Na busca da verdade real, a lei processual penal não limita os meios de prova, especificando o interrogatório dos réus, as declarações dos ofendidos, as provas testemunhal, documental e pericial, e, até mesmo, os indícios, desde que se mostrem suficientes à formação da convicção.".*

Desse modo, feito o delineamento da *quaestio*, e por tudo quanto abordado, depreende-se ser acertada a condenação do Sr. CHARLES. Por isso, o Recurso Ministerial merece provimento.

Portanto, a capitulação da infração penal em comento diz respeito a roubo "duplamente qualificado" – art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM –, pois fora cometido, em concurso, por dois agentes e com ameaça exercida com emprego de arma.

A incidência das referidas qualificadoras se coaduna com o teor das declarações do S2 Silas Felipe de Oliveira e do S2 S. Monteiro (ofendido). Ambos fazem referência a terem sido dois os meliantes que adentraram a OM naquela ocasião, sendo que um dominou o ofendido e o outro saiu em perseguição ao S2 Silas. Também, suas declarações enfatizam terem os agentes atuado munidos de armamento, sendo que o acusado, ao dominar a vítima, demonstrou estar de posse de arma prateada e de um facão (fls. 17/18, 186/188 e 195/199).

Embora nenhuma das armas utilizadas para o cometimento do crime tenha sido localizada, a jurisprudência consagra a incidência da "qualificadora", em espécie, na hipótese. É o que se extrai do julgado abaixo, proferido pelo Tribunal Pleno do STF:

> *"EMENTA: ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS*

MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. *III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida."* (grifos nossos).

(STF. HC nº 96.099/RS. Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julg.: 19.2.2009. Public.: DJe de 5.6.2009).

Ademais, repercute no cálculo da pena, à vista da presença de duas causas de aumento de pena (art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM), a fixação da majorante entre 1/3 (um terço) e 1/2 (metade). Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes que orientam a dosimetria da pena:

"Ementa: APELAÇÃO. DEFESA. INCONFORMISMO EM FACE DA MAJORAÇÃO POR DUAS VEZES EM RAZÃO DAS QUALIFICADORAS. COMPENSAÇÃO DAS FRAÇÕES DE AUMENTO E REDUÇÃO DE PENA. MÉTODO PREJUDICIAL AO APENADO. FALTA DE AMPARO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMAR A MINORAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) EM RAZÃO DA TENTATIVA, NÃO OBSTANTE O ITER CRIMINIS *PERCORRIDO INDIQUE A CONSUMAÇÃO.* NE REFORMATIO IN PEJUS.

I - Nada obsta que o julgador utilize-se das duas qualificadoras na terceira fase do sistema trifásico, contudo, neste caso, é de melhor técnica majorar, de forma fundamentada, a pena acima de 1/3 (um terço), tendo em vista a gradação encontrada no dispositivo, qual seja, de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade), porém nunca aplicar a somatória das duas.

II - Na terceira fase, a compensação no cálculo da majoração e minoração da pena não encontra amparo legal, jurispru-

dencial ou doutrinário, por ser método evidentemente prejudicial ao apenado, em caso de majoração, ou mesmo resultar em não apenação, no caso da minoração.

III - Correto é, portanto, incidir as causas especiais de aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 242, no percentual entre 1/3 (um terço) e 1/2 (metade) e, sucessivamente, aplicar-lhe a redução referente à tentativa para se chegar à pena definitiva.

IV - No caso de recurso exclusivo da Defesa, a aplicação da redução referente ao art. 30, inciso II (tentativa), na fração de 2/3 (dois terços), mesmo considerando que o iter criminis *percorrido indique crime consumado, não deve ser alterada em obediência à proibição da* reformatio in pejus.

V - Apelo provido. Decisão unânime." (destaquei).

(STM. Apelação nº 2008.01.050919-4/RS. Relator Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Julg.: 10.9.2008. Public.: 20.11.2008).

"EMENTA: 'Habeas corpus'. Homicídio duplamente qualificado. - Ao contrário do que ocorre com o concurso das causas propriamente de aumento da pena – as em que a pena é acrescida de um tanto a tanto – e em que elas devem ser consideradas todas como tal para que o aumento se faça, na terceira etapa do método trifásico, acima do acréscimo mínimo em virtude do maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, quando o concurso é de qualificadoras em sentido estrito – e isso se dá quando se eleva a pena cominada em abstrato tanto no mínimo quanto no máximo –, para que o crime seja qualificado basta uma delas, devendo as outras (ou apenas a outra), que não podem ser tidas como causas de aumento para serem consideradas nessa terceira etapa do método trifásico, ser levadas em conta como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou residualmente como circunstâncias judiciais. Precedente do STF. 'Habeas corpus' indeferido." (sublinhei).

(STF. HC nº 80.771/MS. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julg.: 3.4.2001. Public.: DJ de 1.6.2001).

Todavia, no crime de roubo, a adoção do critério puramente aritmético, no tocante à repercussão das majorantes especiais para nortear a dosimetria da sanção pelo quantitativo de incidências das causas de aumento de pena, não descarta outras possibilidades sob o crivo do Princípio da Individualização da Pena. Nesse desiderato, mercê a convergência, também, do suporte de cunho subjetivo para estabelecê-la acima do

patamar mínimo. Essa compreensão, à qual me filio, está assentada na jurisprudência do STJ, conforme segue:

> *"A simples existência de duas ou mais majorantes do crime de roubo não é suficiente, por si só, para ensejar o aumento de pena superior ao mínimo legalmente previsto, qual seja, 1/3, devendo a escolha da fração ser pautada pelo critério subjetivo, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena".*
>
> (STJ. HC nº 202.176/SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão Julgador: 6ª Turma. Julg.: 4.12.2012. Votação unânime).

Por derradeiro, considera-se que os agentes, naquela madrugada, ao atingir o desiderato criminoso, incontinenti empreenderam retirada. Contudo, duas possibilidades são realçadas na fuga: a primeira, menos provável, deixaram a arma subtraída cair do lado externo do muro da OM ou, adotando uma estratégia mais peculiar, camuflaram o armamento no meio do capim, para buscá-lo posteriormente.

Conforme relatado, na manhã do dia dos fatos, o réu voltou ao local para encontrar a "res furtiva". Contudo, antes de alcançar seu objetivo, foi surpreendido por militares que estranharam sua presença naquela localidade, ocasião em que se retirou rapidamente dali.

As circunstâncias não evidenciam ocorrência de tentativa de roubo. O "iter criminis" foi totalmente percorrido, devendo-se concluir por atingida sua consumação. Embora não estivesse na posse direta do bem, saberia onde o encontrar e assim procedeu. No entanto, inadvertidamente, acabou por denunciar o lugar onde as buscas, tendentes à recuperação da arma, deveriam ser concentradas.

Nesse prisma, o feito retrata ocorrência de crime de roubo consumado, com incidência de duas causas de aumento de pena, cuja autoria é atribuída ao acusado. Assim, dou provimento ao Apelo do MPM para condenar CHARLES, como incurso no art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM.

- Cálculo da Pena

Para imposição da pena, segue sua individualização.

Na primeira fase, impõe-se a pena ligeiramente acima de seu mínimo legal (art. 242, *caput*, do CPM), a saber, 4 (quatros) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando os bons antecedentes do agente, mas, em seu desfavor, a gravidade do ilícito, por se tratar de subtração de arma

de uso privativo das FFAA, e o grau de audácia empregado pelo agente, pois fora perpetrado com invasão de OM, na madrugada, e domínio de militar em serviço de sentinela.

Na segunda fase, inexistem agravantes e atenuantes a incidir.

Na terceira fase, há o incremento das causas especiais de aumento de pena, estabelecidas nos incisos I e II do § 2º do art. 242 do CPM, conforme já abordado neste Voto. Dessa forma, aplica-se o aumento de 1/3 (um terço) da pena. Assim, a sanção final resta fixada em 6 (seis) anos de reclusão.

Em decorrência do *quantum* da pena culminada ao réu, incabível a concessão de *sursis*. Estabeleço o regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena.

Ex positis, divergindo da douta maioria dos meus Eminentes Pares, votei pelo provimento do recurso do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença questionada, condenar o civil CHARLES DA SILVA BRANDÃO à pena de 6 (seis) anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 2º, incisos I e II, do CPM, fixando o regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena, com esteio no art. 33, § 2º, alínea "b", do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984).

Superior Tribunal Militar, 26 de maio de 2015.

Gen Ex Fernando Sérgio Galvão
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 72-27.2013.7.07.0007-PE

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor – Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Paulo Tércio da Silva, 1º Sgt Refm FN, denunciado como incurso nos arts. 160 e 223, parágrafo único, tudo do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 9/6/2014.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CRIMES CAPITULADOS NOS ARTS. 160 E 223, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CPM. DESRESPEITO A SUPERIOR. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. AMEAÇA INIDÔNEA. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I – Não se verifica a prática do crime de desrespeito a superior (art. 160 do CPM) sem a comprovação da presença de dolo específico na conduta perpetrada. É necessária a presença dos elementos objetivos, que consistem em desacatar, menosprezar, insultar ou ofender superior, atingindo sua dignidade, decoro, honra ou visando enfraquecer sua autoridade. II – Para se consumar o crime de ameaça (art. 223, "caput", do CPM), é imprescindível que esta seja crível e grave, capaz de gerar temor ao ofendido e que o autor tenha o dolo de, efetivamente, concretizá-la. Apelo conhecido e não provido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao recurso do Ministério Público Militar, para manter inalterada a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. O Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar emitiu parecer diverso do constante dos autos. A Defesa foi consultada na forma do art. 75, § 3º, do RISTM, manifestando-se pela continuidade do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Giovanni Rattacaso e o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Giovanni Rattacaso. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 41ª Sessão, 9/6/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR no tocante à absolvição de PAULO TÉRCIO DA SILVA, 1º Sgt Refm FN, denunciado como incurso nos arts. 160 e 223, parágrafo único, ambos do CPM. Em síntese, a denúncia, recebida em 4/11/2013 (fl. 307), narra que, no dia 3/9/2013, na sala de Inspeção de Saúde do Hospital Naval de Natal, o Apelado se exaltou após ser informado, pelo ofendido CT Fábio Cavalcanti de Souza, de que não necessitaria de licença para tratamento de saúde. Inconformado, o Apelado contestou a competência do ofendido, deu socos na mesa, arremessou uma placa de madeira talhada que estava sobre a mesa e ameaçou jogar-lhe uma cadeira, necessitando ser contido por três militares. Ato contínuo, o ofendido deu voz de prisão ao Apelado, que o ameaçou de morte, afirmando que iria *"lhe dar um tiro na cabeça"*.

2. A sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, acostada às fls. 785/807, publicada em 12/6/2014 (fl. 808), sustentou que o crime de ameaça deveria ser analisado no bojo do crime de desrespeito a superior, em razão dos princípios da subsidiariedade e da consunção, e, por unanimidade de votos, julgou improcedente a denúncia para absolver o Apelado do delito previsto no art. 160 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM. Para tanto, sustentou a impossibilidade de se comprovar o dolo na conduta do Apelado e arguiu a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

3. O MPM tomou ciência da sentença em 13/6/2014 (fl. 809) e interpôs o recurso de apelação no dia 17/6/2014 (fl. 810). Em suas razões de fls. 815/819, o *Parquet* requer a reforma da decisão para que o Apelado seja condenado pela prática dos crimes de desrespeito a superior e de ameaça, tipificados, respectivamente, nos arts. 160 e 223, parágrafo úni-

co, ambos do CPM. Argumenta que o STM adota a Teoria Finalista da Ação, de maneira que, tendo o agente agido de forma livre e consciente, não se poderia falar em atipicidade da conduta, e que, nesse caso, à luz da Teoria Normativa Pura, estariam presentes todos os elementos da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude da conduta e exigibilidade de conduta diversa.

4. Em contrarrazões, a DPU pugna pela manutenção da sentença absolutória. No tocante ao crime de desrespeito a superior, defende que não restou demonstrado o *animus* do acusado de desrespeitar seu superior, inclusive em razão da sua capacidade de discernimento comprometida, em razão de doenças psicológicas. Assim, diante da ausência de dolo específico, impossível seria a condenação por este delito. Quanto ao crime de ameaça, afirma que não houve dolo na conduta do Apelado, que teria agido em momento de fúria, e, mesmo que assim se entenda, requer a aplicação do princípio da consunção, para que este delito seja absorvido pelo de ameaça (fls. 821/837).

5. A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo Parecer de fls. 846/864, da lavra do Dr. Mário Sérgio Marques Soares, Subprocurador-Geral da Justiça Militar da União, o qual opinou pelo conhecimento e pelo provimento parcial do apelo para que a sentença seja reformada e o Apelado condenado pelo crime de desrespeito a superior, por ter ficado evidenciada a intenção do Apelado de desrespeitar seu superior uma vez que reagiu bruscamente enquanto o superior lhe apresentava as conclusões da Junta.

É o relatório.

VOTO

Verifico que a Parte é legítima para recorrer, a apelação é cabível e adequada à espécie e foi tempestivamente interposta pelo recorrente, haja vista que o MPM tomou ciência da sentença em 13/6/2014 (fl. 809) e interpôs o recurso no dia 17/6/2014, como é possível certificar à fl. 810. Portanto, conheço do recurso, uma vez que estão preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos para sua admissibilidade.

2. Em suas razões de apelação, o *Parquet* das Armas pleiteia a reforma da Sentença que absolveu PAULO TÉRCIO DA SILVA, 1º Sgt Refm FN, dos crimes previstos nos arts. 160 e 223, parágrafo único, ambos do CPM.

3. Para que se configure o crime de desrespeito a superior é necessário que se comprove a presença do dolo específico na conduta do Apelado, ou seja, é necessário que se comprove a presença de seus elementos objetivos, que consistem em desacatar, menosprezar, insultar ou ofender superior, atingindo sua dignidade, decoro, honra ou visando enfraquecer sua autoridade. Assim, a conduta do agente deve almejar uma destas finalidades.

4. Ora, a situação não demonstra, sequer de longe, que houve intenção de ofender a dignidade ou decoro do superior, e, tampouco, de diminuir-lhe a autoridade. Em realidade, a ação do Apelado se deu em momento de exaltação, tendo em vista que, naquele momento, a Junta de Inspeção de Saúde negava dar-lhe a licença médica, a despeito do relatório enviado pelo médico psiquiatra, Dr. Iedson, responsável por acompanhar o Apelado desde o início de tratamento.

5. Assim, atordoado com a decisão da Junta de Inspeção de Saúde, o Apelado tentou alterar a referida decisão e, para tanto, questionou o médico CT (Md) Fábio Cavalcanti Souza, Ofendido, uma vez que é médico especialista em ortopedia. Contudo, tal questionamento não teve o intuito de ofender a dignidade ou o decoro do Ofendido e, tampouco, de diminuir-lhe a autoridade. A única e real intenção do Apelado era entender o porquê de sua licença ser negada, tendo em vista que o seu médico psiquiatra havia recomendado que fosse concedida.

6. Quanto às supostas ofensas, pelas quais teria chamado o Ofendido de "cachorro" e de "você", verifico, por meio dos depoimentos das testemunhas, inclusive da CF (RM1-Md) Maria de Fátima Souza de Medeiros, que também era membro da referida Junta de Inspeção de Saúde, que elas não se confirmam. Os depoimentos das testemunhas são uníssonos em afirmar que houve uma confusão na sala, de onde era possível ouvir gritos do Apelado. Ora, tal fato, em momento algum, foi negado pelo Apelado, que, ao contrário, reconheceu em depoimento de fls. 343/344, ter perdido a razão e esclareceu:

> *"(...) que reconhece que perdeu a razão; que naquela ocasião estava há quatro dias sem tomar a sua medicação; que o interrogando informa que quando não toma sua medicação se torna uma pessoa irritadiça e com o pavio mais curto; que chega até a vomitar; que estava sem tomar a medicação porque o dinheiro acabou e não teve como comprá-la; que, naquele dia, havia passado no caixa eletrônico para sacar o dinheiro para*

comprar a medicação; que o médico que o acompanha é o Dr. Iedson, civil, que é contratado do HNNa; que faz uso da medicação desde outubro de 2012; que, na época dos fatos, já estava de licença há seis meses; que estava pleiteando a prorrogação da licença; que os gritos que aconteceram dentro do consultório foram relativos aos questionamentos que o interrogando fazia por não aceitar a postura do ofendido em ser contrário a prorrogação de sua licença ('o senhor não pode fazer isso comigo, porque eu estou em tratamento de saúde'); que o Dr. Iedson encaminhou um parecer escrito à Junta de Inspeção de Saúde pela prorrogação do período de licença do interrogando; que o interrogando está em processo de reforma por problemas psiquiátricos (...)".

7. Portanto, não restam dúvidas de que o Apelado, de fato, se exaltou. Todavia, o caso deve ser analisado dentro do contexto em que ocorreu, senão vejamos. O Apelado encontrava-se em tratamento psiquiátrico, diagnosticado com Agorafobia e Transtorno de Ansiedade Generalizado, já estando de licença há seis meses e com recomendação, por escrito, de seu médico psiquiatra para que a licença fosse prorrogada. Ademais estava há quatro dias sem tomar medicação. Diante desses fatos, ao ouvir a conclusão da Junta de Inspeção de Saúde, ficou exaltado e quis compreender o porquê daquela decisão, que o considerou apto com restrições.

8. Ressalto que não concordo com as atitudes do Apelado, que se exaltou e gritou com o Ofendido. Entretanto, não posso admitir que se classifique o ocorrido como crime, uma vez que não visualizo o dolo, na conduta do Apelado, de ofender a dignidade ou o decoro do Ofendido e, tampouco, de diminuir-lhe a autoridade, o que é imprescindível para se impor o decreto condenatório.

9. Importante salientar que, nos Registros de Inspeção de Saúde (fls. 264/268), consta que o parecer dado em 2/9/2013, que declarou o Apelado *"APTO para o Serviço Ativo da Marinha, com restrições"* foi tornado sem efeito pela CF (RM 1-Md) Maria de Fátima Sousa de Medeiros, no dia seguinte, tendo sido substituído pelo parecer que o declarou "*Incapaz Definitivamente para o Serviço Ativo da Marinha (SAM), por sofrer de Transtorno de Ansiedade Generalizada* (CID 10-F40 F41.1)".

10. Dessa maneira, verifico que não há adequação típica ao crime de desacato a superior, uma vez que não se encontram presentes

os elementos objetivos, quais sejam, a intenção de ofender a dignidade ou o decoro do superior ou de lhe reduzir a autoridade. Diante disso, não merece ser provido o apelo ministerial.

11. No que tange ao crime de ameaça, novamente, mostrou-se acertada a Sentença, quando reconheceu a subsidiariedade desse delito, que só se configura caso a conduta perpetrada não constitua crime mais grave. Ocorre que, no presente caso, o Apelado teria cometido, em tese, o crime de desrespeito a superior. Desta forma, mesmo que se admitisse que a ameaça aconteceu, esta conduta típica não poderia ser avaliada por si só, uma vez que teria sido englobada pelo suposto crime de desrespeito a superior.

12. Entretanto, mesmo que não se aplique o princípio da consunção, o que se admite apenas por apego ao debate, ainda assim não estaria configurado o crime do art. 223, *caput,* do CPM, que consiste em ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.

13. É cediço que, para que o delito se consume, a ameaça deve ser crível e grave, de maneira que a vítima passe a acreditar que algum mal injusto e grave irá lhe ocorrer. O elemento subjetivo do tipo em relevo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente da promessa de efetivação de mal injusto e grave.

14. No caso em tela, não se verifica, em primeiro plano, que a ameaça foi consistente e, tampouco, a vontade do Apelado de concretizar a promessa. Ora, depois de um breve momento de exaltação, após o ofendido, CT (Md) Fábio Cavalcanti de Souza, ter dado voz de prisão ao Apelado, é que teria sido proferida a ameaça. É clarividente que a ameaça deu-se em momento de irritação, não havendo dolo de concretizá-la posteriormente. E, diante da situação, não se pode acreditar que o Ofendido tenha, de fato, acreditado que lhe seria feito mal injusto.

15. A jurisprudência desta Corte Castrense é pacífica ao entender que, para que o crime de ameaça se concretize, é necessário a capacidade da ameaça de gerar temor ao ofendido e que o autor tenha o dolo de, efetivamente, concretizá-la. Nesse sentido, transcrevo a ementa do seguinte julgado, de minha relatoria:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ART. 223 DO CPM (AMEAÇA). CÓLERA, REVOLTA OU IRA. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. NÃO CONFIGURADO. ART. 224 DO CPM (DESAFIO PARA DU-*

> *ELO). DESAFIO PARA LUTA CORPORAL SEM ARMAS. NÃO CONFIGURADO. APELO IMPROVIDO. I - O crime do art. 223 do CPM requer que a ameaça seja idônea e séria, não se configurando se feita em momento de cólera, revolta ou ira e em momento de embriaguez, mormente quando a vítima não lhe dá maior crédito. O delito exige ânimo calmo e refletido. II - Para se configurar o desafio para duelo faz-se necessário que o autor, de forma direta e consciente, e por meio de palavra, proponha o duelo, o qual se caracteriza pelo emprego de arma. III - Recurso ministerial improvido. Decisão unânime."* (Apelação nº 2008.01.050953-4. Relator Ministro José Coêlho Ferreira. Julgado em 30/9/2008).

16. Diante disso, ausente o elemento subjetivo do tipo, não há crime, devendo, portanto, ser mantida a absolvição do Apelado quanto ao crime previsto no art. 223, *caput,* do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Ante o exposto, voto para conhecer e negar provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, para manter inalterada a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso do Ministério Público Militar, para manter inalterada a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 9 de junho de 2015 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 110-41.2012.7.01.0201-RJ

Relator – Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Humberto Costa Brandão, 2º Sgt FN, do crime previsto no art. 210 do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 7/8/2014.

Advogado – Dr. Marcelo da Silva Trovão, Defensor Dativo.

EMENTA

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. LESÃO CORPORAL CULPOSA DECORRENTE DE INGRESSO CLANDESTINO EM ÁREA MILITAR. ALEGAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. OBSERVÂNCIA DA NORMA INTERNA DA ORGANIZAÇÃO MILITAR. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE. Para a caracterização do delito descrito no artigo 210 do Código Penal Militar, é necessária a presença de todos os elementos do fato típico culposo, entre os quais a imprudência, que consiste na prática de um ato sem os cuidados que o caso requer. Não é reprovável a conduta do agente que atua no intuito de defender a segurança da Organização Militar, cumprindo todos os procedimentos estabelecidos pela Norma Interna da Unidade. Embora típica, a atitude não é ilícita, porquanto a lei impõe esse comportamento àquele que se encontra em serviço, agindo amparado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal. A condenação do militar que age em estrito cumprimento do dever legal resultaria no esvaziamento dos serviços armados das Unidades Militares, fomentando o desrespeito às forças de defesa do país, sendo a absolvição medida que se impõe. Apelo a que se nega provimento. Unanimidade.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo ministerial, para manter inalterada a Sentença absolutória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Presidência do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Giovanni Rattacaso. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 17ª Sessão, 25/3/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, de 7 de agosto de 2014 (fls. 626/642), que absolveu o 2º Sgt FN HUMBERTO COSTA BRANDÃO do crime previsto no art. 210 do Código Penal Militar.

O *Parquet* das Armas ofereceu Denúncia em 8 de abril de 2013 (fls. 1/1-1/5), nos seguintes termos:

> *"(...) na noite do dia 26 de fevereiro de 2012, por volta das 21h50min, os denunciados civis, agindo de forma livre e consciente, ingressaram por onde é defeso, o que fizeram estando a bordo de pequena embarcação a motor, em área sob a administração militar em que a navegação é proibida a civis. Trata-se do 1º Batalhão de Infantaria dos Fuzileiros Navais, localizado na Estrada do Quilombo, s/n, no bairro Ilha do Governador, nesta Capital.*
>
> *De acordo com o teor da REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS (fls. 56/68) e do LAUDO PERICIAL n. 39/2012 de fls. 302/315, o local por onde os denunciados civis ingressaram é devidamente delimitado por boias luminosas (nas quais há a inscrição 'NÃO ULTRAPASSE – ÁREA MILITAR (sic). Além das boias, há tonéis de delimitação (fls. 314). Em acréscimo, os Postos de Vigilância existentes no local (PV-7-A, PV-7 e PV-8) são guarnecidos com holofotes de giro de 360º, para iluminação noturna, bem como com uma placa, à direita, com as inscrições: 'Propriedade da União – Marinha do Brasil – Entrada Proibida' (fls. 312/313).*

Também conforme delineado no IPM, o ingresso da embarcação em área proibida deu-se entre os pontos de visada PV-7 e PV-7A, junto à Praia das Moças. A narrativa testemunhal é materializada no croqui n. 3, a fls. 308 (sic), integrante do acima citado LAUDO PERICIAL n. 39/2012 de fls. 302/315.

Os Peritos apontaram que os denunciados navegavam do PV-7 em direção ao PV-7A quando receberam alerta verbal do SD LEONARDO PINHEIRO DO NASCIMENTO (fls. 39/40). Ato contínuo, esse militar efetuou um disparo de advertência para o alto. Utilizou o fuzil 5,56 com que tirava serviço. Os denunciados civis, todavia, continuaram movimentando a embarcação onde estavam. Desse modo, o SD LEONARDO PINHEIRO comunicou à sala de estado acerca da ocorrência. Na sequência, o denunciado militar (SG BRANDÃO) fez-se presente no local.

Nos termos do depoimento de fls. 20/21, os denunciados navegavam paralelo ao píer (que fica junto ao PV-7A) quando foram avistados pelo SG BRANDÃO. Ao chegar ao final deste, rumaram no sentido inverso, de volta ao PV-7 (ponto inicial da invasão). O SG BRANDÃO afirma que, nesse momento, gritou com os denunciados e gesticulou para que saíssem da Área do Batalhão.

Ainda conforme o depoimento de fls. 20/21, quando o SG BRANDÃO começou a correr, no sentido paralelo ao da embarcação, rumo ao PV-7 (ponto inicial da invasão), percebeu que os denunciados, novamente, mudaram de rumo, voltando a navegar na direção do PV-7A. O SG BRANDÃO assevera, nos termos do depoimento que prestou, que fez novas advertências. Aduz que gritou e gesticulou para que os denunciados civis se retirassem.

O denunciado militar do mesmo modo assevera que comunicou aos denunciados civis que realizaria disparos de advertência. Ato contínuo, passou a disparar a pistola 9 mm, com que tirava serviço, na direção da embarcação onde estavam os dois denunciados civis. O denunciado militar assegura que disparou na água ao redor da embarcação. Acrescentou que intercalou os disparos com gritos de advertência para que os civis se retirassem do perímetro defeso.

O SG BRANDÃO, no total, efetuou cinco disparos na direção da embarcação onde estavam os denunciados civis, como indica a documentação de fls. 350/355. Enquanto o SG BRAN-

DÃO efetuava os disparos, um dos denunciados gritou da embarcação: 'Ai minha perna!' Os denunciados civis também pediram calma aos militares. Na sequência, mudaram a direção da embarcação, o motor foi ligado e os denunciados civis se retiraram do perímetro defeso. Os denunciados civis conduziram a embarcação, com o motor ligado, por fora das boias de sinalização, a demonstrar conhecimento do percurso correto, deixando a rede de pesca no local (fls. 56/68).

Em torno de meia-noite, policiais militares da PMERJ, em uma viatura, estiveram no portal do Bananal, pedindo informações acerca de disparo de arma de fogo, na organização militar, eis que o denunciado JHONI DE CASTRO TEIXEIRA dera entrada no HOSPITAL PAULINO VERNECK (sic), vítima de projétil de arma de fogo. Os policiais militares 3º SGPMRJ RG-74479 BARBALHO e TENPMRJ RG-4570 F. ANTUNES comunicaram ao CAPITÃO-DE-FRAGATA (FN) LUÍS RENATO JORAS DE OLIVEIRA que o denunciado JHONI estava no citado nosocômio ferido no braço e nas costas (Comunicação Interna da lavra do Capitão-de-Fragata (FN) LUÍS RENATO JORAS DE OLIVEIRA – fls. 03/04).

A materialidade das lesões sofridas pelo denunciado JHONI consta descrita na documentação médica acostada a fls. 15/15-verso (sic), ou seja, o Boletim de Emergência do Hospital Municipal Paulino Werneck. Depreende-se o registro de que a ofensa à integridade corporal e saúde (sic) do nominado denunciado foi causada por projétil de arma de fogo, tendo sido constatado orifício de entrada e saída. O referido Boletim de Emergência igualmente indica o tratamento a que o denunciado JHONI foi submetido, sendo certo que teve o braço, antebraço e cotovelo direito, bem como o tórax, radiografados. A ocorrência foi registrada na 37ª Delegacia Policial como se depreende do exame de fls. 12/14 e 107/113.

Há de ser observado que o denunciado militar, SG BRANDÃO, trata-se de graduado considerado Perito em tiro. Nesse sentido, devem ser levados em conta os inúmeros cursos de tiro que fez ao longo da carreira militar, como especificado a fls. 341 (sic). Além disso, o denunciado teve total e boa visualização dos denunciados civis no interior da embarcação. Nesse tocante, o holofote do Posto PV-7A foi utilizado para manter a visualização da embarcação.

O denunciado militar alega, não obstante, que como os denunciados civis se mantiveram calados, mesmo diante das ad-

vertências feitas pelos militares, como relatado no IPM, bem como não se retiraram de imediato da área sob a administração militar, dando continuidade ao deslocamento da embarcação em que estavam, o mesmo interpretou tal panorama como intenção hostil de parte dos denunciados civis e por isso efetuou os disparos na direção da embarcação. Garante que os disparos foram todos direcionados para a água. Todavia, o denunciado JHONI acabou atingido no braço e nas costas.

Afigura-se indiscutível a importância da segurança da OM e o papel da sentinela e demais militares de serviço na manutenção desta. Ocorre que a norma administrativa em vigor na OM, consubstanciada na ORDEM INTERNA n. 10-11H E e no APÊNDICE I (2) AO ANEXO E, do PLANO DE SEGURANÇA ORGÂNICA (PSO)/2009 do 1º BtlInfFuzNav (fls. 342/349), é de clareza solar ao dispor que tão só em caso de clara ameaça contra a integridade física da sentinela, de outro militar ou contra material e as instalações da Marinha, a sentinela deverá fazer uso gradativo de força, incluindo a letal, se for preciso. Outrossim, as agressões contra sentinelas, guardas ou elementos em atividade de segurança de áreas e instalações devem ser repelidas usando moderadamente os meios necessários (fls. 348/349).

Por certo houve o ingresso por local proibido em área sob administração militar. No entanto, no vertente caso concreto, a prova produzida no IPM mostra que de parte dos denunciados civis, afora a movimentação da embarcação em área proibida, onde ingressaram por local também proibido, no momento em que foram advertidos pelos militares, não foi adotada, nesse momento em que foram abordados, atitude clara e ostensiva contra a integridade dos militares nos postos, o que, é evidente, deve ser gizado, não os isenta da prática ilícita que lhes é imputada pela presente, eis que, reitere-se, é certo o ingresso em local sob administração militar por local defeso.

Sem falar que o local de navegação proibida, onde ingressaram os denunciados civis, fica nas proximidades de edificações que se destinam ao exercício de atividades tipicamente militares. No local fica também a casa do Comandante da Marinha (fls. 302/314).

Logo, a conduta do denunciado militar, que, de terra tinha plena visão dos denunciados civis na embarcação, sendo, certo, ainda, que havia outros militares de serviço no local, todos armados, revelou-se imprudente e precipitada, eis que, nas

circunstâncias citadas, agindo em rota de colisão com as normas de segurança colacionadas, disparou arma de elevado potencial lesivo, na direção da embarcação, tanto foi assim que acabou por atingir o denunciado JHONI.

Mostra-se evidente que o denunciado militar não observou devidamente as orientações da norma administrativa vinda aos autos (fls. 339/349), sobretudo no que diz respeito aos itens 3.4.5 e 3.5.5 (fls. 345) e 2.1, alíneas 'h' e 'j' (fls. 348/349). De acordo com a prova produzida, o graduado, de maneira açodada e excessiva, deixou de adotar o dever objetivo de cuidado, sendo certa a relação de causalidade entre as lesões corporais causadas no denunciado JHONI e o comportamento imprudente do SG BRANDÃO.

Como mencionado acima e de acordo com a escala de serviço de fls. 05/06, no local havia os seguintes militares, além do denunciado militar, que estava de serviço como SG POLÍCIA DA HORA: CB MOIZANIEL (CB DA GUARDA), SD LEONARDO PINHEIRO (SENTINELA DO PV-7A), SD-FN POMBO, SD-FN W. CUNHA e SD-FN THIAGO MENDONÇA. O denunciado e o Cabo portavam uma pistola cada um e os soldados portavam um fuzil M-16 cada um (depoimento de fls. 30/31).

Em acréscimo, foi visto que um dos denunciados civis estava em pé jogando uma rede de pesca enquanto que o outro remava a embarcação em que estavam. Segundo o SD-FN W. CUNHA (depoimento de fls. 30/31) foi observado que os ocupantes da embarcação não portavam nenhum objeto quando foram observados.

O SD-FN W. CUNHA realçou, ainda, que depois que um dos dois denunciados civis gritou 'ai minha perna', este ainda continuou e recolher (sic) a rede de pesca ao tempo em que o outro denunciado continuou a gritar para parar (referindo-se aos disparos executados pelo denunciado militar) e que estavam de saída. Após isso, o denunciado militar tornou a advertir os civis e a disparar o armamento na lateral esquerda da embarcação (fls. 30/31).

O denunciado civil MARCOS ALMEIDA DA SILVA afirma que não ouviu nenhuma advertência verbal dos militares antes dos disparos. Já o denunciado JHONI DE CASTRO TEIXEIRA diz que ouviu a advertência dada para sair com a embarcação da área proibida em que ingressaram. O civil MARCOS explicou que socorreu o denunciado JHONI, levando-o para a praia do

bananal onde moradores do local chamaram a ambulância no qual (sic) denunciado foi levado para o hospital, onde consta ter dado entrada por volta das 23h (depoimentos de fls. 131/132, 149/151 e 330/331 e documento de fls. 15).

MARCOS ALMEIDA DA SILVA já foi denunciado perante a 3ª Auditoria da 1ª CJM, por fato similar, tendo sido condenado (fls. 84/85, 95/104 e 118/121) por desacato a partir da ocorrência que gerou o processo a que respondeu. O denunciado JHONI, por sua vez, declinou que, no ano de 2007, foi preso por pescar em área militar, nas proximidades da Ilha das Flores, em Niterói. Afirmou, ainda, que sabia que estava em área militar onde é proibida a pesca e o ingresso (fls. 149/151). Disse que, no dia da ocorrência objeto da presente, uma traineira que estava no local rompeu a rede de pesca que usava. Detalhou que parte da rede foi levada para perto da guarita e que por isso teve que recuperá-la. Verifica-se, de outro giro, que o denunciado JHONI, quando foi inquirido, estava recolhido ao sistema prisional estadual (fls. 114/117, 129 e 146).

A prova produzida evidenciou que os dois denunciados civis tinham pleno conhecimento de que estavam em área militar onde é proibido o ingresso de embarcações civis, sendo certo o ingresso dos mesmos por onde lhe (sic) era defeso.

Assim, os civis JHONI DE CASTRO TEIXEIRA e de (sic) MARCOS ALMEIDA DA SILVA, com conduta livre e consciente, que se revelou objetiva e subjetivamente típica e reprovável, penetraram, por local defeso, em área sujeita à Administração Militar, incorrendo, desse modo, no art. 302 do Código Penal Militar.

Igualmente objetiva e subjetivamente típico e reprovável foi o comportamento do SG HUMBERTO COSTA BRANDÃO que, com o descumprimento do dever objetivo de cuidado narrado, causou ofensa à integridade corporal e saúde do denunciado JHONI DE CASTRO TEIXEIRA, com o que incorreu no art. 210, do Código Penal Militar (...)".

Constam dos autos, dentre outros, os seguintes documentos:

1) Detalhe de Serviço, atestando que o Acusado exercia a função de "Polícia" no dia dos acontecimentos (fl. 5);

2) Termo de Reconstituição nº 1, relatando a dinâmica dos acontecimentos (fls. 56/68);

3) Laudo Pericial nº 39/2012 (fls. 302/315), elaborado por três Peritos, *"materializando e ilustrando, com fotografias e croquis, o local onde se deu a ocorrência geradora do IPM"*;

4) Ofício nº 93/1ºBtlInfFuzNav-MB, de 14 de março de 2013, subscrito pelo Comandante do 1º Batalhão de Infantaria de Fuzileiros Navais, encaminhando as cópias das Ordens Internas que orientam a execução dos serviços no âmbito da Unidade, nos seguintes termos (fls. 340/355):

> *"a) (...) Anexo G, da Ordem Interna nº 10-11H, deste Batalhão (...) orienta o militar ao identificar uma embarcação não autorizada cruzando os limites de aproximação, a sentinela deverá comunicar imediatamente à Sala de Estado e avisar a guarnição da embarcação para se afastar dizendo 'AFASTE-SE, ÁREA MILITAR'. Caso não seja atendido, alertar que vai atirar, persistindo a situação, disparar um tiro para o alto, continuando o impasse, disparar um tiro na água, como advertência, devendo ter cuidado para não atingir a embarcação. Procurar ficar coberto e abrigado, aguardando reforços da Sala de Estado e, caso a embarcação atraque mesmo sem autorização, dar voz de prisão à guarnição. Caso haja reação e, em defesa própria, a sentinela está autorizada a atirar sobre a guarnição da embarcação infratora e entregar os infratores à patrulha enviada pelo Oficial de Serviço, não abandonando o seu setor de responsabilidade;*
>
> *b) deverá ser utilizado o armamento de serviço após os alertas verbais, caso a tripulação da embarcação permaneça em conduta inadequada, a sentinela está autorizada a utilizar o armamento para disparo de advertência e, em defesa própria, a atirar sobre a guarnição da embarcação infratora (...);*
>
> *(...)*
>
> *d) a Sentinela está autorizada a fazer um disparo na água, logo após ter feito um disparo para o alto como advertência, devendo ter cuidado para não atingir a embarcação. (sic)*
>
> *(...)*
>
> *f) não há registro neste Batalhão de casos similares;*
>
> *g) participo que o SG-BRANDÃO realizou os seguintes cursos de tiro ao longo de sua carreira:*
>
> *I) ESTÁGIO (de tiro) (...) Estágio de Tiro de Fuzil Automático Leve (FAL) (...) obtendo o seguintes (sic) resultados: 176 pontos, categoria 'C', 2ª Classe;*

II) ESTÁGIO (de tiro) (...) Estágio de Tiro de Fuzil Automático Leve (FAL) (...) obtendo o seguintes (sic) resultados: 194 pontos, categoria 'B', 1ª Classe;

III) ESTÁGIO (de tiro) (...) Estágio de Tiro de Fuzil Automático Leve (FAL) (...) obtendo o seguintes (sic) resultados: 219 pontos, categoria 'A', Perito;

IV) ESTÁGIO (de tiro) (...) Estágio de Tiro de M-16 (...) obtendo o seguintes (sic) resultados: 201 pontos, categoria 'B', 1ª Classe;

V) ADESTRAMENTO (Tiro de Familiarização) (...) Tiro de Familiarização de Pistola 9mm (...); e

VI) ESTÁGIO (de tiro) (...) Estágio de Tiro de M-16 (...) obtendo o seguintes (sic) resultados: 230 pontos, categoria 'A', Perito;

(...)

i) foram consumidas cinco munições de pistola calibre 9mm (armamento utilizado pelo SG-BRANDÃO) e uma munição de Fuzil M16-A2 calibre 5,56mm (armamento utilizado pelo Sentinela do PV-7A) (...)

j) os holofotes existentes no local do fato não permitem a efetiva visualização, pelos militares de serviço, do interior das embarcações que se aproximam (...)";

5) Laudo de Exame Pericial, de 17 de abril de 2013, elaborado por dois Peritos, realizado na *"Pistola Beretta 9mm nº 01217"*, concluindo que o armamento utilizado pelo Acusado, no dia dos fatos, não apresentou defeito ou mau funcionamento *"a ponto de alterar a trajetória do projétil pela mesma disparada"*, ressaltando que *"desde a data do evento gerador do IPM o armamento permaneceu separado não sendo utilizado em Serviços, Exercícios ou Cursos de Tiro e não sofreu nenhuma manutenção"* (fl. 398);

6) Boletim de Emergência nº 120, atestando que o Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA deu entrada no Hospital Municipal Paulino Werneck às 23 horas e 4 minutos do dia 26 de fevereiro de 2012, com o seguinte diagnóstico (fls. 402/403):

"Paciente trazido por GSE com relato de PAF. Ao exame: orifício de entrada e saída em cedenho em dorso em hemitórax direito e em cotovelo (D) com entrada e saída. Causa eficiente da lesão (alegada): pulso braquial, radial e ulnar amplos à (D). Tentando exploração de ferida (...) Exames Complementares (...)

Em dorso sem penetração. Conduta: solicitado RX de tórax, cotovelo, braço e antebraço D";

7) Laudo do RX realizado no Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA, nos seguintes termos (fl. 403): *"sem evidências de contusão pulmonar, fratura de arcos costais ou hemopneumotórax, RX de cotovelo, braço e antebraço (D) sem evidência de fratura"*. Em decorrência da *"Avaliação clínica e radiológica s/ anormalidade"* (fls. 403), foi concedida alta hospitalar em 27 de fevereiro de 2012.

A Denúncia foi recebida em 27 de maio de 2013 (fls. 409/410).

Foi juntado o Laudo de Perícia Criminal Federal nº 1004/2013-NUCRIM/SETEC/SR/DPF/RJ (fls. 427/431), elaborado por dois Peritos Criminais Federais, atestando que o armamento utilizado pelo Acusado:

> *"(...) não apresentou problema algum que pudesse alterar a trajetória do projétil.*
>
> *Cabe ressaltar que o alcance útil da referida arma é de 50 metros, não sendo assim uma arma de precisão de longo alcance. Além disso, a precisão do disparo pode ser afetada por fatores externos como iluminação do local e empunhadura da arma.*
>
> *Para que ocorra um disparo com precisão, é necessário um perfeito alinhamento de visada entre a massa e a alça de mira da pistola (...)*
>
> *Testes realizados em estande de tiro indicaram não haver problema de desalinhamento significativo de visada entre massa e alça de mira.*
>
> *Entretanto, em situações reais de confronto, o atirador as vezes não tem tempo suficiente para realização exata e eficaz do alinhamento de visada entre alça e massa de mira (...)*
>
> *Desta forma, dependendo da distância em que se encontra o alvo, a precisão do disparo fica extremamente prejudicada (...)".*

O Acusado 2º Sgt FN HUMBERTO COSTA BRANDÃO foi citado em 2 de julho de 2013 (fls. 422/422-v), tendo sido qualificado e interrogado em 20 de agosto de 2013, declarando (fls. 473/475):

> *"(...) que no dia 26/12/12 estava de serviço como sargento polícia do Batalhão Riachoelo (sic) (...) que não é verdadeira a acusação contida na denúncia; que o interrogando jamais atiraria em quaisquer pessoas, pois já participou em missão de paz*

no Waiti (sic); que o interrogando estava na sala de estado em companhia do contramestre de serviço quando ouviu, através do rádio, sentinelas falando umas com as outras, que estavam nos posto (sic) PV7A, PV7 e PV8 e solicitaram ajuda dizendo que havia pescadores invadindo a área militar; que logo em seguida correu em direção à casa do Comandante da Marinha, onde fica o cais, que o interrogando foi correndo e sozinho, momento em que estava sendo realizada a rendição de serviço das sentinelas; que o interrogando observou que dois pescadores numa embarcação estavam por detrás de uma elevação, o que dificultava a visão das sentinelas; que voltou correndo em direção ao lugar onde estava a embarcação, tendo gritado para que eles saíssem da área dizendo que era área militar; que o interrogando estava a uma distância de 10 metros deles armado de pistola 9mm, não se recordando do número do armamento que estava utilizando; que os acusados se deslocaram na embarcação em direção ao cais e passaram na frente do interrogando; que correu de novo pela orla em direção do cais falando para que saíssem da área; que (sic) acusados chegaram a ficar a dois metros do interrogando e continuaram dentro da área militar; que o interrogando gritava exaustivamente para que ele (sic) se afastassem da área militar; que os acusados foram e voltaram na área militar por três vezes; que uma das sentinelas, cujo nome não recorda, efetuou um disparo de fuzil 556 para o alto; que somente o interrogando atirou em direção ao barco, desferindo 5 disparos; que acredita que não atingiu os civis, sendo possível que ele já estivesse baleado no interior da embarcação; que o tiro da 9mm é perfurante e a pessoa não sente logo que está sendo atingida (...) que o interrogando participou da reprodução simulada dos fatos a qual foi realizada durante o dia, nada tendo a alegar contra ela (...) que o interrogando não deixou de adotar o dever objetivo de cuidado ao efetuar os disparos, pois antes de fazê-lo adotou todos os procedimentos previstos para isso; que não deu tiro de advertência por que a sentinela a que se referiu já a fizera (sic) (...) que a sentinela deu apenas um disparo para o auto (sic); que o interrogando deu dois tiros na direção do mar, um para a direita do barco e os outros dois a retaguarda da embarcação (...) que após o disparo pelo auto (sic) dado pelas sentinelas os acusados continuaram na área militar (...) que quando estava no cais o interrogando viu as sentinelas ligarem os holofotes

em direção ao barco, para que observassem bem o momento em que o interrogando efetuava os disparos (...) que o interrogando tem conhecimento do teor do plano de segurança orgânica PSO/2009, como também da ordem interna nº 10-11H; que tinha conhecimento de que havia pedra no mar naquele local, porém efetuou os disparos porque sentiu-se ameaçado já que os civis vinham na direção do interrogando (...) que o interrogando efetuou os disparos também porque viu o civil que estava à frente da embarcação, o 1º acusado pegando objetos no interior dela (...) que esclarecendo melhor, no momento em que efetuou os disparos viu os acusados olhando em direção ao cais, ao PV e ao interrogando (...) que no Batalhão há paioes (sic) de armamento, munição, granada, pessoal e instalações a serem preservadas; que desse modo a organização militar foi ameaçada; que o interrogando não desferiu os disparos de uma só vez, tendo havido intervalos entre um e outro, ocasiões em que advertia os demais acusados; que mesmo assim eles continuaram precendo (sic) da mesma forma; que estava à dez metros da embarcação quando desferiu os disparos (sic) (...) que incluindo o interrogando havia seis militares no local dos fatos, sendo o interrogando o mais antigo; que devido a atitude dos dois acusados não foi possível prever que se tratavam de pescadores; que a Unidade do interrogando não tinha condições de se aproximarar (sic) dos civis para prendê-los; que os 5 tiros foram dados devido a atitude dos civis que cada vez mais vinham em direção do interrogando; que a ordem interna preve (sic) que nessa hipótese o militar pode efetuar os disparos de advertência tal como o interrogando o fez (...)".

O Ministério Público Militar arrolou as seguintes testemunhas:

1) Cb Mar Moizaniel Joseas da Silva, que afirmou (fls. 492/494):

"(...) que, no dia dos fatos, o depoente era o Cabo da Guarda; que, por volta das 22 horas, quando levava os militares para a rendição do serviço nos postos PV7, PV7 A e PV8, foi informado pelo sargento que estava de serviço na Sala de Estado que os pescadores estavam adentrando na área proibida, de responsabilidade da Marinha (...) que o depoente 'acelerou' a rendição e, ao chegar na área do PV7 A, viu o Sgt Brandão advertindo os pescadores para que saíssem da área; que essa advertência foi feita através de palavras, gritando o Sgt brandão

(sic) para que eles saíssem dali; que o depoente viu que os pescadores estavam na área sob a administração da Marinha, onde há placas e boias indicando a proibição de ingresso (...) que à medida que eles se aproximavam o Sgt Brandão continuava advertindo os mesmos com palavras; que estando o Sgt Brandão no pier, bem próximo ao PV7 A, o mesmo ocupou uma posição mais próxima da embarcação nas pedras e começou a realizar os disparos na direção da embarcação, porém coma (sic) arma direcionada para a água; que o depoente não viu o Sgt Brandão dar o tiro de advertência para o alto (...) que após os disparos, um dos pescadores começou a gritar, o outro pedia calma, tendo este começado a remar a embarcação, posteriormente ligou o motor e saiu da área; que nenhum dos militares da Marinha foi até o local onde estava a embarcação, porque não havia nenhuma lancha disponível para ir lá; que a atitude dos pescadores era passiva, conforme disse às fls. 36, esclarecendo que ela foi passiva até um certo momento, pois quando esses prosseguiram ao PV7 A, o depoente se sentiu ameaçado, pois, estando de serviço armado, pensou que qualquer coisa poderia acontecer (...) que o Sgt Brandão, no momento dos disparos estava a cerca de 20 metros de distância da embarcação; que no momento dos disparos o depoente estava no pier e o Sgt Brandão nas pedras, numa distância de 05 metros do depoente para ele; que o Sgt Brandão pediu para ligar o holofote e direcionar para a embarcação, de modo que dava para ver a embarcação, porém sem detalhes do interior dela (...) que no período da noite para a madrugada, o pessoal de serviço é alertado para redobrar a atenção (...) que o Sgt Brandão não chegou a informar aos comandados que eles estavam ameaçando o local, porém todos os militares já sabem que quando alguém ultrapassa o limite das boias já está havendo uma ameaça de invasão ao quartel (...)";

2) Sd FN William Cunha Moço, que afirmou (fls. 495/496):

"(...) que, no dia dos fatos, era sentinela da guarita (PV7) (...) que, quando chegavam (sic) no PV7 A, a embarcação vinha em direção ao citado posto, sendo conduzida a remo por um dos civis do interior dela, estando o outro sentado na popa e o que remava estava no meio da embarcação; que nesse momento tanto o Sgt Brandão quanto o Sd Leonardo Pinheiro falaram para os civis se afastarem porque a área era militar; que como a

embarcação não se afastou, o Sgt Brandão continuou gritando e foi as pedras em frente ao PV7 A; que o depoente, Cb Mozaniel (sic), Sd Thiago Mendonça e Sd Pombo ficaram à retaguarda do sargento, que ainda gritando efetuou o primeiro disparo em direção a água, à frente da embarcação; que mesmo após o primeiro tiro os civis continuaram no local, manuseando a rede, tendo o sargento efetuado outros quatro disparos, dois de cada lado da embarcação, sempre em direção a água; que quando chegaram em frente ao PV7 A, um dos civis se dirigiu à proa da embarcação e o outro continuou na popa, sendo que no ultimo (sic) disparo, o que estava na proa gritou que fora atingido na perna e disse que não atirassem mais porque já estavam saindo do local (...) que não viu o Sd Leonardo Pinheiro efetuar um disparo de advertência para o alto (...) que posteriormente ouviu comentários do próprio Sd Leonardo no sentido de que efetuara esse disparo para o alto (...) que não ouviu o barulho de nenhum tiro além dos realizado (sic) pelo Sgt Brandão (...) que a distância do Sgt Brandão para a embarcação era de 20 metros; que o depoente estava há 04 ou 05 metros do Sgt Brandão; que o depoente visualizou bem a embarcação porque o holofote, que dá giro de 360º ficou em direção a ela (...) que o referido sargento nada comentou sobre a ameaça ao quartel; que no momento dos disparos o barco estava parado; que o acusado Brandão não deu voz de prisão aos civis (...)";

3) 2º Sgt da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro Alessandro Barbalho de Sena, que afirmou (fl. 497): *"(...) que ao chegar ao hospital viu que o primeiro acusado fora atingido pelo PAF no braço e, salvo engano, a munição percorrera as costas dele (...)"*.

O Ministério Público Militar, em 18 de outubro de 2013, desistiu da oitiva das demais testemunhas arroladas na Denúncia, *"considerando os contundentes, detalhados e esclarecedores depoimentos das testemunhas inquiridas"* (fl. 501-v).

Na fase do art. 427 do CPPM, o *Parquet* das Armas requereu diligências (fl. 524), tendo sido acostada aos autos a Folha de Antecedentes Criminais do Acusado 2º Sgt FN HUMBERTO COSTA BRANDÃO (fls. 561/563), dando conta da anotação de ocorrência capitulada no art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

A Defesa do 2º Sgt FN HUMBERTO COSTA BRANDÃO nada requereu nessa fase (fl. 551/551-v).

Na fase do art. 428 do Código de Processo Penal Militar, em sede de Alegações Escritas (fls. 569/589), o Ministério Público Militar sustentou os argumentos expendidos na Vestibular Acusatória, acrescentando que *"(...) de maneira açodada e excessiva, inobservando as aludidas regras e o dever objetivo de cuidado, o réu Humberto efetuou os disparos de arma de fogo na direção da embarcação vindo, com tal proceder, a causar lesões corporais no réu JHONI (...)"* (fl. 587).

A Defesa do Acusado 2º Sgt FN HUMBERTO COSTA BRANDÃO, em suas Alegações Escritas (fls. 604/607), arguiu, preliminarmente, a *"nulidade dos atos praticados após a dissolução do 1º Conselho de Justiça"* e a *"nulidade da investigação feita pelo Ministério Público Militar antes do oferecimento da Denúncia"* (fl. 605). No mérito, pugnou pela absolvição do Acusado, haja vista inexistir *"prova concreta nos autos de que foi o réu quem baleou JHONI"* (fl. 607).

Em Sessão realizada no dia 7 de agosto de 2014 (fls. 622/624), o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares arguídas pela Defesa e, no mérito, também por unanimidade, condenou o Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA à pena de 6 (seis) meses de detenção e o Civil MARCOS ALMEIDA DA SILVA à pena de 8 (oito) meses de detenção, ambos incursos no art. 302 do CPM, com o regime prisional inicialmente aberto, o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade, e absolveu o 2º Sgt FN HUMBERTO COSTA BRANDÃO do delito tipificado no art. 210 do CPM, com fundamento no artigo 439, alínea "d", do CPPM, combinado com o art. 36 do CPM.

A Sentença (fls. 626/642) foi lida, assinada e publicada em Sessão de 14 de agosto de 2014 (fl. 643), tendo sido intimados o Membro do *Parquet* das Armas e as Defesas na referida Sessão.

Em 19 de agosto de 2014, o Órgão de Acusação interpôs, tempestivamente, o presente Recurso de Apelação (fl. 644).

A Sentença transitou em julgado para o Ministério Público Militar tão somente em relação à condenação dos Civis JHONI DE CASTRO TEIXEIRA e MARCOS ALMEIDA DA SILVA (fl. 647).

Em suas Razões (fls. 651/656), o Órgão Acusatório pugnou pela condenação do Acusado como incurso no art. 210 do CPM, sustentando que a *"existência e a autoria do crime de lesão corporal culposa narrado na denúncia ficaram evidentemente comprovadas nos autos"* (fl. 652),

uma vez que o Acusado não teria observado *"o dever objetivo de cuidado"*, descumprindo o disposto *"em normas internas da Organização Militar"* (fls. 652/653). E prosseguiu, aduzindo que o Acusado era exímio atirador, dele se esperando outra postura diante dos fatos narrados. Porém, *"de maneira açodada e excessiva, inobservando as aludidas regras e o dever objetivo de cuidado"* (fl. 655), efetuou os disparos com arma de fogo na direção da embarcação, agindo *"de forma precipitada e imprudente diante da situação em comento, sendo certo que lhe era exigível comportamento diverso"* (fl. 656).

Em Contrarrazões (fls. 658/661), a Defesa pugnou pela manutenção do Decreto absolutório, ao argumento de que (fl. 661):

> *"(...) os réus JHONI e MARCOS não obedeceram às ordens verbais de parar. Houve tiro de fuzil da sentinela para o alto e mesmo assim os referido (sic) réus não pararam a embarcação, em manifesta ameaça à Organização Militar e em total desobediência a ordem de parar e sair do local"*.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. Giovanni Rattacaso (fls. 672/677), opinou pelo não provimento do Recurso ministerial, argumentando que o Acusado agiu amparado pela excludente do *"estrito cumprimento do dever legal putativo no qual o agente, diante do quadro fático apresentado, foi levado a supor que se tratava de ameaça à segurança do aquartelamento"* (fl. 676). E prosseguiu, aduzindo que (fl. 676) *"não se vislumbra excesso culposo na conduta do Sargento que, por sua vez, atendeu aos ditames da* obligatio ad diligentia *exigível naquela situação e nos lindes da Ordem Interna 10-11H E do Batalhão (fls. 343/349)"*.

O Eminente Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso foram preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, de 7 de agosto de 2014 (fls. 626/642), que absolveu o 2º Sgt FN HUMBERTO COSTA BRANDÃO do crime previsto

no art. 210 do Código Penal Militar, com fundamento no artigo 439, alínea "d", do CPPM, combinado com o art. 36, do CPM.

Em suas Razões (fls. 651/656), o Órgão Acusatório pugnou pela condenação do Acusado como incurso no art. 210 do CPM, sustentando que a *"existência e a autoria do crime de lesão corporal culposa narrado na denúncia ficaram evidentemente comprovadas nos autos"* (fl. 652), uma vez que o Acusado não teria observado *"o dever objetivo de cuidado"*, descumprindo o disposto *"em normas internas da Organização Militar"* (fls. 652/653). E prosseguiu, aduzindo que (fl. 654):

> *"O militar em questão agiu com evidente imprudência ao efetuar disparos em direção aos acusados civis, eis que descumpriu deliberadamente as citadas normas internas de segurança da OM, cujas regras determinam que apenas em caso de clara ameaça contra a integridade física da sentinela, de outro militar ou contra material e as instalações da Marinha, a sentinela deverá fazer uso gradativo da força, incluindo a letal, se preciso, e que as agressões em casos que (sic) tais devem ser repelidas usando moderadamente os meios necessários"*.

O Ministério Público Militar ressaltou que o Acusado *"é militar graduado e exímio em tiros"* (fl. 655), em decorrência do que seria exigível do Réu um comportamento diverso e cauteloso "*em situações como a narrada na denúncia"* (fl. 655), o que, na ótica acusatória, não ocorreu, uma vez que (fls. 655/656):

> *"(...) não havia necessidade para o emprego da arma letal por parte do Sargento HUMBERTO no caso, eis que os acusados civis, no momento em que foram abordados, não se comportaram de forma clara e ostensiva com vistas a ameaçar a integridade física dos militares que guarneciam o local, ou mesmo no sentido de pôr em risco o patrimônio da Marinha do Brasil"*.

Em que pese a autoria e a materialidade delitivas terem sido comprovadas ao longo da instrução criminal, a culpabilidade do Réu merece detida análise, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, no tocante à autoria dos disparos, verifica-se, nos autos, que o Acusado confessou que desferiu os tiros na direção da embarcação em que se encontrava o Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA, consoante se extrai de seu interrogatório colhido em juízo (fls. 473/474):

> *"(...) que no dia 26/12/12 estava de serviço como sargento polícia do Batalhão Riachoelo (sic) (...) que o interrogando estava a uma distância de 10 metros deles armado de pistola 9mm (...) que somente o interrogando atirou em direção ao barco, desferindo 5 disparos (...)"* (Grifo nosso).

A referida confissão é corroborada pelas seguintes provas testemunhais colhidas durante a instrução processual:

1) Cb Mar Moizaniel Joseas da Silva, que afirmou (fls. 492/493):

> *"(...) que, no dia dos fatos, o depoente era o Cabo da Guarda (...) que estando o Sgt Brandão no pier (sic), bem próximo ao PV7 A, o mesmo ocupou uma posição mais próxima da embarcação nas pedras e começou a realizar os disparos na direção da embarcação, porém com a arma direcionada para a água (...)"* (Grifo nosso);

2) Sd FN William Cunha Moço, que afirmou (fl. 495):

> *"(...) que, no dia dos fatos, era sentinela da guarita (PV7) (...) que, como a embarcação não se afastou, o Sgt Brandão continuou gritando e foi as pedras em frente ao PV7 A; que o depoente, Cb Mozaniel (sic), Sd Thiago Mendonça e Sd Pombo ficaram à retaguarda do sargento, que ainda gritando efetuou o primeiro disparo em direção a água, à frente da embarcação; que mesmo após o primeiro tiro os civis continuaram no local, manuseando a rede, tendo o sargento efetuado outros quatro disparos, dois de cada lado da embarcação, sempre em direção a água (...)"* (Grifo nosso).

A materialidade, por sua vez, encontra-se comprovada, uma vez que o Boletim de Emergência nº 120 é contundente acerca da demonstração da lesão experimentada pelo Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA, nos seguintes termos (fls. 402/403):

> *"Paciente trazido por GSE com relato de PAF. Ao exame: orifício de entrada e saída em cedenho em dorso em hemitórax direito e em cotovelo (D) com entrada e saída. Causa eficiente da lesão (alegada): pulso braquial, radial e ulnar amplos à (D). Tentando exploração de ferida (...)"* (Grifo nosso).

Os depoimentos testemunhais colhidos em Juízo indicam que o Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA foi alvejado pelo disparo efetuado pelo Réu. Nesse sentido, são oportunas as seguintes transcrições:

1) Sd FN William Cunha Moço, que afirmou (fls. 495/496):

> *"(...) que, quando chegaram em frente ao PV7 A, um dos civis se dirigiu à proa da embarcação e o outro continuou na popa, sendo que, no ultimo (sic) disparo, o que estava na proa gritou que fora atingido na perna e disse que não atirassem mais porque já estavam saindo do local (...)"* (Grifo nosso);

2) 2º Sgt da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro Alessandro Barbalho de Sena, que afirmou (fl. 497): *"(...) que ao chegar ao hospital viu que o primeiro acusado fora atingido pelo PAF no braço e, salvo engano, a munição percorrera as costas dele (...)"*.

Verifica-se, portanto, o nexo de causalidade entre os disparos efetuados pelo Réu e as lesões experimentadas pelo Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA. Corrobora essa conclusão o fato de a vítima ter dado entrada no Hospital Municipal Paulino Werneck às 23h04min do dia 26 de fevereiro de 2014, ou seja, poucas horas após os disparos efetuados pelo Acusado (fl. 402).

Comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, os autos, no entanto, não demonstram a culpabilidade do Acusado. Acerca do tema, Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de Direito Penal*. São Paulo. 16ª ed. Saraiva, 2011. p. 406) assevera que: *"(...) A culpabilidade significa a valoração negativa daqueles motivos que serviram ao autor na conformação de sua vontade e, por isso, cabe a reprovação de seu ato"*.

Resta, pois, inviável a valoração negativa da conduta perpetrada pelo Acusado, na medida em que não se pode punir o militar que age no intuito de defender a segurança da Organização Castrense, cumprindo todos os procedimentos estabelecidos pela Norma Interna da Unidade. É inegável, portanto, a ausência de reprovabilidade da prática levada a efeito pelo Réu.

In casu, o Acusado agiu amparado pelo instituto jurídico do estrito cumprimento do dever legal, conceituado por Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais, 2013. p. 92) nos seguintes termos:

> *"(...) trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro (...) O dever legal precisa advir de lei, ou seja, preceito de caráter geral, originário de poder pú-*

> *blico competente, embora em sentido lato (leis ordinárias, regulamentos, decretos etc.)"* (Grifo nosso).

Extrai-se dos autos que o Réu não pretendeu atingir o Civil JHONI DE CASTRO TEIXEIRA. Todavia, diante da constatação de que a embarcação já se encontrava em área sujeita a Administração Militar e de que navegava em direção à residência oficial do Comandante da Marinha, possivelmente com intuito hostil, não lhe restou alternativa senão a de efetuar os disparos que vieram a vitimar o invasor.

Embora típica a conduta do Acusado, ela não é ilícita, porquanto, na função que exercia durante o serviço, a lei lhe impunha aquele comportamento. E, na lição de Damásio de Jesus (*Código Penal Anotado*. 5. ed. Saraiva, 1995. p. 79): *"A excludente só ocorre quando há um dever imposto pelo direito objetivo (...) O dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer Ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral."*.

Nesses termos, andou bem o Conselho Julgador de primeiro grau ao fundamentar a absolvição do Réu nos seguintes termos (fl. 639):

> *"(...) Era noite, a luminosidade baixa, os civis não obedeceram à ordem de parar, não dava para visualizar o interior da embarcação, onde realmente poderia haver algum armamento, de modo que, com a aproximação cada vez maior do barco, a situação foi interpretada como hostil à segurança da organização militar, não sendo possível, naquelas circunstâncias, prever a intenção dos civis já que estavam praticando conduta ilícita, ao ingressar clandestinamente à noite e em local cuja entrada ou permanência é proibida"*.

Nesse sentido, são oportunas as lições do Professor Giuseppe Bettiol (*Direito Penal*. Vol. 1. Revista dos Tribunais, 1966. p. 357):

> *"(...) Seria um absurdo que de um lado a lei concedesse a um sujeito a liberdade de agir em virtude de determinado interesse e de outro considerasse esta atividade como ilícita, lesiva de um bem penalmente protegido. A razão da justificação é fornecida pelo predomínio reconhecido ao interesse que através de tal exercício resulta sacrifício. Não deve portanto ser vislumbrada na falta de ofensa a um interesse jurídico penalmente protegido a razão justificadora do exercício de um direito, mas em ser esta ofensa justificada (...)"* (Grifo nosso).

Compulsando o escólio do renomado doutrinador italiano, pode-se concluir que seria paradoxal, para dizer o mínimo, que a Unidade criasse o serviço de sentinela armado sem conferir ao militar que exerce essa função a prerrogativa de, seguindo os procedimentos delineados pelas normas internas da Organização, efetuar disparo contra eventual ameaça ou invasor.

O entendimento aqui delineado encontra eco na jurisprudência desta Corte Castrense, conforme se verifica nos seguintes arestos:

> *"Apelação nº 1997.01.048000-5/PE (DJ: 20/3/1998)*
> *Relator: Ministro Gen Ex José Sampaio Maia*
> *LESÃO CORPORAL. NÃO HOUVE CRIME NO CASO CONCRETO, DADO QUE O AGENTE, EM POLICIAMENTO NAVAL, AGIU EM ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL, INTELIGÊNCIA DO ART. 42, III, DO CPM. ABSOLVIÇÃO MANTIDA COM ALTERAÇÃO DE SUA FUNDAMENTAÇÃO PARA A DA LETRA D DO ART. 439, DO CPPM. DECISÃO UNÂNIME."* (Grifo nosso).

> *"Apelação nº 2000.01.048452-3 (DJ: 7/3/2002)*
> *Relator: Ministro Alte Esq Carlos Eduardo Cezar de Andrade*
> *HOMICÍDIO. TENTATIVA. OCORRÊNCIA ENVOLVENDO CONDUTOR DE AUTOMÓVEL E MILITARES DE SERVIÇO. PASSAGEM FORÇADA ATRAVÉS DE PORTÃO DA GUARDA. DISPAROS DE ARMAS DE FOGO. CONSTATAÇÃO DE ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E ERRO DE FATO.*
> *'In casu', não se visou atingir propriamente o condutor que restou ofendido, mas, deter o seu veículo quando de ultrapassagem a obstáculos que lhe cabia respeitar.*
> *Nas circunstâncias 'in tela', os acusados, como militares então de serviço, agiram conforme exigiam os Planos de Segurança de sua Unidade.*
> *Subsume-se a 'quaestio' nas hipóteses de que tratam o Art. 42, inciso III, e o Art. 36 do CPM. Apelo ministerial improvido, mantendo-se o 'decisum' absolutório de 1º grau quanto aos apelados.*
> *Provimento do apelo defensivo, com reforma parcial da Sentença 'a quo', para se ver absolvido o apelante sob pálio do Art. 439, alínea d do CPPM, em combinação com os dispositivos legais retro apontados. Decisão por unanimidade."* (Grifo nosso).

Por essas razões, ausente a culpabilidade na conduta do Acusado, pela comprovação de que agiu sob o pálio do estrito cumprimento do dever legal, previsto no inciso III do artigo 42 do Código Penal Militar, e, bem assim, considerando o disposto no art. 36 do mencionado Códex, não merece reparo o Decreto absolutório imposto ao Réu.

Passo à análise dos argumentos expendidos pelo Órgão de Acusação em suas Razões recursais.

O Ministério Público Militar pugnou pela condenação do Acusado como incurso no art. 210 do CPM (delito culposo), sustentando que a *"existência e a autoria do crime de lesão corporal culposa narrado na denúncia ficaram evidentemente comprovadas nos autos"* (fl. 652), uma vez que o Acusado não teria observado *"o dever objetivo de cuidado"*, descumprindo o disposto *"em normas internas da Organização Militar"* (fls. 652/653). E prosseguiu, aduzindo que (fl. 654):

> *"O militar em questão agiu com evidente imprudência ao efetuar disparos em direção aos acusados civis, eis que descumpriu deliberadamente as citadas normas internas de segurança da OM, cujas regras determinam que apenas em caso de clara ameaça contra a integridade física da sentinela, de outro militar ou contra material e as instalações da Marinha, a sentinela deverá fazer uso gradativo da força, incluindo a letal, se preciso, e que as agressões em casos que tais devem ser repelidas usando moderadamente os meios necessários"*.

Não assiste razão ao Órgão de Acusação.

Conforme sustentou o *Parquet* das Armas, a inobservância do dever objetivo de cuidado caracteriza o delito no qual o Acusado foi incursionado.

No entanto, para a condenação do Acusado nessa modalidade, seria necessária a presença de todos os elementos do fato típico culposo, assim delineados pelo Professor Damásio de Jesus (ob. cit., p. 54):

> *"1º) conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer; 2º) inobservância do cuidado objetivo manifestada através da imprudência, negligência ou imperícia; 3º) previsibilidade objetiva (RT, 599:343 e 606:337); 4º) ausência de previsão; 5º) resultado involuntário; 6º) nexo de causalidade (RT, 601:338); e 7º) tipicidade. O fato se inicia com a realização voluntária de uma conduta de fazer ou não fazer. O agente não pretende praticar*

> *um crime nem quer expor interesses jurídicos de terceiros a perigo de dano. Falta, porém, com o dever de diligência exigido pela norma (...) Exige-se a previsibilidade objetiva, que significa a possibilidade de antevisão do resultado (...) Outro elemento é a ausência de previsão. É necessário que o sujeito não tenha previsto o resultado. Se o previu, não estamos no terreno da culpa, mas do dolo (...) O resultado era previsível, mas não foi previsto pelo sujeito. Daí falar-se que a culpa é a imprevisão do previsível. O quinto elemento é a produção involuntária do resultado. Sem o resultado não há falar-se em crime culposo (...) O último elemento é a tipicidade. Acrescendo-se a ilicitude, temos um crime culposo (...)"* (Grifo nosso).

Para configurar a inobservância do dever de cuidado objetivo, deve-se examinar qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento diante da situação concreta. *In casu*, a conduta do Réu pautou-se na estrita observância dos dispositivos constantes da Norma Interna (Plano de Segurança Orgânica – 2009).

Assim, ao contrário do que sustentou o *Parquet* Militar em seu arrazoado, os procedimentos adotados pelo Réu seguiram o previsto no item 3.5.5 do Anexo G da Ordem Interna nº 10-11 H (fl. 346), *in verbis*:

> *"(...) Ao identificar uma embarcação não autorizada cruzando os limites de aproximação, comunicar imediatamente à SE e avisar a guarnição da embarcação para se afastar dizendo 'AFASTE-SE, ÁREA MILITAR'. Caso não seja atendido, alertar que vai atirar. Persistindo a situação, disparar um tiro para o alto. Continuando o impasse, disparar um tiro na água, como advertência, devendo ter cuidado para não atingir a embarcação. Procurar ficar coberto e abrigado, aguardando reforços da SE e, caso a embarcação atraque mesmo sem autorização, dar voz de prisão à guarnição. Caso haja tentativa de reação e em defesa própria, a sentinela está autorizada a atirar sobre a guarnição da embarcação infratora. Entregar à SE os infratores através da patrulha enviada pelo Oficial de Serviço, não abandonando o seu setor de responsabilidade".*

O Ministério Público Militar pretendeu, ainda, o reconhecimento de que a conduta perpetrada pelo Acusado pautou-se pela *"imprudência ao efetuar disparos em direção aos acusados civis, eis que descumpriu deliberadamente as citadas normas internas de segurança da OM"*.

Essa assertiva não encontra guarida no ensinamento do Mestre Aníbal Bruno (*Direito Penal*. Forense, 1984. p. 88), segundo o qual *"consiste a imprudência na prática de um ato perigoso sem os cuidados que o caso requer"*.

Nesses termos, são oportunas as conclusões do *Custos Legis* em seu arrazoado opinativo (fl. 676):

> *"Cuida-se de estrito cumprimento do dever legal putativo no qual o agente, diante do quadro fático apresentado, foi levado a supor que se tratava de ameaça à segurança do aquartelamento. O estado de tensão somado às circunstâncias daquela noite não permitem exigir que o Militar em questão buscasse outra alternativa diferente da descrita nos autos.*
>
> *Outrossim, não se vislumbra excesso culposo do Sargento que, por sua vez, atendeu aos ditames da* obligatio ad diligentia *exigível naquela situação e nos lindes da Ordem Interna 10-11H E do Batalhão (fls. 343/349).".*

Com relação ao argumento ministerial de que o Acusado *"é militar graduado e exímio em tiros"*, em razão do que lhe seria exigível comportamento diverso, sendo desnecessário o emprego de arma letal, igualmente a tese não merece guarida.

Em que pese reconhecer o título de categoria *"A, Perito"* do Acusado, conforme se extrai do Ofício nº 93/1ºBtlInfFuzNav-MB, de 14 de março de 2013, subscrito pelo Comandante de 1º Batalhão de Infantaria de Fuzileiros Navais (fls. 340/355), essa expertise circunscreve-se ao manuseio dos seguintes armamentos: *"Fuzil Automático Leve (FAL)"* e *"M-16"*.

O mencionado documento, inclusive, deixa claro que a experiência do Acusado no armamento utilizado no dia dos fatos, uma pistola 9mm, resumia-se a *"tiro de familiarização"*.

Ademais, o procedimento do Réu foi deveras cauteloso, tendo efetuado os disparos com a arma de fogo que portava em direção a água, conforme se verifica no conteúdo das provas testemunhais carreadas aos autos:

1) Cb Mar Moizaniel Joseas da Silva, que afirmou (fl. 493):

> *"(...) que estando o Sgt Brandão no pier (sic), bem próximo ao PV7 A, o mesmo ocupou uma posição mais próxima da*

embarcação nas pedras e começou a realizar os disparos na direção da embarcação, porém com a arma direcionada para a água (...)" (Grifo nosso);

2) Sd FN William Cunha Moço, que afirmou (fl. 495):

"(...) que o depoente, Cb Mozaniel (sic), Sd Thiago Mendonça e Sd Pombo ficaram à retaguarda do sargento, que ainda gritando efetuou o primeiro disparo em direção a água, à frente da embarcação; que mesmo após o primeiro tiro os civis continuaram no local, manuseando a rede, tendo o sargento efetuado outros quatro disparos, dois de cada lado da embarcação, sempre em direção a água (...)" (Grifo nosso).

Por fim, não merece acolhimento o argumento ministerial segundo o qual a atitude dos Civis não teria ameaçado, de forma clara e ostensiva, a segurança da Unidade Militar. Para essa conclusão, basta a análise do depoimento colhido em Juízo da testemunha Cb Mar Moizaniel Joseas da Silva, que afirmou (fls. 492/494):

"(...) que a atitude dos pescadores era passiva, conforme disse às fls. 36, esclarecendo que ela foi passiva até um certo momento, pois quando esses prosseguiram ao PV7 A, o depoente se sentiu ameaçado, pois, estando de serviço armado, pensou que qualquer coisa poderia acontecer (...) que, no período da noite para a madrugada, o pessoal de serviço é alertado para redobrar a atenção (...) todos os militares já sabem que quando alguém ultrapassa o limite das boias já está havendo uma ameaça de invasão ao quartel (...)".

Na ótica ministerial, a ameaça deveria ser provocada, por exemplo, pelo emprego de armamento pelos Civis, para aí sim justificar os disparos efetuados pelo Réu.

Admitir o posicionamento do membro do MPM resultaria no esvaziamento dos serviços armados das Unidades Militares, fomentando o desrespeito às forças de defesa do país, de sorte que a absolvição do Acusado é medida que se impõe no caso concreto.

Razões expostas, refutadas as teses ministeriais, não merece reparo a Sentença hostilizada.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo ministerial, mantendo inalterada a Sentença absolutória recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Apelo ministerial, mantendo inalterada a Sentença absolutória recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 25 de março de 2015 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 110-75.2011.7.01.0201-RJ

Relator – Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Maria dos Santos Lopes, Civil, do crime previsto no artigo 251, *caput*, do CPM.

Apelada – A ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 10/10/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO DO MPM. CRIME DE ESTELIONATO. ESTADO DE NECESSIDADE. ABSOLVIÇÃO. DESPROVIMENTO. Hipótese em que a **Acusada***, na condição de exclusiva cuidadora da ex-pensionista, viu-se compelida a lançar mão dos valores que foram depositados pela Administração Militar, em face da necessidade de pagar dívidas deixadas pela* **de cujus** *e as próprias despesas decorrentes do seu funeral. Estado de Necessidade de que trata o artigo 39 do Código Penal Militar satisfatoriamente delineado e provado no caso concreto, restando justificado, por isso, o decreto absolutório. Desprovimento do* **Apelo** *do* **MPM***. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar, para manter na íntegra a Sentença hostilizada.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 42ª Sessão, 10/6/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de ***Apelação*** interposta pelo Ministério Público Militar, inconformado com a ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1º CJM, de 10/10/2013, que absolveu a Civil MARIA DOS SANTOS LOPES do crime previsto no artigo 251, *caput*, do Código Penal Militar.

A ***Acusada*** foi denunciada nos seguintes termos:

> *"Segundo restou apurado nos autos, a **ora denunciada**, após o óbito da pensionista Maria José de Araújo Monteiro, ocorrido **em 14 de julho de 2003**, no Hospital Municipal Conde Modesto Leal, **passou a sacar e movimentar indevidamente os valores depositados pela Administração Militar (Marinha), a título de pensão**, na conta-corrente n° 76602, da agência 0161, do Banco BANERJ S/A, atual Banco Itaú S/A.*
>
> *De fato, no período de **agosto a novembro de 2003**, com o intuito de locupletar-se dos valores depositados a título de pensão da ex-pensionista, a denunciada, que trabalhou como empregada doméstica na residência da falecida nesse período, deixou de comunicar o óbito à Administração Militar, que continuou a realizar os depósitos dos proventos de pensão, vindo a causar prejuízo ao Erário na ordem de **10.318,12**, (**dez mil trezentos e dezoito reais e doze centavos**), atualizado monetariamente em **R$ 29.090,26 (vinte e nove mil, noventa reais e vinte e seis centavos)**, consoante laudo de avaliação acostado às fls. 24/25.*
>
> *A materialidade do crime está demonstrada na comunicação de fls. 30/31, cujo teor revela que não houve reversão ao Tesouro Nacional, em razão da inexistência de saldo na conta em questão e nos extratos e documentos bancários acostados nos autos apensos.*
>
> *A autoria delitiva também restou comprovada notadamente pelo registro das movimentações bancárias no período, a saber: pagamentos de contas telefônicas e de cartão de crédito, operações relacionadas ao título de Capitalização PÍC-Primavera, saques com cartão magnético, bem como recibos de retiradas e compensação de cheques assinados pela denunciada (fls. 21/31 e 32/173 dos autos de Afastamento de Sigilo Bancário - Anexo I).*
>
> *Por sua vez, ao ser ouvida, a **ora denunciada** negou ser a autora das aludidas movimentações. Na mesma ocasião, tam-*

> *bém negou ter sido procuradora da ex-pensionista (fls. 47/48). No entanto, a instituição bancária informou o contrário, no sentido de que consta a denunciada como procuradora da pensionista (fl. 18 dos autos de ASB).*
>
> *Dessa forma, restou suficientemente comprovado que a* ***denunciada, utilizando-se de meio fraudulento*** *– não comunicação do óbito à Marinha –,* ***induziu em erro a Administração Militar****, que continuou a efetuar os depósitos de proventos de pensão na referida conta bancária após o falecimento da pensionista, no período acima mencionado,* ***vindo a obter vantagem econômica ilícita*** *no valor atualizado de* ***R$ 29.090,26 (vinte e nove mil, noventa reais e vinte e seis centavos)****.*
>
> *Pelo exposto, o Ministério Público Militar* ***DENUNCIA*** *a* ***civil MARIA DOS SANTOS LOPES*** *como incursa no* ***artigo 251,*** **caput*****, do CPM****, requerendo a V. Exa., uma vez recebida e autuada a presente peça acusatória, a citação da acusada para o devido processo e julgamento, até sua final condenação."* (fls. 72 e 73) (grifos nossos).

A *Exordial* encontra-se lastreada no ***Inquérito Policial Militar – IPM*** de fls. 1 a 56 (***Solução*** à fl. 57) – e nos resultados das diligências da lavra do *Parquet* de fls. 61 a 67 e Apenso 1.

A ***Denúncia*** foi recebida em 1/12/2011 à fl. 75.

A ***Acusada*** foi citada à fl. 93.

Nos termos da ***Ata*** de fls. 96 e 97, o Conselho, por unanimidade, decretou a revelia da ***Acusada*** na forma do artigo 412 do CPPM.

O *Parquet* não arrolou testemunhas na ***Exordial***.

Tendo espontaneamente comparecido ao ***Juízo***, a ***Acusada*** foi qualificada e interrogada às fls. 148 e 149.

As ***Testemunhas*** da ***Defesa*** foram inquiridas: NEIVAL LIMA, companheiro da ***Ré***, à fl. 150, e JOÃO MATHEUS LOPES LIMA à fl. 151.

No prazo do artigo 427 do CPPM, o ***MPM*** nada requereu (fl. 153). A ***Defesa***, por seu turno, requereu a juntada de documentos e as diligências elencadas às fls. 155 a 157, o que foi atendido às fls. 158 a 202v, 218, 220, 222 a 234 e 236 a 239.

O *Parquet* e a ***Defesa*** apresentaram as suas ***Alegações Escritas***, respectivamente, às fls. 245 a 247 e 249 a 258.

Em face de ***preliminar*** de incompetência suscitada pela ***Defesa*** em suas ***Alegações Escritas***, foi aberta vista ao MPM, o qual, em contraponto, ofereceu a manifestação de fls. 263 a 265.

O ***Julgamento*** foi realizado nos termos da ***Ata*** de fls. 282 a 284, tendo o Conselho, por unanimidade, rejeitado a ***preliminar*** de incompetência da Justiça Militar suscitada pela ***Defesa*** e, no mérito, por maioria, absolvido a ***Acusada***, com espeque no artigo 439, alínea "d", do CPPM.

A ***Sentença*** encontra-se às fls. 286 a 295, tendo sido lida, assinada e publicada em 24/10/2013, nos termos da ***Ata*** de fls. 296 e 297.

O ***Apelo*** do ***MPM*** está à fl. 299.

Em suas ***Razões*** de fls. 303 a 305, o *Parquet* sustenta, em suma, que, ao revés do que constou na ***Sentença*** absolutória, não restou configurada, na espécie, "***a suposta inexigibilidade de conduta diversa em razão do estado de necessidade exculpante***". Requer, ao fim, a reforma do *Decisum* hostilizado, com a condenação da ***Acusada*** como incursa no artigo 251, *caput*, do Código Penal Militar.

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 308 a 312, a ***Defesa***, após resgatar fragmento da ***Sentença***, assevera que a prova é inequívoca quanto à impossibilidade de a ***Acusada*** ter agido conforme o Direito. Em abono dessa assertiva, traz a lume e discute frações do acervo probatório. Pede, ao fim, pelo desprovimento do ***Apelo*** do ***MPM***, mantendo-se a ***Decisão*** guerreada.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no ***Parecer*** de fls. 320 a 324, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. José Garcia de Freitas Júnior, opina no sentido do provimento da ***Apelação*** ministerial.

É o Relatório.

VOTO

Materialidade e autoria encontram-se definidas e provadas à suficiência.

Nesse sentido, apontam o próprio interrogatório da ***Acusada*** em ***Juízo*** – ***em que admitiu ter movimentado a conta bancária da finada pensionista MARIA JOSÉ DE ARAÚJO*** – e, sobretudo, a firme prova documental – ***destacadamente os extratos bancários de fls. 21 a 24 do Apenso 1, a denotarem os depósitos efetivados pela Marinha após o***

óbito da ex-pensionista e os saques que foram procedidos na conta que se encontrava titularizada em seu nome e o Laudo de fls. 26 a 33.

No ponto, inclusive, não há contestação por parte da própria ***Defesa***.

Contudo, a absolvição da ***Acusada*** merece ser mantida.

In casu, não remanesce dúvida sobre a ***Acusada*** ter sido a exclusiva cuidadora da ex-pensionista MARIA JOSÉ DE ARAÚJO MONTEIRO nos seus últimos anos de vida, falecida aos 89 anos de idade, em 14/7/2003 (***Certidão de Óbito*** à fl. 4). Ademais, igualmente indene de dúvidas – ***até por conta da avançada idade da Srª MARIA JOSÉ*** – era a sua integral dependência aos cuidados que lhe eram providos pela ***Acusada***, a qual, inclusive, encarregou-se das providências e das despesas inerentes ao seu sepultamento (***Certidão de Óbito à fl. 4 e demonstrativos de despesas funerárias constantes às fls. 163 a 167).***

Em suma, na hipótese, é certo que, por longo tempo, a ***Acusada*** foi o único arrimo da ex-pensionista MARIA JOSÉ; e, daí, certamente a circunstância de ter a *de cujus* legado bens para o então menor JOÃO MATHEUS LOPES LIMA, filho da ***Ré***, nos termos do testamento público acostado às fls. 162 e 162v.

Nesse passo – ***e destacadamente pela circunstância de situar-se o fato indigitado criminoso no já distante ano de 2003*** –, não é de exigir-se que a ***Acusada*** comprove que efetivamente utilizou todos os recursos recebidos indevidamente para o pagamento de contas e despesas médicas contraídas pela ex-pensionista MARIA JOSÉ e de outras surgidas em decorrência de seu falecimento. Assim é que, no ponto, o tempo fala em seu favor.

Ainda nesse fio, pois, é de prestigiar-se os fundamentos absolutórios muito bem sintetizados no fragmento da ***Sentença*** a seguir transcrito, *ipsis litteris*:

> *"Assim, levando em conta o pequeno período dos saques, bem como o teor da prova testemunhal e documental, o Conselho de Justiça reconheceu ter a acusada agido ao abrigo do estado de necessidade de que trata o art. 39, do Código Penal Militar, mormente porque:*
>
> *- a partir da morte da pensionista, a acusada ficou desempregada e teve que arcar com o pagamento das despesas*

deixadas pela Sra. Maria José de Araújo Monteiro, inclusive aquelas relativas ao funeral;

- a acusada vivia exclusivamente dos salários que lhe eram pagos pela pensionista, de quem era cuidadora;

- a pensionista deixou vários cheques assinados antes de falecer, para pagar as dívidas assumidas pela própria, os quais foram descontados após a morte, não sendo possível afirmar que, de alguma forma, beneficiaram a acusada;

- a ré se encontrava em uma situação de perigo certo e atual vivenciado nos três meses em que efetuou os saques, segundo a prova dos autos;

- a acusada não possuía alternativa em face das circunstâncias acima indicadas, não existindo outro modo lícito para obter recursos financeiros para pagar as dívidas e as contas mensais.".

É o quanto basta.

Posto isso.

Nego provimento ao ***Apelo*** do ***MPM***, mantendo íntegra a ***Sentença*** hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao ***Apelo*** interposto pelo Ministério Público Militar, para manter na íntegra a ***Sentença*** hostilizada.

Brasília, 10 de junho de 2015 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 22-46.2015.7.00.0000-SP

Relator – Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Paciente – Paulo Cezar Torres de Almeida, 1º Ten Aer.

Impetrante – Dr. Natanael Candido do Nascimento.

EMENTA

Habeas Corpus. *Trancamento de IPM. Constrangimento Ilegal. Improcedência. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a concessão da ordem de* habeas corpus *para trancamento de IPM é medida excepcional. 2. Diante das evidências de ocorrência, em tese, de crime supostamente praticado por militar, em situação de atividade, contra outros militares em idêntica situação, ou contra o patrimônio sob a administração militar, não é possível reconhecer a inequívoca falta de justa causa necessária para o trancamento do IPM. 3. A dúvida no tocante à autoria não autoriza o trancamento do IPM, mormente quando os indícios apurados indicam um lastro probatório mínimo para o indiciamento. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime .*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do *writ* e denegou a ordem, por falta de amparo legal. Os Ministros William de Oliveira Barros e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos não participaram do julgamento.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. (Extrato da Ata da 11ª Sessão, 10/3/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado pelo Dr. Natanael Candido do Nascimento (OAB/SP 349505), em favor do 1º Ten Aer PAULO CEZAR TORRES DE ALMEIDA, visando ao trancamento do IPM instaurado por determinação do Comandante do CINDACTA 1, no qual o Paciente figura como Indiciado.

Consta da Solução da Sindicância nº 30-R/SIJ/2014, do CINDACTA 1, que deu ensejo ao mencionado indiciamento, que, no dia 25/9/2014, vários veículos de militares que serviam no Destacamento de Controle do Espaço Aéreo de São Roque - SP (DTCEA-SRO), bem como algumas viaturas oficiais do DTCEA-SRO, tiveram seus pneus furados por pregos distribuídos no sentido transversal da via de acesso àquele Destacamento (fls. 27/28).

A referida Sindicância concluiu pela necessidade de instauração de IPM, o que foi levado a efeito por meio da Portaria CINDACTA 1 nº R-48-T, de 7/11/2014, assinada pela Autoridade apontada como coatora (fl. 29).

Ato contínuo, o Paciente foi indiciado (fl. 30) e afastado das atividades militares e administrativas do DTCEA-SRO (fl. 31).

Alega o Impetrante, em síntese, que o referido IPM tramita sem amparo legal, configurando constrangimento ilegal. Sustenta que a coação ilegal perpetrada por parte da Autoridade Coatora é demonstrada pelo indiciamento precoce do Paciente, pela proibição de exercer suas funções em sua unidade de origem, pela ausência total de indícios de autoria e de materialidade, bem como pela inocorrência de crime militar próprio ou impróprio.

Por essas razões, requer a concessão de liminar para determinar o trancamento do procedimento instaurado e a cessação da coação

consistente no afastamento do Paciente da sua Unidade de origem. No mérito, requer a concessão definitiva da ordem nos termos da fundamentação.

A Inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 11/32.

Indeferi a liminar pleiteada por não vislumbrar a presença do *fumus boni iuris*, tampouco do *periculum in mora* (fls. 36/37).

As informações da Autoridade Coatora estão acostadas às fls. 44/48, onde foram consignadas a existência de indícios da prática de crime militar de dano e as suspeitas que indicam o Paciente como suposto autor.

O *Custos Legis*, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opina pela denegação da ordem, sustentando que o IPM não foi acostado aos autos em sua integralidade, tampouco a sindicância que o precedeu, não sendo possível reconhecer que a presunção de delinquência esteja totalmente destoante da realidade fática em que se debruçou a apuração. Registra que "*a conclusão sobre o trancamento do IPM, ou mesmo do afastamento do indiciamento, poderia resultar em interferência indevida na atividade de persecução penal pré-processual*." Destaca ainda que "*a confecção de boletim de ocorrência perante a polícia judiciária comum também não é motivo para a paralização da atividade de apuração*" e que, na hipótese dos autos, "*pelo menos em princípio, a notícia é de crime militar praticado por militar em situação de atividade contra outros militares em idêntica situação ou contra o patrimônio sob a administração militar, artigo 9º, II, letras 'a' e 'e' do CPM*" (fls. 52/53).

Intimado o Impetrante.

É o relatório.

VOTO

Por estarem presentes as condições para o regular processamento do feito, dele conheço, contudo o presente *Writ* não merece ser concedido.

O conjunto probatório acostado aos autos é insuficiente para que haja um veredicto favorável ao Impetrante.

Como bem ressaltado pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar, vislumbra-se a ocorrência, em tese, de crime supostamente

praticado por militar em situação de atividade contra outros militares em idêntica situação ou contra o patrimônio sob a administração militar. Arremata o ilustre Subprocurador-Geral, destacando que o registro de ocorrência policial na delegacia de polícia civil não enseja a paralisação das investigações da Polícia Judiciária Militar (fls. 52/53).

Ademais, a elucidação dos fatos versados no presente *Writ* encontra-se no início das atividades de persecução penal, necessitando, por isso, de um exame aprofundado para apuração da autoria e da materialidade, o que não é possível na via estreita do habeas corpus. Nesse sentido, convém trazer à colação o seguinte julgado deste Tribunal:

> *"EMENTA:* Habeas corpus. *Trancamento de IPM. Falta de justa causa. Improcedência. Procedimento investigatório instaurado para apurar suposta agressão física praticada por militar contra Civil, ocorrida em clube social que funciona em instalações cedidas pela Marinha, condicionado ao cumprimento das políticas e diretrizes da referida Força. Caso sub judice que se encontra no início da investigação, necessitando de aprofundamento na investigação para apuração da autoria e materialidade e determinação da correta identificação das circunstâncias do art. 9º do CPM. Conhecido o pedido e denegada a ordem por falta de amparo legal. Decisão unânime."* (HC nº 0000116-33.2011.7.00.0000/PE. Relator: Min. Francisco José da Silva Fernandes. Decisão: 10/8/2011. Publicação: 29/8/2011. (Grifei).

No mesmo sentido, destaca-se outro julgado desta Corte, o HC nº 0000072-43.2013.7.00.0000/RJ, da relatoria do Min. Lúcio Mário de Barros Góes (Decisão de 7/5/2013, publicada em 15/5/2013).

> *"EMENTA:* Habeas Corpus. *Trancamento de IPM. Falta de justa causa. Improcedência. Procedimento investigatório instaurado para apurar suposta crítica pública, em página do 'facebook', postada pelo Indiciado, a ato oficial do Comandante, sobre assunto de âmbito interno, de cunho administrativo. Quadro fático denotando que a conduta do militar desponta-se, em tese, delituosa. Caso sub judice que se encontra no início da investigação, necessitando de exame aprofundado para apurar a autoria e a materialidade, o que é defeso na via estreita do* writ. *Ordem denegada. Decisão unânime."* (Grifei).

Quanto à autoria, em que pese não haver a certeza de que tenha sido o Paciente o autor dos fatos, os indícios elencados nos autos apontam em sua direção, havendo, assim, um lastro probatório mínimo, mas suficiente para o seu indiciamento.

Desse modo, não vislumbro a ilegalidade apontada pelo Impetrante no sentido da inequívoca falta de justa causa, necessária para o trancamento do IPM. Sobre o assunto, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a concessão da ordem de habeas corpus para trancamento de IPM é medida excepcional, *in verbis:*

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *TRANCAMENTO DE IPM.* Habeas Corpus *impetrado em favor de CB FN requerendo trancamento de IPM sob o fundamento de que lhe foi negado a ampla defesa e contraditório ao ser-lhe vedado produzir provas e ser acompanhado por advogado durante sindicância que deu início à investigação criminal em questão.*
>
> *Ordem indeferida uma vez que não há indícios de que a ampla defesa do paciente venha sendo cerceada durante a inquisa.*
>
> *Ademais, é remansosa a jurisprudência no sentido de que o trancamento de inquérito policial é medida extrema que somente se admite quando se visualize,* primo icto oculi*, a atipicidade da conduta ou que a investigação não terá consequência penal.* Writ *denegado. Unânime."* (HC nº 0000012-07.2012.7.00.0000/RJ, Relator: Min. Alte Esq Marcos Martins Torres, Decisão: 23/2/2012, Publicação: 17/4/2012. (Grifei).

No que tange às alegações do Impetrante acerca da proibição do Paciente em exercer suas funções na Organização Militar, destaco que, de acordo com a Constituição da República, a Justiça Militar da União não possui competência para o julgamento do mencionado ato administrativo.

Diante do exposto, conheço do presente *writ* e denego a ordem de habeas corpus por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em co-

nhecer e denegar a Ordem de Habeas Corpus, impetrado pela Defesa do 1º Ten Aer Paulo Cezar Torres de Almeida, por falta de amparo legal.

Brasília, 10 de março de 2015 – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, Ministro-Relator.

_____

HABEAS CORPUS Nº 38-97.2015.7.00.0000-MT

Relator – Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Paciente – Jorge Eduardo Martins de Almeida, 2º Ten R/2 Ex.

Impetrante – Dr. Marcos Antonio dos Santos Valle.

EMENTA

HABEAS CORPUS. *TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA PELA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO CRIMINOSO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA DIANTE DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO PACIENTE. MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não é inepta a denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o suposto fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 77 do CPPM. 2. Não se admite em sede de* habeas corpus *a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar o alegado estado de embriaguez do Paciente e suas consequências para a aferição da tipicidade de sua conduta. 3. O trancamento da ação penal pela via do* habeas corpus *é medida excepcionalíssima, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. 4. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do *writ* e denegou a ordem de habeas corpus, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 14ª Sessão, 17/3/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado pelo Dr. Marcos Antonio dos Santos Valle, em favor do 2º Ten R/2 Ex JORGE EDUARDO MARTINS DE ALMEIDA, visando à suspensão imediata da Ação Penal nº 35-03.2014.7.09.0009, que tramita na Auditoria da 9ª CJM, na qual o Paciente figura como Acusado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 205, c/c 30, inciso II; nos arts. 209, 223 e 298, todos c/c o art. 79, tudo do CPM.

Inicialmente, os fatos foram apurados por meio de Inquérito Policial Militar, cuja Solução apontou para a existência de fortes indícios da prática dos crimes militares, acima mencionados, no evento supostamente desencadeado pelo Paciente (fl. 52).

No entanto, conforme as informações prestadas pela autoridade coatora, o representante do MPM, considerando a embriaguez do Paciente, requereu o arquivamento do IPM por falta de justa causa (fl. 29/29-v).

Em decorrência, a Autoridade apontada como coatora determinou a remessa dos autos do IPM ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça Militar, com fundamento no art. 397, *in fine*, do CPPM (fls. 33/35).

A Câmara de Coordenação e Revisão da PGJM, aprovando o parecer elaborado pelo Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Júnior (fls. 37/39), decidiu pelo não arquivamento do IPM e, por consequência, pela designação de outro Membro do MPM para oferecer denúncia contra o Paciente (fl. 40), razão pela qual foi designado o Dr. Marcos José Pinto, Promotor de Justiça Militar lotado na PJM em Campo Grande/MS (fls. 43/46).

Segundo narra a Denúncia, os fatos teriam ocorrido no dia 23/9/2013, na cidade de Marcelândia/MT. Na ocasião, o Paciente, na condição de oficial médico do 58º Batalhão de Infantaria Motorizado (Aragarças/GO), teria efetuado disparos de arma de fogo, ofendido a integridade corporal, ameaçado e desacatado militares daquela Organização Militar. Consta da referida Denúncia, também, que o Paciente tentou justificar suas ações alegando que de nada se lembrava porque estava embriagado (fls. 30/31).

Insatisfeito com o recebimento da referida Denúncia, o Paciente, por meio de seu advogado, impetrou o presente *writ*, sustentando, preliminarmente, a inépcia da inicial por ausência de descrição das circuns-

tâncias do fato criminoso. No mérito, o Impetrante sustenta a falta de justa causa para propositura da ação penal, aduzindo que o estado de embriaguez do Paciente revela a atipicidade das condutas a ele imputadas. Por essas razões, requereu o Impetrante, liminarmente, a suspensão imediata da ação penal e o recolhimento do mandado de citação expedido; no mérito, propugnou pela confirmação das medidas antes pleiteadas.

A Inicial veio acompanhada dos documentos do Apenso 1.

Indeferi a liminar pleiteada, por não vislumbrar a presença do *fumus boni iuris*, tampouco do *periculum in mora* (fls. 22/23).

As informações da Autoridade Coatora estão acostadas às fls. 29/52.

O *Custos Legis*, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, opina pelo conhecimento do presente *Writ* e, no mérito, pela denegação da ordem, aduzindo o seguinte (fls. 55/59):

> *"O trancamento da ação penal pela via do remédio heroico é medida de caráter excepcional, somente acolhida quando há flagrante defeito na imputação, hipótese inocorrente na espécie.*
>
> *A peça vestibular atende, de forma integral, aos requisitos elencados no art. 77 do CPPM e expõe, de modo didático, os fatos tidos por criminosos, além de todas as suas circunstâncias (fls. 30/31), permitindo, dessa forma, o pleno exercício dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório.*
>
> *Por outro lado, como cediço na doutrina e na jurisprudência castrenses, a embriaguez voluntária ou culposa, diferentemente da proveniente de caso fortuito ou força maior, não exclui a imputabilidade penal, já que o Código Penal Militar adotou a teoria da* Actio libera in causa*, segundo a qual não deixa de ser imputável aquele que se coloca em situação de inconsciência ou de incapacidade de autocontrole, dolosa ou culposamente, e nessa situação, comete crime".*

O Impetrante foi intimado da colocação do processo em mesa (fl. 63).

É o relatório.

VOTO

Por estarem presentes as condições para o regular processamento do feito, dele conheço.

Contudo, o presente *writ* não merece prosperar, considerando que o conjunto probatório, acostado aos autos, é insuficiente para que haja um veredicto favorável ao Impetrante, que se apega às alegações de ausência de justa causa e inépcia da Denúncia.

Como destaquei por ocasião do indeferimento da liminar, a concessão de ordem de habeas corpus para trancamento de ação penal, fundada na falta de justa causa, é providência excepcionalíssima (fls. 22/23).

Isso porque a justa causa para a propositura da ação penal consubstancia-se no exame da acusação sob dois aspectos: a verificação da tipicidade da conduta e a existência dos lastros probatórios mínimos de materialidade e autoria.

No caso dos presentes autos, a confirmação das assertivas invocadas pelo Impetrante, segundo as quais a alegada embriaguez do Paciente poderia afastar a tipicidade de sua suposta conduta, depende de ampla dilação probatória, inadmissível em sede de habeas corpus, que exige prova pré-constituída das alegações.

Por outro lado, ainda que houvesse nos autos laudo pericial comprovando a existência do estado de embriaguez, tal constatação não seria, por si só, suficiente para demonstrar a atipicidade das condutas imputadas ao Paciente.

No tocante à mencionada inépcia da inicial, como bem ressaltado pela ilustre Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, a Denúncia atende aos requisitos previstos no art. 77 do CPPM de forma integral, além de expor os fatos tidos por criminosos e todas as suas circunstâncias de modo didático (fls. 55/59).

Ademais, o art. 30 do CPPM estabelece que a denúncia deve ser oferecida sempre que houver "*prova de fato que, em tese, constitua crime*" e os "*indícios de autoria*".

Na hipótese dos autos, é incontroverso que ambos os requisitos encontram-se perfeitamente delineados, uma vez que, até o presente momento, as provas carreadas indicam a existência de crime militar bem como os indícios de sua autoria.

Destaco, ainda, que a deflagração do processo, apesar de ter por objetivo o esclarecimento dos fatos, consubstancia-se em mecanismo de garantias do acusado, com a observância de diversos direitos não observados por ocasião da investigação, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e todas as demais garantias processuais inerentes.

Saliento, outrossim, que não é possível na via estreita do habeas corpus a apuração dos fatos com todos os seus pormenores, uma vez que o *writ* não viabiliza a dilação probatória necessária para se aferir os aspectos subjetivos envolvidos nas supostas condutas do Paciente.

Em situações outras envolvendo alegações de ausência de justa causa e inépcia da Denúncia, esta Corte tem se posicionado da seguinte forma, *in verbis:*

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FATO ATÍPICO. DISPARO ACIDENTAL DE ARMA DE FOGO. NÃO CONFIGURADOS OS ARGUMENTOS EM QUE SE BASEIA A IMPETRAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1) O trancamento da ação penal pela via do HC é medida de caráter excepcional, adotada quando, inequivocamente, há defeito a fulminar a imputação, situação que não corresponde ao presente* writ.
>
> *2) A responsabilidade penal de pessoa a quem é atribuída a prática de crime militar é matéria a ser apurada no âmbito do devido processo legal. A instrução criminal explicitará, com lucidez, o cotejo probatório relativo aos fatos e à culpabilidade do agente, bem como eventuais considerações que dizem respeito à prova técnica.*
>
> *3) A justa causa para a ação penal militar exsurge da necessidade de verificar se há liame subjetivo entre a conduta e o resultado danoso fruto de eventual inobservância de norma técnica de segurança, e elucidar as circunstâncias em que ocorreu o disparo acidental da arma de fogo.*
>
> *4) A inicial acusatória escapa à qualificação de inepta quando a narrativa dos fatos expõe, suficientemente e de modo individualizado, a conduta ilícita atribuída ao denunciado, atendendo, sobretudo, as exigências do art. 77 do CPPM.*
>
> *5) Ordem denegada. Decisão unânime".*

(HC nº 113-73.2014.7.00.0000/PE, Relator Min. Fernando Sérgio Galvão, Decisão de 9/9/2014, Publicação: 17/9/2014, DJE).

No mesmo sentido, destacam-se os seguintes precedentes: HC nº 210-73.2014.7.00.0000/RS, Relator Min. Odilson Sampaio Benzi, Decisão de 18/12/2014, Publicação: 11/2/2015, no DJE; e HC nº 117-13.2014.7.00.0000/RJ, Relator Min. Olympio Pereira da Silva Junior, Decisão de 7/10/2014, Publicação: 11/12/2014, no DJE.

Sobre o assunto, é firme também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a concessão da ordem de habeas corpus para trancamento da ação penal é medida excepcional, *in verbis:*

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.* HABEAS CORPUS *DENEGADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. Não é inepta a denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art.41 do CPP.*
>
> *2. Não se admite na via acanhada do* habeas corpus*, a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência do Paciente.*
>
> *3. O trancamento da ação penal, em* habeas corpus*, apresenta-se como medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese.*
>
> *4.* Habeas corpus *denegado".*
>
> (HC nº 109942 /SP, Relator Min. Cármen Lúcia. Decisão de 28/2/2012, Publicação: 31/7/2012, DJE).

Como é possível constatar, é pacífico o entendimento jurisprudencial em relação às questões que envolvem a admissibilidade do *habeas corpus* para o trancamento da ação penal. O remédio heroico, nesse contexto, reveste-se de medida excepcional somente passível de ser deferida nos casos em que é evidente a falta de justa causa (caracterizada pela ausência de indícios de autoria e da prova de materialidade delitiva) ou quan-

do, de plano, se vislumbra a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Na hipótese dos autos, não vislumbro a ilegalidade apontada pelo Impetrante no sentido da falta de justa causa ou da inépcia da denúncia.

Desse modo, inexistindo motivo para o trancamento da ação penal, a instrução criminal poderá esclarecer todas as circunstâncias relativas aos fatos, que serão devidamente confrontadas com o conjunto probatório, a fim de se definir, com a clareza que o caso requer, as questões relativas à culpabilidade do Paciente, bem como as consequências jurídicas do seu alegado estado de embriaguez.

Por todo o exposto, conheço do presente *writ* e denego a ordem de habeas corpus por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em conhecer e denegar a Ordem de Habeas Corpus por falta de amparo legal.

Brasília, 17 de março de 2015 – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 90-93.2015.7.00.0000-SP

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Paciente – Fernando Aparecido de Lima, Civil.

Impetrante – Defensoria Pública da União.

EMENTA

HABEAS CORPUS. *PEDIDO LIMINAR. CONCESSÃO DE INDULTO. LIBERDADE PROVISÓRIA. EXCESSO DE PRAZO. MÉRITO. CONFIRMAÇÃO DA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA CONCESSÃO DE INDULTO. PROCESSO AINDA SOB JURISDIÇÃO DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. ARTS. 647 E 648 DO CPPM. CONCESSÃO DE INDULTO NÃO RECONHECIDA. EXISTÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL*. QUANTUM *DEFINITIVO MÁXIMO NÃO ESTABELECIDO. IMPOSSIBILIDADE. I – Configura-se evidente o excesso de prazo da prisão processual quando se tem um confinamento que já perdura por 2 anos e 8 (oito) meses em regime fechado, tendo como fundamento uma condenação de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão. II – Compete à Justiça Militar da União a declaração da extinção da punibilidade pela concessão de indulto presidencial dos processos que estão sob sua jurisdição, como se infere dos artigos 647 e 648 do CPPM. III – A existência de recurso ministerial que, em tese, pode levar à majoração da pena impede a declaração de extinção da punibilidade antes da manifestação do órgão revisional, pois a pena pode alcançar patamares que tornariam o requisito objetivo de cumprimento da pena previsto no Decreto Presidencial de concessão de indulto não cumprido. Ordem de* habeas corpus *parcialmente concedida. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* para, tão somente, confirmar a liminar subsidiária que deferiu a liberdade provisória para o Civil Fernando Aparecido de Lima, fixando a competência da Justiça Militar da União para análise da extinção da punibilidade pela concessão do indulto, negando, porém, o pedido em razão da existência de recurso ministerial. Na forma

regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado e a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Anete Vasconcelos de Borborema.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 43ª Sessão, 11/6/2015).

RELATÓRIO

Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do Civil FERNANDO APARECIDO DE LIMA, que foi condenado à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, como incurso no artigo 240, §§ 4º, 5º e 6º, I e IV, do CPM, a ser cumprida em regime fechado, nos termos do artigo 33, § 1º, "a", c/c o art. 34, ambos do CPB, pelo Juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 11 de dezembro de 2014, nos autos da Ação Penal Militar nº 82-43.2012.7.02.0202.

2. A Sentença negou-lhe o direito de apelar em liberdade, com fulcro nos artigos 254 e 255, "a" e "d", ambos do CPPM, razão pela qual se encontrava preso preventivamente desde 8/9/2012.

3. Segundo a Impetrante, o Sentenciado estaria sofrendo coação ilegal por parte do Juiz-Auditor Substituto, uma vez que está preso desde 8 de setembro de 2012 e teve o pedido de indulto, realizado com base no Decreto nº 8.380, de 24 de dezembro de 2014, negado por aquele Juízo, em Decisão de 27/2/2015, sob a alegação de que a competência para a execução da pena, em se tratando de sentenciado civil, cabe à Justiça Estadual Comum, nos termos do artigo 62 do CPM e Súmula nº 192 do STJ, e que a previsão do parágrafo 6º do artigo 11 do Decreto mencionado não transitou em julgado para a acusação, conforme exige o referido dispositivo.

4. Argumenta a impetrante que a Justiça Militar é competente para declarar o indulto, conforme o artigo 11, § 6º, do Decreto 8.380/2014,

aduzindo que o artigo 10 veda a exigência de outro requisito, senão os previstos naquela norma e que, na hipótese de indeferimento do indulto, deve ser concedida a liberdade provisória, haja vista que o paciente foi condenado a uma pena de pouco mais de 3 (três) anos e está preso a mais de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, sem ter direito a qualquer benefício previsto na Lei de Execução Penal, tendo em conta o excessivo tempo de duração da prisão cautelar.

5. Com esses argumentos a DPU requereu, liminarmente, a concessão do indulto e, como pedido subsidiário, a liberdade provisória do Sentenciado. No mérito, a confirmação desses pedidos.

6. Em Despacho de 6 de maio de 2015, deferi o pedido liminar subsidiário e concedi a liberdade provisória, por considerar excessivo o tempo de prisão cautelar (fls. 73/75).

7. Por meio do Ofício nº 609, de 7/5/2015, fls. 80/82, do Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 2ª CJM, vieram aos autos as informações colacionadas às fls. 83/139.

8. A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo Parecer de fls. 142/148, da lavra do Dr. Mário Sérgio Marques Soares, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, o qual opinou pelo deferimento parcial da ordem para, mantendo-se a decisão liminar de concessão de liberdade provisória, fixar a competência da Justiça Militar para decidir sobre o requerimento, enquanto não executada, efetivamente, a pena imposta, que ainda é precária e, ao final, negar, enquanto não julgado o recurso de Apelação, a declaração de extinção da punibilidade pelo indulto presidencial ao Paciente.

É o Relatório.

VOTO

Requereu a DPU, no mérito, a concessão do indulto ao Paciente, com fulcro no art. 1º, inciso I, c/c o artigo 6º, inciso II, tudo do Decreto nº 8.380/2014 e, subsidiariamente, a concessão da liberdade provisória ao acusado, tendo em conta o excessivo tempo de prisão cautelar.

2. Antes de adentrar o mérito, é importante reproduzir as razões de decidir que fundamentaram a concessão da liminar subsidiária pleiteada pela DPU, que conferiu liberdade provisória ao Paciente FERNANDO APARECIDO DE LIMA. Transcrevo (fls. 73/75):

"(omissis)

11. Com relação ao pedido liminar de concessão do indulto, entendo ter caráter satisfativo e que deve ser analisado no mérito do writ*, haja vista que a declaração do instituto para o paciente é o objetivo da impetrante. Assim, mesmo que verificados os requisitos ensejadores da concessão de medida liminar, não caberia a declaração do indulto, mas sim, de ofício, conceder a liberdade provisória até o julgamento pelo plenário desta Corte.*

12. Por outro lado, a análise cautelar restrita ao pedido subsidiário da DPU de concessão da liberdade provisória alcança o escopo de evitar que, porventura, a situação de constrição de liberdade seja perpetuada sem justificativa legal para tanto.

13. No que diz respeito à presença do fumus boni juris *da concessão de liberdade provisória, vejo plausível o pedido defensivo, tendo em vista as seguintes razões.*

14. O paciente encontra-se preso desde o dia 8/9/2012, portanto, 2 anos e 8 (oito) meses recluso em regime fechado. A condenação provisória passível de reforma para mais ou para menos, inclusive absolvição, imputou ao civil a pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão.

15. Assim, verifica-se que já cumpriu mais de 2/3 (dois terços) da pena integralmente em regime fechado, em absoluto descompasso com o regime de pena progressivo regulamentado na Lei de Execução Penal. Isso deve ser destacado, pois, o cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena autoriza, não só o regime aberto, a teor do que diz o artigo 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, mas também o livramento condicional, conforme o artigo 131 da mesma Lei.

16. Vale observar que o paciente faria jus a esses benefícios, ainda que tivesse cometido crime hediondo, conforme preceitua o artigo 83, inciso V, do CPB, o que não é o caso dos autos.

17. Ao lado disso, não se pode olvidar que o corréu Jeferson Gomes dos Santos, após cumprir 2 (dois) anos, 5 (cinco) meses e 26 (vinte e seis) dias, teve seu pedido de indulto aceito pelo mesmo Juízo, razão pela qual foi solto por Decisão datada de 15 de janeiro de 2015, restando claro estarmos diante de situações jurídicas idênticas com soluções opostas.

> *18. Desta feita, vejo como comprovado o* fumus boni iuris *da ilegalidade da manutenção da prisão preventiva ao sentenciado FERNANDO APARECIDO DE LIMA.*
>
> *19. Em relação ao* periculum in mora*, a simples situação de estar preso e já ter cumprido mais de 2/3 (dois terços) da pena em regime fechado somado ao fato de ter sido condenado em primeira instância em 11 de dezembro de 2014, sendo que hoje, dia 5 de maio de 2015, sequer foi autuado o recurso de apelação nesta Corte, já demonstra suficientemente o perigo da demora na manutenção da medida restritiva de liberdade.*
>
> *20. Portanto, encontram-se presentes o* fumus boni juris *e o* periculum in mora*, requisitos ensejadores da concessão da liminar requerida.*
>
> *Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar subsidiário e concedo a Liberdade Provisória ao Civil FERNANDO APARECIDO DE LIMA, até o julgamento do mérito do presente* writ*, salvo se por outro motivo estiver preso.".*

3. Entendo que deve ser confirmada a liminar concedida pelas razões ali expostas. É evidente o excesso da prisão processual quando se tem uma prisão que já perdura por 2 (dois) anos e 8 (oito) meses em regime fechado, tendo como fundamento uma condenação de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão.

4. Também possui razão o Paciente quando pleiteia a fixação da competência da Justiça Militar da União para a declaração do indulto, uma vez que o Processo está sob jurisdição desta Justiça Especializada, tendo sido recentemente autuado no STM, em 14/5/2015, como Apelação nº 82-43.2012.7.02.0202/SP, tendo como relator e revisor os Ministros Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e José Barroso Filho, respectivamente.

5. Vale dizer que a própria Lei Adjetiva Castrense prevê a hipótese ocorrida nos autos, qual seja, a da extinção da pena por indulto concedido por iniciativa do próprio Presidente da República; vejamos o que diz o Código:

> *"Art. 647. Se o presidente da República decidir, de iniciativa própria, conceder o indulto ou comutar a pena, ouvirá, antes, o Conselho Penitenciário ou a autoridade militar a que se refere o art. 646.*

> *Modificação da pena ou extinção da punibilidade*
>
> *Art. 648. Concedido o indulto ou comutada a pena, o juiz de ofício, ou por iniciativa do interessado ou do Ministério Público, mandará juntar aos autos a cópia do decreto, a cujos termos ajustará a execução da pena, para modificá-la, ou declarar a extinção da punibilidade.".*

6. Como previsto no Código de Processo Penal Militar, que estabelece as regras processuais que os órgãos da Justiça Militar devem adotar, mais precisamente o seu artigo 648, cabe ao juiz (desta Justiça Especializada, por evidente), de ofício, ou por iniciativa das partes, juntar o Decreto e ajustar a execução da pena, modificá-la ou declarar a extinção da punibilidade.

7. Há, inclusive, no artigo 516, alínea "l", do CPPM, recurso próprio para inaugurar discussão acerca do indeferimento de pedido de extinção da punibilidade pela concessão de indulto, no caso, o Recurso em Sentido Estrito. Como dizer que aquele Juízo não é competente para essa declaração?

8. E não foi diferente a conclusão da nobre PGJM em seu parecer, cujas razões peço licença para reproduzir (fls. 146/148):

> *"(...) A competência da Justiça Militar nos afigura evidente, eis que não havendo ainda o trânsito em julgado da sentença, quer para o Órgão de Acusação, quer para os réus, não há que se falar efetivamente em execução da sentença, ainda pendente de revisão pela Corte Superior, remanescendo a competência da Justiça Militar, em especial pelo STM cujo conhecimento das apelações já se faz efetiva.*
>
> *No tocante à liberdade provisória do Paciente, já atendida pela decisão liminar, nos parece deva ser plenamente respaldada pelo Plenário, eis que o Paciente se encontra preso por prazo muito além do razoável ao curso do processo de conhecimento, conquanto a gravidade do crime praticado, vê-se não mais caberiam presentes as hipóteses previstas para uma prisão processual, constituindo a restrição à liberdade uma antecipação da pena.*
>
> *Por derradeiro, descabe inteiramente na hipótese pretender-se a extensão da equivocada decisão em outros autos de execução, de declaração de extinção da punibilidade, tendo por base uma pena pendente de afirmação pelo STM a respaldar, como precedente, a pretensão do Impetrante.*

O próprio Impetrante transcreveu o § 6º do art. 11 do Decreto nº 8.380/2014, com os seguintes termos:

> *'§ 6º Faculta-se ao juiz do processo de conhecimento, na hipótese de pessoas condenadas primárias, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, a declaração do indulto contemplado neste Decreto.'*

Evidentemente que na hipótese dos autos, inexistindo o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, não há que se falar em possibilidade de declaração de extinção da punibilidade, com base em pena precariamente fixada.".

9. Do parecer, vale destacar o argumento de que sequer se pode falar em execução da pena, tendo em vista a existência de recurso nesta Corte. Por tudo isso, deve ser reconhecida a competência da Justiça Militar da União para a declaração da extinção da pena pela concessão do indulto presidencial.

10. Todavia, como muito bem lembrou o douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares, a declaração da extinção da punibilidade não é possível no momento, uma vez que há recurso do Ministério Público Militar requerendo o agravamento e o aumento do *quantum* da condenação, o que torna a concessão do indulto prematura, haja vista a possibilidade de, no caso de aumento da pena, não mais se enquadrar o paciente nos requisitos objetivos para concessão do benefício.

11. Considerando que o Decreto Presidencial de concessão de indulto prevê um requisito objetivo consistente no cumprimento de um percentual mínimo da pena, a existência de recurso ministerial que, em tese, pode levar à majoração da pena impede a declaração de extinção da punibilidade antes da manifestação do órgão revisional, pois a pena pode alcançar patamares que tornariam a exigência não cumprida.

Ante o exposto, voto para conhecer e conceder parcialmente a ordem de *Habeas Corpus* para, tão somente, confirmar a liminar subsidiária que deferiu a liberdade provisória para o civil Fernando Aparecido de Lima, e fixar a competência da Justiça Militar da União para análise da extinção da punibilidade pela concessão do indulto, negando, porém, o pedido em razão da existência de recurso ministerial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e conceder parcialmente a ordem de *Habeas Corpus* para, tão somente, confirmar a liminar subsidiária que deferiu a liberdade provisória para o civil Fernando Aparecido de Lima, e fixar a competência da Justiça Militar da União para análise da extinção da punibilidade pela concessão do indulto, negando, porém, o pedido em razão da existência de recurso ministerial.

Brasília, 11 de junho 2015 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

_____

HABEAS CORPUS Nº 95-18.2015.7.00.0000-RJ

Relator – Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Paciente – Luiz Felipe Cardoso, ex-Sd Ex.

Impetrante – Dr. Melquizedeque Ramos da Silva.

EMENTA

HABEAS CORPUS. *ESTELIONATO. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL ABERTO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO FORO MILITAR. IMPROCEDÊNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REVOGAÇÃO DO* SURSIS. *MANDADO DE PRISÃO. COAÇÃO ILEGAL. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. EXPEDIÇÃO DO ALVARÁ DE SOLTURA. Não prospera a alegação de incompetência do juízo militar para executar a pena imposta a ex-Soldado do Exército Brasileiro pela prática de delito militar previsto em lei, uma vez que a ação penal já transitou em julgado para a Defesa. Padece de flagrante ilegalidade a ordem de prisão expedida em consequência da revogação do* sursis *da pena, tendo em vista que se afigura incompatível com o regime aberto de cumprimento da pena estabelecido na sentença condenatória, sendo, portanto, necessária a expedição de alvará de soltura. Ordem concedida. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, concedeu a ordem de *habeas corpus* para, em observância ao regime aberto para cumprimento da pena estabelecido na Sentença, determinar a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente ex-Sd Ex Luiz Felipe Cardoso, salvo se, por outro motivo, estiver preso.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, o

Ministro José Barroso Filho. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 38ª Sessão, 28/5/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Melquizedeque Ramos da Silva, em favor do ex-Sd Ex LUIZ FELIPE CARDOSO.

Alega o Impetrante que o paciente se encontra preso ilegalmente, em decorrência do cumprimento do mandado de prisão expedido por juízo incompetente – 3ª Auditoria da 1ª CJM –, em data de 10 de dezembro de 2013, tendo a prisão sido efetuada às 15h do dia 6 de maio de 2015, na cidade do Rio de Janeiro.

Embasa sua tese de ilegalidade do ato prisional sob o argumento de que a ação penal ensejadora do referido mandado de prisão fora objeto de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, tendo aquela Corte declarado a incompetência da Justiça Militar para julgar o feito e determinado a remessa da ação penal para a Justiça Comum.

Em sede de liminar, requer "*a aplicação imediata do direito constitucional, ou seja, a cassação da Coação ilegal da liberdade do paciente*". Alfim, requer a concessão da ordem.

Em 14 de maio de 2015, indeferi a liminar por não vislumbrar a plausibilidade do direito requerido e requisitei as informações da autoridade apontada como coatora.

Após o indeferimento da liminar, trouxe o Impetrante aos autos pedido de tutela antecipada, no qual informa e requer:

> *"[...]*
>
> *Que o Paciente foi transferido à 00h do dia 13/5/2015, para a Unidade Prisional Isolada – PRESÍDIO ARY FRANCO – Rua Monteiro da Luz – S/Nº – Água Santa – Capital/RJ;*
>
> *TUTELA ANTECIPADA* inaudita altera pars*, pois o presídio em que atualmente interna o Paciente, contém presos de alta periculosidade, bem como integrantes de facções [...]*
>
> *[...]*
>
> *[...] requer que os Eminentes Ministros e relator antecipem a tutela do feito em questão."* (fl. 33).

Em 27 de maio de 2015, vieram os autos ao meu Gabinete, com as seguintes informações requisitadas à autoridade dita coatora:

- A execução de sentença relativa ao Processo nº 256-10.2011. 7.01.0301, referente a LUIZ FELIPE CARDOSO, foi autuada em 28 de maio de 2013;

- O paciente foi condenado por sentença de 25 de abril de 2012 à pena de 2 anos de reclusão, como incurso no artigo 251 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos;

- Em 25 de março de 2013, esta Corte Castrense, julgando a Apelação da Defesa, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, para manter na íntegra a Sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e o acórdão transitou em julgado em 21 de maio de 2013;

- Designadas audiências admonitórias para as seguintes datas: 24 de junho, 28 de agosto e 14 novembro, todas no ano de 2013;

- Expedição de Edital de citação em 2 de outubro de 2013 e publicação no Diário da Justiça Eletrônico em 7, 8 e 9 de outubro de 2013;

- Em 14 de novembro de 2013, o condenado não compareceu para realização da audiência admonitória;

- Em 25 de novembro de 2013, o Ministério Público Militar requereu a revogação do benefício do *sursis*, com fulcro no artigo 612 do CPPM, determinando a expedição de mandado de prisão;

- Em 10 de dezembro de 2013 foi expedido o mandado de prisão nº 24/2013, com prescrição em 20 de maio de 2015;

- Despacho de 19 de maio de 2015 designando audiência especial para o dia 9 de junho de 2015.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por meio do parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, manifestou-se:

> *"[...] pelo conhecimento e denegação da ordem de* Habeas Corpus*, por não se vislumbrar abuso ou ilegalidade no cumprimento da ordem de prisão de fl. 66, devendo-se porém proceder à conformação do seu encarceramento com o cumprimento de pena em regime aberto indicada à fl. 50, caso não*

esteja preso por outro motivo, o que se recomenda seja com urgência oficiado ao Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM para que o faça na Audiência a ser realizada em 9 de junho próximo." (grifo nosso).

É o relatório.

VOTO

Funda-se basicamente a impetração na ilegalidade da prisão do paciente, LUIZ FELIPE CARDOSO, ex-Sd Ex, sob o argumento da incompetência do Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM para expedir mandado de prisão.

O Impetrante versa sua tese na incompetência do Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM, com supedâneo na decisão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu, em sede de *habeas corpus*, pela incompetência da Justiça Militar e remessa do feito à Justiça Comum. Equivoca-se ele.

Após análise dos autos, verifica-se que a ação penal submetida ao crivo do STF, originária da 1ª Auditoria da 3ª CJM e que recebera o nº 107-95.2012.7.01.0101, é diversa da ação penal autorizadora da expedição do combatido mandado de prisão, transitada em julgado em 21 de maio de 2013, cujo nº é 256-10.2011.7.01.0301, que tramitou perante a 3ª Auditoria da 1ª CJM, conforme certidão expedida pela Secretaria Judiciária deste Tribunal (fls. 18/19).

O próprio Impetrante demonstra, quando transcreve a movimentação de ambos os processos, que o *Habeas Corpus* nº 115.590, do STF, e que traz como vítima o ex-Sd Werik Aleixo Barbosa, somente se refere aos autos nº 107-95.2012.7.01.0101, proveniente da 1ª Auditoria da 3ª CJM (fls. 5/6).

No entanto, ao consultar a sentença nos autos de nº 256-10. 2011.7.01.0301, vê-se como vítima o Soldado Joseilton Jesus Cavalcante.

No mesmo passo, as movimentações da Ação Penal nº 107-95. 2012.7.01.0101, registradas no Sistema de Acompanhamento de Processos do STM (fl. 15), mostram, em data de 28 de agosto de 2013, o Ofício nº 1065/2013, encaminhando resultado do julgamento do *habeas corpus* do STF, em que concedeu a ordem para declarar a incompetência da JMU para jugar o feito e remeteu os autos à Justiça Comum. A última movimentação, de 10 de outubro de 2013, registra a remessa dos autos,

mediante Of. nº 1457/13, ao Juiz Distribuidor Criminal do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

Não restam dúvidas de que se trata de ações distintas. Uma, de nº 107-95.2012.7.01.0101, foi submetida ao crivo do STF e declarada sua remessa à Justiça Comum, e a outra, de nº 256-10.2011.7.01.0301, tramitou nesta Justiça Militar até seu trânsito em julgado.

Sob essa ótica, não há como prosperar o pedido do Impetrante, haja vista ser o Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM competente para a execução do feito.

Por outro lado, a expedição do mandado de prisão deu-se pelo fato de o ex-Sd Ex LUIZ FELIPE não ter cumprido as condições da suspensão condicional da pena, o que levou aquele Juízo a declarar sem efeito o benefício e facultar ao sentenciado apresentar-se para justificar sua ausência, nos termos do artigo 612 do CPPM (fls. 106/107).

Ademais, o ex-Sd Ex LUIZ FELIPE foi condenado, como incurso no artigo 251 (estelionato) do CPM, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em **regime aberto**, de acordo com o artigo 33, alínea "c", do Código Penal comum, e com a concessão da suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme se percebe da Sentença de fls. 83/93.

Com efeito, entendo que a revogação do *sursis* não justificaria a prisão do paciente, uma vez que a sentença que condenou o ex-Sd Ex LUIZ FELIPE estabeleceu o regime aberto e não caberia ao Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM agravá-lo.

Sobre a matéria, trago à colação precedentes dos nossos Tribunais, *verbis:*

> *"PENAL. ROUBO TENTADO. REGIME INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO.*
>
> *As decisões judiciais devem ser motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF).*
>
> *O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP), sendo vedado, em regra avaliar apenas a gravidade genérica do crime.*

Não cabe o regime inicial semiaberto, se a quantidade da pena imposta pela sentença permite que seja estabelecido o aberto e as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu.

Ordem concedida, para garantir ao paciente, ***caso revogado o* sursis*, iniciar o cumprimento da pena a que foi condenado no regime aberto.****"* (STJ - HC 24801/SP. 6ª Turma, Relator Ministro Paulo Medina) (grifo nosso).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. *CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REVOGAÇÃO EM RAZÃO DO NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.*

É de se revogar a suspensão condicional da pena de réu que, tendo deferido em seu favor o benefício, deixa de comparecer à audiência admonitória apesar de regulamente intimado.

Tornado sem efeito o benefício, impõe-se a imediata execução da pena, ex vi *do art. 705 do Código de Processo Penal.*

[...]

Omissa, contudo, a sentença, no que diz respeito ao regime de cumprimento da pena, impõe-se defini-lo.

Ordem de* habeas corpus *concedida, em parte, para determinar a observância do regime aberto para cumprimento da pena pelo réu.*"* (TRF 2ª Região. HC 2327. 2ª Turma, Relator Desembargador Cruz Netto) (grifo nosso).

Oportuno trazer fragmento do voto do eminente Ministro desta Casa Carlos Alberto Marques Soares, Relator no Recurso em Sentido Estrito nº 104-04.2012.7.02.0202/SP, ao enfrentar caso análogo ao presente. Conclui ele:

"Observo, ainda, que foi fixado o regime aberto para o cumprimento da pena, não havendo, dessa forma, a necessidade de expedição de mandado de prisão, conforme consignado na referida Decisão atacada.

[...]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pela Defensoria Pública da União, [...], para manter na íntegra a Decisão prolatada pelo Juízo a quo da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que revogou o benefício do sursis concedido ao Recorrente" (grifo nosso).

Sob esse prisma, submeter à prisão o sentenciado pelo fato de não cumprir as condições do *sursis*, sem, contudo, atentar quanto ao regime aberto posto na sentença, configura, a meu sentir, flagrante constrangimento ilegal, a ser reparado por esta via de *habeas corpus*.

Nesse contexto, é de ser concedida a ordem, não com esteio nas razões trazidas pelo Impetrante, mas, sim, no descompasso entre a Sentença que determinou o cumprimento da pena em regime aberto e o mandado de prisão expedido pela autoridade apontada como coatora.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, em observância ao regime aberto para cumprimento da pena estabelecido na Sentença, determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, o ex-Sd Ex LUIZ FELIPE CARDOSO, salvo se por outro motivo estiver preso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus* para, em observância ao regime aberto para cumprimento da pena estabelecido na sentença, determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente Luiz Felipe Cardoso, salvo se por outro motivo estiver preso.

Brasília, 28 de maio de 2015 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 111-69.2015.7.00.0000-RS

Relator – Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Paciente – Felipe Braga de Oliveira, 2º Sgt Ex.

Impetrante – Dr. Fabiano Simon de Vargas.

EMENTA

HABEAS CORPUS. *ART. 251 do CPM. FALTA DE CIENTIFICAÇÃO QUANTO AO DIREITO AO SILÊNCIO NO INQUÉRITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO. PLEITO NEGADO. FALTA DE AMPARO LEGAL. DENÚNCIA BASEADA EM FARTA PROVA DOCUMENTAL. IRREGULARIDADES DO INQUÉRITO NÃO FULMINAM, DE MODO INSTANTÂNEO, A AÇÃO PENAL. MAIORIA. Paciente denunciado pela suposta prática de estelionato (art. 251 do CPM), cujo Inquérito foi conduzido, inicialmente, pela Polícia Federal e, posteriormente, assumido pela autoridade militar. Falta de cientificação do direito ao silêncio nos depoimentos prestados pelo militar em todos os procedimentos. Remédio heroico que aventa nulidade dos interrogatórios, por ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal. Requerimento de que o interrogatório fosse o último ato da instrução processual, a teor do art. 400 do CPP comum. Em regra, a investigação de crimes da competência da Justiça Militar é competência de Oficiais Militares. Contudo, conforme previsto no art. 144, § 1º, I, da Constituição Federal de 1988, quando ocorrerem crimes de repercussão interestadual que exijam repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública, arrolados no mesmo art. 144 da Constituição Federal, proceder à investigação. O Inquérito é uma peça informativa e a Denúncia pode ser oferecida ainda que sem ele. É assente nesta Corte que o interrogatório inaugura a instrução processual. Aplicação da Súmula nº 15 deste STM. Não há falar em violação resultante da falta de advertência sobre o direito de o Impetrante permanecer em silêncio durante seus depoimentos e interrogatórios, dado que a Denúncia não é baseada naqueles depoimentos, mas em diversos outros documentos constantes dos autos. A falta de advertência sobre o direito ao silêncio não conduz à automática anulação do interrogatório ou do depoimento tomados em fase pré-processual, restando mister observar as demais circunstâncias do caso concre-*

to para se verificar se houve ou não o constrangimento ilegal. As irregularidades do inquérito não fulminam, de modo instantâneo, a Ação Penal, que ainda está em curso e cujo desenrolar natural franqueará o contraditório e a ampla defesa. Precedentes. Os elementos probatórios apontados na Exordial são robustos a atestar a existência da materialidade delitiva e indicar a provável autoria, a demonstrar a justa causa para a ação penal. Denegada a Ordem. Maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, denegou a ordem de *habeas corpus* por falta de amparo legal. O Ministro José Coêlho Ferreira concedia a Ordem na forma pleiteada pelo Paciente 2º Sgt Ex Felipe Braga de Oliveira e fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 45ª Sessão, 24/6/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido liminar impetrado pela Defesa Constituída do 2º Sargento do Exército FELIPE BRAGA DE OLIVEIRA, respondendo à Ação Penal nº 74-74.2014.7.03.0103, em curso na 1ª Auditoria da 3ª CJM, pela suposta prática de estelionato (art. 251 do CPM).

Em agosto de 2011 o Paciente foi transferido do 6º Batalhão de Comunicações, na cidade de Bento Gonçalves/RS, para o 1º Batalhão de Engenharia de Construção, na cidade de Caicó/RN.

O Impetrante requereu, em sede liminar, que fossem suspensos os atos processuais atinentes ao interrogatório do Paciente agendado para o dia 1º de junho de 2015. Argumenta que a Denúncia se funda somente em elementos apurados pela Polícia Federal, nos quais não foi deferido ao Paciente o direito de permanecer em silêncio e cuja produção é eiva-

da de incompetência, em virtude de tratar-se de crime militar, não sujeito às investigações daquela Polícia.

Alega que os elementos de convicção produzidos por autoridade desprovida de competência para apurar crimes militares atentam contra os princípios da oficialidade, da legalidade e do devido processo legal, sendo, portanto, nulos. Aduz que o Inquérito produzido pela Polícia Federal foi trasladado na íntegra para o IPM (fls. 182/183); que em ambos os Inquéritos não foi deferido ao Paciente o direito de permanecer em silêncio e que o aproveitamento das diligências feitas por autoridade incompetente é manifestamente ilegal, por ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Afirma que a falta de cientificação nos interrogatórios do Paciente acerca do seu direito de permanecer em silêncio e de ser acompanhado por Advogado atentou contra o direito de defesa, previsto no art. 5º, inciso LXIII[84], da Constituição Federal. Aduz, por fim, que o interrogatório do Paciente em Juízo, agendado para o dia 1º de junho de 2015, deve ser o último ato da instrução processual, a teor do art. 400 do CPP comum, requerendo a aplicação desse dispositivo. E requer, por fim, que seja cassada a Decisão de recebimento da Denúncia, uma vez que a Exordial está amparada em declarações e depoimentos eivados de nulidade, com consequente desentranhamento das provas produzidas no Inquérito Policial conduzido pela Polícia Federal.

Acosta cópias, dentre outras, de peças da Ação Penal Militar nº 74-74.2014.7.03.0103 (fls. 23/33), da Portaria de Instauração do Inquérito da Polícia Federal (fls. 34/35), e Portaria de Instauração de Procedimento Investigatório Criminal do Ministério Público Federal (fls. 41/42).

À fl. 37 consta o Ofício nº 663/2013 – SECRIM/PRM-BG, documento em que o Promotor de Justiça Cível da Comarca de Bento Gonçalves/RS narra a suposta prática do crime de estelionato, uma vez que, na instrução de processo cível atinente à união estável do ora Paciente, percebeu-se que aquele militar declarou, em tese, falsamente, que sua companheira e seu filho o acompanhariam para Caicó/RN (cidade para onde foi transferido) e que levaria seu veículo, identificado na Exordial.

No dia 3 de junho de 2015, julguei prejudicada a liminar pleiteada, haja vista o adiamento do interrogatório, que será tomado por Preca-

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

tória, em uma data ainda a ser designada pela Auditoria da 7ª CJM, em Recife. Na mesma Decisão, requeri informações ao Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 3ª CJM (fl. 225).

As informações solicitadas foram prestadas às fls. 230/244 pelo digno Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 3ª CJM. As informações e os documentos acostados esclareceram que o Inquérito Policial foi levado a efeito pela Polícia Federal em Caxias do Sul/RS, sendo que a 1ª Vara Federal de Bento Gonçalves/RS declinou da competência para a 3ª CJM; que, recebido o Inquérito Policial Federal naquele Juízo militar, foi requerida, pelo Ministério Público Militar, nova oitiva do 2º Sgt Ex FELIPE BRAGA DE OLIVEIRA tomada pelo Encarregado do IPM. Por fim, o Magistrado *a quo* informou que foi tornada sem efeito a designação da data do interrogatório do Paciente e que a sua colhida poderá se dar na Auditoria da 7ª CJM, por Carta Precatória, matéria a ser decidida pelo CPJEx.

Em Parecer de fls. 273/280, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, na pessoa do Dr. GIOVANNI RATTACASO, opina seja denegada a ordem.

É do Parecer:

> *"Preenchidas as condições de admissibilidade, merece ser conhecido o presente* **writ**. *No mérito, contudo,* **concessa máxima venia**, *não assiste razão ao Impetrante.*
>
> *Preambularmente, cumpre trazer à baila que, como de curial sabença, o habeas corpus, remédio heroico com previsão insculpida na Constituição Federal, tem a sua impetração embasada na violação ou ameaça ao direito de ir, vir ou permanecer, por ato ilegal ou abuso de poder de autoridade pública (...).*
>
> *Ocorre que na petição do presente* **writ** *não há qualquer menção à eventual existência de ameaça à liberdade de locomoção do Paciente, por ato ilegal ou abuso de autoridade, que justifique a concessão do Habeas Corpus sob comento. Pelo contrário, infere-se que o ora Paciente se encontra em pleno gozo de seu direito à liberdade.*
>
> *Assim, em que pese o entendimento jurisprudencial pela admissibilidade do habeas corpus afora às ameaças ao direito à liberdade, cumpre ressaltar que, nesses casos, para a concessão do* **writ**, *tem-se presente, extreme de dúvida, a ocorrência de nulidade ou clara violação às garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, o que, definitivamente, não se verifica no caso in tela (...).*

Quanto ao mérito, **in casu** *discute-se, primeiramente, supostas nulidades havidas na condução da fase inquisitorial a cargo da Polícia Federal, a qual, além de ser incompetente para a apuração de crime militar, teria desrespeitado os direitos do Paciente no que concerne à ausência de informação quanto ao seu direito de permanecer em silêncio e o direito de constituir defesa técnica*.

Data máxima **venia***, não assiste razão ao i. causídico Impetrante, porquanto, como bem explicitado pelo Magistrado* a quo*, o Inquérito Policial conduzido pela Polícia Federal foi, posteriormente, enviado à 1ª Vara Federal de Bento Gonçalves/RS, que declinou da competência em favor dessa Justiça Castrense, cujo rito processual especial vem sendo devidamente observado, cabendo à Defesa Técnica constituída comprovar a alegada inocência do Paciente, com os meios e recursos que lhe são inerentes*.

Registre-se, por oportuno, que o ato processual de recebimento da Denúncia nessa Justiça Especializada denota a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas em desfavor do Paciente, razão pela qual eventuais discussões que envolvam matérias de fato deverão se desenvolver no Juízo competente, qual seja, na Ação Penal Militar que tramita na 1ª Auditoria da 3ª CJM, e não na via sumária de conhecimento do presente Habeas Corpus*.*

No tocante ao pedido de inversão do interrogatório do Paciente, temos que, igualmente, não há qualquer abuso ou ilegalidade na providência judicial que determina a execução dos atos processuais na esteira do modelo processual ditado pela Lei Adjetiva Castrense.

Cumpre ressaltar que a Ação Penal em trâmite no já citado Juízo Militar analisa a prática de crime cometido por militar da ativa, consistente em obtenção de vantagem ilícita, mediante declarações falsas em solicitações para recebimento de verbas indenizatórias, em virtude de sua transferência do 6º Batalhão de Comunicações, situado em Bento Gonçalves/RS, para o 1º Batalhão de Engenharia de Construção, na cidade de Caicó/RN, ou seja, em detrimento de patrimônio da própria administração militar, portanto, crime militar cuja perquirição deve ser regida sob a égide do rito previsto no Código de Processo Penal Militar.

Como de sabença geral, o CPPM foi devidamente recepcionado pela Magna Carta e, precisamente quanto ao momento

de realização do interrogatório, estabelece que a sua realização se dará após o recebimento da denúncia e antes da oitiva das testemunhas, nos termos de seu art. 302 e do Enunciado nº 15/ STM.

O ensinamento da **communis opinio doctorum** *viceja no sentido de que o procedimento especial se sobrepõe ao comum, exceto quando se tratar de ação penal em que se apuram crimes conexos afetos a ritos distintos.*

Cumpre sublinhar que também não deve prosperar a tão repetida tese pela incidência do art. 400 do CPP comum, eis que, em virtude da expressa dicção do art. 302 do Codex *Processual Militar, inexiste qualquer lacuna que justifique sua aplicação subsidiária (art. 3º do CPPM).*

Dessa forma, ainda que o combativo Advogado procure demonstrar que a realização do interrogatório do Paciente, como primeiro ato da Instrução Processual, ofende os princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, é cediço que estes princípios são exercidos especialmente pela oportunidade conferida ao acusado de contrapor-se às provas apresentadas pelo Ministério Público, bem como produzindo aquelas que lhes forem favoráveis. Ademais, não se descure que ao final da instrução é oferecida ao acusado a derradeira oportunidade de se manifestar, em sede de alegações escritas, além de sustentação oral na sessão de julgamento.

Ante todo o exposto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifesta-se pelo conhecimento do presente writ*, no mérito, pela denegação da Ordem, para determinar o regular andamento da Ação Penal nº 0000074-74.2014.7.03.0103, em trâmite no Juízo* **a quo***".*

É o Relatório.

VOTO

A ilustre Defesa constituída impetra o presente *writ* em favor do 2º Sgt Ex FELIPE BRAGA DE OLIVEIRA, a fim de que seja cassada a Decisão de recebimento da Denúncia, uma vez que a Exordial está amparada em declarações e depoimentos eivados de nulidade.

Afirma que a falta de cientificação nos interrogatórios do Paciente tanto na Polícia Federal quanto no IPM acerca do seu direito de perma-

necer em silêncio e de se ter Advogado presente atentou contra o direito de defesa, previsto no art. 5º, inciso LXIII[85], da Constituição Federal.

Argumenta que a Denúncia se funda somente em elementos apurados pela Polícia Federal, nos quais não foi deferido ao Paciente o direito de permanecer em silêncio e cuja produção é eivada de incompetência, em virtude de tratar-se de crime militar, não sujeito às investigações daquela Polícia. Alega, ainda, que o aproveitamento das diligências feitas por autoridade incompetente é manifestamente ilegal, por ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Aduz, por fim, que o interrogatório do Paciente em Juízo deve ser o último ato da instrução processual, a teor do art. 400 do CPP comum, requerendo a aplicação desse dispositivo bem como o desentranhamento das provas produzidas no Inquérito Policial conduzido pela Polícia Federal.

Todavia, o pedido de *Habeas Corpus* não merece acolhimento.

No tocante à alegada incompetência da Polícia Federal para a condução inicial das investigações, verifica-se que não merece prosperar.

Em regra, a investigação de crimes da competência da Justiça Militar é realizada por Oficiais Militares. Contudo, conforme previsto no art. 144, § 1º, I, da Constituição Federal de 1988, quando ocorrerem crimes de repercussão interestadual que exijam repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública, arrolados no mesmo art. 144 da Constituição Federal, proceder à investigação. Assim dispõe o citado artigo, *in verbis*:

> *"Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*
>
> *§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:*
>
> *I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de*

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

suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei".

E nem se cogite que o aproveitamento das diligências feitas por autoridade incompetente seja manifestamente ilegal, ou que ofenda aos princípios da legalidade, da oficialidade e do devido processo legal.

As diligências foram tomadas, repita-se, por órgão permanente, organizado e mantido pela União e cuja competência se firmou, à época, por acreditar-se tratar de crime contra erário sob a responsabilidade da União, sendo que, posteriormente, percebeu tratar-se de patrimônio sob a administração militar.

Inexiste, desse modo, qualquer vício de incompetência na condução das investigações preliminares pela Polícia Federal, ainda mais porque a investigação foi assumida, posteriormente, por Oficial da ativa lotado no 1º Batalhão de Engenharia de Construção – Batalhão Seridó (fls. 182/184), em sede de IPM aberto por autoridade competente por determinação do MPM (fl. 177). Não há, portanto, qualquer atentado contra os princípios da oficialidade, da legalidade e do devido processo legal, como alardeado pelo Impetrante.

Ademais, é cediço que o Inquérito é uma peça informativa e que a Denúncia pode ser oferecida ainda que sem ele.

Quanto ao segundo pleito, para que o interrogatório seja realizado ao final da instrução processual, como veiculado pela da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que inovou significativamente os procedimentos regidos pelo Código de Processo comum, verifica-se que também não encontra guarida.

A referida lei não é aplicável no âmbito da Justiça Castrense, em face do princípio da especialidade e dada a clara expressão do art. 302 do CPPM, *verbis*:

"Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designado pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas".

Ademais, é remansosa a jurisprudência desta Corte Castrense nesse mesmo sentido, tanto que este Superior Tribunal Militar editou a Súmula nº 15, que dispõe, *in verbis*:

> *"A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União".*

No mesmo diapasão, a jurisprudência do STF, *in verbis*:

> *"Recurso ordinário em* habeas corpus*. 2. Lei processual penal militar. Especialidade. 3. Interrogatório. Momento da realização. 4.* ***Prevalece a norma processual penal militar diante do regramento comum, alterado pela Lei 11.719/2008, haja vista a previsão expressa existente na norma castrense.*** *Precedentes. 5. Recurso ordinário em* habeas corpus *a que se nega provimento".*
>
> (RHC 123473, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 2/9/2014). (destacamos).

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *CONSTITUCIONAL. (...) APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA* ***LEI N. 11.719/2008 COM A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. ART. 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. NORMA ESPECIAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM DENEGADA****. 1.* ***A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado.*** *Precedentes. 2. Se o paciente militar foi denunciado pela prática de crime de furto em recinto castrense, o procedimento a ser adotado é o do art. 302 e seguintes do Código de Processo Penal Militar. 3. Ordem denegada com revogação da liminar deferida".*
>
> (HC 122673, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24/6/2014). (destacamos).

Saliente-se que, em face da divergência de entendimento sobre a matéria, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu submeter ao julgamento do Plenário o tema pertinente à aplicação do rito previsto no Código de Processo Penal (CPP) em casos em trâmite na Justiça Militar (STF - HC nº 123228, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, Decisão que afetou ao Plenário datada de 11/11/2014).

Dessa forma, não há falar em revogação do procedimento ordinário castrense pelas inovações trazidas pela retrocitada Lei, eis que não há lacuna no CPPM a ensejar sua aplicação subsidiária. Pretendesse o legislador que tal norma alcançasse o Código de Processo Penal Militar, o teria feito explicitamente. Se não o fez é porque se atentou às peculiaridades do Direito Castrense e dos agentes envolvidos nos crimes militares.

Por derradeiro, quanto ao direito de o Impetrante permanecer em silêncio durante seus depoimentos e interrogatórios, tem-se que os depoimentos tomados pela Polícia Federal e no IPM, de fato, não deferiram ao Paciente o direito de permanecer em silêncio ou de ser acompanhado de Advogado (fls. 24/27).

No entanto, verifica-se que a Denúncia ofertada contra o ex-2º Sgt Ex FELIPE BRAGA DE OLIVEIRA não é baseada naqueles depoimentos, mas em Parte de Solicitação de Indenização de Transporte (fl. 162); Parte de Solicitação de Indenização de Bagagem (fl. 160); Ordens Bancárias expedidas em favor do Paciente (fls. 174/176); Ajustes de Contas (fls. 14/18); Guias de Recolhimento à União (fls. 49/50, 351/352), dentre outros documentos.

Vê-se, dos autos, que o Promotor de Justiça Cível da Comarca de Bento Gonçalves/RS narrou a suposta prática do crime de estelionato, uma vez que, na instrução de processo cível atinente à união estável do ora Paciente, percebeu-se que aquele militar declarou falsamente que sua companheira e seu filho o acompanhariam para Caicó/RN (cidade para onde foi transferido) e que levaria seu veículo, identificado na Exordial. Tal declaração teria, em tese, ensejado um desembolso a maior de valores referentes à ajuda de custo e benefícios correlatos pela União (fl. 37).

Assim, a despeito dos depoimentos colhidos nos Inquéritos conduzidos pela Polícia Federal e pela Autoridade Militar, na Denúncia há robusta narração de prova material de que o então 2º Sgt Ex FELIPE BRAGA DE OLIVEIRA, por ocasião de sua transferência para Caicó/RN, tenha, em tese, declarado falsamente que sua companheira e seu filho o acompanhariam na mudança e que ele levaria seu veículo. Tal declaração ocasionou, segundo a Exordial, pagamento indevido de valores ao Paciente.

Portanto, indícios de autoria e de materialidade estão presentes a autorizar o recebimento da Denúncia.

O Inquérito Policial Militar, incluído o depoimento do Paciente colhido na fase inquisitorial, destina-se a fornecer subsídios à propositura

da ação penal militar, e eventuais vícios verificados naquele documento não violam direitos fundamentais do Investigado, tampouco maculam a validade da ação penal. O IPM não é processo administrativo, e, sim, mero procedimento investigatório.

A falta de advertência sobre o direito ao silêncio não conduz à automática anulação do interrogatório ou do depoimento tomados em fase pré-processual, restando mister observar as demais circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve ou não o constrangimento ilegal. As irregularidades do inquérito não fulminam, de modo instantâneo, a Ação Penal. Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte, *verbis*:

> *"APELAÇÃO. FURTO. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA DA SUBTRAÇÃO. OBJETO LOCALIZADO NAS DEPENDÊNCIAS DO QUARTEL E UTILIZADO PELO ACUSADO. (...) ALEGADA NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA AO ACUSADO DO DIREITO AO SILÊNCIO. INQUIRIÇÃO EM IPM. IMPROCEDÊNCIA.* ***A nulidade ocorrida no inquérito policial, peça meramente informativa, não tem o condão de macular a ação penal, pois esta supre as irregularidades verificadas na inquisa.*** *(...) Arguição que se rejeita à unanimidade. (...) a conduta perpetrada gerou reflexos negativos no âmbito da caserna, atingindo os preceitos da hierarquia e da disciplina, de forma a impedir a incidência do princípio da insignificância. Desprovido o apelo defensivo. Decisão unânime".*
>
> (STM - AP: 00000142420137070007 PE, Relator: WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, Data de Julgamento: 26/2/2015). (destacamos).

No mesmo sentido é a jurisprudência do STF, *in verbis*:

> *"INQUÉRITO - DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO - ADVERTÊNCIA.* ***A necessidade de a autoridade policial advertir o envolvido sobre o direito de permanecer em silêncio há de ser considerada no contexto do caso concreto. Sobressaindo o envolvimento de cidadão com razoável escolaridade*** *– 2º Tenente da Aeronáutica –, que, alertado quanto ao direito à presença de advogado, manifesta, no inquérito, o desejo de seguir com o interrogatório, buscando apenas gravá-lo, sendo o pleito observado, e, na ação penal, oportunidade na qual ressaltada a franquia constitucional do silêncio, confirma o que respondera, inclusive relativamente à negativa de autoria, não cabe*

concluir por vício, no que a ação penal fora ajuizada a partir do que contido nos autos do inquérito. AÇÃO PENAL - CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO - ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA - INDEPENDÊNCIA. A independência das esferas penal e administrativa é conducente a ter-se como neutra, no tocante à primeira, concessão de ordem, sujeita ainda a reexame necessário, pelo Juízo Federal, devendo ***seguir normalmente o processo penal em curso na circunscrição militar****".*

(HC 88950, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/9/2007). (destacamos).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. *NULIDADES PROCESSUAIS. PROCESSO PENAL MILITAR. INTERROGATÓRIO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. (...). AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO. RÉUS QUE APRESENTAM SUA VERSÃO DOS FATOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. (...).* PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. *AUSÊNCIA DE ABUSO DE PODER, ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA APTAS A DESCONSTITUIR A COISA SOBERANAMENTE JULGADA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1.* ***As garantias da ampla defesa e do contraditório restam observadas, não prosperando o argumento de que a falta de advertência, no interrogatório, sobre o direito dos réus permanecerem calados, seria causa de nulidade apta a anular todo o processo penal****, nos casos em que a higidez do ato é corroborada pela presença de defensor durante o ato, e pela opção feita pelos réus de, ao invés de se utilizarem do direito ao silêncio, externar a sua própria versão dos fatos, contrariando as acusações que lhes foram feitas, como consectário de estratégia defensiva. 2.* ***A falta de advertência sobre o direito ao silêncio não conduz à anulação automática do interrogatório ou depoimento, restando mister observar as demais circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve ou não o constrangimento ilegal.*** *(...) É cediço na Corte que: a) o princípio geral vigente no processo penal é o de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'. (...) Os presentes autos não revelam a existência de abuso de poder, ilegalidade ou teratologia que possa autorizar a*

concessão do writ*, desconstituindo, assim, um feito processual já acobertado pela coisa soberanamente julgada. 7. Recurso ordinário desprovido".*

(RHC 107915, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 25/10/2011). (destacamos).

"EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. DEFICIÊNCIA DA DEFESA. ***IRREGULARIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL.*** *INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. I. A deficiência da defesa só anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu. Súmula 523. II.* ***Por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade no inquérito policial não contamina o processo, nem enseja a sua anulação.*** *III. A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187. IV. H.C. indeferido".*

(HC 74198, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 24/9/1996). (destacamos).

A falta de cientificação nos interrogatórios do Paciente acerca do seu direito de permanecer em silêncio e de se fazer acompanhar por Advogado não atentou contra o direito de defesa, eis que não houve, nos autos, suficiente demonstração de prejuízo que fosse capaz de fulminar de nulidade todo o procedimento, que ainda está em curso e cujo desenrolar natural franqueará o contraditório e a ampla defesa. Tampouco se fale em desentranhamento das provas produzidas pela Polícia Federal em seu Inquérito, eis que colmatadas dentro da legalidade.

No caso dos autos, além dos depoimentos, há elementos suficientes para perceber, mesmo nesta análise perfunctória do *Habeas Corpus,* que o Acusado pode ter induzido e mantido a Administração Militar em erro e ter percebido indevidamente parte de verba indenizatória da monta de R$ 23.404,68 (vinte e três mil quatrocentos e quatro reais e sessenta e oito centavos) (fl. 25), ocasionando considerável prejuízo ao erário.

Os elementos probatórios apontados na Exordial são robustos a atestar a existência da materialidade delitiva e indicar a provável autoria, a demonstrar a justa causa para a ação penal.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus* por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria, em denegar a ordem de *habeas corpus* por falta de amparo legal.

Brasília, 24 de junho de 2015 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
HABEAS CORPUS Nº 111-69.2015.7.00.0000-RS

Em Sessão de Julgamento de 24 de junho de 2015, votei divergindo da douta maioria no que se referia ao pedido de aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal comum, por entender que esse deveria ser utilizado, conforme pleiteado no presente *writ*, confirmando-se a ordem do *Habeas Corpus* de modo que o Paciente fosse interrogado somente após o término da fase da instrução processual.

2. Sobre o tema, recentemente revi meu posicionamento e firmei entendimento no sentido de que se aplicam à Justiça Militar a inversão do interrogatório, devendo este ser tomado ao final da instrução processual, a teor do que diz o artigo 400 da Lei Processual Penal Comum.

3. Tenho entendido que a legislação processual penal comum sobre a matéria deve ser observada nos feitos em trâmite na Justiça Militar da União, a partir da publicação da Lei nº 11.719/2008, a qual deu a seguinte redação ao art. 400 do CPP:

> *"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas,* ***interrogando-se, em seguida, o acusado****."* (os grifos não são do original).

4. A matéria foi recentemente sumulada por esta corte, consoante o seguinte verbete da Súmula 15:

> *"A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o in-*

terrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União.".

5. Porém, após refletir sobre o contexto em que se deu a alteração do art. 400 do CPP, ouso modificar o meu posicionamento sobre a matéria, entendendo que o verbete da Súmula nº 15 deste Tribunal carece de uma revisão, apesar de ter sido editada recentemente.

6. A esse propósito, vale conhecer os motivos que levaram o legislador a atualizar a legislação processual penal comum, a fim de que ficasse claro que o nosso Direito adota o sistema acusatório, partindo-se da premissa de que o interrogatório é tanto meio de prova como meio de defesa. Nesse contexto, extraem-se da Mensagem nº 13, que acompanhou o Projeto de Lei nº 4207/2001, os seguintes fragmentos relativos à alteração do Código de Processo Penal, enfocando-se justamente as garantias conferidas ao acusado da ampla defesa e do contraditório, *in litteris:*

> *"(...).*
>
> *São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia;* ***interrogatório do acusado somente após a produção da prova****; procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa,* ***interrogado o acusado****, produzidas as alegações finais das partes e prolatada a sentença. (...)."* (os grifos não são do original).

7. Na verdade, a proposta de alteração do referido dispositivo legal teve o único objetivo de reconhecer que a realização do interrogatório no início do processo e antes da oitiva das testemunhas não estava em consonância com a Carta Política em vigor nem tampouco com os tratados e convenções sobre direitos humanos, já internalizados no ordenamento jurídico. Importa notar que o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal assentou, de forma indelével, que a legislação processual penal no direito brasileiro, incluindo a legislação castrense, deve adotar o sistema acusatório, ao dispor que: *"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*. Nessa mesma linha garantista dos direitos do acusado, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro o *Pacto de São José da Costa Rica*, o qual foi aprovado

pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/1992, com cumprimento determinado pelo Decreto nº 678/1992, relacionando as seguintes garantias:

> *"Artigo 8º - Garantias judiciais*
>
> ***1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela****, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*
>
> *2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*
>
> *a) omissis;*
>
> *b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
>
> ***c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;***
>
> ***d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;***
>
> *e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*
>
> ***f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;***
>
> ***g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e***
>
> *h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior."* (os grifos não são do original).

8. A partir do conteúdo da norma constitucional citada e das disposições contidas no *Pacto de São José da Costa Rica*, entendo que é totalmente desconfortável sustentar que o art. 400 do CPP é incompatível com a legislação adjetiva castrense ou que esta última não é omissa, uma

vez que o art. 302 do CPM dispõe que o interrogatório, no âmbito da Justiça Militar, deve ser realizado logo após o recebimento da denúncia. A meu sentir, não há mais espaço para a tese da não aplicação do referido dispositivo da legislação adjetiva castrense, a fim de que esta Justiça Militar possa admitir a inversão do interrogatório na instrução criminal. A propósito, vale transcrever fragmentos do artigo "*o Interrogatório do acusado no Processo Penal Militar deve se dar ao final da Instrução*", de autoria do Defensor Público Federal Dr. João Roberto de Toledo, disponível em *http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interrogatorio(1).pdf* e acessado em 23/4/2014, em que foi dada a seguinte abordagem ao tema vertente:

> *"(...).*
>
> *O que se ouve corriqueiramente no meio judiciário castrense é que o CPPM não é omisso em matéria de interrogatório e que, por não haver omissão, não seria aplicável o disposto no CPP (interrogatório ao final do processo), por força do art. 3º do Código de Processo Penal Militar.*
>
> *Porém, é de se ressaltar que não se trata de omissão pura e simplesmente, observável* prima facie*, mas de norma jurídica de* status *ordinário (decreto-lei) que não fora recepcionada pela Constituição Federal (art. 5º, incisos LV e LXIII), gerando sim uma lacuna, mas num segundo momento de reflexão.*
>
> *A esta altura, poder-se-ia argumentar que o próprio Código de Processo Penal comum somente passou a prever o interrogatório ao final do processo após a promulgação da Lei 11.719/08 e ninguém cogitou da sua contradição com a Constituição antes de tal diploma legislativo.*
>
> *Porém tal norma jurídica fora resultado de um projeto de lei gestado no Congresso Nacional desde o ano de 2001, em cujo parecer o relator na Comissão de Constituição e Justiça, o então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, ressaltou a autoridade intelectual dos estudiosos do direito processual penal cujas posições doutrinárias já preconizavam e sustentavam as alterações constantes do projeto de lei, muito antes do início do tramite legislativo da matéria.*
>
> *Dentre eles, doutos do quilate da professora Ada Pellegrini Grinover, que, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, já preconizava que o acusado não pode ser tratado como objeto pelo julgador, mas como sujeito de direito.*

> ***Resta claro, pois, que mesmo antes da edição da lei 11.719/08 poderiam ser questionadas a incompatibilidade tanto da redação originária do CPP, quanto da redação do CPPM, com as disposições constitucionais e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destacando-se nesta senda o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece as garantias processuais dos acusados em processos penais nas alíneas do seu art. 8º.***" (os grifos não são do original).

9. Ressalte-se que a opinião do douto Defensor Público Federal encontra-se embasada nos últimos julgados do egrégio Supremo Tribunal Federal, nos quais aquela Corte assentou o entendimento de que a disposição contida no art. 302 do CPPM não é compatível com as normas constitucionais vigentes e com os tratados internacionais firmados pelo Brasil. Aliás, o Pretório Excelso entendeu que o art. 400 do CPP deve ser aplicado inclusive nas Ações Penais a serem processadas e julgadas naquela Corte, a despeito de o art. 7º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, dispor que *"recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso"*. Vê-se, então, que a alegação de existência de disposição específica sobre o momento de realização do interrogatório, como já referido anteriormente, não serve como argumento para negar a transferência do interrogatório do acusado para o final da instrução criminal, não havendo mais dúvida no que diz respeito à incompatibilidade dessa norma com o ordenamento jurídico vigente. Daí o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação do art. 7º da citada lei, cujo julgado está assim ementado:

> *"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 as-*

pecto. 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." (Ação Penal nº 528, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/3/2011 e publicado em 8/6/2011)

10. Especificamente em relação à incompatibilidade do art. 302 do CPPM com o sistema vigente, vale trazer à colação os seguintes julgados do STF:

> *"**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 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."* (*Habeas Corpus* nº 115698, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013 e publicado em 14/8/2013, os grifos são do original).

> *"**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 respetivos 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, 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."* (*Habeas Corpus* n° 115530, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013 e publicado em 14/8/2013, os grifos são do original).

11. É de suma importância transcrever as razões de decidir expendidas pelo eminente Ministro LUIZ FUX, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 115698, nas quais o citado magistrado manifesta-se sobre a aplicação do art. 400 do CPP somente para os casos em que a Denúncia tenha sido recebida e o interrogatório realizado a partir da publicação da Lei nº 11.719/2008, *in litteris:*

"(...).

Ora, a mesma racionalidade que inspirou a Corte no julgamento da AP nº 528 se aplica ao caso sob exame. Isso porque o art. 302 do Código de Processo Penal Militar (Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas) estabelece o interrogatório do acusado será feito no início do processo, impedindo-lhe de se manifestar direta e pessoalmente sobre todas as provas produzidas. Verifica-se, portanto, que a proteção do direito de defesa consubstanciada no art. 302 do Código de Processo Penal Militar é mais frágil do que aquela consagrada pelo atual art. 400 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008. Nesse cenário, o postulado da máxima eficácia dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5º, § 1º) reclama, tal como na AP nº 528, o afastamento da disciplina legal menos afeiçoada ao estatuto constitucional das garantias individuais, de sorte a prestigiar a opção legislativa que melhor concretize os vetores axiológicos emanados da Carta Constitucional.

Sem embargo, tal como já decidido pelo STF no precedente invocado, tal entendimento não se aplica aos casos

em que o interrogatório tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008.* In casu*, verifica-se que a denúncia foi recebida no dia 18/03/2011, data, portanto, muito posterior ao início de vigência da nova redação do art. 400 do Código de Processo Penal, cuja aplicabilidade à hipótese é, pois, autoevidente.

Por essas razões, voto no sentido de conceder a ordem pleiteada para 'reconhecer a nulidade absoluta da decisão do CPJEx, que indeferiu o pleito de realização de interrogatório ao final da instrução criminal, e, por consequência, permitir o exercício da autodefesa do paciente por meio do interrogatório antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense'." (os grifos não são do original).

10. Assim, adotando essa mesma linha de raciocínio do eminente Ministro LUIZ FUX, passei a reconhecer a aplicação subsidiária do art. 400 do CPP.

Por essas razões, votei vencido por entender que o art. 400 do Código de Processo Penal comum deveria ser aplicado, conforme pleiteado no presente *writ*, confirmando-se a ordem do *Habeas Corpus* de modo que o Paciente fosse interrogado somente após o término da fase da instrução processual.

Superior Tribunal Militar, 24 de junho de 2015.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

HABEAS CORPUS Nº 123-83.2015.7.00.0000-RJ

Relator – Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Paciente – Pedro Wallace Xavier de Novaes, Sd Ex.

Impetrante – Defensoria Pública da União.

EMENTA

HABEAS CORPUS. *DESERÇÃO. FASE DE IPD. PRISÃO PREVENTIVA. LIMINAR. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DE LIBERDADE DE IR E VIR. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INDISPENSÁVEL REGULAMENTAÇÃO. ORDEM DENEGADA. Presente, na espécie, o receio de não se ver garantida a manutenção da ordem pública e a aplicação da lei penal militar, razoável torna-se a permanência da custódia processual prevista no artigo 453 do CPPM. No caso sob exame, o agente desertou pela segunda vez, após violar a liberdade provisória concedida no âmbito da primeira deserção, o que conspira em desfavor da concessão da ordem requerida, ainda mais na fase prematura de IPD. Ademais, estando a prisão cautelar dentro do prazo estatuído no artigo 453 do CPPM, não há que falar em constrangimento ilegal, consoante verbete da Súmula nº 10 desta Corte Castrense. A audiência de custódia traduz-se na condução do preso à presença de autoridade judicial em prazo exíguo, com o fito de deliberação imediata quanto à necessidade de encarceramento cautelar. Trata-se de medida relevante na promoção dos Direitos Humanos. Todavia, sua aplicação no âmbito da Justiça Militar da União não foi regulamentada. Demanda maiores estudos, em que as peculiaridades desta justiça especializada serão consideradas, não sendo a via eleita adequada para tratar da matéria. Ordem denegada à unanimidade.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do *writ* e denegou a ordem por falta de amparo legal. O Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar emitiu Parecer oral parcialmente divergente do constante dos autos. A Defesa foi consultada na forma do art. 75, § 3º, do RISTM, manifestando-se pela continuidade do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto Prado e o Procurador-Geral da Justi-

ça Militar Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. O Presidente deferiu requerimento do Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, para que seja fornecido pela Secretaria do Tribunal Pleno o áudio do julgamento, bem como certidão com o resultado do Julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 49ª Sessão, 1º/7/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do Soldado do Exército PEDRO WALLACE XAVIER DE NOVAES, que responde à IPD nº 225-73.2014.7.01.0401, em trâmite na 4ª Auditoria da 1ª CJM.

Alega a Impetrante que o paciente se encontra preso, preventivamente, pela prática do delito de deserção, após ter se ausentado da unidade militar em que serve no período de 16 de agosto de 2014 a 19 de maio de 2015, quando se apresentou voluntariamente.

Narra que requereu a designação, com urgência, de audiência judicial de custódia, com o intuito de que fosse apreciado pedido defensivo de liberdade provisória ou menagem.

Todavia, o juízo da 4ª Auditoria da 1ª CJM, ao apreciar o pleito, entendeu inexistir plausibilidade jurídica para realização da audiência de custódia e indeferiu a liberdade provisória ou a menagem, com fulcro no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, c/c os artigos 453 e 270, parágrafo único, alínea "b", do CPPM (fl. 25).

Inconformada, a DPU, sob o argumento de que a decisão da autoridade apontada como coatora configurou constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir do paciente, impetrou a presente ordem de *habeas corpus*.

Alega, em abono de sua tese, que a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Civis e Políticos preveem audiências judiciais de custódia e que tramitam no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011 e Proposta de Resolução nº 1731-41.2012.2.00.0000 perante o Conselho Nacional de Justiça, ambos com o intuito de regulamentar a matéria.

Assevera que a supressão do instituto da audiência judicial de custódia torna ilegal a prisão decretada, apesar dos critérios de cautelaridade apontados pela autoridade dita coatora, uma vez que violam os artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, e incisos LXXVIII e XLVI, todos da Carta da República, c/c os artigos 7 e 9 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigos 5 e 3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

Ao concluir, requer a concessão de liminar para que seja relaxada a prisão do paciente ou, subsidiariamente, seja determinada a realização de audiência de custódia em prazo ágil.

No mérito, busca a concessão definitiva da ordem.

Reservei-me a apreciar o pleito liminar após a vinda das informações da autoridade apontada como coatora (fl. 39).

As informações trazidas aos autos revelam que o paciente já responde a processo por outra deserção – nº 63-08.2014.7.01.0101 – perante a 1ª Auditoria da 1ª CJM, vindo a cometer nova deserção enquanto gozava de liberdade provisória concedida por aquele Juízo.

Indeferi a liminar por não vislumbrar um dos pressupostos essenciais à sua concessão, que seria a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*).

Mediante parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pela concessão da ordem.

A Defensoria Pública da União tomou ciência de que o processo foi colocado em mesa.

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente *writ*.

Busca a Impetrante a concessão da ordem de liberdade provisória ou, subsidiariamente, a realização de audiência de custódia.

Nesse caso, o bem jurídico tutelado é a liberdade de locomoção, ou seja, o direito de ir, vir ou permanecer, bem como o direito de o preso ser ouvido pela autoridade judicial no prazo de 24 horas após a prisão.

Ao se manifestar quanto ao pedido da Impetrante na instância *a quo*, o Ministério Público Militar foi desfavorável e, naquela assentada, requereu a conversão da custódia em prisão preventiva, na forma dos artigos 254 e 255, alíneas "d" e "e", do CPPM. Por seu turno, a autoridade apontada como coatora indeferiu o pedido de concessão de liberdade provisória do paciente com esteio no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, c/c os artigos 453 e 270, parágrafo único, alínea "b", do CPPM, ao argumento de se resguardar a ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa militar, e de risco à segurança da aplicação da lei penal militar.

Apesar de este Tribunal vir sedimentando o entendimento de que a mera invocação da custódia processual prevista no artigo 453 do CPPM não é suficiente para manter preso o desertor, entendo que o caso sob análise merece outra interpretação, haja vista o fato de o paciente desertar pela segunda vez, após se achar em gozo de liberdade provisória concedida no âmbito da primeira deserção, a qual ficou sobrestada aguardando a captura ou apresentação do militar por longos nove meses, tempo de ausência da OM e do serviço.

Para além, também não se pode olvidar que o militar se apresentou dia 19 de maio passado, ou seja, encontra-se preso pouco mais de um mês, tempo ainda dentro do prazo estabelecido no artigo 453 do CPPM e insuficiente para demonstrar à tropa a necessidade de se exigir a manutenção das normas e observância dos princípios da hierarquia e da disciplina no meio militar.

Esta Corte, após vários precedentes, decidiu sumular a matéria, consoante o seguinte verbete da Súmula nº 10:

> *"Não se concede liberdade provisória a preso por deserção, antes de decorrido prazo previsto no art. 453 do CPPM."*.

Na mesma toada o STF:

> "HABEAS CORPUS. *DESERÇÃO. DESERTOR EXCLUÍDO DO SERVIÇO MILITAR. INSTAURAÇÃO DE INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO E* ***PRISÃO INDEPENDENTEMENTE DE ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE.*** *ORDEM DENEGADA.* ***A***

> ***prática do crime de deserção quando o paciente ainda ostentava a qualidade de militar autoriza a instauração de instrução provisória de deserção, assim como a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial (art. 5º, LXI, da Constituição). [...]"*** (STF, HC 94365/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 21/10/2008, Publ. 6/2/2009) (grifo nosso).

Por último, o feito se encontra ainda na sua fase inicial, em sede de Instrução Provisória de Deserção, aguardando cumprimento de diligências solicitadas pelo MPM, tornando-se, a meu sentir, prematuro o relaxamento da prisão do investigado nessa fase do processo, sob o risco de vir a evadir-se antes mesmo de deflagrada a ação penal, mormente sua "reincidência".

Nesse contexto, parece-me razoável a segregação cautelar, neste momento, estando em harmonia com os fundamentos trazidos pela autoridade dita coatora.

Quanto ao pedido de realização de audiência de custódia, em que o preso deverá ser conduzido à presença da autoridade judicial em um prazo exíguo de vinte e quatro horas, entendo que é medida relevante na promoção dos Direitos Humanos. Todavia, esta não é a via adequada para enfrentar o tema. Demanda estudo aprofundado, no qual se levarão em conta as peculiaridades desta justiça especializada. Ademais, como dito pela Impetrante, a matéria tramita no Congresso e no CNJ. Por conseguinte, prematuro é falar em audiência de custódia, na medida em que ainda não há qualquer regulamentação no âmbito desta Justiça Militar.

Ante o exposto, conheço do presente *writ* e denego a ordem por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, conhecer e denegar a ordem por falta de amparo legal.

Brasília, 1º de julho de 2015 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41-52.2015.7.00.0000-RS

Relator – Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Impetrante – O Ministério Público Militar.

Litisconsorte(S) Passivo(S) – Brandon Santos dos Santos, Sd Ex.

Advogadas – Dra. Maria Catarina Barboza da Fontoura e outra.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MPM. DECISÃO DO MAGISTRADO A QUO *QUE INDEFERIU O PEDIDO DE QUEBRA DO SIGILO DO FLUXO DE MENSAGENS TROCADAS POR MEIO DO APLICATIVO "WHATSAPP" DOS APARELHOS CELULARES DO INDICIADO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. Impetrante postula a quebra de sigilo de mensagens trocadas por meio do aplicativo "Whatsapp", dos aparelhos celulares do Indiciado. A Lei nº 12.965/2014 dispõe caber ao juiz a competência para, a pedido das partes, ordenar sejam disponibilizados os registros de acesso a aplicações de internet e de comunicações privadas arquivadas quando existirem fundados indícios da ocorrência do ilícito e o pleito disponha de justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória, observado o período delimitado de alcance da medida. Assim, não existe óbice legal à concessão da segurança ao Órgão*

Acusador. Entretanto, no exercício da ponderação de valores e em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não se vislumbra a necessidade e a adequação da violação do sigilo das mensagens como pretendido pelo MPM. A disponibilização dos registros de acesso a aplicações de internet, ou seja, a liberação do conjunto de informações referentes à data e à hora do uso do "Whatsapp" encontra guarida no art. 22 da Lei nº 12.965/14. A medida é proporcional e razoável, assim como é necessária para esclarecer a dúvida do Parquet. *Concessão parcial da segurança para determinar tão somente a quebra dos registros de acesso a aplicações de internet, de modo que seja fornecido, pela Empresa Facebook Brasil, o registro do fluxo das mensagens enviadas, sem transcrição de conteúdo, pelo "Whatsapp" dos dispositivos móveis do Indiciado. Decisão por maioria.*

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, concedeu parcialmente a segurança, para determinar, apenas e tão somente, a quebra do sigilo dos registros de acesso às aplicações de internet, de modo que seja fornecido pela Empresa Facebook Brasil o registro do fluxo das mensagens enviadas, sem transcrição de conteúdo, pelo *Whatsapp* dos dispositivos móveis dos números indicados no Acórdão, no dia 9 de outubro de 2014, entre os horários das 14 às 15 horas, observados os cuidados de sigilo, nos termos dos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. O Ministro José Coêlho Ferreira denegava a Segurança. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Júnior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Alvaro Luiz Pinto e Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da 33ª Sessão, 14/5/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido liminar, impetrado pelo Ministério Público Militar contra a Decisão do Juízo da 2ª Au-

ditoria da 3ª CJM, de 4 de fevereiro de 2015, proferida nos autos do IPM nº 1-59.2015.7.03.0203, na parte em que indeferiu o pedido de quebra do sigilo de mensagens trocadas por meio do aplicativo "Whatsapp" dos aparelhos celulares do Indiciado Sd Ex BRANDON SANTOS DOS SANTOS.

O Impetrante alega que a materialidade está presente e há suficientes indícios de autoria, o que autoriza a concessão da quebra do sigilo das conversas de "Whatsapp"; colaciona julgados em que este STM deferiu a quebra de sigilos bancário e fiscal, a fim de amparar sua tese. Aduz, por fim, que o acesso aos dados produzidos por meio do aplicativo auxiliará na tipificação do delito (fls. 2/11).

Segundo consta dos autos, no dia 9 de outubro de 2014, por volta das 14h30, no Km 390 da BR 158, nas proximidades da região de Pau Fincado, Estado do Rio Grande do Sul, o Sd Ex BRANDON SANTOS DOS SANTOS, conduzindo viatura oficial ocupada por ele e pelos passageiros Ten Cel GERSON SATLHER RIBEIRO LACERDA e sua esposa, envolveu-se em acidente do qual resultou a morte de ambos os passageiros, sobrevivendo somente o condutor.

Apurou-se que a velocidade da viatura no momento do acidente não era inferior a 138,85 km/h, consoante o Laudo Pericial n° 007/2014 (fls. 235/269 do IPM em referência). Referido Laudo Pericial concluiu que, *in verbis*:

> *"(...) a causa determinante do sinistro foi a ausência de percepção ou reação tardia numa manobra com mudança brusca de direção da Unidade de Tráfego à esquerda, que ocasionou a perda do controle da UT e foi potencializado (causa concorrente) pelo excesso de velocidade"*.

Suspeitando que o Indiciado fazia uso do celular enquanto dirigia a viatura, o MPM requereu a quebra do sigilo dos dados telefônicos dos celulares do Sd Ex BRANDON SANTOS DOS SANTOS, bem como a quebra do sigilo dos dados telemáticos das contas de "Whatsapp" vinculadas a tais celulares, a serem deferidas apenas para o dia do acidente, 9 de outubro de 2014.

No dia 4 de fevereiro de 2015, o ilustre Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª CJM deferiu o pedido de quebra do sigilo dos dados telefônicos e indeferiu o pedido de quebra do sigilo de mensagens trocadas no aplicativo "Whatsapp", o que ensejou a impetração do presente *writ*. Da Decisão impugnada se extraem os seguintes fundamentos, *verbis*:

"I – Trata-se de manifestação do R. do MPM, acostada às fls. 296/298, requerendo a decretação de quebra de sigilo de dados telefônicos dos números de telefonia móvel (55) 96722127 e (55) 99243839, bem como das respectivas mensagens trocadas através do aplicativo 'Whatsapp', pertencentes ao Soldado Brandon Santos dos Santos, militar integrante do efetivo do 12° Batalhão de Engenharia de Combate Blindado, sediado em Alegrete/RS. Tal requerimento tem por escopo elucidar as circunstâncias em que ocorreu o acidente automobilístico envolvendo a viatura militar Ford Focus 2LC Flex, ano 2010/2011, preto, placas IRN 7266, ocorrido no dia 9/10/2014, por volta das 14:30h, no Km 390 da BR 158, que resultou na morte do Comandante do 12° BE Cmb Bld, TC Gerson Satlher Ribeiro Lacerda e sua esposa, Graziela Campos Lacerda, sendo que o Sd Brandon era o condutor do veículo. A medida requerida pelo MPM originalmente compreendia as ligações telefônicas e conversações através do aplicativo 'Whatsapp' ocorridas entre os dias 7/10/2014 e 11/10/2014.

Por despacho deste Juízo localizado às fls. 299, considerando a excepcionalidade da medida requerida, foram solicitados maiores esclarecimentos por parte do Parquet *acerca do objetivo da diligência, bem como fosse esclarecido o critério adotado para delimitar o período da medida.*

Com nova vista, o Ministério Público Militar prestou os esclarecimentos solicitados e retificou o período da medida requerida, restringindo a diligência apenas para as ligações telefônicas e conversações através do aplicativo 'Whatsapp' ocorridas no dia 9/10/2014 (fls. 300).

É o que basta para decidir.

II – Preliminarmente, há que se ressaltar que a Constituição da República, assegura, como direito fundamental e regra, a inviolabilidade do sigilo de comunicação, admitindo, excepcionalmente, a interceptação para fins de investigação criminal e instrução processual (art. 5º, XII). A Lei 9.296/96, ao disciplinar a matéria, em seu art. 2º e a **contrario sensu**, *possibilita a interceptação de comunicações telefônicas desde que presentes três condições: 1) indícios razoáveis de autoria ou participação; 2) infração penal punida com pena de reclusão; 3) impossibilidade da prova ser feita por outros meios disponíveis.*

Os dois requerimentos apresentados pela autoridade policial militar possuem norte diferenciado. O primeiro versa sobre

a Quebra de Sigilo de Dados Telefônicos, o que não se confunde com o pedido encartado no segundo requerimento, referente à quebra do sigilo de comunicações digitais. Segundo nos parece, a Lei 9.296/96, autorizando a interceptação telefônica, que significa tomar conhecimento da conversa mantida entre duas ou mais pessoas, pela comunicação estabelecida por aparelho telefônico, terminou regulando a violação mais grave a intimidade alheia. (...)

O sigilo telefônico incide não apenas sobre as comunicações telefônicas propriamente ditas (regulamentada pela Lei 9.296/96) mas também sobre os respectivos dados e registros, constituindo projeção específica do direito à privacidade garantido na Lei Maior. 3. Referido direito fundamental não pode ser tido como absoluto, tendo em vista a natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades.

Assim sendo, em um exercício de ponderação de valores, por considerar que a quebra do sigilo telefônico pode colaborar com a elucidação dos fatos apurados na presente inquisa, e por considerar que não se trata de medida excepcionalíssima como é a interceptação telefônica, cujos requisitos estão previstos em lei específica, já listados no presente 'decisum', entendo que a medida se reveste de razoabilidade e proporcionalidade suficiente ao cuidado que o presente caso exige. Com efeito, a medida requerida está perfeitamente alinhada com os elementos que integram o princípio da proporcionalidade, quais sejam, a necessidade e a adequação, razão pela qual a defiro.

No que tange ao segundo requerimento, é preciso que se faça uma análise mais aprofundada do caso e, mais uma vez, se faça uma ponderação dos valores envolvidos.

Com efeito, o Ministério Público Militar requer a este Juízo que seja 'oficiado à empresa Facebook e solicitado o encaminhamento a esse Juízo das mensagens de Whatsapp *das contas vinculadas aos números de telefones supracitados (...), com a discriminação dos dias e horários de tais mensagens' (fls. 298).*

Em primeiro lugar, há que se considerar que a medida requerida está mais para uma espécie de 'interceptação telefônica posterior' do que para uma simples quebra de sigilo de dados, uma vez que envolve acesso ao conteúdo privado das conversas, bem como considerando a natureza da utilização do referido aplicativo. Assim sendo, em respeito aos direitos e garantias fun-

damentais previstos na Constituição Federal, deve o julgador apreciar o pedido com maiores cautelas.

Conforme já mencionado, a Lei 9.296/96, que regula o inc. XII, parte final do art. 5° da Constituição da República, prevendo as hipóteses que autorizam a interceptação telefônica, elenca três requisitos, a contrário sensu*, em seu art. 2º, para que a medida excepcional transite dentro da constitucionalidade e legalidade. Primeiramente, deve haver indícios razoáveis de autoria ou de participação de infração penal. Ainda, deve se analisar se a infração penal punida com pena de reclusão; por fim, deve se constatar a impossibilidade da prova ser feita por outros meios disponíveis. No entanto, a referida legislação é específica para o caso de interceptação telefônica, não podendo ser utilizada de maneira análoga ao presente caso.*

Sendo assim, pelas razões acima esposadas, este Juízo entende que, diferentemente da quebra de sigilo telefônico, a quebra do sigilo das mensagens enviadas e recebidas através do aplicativo 'whatsapp' não deve ser deferida, por não encontrar guarida nos casos previstos na Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014, que regula a medida.

III - Ante o exposto, DEFIRO a representação ministerial e determino a decretação de quebra de sigilo de dados telefônicos dos números de telefonia móvel (55) 96722127 e (55) 99243839, ambos da operadora de telefonia VIVO S.A., pertencentes ao Soldado Brandon Santos dos Santos relativos ao dia 09/10/2014, bem como INDEFIRO o pedido de quebra de sigilo de mensagens trocadas através do aplicativo 'Whatsapp', com base no que prevê a Lei n° 12.965/2014, art. 22, inc. I". (fls. 87/90).

No dia 25 de março de 2015, neguei a liminar por não verificar a presença do *periculum in mora,* requisito indispensável à concessão da medida, dado que se trata, em tese, do crime de homicídio, cuja pena mínima é de 6 (seis) anos de reclusão, conforme o art. 205, *caput*, do CPM, o que corresponde a dilatado prazo prescricional.

Das informações da 2ª Auditoria da 3ª CJM se extraem os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"A decisão guerreada se refere ao indeferimento do pedido ministerial de Quebra de Sigilo dos dados referentes às mensagens enviadas e recebidas pelo Sd BRANDON SANTOS DOS

SANTOS, pelo aplicativo Whatsapp*, referente às linhas celulares indicadas. Na ocasião, o nobre Juiz-Auditor Substituto, Dr. Diógenes Moisés Pinheiro, deferiu o requerimento do MPM pleiteando a quebra de sigilo de dados telefônicos do Sd BRANDON SANTOS DOS SANTOS. No entanto, houve o indeferimento do pedido de quebra de sigilo das mensagens porventura trocadas por ele por intermédio do aplicativo* Whatsapp*. Reputo a decisão tomada pelo Dr. Diógenes, cuja cópia segue em anexo, tecnicamente perfeita. Verifica-se, pois, que o ilustrado Juiz-Auditor Substituto fundamentou perfeitamente o indeferimento, utilizando-se corretamente da interpretação adequada dos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.965/2014.*

Sem dúvida, os autos não revelam quaisquer indícios de ter o Sd BRANDON SANTOS DOS SANTOS concretizado uma infração penal que venha a ter ligação com os dados obtidos do aplicativo. Certo é que as investigações ainda estão em curso. No entanto, não é dado ao magistrado, sem que haja uma efetiva motivação, extraída este da norma legal e constitucional, para se invadir amiúde a intimidade, a privacidade do investigado. A quebra dos dados telefônicos foi devidamente deferida. Neste diapasão, a decisão guerreada (cuja cópia segue em anexo), aludiu se tratar de medida não tão invasiva quanto uma interceptação telefônica, posto que não daria acesso ao conteúdo privado dos conversas do investigado. Já em relação ao pedido de quebra de sigilo de dados do Whatsapp*, o Ministério Público Militar pretende ter acesso às conversas mantidas pelo investigado por intermédio do aplicativo. Aliás, eminente Ministro-Relator, sequer há qualquer informação nos autos dando conta de ter o indiciado instalado em seus aparelhos celulares o aplicativo* Whatsapp*. Ou seja, o Ministério Público Militar pretende a quebra de dados referente a um aplicativo que sequer sabe se está ou não instalado nos aparelhos indicados.*

Outro ponto interessante é que o resultado da Quebra de Sigilo dos Dados Telefônicos já foi encaminhado a este Juízo, não apontado nenhuma utilização dos aparelhos telefônicos no momento do acidente, mas tão somente em momento posterior, adequando-se, portanto, à versão do indiciado e das testemunhas, referente aos contatos telefônicos que efetuou para encaminhar pedidos de socorro. Assim, violar a privacidade e, quem sabe, a intimidade do indiciado, sem qualquer base, simples-

mente imaginando-se que o mesmo poderia estar, no momento do acidente, passando ou recebendo mensagens por um aplicativo que sequer há menção nos autos de constar dos telefones do Sd BRANDON, representa fazer da exceção a regra. Relembre-se que, ao contrário da Quebra de Sigilo de Dados Telefônicos, a Quebra de Sigilo de Dados do Whatsapp *importa em acesso a todas as mensagens trocadas pelo indiciado, o que efetivamente inexiste qualquer indício nos autos de relação com o desditoso acidente. Neste contexto, não se pode perder de vista que o Sd BRANDON dirigia uma viatura que tinha seu próprio Comandante do banco do carona. Esta fato reforça a desnecessidade da medida extrema pleiteada, posto que seria surreal imaginar que um militar motorista, conduzindo seu Comandante (que possuía o perfil de militar rigoroso), simplesmente sacar o aparelho celular e passar a trocar mensagens num aplicativo, diante do seu Comandante sem qualquer pudor. Aliás, aplicativo este que sequer é mencionado nos autos, sendo desconhecido se o indiciado possui ou não tal aplicativo instalado. Ora, já foi comprovado, com o resultado da Quebra de Sigilo dos Dados Telefônicos, que o Sd BRANDON não estava falando ao celular no momento do acidente.*

Muito embora no local do acidente houvesse sinal de telefonia celular, posto que, consoante depoimentos nos autos, o Sd BRANDON utilizou seu aparelho celular para buscar socorro e para comunicar o acidente, é fato que, pela localização, se tratava de local remoto, onde notoriamente é sabido que, consoante as características das rodovias do interior do Rio Grande do Sul, muito possivelmente sequer houvesse sinal de internet que possibilitaria a utilização do aplicativo.

Se a função do Ministério Público é investigar, a Constituição e a Lei reservaram ao magistrado o mister de evitar que as investigações violem indevidamente a intimidade e a privacidade do cidadão. Não é sem razão que foi deferido, por ordem legal e constitucional, ao Ministério Público, o direito de requisitar inúmeras diligências e investigações diretamente, sem a intervenção do juiz. Não obstante, ainda assim, a Constituição e a Lei reservaram ao magistrado a aferição de algumas outras diligências, que importem em invasão acentuada da privacidade e intimidade, quais sejam, por exemplo, quebra de sigilo bancário, interceptações telefônicas e de dados, quebra de sigilo de dados,

dentre outras. Assim, a decisão ora guerreada segue exatamente esse referencial, posto que seria injustificável a invasão da privacidade e, quiçá, da intimidade do indiciado, a revelação de mensagens privadas, neste contexto, sem qualquer base fática a apoiar o aludido pleito.

Sendo o que tinha a informar, permaneço à disposição de V Ex. para outros esclarecimentos que se fizerem necessários. Em anexo, cópia da decisão combatida, cópia do resultado da Quebra de Sigilo de Dados Telefônicos e cópia do Relatório do IPM".

Em atendimento à Súmula nº 701 do STF, que exige a citação do Indiciado como litisconsorte passivo, quando em *mandamus* impetrado pelo MPM, determinei a intimação do Sd Ex BRANDON SANTOS DOS SANTOS, cuja Defesa constituída assim se manifestou, *in verbis*:

"No dia dos fatos, o Impetrado, apesar de portar o telefone, não fez uso do mesmo durante a viagem, a não ser para comunicar o acidente às autoridades militares e, apesar de constar no Inquérito Policial, o laudo que afirma que a causa determinante do sinistro foi a 'ausência de percepção ou reação tardia numa manobra com mudança brusca de direção da unidade de tráfego à esquerda, que ocasionou a perda do controle da UT e foi potencializado causa concorrente pelo excesso de velocidade', não muda a versão dos fatos para concluir que o Impetrado fazia uso de telefone celular no momento do acidente, tanto que não há notícias conclusivas que levem a pressupor estar o Impetrado usando o telefone celular, até porque se a perícia concluiu que a velocidade no momento do acidente não era inferior a 138,85 KM/H, não é crível que um ser humano possa, ao mesmo tempo que dirige, transcrever mensagens de texto, diante de seu superior, pois viajava sob o comando da vítima Tenente Coronel Lacerda, pois caso acontecesse tal fato, teria a vítima sido conivente.

A ausência de percepção alegada pela perícia, não pode justificar que o Impetrado estivesse fazendo uso de telefone ou transcrevendo mensagem de texto, já que a expressão é muito ampla, diante do fato ocorrido, podendo ter elemento surpresa como a falha mecânica, pois há referência de danificação da roda dianteira do veículo, que poderia perfeitamente ter ocasionado o sinistro, sendo, portanto, a dita reação tardia, que somente

foi respondida com uma ação que seria a tentativa de reposicionar o veículo na pista de rolamento.

O Impetrado tem a plena consciência e segurança de que não praticou qualquer ato que viesse a ter como consequência o acidente que vitimou o Tenente Coronel e sua esposa e tem a certeza de que, caso o entendimento seja de deferir a liminar pleiteada, não haverá qualquer informação no sentido de que no momento do acidente, estivesse fazendo uso de telefone celular tanto em ligações como através de troca de mensagens, coisa que não lhe seria permitida pelo Superior no comando, não fossem também os princípios defendidos pelo próprio motorista, em observância às leis de trânsito.

Por todo o exposto, ratifica e reitera a decisão proferida pelo Magistrado da 2ª Auditoria da 3ª CJM". (fls. 155/156).

No dia 18 de março de 2015, o Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM sobrestou o andamento do IPM nº 1-59.2015.7.03.0203 para aguardar o pronunciamento deste STM no presente Mandado de Segurança.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 106/113, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES, opina pelo conhecimento do *mandamus* e, no mérito, pela denegação da segurança.

É do Parecer, *in verbis*:

"Conquanto o indeferimento do requerimento de quebra de sigilo de dados telemáticos poderia, em tese, ensejar o cabimento do mandado de segurança, conforme jurisprudência do STJ, do STF e do próprio STM, necessário tecer algumas considerações.

Dispõe o artigo 5°, LXIX, CF, que 'conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "Habeas Corpus" ou "Habeas Data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público'.

Sendo o Ministério Público parte no Processo Penal, dúvidas não há de que ele tem legitimidade para impetrar Mandado de Segurança quando entender violado direito líquido e certo por ato ilegal ou abuso de poder da autoridade coatora. Nesse sentido, vale destacar os seguintes julgados do STF e STM respectivamente:

> *'Como o Ministério Público é parte no Processo Penal, ele tem legitimidade para impetrar mandado de segurança quando entender violado direito líquido e certo por ato de juiz de primeiro grau de jurisdição'. (STF, HC n° 69.802/SP, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 02/04/1993, p. 5620).*
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. I – O Mandado de Segurança é cabível contra ato judicial ilegal ou violador de direito líquido e certo, quando não haja contra ele recurso ou este seja inoperante para a garantia ou o restabelecimento do direito violado. II – O Ministério Público é parte no Processo Penal e tem legitimidade para impetrar o 'mandamus' contra ato de Juiz de Primeira Instância (Precedentes do STF, STJ e STM). III – A quebra do sigilo da conta bancária de correntista falecida não afeta sua esfera de privacidade, por corresponder ao período após seu falecimento, quando as movimentações, que são de dinheiro público, não foram feitas por ela ou sob sua responsabilidade. IV – Afastada a questão do sigilo bancário, prevalece o direito do 'Parquet' Militar à obtenção de dados e informações que julga imprescindíveis para o oferecimento da Peça Pórtico Acusatória. V – Segurança concedida por maioria.' (MS2004.01.000629-0 UF: PE, Min. Rel. Expedito Hermes Rego Miranda, 6/4/2005).*

Contudo, ainda que doutrina e jurisprudência dominantes se posicionem pela possibilidade do 'mandamus' contra ato judicial e se reconheça o direito líquido e certo do Ministério Público como o direito de produzir provas para o exercício da titularidade da ação penal, o presente pedido esbarra em requisito essencial ao seu deferimento.

A análise dos autos revela que o pedido de quebra do sigilo das contas de 'Whatsapp' vinculadas aos telefones do Soldado Brandon Santos dos Santos foi indeferido por decisão judicial fundamentada, nela não se vislumbrando vício de ilegalidade ou abuso de poder.

De fato, a nosso ver, equivocou-se o Juiz-Auditor Substituto ao classificar o requerimento como espécie de 'interceptação telefônica posterior', o 'Whatsapp' é um aplicativo utilizado

em telefones celulares que permite a troca de mensagens por meio de conexões de rede da internet. Funciona, praticamente, como um programa de correio eletrônico, um endereço de e-mail identificado pelo número de telefone do usuário, estando, portanto, seu conceito mais alinhado à dado telemático como pontuado pelo Promotor de Justiça Militar.

De qualquer forma, a quebra do sigilo pretendido é medida de investigação que excepciona a inviolabilidade da intimidade (CF art. 5º, X) e somente deve ser adotada quando esgotados todos os meios ordinários para o esclarecimento de pretenso ilícito penal. Por outro lado, seu deferimento deverá sempre se dar com a demonstração, ainda que perfunctória, da necessidade da medida, fato inocorrente na espécie.

Ao prestar informações, o magistrado **a quo** *deixa claro que a Decisão foi dada nos limites da lei e dentro de prudente critério. E o que se observa dos seguintes trechos:*

> *'Sem dúvida, os autos não revelam quaisquer indícios de ter o Sd BRANDON SANTOS DOS SANTOS concretizado uma infração penal que venha a ter ligação com os dados obtidos do aplicativo. Certo é que as investigações ainda estão em curso. No entanto, não é dado ao magistrado, sem que haja uma efetiva motivação, extraída esta da norma legal e constitucional, para se invadir amiúde a intimidade a privacidade do investigado. A quebra dos dados telefônicos foi devidamente deferida. (...). Outro ponto interessante é que o resultado da Quebra de Sigilo dos Dados Telefônicos já foi encaminhado a este Juízo, não apontando nenhuma utilização dos aparelhos telefônicos no momento do acidente, mas tão somente em momento posterior, adequando-se, portanto, à versão do indiciado e das testemunhas, referente aos contatos telefônicos que efetuou para encaminhar pedidos de socorro. (...) Neste contexto, não se pode perder de vista que o Sd BRANDON dirigia uma viatura que tinha seu próprio Comandante no banco do carona. Este fato reforça a desnecessidade da medida extrema pleiteada, posto que seria surreal imaginar que um militar motorista, conduzindo seu Comandante (que possuía perfil de militar rigoroso), simplesmen-*

te sacar o aparelho celular e passar a trocar mensagens num aplicativo, diante do seu Comandante sem qualquer pudor (...)'. (fl. 85).

Para a deflagração da ação penal basta que haja prova de crime, em tese, e indícios suficientes de autoria, segundo o 'Princípio da Obrigatoriedade', sendo certo que o Laudo Pericial de fls. 36-69 contém relevantes informações de que no momento do acidente a viatura militar não se encontrava em velocidade inferior a 138 km/h (fl. 63) e que, considerando o horário da passagem da viatura militar pelo Posto Rodoviário Federal de Rosário do Sul, distante do local do acidente 74,7 km, e haver ocorrido o acidente apenas 32 minutos depois dessa passagem, a velocidade média imprimida na viatura era de 140,06 km/h, ambas incompatíveis com a velocidade máxima da rodovia, sendo certo, igualmente, que as conclusões da investigação apontam como causa do acidente uma velocidade excessiva.

Nessa esteira, a quebra de uma garantia constitucional, **in casu***, não se justifica, ao menos nessa fase processual.*

Pelo exposto, é o Parecer pelo conhecimento do **mandamus** *e, no mérito, pela denegação da segurança"* (fls. 106/113).

É o Relatório.

VOTO

A impetração é tempestiva e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecida.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Decisão do Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 4 de fevereiro de 2015, proferida nos autos do IPM nº 1-59.2015.7.03.0203, que indeferiu o pedido de quebra do sigilo de mensagens trocadas por meio do aplicativo "Whatsapp" dos aparelhos celulares do Indiciado Sd Ex BRANDON SANTOS DOS SANTOS.

De fato, como bem salientou o Juízo *a quo*, não há direito líquido e certo do *Parquet* à quebra do sigilo das mensagens enviadas pelo Indiciado pelo "Whatsapp".

O resultado da Quebra do Sigilo dos Dados Telefônicos já foi acostado aos autos (fls. 91/97) e não aponta qualquer utilização dos aparelhos telefônicos para realizar ligações durante a condução da viatura,

mas somente em momento posterior, quando o Impetrante efetuou contato telefônico para pedir socorro.

A quebra dos dados telefônicos foi devidamente deferida e o relatório de utilização do aparelho adéqua-se à versão da testemunha Sd ANDREW HERB DOS SANTOS VILANOVA (fls. 29/30), no sentido de que somente ocorreram contatos telefônicos para encaminhar pedidos de socorro e em horário posterior ao do trágico acidente.

Assim, já está comprovado, com o resultado da Quebra de Sigilo dos Dados Telefônicos, que o Sd BRANDON não estava falando ao celular no momento do acidente.

Todavia, não há nos autos a confirmação de que o Indiciado trocava ou não mensagens por meio do aplicativo "Whatsapp" no momento do acidente. E é justamente essa a dúvida que ensejou a impetração do presente *mandamus*.

O MPM suspeita que o Indiciado poderia estar utilizando o "Whatsapp" enquanto dirigia a viatura, e a Defesa, por outro lado, em sua manifestação acostada às fls. 155/156, asseverou que, *in verbis*:

> *"(...) não haverá qualquer informação no sentido de que, no momento do acidente, estivesse fazendo uso de telefone celular tanto em ligações como através de troca de mensagens, coisa que não lhe seria permitida pelo Superior no comando, não fossem também os princípios defendidos pelo próprio motorista, em observância às leis de trânsito"*.

Essa é a controvérsia que merece ser sanada por meio da segurança para que o MPM obtenha acesso ao relatório de utilização do aplicativo de modo a formar sua convicção acerca da conduta do Indiciado e formular ou não a correspondente Denúncia.

A teor da Lei nº 12.965/2014, que "estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil", ao juiz compete, a pedido das partes, ordenar que sejam disponibilizados os registros de acesso a aplicações de internet quando existirem fundados indícios da ocorrência do ilícito e o pleito dispuser de justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e o período delimitado de alcance da medida.

Os arts. 22 e 23 da referida Lei nº 12.965/2014 assim dispõem, *in verbis*:

> *"Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.*
>
> *Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:*
>
> *I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;*
>
> *II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e*
>
> *III - período ao qual se referem os registros.*
>
> *Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro".*

A referida Lei, denominada popularmente como "Marco Civil da Internet", no inciso VIII do seu artigo 5º, conceitua os *"registros de acesso a aplicações de internet"* como sendo *"o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP"*.

Dessa forma, por meio do acesso aos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, é possível que o *Parquet* formule sua convicção acerca das circunstâncias fáticas em que se deu o acidente envolvendo o Sd Ex BRANDON SANTOS DOS SANTOS, o qual conduzia viatura oficial também ocupada pelos passageiros Ten Cel GERSON SATLHER RIBEIRO LACERDA e sua esposa.

E somente com o acesso ao relatório de envio das mensagens pelo aplicativo "Whatsapp" é possível confirmar se, no momento do acidente, o Indiciado estava ou não a enviar mensagens dos seus aparelhos celulares.

Observe-se que o motivo que levou ao pedido de quebra de sigilo dos dados telefônicos – já deferido – é o mesmo que motivou o pedido da quebra dos dados telemáticos, inexistindo razão para o indeferimento, guardadas as devidas garantias constitucionais.

Por outro lado, o deferimento do *mandamus* poderá ensejar a certeza de que o Sd Ex BRANDON SANTOS DOS SANTOS não utilizava o aplicativo "Whatsapp" no momento dos fatos.

Julgo, portanto, que não existe óbice à concessão de acesso aos registros do referido aplicativo ao Órgão Acusador.

O inciso III do art. 7º da Lei nº 12.965/2014, que trata dos direitos e garantias dos usuários, assegura, dentre outros, o direito à inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Apesar de tal previsão, no exercício da ponderação de valores e em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não vislumbro a necessidade e a adequação da violação de sigilo das mensagens como pretendido pelo ilustre Membro do MPM.

A quebra do sigilo das conversas é medida de investigação que incursiona na intimidade do Indiciado, protegida pelo art. 5º, inciso X[86], da Constituição Federal, de modo que somente pode ser deferida quando esgotados todos os meios ordinários para o esclarecimento de ilícito penal.

Como bem ressaltou o Juízo *a quo* na Decisão impugnada, "*se a função do Ministério Público é investigar, a Constituição e a Lei reservaram ao magistrado o mister de evitar que as investigações violem indevidamente a intimidade e a privacidade do cidadão*".

E não é dado ao Magistrado, sem que haja uma efetiva motivação, invadir a intimidade e a privacidade do Investigado quando estão disponíveis outros meios de prova. Por outra via, seu deferimento deverá sempre observar a necessidade da medida, fato que não se verifica na hipótese.

No entanto, a disponibilização dos registros de acesso a aplicações de internet, ou seja, a liberação do conjunto de informações referentes à data e hora de uso do aplicativo "Whatsapp", conforme disciplinado no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.965/14, encontra guarida no art. 22[87] da mesma Lei. E é proporcional e razoável, assim como necessária para esclarecer a dúvida do *Parquet*.

---

[86] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

[87] Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo,

Sendo assim, pelas razões esposadas, entendo que, de maneira similar à quebra do sigilo telefônico, o acesso ao registro do fluxo das mensagens enviadas pelo aplicativo "Whatsapp", em determinados dias e horas, pode ser deferido por encontrar esteio nos casos previstos na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que normatiza a medida.

Portanto, segundo essa análise, tem parcial razão o Impetrante.

Isto posto, concedo parcialmente a segurança para determinar, apenas e tão somente, a quebra do sigilo dos registros de acesso a aplicações de "internet", de modo que seja fornecido pela Empresa "Facebook" Brasil o registro do fluxo das mensagens enviadas, sem transcrição de conteúdo, pelo "Whatsapp" dos dispositivos móveis de números (55) 96722127 e (55) 99243839, no dia 9 de outubro de 2014, entre os horários 14h e 15h, observados os cuidados de sigilo, nos termos dos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conceder parcialmente a Segurança, para determinar, apenas e tão somente, a quebra do sigilo dos registros de acesso a aplicações de internet, de modo que seja fornecido pela Empresa Facebook Brasil o registro do fluxo das mensagens enviadas, sem transcrição de conteúdo, pelo "Whatsapp" dos dispositivos móveis do Indiciado.

Brasília, 14 de maio de 2015 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

---

requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 16-87.2013.7.03.0303-RS

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão da MMª Juíza-Auditora Substituta da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 6/3/2014, proferida nos autos do IPM nº 16-87.2013.7.03.0303, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de Ricardo Ferreira Botelho, Ten Cel Aer, Alexandro Pereira de Oliveira, Maj Aer, e Paulo Gilvane da Costa, Cap Aer, como incursos no art. 206, § 1º, e no art. 264, inciso I, c/c o art. 266, tudo c/c o art. 79, todos do CPM.

Advogados – Drs. Walter Jobim Neto, Ricardo Munarski Jobim, Guilherme Crivellaro Becker, Vanessa Bevilacqua Jobim, Jonas Espig Stecca, Átila Moura Abella, Denise Rosa da Rocha, César Teixeira, Carlos Alberto Day Stoever e Marcio Alessio.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 264, INCISO I, C/C O ART. 266, DO CPM. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CARACTERIZAÇÃO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO CABIMENTO NA ESFERA PENAL. RECURSO DESPROVIDO. In casu*, restou evidenciada a inexistência dos requisitos essenciais à configuração do delito culposo, assim,*

não há fato típico a ser imputado aos Denunciados. A ausência de conduta dolosa ou culposa faz com que o fato cometido deixe de ser típico, afastando-se a infração penal cuja prática se quer imputar ao agente. No caso dos autos, incide a hipótese de culpa exclusiva da vítima, que constitui causa de exclusão da tipicidade. Quando não evidenciada a negligência, a imperícia ou a imprudência por parte dos agentes, resta afastada a imputação de culpa, sob pena de aplicação da denominada teoria da responsabilidade objetiva, o que é inaceitável na esfera penal. Negado provimento ao Recurso ministerial. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso ministerial para manter inalterada a Decisão recorrida. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Arilma Cunha da Silva, e o Advogado da defesa, Dr. Walter Jobim Neto.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 21ª Sessão, 7/4/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar contra a decisão da Juíza-Auditora Substituta da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que rejeitou a denúncia oferecida contra RICARDO FERREIRA **BOTELHO**, Ten Cel Aer, ALEXANDRO PEREIRA DE **OLIVEIRA**, Maj Aer, e PAULO **GILVANE** DA COSTA, Cap Aer, como incursos no art. 206, § 1º (**homicídio culposo com a agravante da inobservância de regra técnica de profissão**), e no art. 264, inciso I (**dano em aeronave**), c/c o art. 266 (**modalidade culposa**), tudo c/c o art. 79 (**concurso de crimes**), todos do CPM.

Narra a exordial acusatória, em síntese, os seguintes fatos (fls. 1.178/1.189):

> *"(...) no dia **6 de dezembro de 2012**, por volta das 9h30min, a **aeronave** A-1 AMX, (...) de fabricação da EMBRAER, (...) matrícula **FAB 5540**, pertencente ao Primeiro Esquadrão do Décimo Grupo de Aviação (1º/10º GAV – 'Esquadrão Poker') da Base Aérea de Santa Maria/RS (BASM), pilotada na ocasião pelo **Cap Aviador André Ricardo Halmenschiager**, colidiu com cabos subcondutores de eletricidade na linha de transmissão da LUMITRANS 'Machadinho – Campos Novos', entre as Torres 33 e 34 do Circuito 2 (...), na altura do Município de Machadinho/RS, o que ocasionou o **óbito do piloto**, após a inexitosa ejeção do assento, (...) a **perda total da aeronave de combate**, avaliada em **R$ 31.545.415,42** (...), e **danos à rede de transmissão de energia elétrica** da LUMITRANS, orçados em **R$ 3.065.100,25** (...).*
>
> *No dia dos fatos, o piloto da aeronave FAB 5540, Cap Ricardo, devidamente escalado para o voo (...), cumpria, segundo o plano de voo apresentado (...), uma missão de Reconhecimento Tático, em voo VFR, com navegação à baixa altura (NBA), com previsão de 1h de duração, tendo como um de seus objetivos o sensoriamento de uma balsa localizada no Rio Uruguai (...), dentro de um vale, tudo conforme consta da **Ordem** Fragmentária – OFRAG Nº 61097, emitida em 28 de setembro de 2012, pelo Esquadrão Poker (...), a qual determinava o reconhecimento de cinco objetivos, dentre os quais a balsa.*
>
> *(...) para cumprir a **missão de reconhecimento tático**, que deveria ser voada a uma **altura de 300 a 500 pés (ft) sobre o terreno**, a uma **velocidade de 420 nós (Kt)**, foi realizado, no dia 4/12/12, um planejamento da missão, envolvendo o Cap Ricardo e o 2º Sgt Márcio Spiazzi de Almeida Poerschke, este último técnico em informações de reconhecimento (TIR), onde foram abordados detalhes do voo.*
>
> *No dia dos fatos, cerca de 01h40min antes do voo, o Cap Ricardo e o 2º Sgt Matias Soccol, este último também técnico em informações de reconhecimento (TIR), realizaram um briefing da missão, onde novamente os detalhes do voo foram repassados.*
>
> ***Durante o voo, logo após realizar o sensoriamento da balsa situada no Rio Uruguai, mais precisamente a 0,7 milhas***

náuticas (1,3 km) à frente *(...),* ***ou seis segundos de voo a 420 kt, com uma altura sobre o terreno, na vertical, de aproximadamente 410 pés ou 125,07m*** *(...),* ***a aeronave de combate colidiu com cabos da rede elétrica da LUMITRANS****, que estavam devidamente sinalizados, conforme legislação aplicável,* ***sendo que a rede se encontrava em funcionamento e energizada desde 3/10/07*** *(...), cruzando por cerca de 1 km o vale sobre o lago da Usina de Machadinho (...).*

Restou apurado nos autos, ainda, que a referida linha de transmissão não foi mencionada durante o planejamento e o briefing da missão de reconhecimento do FAB 5540, realizado entre o piloto e os técnicos de informações de reconhecimento (TIR), uma vez que não se encontrava plotada nas cartas de navegação aérea utilizadas, as quais são muito defasadas, e tampouco constava das imagens utilizadas através do sistema Google Earth.

Ademais, exsurge dos autos que o acidente com o FAB 5540, que trouxe a óbito o Cap Ricardo e levou à perda da aeronave de combate, podia e devia ter sido evitado pelos denunciados caso tivessem observado os ensinamentos e as recomendações de segurança de voo do incidente com a aeronave A1, FAB 5541, também do Esquadrão Poker, ocorrido no dia 19 de junho de 2009, pilotada pelo então 1º Tenente-Aviador Tiago Josué Diedrich.

Segundo o apurado, há inúmeras semelhanças entre o acidente com o FAB 5540, objeto destes autos, ocorrido em 2012, e o incidente com o FAB 5541, ocorrido em 2009*.*

Ambas as missões eram voos de reconhecimento à baixa altura, dentro de um vale, para a realização de reconhecimento visual e fotográfico, com sensor RTP, a uma altura sobre o terreno entre 300 a 500 pés (ft), com uma velocidade de 420 nós (kt). Nas duas missões, logo após sensoriar o alvo, tarefa que exige o desvio da atenção do piloto com o espaço aéreo, as aeronaves vieram a colidir com cabos de energia de linhas de transmissão não plotadas nas cartas de navegação nem constantes no Google Earth.

No incidente com o FAB 5541, em 2009, o Tenente Diedrich acreditava, ainda em voo, que havia colidido com um pássaro e não com um cabo de linha de transmissão, como efetivamente aconteceu. Apesar do impacto, o piloto conseguiu pou-

sar a aeronave em segurança na BASM, a despeito das avarias, que ocasionaram, dentre outros problemas, a perda do sistema hidráulico da aeronave.

Segundo o Relatório Preliminar do incidente com o FAB 5541, ocorrido em 2009, foi estabelecida, dentre outras, a seguinte Recomendação de Segurança Operacional (...):

> *'**RSO 05/A/09 DO 1º/10º GAV***
>
> ***O Oficial de Segurança de Voo deverá, imediatamente, orientar os pilotos e o TIR quanto à ocorrência das linhas de alta tensão e, encostas e quanto ao planejamento de eixos de sensoriamento que evitem a entrada em vales, quando possível.**'*

Embora uma leitura apressada da RSO possa indicar que evitar os voos em vales seria uma responsabilidade exclusiva do piloto e do TIR (o graduado que é o técnico de informações de reconhecimento), esta não é a melhor interpretação, especialmente para os que têm conhecimento sobre a atividade aérea militar.

*A escolha dos alvos e a confecção das **ordens** de missão e das **ordens** fragmentárias (OFRAG) são da responsabilidade da Seção de Inteligência, cujo chefe é o terceiro denunciado, o Capitão **PAULO GILVANE DA COSTA**, (...):*

'(...)'

Dessa forma, competia ao terceiro denunciado orientar seus subordinados, praças sem nenhuma experiência de voo significativa, a evitar, na fase de produção das missões, a escolha de alvos que pudessem levar ao voo em vales, sendo que, havendo real necessidade, os graduados deveriam ser orientados pelo terceiro denunciado a ele se reportar, o que não era a praxe na seção chefiada pelo Cap Gilvane.

*A **Ordem** Fragmentária (OFRAG) nº 61097, emitida em 28 de setembro de 2012 e cumprida pelo Cap Ricardo no dia dos fatos, assim como todas as demais confeccionadas e cumpridas pelo Esquadrão Poker, teve os alvos escolhidos sob a supervisão do terceiro denunciado (...), o qual tinha conhecimento do inteiro teor da RSO 05/A/09 DO 1º/10º GAV (...), e, portanto, não podia assumir como normal a escolha de objetivos dentro de vales, sem levar tal fato aos seus superiores.*

Após o incidente com o FAB 5541, em 2009, os voos de reconhecimento em vale deveriam passar a ser esporádicos, conforme a RSO 05/A/09*, o que não ocorreu, tendo o laudo das fls. 1095-1096 demonstrado que os mesmos eram usuais, não havendo um acompanhamento eficaz, muito menos uma efetiva supervisão por parte dos denunciados.*

No lapso de tempo transcorrido entre o incidente com o FAB 5541, em 19 de junho de 2009, e o acidente com o FAB 5540, ocorrido em 6 de dezembro de 2012, foram planejadas 380 (...) missões à baixa altura de reconhecimento visual e/ou com POD RTP no Esquadrão POKER, sendo que destas, 57 (...) continham um ou mais alvos dentro de vales, conforme laudo de fls. 1095-1096, das quais 19 (...) missões foram cumpridas desde que o terceiro denunciado assumiu a Chefia da Seção de Inteligência, em 1º de agosto de 2011 *(...), o que demonstra que a Seção chefiada pelo Cap Gilvane não cumpria o seu dever objetivo de evitar o planejamento de missões em vale, sendo o oficial* ***negligente*** *no seu mister.*

Já em relação ao primeiro e ao segundo denunciados*, Tenente-Coronel Aviador* ***RICARDO FERREIRA BOTELHO*** *e Major-Aviador* ***ALEXANDRO PEREIRA DE OLIVEIRA****,* ***Comandante e Chefe da Seção de Operações do Esquadrão Poker, que assumiram suas funções em 6 e 16 de janeiro de 2012*** *(...), respectivamente, tem-se que* ***permitiram que ocorressem, quando estavam à frente destas relevantes funções, 18 (...) missões à baixa altura dentro de vale, em menos de um ano****.*

Ambos, primeiro e segundo denunciados, foram negligentes nas suas funções, omitindo-se no seu dever de primar pela segurança de voo*, pois, como Comandante e Chefe da Seção de Operações do 1º/10º GAV, respectivamente, sabendo que as informações sobre a localização das linhas de transmissão não eram confiáveis, não sendo raro haver linhas de transmissão não plotadas nas cartas de navegação, podiam e deviam ter agido para aumentar o nível de segurança das missões de reconhecimento visual e com o POD RTP à baixa altura, diminuindo o grau de risco deste tipo de voo.*

(...)

Qualquer piloto de combate com uma mínima experiência em voos à baixa altura sabe que, apesar de ser responsabilidade do piloto em comando a separação dos obstáculos, o voo

entre 300 e 500 pés (ft) sobre o terreno, dentro de um vale, a 420 nós (kt), na corrida do PI-ALVO, onde há uma carga extra de trabalho, se o piloto não avistar as torres, dificilmente avistará os cabos de energia, ainda que devidamente sinalizados.

Foi o que aconteceu no dia 6 de dezembro de 2012, vitimando um ***experiente e competente piloto*** *(****possuía mais de mil horas de voo em A-1, sendo qualificado como instrutor da aeronave, além de ter ganho vários prêmios em competições da Aviação de Caça que participou****) e causando a perda de uma aeronave de combate avaliada em mais de trinta milhões de reais, além de danos a terceiros que, cedo ou tarde, a União terá que indenizar, na ordem de mais de três milhões de reais.* ***Tudo pela omissão dos dois primeiros denunciados, que, a despeito de serem experientes pilotos de combate, permitiram diversos voos em vales, criando um risco proibido, relevante e injustificável****.*

Após o voo, o cálculo de gerenciamento do risco da missão realizada pelo Cap Ricardo indicou que a mesma deveria ter sido 'abortada'*, (...).* ***Ocorre que o cálculo do gerenciamento do risco no 1º/10º GAV, onde o primeiro e o segundo denunciados ocupavam funções das mais relevantes, era feito de uma maneira linear, sem considerar as especificidades de cada missão****.*

Na verdade, não dispondo de informações confiáveis sobre as linhas de transmissão, em tempo de paz, o ingresso em um vale para realizar uma missão de sensoriamento à baixa altura é um ***risco inaceitável****, por mais que possa existir alguma degradação das imagens produzidas pelo sensor fotográfico (POD RTP).*

Caso realmente exista tal degradação, competiria aos dois primeiros denunciados levar tal fato ao conhecimento dos escalões superiores, através de uma Proposta de Necessidade Operacional, mas nunca permitir o voo em tais condições.

Entre cumprir a missão de reconhecimento em vales, com riscos inaceitáveis, ou levar ao conhecimento de seus superiores, através de uma Proposta de Necessidade Operacional, as restrições operacionais do sensor de reconhecimento, o POD RTP, que exige uma baixa altura para realizar o sensoriamento, sob pena de degradação do produto do sensoriamento, ***o Esquadrão Poker, comandado pelo primeiro denunciado e tendo***

como Chefe da Seção de Operações o segundo denunciado, quedou-se inerte, mantendo inalterada a rotina de voos à baixa altura dentro de vales, a despeito da RSO 05/A/09 DO 1º/10º GAV.

(...)

Comandante e Chefe da Seção de Operações do Esquadrão Poker tanto podiam como deviam agir para diminuir o risco das missões, não aceitando como natural voar a quase 800 km/h a pouco mais de 100 metros sobre o terreno. ***Somente após o acidente com o FAB 5540****, ou mais precisamente,* ***no dia 12/12/12, o segundo denunciado, que exercia a Chefia da Seção de Operações, emitiu o AVISO OPERACIONAL 03-2012*** *(...) que passou a estabelecer:*

> *'Até informações confiáveis sobre a malha elétrica do Brasil serem disponibilizadas para o planejamento de missões, o voo na área de vales fica restrito a 300 ft acima da cota mais alta.'*

Na mesma esteira, ou seja, somente após o acidente com o FAB 5540, exatamente no dia 20/12/12, o segundo denunciado emitiu a DIRETRIZ OPERACIONAL 06-2013 *(sic) (...), que prevê:*

> *'Até a conclusão da investigação do acidente do FAB 5540 ou até ordem contrária, fica expressamente proibido entrar em vales nas missões em NBA, o sobrevoo nesta região deve ser 300 FT de altura acima da maior cota.*
>
> *Ao executar o planejamento de missões RTP cujo alvo esteja dentro de um vale, a altura de sensoriamento deve estar 300 FT acima da cota máxima do terreno, caso esta altura não possibilite o cumprimento da missão, este alvo deve ser abortado.'*

Assim, ficou evidenciado que o Chefe da Seção de Operações e o Comandante do 1º/10º GAV esperaram acontecer um acidente fatal com a perda total da aeronave de combate, que já se anunciava, para fazer o óbvio, qual seja, não mais permitir uma missão com voo à baixa altitude (NBA) dentro de um vale, pois não pode ser aceito como normal o risco de um voo, com

cartas e imagens desatualizadas, a quase 800 km/h a pouco mais de cem metros de altura do solo dentro de um vale.

(...)

Embora os novos parâmetros de segurança de voo implementados pelo segundo denunciado, através do Aviso Operacional 03-2012 e da Diretriz Operacional 06-2013 (sic), já não mais permitam o voo dentro de vales, pois obriga o piloto a planejar a altura do voo a 300 ft sobre a maior cota, o Comando-Geral do Ar, órgão de Direção-Geral da Força Aérea Brasileira responsável pelo emprego das Unidades Aéreas, determinou, através do Encaminhamento Eletrônico 1995/EMGAR de 18 de outubro de 2013, parâmetros ainda mais conservadores, ao estabelecer uma altura mínima de 500 pés sobre o maior obstáculo no terreno distante até 10 milhas náuticas (cerca de 18 km) para cada lado do eixo central da rota, em todos os treinamentos que incluam navegação à baixa altura (...).

*A **negligência dos dois primeiros denunciados** exponencializa-se porque ambos sabiam que as informações sobre as linhas de transmissão eram desatualizadas e não implementaram, em tempo, nenhuma mudança operacional para a manutenção de um nível minimamente seguro de operação nas missões de reconhecimento tático.*

*O **descaso dos dois primeiros denunciados** fica ainda mais evidente quando se constata que, no ano de 2012, quando ambos já exerciam suas relevantes funções de Comandante e Chefe da Seção de Operações do 1º/10º GAV, sequer um Apronto Operacional sobre o voo de reconhecimento tático, envolvendo pilotos e técnicos de informações de reconhecimento, dentre outros militares, foi realizado.*

Nestes aprontos, questões sobre a missão a ser cumprida, a sua operação e as normas de segurança, relatando os acidentes e incidentes ocorridos no passado, como o incidente com o FAB 5541, costumam ser mencionados aos participantes, com o objetivo de alertá-los. Sem o apronto, não houve uma mobilização adequada no Esquadrão Poker.

Consta dos autos, (...) que tanto o piloto como a aeronave acidentada não apresentavam alterações, (...) e que as instalações elétricas da LUMITRANS encontravam-se regulares (...).

*Em assim agindo, transgrediram os denunciados **RICARDO FERREIRA BOTELHO, ALEXANDRO PEREIRA DE OLIVEIRA***

> e ***PAULO GILVANE DA COSTA*** *as normas sediadas nos artigos 206, § 1º (homicídio culposo), e 264, inciso I, na forma do que prevê o artigo 266 (dano culposo em aeronave), na forma do art. 79 (cumulação de crimes), todos do Código Penal Militar, motivo pelo qual, após recebida e autuada, requer o* ***Ministério Público Militar*** *a instauração da competente ação penal, citando-os para interrogatório e demais atos processuais até final julgamento, sob pena de revelia, com a necessária condenação de todos, (...)"* (grifamos).

Os autos do IPM instaurado na Base Aérea de Santa Maria (BASM), na cidade de Santa Maria/RS, foram remetidos à Auditoria em 5/2/2013 (fl. 161) e a denúncia foi oferecida no dia 13 seguinte (fls. 1.178/1.189).

Em decisão de 6/3/2014, a Magistrada, no exercício da titularidade, rejeitou a peça inicial, aduzindo **que** os fatos expostos subsumem-se às esferas administrativa e civil, mas não à penal; **que** o Direito Penal é a *ultima ratio*, sendo de suma importância o princípio da intervenção mínima do Estado, decorrente do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal; **que** o Primeiro Esquadrão do Décimo Grupo de Aviação (1º/10º GAV) está operacionalmente subordinado à Terceira Força Aérea (III FAE), por sua vez subordinada ao Comando-Geral de Operações Aéreas (COMGAR); **que** o Cap RICARDO era um piloto altamente qualificado, meticuloso e detalhista; **que** a linha de transmissão não era do conhecimento do piloto nem dos Acusados; **que** os fatos não convencem de terem os Acusados agido com negligência e omissão, não se verificando a presença de dolo ou culpa em relação ao resultado; **que** afirmar que há indícios de autoria e prova do fato, em tese, para considerar as condutas dos três oficiais criminosas, ao exercerem as funções de Comandante, Chefe da Seção de Operações e Chefe da Seção de Inteligência do Esquadrão Poker, implicaria consequências trágicas para os militares e toda a coletividade, uma vez que se estaria admitindo que qualquer agente de setor envolvido em investigação criminal poderia ter sua conduta enquadrada como ilícito, ao exercer as atribuições de seu cargo de acordo com as normas em vigor; **que** imputar aos militares uma possível responsabilidade penal, por exercerem funções de comando, significaria admitir a responsabilidade penal objetiva, contrariando a doutrina do Direito Penal, fundada na responsabilidade pessoal e na culpabilidade; e **que** inexiste crime a punir, face à ausência do elemento subjetivo do injusto (fls. 1.191/1.199).

Aos 13/3/2014, o representante ministerial registrou o seu inconformismo, apresentando duas petições distintas (fl. 1.200).

No documento de fls. 1.201/1.220, aduzindo não terem sido cumpridas todas as ordens emanadas do Comando da Aeronáutica decorrentes do incidente com o FAB 5541, o Promotor de Justiça Militar requereu a juntada de documentos, além da extração de cópias dos autos e remessa para:

> *"(...) a) a PGJM para apurar as omissões ocorridas no COMGAR, III FAE e ICA; b) o MPF para análise dos fatos sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa; c) a Advocacia da União para as providências cabíveis acerca do ressarcimento ao erário; e d) o Comando da Aeronáutica para apuração dos fatos à luz do RDAer e ciência da recomendação ministerial."*.

Em atendimento ao pedido ministerial, vieram aos autos os documentos de fls. 1.221/1.245, bem como foram extraídas cópias do processo e remetidas à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, ao Ministério Público Federal, à Advocacia-Geral da União e ao Comando da Aeronáutica (fls. 1.293/1.296) (Decisão às fls. 1.285/1.287).

O Ministério Público Federal informou a instauração da Notícia de Fato nº 1.29.008.000115/2014-64 (fl. 1.298), atualmente em andamento[88].

Irresignado, o **MPM** interpôs recurso em sentido estrito (fls. 1.246/1.247), afirmando, em suas razões, **que** não devem prosperar os fundamentos adotados pela Magistrada na decisão recorrida; **que** os requisitos legais previstos para o recebimento da exordial – prova da materialidade e indícios de autoria de um fato típico – estão presentes na inicial; **que** as condutas culposas imputadas aos Denunciados são, em tese, criminosas e possuem tipificação no CPM; **que** há provas, e não apenas indícios, que apontam, de maneira harmônica e coerente, a responsabilidade penal imputada aos Denunciados; **que** o devido processo penal é necessário ao esclarecimento da ocorrência ou não de culpa; **que** o aci-

---

[88] Ministério Público Federal, Auto Extrajudicial, Procedimento Preparatório nº 1.29.008.000115/2014-64, Câmara/Tema: 5ª CCR – Improbidade Administrativa, Distribuição: DENISE VINCI TULIO (5ª Cam), Localização Atual: PGR/5A.CAM – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. (Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial>. Acesso em: 1 fev. 2015.)

dente com o FAB 5540 podia e devia ter sido evitado pelos Denunciados, caso tivessem observado as lições, os ensinamentos e as recomendações de segurança de voo emitidas em função do incidente com o FAB 5541, devido às inúmeras semelhanças existentes entre os dois episódios; **que**, conforme determinação constante da RSO 05/A/09 do 1°/10° GAV, os voos à baixa altura (NBA) dentro de vales deveriam ser uma rara exceção, norma que não foi minimamente cumprida pela Unidade Aérea, que continuou a realizá-los com elevada frequência; **que**, no lapso de tempo entre o incidente com o FAB 5541, em 19/6/2009, e o acidente com o FAB 5540, em 6/12/2012, foram planejadas 380 (trezentas e oitenta) missões à baixa altura de reconhecimento visual e/ou com POD RTP no Esquadrão Poker, sendo que, destas, 57 (cinquenta e sete) continham um ou mais alvos dentro de vales; **que**, após o Cap **GILVANE** ter assumido a Chefia da Seção de Inteligência, em 1º/8/2011, foram cumpridas 19 (dezenove) missões com esse mesmo perfil; **que** o Ten Cel **BOTELHO** e o Maj **OLIVEIRA** assumiram as funções de Comandante e Chefe da Seção de Operações do Esquadrão Poker, respectivamente, em 6/1/2012 e 16/1/2012, tendo permitido, enquanto à frente dessas relevantes funções, a realização de 18 (dezoito) missões à baixa altura dentro de vales em menos de 1 (um) ano; **que** a deflagração de uma missão operacional através de uma Ordem Fragmentária (OFRAG) não exige que se vá além dos limites mínimos de segurança de voo estabelecidos; **que**, conforme define o Regimento Interno do Esquadrão, a responsabilidade pela confecção da OFRAG é do Chefe da Seção de Inteligência; **que**, no caso das missões de treinamento do Esquadrão Poker, os objetivos a serem sensoriados, necessários ao cumprimento de uma OFRAG, são definidos pela Seção de Inteligência, chefiada pelo Cap **GILVANE**; **que** os pilotos simplesmente cumprem as ordens, não sendo natural que possam escolher sensoriar ou não um alvo localizado dentro de um vale, predefinido pela Seção de Inteligência; **que** o Ten Cel **BOTELHO** e o Maj **OLIVEIRA** foram negligentes, uma vez que, sabendo que as informações sobre a localização das linhas de transmissão não eram confiáveis e que o POD RTP, sensor usado pelo Esquadrão Poker para cumprir a missão quando não se tem superioridade aérea, perde sua capacidade proporcionalmente à altura da aeronave em relação ao alvo, omitiram-se no dever de primar pela segurança de voo; **que** o Ten Cel **BOTELHO** e o Maj **OLIVEIRA**, experientes pilotos de caça, obviamente conheciam o risco que é voar a 800 km/h, a 100 metros de altura, dentro de um vale; **que** o Ten Cel **BOTELHO** e o Maj **OLIVEIRA** podiam e deviam ter agido para aumentar o nível de segurança das missões de reconhecimento visual e com o POD

RTP à baixa altura dentro de vales, havendo inúmeras soluções que poderiam ter adotado para diminuir o grau de risco deste tipo de voo; **que** a cultura organizacional do Esquadrão Poker era permissiva com o risco mesmo antes de o Ten Cel **BOTELHO** e o Maj **OLIVEIRA** assumirem suas funções, e que seus antecessores tiveram sorte, pois não ocorreu nenhum acidente durante o período em que as exerceram; **que** é manifesta a inobservância do dever objetivo de cuidado do Comandante e do Chefe da Seção de Operações, conforme responsabilidades definidas no Regimento Interno do Grupo de Aviação, RICA 21-55/2010; **que** o Esquadrão Poker teimava em não observar que não se pode admitir como aceitável o voo a 800 km/h, a 100 metros de altura, dentro de um vale, sem informações confiáveis sobre a localização das linhas de transmissão; **que** o Relatório Preliminar do acidente menciona a estressante sobrecarga de trabalho do Cap RICARDO; **que**, na Unidade Aérea, cumprindo determinação da III FAE, deveria ser observado o Sistema de Gerenciamento de Risco do SIPAER, que pontua negativamente a sobrecarga no trabalho; **que** a aplicação do Sistema de Gerenciamento de Risco do SIPAER era obrigação do Comandante e do Chefe da Seção de Operações, que preferiram fazer uma análise geral de todas as missões, sem levar em conta as especificidades de cada voo; **que** a efetiva aplicação do Sistema de Gerenciamento de Risco levaria à não realização da missão, ou seja, a missão deveria ter sido abortada; **que** as cartas utilizadas para a navegação aérea são muito desatualizadas e a que foi usada no planejamento do voo do FAB 5540 data de 1991; **que** as cartas são muito defasadas, o *Google Earth* não é confiável e as linhas de transmissão estão sempre sendo construídas; **que**, diante destes fatos, públicos e notórios no Esquadrão, a responsabilidade de evitar a realização de voos à baixa altura a 800 km/h, dentro de um vale, era dos Denunciados; **que** a previsibilidade não é afastada pelo fato de o traçado das linhas de transmissão ser desconhecido; **que** o acidente não foi uma mera fatalidade, uma vez que não resultou de um acontecimento imprevisível; e **que**, nesta fase processual, incide o princípio *in dubio pro societate*. Por fim, aduz **que** a manutenção da decisão de não recebimento da denúncia viola o previsto no art. 93, IX, da CF, por ausência da devida fundamentação, uma vez que das premissas não resulta a conclusão; e **que**, diante do conjunto probatório, exaustivo, coerente e harmônico, o não acolhimento do recurso contraria o art. 129, inciso I, da Carta Política, que assegura ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal. E requer o provimento do recurso, *"(...) para que a denúncia seja recebida, determinando-se o prosseguimento da ação penal"*, **prequestionando**, desde já, a

matéria constitucional para efeitos de eventual recurso extraordinário (fls. 1.248/1.284).

Nas **contrarrazões** de fls. 1.317/1.327, a **Defesa** alega **que** a escolha da rota a seguir é feita pelo piloto, conforme reconhecido pelo *Parquet* ao afirmar que dois aviões precedentes *"(...) tiveram sorte na escolha do rumo, pois nada as obrigava a voar nesta ou naquela proa"*; **que** o Cap RICARDO deveria voar entre 300 e 500 pés e infletir seu avião à esquerda tão logo ultrapassado o alvo, ganhando altitude e afastando-se do vale, o que não foi cumprido pela Vítima, que prosseguiu na mesma linha, inclusive reduzindo sua altitude, quando veio a se chocar com os fios; **que** os fios estavam a 85 metros de altura[89], abaixo, portanto, dos 300 pés a que o Cap RICARDO deveria estar voando; **que** a Vítima não cumpriu o plano de voo quanto à direção e à altitude, assumindo risco desnecessário, desaconselhável e até vedado pelas normas de segurança de voo, o que provocou o acidente; **que** os Denunciados não podem ser responsabilizados pela conduta temerária da Vítima; **que**, quanto ao nexo causal, é vedado o *regressus ad infinitum*[90] pretendido pelo MPM; **que**, no Direito Penal, não é admitida a responsabilidade objetiva; **que** tanto a rede com a qual se chocou o primeiro aparelho quanto a que causou o óbito do Cap RICARDO não constavam nos mapas da FAB nem no sistema *Google Earth,* utilizado subsidiariamente pela unidade; **que** é um despropósito pretender suspender todos os voos de reconhecimento ou mesmo de exercício até que se obtenham mapas de todas as linhas de alta tensão existentes no território nacional; **que** esse tipo de treinamento, com voo à baixa altura, é indispensável; **que** a altitude mínima de 300 pés é até prudente, pois existem forças aéreas que determinam tetos inferiores nos treinamentos; **que** a segurança determinada pelos regulamentos da nossa força área é comprovada até mesmo pelo baixo número

---

[89] 85 metros = 278,87 pés.

[90] *"Regressus ad infinitum: (...) o juízo de desaprovação da conduta impede o chamado regressus ad infinitum, que consistiria em responsabilizar penalmente todos os que concorrem para o resultado. (...) se a teoria da equivalência dos antecedentes causais (teoria da conditio sine qua non) fosse aplicada em sua literalidade haveria o regres sus ad infinitum (pela morte de uma pessoa responderia quem efetuou o disparo, o vendedor da arma, o fabricante da arma etc.). Ocorre que o vendedor da arma, o fabricante da arma etc. realizam atividades de risco normal. E quem cria risco normal não pode ser penalmente responsabilizado."* (GOMES, Luiz Flávio. *Juízo de desaprovação da conduta*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1084, 20 jun. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8543>. Acesso em: 1 fev. 2015.)

de acidentes semelhantes ao ocorrido; e **que** pretender que os voos sejam executados a altitudes maiores causa notável prejuízo à efetividade dos treinamentos, pois, conforme o bordão clássico citado pelo próprio representante ministerial, *"você luta como treina"*, demonstrando que uma certa parcela de risco é inarredável de uma missão como a da Vítima. E requer, em conclusão, o improvimento do recurso.

O *decisum* foi mantido pelo MM. Juiz-Auditor titular, Dr. CELSO CELIDONIO (fls. 1.330/1.330v).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer de fls. 1.337/1.353, subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso ministerial, para que seja mantida a decisão que rejeitou a denúncia.

À fl. 1.357, veio aos autos petição da Defesa manifestando interesse em realizar sustentação oral.

Por Despacho de 16 de março de 2015, designei o próximo dia 7 de abril (terça-feira) para o julgamento do recurso (fl. 1367), do que a Defesa teve ciência em 17/3/15 (fl. 1369).

É o Relatório.

VOTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deve ser recebido.

Insurge-se o *Parquet* Militar contra a decisão que rejeitou a denúncia oferecida contra o Ten Cel Aer RICARDO FERREIRA **BOTELHO**, o Maj Aer ALEXANDRO PEREIRA DE **OLIVEIRA** e o Cap Aer PAULO **GILVANE** DA COSTA, como incursos no art. 206, § 1º, e no art. 264, inciso I, c/c o art. 266, tudo c/c o art. 79, todos do CPM.

Não assiste razão ao órgão ministerial.

Os fatos descritos na denúncia não se subsumem ao Direito Penal.

Os Denunciados, que, à época do acidente, exerciam, respectivamente, as funções de Comandante, Chefe da Seção de Operações e Chefe da Seção de Inteligência do 1º/10º GAV – Esquadrão Poker, foram denunciados pela prática dos crimes de **homicídio** e de **dano em aeronave**, ambos **na modalidade culposa**.

A teor do art. 33, parágrafo único, do CPM, os crimes militares são, em regra, dolosos, o que se traduz na excepcionalidade do crime culposo.

Nesse contexto, o entendimento doutrinário prevê que a tipicidade culposa exige a coexistência de seis elementos, sem os quais não haverá crime. São eles: **1.** conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva; **2.** inobservância de um dever de cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia); **3.** resultado lesivo não querido, tampouco assumido, pelo agente; **4.** nexo de causalidade entre a conduta do agente, que deixa de observar o seu dever de cuidado, e o resultado lesivo dela advindo; **5.** previsibilidade; e **6.** tipicidade.

Entretanto, após o término do procedimento investigatório, ficou evidenciada, de plano, a inexistência, nos fatos narrados na denúncia, dos requisitos essenciais à configuração do delito culposo, verificando-se, assim, não haver fato típico a ser imputado aos Denunciados, conforme a análise que se segue.

Consta da peça inicial o seguinte trecho, *in verbis*:

> *"(...) exsurge dos autos que* ***o acidente com o FAB 5540, que trouxe a óbito o Cap Ricardo e levou à perda da aeronave de combate, podia e devia ter sido evitado pelos denunciados caso tivessem observado os ensinamentos e as recomendações de segurança de voo do incidente com a aeronave A1, FAB 5541****, também do Esquadrão Poker, ocorrido no dia 19 de junho de 2009, pilotada pelo então 1º Tenente-Aviador Tiago Josué Diedrich.*
>
> ***Segundo o apurado, há inúmeras semelhanças entre o acidente com o FAB 5540, objeto destes autos, ocorrido em 2012, e o incidente com o FAB 5541, ocorrido em 2009****.*
>
> *Ambas as missões eram voos de reconhecimento à baixa altura, dentro de um vale, para a realização de reconhecimento visual e fotográfico, com sensor RTP, a uma altura sobre o terreno entre 300 a 500 pés (ft), com uma velocidade de 420 nós (kt). Nas duas missões, logo após sensoriar o alvo, tarefa que exige o desvio da atenção do piloto com o espaço aéreo, as aeronaves vieram a colidir com cabos de energia de linhas de transmissão não plotadas nas cartas de navegação nem constantes no Google Earth."* (grifamos).

Segundo o órgão de acusação, o Ten Cel **BOTELHO**, o Maj **OLIVEIRA** e o Cap **GILVANE** foram negligentes no desempenho das atribuições de suas relevantes funções, uma vez que deixaram de observar seus deveres de cuidado objetivo.

Afirma o representante ministerial que o Ten Cel **BOTELHO** e o Maj **OLIVEIRA** não cumpriram o dever de primar pela segurança de voo no Esquadrão, sendo omissos quando podiam e deviam ter agido para minimizar o nível de risco das missões de reconhecimento visual e com o POD RTP à baixa altura, e que o Cap **GILVANE** nada fez para evitar o planejamento de missões em vale, como a que culminou no trágico acidente objeto dos presentes autos.

No entanto, encontra-se destacado, na exordial acusatória, que "*Após o incidente com o FAB 5541, em 2009, **os voos de reconhecimento em vale deveriam passar a ser esporádicos, conforme a RSO 05/A/09**, (...)*" (grifamos).

Nesse ponto, merece especial atenção o termo "esporádicos" e seu real significado, considerando-se o contexto das atividades de rotina desenvolvidas no âmbito do Esquadrão Poker, assim como o que dispõe a norma RSO 05/A/09 do 1º/10º GAV.

Com relação à palavra "esporádico", os dicionários trazem os seguintes significados: "*Que ocorre apenas ocasionalmente; raro, isolado*"[91]; "*Que acontece com alguma raridade e sem nenhum padrão regular*"[92]; e "*Que se desenvolve de maneira irregular; **que acontece poucas vezes**; que se realiza somente em alguns casos; acidental, raro ou casual (...)*"[93] (grifamos).

Por sua vez, "*(...) o 1º/10º Grupo de Aviação é a Unidade da Força Aérea Brasileira que tem por Missão Principal a formação e o adestramento de equipagens na Tarefa Operacional de Reconhecimento Aéreo, além de qualificar pessoal especializado em foto-interpretação e, como*

---

[91] Esporádico. Michaelis Dicionário de Português *Online*. Disponível em: <http://michaelis.uol. com.br/moderno/portugues>. Acesso em: 1 fev. 2015.

[92] Esporádico. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/espor%C3%A1dico>. Acesso em: 1 fev. 2015.

[93] Esporádico. Dicionário *Online* de Português. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/ esporadico>. Acesso em: 1 fev. 2015.

Missão Secundária, realizar surtidas de ataque-ao-solo, quando determinado pelo seu Comando Superior"[94].

Tratando-se o 1º/10º GAV de uma unidade militar destinada precipuamente ao treinamento e aperfeiçoamento de pilotos com proficiência em missões de reconhecimento visual, e considerando-se o total de missões à baixa altura dentro de vale realizadas no período em que os Denunciados estiveram à frente de suas funções no Esquadrão Poker, constata-se, de forma inequívoca, que os acusados desempenharam suas atribuições com plena observância das normas de segurança em vigor, restando absolutamente afastada a tese ministerial de que os voos de reconhecimento em vale eram usuais.

Fazendo um estudo das informações constantes da denúncia, fornecidas pelo próprio Promotor de Justiça, observa-se que, desde que os três Denunciados assumiram suas funções no 1º/10º GAV, em 6/1/2012, 16/1/2012 e 1º/8/2011, respectivamente, e o dia do fatídico acidente, em 6/12/2012, foram cumpridas, no Esquadrão Poker, missões à baixa altura de reconhecimento visual e/ou com POD RTP contendo alvos dentro de vale, conforme detalhamento a seguir:

- Ten Cel **BOTELHO** (Comandante) – no período entre 6/1/2012 e 6/12/2012, ou seja, em 11 (onze) meses ou 300 (trezentos) dias, foram realizadas 18 (dezoito) missões, o que equivale a aproximadamente **1 (um) voo a cada 16 (dezesseis) dias** (menos de 2 voos por mês);

- Maj **OLIVEIRA** (Chefe da Seção de Operações) – no período entre 16/1/2012 e 6/12/2012, ou seja, em 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias ou 320 (trezentos e vinte) dias, foram realizadas 18 (dezoito) missões, o que equivale a aproximadamente **1 (um) voo a cada 17 (dezessete) dias** (menos de 2 voos por mês);

- Cap **GILVANE** (Chefe da Seção de Inteligência) – no período entre 1º/8/2011 e 6/12/2012, ou seja, em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias ou 490 (quatrocentos e noventa) dias, foram realizadas 19 (dezenove) missões, o que equivale a aproximadamente **1 (um) voo a cada 25 (vinte e cinco) dias** (praticamente 1 voo por mês).

---

[94] Histórico do 1º/10º GAV. Associação Brasileira de Pilotos de Caça. Disponível em: <http:// abra-pc.com.br/index.php/a-aviacao-de-caca/bolachas-de-caca>. Acesso em: 1 fev. 2015.

Traçando um paralelo entre o significado do termo "esporádicos" e o detalhamento das informações acima, conclui-se que a frequência das missões com alvo dentro de vale cumpridas enquanto os Denunciados exerciam suas funções no Esquadrão Poker era baixa, principalmente considerando a importante finalidade de treinamento de militares altamente qualificados para a defesa aérea do nosso país, inclusive na área de inteligência.

Passando à análise do teor da Recomendação de Segurança Operacional RSO 05/A/09[95], emitida pelo 1º/10º GAV após o incidente com o FAB 5541, ocorrido em 2009, verifica-se que a citada norma recomendava que o planejamento de missões de sensoriamento **evitasse** a escolha de alvos localizados dentro de vales, mas **não a proibia**.

Ademais, o Cap RICARDO recebeu todas as informações que estavam disponíveis aos Denunciados, tendo, inclusive, sido com ele revisadas as condições do voo para o qual estava escalado, todas essas condutas adotadas sob o comando dos Denunciados com o objetivo de garantir a execução da missão segundo os parâmetros ideais de segurança praticados nas unidades militares de treinamento da Força Aérea Brasileira, conforme trecho da denúncia, *in verbis*:

> *"(...)* ***para cumprir a missão de reconhecimento tático****, que deveria ser voada a uma altura de 300 a 500 pés (ft) sobre o terreno, a uma velocidade de 420 nós (Kt),* ***foi realizado, no dia 4/12/12, um planejamento da missão, envolvendo o Cap Ricardo e o 2º Sgt Márcio Spiazzi de Almeida Poerschke, este último técnico em informações de reconhecimento (TIR), onde foram abordados detalhes do voo****.*
>
> ***No dia dos fatos, cerca de 01h40min antes do voo, o Cap Ricardo e o 2º Sgt Matias Soccol, este último também técnico em informações de reconhecimento (TIR), realizaram um briefing da missão, onde novamente os detalhes do voo foram repassados****.*
>
> *(...)*

[95] RSO 05/A/09 DO 1º/10º GAV
"O Oficial de Segurança de Voo deverá, imediatamente, orientar os pilotos e o TIR quanto à ocorrência das linhas de alta tensão e encostas e quanto ao planejamento de eixos de sensoriamento que ***evitem a entrada em vales****, quando possível."* (grifamos).

> ***Restou apurado nos autos, ainda, que a referida linha de transmissão não foi mencionada durante o planejamento e o briefing da missão de reconhecimento do FAB 5540, realizado entre o piloto e os técnicos de informações de reconhecimento (TIR), uma vez que não se encontrava plotada nas cartas de navegação aérea utilizadas****, as quais são muito defasadas,* ***e tampouco constava das imagens utilizadas através do sistema Google Earth****."* (grifamos).

Assim, diante da ausência de demonstração de eventual prática de conduta negligente por parte dos Denunciados, ao invés tendo sido evidenciado o cumprimento das normas de segurança vigentes no Esquadrão Poker pelos três Denunciados, resta afastada a imputação de culpa, sob pena de aplicação da denominada teoria da responsabilidade objetiva, o que é inaceitável na esfera penal.

No mesmo sentido é o entendimento da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, revelado nos fundados argumentos da douta Subprocuradora-Geral Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, ao tratar, em especial, dos riscos inerentes à profissão de militar, *in verbis*:

> *"(...)* ***o Esquadrão POKER sempre fez reconhecimento tático, voos à baixa altura e naquela região, e os militares que ali serviam conviviam, diuturnamente, com o tipo de risco daí advindo****.*
>
> ***A toda evidência, essa cultura organizacional não era restrita ao 1°/10° GAV, mas à Força Aérea Brasileira como um todo, pois a Denúncia narra*** *(fl. 1185)* ***que os voos realizados à baixa altitude na região eram comuns****, sendo alterada tal rotina com o acidente datado de 6/12/2012, objeto dos autos.*
>
> ***Assim, não foi o Comandante do Esquadrão POKER, Ten Cel BOTELHO, primeiro denunciado, nem o Chefe da Seção de Operações desse Esquadrão, Major OLIVEIRA, segundo denunciado e tampouco o Chefe da Seção de Inteligência, Capitão GILVANE, terceiro denunciado, que inovaram no planejamento da missão de reconhecimento tático, em voo VFR, com navegação à baixa altura (NBA), prevista para o dia 6/12/2012, na qual o piloto da aeronave FAB 5540, Capitão Aviador ANDRÉ RICARDO HALMENSCHLAGER deveria, dentre outros objetivos, fazer o 'sensoriamento de uma balsa localizada no Rio Uruguai'. Os militares do 1°/10°***

GAV costumavam cumprir missões de reconhecimento com alvos situados em vales, há anos.

(...)

À fl. 1183 a Denúncia aponta a Recomendação de Segurança Operacional (RSO) 05/A/de 2009 do 1°/10° GAV, mas nesse documento, assim como em outras Recomendações semelhantes ***não há proibição taxativa*** *de os pilotos entrarem em vales durante os voos, na medida em que apenas recomenda que, 'quando possível' evitem a entrada em vales.*

A denúncia aponta (fl. 1188) que os dois primeiros denunciados não providenciaram sequer um Apronto Operacional sobre voo de reconhecimento tático no ano de 2012, embora já exercessem suas funções de Comandante e Chefe de Operações do Esquadrão POKER.

No caso em apreço, ***a falta do Apronto não foi determinante para a ocorrência do acidente****, não atinge a esfera penal de reprimenda, podendo ser considerada, a critério da autoridade militar, como transgressão disciplinar.*

Ressalte-se, ainda, que foram realizadas nos dias 5/10/2012 e 19/10/2012 *(fl. 1271)* ***duas outras missões de reconhecimento da balsa do Rio Uruguai, ou seja, com o mesmo objetivo da missão em que houve o acidente com o Cap RICARDO. Constata-se, por conseguinte, que cerca de dois meses antes do acidente com o Cap RICARDO foram realizadas duas missões com o mesmo objetivo e não houve reporte de perigo ou anormalidades e nem relato da existência de linhas de transmissão de energia não plotadas nas cartas de navegação aérea, o que inegavelmente trazia certa tranquilidade para o planejamento e execução da missão*** *(fls. 1122/1123 e 1144/1146).*

Por outro lado, nas Razões de Recurso em Sentido Estrito, o Parquet Militar destacou o seguinte (fl. 1266):

> *[...]*
>
> *A linha de transmissão que o FAB 5540 colidiu não foi mencionada durante o planejamento e o brifieng da missão de reconhecimento, uma vez que não se encontrava plotada nas cartas de navegação aérea utilizadas, as quais são muito defasadas e tampouco constava das imagens utilizadas através do sistema Google Earth.*

Esse ponto é muito relevante. Caso fosse do conhecimento de algum dos denunciados, então sim poderia se falar em culpa ou mesmo dolo eventual.

Não se pode olvidar que os cabos da rede elétrica da LUMITRANS se encontravam em funcionamento e devidamente sinalizados, sendo que a rede foi energizada desde 3/10/2007 (fl. 170), mas não estavam plotados nos mapas, porque não houve a necessária comunicação à Aeronáutica e outros órgãos interessados na área.

Saliente-se também que o Encarregado do IPM concluiu que o planejamento foi cumprido pelo piloto, sendo certo que o mesmo chegou a completar a sua missão de sensoriamento segundos antes de colidir na rede de alta tensão.

Assim, ***verifica-se que os denunciados não agiram com imprudência e nem com negligência, pois não descumpriram ou deixaram de fazer algo****.*

Isso se diz, primeiro porque não havia indicação dos fios de alta tensão nas cartas de navegação aérea utilizadas. Segundo, porque tais fios de alta tensão não constavam das imagens utilizadas através do sistema Google Earth. Terceiro, porque várias missões foram realizadas na região, sendo que há menos de dois meses duas missões, especificamente, tiveram o mesmo objetivo daquela que envolveu o FAB 5540 pilotado pelo Cap RICARDO, sem que houvesse relatório sobre a existência de fios de alta tensão, risco ou anormalidade. Quarto, porque o objetivo da missão a ser cumprida pelo Cap RICARDO era conhecido pelo Esquadrão POKER que há anos adotava esse tipo de missão e nenhum piloto se reportou a perigo. Quinto, a Aeronáutica não foi avisada sobre a instalação da rede de alta tensão.

O somatório de todas essas circunstâncias gerava tranquilidade para o planejamento e execução das missões naquela área, levando à firme convicção de que o acidente objeto dos autos foi uma fatalidade e não um fato isolado resultante de conduta porventura negligente dos três denunciados, que estavam inseridos na cultura organizacional do 1°/10° GAV*."* (grifamos).

Cumpre, ainda, mencionar as pontuais conclusões consignadas pelo Encarregado do IPM, ao lavrar o Relatório de fls. 153/159, *in verbis*:

"1) o acidente ocorreu em objeto de serviço, em cumprimento a escala de voo existente (Fl. nº 110);

2) o militar estava com sua inspeção de saúde em dia (Fl. nº 88 e 89);

3) ***o militar possuía experiência na aeronave*** *(Fl. nº 114 a 117);*

4) foi preenchido o plano de voo específico (Fl. nº 111) para a circulação aérea militar (Plano VOCOM), o que enquadra esse voo nessa categoria (regulado pela ICA 100-13 'regras de tráfego aéreo para circulação operacional militar'), e não como circulação aérea geral (CAG - regulado pela ICA 100-12 'regras do ar e serviços de tráfego aéreo');

5) ***o planejamento da missão ocorreu conforme o previsto nos regulamentos existentes e com a antecipação devida****. O planejamento foi cumprido pelo piloto, tanto que o mesmo chegou a completar a sua missão de sensoriamentos segundos antes de colidir na alta tensão;*

6) a meteorologia era propícia para o cumprimento da missão, pois não havia mau tempo no percurso e ***o sol já estava alto no horário do voo****. Além disso,* ***na proa em que foi realizado o sensoriamento o sol não dificultaria a visualização de obstáculos****;*

7) os meios de controle e comunicações existentes estavam operando normalmente no dia do acidente;

8) ***a altura que o piloto voava no momento do sensoriamento, avaliada pela análise do mesmo*** *(Fl. nº 147)* ***estava compatível com o preconizado no Manual de Reconhecimento*** *(Fl. nº 90), que prevê o voo de Navegação a Baixa Altura (NBA) de 300 a 500 ft de altura;*

9) ***a linha de transmissão não era do conhecimento do piloto e nem dos militares envolvidos no planejamento****, pois não aparecia nos mapas utilizados na navegação (Fl. nº 112), e nem em imagens satélite obtidas no programa 'Google Earth' (Fl. nº 113), datadas de 2005 no dia do acidente;*

(...)" (grifamos).

Diante do exposto, sabendo-se que a aeronave não apresentava nenhum problema técnico, que as instalações elétricas da LUMITRANS encontravam-se regulares e que o Cap RICARDO era "*(...) um experiente e competente piloto (possuía mais de mil horas de voo em A-1, sendo qualificado como instrutor da aeronave, além de ter ganho vários prêmios em competições da Aviação de Caça que participou) (...)*", outra não pode ser a conclusão senão a de que incide, no caso dos autos, a hipótese de

culpa exclusiva da vítima, que constitui causa de exclusão da tipicidade, uma vez que o lamentável resultado fatídico foi "*(...) decorrente do acidental, do imprevisível, do inusitado, estando, portanto, fora da seara do direito penal. (...)*"[96].

Sobre o assunto, cumpre trazer à colação as lições do professor Rogério Greco[97]:

> *"A conduta humana que interessa ao Direito Penal só pode ocorrer de duas formas: ou o agente atua dolosamente, querendo ou assumindo o risco de produzir o resultado, ou ele, culposamente, dá causa a esse mesmo resultado, agindo com imprudência, imperícia ou negligência. Dessa forma, somente podemos falar em conduta dolosa ou culposa.*
>
> ***A ausência de conduta dolosa ou culposa faz com que o fato cometido deixe de ser típico, afastando-se, por conseguinte, a própria infração penal cuja prática se quer imputar ao agente**." (*grifamos).

Na mesma linha do raciocínio acima desenvolvido é o entendimento dos Tribunais Superiores, sendo pertinente trazer à colação os seguintes julgados:

- **STM**, Recurso Criminal nº 2008.01.007522-0/MS, Rel. Min. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, Julg. 8/5/2008, DJe 2/7/2008, Unânime:

> "***EMENTA**: **RECURSO CRIMINAL. LESÃO CULPOSA. ADITAMENTO À DENÚNCIA. REJEIÇÃO. CONDUTA ATÍPICA.***
>
> ***A rejeição da denúncia por atipicidade do fato é medida excepcional, somente se justificando quando a conduta descrita na inicial não constituir crime em tese, de maneira inconteste**.*
>
> *A atipicidade da conduta descrita, capaz de justificar o não recebimento de denúncia, deve ser constatável primo ictu oculi.*
>
> *Não há conduta típica se constatável de plano a ausência de qualquer comportamento ou procedimento pautado pela*

---

[96] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 819.

[97] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 197.

inobservância do dever geral de cautela, ou seja, de elemento integrativo do tipo.

Recurso improvido. Decisão unânime." (grifamos).

- **STM**, Apelação nº 69-46.2012.7.09.0009/MS, Rel. Min. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Julg. 25/9/2014, DJe 6/10/2014, Unânime:

"*EMENTA. APELAÇÃO. MPM.* ***HOMICÍDIO CULPOSO****. ACIDENTE FLUVIAL.* ***AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL****.* ***ATIPICIDADE DA CONDUTA****.*

A ausência de nexo causal entre as ações dos acusados e o resultado decorrente impõe a absolvição por atipicidade de suas condutas, não se admitindo no Direito Penal brasileiro a responsabilidade penal objetiva*.*

Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime." (grifamos).

- **STM**, *Habeas Corpus* nº 1999.01.033407-6/PA, Rel. Min. Alte Esq JOSÉ JULIO PEDROSA, Julg. 6/4/1999, DJ 11/3/1999, Unânime:

"***EMENTA.*** HABEAS CORPUS. *PECULATO CULPOSO.* ***RESPONSABILIDADE OBJETIVA****.*

A responsabilidade objetiva é responsabilidade sem culpa, inexistente para fins penais.

O princípio da responsabilidade penal subjetiva, que preconiza a máxima nullun crimen sine culpa, afasta a possibilidade de atribuir-se a prática de crime a dirigente de repartição, pela eventual conduta negligente de funcionários subordinados, única e exclusivamente em razão do cargo que ocupa*.*

Atipicidade de conduta e falta de justa causa caracterizadas, importando no trancamento da ação penal.

Ordem concedida. Decisão unânime." (grifamos).

- **STJ**, RHC nº 44320/BA, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, Julg. 18/6/2014, DJe 1º/7/2014, Unânime:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. *HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.* ***DEVER OBJETIVO DE CUIDADO****. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO* PENAL. *RECURSO PROVIDO.*

> *1.* ***O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que devem ser descritas na inicial acusatória, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva****.*
>
> *2.* ***O simples fato de o réu estar na direção do veículo automotor no momento do acidente não autoriza a instauração de processo criminal por crime de homicídio culposo se não restar narrada a inobservância do dever objetivo de cuidado e sua relação com a morte da vítima, com indícios suficientes para a deflagração da ação penal****.*
>
> *3. A inexistência absoluta de elementos individualizados que apontem a relação entre o resultado morte e a conduta do acusado, ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando, assim, inepta a denúncia.*
>
> *4. Recurso provido para, reconhecendo a inépcia da denúncia, por ausência de individualização da conduta atribuída ao Recorrente, determinar o trancamento da ação* penal *instaurada em seu desfavor, sem prejuízo de que outra seja oferecida, desde que observados os requisitos legais."* (grifamos).

- **STJ**, REsp nº 873353/AC, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, Julg. 15/3/2007, DJ 16/4/2007, Unânime:

> *"RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.* ***CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA****. ABSOLVIÇÃO.*
>
> ***Se o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima****, conforme bem delineado no v. acórdão vergastado,* ***não há como se imputar ao condutor do automóvel o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor*** *(art. 302, do CTB), sendo de rigor, portanto, sua absolvição.*
>
> *Recurso desprovido."* (grifamos).

Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento de matéria constitucional, constata-se que a decisão impugnada está devidamente fundamentada e que o Ministério Público teve assegurado o exercício de sua função institucional de "*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*", restando clara a inocorrência de afronta aos arts. 93, inciso IX, e 129, inciso I, ou a qualquer um dos preceitos da Constituição Federal.

Posto Isso, nego provimento ao recurso ministerial para manter inalterada a decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em negar provimento ao Recurso ministerial para manter inalterada a Decisão recorrida.

Brasília, 7 de abril de 2015 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

_____

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 137-02.2014.7.03.0103-RS

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Recorrente – Carlos Oneides Corrêa Vieira, 2º Ten Ex.

Recorrida – A Decisão do Conselho Especial de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 6/11/2014, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 59-08.2014.7.03.0103, que rejeitou a arguição da defesa de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito.

Advogado – Dr. Rafael Scherer Politano.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUPOSTA REVELAÇÃO DE DADOS EM RAZÃO DE CARGO OU FUNÇÃO. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL – ART. 326 DO CPM – CRIME MILITAR. FRAUDES EM CERTAMES DE INTERESSE PÚBLICO – ART. 311-A DO CP – CRIME COMUM. ART. 9º, INCISO II, ALÍNEA "E", DO CPM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. DECISÃO UNÂNIME. I – Preenchidas as elementares do art. 326 do CPM, à luz do princípio da especialidade, prevalece em relação ao art. 311-A do CP Comum. II – O art. 326 do CPM é crime próprio, exigindo a condição especial do agente (civil ou militar) que, no exercício de cargo ou de função, revela ou facilita a revelação de segredo (intraneus). *Todavia, o art. 311-A do CP é crime comum, pois a utilização ou a divulgação do conteúdo sigiloso a que se refere o* caput *do dispositivo pode ser realizada por qualquer pessoa (os agentes públicos e/ou os* extraneus). *III – As pessoas jurídicas de direito público que, em tese, suportam o prejuízo decorrente da conduta do agente estão em esferas distintas. No art. 326 do CPM, o sujeito passivo, em primeiro grau, é a Administração Militar, campo específico da Administração Pública e que se ressente dos prejuízos causados pela revelação do segredo. Por outro lado, no tocante ao art. 311-A do CP Comum, o sujeito passivo, em primeiro grau, é a Administração Pública em geral. IV – A competência da JMU está prevista no art. 124 da CF/1988, a qual abrange o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei. O Direito Penal Militar tutela valores indispensáveis à regularidade e à permanência das Instituições Militares. A par disso, constata-se que o crime de violação de sigilo funcional, art. 326 do CPM, tem*

como objetivo tutelar as obrigações inerentes a cargos e funções nos quais se detectam elevados níveis de confiança. V – A natureza de crime militar dá-se ante a conjugação do estabelecido no art. 9º, inciso II, alínea "e", c/c o 326, ambos do CPM. VI – Negado provimento ao Recurso. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso da Defesa, mantendo na íntegra a Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Mário Sérgio Marques Soares. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Luis Carlos Gomes Mattos. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 19ª Sessão, 30/3/2015).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito (RSE) interposto pela Defesa do 2º Ten Ex CARLOS **ONEIDES** CORRÊA VIEIRA, inconformada com a Decisão do Conselho Especial de Justiça para o Exército (CEJEx) da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 6.11.2014, proferida nos autos da Ação Penal Militar (APM) nº 59-08.2014.7.03.0103/RS, que rejeitou a arguição de incompetência da Justiça Militar da União (JMU) para processar e julgar o feito.

Consta dos autos que, em 16.1.14, o Procurador da República Dr. Mark Torronteguy Nunez Weber denunciou o 2º Ten Ex ONEIDES nos seguintes termos (fls. 13/16):

> *"(...) No dia 2 de julho de 2013, nas dependências do Colégio Militar de Porto Alegre/RS (CMPA), o denunciado CARLOS ONEIDES CORRÊA VIEIRA, 2º Tenente Militar do CMPA, na qualidade de membro da comissão responsável pela elaboração das questões da prova de Educação Física do Concurso Público*

para provimento de cargos de Professor de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, no Quadro de Lotação do Pessoal Civil no Colégio Militar de Porto Alegre/RS (CMPA), realizado no dia 7 de julho de 2013, consciente da reprovabilidade de sua conduta, divulgou, indevidamente, conteúdo sigiloso de concurso público com o fim de beneficiar a candidata Franciele Dresch, que estava inscrita no referido certame público.

Conforme apurado, na data e local acima, por volta das 14h15, o denunciado CARLOS ONEIDES, 2º Tenente do Exército, dirigiu-se à 3º Sargento, Franciele Dresch, que, na ocasião se encontrava realizando o serviço de guarda próximo à sala do comandante da guarda, e a indagou se ela era formada em educação física, tendo a sargento respondido afirmativamente. Em seguida, o denunciado pediu que Franciele pegasse um rascunho; CARLOS ONEIDES começou a rabiscar o papel e questionou Franciele se ela saberia organizar uma competição com 10 equipes. Após, o denunciado continuou a desenvolver o problema no papel fazendo um esquema de chaveamento de competição com dez equipes, anotando as expressões '15 gaivotas', 'campeão' e '2 X'. Em seguida, pediu que Franciele decorasse aquilo, pois valeria 15 gaivotas, e depois jogasse fora o papel.

(...)

Assim agindo, o denunciado CARLOS ONEIDES CORRÊA VIEIRA, ao divulgar, indevidamente, conteúdo sigiloso de concurso público, com o fim de beneficiar outrem, consistente na revelação de conteúdo de questão da prova discursiva de Educação Física à candidata ao cargo de professor do CMPA, praticou o crime de Fraude em Certame de Interesse Público, insculpido no artigo 311-A, caput*, do Código Penal Brasileiro (...)".*

Em 4.4.2014, o Juiz Federal Substituto da 11ª Vara Federal de Porto Alegre Dr. Ricardo Humberto Silva Borne declinou da competência da Justiça Federal e determinou a remessa dos autos para a JMU (fls. 17/19).

Na sequência, o Procurador da Justiça Militar Dr. Clauro Roberto de Bortolli, em 5.8.2014, denunciou o Oficial nos seguintes termos (fls. 9/12):

"(...) Na data de 14 de junho de 2013, o Boletim Interno Reservado nº 012 do Colégio Militar de Porto Alegre (CMPA) publicou a nomeação de militares e servidores civis integrantes

de comissões necessárias ao planejamento, execução e coordenação, no âmbito daquele Colégio Militar, de atividades relacionadas ao Concurso Público para o provimento de cargos da Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT) nos Colégios Militares, cujas provas dar-se-iam no dia 7 de julho de 2013. O ora denunciado 2º Tenente Carlos Oneides Corrêa Vieira foi nomeado Membro da Comissão Examinadora da disciplina de Educação Física, juntamente com o Servidor Civil Professor Hélio Riche Bandeira e o Major Ílio Araújo de Oliveira Júnior, que a presidia.

Por conta de tal nomeação, o ora denunciado 2º Tenente Oneides participou de uma reunião com todos os responsáveis pela parte de provas do concurso, ocasião em que o Tenente-Coronel Alexandre Tarta, Chefe da Divisão de Ensino do CMPA e Coordenador-Geral das Comissões Examinadoras, discorreu especificamente sobre o sigilo do concurso e que, face a participação de vários profissionais do CMPA como candidatos, o caráter sigiloso e a discrição deveriam ser redobradas, ocasião em que foi passado para os presentes um termo de sigilo, para que todos tomassem conhecimento, tirassem suas dúvidas e, após, o assinassem. Assim, o 2° Tenente Oneides firmou o competente 'Termo de Compromisso de Manutenção de Sigilo', no qual declarou ter pleno conhecimento da sua responsabilidade no que concerne ao sigilo que deveria ser mantido sobre as atividades do referido certame, bem como sobre as informações que, por força de sua função ou de forma eventual, viessem a ser do seu conhecimento, comprometendo-se, ainda, a guardar o sigilo necessário sobre tais assuntos.

De destacar que, em reuniões acontecidas no âmbito da Comissão Examinadora da disciplina de Educação Física, da qual fazia parte o Tenente Oneides, dentre outros assuntos, os integrantes da referida Comissão discutiram sobre as questões elaboradas, sendo do conhecimento do ora denunciado que o Servidor Civil Professor Hélio Riche Bandeira havia elaborado duas questões dissertativas, sendo que uma delas versava sobre a organização de um evento esportivo (uma competição de handebol*), com 10 equipes, inclusive sendo elaborado pelo Professor Hélio um rascunho a respeito do chaveamento adequado para tal competição, ficando praticamente certo que tais questões estariam na prova e valeriam '15 gaivotas', tudo a depender da decisão final do Major Ílio Araújo de Oliveira Júnior.*

Em que pese tais circunstâncias, cinco dias antes da realização das provas, ou seja, na data de 2 de julho de 2013, por volta das 14h45min, no interior do Colégio Militar de Porto Alegre (CMPA), o ora denunciado 2º Tenente Carlos Oneides Corrêa Vieira, encontrando a 3º Sargento do Exército Franciele Dresch, no Corpo da Guarda do CMPA, veio a indagar-lhe se ela era formada em Educação Física e se faria o concurso para Professor, a ocorrer no próximo dia sete. Obtendo uma resposta afirmativa, solicitou que a candidata pegasse um papel e uma caneta e, ato contínuo, questionou se a mesma sabia organizar uma competição com 10 equipes, passando a rascunhar no papel o chaveamento adequado, e, em seguida, disse para a 3º Sargento Franciele decorar o esquema de chaveamento contido no rascunho, uma vez que o mesmo valia '15 gaivotas', expressão que o próprio denunciado escreveu no papel, alertando que a mesma deveria jogá-lo fora, após ter decorado a questão rascunhada.

No dia seguinte à conversa com o ora denunciado, a Sargento Franciele levou o assunto ao conhecimento do Major Ricardo Klein Hoffmann, aduzindo que estava achando tudo muito estranho e errado e que não queria se meter em confusão, sendo orientada a redigir uma parte a respeito, com o que o assunto foi levado ao conhecimento do Major Ílio, Presidente da Comissão Examinadora da disciplina de Educação Física, do Tenente-Coronel Alexandre Tarta, Chefe da Divisão de Ensino do CMPA e Coordenador-Geral das Comissões Examinadoras do concurso, e do próprio Comandante do CMPA, ficando definida a destituição do Tenente Oneides da Comissão Examinadora da prova de Educação Física, a instauração de uma sindicância para apuração dos fatos, e, como medida a garantir lisura do certame, a revisão e a retirada da prova das questões que tivessem ligação com o assunto tratado entre o citado oficial e a Sargento Franciele.

Diante do contido, verifica-se que, no dia 2 de julho de 2013, nas dependências do Colégio Militar de Porto Alegre (CMPA), o 2º Tenente do Exército Carlos Oneides Corrêa Vieira revelou à candidata 3º Sargento do Exército Franciele Dresch, em prejuízo da Administração Militar, fato que deveria permanecer em segredo e do qual tinha ciência em razão da função de Membro da Comissão Examinadora da disciplina de Educação Física do Concurso Público para o provimento de cargos da Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico

(EBTT) nos Colégios Militares, estando tal conduta delituosa tipificada no Art. 326 do Código Penal Militar ('violação de sigilo funcional') (...)".

Em 1.10.2014, a Defesa interpôs Exceção de Incompetência perante o Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM. Alegou, em síntese, que o Ministério Público Federal (MPF) denunciou o acusado como incurso no art. 311-A, inciso I, do CP comum; a Justiça Federal declinou da competência para a JMU; o MPM denunciou o Oficial como incurso no art. 326 do CPM; a Denúncia não descreveu o prejuízo à Administração Militar; inexiste a tipicidade descrita no CPM; e, alfim, requereu a declaração da incompetência da JMU (fls. 20/24).

Em 8.10.2014, o MPM pugnou pela rejeição do pedido apresentado pela Defesa (fl. 25).

O CEJEx da 1ª Auditoria da 3ª CJM, em 6.11.2014, rejeitou, por unanimidade de votos, a Exceção de Incompetência (fls. 26/28).

A Defesa interpôs o presente RSE em 10.11.2014 (fls. 1/8). Em razões recursais, argumentou que: o MPF denunciou o acusado como incurso no art. 311-A, inciso I, do CP comum; a Justiça Federal declinou da competência para a JMU; o MPM denunciou o Oficial como incurso no art. 326 do CPM; foi interposta a exceção perante o Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM, a qual foi rejeitada pelo CEJEx; os fatos descritos na Denúncia não estão previstos no CPM; a competência deve ser declinada à Justiça Federal; houve erro do Juízo Federal ao enquadrar o recorrente no art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM; a Denúncia do MPM é genérica, pois inexiste tipo específico para os fatos narrados no CPM a ensejar a aplicação do art. 9º, inciso II, do CPM; e, alfim, requereu a declaração da incompetência da JMU (fls. 20/24).

O MPM, em contrarrazões, sustentou que: a conduta delituosa foi praticada por militar da ativa; houve ofensa ao art. 326 do CPM, com prejuízo à Administração Militar; o Juízo Federal fundamentou a sua Decisão com base em precedente deste Tribunal no *"caso de fraude ao concurso da ECEME"*; e, por fim, manifestou-se pela competência da JMU (fls. 31/33).

Em 27.11.2014, o CEJEx manteve a Decisão de rejeição da Exceção de Incompetência (fls. 38/40).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em Parecer do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Péricles Aurélio Lima de Quei-

roz, argumentou que: o recorrente defende-se de fatos e não de tipificação jurídica; o art. 326 do CPM admite o enquadramento da conduta relatada na Denúncia; a Defesa deseja protelar o exame dos fatos; as circunstâncias permitem inferir a existência de indício de crime militar a justificar a persecução penal na JMU; e, alfim, opinou pelo não provimento do Recurso (fls. 47/51).

É o Relatório.

VOTO

O presente Recurso preenche os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido, processado e julgado.

Conforme relatado, o RSE foi interposto pela Defesa do 2º Ten Ex CARLOS ONEIDES CORRÊA VIEIRA, inconformada com a Decisão do CEJEx da 1ª Auditoria da 3ª CJM, a qual rejeitou a Exceção de Incompetência, reconhecendo, por unanimidade de votos, a competência da JMU para julgar o feito.

Em síntese, o Oficial foi denunciado, na Justiça Federal e na JMU, pelo fato de ter divulgado informações sobre o Concurso Público para Provimento de Cargos de Professor do Colégio Militar de Porto Alegre (CMPA), com a finalidade de beneficiar a candidata 3º Sgt Franciele Dresch. Destaca-se que o Recorrente foi designado, em Boletim Interno (BI) do CMPA, como membro da Comissão responsável da elaboração das questões da prova de Educação Física, prestando o compromisso legal e assinando o Termo de Manutenção de Sigilo.

Na Justiça Federal, o MPF denunciou o Oficial nas condutas do art. 311-A, Inciso I, do CP Comum – "**Fraudes em Certames de interesse público"** (fls. 13/16).

O Juiz Substituto da 11ª Vara Federal de Porto Alegre, em Decisão de 4.4.2014, declinou da competência para a JMU (fls. 17/19).

Na JMU, o *Parquet Milicien* denunciou o Recorrente nas condutas do art. 326 do CPM – **"Violação de sigilo funcional"** (fls. 9/12).

Na ótica da Defesa, o Juiz Substituto da 11ª Vara Federal de Porto Alegre declinou, equivocadamente, de sua competência, oportunizando ao MPM denunciar o Recorrente, como incurso nas condutas do art. 326 do CPM – "violação de sigilo funcional". Alegou, ainda, que a Denúncia do MPM é genérica, pois inexiste tipo específico para os fatos narrados no CPM, requerendo a declaração da incompetência da JMU (fls. 20/24).

Primeiramente, esclarece-se sobre os aspectos jurídicos do crime de "violação de sigilo funcional", previsto no art. 326 do CPM, *in verbis*:

> *"Art. 326.* ***Revelar fato*** *de que tem ciência* ***em razão do cargo ou função e que deva permanecer em segredo****, ou facilitar-lhe a revelação, em prejuízo da administração militar.*
>
> *Pena – detenção, de seis meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui crime mais grave."* (grifei).

Semelhante disposição encontra-se descrita no art. 325 do Código Penal Comum – *revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação* –, **diferindo, apenas, pelo fato de que o delito castrense exige potencial prejuízo para a Administração Militar**.

Importante destacar que o delito castrense de violação de sigilo funcional compreende **a revelação de fato de que tenha ciência em razão do cargo**, **e também de função**, enquanto o crime comum restringe-se apenas a **cargo**.

Ademais, a violação de sigilo funcional é crime impropriamente militar, pois o agente pode ser tanto servidor civil como militar, desde que esteja em exercício de cargo ou de função com acesso ao fato sigiloso.

Por sua vez, o agente vai incidir nas circunstâncias do crime quando revelar o fato de que tem ciência, ***em razão do cargo ou da função***, o qual está protegido pelo segredo, ou facilitar-lhe a revelação, ***em prejuízo da administração militar***.

É oportuno apresentar os comentários de Guilherme de Souza Nucci[98] no tocante ao delito castrense de violação de sigilo funcional:

> *"(...)* ***O sujeito ativo é o funcionário público****, abrangendo o aposentado ou em disponibilidade.* ***O sujeito passivo é o Estado, no contexto da administração militar****; secundariamente, a pessoa prejudicada com a revelação.* ***Revelar significa fazer conhecer ou divulgar****; facilitar a revelação que dizer tornar sem custo ou esforço a descoberta.* ***O objeto é o fato que deva permanecer em segredo****.* ***O tipo se refere a fato de que tem ciência, ou seja, o fato*** *(qualquer acontecimento)* ***que chega ao conhecimento do funcionário justamente por conta do cargo***

[98] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal militar comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 429/430.

> ***que exerce. A expressão em razão do cargo significa que a informação somente chegou ao seu conhecimento porque exerce uma função pública.*** *Não fosse funcionário público e desconheceria o ocorrido. Entretanto, se tomou ciência do fato por intermédio de outra fonte que não o seu cargo, não comete o delito previsto neste tipo penal.* ***Segredo é o que deveria ser mantido em sigilo, sem qualquer divulgação.*** *Se o funcionário conta o fato sigiloso a quem dele já possui conhecimento, não se consuma a infração penal. Por outro lado, quando, em nome do interesse público, houve necessidade da revelação do fato – para apuração de um crime mais grave que está sendo encoberto, por exemplo –, cremos não se configurar o crime. Ensina Noronha: 'No tocante ao delito em tela, se é o interesse público que impede guarde silêncio o funcionário, tal obrigatoriedade cessa quando outro interesse público maior se levanta'. (Direito penal, v. 4, p. 287) (...)".* (grifei).

Trago, também, os ensinamentos de NEVES e STREIFINGER[99] quanto ao delito em tela:

> *"(...) Objetividade jurídica: é a Administração Militar.*
>
> *Sujeitos do delito: o sujeito ativo do delito pode ser tanto o militar da ativa, federal ou estadual, quanto, desde que em função, o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF).*
>
> ***O sujeito passivo****, titular do bem jurídico aviltado,* ***é a Instituição Militar, por meio de sua administração.***
>
> *Elementos objetivos: os núcleos das condutas são 'revelar' e 'facilitar' (a revelação).* ***O autor revela, conta, comunica a alguém segredo de que tomou conhecimento em vista de seu exercício funcional, ou seja, é o autor, a quem a Instituição Militar confiou a responsabilidade de conhecer um segredo seu, ferindo o dever de sigilo funcional****; assim, o segredo em questão só pode ser algo de interesse para a administração militar, podendo até existir remissão a assunto de cunho particular, mas o cerne da questão está vinculado à Instituição, mesmo*

[99] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 1497/1499.

porque, se assim não fosse, o delito seria classificado como crime contra a pessoa. (...)

Elemento subjetivo: é tão somente o dolo, a vontade livre e consciente de macular o segredo funcional que lhe foi confiado.

Consumação: o delito se consuma com a revelação do segredo a quem não o possa conhecer (...)". (grifei).

Consoante o entendimento dos autores citados, infere-se que a especialidade do crime de violação de sigilo funcional capitulado no art. 326 do CPM está concentrada no prejuízo causado à Administração Militar, após o servidor público (militar ou civil), exercendo o seu cargo ou a sua função, revelar os fatos sigilosos.

Nesse prisma, não há dúvida de que se o agente (militar ou civil), em razão de exercício de seu cargo ou função, divulgar os dados que deveriam permanecer em segredo, causando prejuízo à Administração Militar, incidirá nas condutas do art. 326 do CPM.

A Defesa sustenta que os fatos imputados ao recorrente estão descritos no art. 311-A, inciso I, do CP Comum, não podendo ser apreciados pela JMU.

Entretanto, afirma-se que a especialidade do art. 326 do CPM, em face do art. 311-A, inciso I, do CP Comum, é evidente no presente caso, ante os fatos narrados na Denúncia, a qual traz situações próprias para firmar a competência desta Justiça Especializada.

Assim, torna-se indispensável comparar esses dispositivos para se concluir sobre a aplicação, *in casu*, do art. 326 do CPM.

O art. 311-A do CP Comum está assim redigido:

"DAS FRAUDES EM CERTAMES DE INTERESSE PÚBLICO

Art. 311-A. ***Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de****:*

I – concurso público*;*

II – avaliação ou exame públicos;

III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV – exame ou processo seletivo previstos em lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

> *§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no* caput.
>
> *§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:*
>
> ***Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.***
>
> ***§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público."*** (grifei).

Note-se que o Legislador inseriu este crime pela Lei nº 12.550, de 15.12.2011, constando do Título X, que trata dos *crimes contra a fé pública*, a qual foi o bem jurídico escolhido para ser protegido das possíveis fraudes em certames.

Nesse sentido, verifica-se que **o art. 311-A** do CP é crime comum, **pois a utilização ou a divulgação do conteúdo sigiloso** a que se refere o *caput* do dispositivo **pode ser realizada por qualquer pessoa** (os agentes públicos e/ou os *extraneus*). Todavia, **o art. 326** do CPM **é crime próprio, exigindo a condição especial do agente** (civil ou militar) **que, no exercício de cargo ou de função, revela ou facilita a revelação de segredo** (*intraneus*).

Destaca-se, também, **a diferença entre as pessoas jurídicas de direito público que suportarão o prejuízo decorrente da conduta do agente**. **No art. 311-A** do CP Comum**, o sujeito passivo, em primeiro grau, é a Administração Pública**. Por outro lado, **no tocante ao art. 326** do CPM, **o sujeito passivo, em primeiro grau, é a Administração Militar**, a qual detém a titularidade do bem jurídico.

Ressalte-se, ainda, que **os prejuízos decorrentes da conduta do agente são suportados pela Administração Pública, mas em esferas distintas**. **Para o art. 311-A** do CP Comum, **é a Administração Pública em geral que vai suportar o aludido dano**. **Já para o art. 326** do CPM, **é a Administração Militar, ou seja, campo específico da Administração Pública e que se ressente dos prejuízos causados pela revelação do segredo**.

Desse modo, os fatos descritos na Denúncia ensejam, em tese, crime de natureza militar, em face do estabelecido nos arts. 9º, inciso II, alínea "e", c/c o 326, ambos do CPM.

Por fim, resta claro que a especialidade do art. 326 do CPM prevalece no presente feito, atraindo a competência para a JMU.

É importante destacar a interpretação do CEJEx da 1ª Auditoria da 3ª CJM para manter a competência da JMU.

Como se observa, o Juízo *a quo*, ao receber a Denúncia, destacou o suposto prejuízo causado à Administração Militar, *in verbis* (fls. 26/27):

> *"(...)* ***No caso em exame, importa salientar que as instituições militares foram atingidas de forma mais grave do que a administração pública em geral, uma vez que, segundo a denúncia, foi revelada questão de prova de concurso militar****.*
>
> ***Essa diferente intensidade em que foi atingido o bem jurídico tutelado – administração militar – resolve o conflito de normas e faz prevalecer a legislação especial militar sobre a legislação penal comum.***
>
> *A denúncia não fez menção ao prejuízo em unidade monetária, sim, implicitamente, ao princípio da moralidade que vige na administração pública, tratando-se de crime militar, nos termos do art. 9º, inciso III, letra 'a', do CPM (contra ordem administrativa militar).*
>
> *ISTO POSTO, indefere-se o pedido da defesa, para efeito de declarar a competência deste Juízo (...)".* (grifei).

Ressalte-se, portanto, que a existência de possível lesão à Administração Militar restou destacada pelo Juízo *a quo* para reconhecer a competência da JMU.

No mesmo sentido, opinou a PGJM, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, ao consignar que (fls. 47/51):

> *"(...) Discute-se a viabilidade da ação penal na Justiça Castrense, porém as circunstâncias da conduta permitem inferir que* ***o delito é crime militar,*** *por leitura do artigo 9º, do Código Penal Militar,* ***praticado por militar em situação de atividade, em lugar sujeito à Administração Militar. A Defesa deseja protelar o inevitável, mas estão presentes todas as causas da ação a fim de firmar a competência, conforme jurisprudência desse Egrégio Superior Tribunal Militar*** *(...)".* (grifei).

Logo, se confirmado, na instrução processual, o prejuízo, este terá relação com a Administração Militar, campo específico do gênero Ad-

ministração Pública. Como descrito, trata-se de suposto fato praticado por militar, exercendo a função específica de membro da Comissão responsável pela elaboração de Provas do CMPA, tendo ocorrido, no interior desta OM, a suposta revelação do fato sigiloso.

Evidente, nesse caso, que a Decisão proferida pelo Juízo *a quo*, com a manifestação favorável da PGJM, manteve, acertadamente, a competência desta Justiça Castrense para processar e julgar o feito.

A competência da JMU está prevista no art. 124 da CF/1988, a qual abrange o processo e o julgamento dos *crimes militares definidos em lei* e está consubstanciada no Código Penal Militar, Decreto-lei nº 1.001, de 21.10.1969, que traz o rol dos crimes militares em tempo de paz e de guerra.

O Direito Penal Militar tutela valores indispensáveis à regularidade e à permanência das Instituições Militares. É importante, para o aplicador da lei material castrense, conhecer as características próprias das Forças Armadas, para preservar e manter as suas funcionalidades no cumprimento de sua destinação constitucional.

A par disso, constata-se que o crime de violação de sigilo funcional previsto no art. 326 está localizado no Capítulo VI do Título VII – Dos Crimes Contra a Administração Militar –, na Parte Especial do CPM. Destaca-se, ainda, que o citado Capítulo VI especifica os tipos penais Contra o Dever Funcional, com o objetivo de tutelar as obrigações inerentes a cargos e funções nos quais se detectam elevados níveis de confiança.

Conforme consta dos autos, na ótica do *Parquet Milicien*, estão presentes os requisitos obrigatórios previstos nos art. 30 e 77, ambos do CPPM, para o oferecimento da Denúncia, a qual traz a suspeita fundada de existência de crime militar, tornando-se legítimo o desenvolvimento regular da Ação Penal Militar nesta Justiça Especializada.

Além disso, o tema também foi tratado, indiretamente, na ação de *Habeas Corpus* nº 210-73.2014.7.00.0000/RS, na qual o Recorrente foi o Paciente, tendo sido lavrada a Ementa do Acórdão deste Tribunal nos seguintes termos:

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. ***CRIME DE VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL.*** *ART. 326 DO CPM.* ***TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE****.*

> ***Não há como considerar atípica a conduta ou inexistente a lesividade à Administração sem adentrar no exame de mérito***. *E, como se sabe,* ***tais questões somente poderão ser conhecidas e decididas após a devida instrução processual sob pena de supressão da instância*** *de 1º Grau e violação do princípio do juiz natural, postulado de natureza constitucional.*
>
> *Na fase de admissibilidade da deflagração da ação penal, ao magistrado cabe, tão somente, verificar se a peça acusatória preenche os requisitos exigidos pelos arts. 77 e 78 do CPPM. Ordem denegada. Unânime (...)".* (STM. *Habeas Corpus* nº 210-73.2014.7.00.0000/RS. Relator Ministro Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI. Julgado em 18.12.2014 e Publicada no DJe em 11.2.2015). (grifei).

Desse Julgado, depreende-se o cabimento da manutenção do regular trâmite do processo na primeira instância desta JMU, destacando-se a impossibilidade de trancamento da Ação Penal na espécie.

Assim, o Tribunal já apreciou, de forma indireta, e reconheceu a competência desta Justiça Especializada para o processo e julgamento da Ação Penal nº 59-08.2014.7.03.0103, em trâmite na 1ª Auditoria da 3ª CJM, que se encontra em fase de instrução criminal.

Diante disso, alinho-me integralmente à interpretação dada pelo Juiz Federal Substituto da 11ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, ao declinar da competência para a JMU, no sentido de que (fls. 17/19):

> *"(...) Desta forma, parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido que, mesmo antes da sentença, a desclassificação da conduta imputada ao réu pode dar-se quando o vício na capitulação realizada ferir os direitos processuais conferidos ao acusado, no caso dos autos, o juízo competente para processo e julgamento do feito.*
>
> ***O Referido colégio militar está subordinado à Diretoria de Ensino Preparatório e Assistencial (DEPA), pertencente ao Departamento de Educação e Cultura do Exército (DECEx). É estabelecimento de ensino, portanto, ao Exército Brasileiro e ao Ministério da Defesa.***
>
> ***De acordo com julgado do Superior Tribunal Militar, infrações penais similares àquela descrita na denúncia foram classificadas como violação ao sigilo funcional*** *(...)".* (grifei).

No presente caso, a existência de indícios do crime previsto no art. 326 do CPM, consubstanciada em elementos idôneos de informação, aos quais se soma a citada Decisão do Juízo Federal, reforça a competência desta Justiça Especializada.

Nesse aspecto, é possível perceber que a conduta, descrita na Denúncia, configura, em tese, crime militar. É, portanto, necessário permitir o desenvolvimento regular do Processo Penal Militar para que, durante a instrução criminal, sejam melhor apreciados os elementos caracterizadores do delito e da culpabilidade do agente.

Nessa lógica, não há como subsistir a tese defensiva de que a competência da Ação Penal nº 59-08.2014.7.03.0103, em trâmite na 1ª Auditorias da 3ª CJM, deva ser declinada para a Justiça Federal, pois os documentos acostados aos autos demonstraram a existência de suposto crime militar de violação de sigilo funcional cometido, em tese, pelo recorrente, conforme já decidiu esta Corte no *Habeas Corpus* nº 210-73.2014.7.00.0000/RS.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso da Defesa, mantendo a Decisão hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em negar provimento ao Recurso da Defesa, mantendo na íntegra a Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 30 de março de 2015 – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, Ministro-Relator.

ÍNDICE DE ASSUNTO

A

Administração Militar
Erro no licenciamento, 142
Indivíduos arredios, 202
Poder discricionário, 18, 104-105, 164
Presunção de legitimidade, 132

Agravo regimental
Nº 18-62.2011.7.06.0006-DF, 79

Apelação
Nº 11-03.2014.7.01.0201-RJ, 91
Nº 15-78.2009.7.06.0006-BA, 219
Nº 25-49.2013.7.03.0303-RS, 248
Nº 55-60.2012.7.02.0202-SP , 264
Nº 72-27.2013.7.07.0007-PE, 332
Nº 110-41.2012.7.01.0201-RJ, 339
Nº 110-75.2011.7.01.0201-RJ, 365

C

Coação Ilegal
Demonstração, 374
Habeas Corpus, 394

Concurso Público
Divulgação de conteúdo sigiloso, 479-487

Condenação, 117
Crime de deserção, 27, 105
Hipóteses de isenção de efeitos, 117
Sem lastro probatório mínimo, 85

Condenação à Revelia, 149-151

Conselho de Justiça
Categorias, 138
Competência, 65, 68, 70
Jurisdição, 66
Responsabilidade, 50-51

Conselho de Justiça Permanente
Usurpação de competência, 64

Constrangimento Ilegal
Habeas Corpus, 110, 373, 402
Liberdade de ir e vir, 423-424
Verificação de ocorrência, 411-412

Crime de Deserção ver **Deserção**

Crime Militar
Constituição Federal, 62
Contra ordem administrativa militar, 489
Detenção cautelar, 62
Prática de ato libidinoso, 122
Recurso em sentido estrito, 478
Responsabilidade penal, 383

Culpa Exclusiva da Vítima, 476
Recurso em sentido estrito, 451, 474

D

Defesa Técnica
Direito de constituir, 405

Desincorporação
Ato vinculado, 162
Conceito, 18, 207
Desertor arrimo, 106, 164
Da praça, 162, 179
Interrupção do Serviço Militar, 160, 164
Ocorrência, 105, 165

Deserção, 17
Apelação, 91
Celeridade processual, 13
Condição de Militar, 103
Praticada por praça sem estabilidade, 15
Previsão do crime, 143
Serviço Militar Inicial, 16
Tempo de serviço militar, 153
Tipificação, 14

Desrespeito a Superior
Apelação, 332

Dever Militar,
Afronta, 25, 161
Tutela, 14, 114, 130, 204

Direito Militar, 38-47

Direito Penal Militar
Princípio da insignificância, 253

E

Estado de Embriaguez
Habeas Corpus, 379

Estado de Necessidade
Apelação, 91, 365
Incidência, 56
Tipificação, 131

Estelionato, 398, 401
Apelação, 365
Habeas Corpus, 394

F

Furto
Apelação, 219, 248
Consumação, 231-232

H

Habeas Corpus
Nº 22-46.2015.7.00.0000-SP, 373
Nº 38-97.2015.7.00.0000-MT, 379
Nº 90-93.2015.7.00.0000-SP, 386
Nº 95-18.2015.7.00.0000-RJ, 394
Nº 111-69.2015.7.00.0000-RS, 401
Nº 123-83.2015.7.00.0000-RJ, 423

J

Juiz
-Auditor, 37, 47, 61, 64-65
-Auditor Substituto, 64
Federal, 29

Justiça Militar da União
Abrangência territorial, 42
Antecedentes, 29
Competência, 13
Estrutura, 43

Julgamento de Civis,
Justiça Militar da União, 9-10, 30, 61, 63

L

Lei do Serviço Militar
Desertor, 100
Militar incorporado, 104

Liberdade Provisória, 388

Licenciamento, 141
Antecipação, 21
Apelação, 91
Conceito, 18
Em data posterior à denúncia, 103-104
Exclusão do Serviço Militar, 162
Impedimento, 106

M

Mandado de segurança
Nº 45-52.2015.7.00.0000-RS, 431

Militar,
Reinclusão, 98, 106-110, 128, 145, 170, 180

Ministério Público Militar
Mito da irresponsabilidade, 50

P

Parquet militar ver **Ministério Público Militar**

Peculato, 475

Policial Militar Estadual, 22

Princípio da Especialidade, 408

Princípio da Proporcionalidade, 219, 234, 246

R

Recurso em Sentido Estrito
Nº 16-87.2013.7.03.0303-RS, 451
Nº 137-02.2014.7.03.0103-RS, 478

Reserva Mobilizável
Preparação, 14
Ingresso, 18

S

Serviço Militar, 14, 18
Afronta, 25
Conceito, 14
Desobrigação, 16

Superior Tribunal Militar
Antecedentes, 38

***Sursis*,** 151
Conceito, 121
Concessão, 92
Vedação, 12

T

Tempo de Serviço Militar
Apuração, 154
Desertor, 18, 153
Militar incorporado, 19, 208

Teoria da *Amotio* ver Teoria da *Apprehensio*

Teoria da *Apprehensio*, 220, 232, 252, 260

Teoria da Atividade, 103

W

Whatsapp
Mandado de segurança, 431

Impressão e acabamento:
Gráfica do STM

Formato: 15 x 21 cm
Papel do miolo: Sulfite 75g/m²
Papel da capa: Couchê Supremo 250 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT, 10
Número de páginas: 501
Acabamento: Lombada