ISSN 2448-3281

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 28
Número 2
Janeiro/2019 a Junho/2019

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 28
Número 2
Jan./2019 a Jun./2019

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 de editoração e de revisão
Antonio Simão Neto

Capa
Antonio Simão Neto
Eduardo Monteiro Pereira

Diagramação
Ronald Neves Ribeiro

Revisão
Elson André Hermes
Lucas Cardoso Cruz

Ficha catalográfica e Índice remissivo
Nathália Gomes Costa Melo (CRB1-2560)

Ficha catalográfica

Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 28, n. 2 (jan./jun. 2019). – Brasília, DF : Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2019-.
v.

Irregular.
Continuação de: Jurisprudência do Superior Tribunal Militar.
ISSN: 2448-3281

1. Direito militar, publicação periódica. 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) 3313-9183/3313-9316/3313-9311
E-mail: didoc@stm.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2019

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

(*Presidente* – até 18/3/2019)

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

(*Presidente* – a partir de 19/3/2019)

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

(*Vice-Presidente e Corregedor da JMU* – até 18/3/2019)

Ministro Dr. José Barroso Filho

(*Vice-Presidente e Corregedor da JMU* – a partir de 19/3/2019)

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias

Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Ministro Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ata da 8ª Sessão Administrativa, de 10/4/2019

Expediente Administrativo nº 15/19

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos *(Presidente)*

Ministro Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino *(Membro)*

Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz *(Membro)*

Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo *(Suplente)*

Secretário da Comissão

Ignácio Kazutomo Sette Silva *(Analista Judiciário do STM)*

Secretária-Adjunta da Comissão

Vivian Alves Evangelista

Galeria dos Ministros Aposentados – 1986 a 2010 (Posse)

Dr. Aldo da Silva Fagundes
Data da Posse: 9/4/1986
Data de Afastamento: 28/5/2001

Tenente-Brigadeiro do Ar Cherubim Rosa Filho
Data da Posse: 30/11/1989
Data de Afastamento: 12/9/1996

Tenente-Brigadeiro do Ar Carlos de Almeida Baptista
Data da Posse: 4/8/1994
Data de Afastamento: 20/12/1999

Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Data da Posse: 18/11/1994
Data de Afastamento: 22/7/2015

General de Exército Edson Alves Mey
Data da Posse: 30/3/1995
Data de Afastamento: 21/10/1999

Tenente-Brigadeiro do Ar Sérgio Xavier Ferolla
Data da Posse: 24/10/1996
Data de Afastamento: 9/1/2004

Almirante de Esquadra Domingos Alfredo Silva
Data da Posse: 18/3/1997
Data de Afastamento: 19/12/2002

Tenente-Brigadeiro do Ar João Felippe Sampaio de Lacerda Júnior
Data da Posse: 23/7/1997
Data de Afastamento: 1º/3/2002

General de Exército Germano Arnoldi Pedrozo
Data da Posse: 18/2/1998
Data de Afastamento: 28/6/2002

General de Exército José Enaldo Rodrigues de Siqueira
Data da Posse: 25/3/1998
Data de Afastamento: 20/5/2002

Dr. Carlos Alberto Marques Soares
Data da Posse: 17/6/1998
Data de Afastamento: 18/6/2013

General de Exército José Luiz Lopes da Silva
Data da Posse: 12/11/1999
Data de Afastamento: 4/10/2004

Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach
Data da Posse: 13/1/2000
Data de Afastamento: 17/10/2009

Tenente-Brigadeiro do Ar Marcus Herndl
Data da Posse: 15/3/2000
Data de Afastamento: 22/3/2007

General de Exército Max Hoertel
Data da Posse: 7/6/2002
Data de Afastamento: 5/6/2007

General de Exército Valdesio Guilherme de Figueiredo
Data da Posse: 10/7/2002
Data de Afastamento: 27/6/2007

Almirante de Esquadra Marcos Augusto Leal de Azevedo
Data da Posse: 9/1/2003
Data de Afastamento: 15/7/2010

Almirante de Esquadra José Alfredo Lourenço dos Santos
Data da Posse: 17/2/2004
Data de Afastamento: 1º/3/2010

Almirante de Esquadra Rayder Alencar da Silveira
Data da Posse: 24/5/2005
Data de Afastamento: 10/8/2010

General de Exército Sergio Ernesto Alves Conforto
Data da Posse: 14/6/2005
Data de Afastamento: 10/8/2010

General de Exército Renaldo Quintas Magioli
Data da Posse: 27/6/2007
Data de Afastamento: 27/8/2011

General de Exército Francisco José da Silva Fernandes
Data da Posse: 5/7/2007
Data de Afastamento: 4/10/2012

Tenente-Brigadeiro do Ar José Américo dos Santos
Data da Posse: 22/2/2008
Data de Afastamento: 14/1/2015

General de Exército Raymundo Nonato de Cerqueira Filho
Data da Posse: 25/3/2010
Data de Afastamento: 12/6/2014

General de Exército Fernando Sérgio Galvão
Data da Posse: 1º/9/2010
Data de Afastamento: 1º/2/2016

Tenente-Brigadeiro do Ar Cleonilson Nicácio Silva
Data da Posse: 9/12/2010
Data de Afastamento: 23/8/2018

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR 17

DOUTRINA

O TELETRABALHO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO:
UMA REFLEXÃO 21
Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Cel Orlando Vieira de Almeida

ENAJUM E JUÍZES FEDERAIS DA JUSTIÇA MILITAR:
CONVERGÊNCIA PARA O SABER 39
Alte Esq Carlos Augusto de Sousa
CT Rachel Florim Leal

COMPLIANCE NO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO:
o maior desafio dos 70 anos das Convenções de Genebra 51
Dra. Najla Nassif Palma

LAS OPERACIONES DE PAZ DE NACIONES UNIDAS ENFOCADAS DESDE EL REALISMO POLÍTICO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES. EL CASO DE HAITÍ 71
Dra. Luz Amparo Llanos Villanueva

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO INTERNO

7000342-35.2019.7.00.0000 89
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

APELAÇÃO

7000109-09.2017.7.00.0000 105
Relator – Gen Ex Marco Antônio de Farias

7000566-07.2018.7.00.0000 157
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

7000677-88.2018.7.00.0000 188
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

7000689-05.2018.7.00.0000.....194
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

7000692-57.2018.7.00.0000.....223
Relator – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

7001037-23.2018.7.00.0000.....246
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

HABEAS CORPUS

7000107-68.2019.7.00.0000.....285
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

7000375-25.2019.7.00.0000.....304
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

7001010-40.2018.7.00.0000.....368
Relator para o Acórdão – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

MANDADO DE SEGURANÇA

7000265-60.2018.7.00.0000.....395
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

7000992-19.2018.7.00.0000.....428
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

7000129-29.2019.7.00.0000.....441
Relator – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino

7000183-92.2019.7.00.0000.....453
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

7000469-70.2019.7.00.0000.....495
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira

ÍNDICE DE ASSUNTO.....509

Apresentação

A Comissão de Jurisprudência do STM apresenta mais um exemplar da Revista de Doutrina e Jurisprudência. Mais do que um simples compilado de textos, a obra visa aproximar o leitor do cotidiano do STM, difundir ideias e tornar pública a produção intelectual desta Corte. Neste momento, então, apresentamos a edição do volume 28, número 2, que abrange os acórdãos julgados no período de janeiro a junho de 2019.

A edição também conta com artigos de autoria dos Ministros e Magistrados da Justiça Militar da União e do Ministério Público Militar, bem como de outros estudiosos de renome:

a) "O teletrabalho na Justiça Militar da União: uma reflexão" (Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA e Coronel ORLANDO VIEIRA DE ALMEIDA);

b) "ENAJUM e Juízes Federais da Justiça Militar: convergência para o saber" (Ministro CARLOS AUGUSTO DE SOUSA e Capitão-Tenente RACHEL FLORIM LEAL);

c) "Compliance no Direito Internacional Humanitário: o maior desafio dos 70 anos das Convenções de Genebra" (Promotora de Justiça Militar NAJLA NASSIF PALMA); e

d) "Las operaciones de paz de Naciones Unidas enfocadas desde el realismo político de las relaciones internacionales. El caso de Haití" (Advogada peruana LUZ AMPARO LLANOS VILLANUEVA).

A revista foi cuidadosamente confeccionada, tendo como alvo principal os operadores do Direito e, em especial, os exegetas da Justiça Militar. Satisfeitos com o resultado final, esperamos que a obra seja de grande utilidade nas atividades profissionais e acadêmicas desempenhadas pelos leitores, na certeza de que será digna de recomendações.

Por derradeiro, a Comissão de Jurisprudência informa e convida o leitor a acessar outros julgados do STM, que estão disponíveis no endereço eletrônico www.stm.jus.br, no *link* "Jurisprudência e Súmulas". Nesse ensejo, aproveita e informa que os exemplares das publicações de 1992 a 2019 estão disponíveis no sítio do Tribunal, acessando-se, em "Serviços", o item "Revista de Jurisprudência" e, em seguida, a aba "Edições".

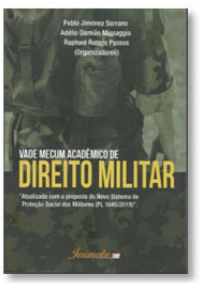
Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS
Ministro do Superior Tribunal Militar
Presidente da Comissão de Jurisprudência

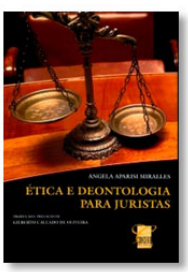
BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR

Lançamentos literários, publicados entre 2018 e 2019, voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)[1]:

Estatuto dos Militares Comentado. Coordenação de Jorge Cesar de Assis. Curitiba: Juruá, 2019.

Vade Mecum Acadêmico de Direito Militar. Organizadores: Pablo Jiménez Serrano, Adélio Damião Missaggia e Raphael Ramos Passos. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2019.

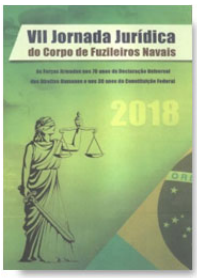




MIRALLES, Ángela Aparisi. **Ética e Deontologia para Juristas**. Tradução e Prefácio: Gilberto Callado de Oliveira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019.

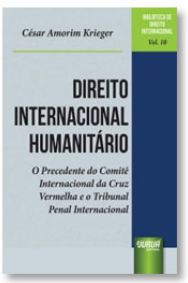
SILVA, Luciano Loiola da. **Processo Disciplinar Autocompositivo**: emprego das práticas restaurativas no âmbito do processo administrativo disciplinar. Brasília: Ultima Ratio, 2019.

[1] O campo BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR não possui fins lucrativos, sendo meramente informativo.



JORNADA JURÍDICA DO CORPO DE FUZILEIROS NAVAIS, 7. 2018, Rio de Janeiro. **2018**: as Forças Armadas nos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos 30 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Comando-Geral do Corpo de Fuzileiros Navais, 2019.

KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário**. Vol. 10. Curitiba: Juruá.



Prezado(a) leitor(a),

Caso tenha interesse em indicar, para próxima edição, qualquer lançamento literário direcionado para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), lançado dentro do período retroativo máximo de um ano da indicação, solicitamos a gentileza de encaminhar o título da obra, nome do autor, editora, ano de lançamento e, se possível, a foto da capa para o endereço eletrônico jurisprudencia@stm.jus.br.

DOUTRINA

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

O TELETRABALHO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO: UMA REFLEXÃO

ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Ministro do Superior Tribunal Militar

ORLANDO VIEIRA DE ALMEIDA
Chefe de Gabinete do Ministro

1 INTRODUÇÃO

A partir dos anos oitenta e noventa do século passado, o modelo tradicional de organização do trabalho, advindo do Capitalismo Industrial dos séculos XVIII e XIX, foi objeto de fundados questionamentos, particularmente no que concerne à relação empregador-empregado.

Os acentuados avanços na área da informática e das telecomunicações, com a banalização do uso do computador e da internet e o surgimento dos famosos equipamentos multifuncionais, próprios da "Era da Informação", associados às questões ligadas ao bem-estar do trabalhador, cada vez mais retido nos congestionamentos das grandes cidades, implicaram questionamentos ao paradigma da necessidade da presença física do trabalhador em seu local de trabalho.

Com efeito, passou-se a questionar, também, se determinadas atividades produtivas ou criativas, com vínculo empregatício, não poderiam ser executadas a distância, com reflexos na redução de gastos das empresas com os serviços de manutenção, de limpeza, de material de consumo e de concessionárias do serviço público de água, energia e telecomunicações.

Ganhou corpo, nesse contexto, a adoção do teletrabalho, forma de prestação de serviços do trabalhador que exclui a necessidade de sua presença física integral junto à empresa, possível graças ao uso de tecnologias atuais nos campos das telecomunicações, da informática e da transmissão de dados.

A partir dessa nova constatação, surgem questões merecedoras de reflexão, ligadas à implementação, em uma empresa ou órgão público, do teletrabalho. Dentre as questões mais relevantes, podem ser consideradas aquelas ligadas à fundamentação jurídica e à possibilidade de extensão dessa modalidade de trabalho a servidores de áreas diversas, tanto as ligadas à atividade-fim quanto as da atividade-meio.

O fato motivador do presente estudo ocorreu no âmbito da Justiça Militar da União, quando uma servidora da área de saúde (médica) solicitou o

teletrabalho, já que seu cônjuge havia sido designado para missão diplomático-militar no exterior, amparada, portanto, pela possibilidade de concessão da Licença por Motivo de Afastamento do Cônjuge ou Companheiro, prevista nos arts. 81, inciso II, e 84 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

A temática jurídico-administrativa foi objeto de candentes discussões no Superior Tribunal Militar, cabendo ao magistrado coautor do presente artigo emitir voto-vista com reflexões consideradas relevantes para a pacificação de conceitos sobre a adoção do teletrabalho na Justiça Militar da União, em especial para a área jurídica e para atividades-meio, com destaque para o exame da área médica.

2 DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS DO TELETRABALHO

Etimologicamente, pode-se definir teletrabalho como o trabalho executado a distância. Entretanto, essa definição simplista não corresponde ao significado e à extensão do teletrabalho.

Essa modalidade de jornada não é simplesmente um trabalho a distância. Ela envolve, necessariamente, o uso de tecnologias da informação e da comunicação em sua execução. Pressupõe, além da ambiência distinta da sede, a organização, metas e tecnologia apropriadas. É um trabalho em domicílio, ainda que não necessariamente tenha de ser realizado em um único sítio. Por outro lado, nem todo trabalho em domicílio é teletrabalho.

DI MARTINO, *apud* MASSI (2017)[2], corrobora essa visão do teletrabalho da seguinte forma:

> A partir do momento em que o trabalho à distância e o uso de novas tecnologias implicam mudanças organizacionais, o teletrabalho pode ser definido como o trabalho realizado em um local onde, distante de escritórios centrais ou de instalações de produção, o trabalhador lá não tem contato pessoal com os colegas de trabalho, mas é capaz de se comunicar com eles através das novas tecnologias.

No mesmo diapasão, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) conceitua o teletrabalho como:

> Forma de trabalho realizada em lugar distante da sede da empresa ou do centro de produção e implica uma nova tecnologia que permite a separação e facilita a comunicação.[3]

---

[2] MARTINO, Vittorio Di; Wirth, Linda. *Telework: a new way of working and living*. Internacional Labour Review, v. 129, n. 5, Genebra, 1990, p. 530. *In:* Massi, Alfredo. *Teletrabalho: Análise sob a ótica da saúde e da segurança do teletrabalhador*. *In:* Colnago, Lorena M.R.; Chaves Júnior, José Eduardo R.; Estrada, Manuel M. (coordenadores). Teletrabalho. São Paulo: LTr, 2017.

[3] THIBAULT ARANDA, Javier. *El teletrabajo – análisis jurídico-laboral*. Consejo Económico y Social, Madrid: 2001. p. 19.

Depreende-se, portanto, que o exercício do teletrabalho está associado não a uma profissão, mas, sim, a uma forma de execução laboral, mantendo a hierarquia empregador-empregado, com apoio no uso de tecnologias que possibilitam a execução plena das tarefas, segundo um plano predefinido e sob supervisão constante.

O teletrabalho pode ser realizado na totalidade das horas semanais de trabalho (*full time*) ou em parte desse tempo (*part time*). Ademais, pode ser desempenhado de forma individual ou coletiva. É muito comum, em especial nas equipes de desenvolvimento de *software*, a realização do teletrabalho coletivo, em que cada um dos desenvolvedores tem uma tarefa específica, dependente da realizada por outro teletrabalhador.

Dependendo das tarefas a serem cumpridas, o teletrabalho exigirá sua realização *online* ou mesmo *offline*. No primeiro caso, é necessária a conexão digital permanente, normalmente amparada por *softwares* específicos.

Com relação ao ponto de execução do teletrabalho, pode ser no próprio domicílio do trabalhador (*tele-homeworking*) ou em locais mais próximos à sua residência comparativamente à sede do órgão empregador, ou, ainda, em ambientes afastados, em países vizinhos (*transborder teleworking)* ou em países distantes (*offshore teleworking)*. É possível, ainda, encontrar-se a realização de teletrabalho móvel *(mobile/nomadic work)*.

Como se pode depreender, as diversas formas de execução do teletrabalho não nos permitem classificações simplistas e estáticas. Fica claro que, devido à diversidade de modalidades de teletrabalho, tal modelo de organização laboral há de ser pactuado caso a caso, entre a organização e o trabalhador, sempre com o objetivo de promover melhores condições de trabalho associadas ao rendimento e à eficiência das práticas laborais.

São perceptíveis as vantagens da execução do teletrabalho, tanto sob a ótica do trabalhador, quanto, também, da organização laboral e da sociedade como um todo.

Para o empregado, avulta de importância a possibilidade de conciliação de seu horário de trabalho com outras atividades familiares, proporcionando-lhe a flexibilidade no cumprimento das tarefas, com reflexos significativos na qualidade de vida, não só do teletrabalhador como também dos membros de seu núcleo familiar.

Outra vantagem marcante do teletrabalho, sob a ótica do trabalhador, diz respeito à possibilidade de aumento das oportunidades de trabalho às pessoas com deficiência. Com efeito, esse grupo de pessoas vê-se muitas vezes excluído do mercado de trabalho em função de suas limitações físicas, em especial as ligadas à mobilidade. Muitas vezes são pessoas de apurado preparo

técnico-profissional, que substituem suas limitações físicas pelo acurado e constante preparo intelectual. Entretanto, são prejudicadas por não terem as melhores condições de deslocamento aos locais de trabalho, inviabilizando suas contratações.

Por essas razões, tramita no Congresso Nacional projeto de lei que prevê reserva de 20% dos postos de trabalho na modalidade de teletrabalho às pessoas com deficiência.

A diminuição dos sérios problemas ligados à mobilidade urbana é mais uma das vantagens do teletrabalho. As grandes cidades brasileiras convivem com longos congestionamentos em horas de pico, em função do intenso tráfego de veículos, refletindo diretamente na deterioração do meio ambiente e na perda de horas destinadas ao lazer e à família do trabalhador. São raras as exceções em que o serviço de transportes urbanos é eficiente.

Sob a ótica do empregador, são, também, marcantes as vantagens da adoção do teletrabalho para parte de seus empregados.

O aumento da produtividade é uma dessas vantagens aparentes. O trabalhador, livre dos estresses diários do trânsito, em ambiente que lhe é amigável e com plano de trabalho definido, com objetivos a atingir, certamente produzirá mais e com maior qualidade em seu trabalho. Até porque essa é uma situação que ele não desejará ver suprimida. Basta, portanto, que o empregador lhe apresente um plano de metas bem delimitadas, ao alcance do teletrabalhador, que possam ser devidamente avaliadas e mensuradas.

A redução de custos no ambiente de trabalho formal é outra vantagem aparente, já assinalada anteriormente. Despesas com os serviços de energia elétrica, água, telefonia e pacote de dados, dentre outros, certamente diminuem consideravelmente com o aumento do número de trabalhadores labutando em seus próprios domicílios.

Não se pode, entretanto, desconhecer algumas desvantagens do teletrabalho, que, inclusive, merecem estudos especiais e alterações legislativas.

Uma primeira desvantagem aparente, sob a ótica do empregador, diz respeito ao controle e à segurança dos dados. Dificilmente o empregador terá controle sobre o acesso aos dados e às informações produzidas pelo teletrabalhador em sua residência ou em qualquer outro local distinto da empresa. Isso certamente poderá redundar em acesso não autorizado a segredos técnicos, comerciais e industriais da organização, com reflexos nas estratégias comerciais.

Por outro lado, o teletrabalho poderá implicar, para o empregado, redução de direitos trabalhistas, em função da existência de relações de trabalho muitas vezes próximas à autonomia, com reflexos nas condições de

fiscalização da legislação trabalhista e dos acordos e convenções coletivas. Ademais, o salutar intercâmbio de experiências, muito próprio do trabalho presencial, certamente é prejudicado, com reflexos no constante aperfeiçoamento profissional do teletrabalhador.

3 O TELETRABALHO NO BRASIL: ASPECTOS JURÍDICOS

O principal marco jurídico do Teletrabalho no Brasil deu-se com a alteração do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), que, com a promulgação da Lei nº 12.551, de 16 de dezembro de 2011, passou a ter a seguinte redação:

> Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.
>
> Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou a CLT para, dentre outras modificações, incluir o Capítulo II-A, que trata especificamente do teletrabalho, assim especificando:

> CAPÍTULO II-A
>
> DO TELETRABALHO
>
> Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.
>
> Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.
>
> Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.
>
> Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.
>
> § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.
>
> § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de

> transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.
>
> Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.
>
> Parágrafo único. As utilidades mencionadas no ***caput*** deste artigo não integram a remuneração do empregado.
>
> Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
>
> Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Como se depreende da leitura da novel redação, a lei permite o exercício do teletrabalho, seja em domicílio, seja em qualquer outro tipo de lugar escolhido pelo trabalhador, sem objeções especiais.

Por outro lado, parece claro que está se regulamentando o teletrabalho subordinado, não o autônomo. Dessa forma, é lícito considerar que não se tem, no contexto da CLT, qualquer objeção à manutenção dos direitos trabalhistas, como, por exemplo, o direito às horas extras.

Entretanto, há em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.505/2008, que contempla emenda que retiraria o direito às horas extras, considerando "as dificuldades de fiscalização".

A questão divide especialistas em Direito do Trabalho, sendo a tentativa de exclusão do direito às horas extras considerada por muitos como afronta à Constituição de 1988, em especial ao art. 7º, inciso XIII:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> [...]
>
> XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

A despeito da existência de inúmeros Projetos de Lei em tramitação nas duas Casas Legislativas da União regulamentando o teletrabalho, sendo o principal o PL nº 4505/2008, já referido, especialistas na área consideram

desnecessária lei específica sobre a temática, pois, além do previsto nos arts. 6º, 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E da CLT, a extensa jurisprudência produzida nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho é de tal ordem que suprime quaisquer hiatos na regulamentação da matéria. Na verdade, há autores que consideram que seria "criar algo que já existe"[4].

É lícito considerar, portanto, que a legislação pátria albergou a possibilidade da realização do teletrabalho a qualquer classe de trabalhador, limitando sua execução às possibilidades de desempenho de suas atividades específicas, ao cumprimento de tarefas pré-acordadas e à viabilidade de controle da produtividade do trabalhador. Assim, caberia aos inúmeros órgãos de regulamentação da atividade profissional, como conselhos, convenções ou acordos, impor as naturais limitações ao exercício de cada atividade específica.

É interessante ressaltar que a legislação trabalhista brasileira, em boa hora, regulamentou o teletrabalho, e não o *home office* (trabalho no domicílio do empregado). Isso quer dizer que a execução do trabalho a distância pode se dar em qualquer ambiente propício à sua execução, não se limitando à residência do trabalhador.

No âmbito do serviço público brasileiro, a adoção do teletrabalho ganhou impulso com dois fatos marcantes: a implementação de ferramentas de gestão eletrônica de documentos, tanto administrativos quanto judiciais, e, no Poder Executivo, o advento da Instrução Normativa nº 1 (IN01), de 31 de agosto de 2018, pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Dentre os sistemas de trâmite de documentos administrativos, destaca-se o Sistema Eletrônico de Informações (SEI). Trata-se de uma ferramenta de gestão de documentos e processos eletrônicos desenvolvida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que tem como objetivo promover a eficiência administrativa. O SEI hoje integra o Processo Eletrônico Nacional, iniciativa conjunta de órgãos e entidades de diversas esferas de administração pública com o intuito de construir uma infraestrutura pública de processos e documentos administrativos eletrônicos.

Hoje, o SEI é uma realidade no serviço público brasileiro, em especial nos Poderes Executivo e Judiciário. Basicamente toda a Administração Pública Federal (APF) trabalha com o SEI, tramitando seus processos administrativos sem o uso de papel e a partir de computadores pessoais, *notebooks*, *tablets* ou *smartphones*.

---

[4] PINO ESTRADA, Manuel Martín. *Teletrabalho: Conceitos e sua Classificação em face aos Avanços Tecnológicos*. *In:* Colnago, Lorena M.R.; Chaves Júnior, José Eduardo R.; Estrada, Manuel M. (coordenadores). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

Da mesma forma, foram implementados, na Justiça brasileira, sistemas eletrônicos de processos judiciais que facilitaram o trabalho de análise de processos e emissão de pareceres jurídicos fora do ambiente de trabalho.

A IN01 estabeleceu critérios e procedimentos gerais a serem observados por órgãos e entidades da APF relativos à implementação de Programas de Gestão, através dos quais os servidores podem ficar dispensados do controle de frequência, o que veio a estimular a eficiência administrativa e a adoção do teletrabalho.

Respaldando a adoção do teletrabalho na implantação de programas de gestão pelos órgãos da APF, a IN01 estabelece:

> Art. 2º Para os fins desta Instrução Normativa, considera-se:
>
> [...]
>
> VII - modalidade teletrabalho: categoria de implementação do programa de gestão em que o servidor público executa suas atribuições funcionais integralmente fora das dependências da unidade, mediante o uso de equipamentos e tecnologias que permitam a plena execução das atribuições remotamente, dispensado do controle de frequência, nos termos desta Instrução Normativa;

Os parâmetros para a adoção de programa de gestão que albergue o teletrabalho são assim fixados[5]:

> Art. 6º A integral implementação do programa de gestão observará as seguintes fases:
>
> I - elaboração de processo de acompanhamento de metas e resultados e de plano de trabalho;
>
> II - autorização pelo Ministro de Estado;
>
> III - implementação do programa de gestão em experiência-piloto;
>
> IV - avaliação dos resultados da experiência-piloto e reformulação do plano de trabalho, se necessária;
>
> V - regulamentação do programa de gestão; e
>
> VI - implementação e acompanhamento do programa de gestão.

Segundo SILVA[6], na APF, a primeira grande iniciativa de adoção do teletrabalho, anterior mesmo ao advento da Instrução Normativa citada, ocorreu em 2005, pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO),

---

[5] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Instrução Normativa nº 1, de 31 de agosto de 2018*. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/39382838/do1-2018-09-03-instrucao-normativa-n-1-de-31-de-agosto-de-2018-39382704. Acesso em: 16 abr. 2019.

[6] SILVA, Aimeé Mastela Sampaio. *A Aplicação do Teletrabalho no Serviço Público Brasileiro*. 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Anais. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/1-2.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

empresa pública vinculada ao então Ministério da Fazenda, encarregada do desenvolvimento de soluções em Tecnologia da Informação para os diversos sistemas da APF. Em 2006, o SERPRO estruturou o projeto piloto de teletrabalho que, até hoje, apresenta resultados altamente satisfatórios.

No bojo das regulamentações especiais com reflexos no teletrabalho, cumpre ressaltar a definição e regulamentação da telemedicina como forma de prestação de serviços médicos com o emprego da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC).

O Conselho Federal de Medicina, considerando a constante inovação da TIC e seu emprego no mundo, além, é óbvio, da necessidade de preservação dos preceitos éticos e legais da medicina, aprovou a Resolução CFM nº 2.227/2018, dispondo sobre o exercício dessa modalidade específica de teletrabalho para os profissionais médicos.

A Resolução autorizava a realização de teleconsulta, teleinterconsulta, telediagnóstico, telecirurgia, teleconferência para efeito de pareceres e juntas médicas, telemonitoramento, teletriagem e teleconsultoria, sempre dentro de padrões técnicos e de segurança definidos na citada regulamentação.

Entretanto, considerando, entre outros fatores, o alto número de propostas encaminhadas pelos médicos brasileiros e por entidades médicas, com solicitações de maior tempo para estudo ou sugestões de aperfeiçoamento, resolveu revogá-la, restabelecendo a vigência da Resolução CFM nº 1.643, de 26 de agosto de 2002, a qual define e disciplina a prestação de serviços médicos através da telemedicina.

4 O TELETRABALHO NO PODER JUDICIÁRIO

No âmbito do Poder Judiciário, o teletrabalho foi regulamentado pela Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Levou em consideração o CNJ tanto os fatores relacionados à eficiência da Administração Pública quanto aqueles viabilizados pelos avanços tecnológicos proporcionados por modernas redes de telecomunicações e dados, associadas ao desenvolvimento de *softwares* específicos para o trâmite de processos administrativos e judiciais. Paralelamente, considerou ainda o CNJ a importância do aprimoramento da gestão de pessoas e a necessidade de motivar e comprometer os servidores com a causa da justiça, buscando a melhoria do clima organizacional e a qualidade de vida do trabalhador.

O teletrabalho na Justiça brasileira, na visão do CNJ, tem como objetivos[7]:

> Art. 3º São objetivos do teletrabalho:
>
> I – aumentar a produtividade e a qualidade de trabalho dos servidores;
>
> II – promover mecanismos para atrair servidores, motivá-los e comprometê-los com os objetivos da instituição;
>
> III – economizar tempo e reduzir custo de deslocamento dos servidores até o local de trabalho;
>
> IV – contribuir para a melhoria de programas sócio ambientais, com a diminuição de poluentes e a redução no consumo de água, esgoto, energia elétrica, papel e de outros bens e serviços disponibilizados nos órgãos do Poder Judiciário;
>
> V – ampliar a possibilidade de trabalho aos servidores com dificuldade de deslocamento;
>
> VI – aumentar a qualidade de vida dos servidores;
>
> VII – promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade;
>
> VIII – estimular o desenvolvimento de talentos, o trabalho criativo e a inovação;
>
> IX – respeitar a diversidade dos servidores;
>
> X – considerar a multiplicidade das tarefas, dos contextos de produção e das condições de trabalho para a concepção e implemento de mecanismos de avaliação e alocação de recursos.

Como se pode observar dos objetivos elencados, o Conselho Nacional de Justiça considera que o teletrabalho é capaz de aumentar a produtividade da justiça, pois proporciona ao teletrabalhador melhores condições de bem-estar e contribui para o esforço de melhoria das condições ambientais, com a diminuição da emissão de poluentes e a redução do consumo, por parte do poder público, de recursos destinados aos serviços de energia, telecomunicações, água e esgoto, bem como reduz os dispêndios com a aquisição de bens de consumo.

Interessante ressaltar, ainda, que o CNJ prioriza, nas condições de acesso ao teletrabalho, os trabalhadores que tenham filhos, cônjuge ou dependentes com deficiência, gestantes, lactantes ou que estejam gozando

[7] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016. *Regulamenta o Teletrabalho no Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3011. Acesso em: 4 abr. 2019.

licença para acompanhamento de cônjuge fora do País. Essa última priorização reflete a preocupação do Órgão em proporcionar ao servidor ou servidora que acompanha cônjuge a manutenção do vínculo laboral com sua instituição, numa clara e manifesta sinalização de cautela e cuidado com os importantes e saudáveis laços entre a instituição e seus colaboradores. É o que se depreende da atenta leitura do art. 5º da Resolução[8]:

> Art. 5º Compete ao gestor da unidade indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes:
>
> I – a realização de teletrabalho é vedada aos servidores que:
>
> a) estejam em estágio probatório;
>
> b) tenham subordinados;
>
> c) ocupem cargo de direção ou chefia;
>
> d) apresentem contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica;
>
> e) tenham sofrido penalidade disciplinar nos dois anos anteriores à indicação;
>
> f) estejam fora do país, salvo na hipótese de servidores que tenham direito à licença para acompanhar o cônjuge;
>
> II – verificada a adequação de perfil, terão prioridade servidores:
>
> a) com deficiência;
>
> b) que tenham filhos, cônjuge ou dependentes com deficiência;
>
> c) gestantes e lactantes;
>
> d) que demonstrem comprometimento e habilidades de autogerenciamento do tempo e de organização;
>
> e) que estejam gozando de licença para acompanhamento de cônjuge;

A Resolução citada regula, ainda, a necessidade de serem estabelecidas metas para cumprimento por parte do teletrabalhador, o que facilitará a mensuração e avaliação da qualidade do trabalho por ele desenvolvido. Para tanto, necessário se faz organizar um plano de trabalho, em que objetivos e metas estejam plenamente definidos.

A regulamentação do teletrabalho na Justiça brasileira estabelece, ainda, o limite de 30% dos trabalhadores de cada unidade realizando esse tipo

[8] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016. *Regulamenta o Teletrabalho no Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3011. Acesso em: 4 abr. 2019.

de jornada, percentual que, excepcionalmente, a critério da Presidência do órgão, poderá ser majorado até o limite máximo de 50%.

Como se depreende do atento exame da Resolução, não há qualquer objeção específica a determinada área de atividade para que o trabalhador possa exercer o teletrabalho. O CNJ recomenda tão somente que sejam priorizadas as áreas que demandem do servidor maior esforço individual e menor interação com outros servidores.

Nessas condições, a realização de teletrabalho por servidores de áreas técnicas, como a jurídica e a de saúde, está plenamente albergada pela norma daquele Conselho.

Na área jurídica, é lícito considerar que funções ligadas à produção de pareceres, relatórios e estudos de processos adéquam-se perfeitamente à situação de teletrabalho, na medida em que são atividades que, desenvolvidas em ambiência tranquila, de maior capacidade de concentração, pressupõem maior profundidade e consistência intelectual no resultado final. Ademais, são atividades que facilmente podem ser mensuradas, de forma a facilitar o estabelecimento de metas a atingir.

Em relação à área de saúde, especialmente a médica, apenas com o objetivo de corroborar a constatação de sua adequabilidade ao teletrabalho, há regulamentada a Política de Atenção Integral à Saúde de Magistrados e Servidores do Poder Judiciário (Resolução CNJ nº 207, de 15 de outubro de 2015)[9], que reconhece a relevância de medidas ligadas à produção e ao compartilhamento de informações, ações educativas e pedagógicas, elaboração de artigos técnicos científicos, programas de prevenção e o compartilhamento de saberes e práticas.

Resta claro, por conseguinte, que, por exemplo, um médico em trabalho remoto pode e deve elaborar propostas de ações de saúde para seu órgão, a partir, por exemplo, da análise de dados registrados de absenteísmo e em Exames Periódicos de Saúde (EPS), visando à promoção da saúde na Instituição e à prevenção de doenças e lesões, em perfeita consonância com o estabelecido pelo Conselho Federal de Medicina quando regulamentou a Telemedicina.

A título de ilustração, são apresentados, a seguir, alguns dados de órgãos do Poder Judiciário ou essenciais à Justiça relativos ao exercício do teletrabalho[10]:

---

[9] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução nº 202, de 15 de outubro de 2015. *Institui Política de Atenção Integral à Saúde de Magistrados e Servidores do Poder Judiciário*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3011. Acesso em: 5 abr. 2019.

[10] Dados obtidos em abril de 2019, com respaldo na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação).

Órgão	Total de Servidores	Servidores em Teletrabalho	Percentual em Teletrabalho
STF	1.132	108	9,54%
STM	471	46	9,77%
STJ	2.884	26	0,91%
TSE[11]	871	-	-
TST	2.190	112	5,1%
TRF/1	1.255	45	3,58%
TJDFT	7.384	373	5,05%
PGR[12]	10.782	992	9,02%
MPM	521	21	4%
MPDFT	2.061	378	18%
TCU	2.327	263	11,3%

Quadro nº 1: O Teletrabalho nos Órgãos do Poder Judiciário / Essenciais à Justiça em Brasília
Fonte: Organizado pelos Autores

Há grande diversidade de áreas funcionais dos teletrabalhadores desses órgãos, com predomínio de analistas na área do Direito. Entretanto, exercem o teletrabalho servidores de atividades-meio de uma forma geral, com destaque para economistas, administradores, especialistas em Tecnologia da Informação, engenheiros, médicos e psicólogos. No universo pesquisado, há oito médicos e trinta e cinco psicólogos em teletrabalho.

Nessas condições, conclui-se parcialmente que o Poder Judiciário brasileiro, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, adotou moderna postura na regulamentação do teletrabalho. Por um lado, uniformizou diretrizes para os diversos segmentos da Justiça, ao delimitar prioridades no atendimento às concessões de teletrabalho. Por outro, delegou aos diversos órgãos o exame das condições de aprovação do teletrabalho, em função da especialidade do servidor e do rol de metas a atingir, sem impor qualquer limitação inicial quanto à área de atuação do teletrabalhador.

5 O TELETRABALHO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

O teletrabalho na Justiça Militar da União foi regulamentado em setembro de 2017, por intermédio da Resolução nº 246, obviamente seguindo as diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Justiça.

[11] O Órgão não possui servidores realizando teletrabalho.
[12] Total de servidores em todo o País.

No exato cumprimento da Resolução do CNJ que regulamentou a matéria, a Resolução do STM, aprovada em plenário, dispõe como possíveis optantes do teletrabalho[13]:

> Art. 8º Poderão optar pela prestação do serviço em regime de teletrabalho, a critério da Administração, caso em que ficarão vinculados às metas e às obrigações estipuladas:
>
> I - o servidor estudante beneficiado por horário especial previsto nos art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou em legislação específica;
>
> II - a servidora lactante beneficiada por horário especial previsto no art. 209 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou em legislação específica;
>
> III - o servidor com deficiência beneficiado por horário especial previsto nos art. 98, § 2º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou em legislação específica;
>
> IV - o servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência beneficiado por horário especial previsto no art. 98, § 3º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou em legislação específica; e
>
> V - o servidor que tenha direito à licença para acompanhar cônjuge, com ou sem remuneração, previstas no art. 84, ***caput*** e § 2º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, hipóteses em que serão afastadas as exigências previstas nos incisos II e VI do art. 13.
>
> § 1º Os servidores referidos neste artigo devem ser contabilizados no total da força de trabalho da unidade, mas serão desconsiderados para fins de aferição dos limites previstos no art. 7º.
>
> § 2º A opção contida neste artigo não se aplica aos servidores em estágio probatório.
>
> § 3º O servidor que estiver no gozo de licença, de afastamento ou de horário especial, previstos neste artigo, caso opte pela realização do teletrabalho, deverá declinar do benefício.

Como se depreende da análise das condições para que o servidor possa optar pela realização do teletrabalho, o STM priorizou, alinhado ao previsto pelo CNJ, os servidores e servidoras com deficiência ou que tenham filhos com deficiência, as servidoras lactantes e aqueles que tenham direito à licença para acompanhar cônjuge, neste caso afastadas as exigências de atender a convocações para comparecimento às dependências do órgão, sempre que houver necessidade, e de retirar processos do órgão para neles trabalhar, o que,

[13] BRASIL. Superior Tribunal Militar. Resolução nº 246, de 20 de setembro de 2017. *Regulamenta o Teletrabalho na Justiça Militar da União*. Disponível em: https://www2.stm.jus.br/sislegis/index.php/ctrl_publico_pdf/visualizar/24663-RES-000246_20-09-2017_STM_0.pdf. Acesso em: 9 abr. 2019.

na verdade, é exigência que perde a relevância com a implantação, em toda a Justiça Militar da União, de sistemas informatizados de processamento de documentos administrativos (Sistema Eletrônico de Informações – SEI) e de processos judiciais (E-Proc).

É conveniente salientar que, de forma semelhante aos demais órgãos da Justiça e essenciais à Justiça instalados em Brasília, objeto da pesquisa, há uma diversidade de profissionais no exercício do teletrabalho, tanto na área de apoio especializado (Administração, Análise de Sistemas, Biblioteconomia, Comunicação Social, Contabilidade, Economia, Engenharia Elétrica, Medicina e Restaurador) quanto na área judiciária (Analistas e Técnicos Judiciários).

É prevista na citada Resolução a elaboração de um plano de trabalho individualizado para cada teletrabalhador, especificando o prazo da concessão, o cronograma de reuniões com a chefia imediata para avaliação de desempenho, as atividades a serem desempenhadas, as metas a serem alcançadas e a periodicidade em que o servidor deverá comparecer ao local de trabalho para o exercício regular de suas atividades.

Como dispôs a Resolução em comento, foi criado, por Ato do Presidente do STM[14], o Comitê Gestor do Teletrabalho na JMU (COGEST), tendo como atribuições analisar os resultados apresentados pelas unidades participantes em avaliações, com periodicidade máxima semestral, apresentar relatórios anuais à Presidência do STM com foco na descrição dos resultados auferidos e dados sobre o cumprimento dos objetivos e metas traçadas para o teletrabalhador.

As atividades desenvolvidas pelos servidores em teletrabalho da área-fim, ou seja, os Analistas e Técnicos Judiciários, Área Judiciária, que podem ser definidas no plano de trabalho e delimitadas em metas a cumprir certamente estão relacionadas à elaboração de pareceres, estudos, pesquisas de jurisprudência e de doutrina e de propostas iniciais para análise dos magistrados, nos casos de decisões, despachos e votos, recebidas as orientações pertinentes do magistrado. Todas essas atividades, comumente desempenhadas pelo servidor da área judiciária, podem ser elaboradas no trabalho a distância e são facilmente mensuráveis em termos de metas a cumprir, desde que estabelecidos níveis de dificuldade dos processos entregues ao teletrabalhador.

Na Justiça Militar da União, especificamente para servidor da área médica, são passíveis de realização em teletrabalho as atividades de:

- pesquisa e análise de dados estatísticos de absenteísmo por licença médica e do Exame Periódico de Saúde (EPS) na JMU;

- propostas de ações visando à promoção da saúde e prevenção de doenças e lesões dos servidores da Justiça Militar, também com foco nos dados produzidos nas pesquisas de absenteísmo e no EPS;

[14] Ato nº 2.535, de 30/11/2018.

- emissão de pareceres nas áreas assistencial, de promoção de saúde e prevenção de doenças e lesões, para a instrução de processos administrativos ou para fins de assessoramento, nos casos em que o médico julgar que o exame clínico não seja necessário;

- avaliação de documentos e homologação administrativa de licenças para tratamento da própria saúde com duração igual ou menor que cinco dias, valendo-se da Política de Segurança da Tecnologia da Informação e Comunicação da Justiça Militar da União;

- teleinterconsulta ou teleconsulta, em área em que é especialista, com o fito de ajudar outros médicos que realizam procedimento de Junta Médica na JMU.

Nessas condições, a Justiça Militar da União vem cumprindo integralmente as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e, por intermédio do teletrabalho, tem buscado a melhoria do ambiente de trabalho da Instituição, ao tempo em que contribui para a diminuição dos dispêndios de recursos públicos com serviços básicos de manutenção da vida vegetativa. Há espaço, inclusive, para a ampliação do efetivo de teletrabalhadores, que, como disposto na Resolução do CNJ, pode compreender até 30% do efetivo.

6 CONCLUSÃO

O teletrabalho no Brasil ganhou evidência a partir da alteração na Consolidação das Leis do Trabalho promovida com a Lei nº 12.551, de 16 de dezembro de 2011, que, em seu art. 6º, ratificou essa forma de realização do trabalho sem quaisquer prejuízos aos vínculos empregatícios.

É bem verdade que não há, ainda, uma exata percepção das vantagens da realização do teletrabalho, tanto para as questões ligadas à melhoria do clima organizacional quanto para a diminuição dos sérios problemas vividos pelas grandes cidades, em termos de mobilidade urbana.

Mais ainda, talvez não haja, na medida adequada, o perfeito entendimento do quanto isso pode representar para a empresa ou o órgão público em termos de diminuição do consumo de serviços ligados às concessionárias de energia e telecomunicações e da contribuição ao meio ambiente que a adoção dessa forma laboral pode proporcionar.

No serviço público não é diferente, tampouco no Poder Judiciário. A despeito de a mais alta Corte do País ter sinalizado claramente os benefícios trazidos pela adoção de um projeto piloto de teletrabalho, o número de servidores não é, ainda, de molde a proporcionar os melhores benefícios ligados ao clima organizacional e à economia de recursos.

A respeito do sucesso do citado projeto piloto, assinala o Supremo Tribunal Federal[15]:

> Com base nos dados coletados, foi elaborado um relatório final apresentado aos senhores Ministros, em Sessão Administrativa, em 27/09/2018. Este relatório evidenciou que a implantação do teletrabalho no Supremo Tribunal Federal representou grande ganho para a instituição e para os servidores, proporcionando, dentre outros benefícios, melhoria do clima organizacional e qualidade de vida, economia de recursos, aumento da produtividade e do nível de satisfação dos servidores e gestores.

Na Justiça Militar da União, certamente há muito o que evoluir na adoção dessa modalidade de execução do trabalho. Existem, ainda, resistências pontuais, sob o frágil argumento de não adequação de determinadas tarefas ao trabalho a distância.

Na verdade, o que se pode verificar é a ainda incipiente normatização, cabendo salientar, nesse rumo, a importância do efetivo trabalho do Comitê Gestor do Teletrabalho na JMU, analisando o cumprimento dos Planos de Trabalho e propondo os aperfeiçoamentos considerados necessários.

Mais ainda, torna-se imprescindível exigir dos gestores a elaboração de planos de trabalho consistentes, com metas definidas e regramentos precisos para cumprimento pelo teletrabalhador. À falta de tão importante planejamento, o fato de o gestor considerar que não é possível mensurar o cumprimento das metas ou que determinada área funcional não se adéqua ao desenvolvimento do trabalho a distância configura grave equívoco, solução simplista dada à sua própria incapacidade de regulamentar a execução do teletrabalho.

O teletrabalho veio para ficar. As atuais exigências aos órgãos públicos, relativas à economia de recursos, ao bem-estar do servidor e à contribuição para a diminuição dos efeitos nocivos das emissões de gases poluentes ao meio ambiente impõem uma nova postura dos gestores, fazendo do teletrabalho, num futuro próximo, uma verdadeira exigência da sociedade, assim como já parece clara uma mudança de outras relações de trabalho e de funcionalidades advindas da evolução dos meios tecnológicos.

O futuro chegou, e mais do que nunca nossas mentes devem estar abertas para as novas exigências, sejam as relativas à execução do trabalho, sejam as ligadas às novas capacidades e *expertises* advindas dos modernos recursos telemáticos.

---

[15] Supremo Tribunal Federal (STF). *Relatório de Gestão 2018*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaRelatorioGestao/anexo/relatorio_de_gestao_2018.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 227*, de 15 de junho de 2016. *Regulamenta o Teletrabalho no Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3011. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Resolução nº 202*, de 15 de outubro de 2015. *Institui Política de Atenção Integral à Saúde de Magistrados e Servidores do Poder Judiciário*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3011. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Resolução nº 246*, de 20 de setembro de 2017. *Regulamenta o Teletrabalho na Justiça Militar da União*. Disponível em: https://www2.stm.jus.br/sislegis/index.php/ctrl_publico_pdf/visualizar/24663-RES-000246_20-09-2017_STM_0.pdf. Acesso em: 9 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Relatório de Gestão 2018*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaRelatorioGestao/anexo/relatorio_de_gestao_2018.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019.

COLNAGO, Lorena M.R.; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo R.; ESTRADA, Manuel M. (coordenadores). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINO, Vittorio Di; WIRTH, Linda. *Telework: a new way of working and living*. Internacional Labour Review, v. 129, n. 5, Genebra, 1990, p. 530. *In:* Massi, Alfredo. *Teletrabalho: Análise sob a ótica da saúde e da segurança do teletrabalhador*. *In:* Colnago, Lorena M.R.; Chaves Júnior, José Eduardo R.; Estrada, Manuel M. (coordenadores). Teletrabalho. São Paulo: LTr, 2017. José Eduardo R.; Pino Estrada, Manuel Martín. *Teletrabalho*.

PINO ESTRADA, Manuel Martín. *Teletrabalho: Conceitos e sua Classificação em face aos Avanços Tecnológicos*. *In:* Colnago, Lorena M. R.; Chaves Júnior, José Eduardo R.; Estrada, Manuel M. (coordenadores). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Aimeé Mastela Sampaio. *A Aplicação do Teletrabalho no Serviço Público Brasileiro*. 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Anais. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/1-2.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

THIBAULT ARANDA, Javier. *El teletrabajo – análisis jurídico-laboral*. Consejo Económico y Social, Madrid: 2001. p. 19.

ENAJUM E JUÍZES FEDERAIS DA JUSTIÇA MILITAR: CONVERGÊNCIA PARA O SABER

CARLOS AUGUSTO DE SOUSA
Almirante de Esquadra – Ministro do Superior Tribunal Militar

RACHEL FLORIM LEAL
Capitão-Tenente do Quadro Técnico da Marinha do Brasil – Bacharel em Direito

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ação educacional; 2.1. ENAJUM; 2.2. Dos Cursos de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento de Magistrados; 2.3. Servidores; 2.4. Forças Armadas; 2.5. Operadores do Direito e meio acadêmico; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo discorre acerca do processo contributivo levado a efeito pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAJUM) da Justiça Militar da União (JMU) no intuito de um contínuo fomento direcionado ao aprimoramento dos magistrados, visando prioritariamente ao refinamento da prestação jurisdicional e à difusão de conhecimentos. Para tal fim, desenvolvem-se trabalhos em parceria, em cooperação sinérgica, cumprindo distintas atividades e transpondo óbices que se interponham e desafiem a conquista de metas estabelecidas. A ENAJUM, tendo como um de seus valores a construção participativa do conhecimento, em conjunto com os magistrados da JMU, contribui para a produção e a difusão do saber, oportuniza o diálogo institucional com a comunidade jurídica e outros segmentos da sociedade, além de colaborar para o resgate da história da Justiça Castrense e para o fortalecimento de sua legitimidade como órgão do Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Parceria. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União. Juízes Federais da Justiça Militar. Melhoria da prestação jurisdicional. Produção e difusão do saber.

1 INTRODUÇÃO

No estudo da ciência jurídica é comum encontrar pesquisas e análises sobre a magistratura e os magistrados, também observados sob a perspectiva de outras ciências, como a Sociologia e a Filosofia. A figura do juiz e o exercício da função de julgar são retratados até mesmo em obras literárias, havendo registros, por exemplo, nos clássicos gregos[16] "Oréstia", de Ésquilo[17], e em

[16] Juízes na mitologia e na literatura. Parte integrante da Reportagem: "A magistratura que queremos". *Revista Justiça e Cidadania*. Ano 20. Julho 2019, p. 25.

[17] Encenada pela primeira vez em 458 a.c. Disponível em: http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/portugues/0052.html. Acesso em: 26 ago. 2019.

Antígona, de Sófocles[18]. Há, também, o juiz como narrador ou protagonista da ficção e, a partir de suas perspectivas, é possível extrair elementos que indicam as tendências e as particularidades do magistrado, as idiossincrasias da magistratura e algumas vivências nos tribunais, como apresentado nos livros "A vida não é justa"[19], "Segredo de Justiça"[20] e "Velhos são os outros"[21].

Em 1994-1995, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) conduziu importante estudo sobre a Magistratura Brasileira, intitulado "O perfil do magistrado brasileiro", publicado em 1996. A ideia surgira após constatação de que os magistrados, embora já constassem "na ordem do dia", no Brasil e no mundo, eram, na verdade, desconhecidos em seu meio social[22].

Vinte anos depois, a AMB renovou a pesquisa, sob o título "Quem somos. A Magistratura que queremos", a fim de verificar eventuais modificações no perfil dos juízes e o pensamento da magistratura sobre assuntos correntes. Participaram das pesquisas juízes e desembargadores das Justiças Estaduais e da Justiça Federal, respondendo a questionários.

O trabalho foi publicado em 2019 e trouxe em seu bojo, por exemplo, questões relativas ao autorretrato que o magistrado tem de si e quanto às características que identificam o Poder Judiciário e o seu papel[23].

Indubitavelmente, as Escolas Judiciais[24], sejam nacionais, regionais ou estaduais, voltadas à Formação e ao Aperfeiçoamento de Magistrados, contribuem de maneira significativa no contínuo processo de renovação do perfil dos magistrados, posto consistir em estrutura de capacitação profissional, de fomento à pesquisa e à produção científica. É nesse contexto que se situa o tema deste artigo, delimitado especificamente à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM) e ao Juiz Federal da Justiça Militar.

Estabelece-se como hipótese de trabalho que a ENAJUM e os magistrados da JMU atuam em parceria para objetivos comuns, voltados à melhoria da prestação jurisdicional e à difusão de conhecimento. Institui-se

---

[18] Escrita por volta de 442 a.c. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%ADgona_(S%C3%B3focles). Acesso em: 26 ago. 2019.

[19] PACHA, Andrea. *A vida não é justa*. 3. ed. Brasil: Harper Collins, 2017.

[20] PACHA, Andrea. *Segredo de Justiça*. 2. ed. Brasil: Harper Collins, 2017.

[21] PACHA, Andrea. *Velhos são os outros*. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

[22] Apresentação da pesquisa "O perfil do magistrado brasileiro". Disponível: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/apresentacao.php. Acesso em: 26 ago. 2019.

[23] Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB_SUMARIO_EXECUTIVO_.pdf. Acesso em: 26 ago. 2019.

[24] Terminologia utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/sistema-nacional-de-capacitacao-judicial/escolas-judiciais. Acesso em: 26 jun. 2018.

como objetivo geral analisar como tal parceria é desenvolvida. Para tanto, traça-se como objetivo específico examinar as atividades realizadas, pontuando alguns desafios.

A análise proposta justifica-se como estímulo à proposição de novas ideias, por meio das quais será possível aprofundar a sinergia entre a ENAJUM e os magistrados, visto ser profícuo à Escola, aos Juízes Federais da JMU, aos jurisdicionados e ao próprio Poder Judiciário.

2 AÇÃO EDUCACIONAL

O jurista Reis Friede, em artigo jornalístico acerca da "Blitz da Lei Seca", lembrou ser comum à sociedade reagir a inovações, a leis e a decisões judiciais compreendidas como em descompasso com a realidade. Afirmou que: "(...) aqui, como em qualquer lugar do mundo civilizado, deslegitimamos no dia a dia o ato de autoridade que entendemos despropositado ou conduzido de maneira imprópria, senão abusiva"[25].

Pois bem. Não se desconhecem as críticas quanto à existência da JMU por aqueles que não a conhecem e a confundem com Corte Marcial ou Tribunal de Exceção, havendo, ainda, quem a compreenda como uma "justiça militarizada", olvidando-se que, em realidade, integra o Poder Judiciário. Tampouco se desconhecem as críticas correlatas ao Código Penal Militar e ao Código de Processo Penal Militar, em essência por não terem acompanhado na mesma marcha a evolução do Direito Penal e Processual Penal comum e a legislação penal extravagante.

Nesse viés, é possível conjecturar a tendência no meio social de deslegitimar a prestação jurisdicional da JMU, como gesto de descrédito, o que já foi exteriorizado em artigos jornalísticos e em programa de entretenimento[26].

Desse modo, embora o magistrado não tenha precipuamente a função pedagógica de educar juridicamente os jurisdicionados[27], o atuar do Juiz

---

[25] FRIEDE, Reis. *Blitz da Lei Seca: uma questão de educação*. Disponível em: https://reisfriede.wordpress.com/ 2019/05/13/blitz-da-lei-seca-uma-questao-de-educacao/. Acesso em: 19 ago. 2019.

[26] A título de exemplo, cita-se o episódio do programa de entretenimento "*Greg News, com Gregório Duvivier. Justiça Militar*". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=dniQ2tlkzeo. Acesso em: 26 ago. 2019.

[27] Na pesquisa "*Quem Somos. A magistratura que queremos*" foi identificada a **recusa dos magistrados** à autocaracterização como inteligência privilegiada, superposta à sociedade e vocacionada para o exercício de um **papel pedagógico na educação cívica dos brasileiros**. (destacou-se). De acordo com os registros: "A Questão 66 – que indagava se "o Poder Judiciário se deve atribuir um papel ético-moral na sociedade, educando-a para a vida pública e a cidadania" – foi respondida positivamente por apenas 14% dos magistrados em 1996 e por cerca de 13% deles em 2018, **contrariando perspectivas hoje correntes em certas parcelas da opinião pública ecoadas pela imprensa, que tomam o Judiciário como vigilante ético da sociedade**". (destacou-se). Sumário Executivo, página 10. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB_SUMARIO_EXECUTIVO_.pdf. Acesso em: 26 ago. 2019.

Federal da Justiça Militar pode ou reforçar as distorções acerca da realidade da JMU, ou aclará-las. Logo, a ação educacional acaba constituindo-se em um desdobramento, com efeitos positivo e construtivo no exercício da judicatura castrense. E a ENAJUM insere-se nesse processo com ativa participação.

2.1 ENAJUM[28]

O aprimoramento profissional dos magistrados permanentemente figura como fator primordial à qualidade da prestação jurisdicional e ao fortalecimento da legitimidade da JMU na sociedade. A valorização dos direitos fundamentais e sua concretização em conjunto com os valores constitucionais guiaram, desde sempre, o atuar da Justiça Castrense. E vale lembrar que ela é a mais antiga Justiça de nosso País, funcionando ininterruptamente desde seu nascedouro, em 1808.

Não obstante, antes do ano de 2009, inexistia um órgão ou entidade instituída, intrínseca à JMU, especificamente vocacionada para o aperfeiçoamento de juízes, para a pesquisa e a difusão de conhecimentos.

Embora a exigência de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados para o ingresso e promoção na carreira já constassem na Constituição Federal de 1988, somente em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, surgiu a obrigatoriedade no sentido de o curso voltado ao vitaliciamento devesse ser reconhecido por uma escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados, como opção aos ditos "cursos oficiais"[29]. Assim, as capacitações dos juízes já eram realizadas por cursos oficiais, mas não necessariamente por uma entidade ou órgão, instituído e organizado para constituir-se em uma escola nacional de magistrados.

Com a edição do Código de Ética da Magistratura, em 26 de agosto de 2008[30], reforçou-se a necessidade da existência da mencionada escola, fosse nacional, regional ou estadual. No mencionado Código[31], o conhecimento e a capacitação ganharam capítulo específico. Além de serem previstos como princípios norteadores do exercício da magistratura[32], foi-lhes atribuído como

---

Contrapondo-se ao resultado da pesquisa citada, está registrado no Código de Ética da Magistratura Nacional ser fundamental para a judicatura cultivar princípios éticos, pois lhe incumbiria também a função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais. Vide "considerando-os". Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional, de 26 de agosto de 2008, publicado no DJ em 18 de setembro de 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura. Acesso em: 5 set. 2019.

[28] Informações extraídas do Planejamento Estratégico da ENAJUM 2020-2024 e da Resolução nº 220, de 3 de setembro de 2015, que dispõe sobre a instituição, estrutura orgânica e competências da ENAJUM e dá outras providências.

[29] Art. 93, inciso IV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[30] *Ibidem*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura. Acesso em: 5 set. 2019.

[31] Capítulo X, arts. 29 a 36, do Código de Ética da Magistratura.

[32] Art. 1º do Código de Ética da Magistratura.

fundamento o próprio direito do jurisdicionado e da sociedade à obtenção de um serviço de qualidade na Administração da Justiça[33].

Outrossim, declarou-se ser um dever do magistrado atuar no sentido de que a instituição de que fizesse parte oferecesse os meios para que sua formação fosse permanente[34].

Sob esse prisma, em 2009, na Justiça Castrense foi criado o Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União (CEJUM), por meio da Resolução nº 166, de 15 de outubro de 2009, do Superior Tribunal Militar[35], cuja finalidade estava direcionada ao desenvolvimento científico e cultural dos magistrados e servidores[36].

E, em 2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu a competência do CEJUM para regulamentar o ingresso, a formação inicial e continuada de magistrados da Justiça Militar da União, por meio da Resolução nº 159, de 12 de novembro de 2012, do CNJ[37]. Reconheceu-se, dessa maneira, a natureza institucional do CEJUM como Escola Nacional de Magistratura.

O então Centro de Estudos passou a denominar-se Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM), cuja instituição, estrutura e competência foram estabelecidas pela Resolução nº 220, de 3 de setembro de 2015, do Superior Tribunal Militar[38]. Encontra-se, portanto, nos seus primeiros anos de existência.

A Escola, além de promover a seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados da JMU, possui a competência para regulamentar os cursos oficiais para o atingimento desses propósitos[39], dedicando-se, também, a promover o incentivo às pesquisas e edição de publicações[40], atividades estas singulares e criativas que concorrem para o desenvolvimento do Direito e áreas afins, bem como para motivar e cultivar o constante incremento das atividades intelectuais.

Ademais, por meio da realização de atividades de ensino e estudos, bem como mediante o incentivo ao intercâmbio entre as Escolas da Magistratura e outras instituições nacionais e estrangeiras, a ENAJUM tem

---

[33] Art. 29 do Código de Ética da Magistratura.

[34] Art. 36 do Código de Ética da Magistratura.

[35] Disponível em: https://www.stm.jus.br/enajum/legislacao-enajum. Acesso em: 20 ago. 2019.

[36] Art. 1º da Resolução nº 166/2009 previa como finalidades do CEJUM: o desenvolvimento científico e cultural dos magistrados e servidores de carreira jurídica da JMU; o planejamento e promoção de estudos e pesquisas, voltados à modernização e aperfeiçoamento dos serviços; o planejamento e promoção de eventos acadêmicos, bem como de estudos e projetos que subsidiassem o Superior Tribunal Militar a formular políticas e planos de ações institucionais.

[37] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=972. Acesso em: 20 ago. 2019.

[38] Disponível em: https://www.stm.jus.br/enajum/legislacao-enajum/item/5613-resolucao-n-220-2015-stm. Acesso em: 20 ago. 2019.

[39] Art. 1º da Resolução nº 220/2015, do Superior Tribunal Militar.

[40] Art. 1º e art. 2º, ambos da Resolução nº 220/2015.

buscado incessantemente divulgar a Justiça Castrense para a comunidade jurídica e outros segmentos da sociedade.

Destina-se, portanto, não apenas a contribuir com a melhoria da prestação jurisdicional, mas também oportunizar diálogos institucionais e criar meios de resgate da história da JMU e de renovação de sua legitimidade e, por conseguinte, de seu fortalecimento como órgão integrante do Poder Judiciário.

Para todos esses fundamentais propósitos, a ENAJUM atua em parceria com os magistrados, razão pela qual a construção participativa do conhecimento é um de seus valores[41].

Tal cooperação se dá primordialmente pela possibilidade de os magistrados colaborarem com sugestões, críticas, sendo-lhes chancelada a atuação proativa no planejamento de eventos, como seminários e encontros. Constrói-se, assim, uma salutar e proveitosa sinergia.

Noutro passo, foca-se na formação de formadores, com o intuito de que o próprio Juiz Federal da Justiça Militar lidere e empreenda capacitações profissionais, em consonância com o art. 33 do Código de Ética da Magistratura[42].

No tocante à seara administrativa, a ENAJUM, esporadicamente, funciona como elo entre a Primeira Instância e o Superior Tribunal Militar em assuntos que dizem respeito à gestão das Auditorias e matérias correlatas ao seu funcionamento, com vistas, sempre, ao fortalecimento da Justiça Castrense. De modo algum, essa vertente se afigura de menor importância, posto que as facetas da gestão, por exemplo, de competência, de recursos financeiros, de recursos humanos e outros afins podem gerar dificuldades cuja superação demanda abalizados conhecimentos técnicos.

Conforme asseverado pelo presidente da Comissão de Desenvolvimento Científico e Pedagógico da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), Desembargador Eladio Luiz da Silva Lecey: "O grande anseio que se nota em todos os cursos é a necessidade de se trabalhar gestão. Nós temos um grande conhecimento jurídico, mas não somos preparados para sermos gestores"[43].

Desse modo, as ações educacionais que "orbitam a ENAJUM" são de dimensões variadas, sobretudo em virtude de os efeitos do exercício das competências dos magistrados da JMU poderem ultrapassar o ordinário e usual

---

[41] Conforme o Planejamento Estratégico 2020-2024, a Escola também possui outros valores, quais sejam: justiça, ética, humanismo, inovação, qualidade, transparência e profissionalização da formação.

[42] Art. 33: "o magistrado deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial."

[43] Notícia sobre a abertura do Curso de Formação Inicial da Escola Judicial de Pernambuco. "*Formação Inicial acontece em Pernambuco*". Disponível em: https://www.enfam.jus.br/2019/07/formacao-inicial-acontece-em-pernambuco/.

desfecho do processo penal militar. Logo, inexoravelmente a ampliação da oferta e do alcance das atividades formativas deve estar inserida nos objetivos estratégicos da Escola.

2.2 Dos Cursos de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento de Magistrados

Os Cursos de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento dos juízes podem ser compreendidos e vivenciados como um direito dos magistrados, o que não importa em desconsiderar que a obtenção de um serviço de qualidade na administração da Justiça é um direito dos jurisdicionados e da sociedade.

Não se trata de programação voltada a ensinar o Direito, conhecimento este já verificado quando da aprovação no respectivo concurso público de provas e títulos e aprimorado incessantemente no exercício da magistratura, mas sim de aprofundar os saberes já existentes e de expandi-los a outras esferas, ultrapassando as questões meramente jurídicas.

Sem perder o foco direcionado aos temas de relevância, especificamente aqueles importantes conotados ao cumprimento das funções judiciais, entende-se que o conhecimento abrangente seja de essencialidade, na medida em que o magistrado é ora partícipe, ora protagonista nas transformações do Direito contemporâneo, nunca mero expectador.

No caso do Juiz Federal da Justiça Militar, suas incursões pelos diversos ramos da ciência jurídica tendem a ser intensificadas, e ainda que pareça de certo modo paradoxal, cumpre-lhe harmonizar o Direito Penal Militar e Processual Penal Militar – defasados – com as inovações sociais, políticas e jurídicas – em constante evolução –, coadunando-os às perspectivas do Estado de Direito delineadas preponderantemente pelos ditames da Constituição Federal de 1988. Cuida, contudo, a estar atento para não usurpar poderes e evitar anseios propensos a legislar, sobremodo indesejáveis.

A ENAJUM, no exercício de estreita ligação com os magistrados da JMU, possui um canal de comunicação apto a receber sugestões, críticas e colaborações de valia, úteis, portanto, para o incremento do saber. Para esse propósito, inclina-se à expansão das áreas de conhecimento e, nesse sentido, entende-se merecer elasticidade a percepção quanto ao que realmente produzirá bons frutos à JMU.

A cultura imanente é estímulo primordial à capacidade de reflexão crítica e à perspicácia argumentativa, colaborando, ainda, para o pensar e o sugerir de soluções para problemas correlatos à JMU e ao Poder Judiciário como um todo.

Nesse intento, pode a Escola incentivar "novas ideias para antigos e novos problemas", à semelhança do evento promovido pelo Fórum Nacional

dos Juízes Criminais (FONAJUC), sob o título "Prêmio de Boas Práticas na Justiça Criminal"[44]. As práticas submetidas à Comissão avaliadora deveriam ser inovadoras, com resultados comprovados e executados pelos Juízes Criminais ou de Execução Penal na seara da Jurisdição. O certame contou com duas categorias: a) "Práticas de Juiz"[45], que compreendia práticas com resultados comprovados que contribuíssem para a efetividade do sistema de justiça e que auxiliassem o aperfeiçoamento da justiça criminal, do jurisdicionado e da sociedade, valorizando a cidadania e a educação; e b) "Menção Honrosa"[46]: voltado à prática que possuísse resultado comprovado de implementação no sistema prisional, cujo destaque social tenha refletido de forma positiva na sociedade e no trabalho dentro do sistema.

Naturalmente, "Boas Práticas" também são indispensáveis na JMU, sobretudo por sua dimensão nacional e particularidades de gestão, planejamento e diálogo institucional.

À medida que as demandas dos magistrados forem sendo submetidas à ENAJUM, será possível empreender outros rumos do saber, dando a oportunidade de expansão intelectual àqueles que manifestarem interesses naquele sentido. Consoante esse desiderato, a Associação dos Magistrados Brasileiros promoveu, em parceria com a Academia Paulista de Letras, a primeira edição do Prêmio Nacional de Literatura para Magistrados, ocorrida em 2019. O resultado do concurso foi divulgado na abertura do VII Encontro Nacional de Juízes Estaduais[47].

Dessa maneira, os esforços na coparticipação para as atividades formativas dos magistrados da JMU requer um olhar e ações efetivas que vão além de tê-los como simples espectadores, facultando abertura de espaço para que, em conjunto com a ENAJUM, tenham um atuar empreendedor.

---

[44] Regulamento. Disponível em: https://fonajuc.com.br/docs/regulamento-boas-praticas-na-justica-criminal.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019.

[45] O vencedor foi o Juiz Decildo Ferreira Lopes, do Tribunal de Justiça de Goiás, com o projeto "*Além da Punição: por uma justiça de proteção integral*". Desenvolveu ações em parceria com a Pastoral Carcerária para minimizar vulnerabilidades do egresso no sistema prisional. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Premioreconhece-iniciativas-bem-sucedidas-na-Justica-criminal.aspx. Acesso em: 14 ago. 2019.

[46] A vencedora foi a Juíza Bárbara Livio, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o projeto "*Dialogo em Foco*", voltado à violência doméstica, cujos autores eram encaminhados a reuniões para serem estimulados a controlarem a raiva, a aprenderem a se expressar e a compreenderem o papel da família e o significado do papel da mulher. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Premio-reconhece-iniciativas-bem-sucedidas-na-Justica-criminal.aspx. Acesso em: 14 ago. 2019.

[47] Notícia "*Ganhadores do 1º Prêmio Nacional de Literatura para Magistrados são anunciados na abertura do VII Enaje*." Disponível em: https://www.amb.com.br/ganhadores-do-1o-premio-nacional-de-literatura-para-magistrados-sao-anunciados-na-abertura-do-vii-enaje/?doing_wp_cron=1567781075.2961299419403076171875. Acesso em: 2 set. 2019.

2.3 Servidores

Apesar de os servidores da JMU não serem o núcleo da missão da ENAJUM, é fato que desempenham atividades essenciais, diríamos até vitais, como elos integrantes da cadeia de cumpridores das ações que concorrem para a regular e profícua atuação da JMU.

Naturalmente, não basta um juiz capacitado para que todo o processo, nos vieses judicante e administrativo, se desenvolva com rapidez, segurança e efetividade. Torna-se necessário também que os servidores estejam habilitados a cumprir com eficiência seus misteres, visto a relevância do bom desempenho funcional de todos para que o magistrado otimize seu tempo para realizar o que o jurista Reis Friede chamou de "função básica de Julgador" (julgar) e que, segundo ele, aumentaria a eficiência global do Poder Judiciário[48].

Deve-se planejar criteriosamente a participação dos servidores em seminários e congressos e, também, a participação em cursos específicos, visando ao atingimento das metas colimadas. Nesse conspecto e, de certo modo, em proveito para tal fim, a ENAJUM elaborou o Curso de Formação de Formadores, prioritariamente para os magistrados da JMU, qualificando-os como magistrados formadores.

2.4 Forças Armadas

O intercâmbio com as Forças Armadas para a troca de conhecimentos, experiências e informações, bem como para o exame de ideias e pesquisa de ações pioneiras que aproveitem a Justiça e a sociedade, torna-se recomendável e de sentido valor. Exemplo recente foi a iniciativa do Ministério Público Militar, que, junto com integrantes do Ministério da Defesa e das Forças Armadas, elaboraram um Manual de Polícia Judiciária Militar, a fim de que houvesse um *modus operandi* que permitisse a padronização de procedimentos da Polícia Judiciária Militar. Além da melhoria da qualidade dos

[48] "Certamente, o custo da máquina judiciária deverá obrigatoriamente – sob pena de inviabilidade – ser repensado, no futuro próximo, restringindo ou mesmo eliminando o que nós convencionamos denominar de excessos de 'desperdício de capacidade efetiva'. Por exemplo, pela atual sistemática em vigor, um Magistrado – investido na função básica de Julgador – dedica mais da metade de seu tempo realizando tarefas de administração cartorária e de simples movimentação de processos (proferindo despachos de mero expediente), além de outros, em princípio absolutamente estranhos à sua função primária de julgar (...) isto é uma visível ineficiência do sistema, que bem poderia criar um cargo específico (....) com função, entre outras de proferir os chamados pronunciamentos judiciais desprovidos de caráter decisório (...) Por efeito, os Magistrados – dedicados exclusivamente à função pela qual percebem dos cofres públicos – poderiam, no mínimo, duplicar o número de decisões e julgamentos, redundando num sensível aumento da eficiência global do Poder Judiciário, sem, no entanto, a onerosa e indesejada contrapartida na elevação do número de juízos (e, por seu turno, de Juízes), com todas as suas benéficas consequências." FRIEDE, Reis. *Eficiência: um imperativo para o Poder Judiciário*. Disponível em: https://reisfriede.wordpress.com/2017/05/29/eficiencia-um-imperativo-para-o-poder-judiciario/. Acesso em: 16 ago. 2019.

serviços de investigação, almeja-se também, como resultado, viabilizar um processo mais célere e fidedigno[49].

Sob essa perspectiva, a ENAJUM e os magistrados da JMU, em sinergia, vêm incrementando um relacionamento mais estreito, proporcionando o envolvimento de militares e de magistrados no desenvolvimento de cursos, seminários, palestras educativas etc. Trata-se de via de mão dupla, na medida da reciprocidade proporcionada pelas forças militares em disponibilizar suas instalações para os integrantes da JMU conhecerem, *in loco,* a deontologia militar e idiossincrasias daqueles detentores da nobre missão de defesa da Pátria.

O olhar que a ENAJUM e os magistrados da JMU para com as Forças Armadas deve ser sempre de convivência harmoniosa, com foco na supremacia do interesse público e atingimento do bem maior de paz social da coletividade.

2.5 Operadores do Direito e meio acadêmico

Quanto aos operadores do Direito, a possibilidade de participarem dos seminários, dos congressos e das palestras promovidos pela ENAJUM é uma via de divulgação das matérias afetas à JMU. Esses profissionais, além de absorverem novos conhecimentos, aprimorando-os, também estão aptos a repassá-los a setores de interesse. Os alunos das graduações de Direito participam dessa dinâmica, sendo de valia tais experiências. Afinal, futuramente, estarão enriquecendo os debates jurídicos e renovando as teses que não se adéquem mais às demandas sociais, tendo como repositório próprio, de mais a mais, saberes sobre esta Justiça Especializada.

Nesse passo, é igualmente oportuno que doutrinadores e autores literários dos ramos do Direito Penal e Processual Penal comum participem dos aludidos eventos, pois o encontro vale de estímulo para que passem a produzir, também, obras na esfera do Direito Penal Militar e Processual Penal Militar. Trata-se de expandir o conhecimento dessas áreas do Direito, tornando-as mais conhecidas e estudadas por um maior número de interessados na Justiça Castrense.

3 Conclusão

Ações aparentemente "padronizadas" ou "corriqueiras" de uma Escola Judicial, em realidade, possuem efeitos com amplos alcances, em especial e como esperado, na órbita da educação, seja ela puramente jurídica seja em áreas afins. A produção e a difusão de conhecimento, além de proporcionar o contínuo aperfeiçoamento e a manutenção do valor histórico de uma instituição e de seus feitos, viabiliza a criação de soluções para problemas

[49] Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica. *Manual de polícia judiciária militar*. Brasília: MPM, 2019.

estruturais e sociais a ela interligados e proporciona que futuras gerações possam renovar "o pensar" e as práticas já cristalizadas e carentes de melhorias.

Nesse caminho, a parceria entre a ENAJUM e os magistrados da JMU afigura-se salutar e revigorante à Justiça Militar da União. A tenra idade dessa Escola em tempo algum será limitadora da produção de conhecimentos. Barreiras físicas e financeiras podem até configurar óbices e árduos desafios, mas jamais serão aptos a cercearem ou enfraquecerem a capacidade humana de pensar e criar.

REFERÊNCIAS

Associação dos Magistrados Brasileiros. *Quem Somos. A Magistratura que Queremos.* Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/apresentacao.php.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura*. 20 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Escolas Judiciais.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/sistema-nacional-de-capacitacao-judicial/escolas-judiciais.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 159*, de 12 de novembro de 2012.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Notícia jornalística *"Formação Inicial começa em Pernambuco"*. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/2019/07/formacao-inicial-acontece-em-pernambuco/.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (JMU). *Relatórios de Atividades da ENAJUM*. Disponível em: https://www.stm.jus.br/enajum.

BRASIL. Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica. *Manual de polícia judiciária militar.* Brasília: MPM, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Judiciário. Notícia. *Prêmio reconhece inciativas bem-sucedidas na Justiça Criminal*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Premio-reconhece-iniciativas-bem-sucedidas-na-Justica-criminal.aspx.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Resolução nº 166*, de 15 de outubro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Resolução nº 191*, de 10 de abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Resolução nº 220,* de 3 de dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União. Universidade de Brasília. *Planejamento Estratégico 2020/2024, 2019*.

Comentários sobre Antígona. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%ADgona_(S%C3%B3focles).

Da Redação. *"A magistratura que queremos"*. Revista Justiça e Cidadania. Ano 20, Rio de Janeiro: Instituto JC, Julho 2019.

FRIEDE, Reis. *Blitz da Lei Seca: uma questão de educação*. Disponível em: https://reisfriede.wordpress.com/2019/05/13/blitz-da-lei-seca-uma-questao-de-educacao/.

FRIEDE, Reis. *Eficiência: um imperativo para o Poder Judiciário*. Disponível em: https://reisfriede.wordpress.com/2017/05/29/eficiencia-um-imperativo-para-o-poder-judiciario/.

Fórum Nacional de Juízes Criminais. Regulamento. Prêmio *"Boas Práticas na Justiça Criminal"*. Disponível em: https://fonajuc.com.br/docs/regulamento-boas-praticas-na-justica-criminal.pdf.

GARCIA, Janaina Pires. *Análise de uma tragédia grega: Oréstia, de Ésquilo*. Disponível em: http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/português/0052.html.

"*Greg News, com Gregório Duvivier. Justiça Militar*". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=dniQ2tIkzeo.

PACHA, Andrea. *A vida não é justa*. 3. ed. Brasil: Harper Collins, 2017.

PACHA, Andrea. *Segredo de Justiça*. 2. ed. Brasil: Harper Collins, 2017.

PACHA, Andrea. *Velhos são os outros*. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

COMPLIANCE NO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO: o maior desafio dos 70 anos das Convenções de Genebra

NAJLA NASSIF PALMA
Promotora de Justiça Militar

RESUMO

O fortalecimento do respeito ao Direito Internacional Humanitário (DIH) permanece sendo o maior desafio dos 70 anos das Convenções de Genebra. Apesar dos mecanismos de *compliance*, a realidade das pessoas afetadas por conflitos armados impede de falar em comemorações. Esforços internacionais continuam a ser empreendidos para que os Estados respeitem e façam respeitar o DIH.

Embora o Brasil tenha progredido em alguns aspectos da implementação, o Estado ainda não internalizou violações graves aos DIH como crimes de guerra no ordenamento jurídico pátrio. A aprovação do projeto de lei nesse sentido é importante, necessária e urgente considerando que o Brasil tem a obrigação de cumprir esse compromisso, participa de missões de paz da ONU, faz parte do Tribunal Penal Internacional e busca se destacar com mais protagonismo no cenário internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Humanitário. Compliance. Crimes de guerra. Legislação Nacional.

ABSTRACT

Strengthening respect for international humanitarian law (IHL) remains the biggest challenge marking the 70th anniversary of the Geneva Conventions. Despite the existence of compliance mechanisms, people continue to be affected by armed conflict, thus hindering IHL implementation. International efforts aimed at reinforcing IHL continue to be made so as to ensure its compliance.

Although Brazil has made progress in some aspects of IHL implementation, it has yet to internalize serious violations of IHL as war crimes. The approval of the Bill in this sense is important and urgent, considering that Brazil has an obligation to fulfill this commitment, as the country seeks to stand out in the international scene, including by actively participating in United Nations peace missions and the International Criminal Court.

KEYWORDS: International Humanitarian Law. Compliance. War Crimes. National Legislation.

1 INTRODUÇÃO

Sete décadas se passaram desde que a humanidade decidiu se proteger da sua própria brutalidade e, apesar de as Convenções de Genebra de 1949 terem aceitação universal, sua implementação permanece sendo o maior desafio do Direito Internacional Humanitário.

O presente artigo tem o objetivo de refletir sobre as obrigações dos Estados soberanos decorrentes desse ramo do Direito Internacional que almeja impor limites à guerra e a importância de traduzir tais compromissos em ações concretas desde os tempos de paz.

Inicialmente serão comentados os mecanismos de *compliance* previstos nas Convenções de Genebra de 1949 e nos seus Protocolos Adicionais de 1977. Para traçar um panorama dos sistemas de fortalecimento do respeito ao Direito Internacional Humanitário, os mecanismos foram divididos em normativos, institucionais e penais.

Posteriormente serão relatados alguns esforços internacionais empreendidos no sentido de sensibilizar os Estados a avançar na aplicação desse ramo do Direito Internacional no plano interno.

Por fim, algumas considerações serão feitas sobre a perspectiva brasileira na implementação dos compromissos internacionais advindos dos tratados que restringem meios e métodos de combate e protegem pessoas fora de combate em tempos de conflitos armados.

2 MECANISMOS DE *COMPLIANCE* NO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

O Direito Internacional Humanitário (DIH), também conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados[50] ou *ius in bello*, foi concebido especialmente para os tempos de conflitos armados e visa restringir meios e

[50] Por ordem de antiguidade, três expressões foram cunhadas para designar esse ramo do Direito Internacional: Direito da Guerra ou "Leis de Guerra", "Direito Internacional dos Conflitos Armados" e "Direito Internacional Humanitário". A nomenclatura Direito da Guerra reinou soberana por muito tempo, tendo sido abandonada com a criação da Organização das Nações Unidas, que considerou a guerra uma conduta proibida. As Convenções de Genebra de 1949 acrescentaram a expressão "conflitos armados" para estender a proteção jurídica às vítimas de confrontos que não poderiam ser tecnicamente classificados como guerras e esta foi a certidão de nascimento da expressão Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA). Já a terminologia Direito Internacional Humanitário (DIH) foi primeiramente utilizada no âmbito do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), nos anos 50, sendo que passou a ser a expressão preferida da doutrina e atualmente tende a ser dominante. As três expressões podem ser consideradas equivalentes, e a escolha de uma ou de outra dependerá essencialmente do costume e do público. Constata-se que as organizações internacionais, as universidades ou ainda alguns Estados preferem a terminologia Direito Internacional Humanitário ou Direito Humanitário, enquanto no seio das Forças Armadas utilizam-se, com mais frequência, as expressões Direito da Guerra ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA).

métodos de combate e proteger quem não participa, ou não participa mais, das hostilidades. Desse Direito também decorrem regras de proteção para bens e locais culturais e religiosos, instalações de saúde e até meio ambiente.

As quatro Convenções de Genebra de 1949, que foram elaboradas pela comunidade internacional depois das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, são os tratados essenciais do DIH cujos dispositivos focam na proteção da pessoa fora de combate em tempos de guerra: a I Convenção de Genebra protege os feridos e doentes das Forças Armadas em campanha (CGI); a II Convenção de Genebra protege os feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no mar (CGII); a III Convenção de Genebra protege os prisioneiros de guerra (CGIII); e a IV Convenção de Genebra protege a população civil (CGIV).

Os dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra, de 1977, também são tratados fundamentais do DIH. O Protocolo Adicional I (PAI) reforça a proteção das vítimas de conflitos armados internacionais e amplia a definição destes para incluir as guerras de libertação nacional. O Protocolo Adicional II (PAII), por sua vez, reforça a proteção das pessoas afetadas por conflitos armados internos.

Compliance é um termo inglês decorrente do verbo *to comply*, que significa agir de acordo com uma regra, um pedido, um comando. Estar em *compliance* significa, em síntese, o dever de estar em conformidade e de fazer cumprir leis, regulamentos e diretrizes. No presente trabalho, a expressão é usada na sua dimensão estatal para designar a obrigação dos Estados soberanos de cumprirem seus compromissos internacionais adotando medidas concretas necessárias à implementação do DIH.

Embora o *ius in bello* seja um dos ramos mais codificados do Direito Internacional, além de ser complementado por um abrangente conjunto de regras consuetudinárias, a realidade contemporânea tem demonstrado que as normas humanitárias carecem de uma efetiva e completa aplicação no campo de batalha, circunstância que resulta no imenso sofrimento das vítimas dos conflitos armados.

Adentrando nos mecanismos de *compliance* com o *ius in bello*, emanam das Convenções de Genebra de 1949 e dos Protocolos Adicionais de 1977 mecanismos normativos, institucionais e penais[51] no intuito de monitorar a aplicação de suas normas. Os referidos atos convencionais endereçaram comandos aos Estados Partes, criaram órgãos e tipificaram condutas como crimes internacionais.

[51] A categorização dos mecanismos em normativos, institucionais e penais foi proposta por R. KOLB na obra "Ius in bello. Le droit international des conflits armés", Helbing & Lichetenhahn, Bâle/Genève/Munich, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 240 e seguintes.

Embora o DIH seja um ramo do direito internacional elaborado especialmente para ser aplicado em tempos de guerra, dos tratados emanam importantes obrigações a serem cumpridas desde os tempos de paz.

2.1 Mecanismos normativos

Os mecanismos normativos são comandos endereçados diretamente aos Estados Partes, expressando a ideia de um dever que exige providências concretas na implementação do DIH.

As "Altas Partes contratantes" comprometem-se a "respeitar e a fazer respeitar" os instrumentos de DIH em "todas as circunstâncias"[52]. Essa obrigação é tão importante que consta no primeiro artigo das Convenções de Genebra de 1949 e do Protocolo Adicional I de 1977. Em essência, desse comando normativo decorrem todas as obrigações de *compliance* estatal com o DIH.

Inicialmente, convém refletir sobre a razão dessa fórmula diferenciada característica dos tratados que compõe o coração normativo do *ius in bello*.

O texto conclama todas os Estados soberanos que são partes dos tratados de DIH, diferentemente de outras provisões dos mesmos instrumentos internacionais que referem as "Partes no conflito". Dessa forma, já anuncia que os Estados não envolvidos no conflito armado também têm obrigações a cumprir para a aplicação universal do DIH.

Grupos armados não estatais envolvidos em conflitos armados não internacionais não estão incluídos na expressão "Altas Partes Contratantes". Contudo, estão igualmente obrigados a respeitar e fazer respeitar o inteiro teor do art. 3º comum às Convenções de Genebra, que vincula todas as partes envolvidas no conflito armado. Ademais, essa obrigação, no seu conteúdo geral, faz parte do direito consuetudinário, vinculando igualmente os agentes não estatais que devem instruir seus integrantes sobre o DIH[53].

A aplicabilidade do DIH para contingentes militares que os Estados cedem para a Organização das Nações Unidas também foi afirmada pelo Boletim do Secretário-Geral de 1999. Dessa feita, acordos concluídos entre a ONU e o Estado no qual se desdobrará uma missão de paz (*Status of forces agreements* – SOFAs) incluem o compromisso da Organização em assegurar que a operação será conduzida com o pleno respeito aos princípios e regras do DIH.

Dessa primeira parte da disposição, "respeitar", decorrem obrigações negativas, de não fazer – não violar os direitos garantidos pelos tratados de DIH –, e positivas, de fazer – cumprir as disposições dos tratados em tempos de guerra e as medidas demandadas desde os tempos de paz.

[52] Cf. art. 3º comum das Convenções de Genebra de 1949 e art. 1º do Protocolo Adicional I de 1977.
[53] Cf. Estudo sobre o DIH Consuetudinário elaborado pelo CICV, especialmente normas 139 a 143.

Dentre as obrigações positivas de respeitar o DIH desde o tempo de paz está a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para cumprir suas obrigações dentro de sua esfera de jurisdição. Isso pode incluir uma gama de medidas de prevenção, supervisão e punição.

O aspecto punitivo envolve a necessidade de adaptação da legislação interna para incluir, como crimes de guerra, as graves violações do *ius in bello*. Considerando a importância da dimensão penal na implementação do DIH, neste trabalho, os mecanismos penais foram destacados dos mecanismos normativos e serão comentados separadamente.

Os Estados também têm o dever de divulgar e difundir o DIH. Trata-se de uma forma de prevenção considerando que o conhecimento das regras do *ius in bello* resulta em uma maior probabilidade de respeito destas em caso de conflitos armados[54]. Do PAI advém a obrigação expressa de incorporar o estudo desse ramo do Direito Internacional nos programas de instrução militar e encorajar seu estudo por parte da população civil, de forma que esses instrumentos do DIH possam ser conhecidos pela Forças Armadas e pela população civil.

Os regulamentos disciplinares e os manuais de treinamentos militares devem incluir as obrigações de DIH no comportamento dos beligerantes e considerações do *ius in bello* devem estar inseridas no processo de tomada de uma decisão militar. O PAI também dispõe que os Estados devem disponibilizar assessores jurídicos qualificados em DIH para os Comandantes Militares[55].

O uso dos símbolos protegidos deve ser regulamentado no âmbito nacional para que não seja vulgarizado em tempos de paz e para que o pessoal médico e as instalações, veículos, aeronaves e embarcações médicas possam ser protegidas em tempos de conflitos armados. O mesmo deve ocorrer com relação a instalações, veículos e pessoal de defesa civil, bens culturais e instalações contendo forças perigosas.

Para supervisionar o respeito ao DIH, algumas medidas técnicas devem ser tomadas para constantemente avaliar se as armas e os meios e métodos de combate à disposição do Estado estão de acordo com os compromissos internacionais assumidos. Empreender esforços para separar instalações fixas que podem ser consideradas objetivos militares em tempos de conflitos armados de áreas densamente povoadas também é uma medida exortada pelo DIH desde os tempos de paz.

A obrigação complementar de "fazer respeitar" demonstra que os textos são tão essenciais que, além de cumprir e aplicar os tratados, o que

[54] Essa obrigação vem estatuída no art. 47 da CG I, art. 48 da CG II, art. 127 da CG III, art. 144 da CG IV, art. 83 do PAI e art. 19 do PAII.
[55] Cf. art. 82 do PAI.

inclui a adaptação de suas respectivas legislações, os Estados Partes devem zelar para que outros Estados Partes também os cumpram e os apliquem para que as disposições sejam universalmente respeitadas. "Longe de ser uma simples cláusula de estilo, o art. 1º foi intencionalmente revestido de um caráter imperativo"[56].

O desafio é saber qual a amplitude desta obrigação, ou seja, quais são as formas e os limites das providências que um Estado Parte pode tomar para garantir que outro respeite o DIH. O direito ainda não tem respostas precisas a essas questões, mas uma coisa é certa: exige-se uma postura ativa dos Estados.

A título de ilustração podem ser citadas algumas possíveis medidas que um Estado, mesmo não envolvido em um conflito armado, pode tomar para fazer outro Estado respeitar o DIH[57]: endereçar questões de *compliance* no contexto de diálogos diplomáticos; fazer pressão diplomática por meio de protestos confidenciais ou denúncias públicas; condicionar operações conjuntas a coalizões que respeitem as obrigações advindas do DIH; intervir para evitar violações graves no caso de um Estado parceiro de uma coalizão estar prestes a fazer um ataque ilegítimo contra civis; oferecer assistência legal em DIH para Partes do conflito, como instruções e treinamento; agir como Potência Protetora[58]; referir, quando aplicável, um caso para a Comissão Internacional para apuração de fatos[59]; requerer reunião das Altas Partes Contratantes; aplicar medidas de retorsão, como interromper negociações em andamento, recusar a ratificar acordos já assinados, não renovar privilégios comerciais e reduzir ou suprimir ajudas; adotar contramedidas legais, como embargos de armas, restrições de comércio e financiamento, proibição de voos e redução ou suspensão de acordos de ajuda e cooperação; condicionar, limitar ou recusar transferência de armas; referir casos a organismos internacionais como o Conselho de Segurança ou à Assembleia Geral da ONU ou, quando aplicável, à Corte Internacional de Justiça; recorrer a medidas penais para reprimir violações de DIH e apoiar esforços internacionais para trazer à justiça agentes que praticaram crimes de guerra.

Finalmente a expressão "em todas as circunstâncias" reforça a necessidade de compromisso desde os tempos de paz e, sobretudo, em tempos de guerra, reafirma a estrita separação entre o direito na guerra (*ius in bello)* e o direito de fazer uma guerra (*ius ad bellum)*.

---

[56] Texto extraído dos comentários sobre as Convenções de Genebra de 1949 elaborados pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (www.icrc.org). Tradução livre.

[57] Medidas elencadas no *Commentary on The First Geneva Convention*, publicado pelo CICV, em 2016, p. 57-58.

[58] A instituição da Potência Protetora será vista no item 2.2, que se refere aos mecanismos institucionais de *compliance* com o DIH.

[59] A Comissão Internacional para a apuração de fatos será vista no item 2.2, que se refere aos mecanismos institucionais de *compliance* com o DIH.

As razões que deflagraram um conflito armado não se inserem no contexto do DIH e sim do Direito ao Uso da Força no cenário internacional ou direito relativo à manutenção da paz (*ius ad bello*). Esse ramo do Direito internacional refere-se ao direito de ir à guerra, de iniciar hostilidades armadas. Aqui a análise recai sobre a licitude do uso da força pelos Estados a título singular, e, desde 1945, o assunto se circunscreve à esfera de competência da ONU, que tem a missão de manter a paz no mundo. Segundo a Carta das Nações Unidas na qual os Estados se abstiveram de usar a força para resolução de suas questões, somente são excepcionadas a legítima defesa do Estado, ações autorizadas pelo Conselho de Segurança e situações decorrentes do princípio da autodeterminação dos povos.

2.2 Mecanismos institucionais

Na busca de soluções para reforçar o respeito ao DIH, as Convenções de Genebra e o Protocolo Adicional I instituíram organismos *sui generis* com esferas de atuação diferentes, mas com o objetivo comum de supervisionar a aplicação do *ius in bello*.

2.2.1 Potências Protetoras

As Potências Protetoras são os mais antigos meios de controle de aplicação do DIH. Trata-se de um Estado neutro, ou outro Estado não envolvido no conflito armado, escolhido por uma das Partes beligerantes para resguardar seus interesses, e de seus nacionais, junto à Parte Adversa ou outra Potência[60]. A Potência Protetora é um representante de uma das Partes no conflito[61].

Como exemplo do papel de intermediário fiscalizador da Potência Protetora, algumas atuações relativas aos prisioneiros de guerra (PG) oriundos da Parte que representa[62] podem ser citadas: o conhecimento acerca de pena de morte pronunciada contra PG e a designação de um defensor àquele PG que não tiver escolhido um de sua confiança; o recebimento de testamento deixado por PG cuja morte ocorreu em cativeiro; visitas a todos os locais de internamento, detenção ou trabalho dos PG.

A designação de Potências Protetoras tem caído em desuso, sendo que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha tem assumido este papel de fiscalizador da aplicação das normas protetivas do DIH[63].

---

[60] Cf. a definição contida no art. 2º (c) do PAI.

[61] Cf. art. 8º da I Convenção de Genebra, que encontra equivalentes no art. 8º das CG II e CG III e no art. 9º da CG IV.

[62] Cf. arts. 56, 65, 68, 77, 100, 105, 107, 120 e 126 da CG III.

[63] Cf. art. 10 das CG I, II, III, art. 11 da CG IV, art. 2º, "d", e art. 5º (3) do PAI, 128, art. 123 da CG III e art. 140 da CG IV.

2.2.2 O Comitê Internacional da Cruz Vermelha

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) é a instituição promotora e guardiã do DIH. Trata-se de um organismo neutro, imparcial, independente, de natureza privada, com múnus público. Sua missão de caráter essencialmente humanitário é proteger a vida e a dignidade das vítimas da guerra e da violência interna, levando a elas assistência.

Dentre as atividades do CICV pode-se citar a visita aos prisioneiros de guerra e internados civis, para saber se as regras do DIH estão sendo respeitadas, a organização de Agência Central de Informações[64], com fichas individuais dos prisioneiros de guerra e dos civis internados, o restabelecimento dos contatos entre familiares separados pelo conflito, a assistência à população civil e o esforço para garantir que as pessoas protegidas recebam um tratamento digno. Como o CICV pode substituir as Potências Protetoras, pode também executar todas as atividades de fiscalização a elas atribuídas.

O CICV também divulga e promove o desenvolvimento do DIH e, dentre outras atividades, podem ser citadas a elaboração de estudos, a proposição de projetos de convenções e a prestação de assistência jurídica aos Estados Partes na adaptação de suas legislações internas.

O CICV é dotado de um direito de iniciativa humanitária tanto nos conflitos armados internacionais como nos conflitos armados não internacionais[65]. Criado em 1863, o CICV é a origem do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, que também é formado pela Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, e pelas Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho. O Movimento tem a missão de: prevenir e amenizar o sofrimento humano em todas as circunstâncias; proteger a vida e a saúde e fazer respeitar a pessoa humana, em particular em tempos de conflito armado e em outras situações de urgência; trabalhar na prevenção de doenças e na promoção da saúde e do bem-estar social; encorajar a ajuda voluntária e a disponibilidade dos membros do Movimento, além do sentimento universal de solidariedade com todos os que têm necessidade desta proteção e assistência.

Enquanto o CICV, com sede em Genebra, foca suas atividades para aliviar a sorte das vítimas de conflitos armados, as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho ajudam os poderes públicos de seus respectivos países na prevenção de doenças, no desenvolvimento da saúde e na luta contra o sofrimento humano. A Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, que é a reunião das atuais 186 Sociedades Nacionais existentes, tem como papel principal a prestação de socorro às vítimas de catástrofes naturais. A cooperação entre o Comitê, as

[64] Cf. art. 123 da CG III e art. 140 da CG IV.
[65] Cf. art. 9º comum às CG I, II, III, e art. 10 da CG IV, art. 81 (1) do PAI e art. 3º (2) comum às CG.

Sociedades Nacionais e a Federação no cumprimento de suas respectivas missões é permitida e incentivada.

Segundo o seu estatuto, adotado pela XXV Conferência Internacional da Cruz Vermelha (1986), as atividades de todo o Movimento da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho são guiadas pelos princípios da humanidade, da imparcialidade, da neutralidade, da independência, do voluntariado, da unidade e da universalidade.

2.2.3 A Comissão internacional para a apuração dos fatos

A Comissão internacional para a apuração dos fatos inexistia antes do Protocolo Adicional I de 1977. Trata-se de um órgão composto por 15 membros criado para investigar fatos que, em tese, constituam infração grave às Convenções de Genebra e ao PAI e para facilitar o restabelecimento do respeito aos aludidos instrumentos internacionais.

A comissão é um órgão de caráter essencialmente investigativo, não lhe competindo apreciar uma controvérsia jurídica, ainda que considerações de direito não sejam proibidas. O funcionamento da Comissão é deflagrado por meio de uma cláusula facultativa, ou seja, a instituição só poderá atuar com relação aos Estados Partes que depositarem uma declaração unilateral aceitando submeter-se a sua competência. Foram necessárias vinte declarações de aceitação de competência para que a comissão pudesse existir.

Os Estados Partes devem dar apoio ao trabalho da Comissão em seus territórios. As Partes interessadas na investigação terão o direito de questionar as provas produzidas. A comissão não tornará públicas suas conclusões, a menos que assim requeiram as Partes em conflito. Os trabalhos serão custeados por meio de contribuições dos Estados Partes que tenham aceitado a competência da comissão[66]. 77 Estados já aceitaram a competência da Comissão e ainda não há nenhuma investigação instaurada.

2.2.4 Comissões Nacionais de implementação do DIH

Ainda que não expressamente previstas no texto dos tratados, as comissões nacionais de implementação do DIH são encorajadas e apoiadas pelo CICV. O relatório de 2018 apontou que 112 Estados já estabeleceram comissões nacionais com representantes de vários setores estatais para aconselhar, dar assistência e acompanhar a implementação do DIH no plano interno[67].

A quarta reunião universal das comissões nacionais e órgãos similares ocorreu em Genebra, no final de 2016, para trocar informações sobre suas

[66] Cf. art. 90 do PAI.

[67] Um panorama das comissões nacionais para a implementação do DIH está disponível em: file:///C:/Users/usuario/Downloads/final_2018_nihlc_table%20(2).pdf. Acesso em: 30 jul. 2019.

atividades, experiências e realizações e discutir questões práticas relacionadas à implementação do DIH em nível interno. O tema principal da reunião foi o aumento da proteção em conflitos armados por meio de leis e políticas domésticas[68].

2.3 Mecanismos penais

A repressão penal é uma eficiente forma de fazer valer o DIH. As infrações graves às Convenções de Genebra e aos seus Protocolos Adicionais são consideradas crimes de guerra[69] e os Estados Partes têm o dever de adaptar suas legislações e reprimi-las criminalmente.

Nesse contexto, o desenvolvimento do Direito Penal Internacional tem-se revelado um forte aliado do *ius in bello*, e a mais recente concepção dos crimes de guerra vem elencada no art. 8º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998.

Uma vez que compete primeiramente aos Estados exercer a jurisdição, o criminoso deve ser processado e julgado (*aut judicare)* ou, se requerido, extraditado (*aut dedere*) ao país competente e capaz de fazê-lo.

Considerando, igualmente, que determinados crimes são tão graves que afetam a comunidade internacional como um todo, os Estados convencionaram, por meio de instrumentos internacionais, que têm o direito, senão a obrigação, de processar esses criminosos internacionais, pouco importando o lugar do crime ou a nacionalidade dos autores ou das vítimas. Esse é o postulado do princípio da competência universal que, juntamente com o princípio *"aut dedere aut judicare"*, tem o intuito de lutar contra a impunidade de crimes internacionais como os crimes de guerra.

Ainda que os Estados se obriguem a julgar e processar criminosos internacionais, alguns obstáculos no direito interno podem comprometer o adimplemento dessa obrigação. Além da eventual falta de legislação nacional internalizando os crimes de guerra no ordenamento jurídico estatal, os principais impedimentos das legislações nacionais são a anistia, a prescrição, o princípio do *ne bis in idem* e as imunidades.

Por vezes, quando os crimes internacionais não podem ser ou simplesmente não são julgados nas jurisdições nacionais, o Direito Penal Internacional também poderá ser aplicado por meio de tribunais penais internacionais. São exemplos o Tribunal de Nuremberg, de 1945; o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, de 1946; o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, de 1993; o Tribunal Penal

[68] Relatório da quarta reunião universal das comissões nacionais de DIH disponível em: file:///C:/Users/usuario/Downloads/4322_002_Universal-meeting-national-committees_web%20(1).pdf. Acesso em: 30 jul. 2019.

[69] Cf. art. 85 (5) do PAI.

Internacional *ad hoc* para Ruanda, de 1994; o Mecanismo internacional residual dos Tribunais Penais Internacionais, de 2010; e o Tribunal Penal Internacional, de 1998.

A justiça vinda de um local distante dos acontecimentos e proferida por juízes estrangeiros pode perder credibilidade em face da realidade regional. Esse problema, associado a outros de ordem prática, conduziu à criação, em determinadas situações, de jurisdições mistas que misturam juízes nacionais e juízes internacionais. São exemplos o Tribunal Especial para Serra Leoa, de 2002; as Câmaras extraordinárias dos tribunais de Camboja, de 2003; a administração da justiça pela Missão de Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo, em 1999; as Câmaras Especiais do Timor Leste, de 2000; o Tribunal Especial Iraquiano, de 2003; e o Tribunal Especial para o Líbano, de 2007.

O Direito Penal Internacional criminaliza não somente as pessoas que ativamente perpetraram os crimes de guerra ou receberam ordens para tanto, mas também as condutas resultantes das falhas de agir conforme o DIH. Em especial os comandantes militares têm o dever de impedir, reprimir e denunciar graves violações do DIH cometidas por pessoas sob seu comando e controle. Dessa falha em tomar as medidas necessárias e adequadas para impedir que seus subordinados cometam atrocidades poderá decorrer uma responsabilização criminal.

3 FORTALECENDO O RESPEITO AO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NO PLANO INTERNACIONAL

Longe de ter a pretensão de esgotar o elenco de iniciativas internacionais, as linhas que seguem mencionam algumas ações empreendidas fora do plano estatal singular para implementar o DIH.

3.1 O esforço do Comitê Internacional da Cruz Vermelha

Nos seus mais de 150 anos de existência, o CICV promoveu incontáveis iniciativas no sentido de fortalecer o respeito e monitorar a aplicação do DIH e de fazer avançar a proteção normativa em tempos de guerra. Graças ao trabalho abnegado da instituição, muitas pessoas afetadas por conflitos armados puderam ser protegidas.

Em especial quanto ao fortalecimento de *compliance* estatal com o DIH, a instituição já promoveu muitas ações das quais se destacam a produção de manuais, o treinamento de integrantes das Forças Armadas e das populações civis, o encorajamento para criação de comissões nacionais de implementação, o favorecimento e a organização de reuniões internacionais.

Desde 2011, a instituição está envolvida numa iniciativa conjunta com o governo suíço objetivando fortalecer *compliance* no DIH por meio do

estabelecimento de mecanismos internacionais mais efetivos. O mandato para essa iniciativa foi provido por resolução adotada na 31ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho no mesmo ano. Um amplo processo de consulta dos Estados foi iniciado e, dentre várias opções, foi se delineando a sugestão de um fórum regular de diálogo sobre temas de DIH que poderia incluir relatórios nacionais periódicos sobre as medidas de *compliance* e debates temáticos. O esboço de uma resolução foi apresentada na 32ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho em 2015, contudo não houve consenso entre os Estados para sua aprovação.

Para a 33ª Conferência internacional prevista para dezembro de 2019, ano comemorativo dos 70 anos das Convenções de Genebra, cujo tema central será "Trazendo o DIH para casa: um roteiro para uma melhor implementação nacional do Direito Internacional Humanitário", o CICV já preparou um novo projeto de resolução[70].

No esforço de disseminar cada vez mais o DIH, o CICV lançou, em agosto de 2019, um aplicativo digital que fornece acesso, via *tablet* e *smartphone*, a mais de 75 tratados e outros documentos relacionados ao Direito Internacional Humanitário (DIH) – principalmente as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais, os Comentários originais e atualizados do CICV sobre as Convenções e Protocolos adicionais e as regras consuetudinárias do DIH.

3.2 Reunião das Altas Partes Contratantes

O PAI prevê a possibilidade de uma reunião entre as Altas Partes Contratantes para considerar problemas gerais relativos à aplicação das Convenções de Genebra de 1949 e do próprio Protocolo. A reunião pode ser proposta por um ou mais Estados parte ao PAI, desde que conte com o voto da maioria dos Estados Partes. Investigações e pronunciamentos acerca de alegadas violações de DIH não são permitidos. Nenhuma reunião foi organizada desde que o PAI entrou em vigor.

Não obstante, em 1998, o governo suíço, baseado no mandato de depositário das Convenções de Genebra e do PAI, convocou a Primeira Reunião Periódica dos Estados Partes para tratar de problemas gerais relativos à aplicação do DIH. Participaram da reunião 129 Estados e os debates foram centrados em dois tópicos: respeito por e segurança do pessoal de organizações humanitárias e conflitos armados relacionados à desintegração de estruturas estatais.

A pedido dos Estados, as discussões foram informais, nenhum novo texto foi negociado e, desde então, não foram organizadas outras reuniões dessa natureza.

---

[70] Íntegra disponível em: https://rcrcconference.org/app/uploads/2019/06/33IC-IHL-draft-zero-resolution_en-1.pdf. Acesso em: 30 jul. 2019.

3.3 A implementação do DIH através do Sistema ONU

A ONU tem a missão de manter a paz no mundo e, nesse contexto, ocupa-se do direito ao uso da força no cenário internacional (*ius ad bellum*), independentemente do direito que regula a condução das hostilidades e protege as pessoas fora de combate em tempos de conflitos armados (*ius in bello*).

Contudo, embora esses ramos do Direito internacional sejam independentes, há importantes interações e o sistema ONU exerce um papel relevante na implementação do DIH.

Em situações que envolvem violação grave das Convenções de Genebra ou do PAI, as Altas Partes Contratantes comprometem-se a agir, tanto conjunta como separadamente, em cooperação com a Organização das Nações Unidas e em conformidade com a Carta das Nações Unidas.[71]

Essa obrigação estatal para responder em cooperação com a ONU está parcialmente refletida no conceito de "responsabilidade de proteger"[72], que, embora não seja vinculante aos Estados, tem um espectro mais amplo, incluindo a possibilidade de intervenção militar autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU em casos de outros crimes internacionais, além dos crimes de guerra.

Está fora do escopo deste trabalho apresentar um panorama completo sobre como os órgãos, mecanismos e agências da ONU contribuem para fazer respeitar o DIH. Contudo, é preciso mencionar que, em nível político, o Conselho de Segurança, o Secretário-Geral, a Assembleia Geral, o Conselho de Direitos Humanos, os Relatores Especiais, os grupos de especialistas e agências estabelecidas no sistema onusiano regularmente expressam suas preocupações, visões e recomendações no que diz respeito a violações de DIH. Ademais, o Alto Comissariado para os Refugiados, o Alto Comissariado para os Direitos Humanos e agências como o Programa de Alimentação Mundial (WFP), o Programa de Desenvolvimento (UNDP) e o Fundo para Crianças (UNICEF) geralmente lidam e prestam assistência a pessoas afetadas por conflitos armados, inclusive vítimas de violações de DIH.

Na sessão do Conselho de Segurança da ONU especialmente realizada para marcar o aniversário de 70 anos das Convenções de Genebra de 1949 foi destacado o papel crucial da instituição no fortalecimento da implementação

---

[71] Cf. art. 89 do PAI.

[72] Doutrina adotada em 2005 pela ONU, não vinculante para os Estados, baseada em três pilares: 1) os Estados são responsáveis por proteger seus próprios nacionais de crimes de atrocidades massivas, como crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade e limpeza étnica; 2) a comunidade internacional é responsável por assistir os Estados no cumprimento de sua responsabilidade primária; 3) se o Estado falhar e medidas pacificadoras não forem suficientes, a comunidade internacional deve estar preparada para intervir, inclusive por meio do uso coercitivo de medidas econômicas e, sob autorização do Conselho de Segurança da ONU, de uma intervenção militar.

do DIH[73]. O respeito ao DIH foi referido como importante para manter a paz e a segurança internacionais em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, notadamente na Res. 2.474, de 11/06/2019, sobre pessoas desaparecidas em conflitos armados.

Como medidas concretas da ONU foram citadas a criação dos tribunais penais internacionais *ad hoc* para processar crimes de guerra, o estabelecimento de comissões para investigar alegadas violações de DIH, mandatos de missões de paz para a proteção de civis em conflitos armados, autorização para agências humanitárias prestarem assistência em fronteiras, monitoramento por parte de missões de paz e missões políticas de potenciais violações de DIH, relatórios sobre a proteção de civis, crianças e pessoal médico em conflitos armados, e imposição de sanções a indivíduos e entidades envolvidas em violações de DIH.

Também foi ratificado que as missões de manutenção da paz são protegidas pelo DIH devendo seus agressores ser devidamente processados. Por outro lado, também os *peacekeepers* devem respeitar o DIH quando engajados em conflitos armados, conforme estabelecido no Boletim do Secretário-Geral da ONU de 1999. Em especial no caso da Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo (MONUSCO), no qual tropas da ONU foram autorizadas a realizarem operações ofensivas direcionadas, o estrito cumprimento ao DIH foi reafirmado com um valor inarredável.

4 A PERSPECTIVA BRASILEIRA

Ao analisar o panorama de ratificação dos instrumentos do DIH, pode-se considerar que o Brasil tem demonstrado, no plano internacional, um compromisso com a matéria. O Estado faz parte, seja por ratificação ou por adesão, da grande maioria dos tratados do *ius in bello*. O mais recente instrumento internacional ratificado pelo Brasil que impacta em temas de DIH foi o Tratado sobre o Comércio de Armas[74].

O Brasil participa das discussões internacionais sobre o DIH, em especial das Conferências Internacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho.

A título de registro histórico, vale relembrar que o Brasil funcionou como Potência Protetora da Argentina durante o conflito das Malvinas/Falklands, em 1982.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha conta com uma Delegação Regional sediada em Brasília, que trabalha para reduzir as consequências

[73] Informação disponível em: https://www.un.org/press/en/2019/sc13917.doc.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.
[74] Tratado aprovado pelo Decreto Legislativo nr. 8, de 15/02/2018.

humanitárias da violência armada na população das cidades, restabelecer o contato entre familiares de migrantes, e apoiar respostas ao sofrimento dos familiares de pessoas desaparecidas. O CICV também promove o Direito Internacional Humanitário (DIH) e os princípios humanitários no país.

Já a Cruz Vermelha Brasileira, oficializada no país em 1910 e reconhecida pelo CICV em 1912, é uma sociedade de socorro voluntário, autônoma, auxiliar dos poderes públicos e, em particular, dos serviços de saúde.

No plano interno, o Estado está em débito no cumprimento de importantes obrigações convencionais, dentre elas a adaptação da legislação nacional para incluir as violações graves ao DIH como crimes de guerra. Embora o Brasil faça parte das Convenções de Genebra desde 1957, até hoje esse compromisso internacional não foi implementado.

O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, veio relembrar essas antigas obrigações e tem funcionado como um agente catalisador de mudanças legislativas uma vez que, pelo princípio da complementaridade, poderá atuar quando o Brasil não julgar ou não julgar bem crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Para não perder a oportunidade de demonstrar uma posição firme perante a comunidade internacional, o país ratificou o Estatuto de Roma sem operar mudanças constitucionais ou legislativas. Não obstante, há um projeto de lei em andamento[75], desde 2008, que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TPI, institui normas processuais específicas e dispõe sobre a cooperação com o TPI.

A proteção do emblema da cruz vermelha, do crescente vermelho e do cristal vermelho em conformidade com o DIH igualmente precisa ser melhor regulada e há um projeto de lei[76] nesse sentido.

O Decreto s/nº, de 27 de novembro de 2003, criou a Comissão Nacional para Difusão e Implementação do Direito Internacional Humanitário no Brasil, com o objetivo de propor às autoridades competentes as medidas necessárias à implementação e à difusão do Direito Internacional Humanitário no Brasil, notadamente as Convenções de Genebra de 1949 e Protocolos Adicionais I e II de 1977, bem como em relação aos demais instrumentos sobre a matéria de que o Brasil seja parte (DOU de 28/11/03, APE). A comissão interministerial, presidida pelo representante do Ministério das Relações Exteriores, funcionou

[75] Projeto de Lei 4.038/2008, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C7304AD626245E05719393DC7EE1C2D.proposicoesWebExterno2?codteor=600460&filename=PL+4038/2008. Acesso em: 30 jun. 2019.

[76] Projeto de Lei 8.754/2017, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=29ADD283521CE083D1C6CC7558989A96.proposicoesWebExterno1?codteor=1618936&filename=Tramitacao-PL+8754/2017. Acesso em: 30 jun. 2019.

até abril de 2019, ocasião em que um decreto geral da Presidência da República extinguiu colegiados na administração pública federal (Dec. 9.759, de 11/04/2019). Atualmente a sua recriação está sendo estudada.

Se, por um lado, a legislação penal brasileira ainda não foi adaptada para incluir as graves violações de DIH, por outro lado, a disseminação do estudo do DIH tem avançado cada vez mais no âmbito nacional.

Nas Forças Armadas, um marco importante foi a Portaria Normativa nr. 916/2008 do Ministério da Defesa, que aprovou a Diretriz para a Difusão e Implementação do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), terminologia preferida das audiências militares. Como decorrência, em 2011, foi publicado o primeiro manual militar brasileiro de emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas. A matéria vem sendo integrada no ensino e nos treinamentos castrenses e na formação dos militares que integraram as missões de paz da ONU. A obrigação das Forças Armadas disseminarem o DIH é também objeto de um projeto de lei[77].

Apesar dos *peacekeepers* não serem desdobrados como combatentes e sim como soldados da paz, existe a possibilidade de se engajarem em um conflito armado nos ambientes vulneráveis e instáveis nos quais atuam. Nessas excepcionais circunstâncias, por normativa da ONU, as tropas devem respeitar as regras e princípios do DIH. Na remota hipótese de violação dessas regras, poderá se configurar um crime de guerra.

O Brasil tem tradição em participar em missões de paz da ONU. A Missão para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH) foi a que o país se engajou de forma mais expressiva. Por lá passaram, de 2004 a 2017, cerca de 37.000 militares das três Forças Armadas e o comando do contingente militar da missão foi exercido por um oficial-general brasileiro desde a sua criação.

No Líbano, desde 2011, o Brasil comanda uma esquadra de seis navios, sendo um brasileiro, que compõe a Força Tarefa Marítima da UNIFIL, único braço naval de uma missão de paz da ONU. Mais de 4.000 militares da Marinha brasileira já participaram da missão.

O bom comportamento militar em missões de paz é internacionalmente reconhecido[78].

---

[77] Projeto de Lei 402/2017, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=442196&filename=PL+402/2007. Acesso em: 30 jun. 2019.

[78] Para saber mais sobre o comportamento dos integrantes do contingente militar brasileiro na Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH) à luz do sistema de Justiça Penal Militar, conferir o artigo "Diagnóstico penal militar do *peacekeeper* brasileiro no Haiti", publicado na coletânea "A participação do Brasil na MINUSTAH", organizada pelo Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB) e pelo Instituto Igarapé em outubro de 2017. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/03/2018-03-06-AE-MINUSTAH-PT.pdf. Acesso em: 30 ago. 2019.

No que tange à obrigação internacional de providenciar assessores jurídicos especializados na matéria, embora esse cargo específico ainda não conste no seio das Forças Armadas, a Escola Superior de Guerra promove, desde 2008, um Curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados a fim de capacitar para o exercício de assessoramento à alta direção e de funções ligadas ao ensino que estejam diretamente relacionadas às normas desse ramo do Direito Internacional.

O Ministério Público Militar, desde 2010, tem cooperado na divulgação de temas de DIH no âmbito das escolas militares, sobretudo nas Escolas de Comando e Estado-Maior das três Forças, na Escola Superior de Guerra, no Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil e, mais recentemente, no Centro de Operações de Paz de Caráter Naval.

No universo dos operadores do Direito Militar, a matéria também vem ganhando relevância. Desde 2004/2005, o DIH tem sido demandando nos concursos públicos de Promotor de Justiça Militar e Juiz Federal da Justiça Militar.

A existência da Fundação Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário (IBDMH), instituição sem fins lucrativos, fundada em 2000, pela Associação Nacional do Ministério Público Militar, com o objetivo de promover e apoiar debates e iniciativas nesses ramos do Direito, também é testemunha dessa tendência.

Entre 2003 e 2005 foram realizados cursos de pós-graduação *lato sensu* em DIH em uma iniciativa conjunta da Universidade de Brasília, da Universidade de Bochum, da Alemanha, do IBDMH e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), com apoio do CICV.

Em janeiro de 2018 foi criada a Secretaria de Direitos Humanos e Direito Humanitário do Ministério Público Militar (SDHDH/MPM), que tem a função de auxiliar e assessorar o Procurador-Geral de Justiça Militar na formulação de políticas e diretrizes institucionais voltadas à promoção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário no âmbito militar. Também compete à SDHDH/MPM a articulação com órgãos públicos ou entidades privadas para a realização de iniciativas, projetos e celebração de acordos de cooperação ou congêneres na sua área de atribuição.

Em uma recente reorganização da Divisão das Nações Unidas do Ministério das Relações Exteriores, foi criada a Divisão das Nações Unidas III, que tem o Direito Internacional Humanitário como área de atuação.

Neste ano de 2019 foi realizado, pela Escola Superior do Ministério Público da União, um curso de DIH para membros e servidores do Ministério Público da União.

Embora ainda escassa, a publicação de livros de autores nacionais sobre temáticas de DIH também tem aumentado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vários fatores podem influenciar *compliance* estatal com os compromissos do Direito Internacional Humanitário[79]: interesses militares, econômicos e administrativos, preocupação com a reputação internacional, expectativa de reciprocidade, crença no respeito e na confiança entre os Estados, receio da opinião pública ou até mesmo risco de processos por crimes internacionais.

Independentemente de qual for a razão, as pessoas afetadas por guerras carecem desesperadamente de proteção, assim como a humanidade como um todo não pode prescindir desses valores éticos sob o risco de se afastar do caminho da paz e da segurança internacionais.

Ainda que o Brasil seja um Estado de tradição pacífica e o DIH seja um direito que regula os conflitos armados, a matéria revela grande importância na agenda nacional contemporânea, sobretudo no que tange à pretensão brasileira de ser um influenciador destacado na comunidade internacional, quiçá um membro permanente no Conselho de Segurança da ONU.

O Brasil assumiu compromissos internacionais e tem a obrigação de cumpri-los, o que inclui a implementação de medidas concretas desde os tempos de paz para respeitar e fazer respeitar o DIH.

A crise na Venezuela e as cogitações de uma eventual intervenção militar, singular ou em coalização com outros Estados, sob o rótulo de intervenção humanitária ou não, autorizada pela ONU ou à sua revelia, denotam ainda mais a atualidade e relevância do Direito Internacional Humanitário.

E mesmo que uma intervenção militar não aconteça, uma vez que se delineia a deflagração de um conflito armado não internacional no país vizinho, o Brasil também tem, com relação à Venezuela e a qualquer outro Estado que possa estar ou possa estar prestes a entrar em situação de conflito armado, o compromisso de "fazer respeitar" o DIH.

Dessa obrigação pró-ativa demandada aos Estados, podem advir medidas concretas como as já vistas acima no estudo do art. 1º comum das Convenções de Genebra. Além do acionamento de instâncias internacionais, em caso de violações graves ao DIH, podem ocorrer contramedidas legais, como embargos de armas, restrições de comércio e financiamento, proibição de voos e redução ou suspensão de acordos de ajuda e cooperação ou até mesmo o processo e julgamento de criminosos de guerra em nome da competência universal.

---

[79] Os fatores que podem influenciar o respeito ao DIH foram elencados por Nils Melzer na obra *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*. International Committee of the Red Cross, Geneva, 2016, p. 266-267.

O êxito da participação do Brasil em Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas igualmente reforça o valor e a contemporaneidade do estudo do DIH no cenário nacional. Faz parte da Estratégia Nacional de Defesa incrementar o adestramento, e a participação das Forças Armadas em operações internacionais e o respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao DIH pelos contingentes militares em missões de paz representam um referencial ético e jurídico inafastável.

Paralelamente ao bom exemplo militar de conduta e disciplina no terreno, é preciso que o Estado brasileiro, preventivamente, dê o bom exemplo normativo internalizando os crimes de guerra no ordenamento jurídico pátrio.

Com a ratificação do Estatuto de Roma e em face do princípio da complementaridade, se, em decorrência de sua defasagem legislativa, o Brasil não cumprir, ou não cumprir bem, sua obrigação de julgar alguns crimes internacionais, existe a possibilidade normativa de o Tribunal Penal Internacional exercer sua jurisdição, o que significaria um atestado de falência da administração da justiça pelo Estado brasileiro.

A aprovação do projeto de lei que internaliza os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, dentre eles os crimes de guerra, revela-se importante, necessária e urgente considerando que o Brasil busca se destacar com mais protagonismo no cenário internacional.

Ademais, uma legislação atualizada para deixar o Estado em condições de investigar e processar criminosos de guerra, nacionais ou estrangeiros, em nome do princípio da competência universal, afasta o estigma de o Brasil ser um refúgio de criminosos, como insinuado em filmes de Hollywood que terminam com fugitivos da justiça sobrevoando o Cristo Redentor na "Cidade Maravilhosa".

O papel dos legisladores e notadamente dos operadores do Direito é essencial para uma efetiva implementação do *ius in bello*, o que demanda um aperfeiçoamento na matéria especialmente desenhado para esse público.

Também a recriação da Comissão Nacional de Implementação do DIH revela-se uma medida fundamental para que o Estado avance no fortalecimento do respeito ao DIH e não sinalize retrocessos junto à comunidade internacional.

As septuagenárias Convenções de Genebra nunca foram tão atuais e, ainda que haja iniciativas positivas no fortalecimento do respeito ao DIH, a realidade impede de falar em comemorações. É no plano humanitário que se deve avaliar a eficácia da implementação do *ius in bello* e, apesar do incansável trabalho do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ainda resta muito a fazer para trazer um mínimo de humanidade às situações de conflitos armados.

REFERÊNCIAS

HILLEBRECHT, C. *The domestic mechanisms of compliance with international law: case studies from the inter-american human rights system*. Human Rights Quarterly, v. 34, n. 2, p. 959-985, 2012.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Commentary on The First Geneva Convention*. Cambridge University Press, 2016.

KOLB, R. *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*. Helbing & Lichetenhahn Bâle/Genève/Munich, Bruylant, Bruxelles, 2003.

MELZER, N. *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*. International Committee of the Red Cross, Geneva, 2016.

SUBOTIC, J. *International justice: mechanisms and agents of compliance*. Annual Conference of the International Studies Association, San Francisco, CA, march 26-30, 2008.

Nota sobre a autora

Dra. Najla Nassif Palma

Promotora de Justiça Militar. Mestre em Direito Internacional Humanitário pela Universidade de Genebra. Secretária de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário do Ministério Público Militar. Diretora-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário (IBDMH).

LAS OPERACIONES DE PAZ DE NACIONES UNIDAS ENFOCADAS DESDE EL REALISMO POLÍTICO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES. EL CASO DE HAITÍ

LUZ AMPARO LLANOS VILLANUEVA
Abogada peruana especialista en Derecho Internacional Público

RESUMEN

El presente artículo analiza las Operaciones de Paz de Naciones Unidas desde el Realismo Político de las Relaciones Internacionales, tomando como elemento esencial para nuestro análisis el interés nacional de los estados que los motiva a participar en este tipo de misiones. Por otro lado, la llamada intervención humanitaria trata de ser explicada desde esta mirada y en este contexto. Nuestro escenario de análisis está conformado por las amenazas emergentes en el contexto de la globalización y el de los actores no estatales Pos Guerra Fría. Ilustramos el estudio tomando las participaciones de países como la Argentina, Chile y Perú donde encontramos en el análisis de sus políticas exteriores y de defensa elementos realistas particulares y a la vez similares y distintos.

Palabras claves: Realismo Político. Operaciones de Paz de Naciones Unidas. Intervención Humanitaria. Haití. Argentina. Chile. Perú.

ABSTRACT

This article analyzes the United Nations Peacekeeping Operations since the Political Realism of International Relations, taking the States' national interest which motivates them to take part in these operations as an essential element for our analysis. On the other hand, the humanitarian intervention will be explained from this perspective and in this context. Our scenario consists of emerging threats in the context of globalization and the Post Cold War Non-State Actors. We illustrated the study with the participation of countries such as Argentina, Chile and Peru, where we have found individual and realistic elements, both similar and distinct, in the analysis of its foreign and defense policies.

Keywords: Political Realism. United Nations Peacekeeping Operations. Humanitarian Intervention. Haiti. Argentina. Chile. Peru.

Consideramos que existen pocos trabajos que enfocan a las Operaciones de Paz de Naciones Unidas desde el Realismo Político.

Es el Derecho Internacional en los últimos años que ha tratado de explicar a las Operaciones de Paz como misiones de ayuda humanitaria impregnadas esencialmente de los principios fundamentales que rigen el Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, es decir, garantizar la paz y la

seguridad internacionales. Pero esta vez, consideramos virar el sentido del enfoque hacia el Realismo. Esto nos permite asimismo tratar de abordar el tema de la llamada intervención humanitaria, abordada especialmente por los internacionalistas, a raíz de lo ocurrido especialmente en Kosovo en el año 1999.

Mientras Naciones Unidas ponía en marcha sus contingentes militares especialmente para salvaguardar los derechos humanos de la población haitiana. No se sabía si esta Operación vendría a configurar un traspaso de lo que hasta ese momento se tenía en ese país y que era la Misión Multinacional a una Misión de Paz o de Imposición de la Paz. Incluso la Carta de las Naciones Unidas siempre había legitimado las Misiones de Mantenimiento de la Paz según su Capítulo 6 pero ahora con lo ocurrido en Haití se pasaría de su Capítulo 6 a su Capítulo 7. Es así que la Misión de Naciones Unidas en Haití configura la primera misión de imposición de la paz enmarcada en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

MARCO TEÓRICO

En el mundo de las Relaciones Internacionales, para explicar la realidad, la teoría es importante a tener en cuenta porque es ella la que considera elementos conceptuales que sirven para analizar su objeto de estudio[80].

Entre los exponentes del Realismo Político clásico están entre otros Hans Morgenthau con su obra: "*Politics Among Nations*" hace el primer estudio, intentando abordar las Relaciones Internacionales como disciplina autónoma, con preocupaciones sistemáticas y orientadoras y solamente encuentra paralelo en su época en Schwarzenberger con: "*Power Politics*". En la obra de Morgenthau el Realismo Político confronta problemas de política exterior de los estados bajo ciertas circunstancias particulares en un contexto político y cultural dentro del cual se formula dicha política. Siendo el interés nacional la motivación principal – de los estados presentados en el presente estudio – para configurar sus políticas tanto exteriores como de defensa cuando participan en Haití con la Misión de Estabilización de Naciones Unidas para Haití por sus siglas en inglés MINUSTAH. ¿Por qué es importante participar en Haití?

Intentamos, así, dar a conocer un modelo teórico que nos permita justificar el análisis realista de estas misiones de paz, y asimismo explicar hasta qué punto se puede hablar de intervención humanitaria.

Dentro de nuestro marco teórico otro autor que nos ayuda mucho a enfocar este estudio es el profesor Eduardo Ortíz, en cuya obra: "*El estudio de las Relaciones Internacionales*" señala

> (…) las relaciones internacionales, como objeto del conocimiento, pueden ser abordadas desde una perspectiva realista. Hacerlo significa,

[80] DUROSELLE, Jean Baptiste. *Todo imperio perecerá*. México. Fondo de Cultura Económica, 1998.

> aceptarlas como son y entenderlas en su desempeño a partir del descubrimiento de ciertos principios que las ordenan. Tales principios, fuerzas o leyes, según se prefiera, rigen los fenómenos internacionales con entera prescindencia de la opinión o los sentimientos del observador (…).

En este sentido, es que tomamos este paradigma para abordar la realidade tal como es. El mismo profesor Ortíz, más adelante sigue diciendo que:

> (...) su gran aporte radica en un llamado a enfrentar las cosas tal como son, en lugar de domesticarlas imponiéndoles una camisa de fuerza ideológica. Uma realidad construida sólo de ideas es una realidad imaginaria y el choque con los duros hechos será inevitable y de consecuencias desastrosas. A todos nos gustaría, dicen los realistas, que las cosas fueran como las sueñan los idealistas, pero lamentablemente no lo son y no tener en cuenta esto conduce a perniciosas y lamentables consecuencias (...)[81].

Sin embargo este análisis realista no descarta el buen desempeño que el personal de Operaciones de Paz ha venido llevando a cabo con tareas de *ayuda humanitaria*[82].

La ayuda humanitaria sin embargo explica gran parte de la presencia de estas fuerzas de paz, tratándose de situaciones complejas sobre todo de post conflicto.

LAS OPERACIONES DE PAZ. CONCEPTOS VARIOS CONTEXTO SITUACIONAL

En la temática de las Operaciones de Paz de Naciones unidas, no existe una definición única sobre Operación de Paz. Existen muchas definiciones. En mi experiencia como investigadora y como Facilitadora de los "cascos azules" de Naciones Unidas he podido acumular y combinar las distintas definiciones y conceptos de lo que son las Operaciones de Paz de Naciones Unidas. Indistintamente, se toma el término misión y operación. Sin embargo existen diferenciaciones. Pero es el Glosario del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz que tiene su sede en New York, el que – a nuestro criterio – otorga un concepto más detallado de lo qué significan las Operaciones de Paz.

---

[81] ORTIZ, Eduardo. *El estudio de las Relaciones Internacionales*. Santiago de Chile. Fondo de Cultura Económica, 2004.

[82] Ayuda humanitaria entendida como la asistencia por razones humanitarias que desempeñan los "cascos azules" o miembros militares de Naciones Unidas que participan en sus Operaciones de Paz.

Las Naciones Unidas también hacen referencia a una gran variedad de instrumentos cuando se trata de responder a los diferentes tipos de conflictos Pos Guerra Fría.

Uno de los módulos de Naciones Unidas para el entrenamiento de los "cascos azules" es el que configura los conceptos de "Diplomacia Preventiva", "Establecimiento de la Paz", "Mantenimiento de la Paz", Imposición de la Paz", "Consolidación de la Paz".

La Diplomacia Preventiva entendida como las negociaciones diplomáticas previas para evitar que surjan controversias o las que ya existen se tornen en conflictos o que los conflictos – si es que ocurren – se expandan.

Establecimiento de la Paz son las medidas destinadas a lograr que las partes hostiles lleguen a un acuerdo negociado por medios pacíficos previstos en el Capítulo VI de la Carta.

Mantenimiento de la Paz es el despliegue del personal militar y civil de Naciones Unidas en el terreno de la Misión con el consentimiento de las partes para verificar el cese del fuego, separación de fuerzas a través de la aplicación de los tratados para estos efectos. También está a cargo de este personal la entrega de la ayuda humanitaria.

Imposición de la Paz, se usa la fuerza armada, para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales en los casos en que el Consejo de Seguridad haya determinado la existencia de una amenaza a la paz o un acto de agresión previsto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Consolidación de la Paz, es el fortalecimiento de las medidas y estructuras que promueven la paz y consoliden la confianza y la interacción entre los antigos enemigos a fin de evitar la reanudación del conflicto.

No cabe duda que, Pos Guerra Fría el escenario internacional cambió y también las Operaciones de Paz de Naciones Unidas tuvieron que circunscribirse en torno a esta mudanza. Las Operaciones de Paz tradicionales[83] en las cuales los Observadores Militares verificaban que se cumpliesen los tratados de cese de fuego, separación de fuerzas de las partes en conflicto para la década de los 90 empezaron a verse intimidadas por la aparición de unas nuevas misiones mucho más complejas y multinacionales en virtud a los nuevos conflictos que iban apareciendo dentro de los estados. Estos conflictos de elementos estructurales políticos, sociales, económicos religiosos y culturales hacen a la complejidad de las misiones. Uno de los casos es la Misión en Haití, una misión multifuncional o compleja.

[83] United Nations Peacekeeping Operations. *Principles and Guidelines*. Ver en: http//pbpu.unlb.org/pbps/Library/CapstoneDoctrineENG.pdf.

El Glosario preparado por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas conceptúa a las Misiones de Paz como: "los despliegues preventivos, las operaciones de mantenimiento de la paz, las operaciones de imposición de la paz (coaliciones multinacionales y regionales), las actividades diplomáticas como diplomacia preventiva, asistencia, consolidación y construcción de la paz, los buenos oficios, como así también la obtención de pruebas y asistencia electoral"[84].

La Argentina por ejemplo prefiere este término, porque engloba los diferentes tipos de actividades que han realizado las Fuerzas Armadas y de Seguridad Argentinas en el marco de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. No obstante existen otras definiciones similares como las de Operaciones de Apoyo a la Paz que utilizan varios Estados miembros de la Organización del Atlántico Norte y otros Estados.

Pero la posición oficial de Naciones Unidas la tiene la llamada Doctrina Capstone, que define con claridad a las Operaciones de Mantenimiento de la Paz en esta nueva era. Peacekeeping es un término genérico que abarca todas las operaciones y actividades contribuyentes al logro de la paz duradera. La primera parte de la Doctrina configura el marco normativo para las Operaciones de Paz, que incluye la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945) y la base legal de las operaciones en los capítulos VI (arreglo pacífico de controversias), VII (acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión) y VIII (acuerdos regionales). A partir de la década de los 90 el Consejo de Seguridad adoptó la práctica de invocar el capítulo VII cuando autoriza un despliegue a lugares o zonas volátiles en donde el Estado no tiene la capacidad de assegurar la seguridad y el orden y en donde su voluntad política debe ser firme y resuelta.

Cuando se refiere a la imposición de la paz (peace enforcement), involucra la aplicación autorizada por el Consejo de Seguridad, de un gran rango de medidas coercitivas que incluyen el uso de la fuerza militar. Estas acciones se autorizan para restablecer la paz y la seguridad internacionales en situaciones que el Consejo crea convenientes y pueden utilizarse organismos o agencias internacionales.

La segunda parte de la Doctrina Capstone trata acerca de las decisiones para desplegar una operación de paz y cómo se planea la misma. La tercera parte tiene que ver con la implementación del mandato, incluye cinco capítulos para el comienzo y despliegue de las operaciones, su apoyo y mantenimiento y por último la transición y la salida de las Naciones Unidas de la operación.

[84] Cuadernos de Lecciones Aprendidas, CARI (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), Buenos Aires, 2004. p. 25-26.

EL USO DE LA FUERZA MILITAR Y LAS OPERACIONES DE PAZ. LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA

El uso de la fuerza militar, legal y apropiadamente aplicado es un componente vital de cualquier sistema de seguridad colectiva. En este sentido, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales depende del entendimento y aceptación global común de cuándo la aplicación de la fuerza es legal pero a la vez legítima.

En tal sentido la legalidad del uso de la fuerza está dada en virtud de lo que dispone la Carta de Naciones Unidas, que, en su artículo 2 inciso número 4, expresamente prohíbe a los Estados Miembros el uso o la amenaza de la fuerza entre ellos, pero permitiendo solamente tres excepciones: en caso de legítima defensa (art. 51); medidas militares autorizadas por el Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta, y por extensión de medidas militares de organizaciones regionales bajo el capítulo VIII, actuando bajo el capítulo VII siempre con autorización del Consejo de Seguridad.

La cuestión de la legitimidad del uso de la fuerza está dada por las decisiones que tome el Consejo de Seguridad para los casos en que se puede usar la fuerza.

En virtud del artículo 41 de la Carta de Naciones Unidas el Consejo de Seguridad tiene la facultad de "decidir" medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada, pero esta descripción de las medidas que contiene es de carácter enunciativo. Y puede instar a los Miembros a que apliquen esas medidas dependiendo del carácter coercitivo de las acciones podrá "decidir" que prevé.

Cuando el Consejo de Seguridad en el contexto del capítulo VII actúa discrecionalmente también lo hace indiscutiblemente con libertad de acción, prueba de ello no se le requiere que cite expresamente los textos que fundamentan su competencia. Indudablemente sus funciones en esta ámbito responden casi siempre a razones de índole política.

El artículo 42 de la Carta aprueba las acciones militares necesarias para restaurar la paz y seguridad internacionales. En este sentido, lo ocurrido en Irak y Kuwait en 1990 hizo que la ONU reactivara un aletargado capítulo VII de su texto fundacional, referido a amenazas a la paz y actos de agresión.

Como consecuencia de los acontecimientos del 11- S la aplicación del capítulo VII de la Carta entró en crisis principalmente a partir de la administración de George Bush (hijo) en relación con Irak.

Frente a esta crisis la postura del Secretario General de ese entonces Kofi Annan fue la reafirmación de la potestad del Consejo de Seguridad como única instancia habilitante para el uso de la fuerza en la arena internacional[85]. Annan también consideró que la doctrina de intervención militar preventiva sin autorización del Consejo de Seguridad es un desafío esencial a las Naciones Unidas incluso puede sentar un peligroso precedente a nivel mundial que encaminaría al uso unilateral e ilegal de la fuerza con o sin justificación exacta o creíble. Asimismo, Annan recordó que el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas otorga a los estados el derecho inherente a la autodefensa en caso de ser agredidos. Sin embargo señaló que algunos estados – en obvia alusión a Estados Unidos – consideran que pueden usar la fuerza preventivamente, hasta incluso en el territorio de otros Estados, y aún cuando los sistemas de armas que podrían ser usados para dichos ataques todavía no han sido completamente desarrollados. Esta situación tornaba a la comunidad internacional en un dilema sobre la observância de las normas y procedimientos de las Naciones Unidas[86].

El 24 de diciembre del 2004 se ratifica este uso del Consejo de Seguridad para el empleo a nivel internacional, a través del informe. "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos", aquí se señaló que toda aplicación de la fuerza en el marco del capítulo VII debe estar fundada por: la seriedad de la amenaza; debe ser entendida como último recurso; debe ser proporcional; y no mayor a la amenaza en niveles de escala, duración e intensidad, así como debe ir más allá de su neutralización puntual[87].

En virtud de este Informe aparecieron duras críticas hacia el Organismo Internacional por parte de políticos y académicos estadounidenses que reclamaban principalmente a Annan, juzgándolo de irresoluto, ambivalente y hasta hipócrita. Por ejemplo The Wall Street Journal señaló entre otras cosas que, si bien Annan valora la libertad y seguridad de Nueva York, nunca se pregunta por qué eso ocorre, ni cómo puede extenderse más allá a los menos afortunados o desvalidos en otras partes del mundo que no son Nueva York.

En el Congreso Internacional organizado por las Naciones Unidas sobre disuasión y uso de la fuerza en Operaciones de Paz de Naciones Unidas en el año 2010, el Mayor General Floriano Peixoto (Comandante de la Fuerza en la

[85] ANNAN, Kofi. *Discurso ante la XLVIII Asamblea General de Naciones Unidas*, septiembre, 2003.
[86] "High Level Panel Report 2004" sobre amaenazas, desafíos y cambios, parte 3.
[87] Organización de las Naciones Unidas: *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*. Informe del Grupo del Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, A/59/565, 2 de diciembre de 2004. http://www.un.org/spanish/secureworld/report_sp.pdf.

Misión en Haití desde abril del 2009 hasta abril del 2010) indicó que la disuasión es un concepto originario de las Fuerzas Armadas y que fue evolucionando en la medida que las Fuerzas Armadas fueron evolucionando. La disuasión tiene que ver con la capacidad, la libertad de acción y comportamiento y que va a depender de las condiciones esencialmente de cómo se despliegan las tropas en una misión, en esta caso de Naciones Unidas.

Por otro lado, Peixoto explicó otros ítems relacionados con el uso de la fuerza en una misión de paz, y tienen que ver con la capacidad de la fuerza que se va a emplear, con el manejo apropiado de los resultados que se buscan al emplear la fuerza; el adiestramiento de las tropas y la interoperabilidad.

En el mismo Congreso se trató de las llamadas Operaciones de Paz Robustas, que tiene relación con la manera cómo el Consejo de Seguridad ha venido adoptando sus resoluciones, las que deberían traducirse en mandatos claros y precisos para las misiones. Y por otro lado, la importancia en cómo mantener el uso de la fuerza en operaciones de paz complejas respetando la soberanía de los estados. La llamada "robustez" de las operaciones de paz de Naciones Unidas dice relación esencialmente con los lineamientos políticos del Consejo de Seguridad sobre todo en las resoluciones que ha venido emitiendo, así como en las Reglas de Empeñamiento que implican de manera estricta el empleo del uso de la fuerza.

Para Remiro Brotóns, constituye intervención (…) "el acto por el que un estado – o grupo de estados – se entromete por vía de autoridad en los asuntos que son de jurisdicción doméstica de otro, imponiéndole un comportamiento determinado" […][88].

Para concluir este punto, podemos señalar por un lado que el usar la fuerza armada le sigue correspondiendo en la praxis al Consejo de Seguridad y que con las Operaciones de Paz de Naciones Unidas en situaciones que el Consejo a través de sus resoluciones consideren que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales puede determinar qué misiones se constituyen en Operaciones de Imposición de la Paz. Todo ello bajo el marco normativo de la Carta de Naciones. Unidas. A estas misiones se les llama complejas o multifuncionales como es la misión en Haití. La llamada intervención humanitaria va a seguir yendo de la mano con el uso de la fuerza armada en situaciones complejas. El determinar cuándo y cómo se interviene le corresponde también al Consejo de Seguridad quien debe poner en práctica sus discursos y conceptos acerca de la robusteiz de las operaciones, así como de la responsabilidad de proteger.

[88] REMIRO BROTÓNS, A. *Derecho Internacional*. Madrid: Mac Graw-Hill, Editores, 1997.

EL INTERÉS NACIONAL Y LAS DIMENSIONES REALISTAS EN OPERACIONES DE PAZ. MODELO COMÚN

Nuestro análisis desde el realismo nos presenta distintas connotaciones pero que en el estudio de los países en comento nos dan una aproximación a un modelo común, siguiendo también el caso de la misión en Haití.

Las connotaciones realistas que encontramos son:

1) La significación de las Fuerzas Armadas como instrumentos estratégico nacional que contribuye a la Política Exterior;

2) Política Nacional, entendiendo a las Operaciones de Paz como Políticas de Estado;

3) El interés nacional estratégico presente como elemento sustancial que hace a la formulación de las políticas de defensa y exteriores de los estados[89];

4) El prestigio internacional, entendido como el protagonismo internacional que tienen estos estados que participan en estas misiones de paz;

5) El fortalecimiento de las relaciones político nacionales vecinales o Medidas de Confianza Mutua;

6) El acto político como producto de la voluntad de los poderes ejecutivos de los estados;

7) El interés económico en el contexto de la participación de los estados en estas misiones.

Según nuestro estudio, podemos indicar que los tres casos: Argentina, Chile y Perú con su participación en Operaciones de Paz de Naciones Unidas, muestran todas las connotaciones realistas detalladas anteriormente. Y solamente Chile tiene como Política Nacional el tema de Operaciones de Paz.

Por otro lado cuando incorporamos la participación de estos estados en cuestión en Haití, observamos que solamente Argentina tiene como Política Nacional incluso como Ley que reglamente su participación con la misión de Naciones Unidas en Haití.

Como aproximación a un modelo común para verificar los elementos realistas de los estados que participan en misiones de paz, y marcamos un grado de tendencia:

Referente a la significación de las Fuerzas Armadas como instrumento estratégico nacional contribuyente a la Política Exterior el grado de tendencia que aparece en cada una de estas participaciones (Argentina, Chile y Perú) es alto.

---

[89] PÉREZ GIL, Luis V. *Validez universal de la noción de interés nacional en la definición de política exterior de los estados*. Academia Nacional de Estudios Estratégicos y Políticos (ANEPE), Santiago de Chile, 87: 91-107, mayo-agosto, 2002.

En cuanto a las Operaciones de Paz como Política Nacional el único caso en el cual el grado de tendencia es mayor es el de Chile.

En lo que se refiere al interés nacional estratégico el grado de tendencia es alto en los 3 casos (Argentina, Chile y Perú).

Tratándose del prestigio internacional, en el caso de la Argentina, el grado de tendencia es bajo.

Si se trata del fortalecimiento político estratégico vecinal o las llamadas Medidas de Confianza Mutua, la tendencia es alta en los tres casos.

En cuanto a la toma de decisiones como acto político de los estados en cuanto a su participación en Operaciones de Paz de Naciones Unidas, el grado de tendencia es alto en los tres casos.

Y en cuanto al interés económico que tienen estos estados con su participación en estas misiones, es el caso de la Argentina, que tiene mayor grado de tendencia porque genera un gran apoyo a las Fuerzas Armadas argentinas.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía Directa (fuente y material directo del trabajo):

Textos de metodología:

BUNGE, Mario. *La Ciencia, Su Método y su Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1995.

COHEN, Morris y ÁNGEL, Ernest. *Introducción a la Lógica y al Método Científico*. Tomos I y II. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2000.

GOODE, William J y HATT, Paul K. *Métodos de Investigación Social*. México: Editorial Trillas, 1974.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la investigación*. México, 1994, Mc Graw Hill, edit, 2da edición.

JUN, Thomas S. *La estructura de las Revoluciones Científicas*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 1993.

OSORIO, Nelson. *Preparación, redacción y edición de un Manual de Estilo y Normas de Presentación de Trabajos de Grado y Pos-grado*. Santiago de Chile. Vicerrectoría de Docencia de la Universidad de Santiago de Chile.

Bibliografía temática:

FERNÁNDEZ, Alcalde y otros. *La Asistencia Humanitaria en el Derecho Internacional contemporáneo*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997.

ANNAN, Kofi. *Prevención de la guerra y los desastres: un desafío mundial que va en aumento*.

Memoria Anual sobre la labor de la organización. Nueva York: Naciones Unidas, 1999.

ARENDT, Hannah. *¿Qué es la política?*. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 2005.

ARON, Raymond. *Paz y Guerra entre las naciones*. Tomos I y II. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

BARKER, J. Craig. *International law and international relations*. London: Continuum Editorial, 2000.

BARTOLOMÉ, Mariano. *La Seguridad Internacional post 11- S*. Buenos Aires: Centro Naval. Instituto de Publicaciones, 2006.

BERMEJO GARCÍA, R. *El marco jurídico internacional e materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*. Madrid: Civitas, 1993.

BULL, Hedley. *La sociedad anárquica*. Madrid: Catarata, 2005.

TRINDADE, Cançado A. *Democracia y Derechos Humanos. El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994.

DEL ARENAL, Celestino. Introducción a las relaciones internacionales. Madrid: Tecnos, 1987.

DELMAS, Philippe. *El brillante porvenir de la guerra*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1996.

DE SENARCLENS, Pierre. *La acción humanitaria ante las catástrofes*. Barcelona: Edición Bellaterra, 2000.

DUROSELLE, Jean Baptiste. *Todo imperio perecerá*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

GARAY, Cristián. *Las Políticas de Defensa nacional en el MERCOSUR y asociados. Historia, procesos, tendencias 1990-2000*. Santiago de Chile: Universidad de Santiago de Chile, 2003.

GOBBI, Hugo. Orden y desorden internacional. Buenos Aires: Nuevo Hacer, editor. ISEN, 2002.

HALLIDAY, Fred. *Las Relaciones Internacionales en un mundo en transformación*. Madrid: Libros de la Catarata, 2002.

JOXE, Alain. *El imperio del caos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986.

NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

ORTÍZ, Eduardo. *El estudio de las Relaciones Internacionales*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2004.

PAPACCHINI, Angelo. *Filosofía y Derechos Humanos*. Santiago de Cali: Editorial Facultad de Humanidades, Ciudad y Democracia, 1994.

PFAFF, William. *La ira de las naciones. La civilización y las furias del nacionalismo*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1994.

PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

PÉREZ AQUINO, Carlos. *Operaciones de Paz en la Posguerra Fría*. Buenos Aires: Círculo Militar, 2001.

PONS, Luis Alberto. *Claves del siglo XXI*. Buenos Aires: Editorial Dunken, 2000.

REMIRO BROTÓNS, A. *Derecho Internacional*. Madrid: Mac Graw-Hill Editores, 1997.

TOEFFLER, Alvin y Heidi. *Las Guerras del futuro. La supervivencia en el alba del siglo XXI*. Barcelona: Plaza & Janes Editorial, 1994.

RENOUVIN, Pierre. *Introducción a la historia de las relaciones internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Revistas y periódicos:

AGUIRRE, Mariano. *Prevención de conflictos. Revista Política Exterior*. Número 65 Madrid (septiembre - octubre de 1998), p. 4-30.

Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). *Lecciones Aprendidas*. Las Fuerzas Armadas y la Seguridad argentinas en las misiones de paz. Número 1. Buenos Aires. (Diciembre de 1999), p. 10-11.

DELPECH, Marcelo. *Carta de las Naciones.* Unidas. Buenos Aires: Zavalia, 2005, p. 60-61.

Ministerio de Defensa de la República Argentina. *La Defensa Nacional en la Agenda Democrática.*

Informe de la Primera Ronda de Discusiones. Buenos Aires, 2005, p. 43-46.

PARDO DE SANTAYANA, José. *Riesgos de la OTAN. Revista de Política Exterior*. Madrid (septiembre-octubre de 1998), p. 67-82.

PÉREZ GIL, Luis V. *Un nuevo concepto de la seguridad global en el umbral del siglo XXI. Revista Diplomacia*. Número 77. Santiago de Chile: Academia Diplomática de Chile (octubre-diciembre de 1998), p. p. 61-66.

PÉREZ GIL, Luis V. *La validez universal de la noción de interés nacional en la definición de política exterior de los estados.* Academia Nacional de Estudios Estratégicos y Políticos (ANEPE), Santiago de Chile, (87): 91-107, mayo-agosto, 2002.

VARGAS CARREÑO, E. *La Intervención Humanitaria.* Revista Diplomacia. Número 71. Santiago de Chile: Academia Diplomática de Chile (diciembre de 1996), p. 31-46.

Bibliografía electrónica:

Centros de Entrenamiento Conjunto para Operaciones de Paz Argentina y Chile y Perú
http://caecopaz.ar.mi
http://cecopac.cl
http://cecopaz

Departamento de Operaciones de Mantenimiento de Paz de Naciones Unidas
http://www.dpko.org
http://www.un.org

Organizaciones Regionales
http://www.icrc.org
http://www.cajpe.org.pe
http://www.spainum.org
http://www.asil.org/kosovo.htm

Situación actual en Haití
http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=474
http://www.globalcrisiswatch.com

Revistas electrónicas:

http://www.foreignpolicy.com
http://www.cfr.org
http://www.foreignaffairs.org

Bibliografía Indirecta (textos de consulta y material de apoyo):

BRZEZINSKI, Z. *El gran tablero mundial*. Barcelona: Editorial Piados, 1999.

Clases del Seminario sobre Especialización dado por el profesor Eduardo Ortiz en el primer semestre del año 2005 en el Doctorado en Estudios Americanos USACH.

HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Más allá del estado nacional*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

HUNTINGTON, Samuel. *El choque de las civilizaciones*. Buenos Aires: Paidós, 2006.

HOBSBAWM, Eric. *Historia del siglo XX (1914-1991)*. Barcelona: Crítica Editorial, 1996.

LAÏDI, Zaki. *Un mundo sin sentido*. México: Fondo de Cultura Económica. Primera edición en español: 1997.

Nota sobre a autora

Dra. Luz Amparo Llanos Villanueva

Abogada peruana especialista en Derecho Internacional Público. Doctora en Estudios Americanos con mención en Estudios Internacionales. Universidad de Santiago de Chile. Facilitadora en derechos humanos de los "cascos azules" de Naciones Unidas. Profesora universitaria. Vive actualmente en Belo Horizonte, Brasil.

JURISPRUDÊNCIA

Agravo Interno

AGRAVO INTERNO Nº 7000342-35.2019.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Agravante: Wallace Bruno Santos da Silva.

Advogado: Defensoria Pública da União.

Agravado: Superior Tribunal Militar.

EMENTA

SEGUNDA DESERÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUANTO AO PRIMEIRO CRIME DE MESMA ESPÉCIE. NULIDADE DO ATO DE RECEBIMENTO DA EXORDIAL PELO CONSELHO DE JUSTIÇA. PEDIDO DEFENSIVO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. NEGADO SEGUIMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO INTERNO. REJEIÇÃO.

O Juízo "a quo", sem tomar conhecimento do cometimento da segunda deserção do militar, recebeu o Libelo Acusatório, quanto ao primeiro delito. Após ficar ciente desse fato, o Colegiado negou pedido de prescrição da defesa e anulou o feito desde o recebimento da Inicial Acusatória.

Inconformada, a defesa impetrou Habeas Corpus para pedir o trancamento da ação penal em razão da fluência da prescrição, o que foi negado por meio de decisão monocrática.

Irresignada, a defesa interpôs Agravo Interno contra o referido "Decisum" proferido pelo relator do Remédio Heroico.

Agravo rejeitado. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou o presente Agravo, para manter inalterada a Decisão monocrática agravada, nos termos do voto do Relator Ministro Odilson Sampaio Benzi.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino. Os Ministros Carlos Augusto de Sousa e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento. Ausência justificada dos Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e José Barroso Filho. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 28/5/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela Defensoria Pública da União em favor do Sd Ex WALLACE BRUNO SANTOS DA SILVA, contra a Decisão monocrática exarada por este Relator, que negou seguimento ao Habeas Corpus nº 7000178-70.2019.7.00.0000, com fulcro no art. 12, inciso VI, do RISTM, por ser o mencionado Remédio Heroico manifestamente incabível para impugnar o "Decisum" do Juízo de primeiro grau, que indeferiu o pedido defensivo de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Para amparar o presente Agravo, a DPU assim fundamentou:

> Tenha-se que a ora Decisão agravada merece ser retratada. A Defesa Pública tem como certo de que houve uma "sentença final" porque o processo está sendo liquidado. (...) busca a compreensão de Vossa Excelência, Ministro Relator, para que se retrate da Decisão de 13/03/2019, de negativa de seguimento dos Habeas Corpus sob a afirmação de que incabíveis. Em mantendo o unitário "Decisum", quer-se que seja levado ao pleno de Ministros desta Corte Militar. (...) requer: ... em plano inicial, de Vossa Excelência, calcado no art. 538, Código de Processo Penal Militar, a retratação da monocrática Decisão; **caso não ocorra a retratação, pede-se ao plenário de Julgadores desta egrégia Corte**, **(...)** o conhecimento deste recurso de Agravo Interno e, depois, **dê provimento ao Habeas Corpus que pretende a revisão do Acórdão que, por maioria, entendeu como intempestiva a Apelação da DPU/Rio de Janeiro/RJ**, **reconhecendo a sua tempestividade** e, **no consequente, apreciar o seu mérito**. Firme-se, ainda, a necessidade de exaurimento de instância para fins de outras recursais. (Grifo nosso.)

Em breve resumo dos fatos, consta da espécie que o Sd Ex WALLACE consumou o crime de deserção no dia 26/12/2015, conforme Termo de Deserção em anexo. Apresentou-se à Organização Militar no dia 1º/2/2016 e, sem ter sido submetido à Inspeção de Saúde, começou a cumprir a prisão provisória de 60 (sessenta) dias.

Em 15/2/2016, a defesa pediu o relaxamento dessa prisão, em razão da falta de inspeção de saúde no desertor.

Em 18/2/2016, o Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM, com a concordância do MPM, restabeleceu a liberdade do desertor, bem como determinou que a OM procedesse à realização do mencionado exame de saúde no militar.

Em 19/2/2016, o desertor foi solto, após assinar Termo se comprometendo a comparecer, nos dias seguintes, ao quartel, para se submeter aos exames de reinclusão, inclusive à inspeção de saúde – que até então não tinham sido realizados.

Ocorre que o acusado não cumpriu a promessa de comparecer à sua Unidade para fazer o exame, vindo a ser capturado somente em 1º/6/2016.

Em 4/6/2016, o Magistrado Federal da JMU do mencionado Juízo concedeu a soltura do militar, sob o argumento de que havia determinado o comparecimento do desertor à OM apenas para fazer a Inspeção de Saúde.

Em 7/6/2016, após ser submetido à Inspeção de Saúde, foi considerado apto e reincluído. Nessa mesma data, a OM encaminhou à Auditoria competente a Ata de Inspeção de Saúde e o Termo de Reinclusão.

Em 13/6/2016, o militar começou, novamente, a se ausentar do quartel sem autorização. Em 22/6/2016, consumou a segunda deserção, conforme o respectivo Termo de Deserção anexado à espécie. No entanto, a Unidade Militar do desertor não comunicou esse segundo crime nem ao MPM, nem à 1ª Auditoria da 1ª CJM.

Por conta disso, no dia seguinte, em 23/6/2016, o MPM, acreditando que o referido soldado estava cumprindo com suas atribuições normais na caserna, ofereceu a Denúncia contra o acusado, com base no primeiro crime.

Em 5/7/2016, aquele Juízo, igualmente alheio à segunda deserção, recebeu o Libelo Acusatório, quanto à primeira deserção, consumada em dezembro de 2015. Ou seja, recebeu-se a Inicial Acusatória atinente ao primeiro crime, cerca de 14 (quatorze) dias depois que o soldado tinha perdido a condição de militar, por se tornar desertor pela segunda vez.

Somente em 15/7/2016, o quartel informou àquele Juízo que o militar havia desertado, pela segunda vez, na data de 22/6/2016.

Em 20/7/2017, o militar foi novamente capturado (Evento 1, Doc 5, fl. 92).

Em 26/7/2017, o acusado, após ter sido capturado, por conta da segunda deserção, foi considerado apto em inspeção de saúde (evento 1, Doc 5, fl. 107).

Apenas em 25/10/2017, a Unidade Militar enviou ao MPM a Ata de Inspeção de Saúde e o Termo de Reinclusão (evento 1, Doc 5, fls. 106/108).

Em 17/11/17, após receber os documentos referentes ao exame de saúde e de reinclusão do réu, o MPM requereu o prosseguimento do feito.

Em 27/2/2018, o Juiz Federal da JMU, alegando possuir muita carga de serviço, designou a oitiva de testemunhas e interrogatório do réu para o dia 3/5/2018.

Em 24/7/2018, após tomar conhecimento dessa situação, o MPM pediu a anulação de todos os atos praticados relativos ao primeiro crime de deserção, desde o início da Ação Penal, inclusive o ato de recebimento do Libelo Acusatório.

Em 22/10/2018, a Defesa ressaltou, na ocasião, que, anulando-se o feito, fazia-se necessário declarar a prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e o recebimento da Denúncia.

Em 30/10/2018, o Conselho Permanente de Justiça, após ouvir as partes, reuniu-se para concordar com o Órgão Ministerial – anulando o feito desde o recebimento da denúncia – e negar o pleito defensivo. Para amparar sua Decisão, o Colegiado *a quo* assim fundamentou:

> O (...) Ministério Público Militar, (...), com base na IPD nº 19-18.2016.7.01.0101, ofereceu Denúncia **em 23/06/2016**, contra:
>
> **WALLACE BRUNO SANTOS DA SILVA**, (...) servindo no 57º Batalhão de Infantaria Motorizado, dando-o como incurso nas sanções do artigo 187 do CPM, pelo fato de, em síntese: **"ter, no dia 17/12/2015, deixado de se apresentar na Unidade Militar em que servia, sem causa justificada, de acordo com o Termo de Deserção (fls. 05), (...) tendo sido excluído do serviço ativo a partir do dia 26/12/2015 (fls.15)."**
>
> Em consequência, foi a referida Denúncia recebida em **05/07/2016**, Evento 1 - Doc. 4, ocasião em que o réu já havia sido excluído, como consta do Despacho do Comandante de fls. 15/16, que noticia uma nova Deserção em **22/06/2016**, fl. 85.
>
> Instado a se manifestar, o MPM requereu a anulação do feito desde o recebimento da Denúncia, Evento 10. A DPU, ao Evento 15, manifestou-se no sentido de que, caso fosse reconhecida a nulidade da decisão por falta de condição da ação, que dever-se-ia reconhecer a prescrição da pretensão punitiva (...).
>
> (...).

> Pronunciando-se a respeito do assunto, o Egrégio Superior Tribunal Militar firmou a posição na Súmula nº 12, no sentido de que: "A praça sem estabilidade **não pode ser denunciada por deserção sem ter adquirido o *status* de militar, condição de procedibilidade** para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. (...)".
>
> No caso em comento, o réu não apresentava essa qualidade no momento de instauração do processo, uma vez que a denúncia foi recebida em 05/07/2016, fl. 72, portanto, após a consumação da nova Deserção, ocorrida em 22/06/2016, fl. 85, **fato desconhecido deste Juízo, uma vez que a juntada da informação se deu após a decisão de recebimento da Denúncia. Logo, faltou a condição de procedibilidade no momento da referida decisão** (de recebimento da Exordial Acusatória). (...) não havendo outra solução, senão **RECONHECER** a invalidade deste Processo.
>
> Em vista desse quadro, **não há de se reconhecer** o requerimento de **prescrição** da Defesa, porquanto sendo inválido o Processo, tudo retorna ao seu *status quo*, com a restauração da IPD e a **fluência do prazo prescricional, de acordo com a regra especial do Código (previsto no art. 132, do CPM)**, não mais (com a fluência do prazo) Processual, não havendo de se falar em prejuízo ao réu, como bem sustentou o *Parquet*.
>
> **ISSO POSTO, RESOLVE** o Conselho de Justiça, à unanimidade de votos, com fulcro no artigo 500, inciso II, do CPPM, **DECLARAR NULO** o presente processo, *ab initio*, restaurando-se a instrução provisória de deserção, e, ainda, **INDEFERIR** o requerimento de reconhecimento da prescrição, apresentado pela Defesa, pelos motivos já expostos. (Grifo nosso).

Por ocasião da Sentença, que declarou nulo o aludido processo (Evento 21), foi intimado o Ministério Público Militar em 5/11/2018, tendo essa Decisão transitada para o "Parquet" no dia 13/11/2018.

A DPU, igualmente, foi intimada em 12/11/2018 (Evento 26), tendo aquele "Decisum" transitado em julgado para a Defensoria em 23/11/2018.

Em 23/2/2019, inconformada com a Decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento da prescrição, a Defensoria Pública impetrou Habeas Corpus, com pedido de liminar. Para sustentar sua pretensão, afirmou que:

> O assistido fora capturado em 1º de fevereiro de 2016, conforme documento de fl. 32, momento em que fora custodiado. A denúncia foi recebida em 05 de julho de 2016 (fl. 72). Todavia, veio aos autos através de informação do Comando que o assistido teria desertado em 22 de junho de 2016. A decisão de recebimento da denúncia fora declarada nula, ante a perda da condição de legitimidade do assistido de figurar na ação penal.
>
> Diante de tal cenário, houve pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva **entre** a **data da consunção (ou**

consumação) que seria 1º de fevereiro de 2016, momento em que houve a captura **até a data do julgamento da questão** que entendeu pela nulidade do recebimento da denúncia. O Conselho de Justiça, contudo, prolatou sentença (evento 21), declarando nulo o processo ab initio e indeferindo o pleito de prescrição formulado pela Defensoria Pública.

Ante a situação exposta acima, considerando que a questão trata de matéria de ordem pública com reflexo direto na liberdade do assistido, pois caso encontrado será capturado e preso entendeu-se relevante impetrar o presente habeas corpus para análise da questão relativa a prescrição.

De acordo com os arts. 125, VI, c/c 187, ambos do CPM, a prescrição da pretensão punitiva, em abstrato, do crime de deserção seria de 4 (quatro) anos, isso porque a pena aplicada em abstrato máxima seria de 2 (dois) anos. No caso em tela, considerando-se a idade inferior a 21 (vinte e um) anos do paciente na data da suposta infração, deve-se aplicar o art. 129 do CPM, reduzindo-se o prazo pela metade, resultando, portanto, num prazo prescricional de 2 (dois) anos.

(...)

Considerando-se o lapso temporal entre a data da captura do paciente, em 01 de fevereiro de 2016 e a presente data, observa-se, seguramente que já decorreram, mais de 2 (dois) anos. Todavia, o Conselho Permanente de Justiça, nos autos da ação penal referida, rejeitou a tese de prescrição. Em síntese argumentou-se que em sendo inválido o processo, tudo retorna ao seu *status quo*, com a restauração da IPD e a fluência do prazo prescricional, de acordo com a regra especial do Código, não havendo de se falar em prejuízo ao réu, como bem sustentou o *Parquet*.

No entanto, tal entendimento, apresentado pelo Conselho de Justiça, apresenta-se incorreto, pois a declaração de nulidade do processado, bem como, do recebimento da denúncia, **em nada afeta a tese da fluência da prescrição entre a data do fato e recebimento da denúncia**. Assim sendo, tendo em vista o transcurso do prazo prescricional, pugna-se, com base no art. 467, h, do CPPM, pela concessão da ordem de habeas corpus.

Ante o exposto, estando o Paciente **sofrendo coação ilegal, pede-se**, primeiramente, seja concedida a ordem liminar de habeas corpus em seu favor e o trancamento da ação penal em razão da fluência da prescrição **entre a data do fato e recebimento da denúncia**. No mérito, pede-se a confirmação da medida, com a expedição da ordem de habeas corpus para que seja trancada a ação penal originária em que o paciente responde pelo crime de deserção.

Na ocasião, este Relator negou o pedido "in limine" por entender que a via mais adequada para atacar a Decisão de primeiro grau, ora hostilizada – que

indeferiu a prescrição –, não era a ação autônoma de Habeas Corpus, e sim o Recurso em Sentido Estrito, na forma do art. 516, alínea "l", do CPPM.

Quando foi negada a medida liminar, também lembrei que, ao impetrar esse Remédio Constitucional em lugar do Recurso em Sentido Estrito, a Defesa, sabidamente, incorreu em prática condenável pelo STM, pelo STJ e pelo STF, os quais entendem que o presente "Writ" não pode ser manejado como sucedâneo ou suplente de recurso ou de revisão criminal. Ainda naquela ocasião, ressaltei que aqueles Tribunais não admitem a sua utilização em substituição ao recurso originariamente cabível para a matéria perante a instância "a quo".

Não se conformando com a decisão monocrática em Habeas Corpus, a DPU interpôs o presente Agravo pelas razões já relatadas acima.

A PGJM, por meio do Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI, entendeu que a Decisão monocrática, a qual negou seguimento ao Habeas Corpus, deve ser mantida, pois a via adequada para impugnar a decisão que não reconheceu a prescrição seria o Recurso em Sentido Estrito.

Atualmente, o militar encontra-se foragido, por ocasião da terceira deserção, consumada em 24/02/2018, conforme o pertinente Termo anexado ao feito.

É o Relatório.

VOTO

De início, há de se perceber que foi negado seguimento ao "writ" por entender que a via eleita para atacar a Decisão de primeiro grau – que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição – não é a ação autônoma de Habeas Corpus e sim o Recurso em Sentido Estrito.

Por essa razão, mantenho a Decisão que negou seguimento ao Habeas Corpus.

Destarte, o pleito defensivo em sede de Agravo Interno, igualmente, não merece prosperar.

Isso porque o representante da DPU pede, no caso *in tela,* que esta Corte de Justiça conheça do presente Agravo e, depois, dê provimento ao Habeas Corpus, que pretende "revisar o acórdão que, por maioria, entendeu estar intempestiva a Apelação defensiva".

Ou seja, o Defensor Público busca, neste Agravo Interno, que este Plenário reconheça, em Habeas Corpus, a tempestividade da Apelação interposta pela DPU do estado do Rio de Janeiro.

Ocorre que não foi esse o pedido feito pela Defensoria Pública no Habeas Corpus, em que este Relator, de forma monocrática, negou seguimento.

Em verdade, o que a DPU requereu, por meio do Remédio Constitucional já negado, foi o seguinte:

> Ante o exposto, estando o Paciente sofrendo coação ilegal, pede-se, primeiramente, (que) **seja concedida** a ordem **liminar** de **habeas corpus** em seu favor e o **trancamento da ação penal em razão da fluência da prescrição** entre a data do fato e recebimento da denúncia.
>
> No mérito, **pede-se a confirmação da medida**, com a expedição da ordem de habeas corpus **para que seja trancada a ação penal** originária em que o paciente responde pelo crime de deserção. (Grifo nosso).

Como se vê, a DPU se equivocou completamente em suas pretensões no presente Agravo Interno, pois está pedindo, em síntese, que este Tribunal examine e reveja uma matéria que este Relator jamais analisou em sede de Habeas Corpus e que, provavelmente, trata-se de assunto oriundo de outro Processo, senão vejamos.

Primeiro, o Habeas Corpus, ao qual neguei seguimento, foi impetrado contra sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça e não contra Acórdão, como afirma o representante da Defensoria Pública da União no presente Agravo.

Segundo, no Habeas Corpus em que neguei seguimento, a DPU buscava o reconhecimento da prescrição e não o reconhecimento da tempestividade, como afirma o representante da Defensoria no Agravo Interno ora em exame. Aliás, pode-se verificar que a DPU, em momento algum, trata de tempestividade no seu pedido, quando impetrou o Remédio Constitucional, que foi negado por este Relator, conforme já mencionado no Relatório.

Terceiro, a Sentença do Conselho Permanente de Justiça, que negou o pedido de declaração de ocorrência da prescrição, foi por unanimidade; já no pedido da DPU no Agravo Interno consta que foi um Acórdão em Apelação, por maioria, o que evidencia, mais ainda, o equívoco defensivo.

Conforme se verificou no Relatório, o cerne da questão não tem nada a ver com Acórdão – e sim de sentença –, igualmente nada a ver com maioria – e sim de unanimidade, como também nada a ver com tempestividade – mas de prescrição – muito menos com Apelação – e sim de Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça.

Vê-se, então, que o Agravo Interno interposto pela DPU, ora em exame, destoa totalmente da realidade dos fatos "in tela" e, por isso, foge da matéria que foi tratada em Habeas Corpus a mim distribuído.

Nesse diapasão, foi possível depreender dos autos que, como não cabia mais o Recurso em Sentido Estrito (ReSE), por já ter a Sentença de primeiro grau transitado em julgado para a Defesa, conforme Certidão anexa (evento 33, do processo originário), a DPU impetrou o Habeas Corpus – em substituição ao ReSE – perante este Tribunal, buscando que esta Corte Superior conhecesse da matéria porque, sabidamente, só esgotando os recursos perante o plenário deste Tribunal é que a defesa preencherá os requisitos para ter condições de recorrer junto ao STF.

Isso porque a Suprema Corte – em vários julgados – não conhece de Recurso Ordinário em que o Habeas Corpus foi negado, monocraticamente, por ministro de Tribunal Superior, como ocorreu no caso em exame, a exemplo do Agr Reg no RO em HC nº 157.318, Min. CELSO DE MELLO, Julg. em 5/4/2019.

Noutro giro, conforme já mencionado, insta frisar que a via mais adequada para recorrer da Decisão de primeiro grau, ora hostilizada – que não reconheceu a prescrição –, não é o Habeas Corpus, como entendeu a DPU, e sim o Recurso em Sentido Estrito, na forma do art. 516, alínea "l", do CPPM, que dispõe:

> Art. 516. **Caberá recurso em sentido estrito da decisão** ou sentença que:
>
> l) **indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição** ou de uma **outra** causa extintiva da punibilidade. (Grifo nosso).

Assim, ao impetrar o Remédio Constitucional em lugar do Recurso em Sentido Estrito, a Defesa incorreu em uma prática condenável pelos Tribunais Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal, qual seja, utilizar aquela Ação Autônoma em substituição às medidas recursais.

É cediço também que o STM, o STJ e o STF entendem, em síntese, que o Habeas Corpus não se presta para tal finalidade, de maneira que não pode ser manejado como suplente de recurso ou de revisão criminal, bem como que aqueles Tribunais não admitem a utilização do aludido Remédio Heroico em substituição ao recurso originariamente cabível perante a instância "a quo", que, no caso dos autos, era o ReSE.

Sobre a decisão de 1º grau que nega a prescrição – que é uma causa extintiva da punibilidade –, esta Corte Castrense assim decidiu:

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*

> De início, cabe salientar que a via recursal escorreita para atacar decisão que **indefere pedido** de reconhecimento de (prescrição, que é uma) **causa extintiva da punibilidade** é o Recurso em Sentido Estrito, nos termos do art. 516, alínea "l", do CPPM. **(HC nº 95-47.2017. 7.00.0000/RJ, Ministro Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, Julg. em 11/5/2017).** (Grifo nosso).

Em outra oportunidade, assim entendeu este Tribunal:

> **AGRAVO** REGIMENTAL **EM HABEAS CORPUS**. PECULATO-FURTO. **NEGADO SEGUIMENTO AO *WRIT***. (...). INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **Descabimento de habeas corpus como substitutivo de outro recurso**. **Precedentes do STF, STJ e STM**. Negado seguimento **monocraticamente**, com fundamento no art. 12, inciso V, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. **(HC nº 7000663-07.2018.7.00.0000, Rel. p/ o Acórdão, Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Julg. em 4/10/2018)**. (Grifo nosso).

Na mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça entendeu:

> seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do (...) Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de **não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado**, **situação que implica o não conhecimento da impetração** (...).
>
> (...).
>
> Assim, incabível o presente *mandamus*, porquanto sucedâneo de recurso especial. **(HC nº 483.655/MG, Min FELIX FISCHER, Julg. em 12/2/2019)**. (Grifo nosso).

Ainda acerca dessa matéria, o STJ decidiu que:

> O **Supremo Tribunal Federal**, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste **Superior Tribunal de Justiça**, diante da **utilização crescente e sucessiva** do **habeas corpus,** passaram **a** restringir a sua admissibilidade **quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria** (...). **(Agr. Reg. no Agr. Reg. no HC nº 450.501/PR, Ministro FELIX FISCHER, Julg. em 18/10/2018).** (Grifo nosso.)

Chamado a deliberar sobre essa matéria, o Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, decidiu:

> Ementa: **AGRAVO** REGIMENTAL **NO HABEAS CORPUS**. PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...). INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE NO ATO IMPUGNADO. INVIABILIDADE DA ATUAÇÃO "EX OFFICIO" DO STF. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> (...)

> 3. **O habeas corpus não é admissível como substitutivo do recurso cabível**, sendo certo ainda que **o impetrante não se desincumbiu do ônus de interpor agravo regimental da decisão do Tribunal *a quo*** que indeferiu liminarmente **o *writ*** ali impetrado.
>
> 4. **A supressão de instância impede o conhecimento de Habeas Corpus impetrado *per saltum***, porquanto ausente o exame de mérito perante a Corte Superior. **(HC nº 136.698 no AgR/CE, Min. LUIZ FUX, Julg. em 6/2/2017)**. (Grifo nosso.)

Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu não caber Habeas Corpus como sucedâneo de Recurso ou de Revisão Criminal, bem como que – pelo fato de precisar revolver "fatos e provas" – o mencionado Remédio Constitucional não é a ação mais indicada para a valoração e o exame minucioso do acervo fático-probatório, a exemplo do **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 164.091, Min. LUIZ FUX, Julg. em 14/12/2018**.

No caso concreto, é digno de nota também que, após a Sentença, na qual foi declarada nula a Ação Penal (Evento 21), foi intimado o MPM dessa Decisão em 5/11/2018 (Evento 25), tendo transitado em julgado para o "Parquet" Militar em 13/11/2018.

Como também a DPU foi intimada em 12/11/2018 (Evento 26), tendo transitado em julgado para a defesa em 23/11/2018.

Já o Habeas Corpus em colação foi impetrado pela DPU somente no dia 23/2/2019, ou seja, três meses após o trânsito em julgado do feito para a defesa, o que, conforme bem salientou o representante da PGJM no Habeas Corpus em que neguei seguimento, "afasta a possibilidade de interposição do recurso em sentido estrito", devido ao enorme lapso temporal entre a data em que transitou em julgado para a Defesa e o dia em que DPU impetrou o referido "writ".

Ademais, não se deve olvidar que esse processo foi invalidado por vício insanável, tendo que, consequentemente, retornar à fase de IPD para ser reiniciado, justamente por se tratar de nulidade absoluta. Dessa forma, não há que se falar em prescrição porque todos os atos até então praticados foram considerados nulos. Por isso, dar seguimento às pretensões da defesa seria a mesma coisa que "atropelar" ou, simplesmente, ignorar a legislação pertinente ao caso, o que não se pode admitir.

Como no caso em exame, trata-se do cometimento do crime de deserção – que tem um rito diferenciado dos demais delitos –, bem como não existe mais processo porque foi anulado, reinciado e seu transgressor encontra-se na situação de foragido, deve-se, por conta disso, aplicar o regramento do art. 132 do CPM, que prevê: "Art. 132. No crime de **deserção**, **embora** decorrido

o prazo da prescrição, esta **só extingue** a punibilidade **quando o desertor** atinge **a idade de quarenta e cinco anos**, e, se oficial, a de sessenta (anos)." (Grifo nosso).

É esse o dispositivo penal adequado e, normalmente, aplicado para fins de prescrição nos casos em que o desertor se encontra foragido, como no caso dos autos, conforme já deliberou, nesse sentido, o próprio STF, quando, em caso semelhante, decidiu que "a regra do art. 132 do Código Penal Militar aplica-se **somente** aos **desertores foragidos**.", quando julgou o **HC nº 111.477/RJ, Ministro TEORI ZAVASCKI, Julg. em 24/9/2013**. (Grifo nosso).

Além do mais, torna-se necessário esclarecer que o caso trazido à discussão pela Defesa nem de longe está prescrito, ainda que todos os marcos interruptivos da prescrição estivessem sido observados a contento, como de fato não foi, senão vejamos.

Primeiro, o Órgão Defensivo pede para se declarar a prescrição entre a data da captura e os dias atuais. Ora, nesse intervalo de tempo, a DPU teria que ter observado a data do recebimento da Denúncia, que, sabidamente, interrompe a prescrição, e não observou. Como, "in tela", o Juízo "a quo" invalidou o processo, inclusive o ato de receber a Exordial Acusatória, e determinou a restauração da IPD, assim, não há como declarar o instituto prescricional.

Depois, o Órgão Defensivo pugna pela declaração da prescrição entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Também não é o caso, porque este Tribunal, por meio de incontáveis julgados – **a exemplo da Apel. nº 7000241-32.2018.7.00.0000, Min. Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, Publ. em 20/6/2018** – deixou de declarar a prescrição no intervalo de tempo entre o fato e a Denúncia, desde a modificação feita no art. 110 do Código Penal comum, ocorrida em **5/5/2010 pela Lei nº 12.234.**

Após a alteração no mencionado dispositivo do Código Penal comum – § 1º do art. 110 –, esta Egrégia Corte não tem mais aceito a data anterior à da Denúncia, como termo inicial da prescrição.

A propósito, dispõe o art. 110, § 1º, do CP comum, após a mudança ocorrida por aquela legislação, que:

> § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, **não podendo, em nenhuma hipótese,** ter por **termo inicial data anterior à da denúncia** ou queixa. (Grifo nosso).

Foi exatamente assim que, em caso semelhante, esta Corte de Justiça julgou:

> a Defensoria Pública da União, alega a ocorrência da prescrição (...), baseada no art. 125, § 2º, alínea "a", do CPM, alegando que a **prescrição** da Ação Penal **começa a correr** do **dia em que o crime se consumou**. Contudo**, não assiste razão**, pois, **por força da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010**, **não mais se considera a data da consumação do crime como termo inicial para a prescrição retroativa** (...). **(Apel. nº 7000241-32.2018.7.00.0000, Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, Julg. em 7/6/2018)**. (Grifo nosso).

Por derradeiro, a alegação de que o Paciente está sofrendo coação ilegal, igualmente, não merece a menor consideração. Certo é que ele cometeu três crimes de deserção e, até que se prove o contrário, encontra-se atualmente foragido por conta do terceiro delito.

Nesses casos, o CPPM determina que se aguarde a apresentação voluntária ou a captura do trânsfuga para então oferecer a Denúncia. Assim, considerando que o delito de deserção é permanente, ele poderá ser preso em flagrante durante todo o tempo em que estiver ausente da caserna.

Desse modo, não há que se falar em constrangimento, tampouco em prejuízo do Paciente e sim em cumprimento da Legislação Castrense, caso o trânsfuga venha a ser preso e responsabilizado pelos crimes que cometeu.

Sinceramente, não faz nenhum sentido dar prosseguimento à espécie, eis que, além de não estar prescrito, por certo, não é a via eleita mais indicada para enfrentar a matéria ora em análise, e sim o Recurso em Sentido Estrito, conforme já muito bem explanado anteriormente.

Portanto, considerando que, definitivamente, não há mais o que se fazer no presente feito, tem-se que o Agravo Interno não merece melhor sorte, porquanto o Habeas Corpus não cabe para o fim pretendido pela Defesa no caso em análise, motivo pelo qual a Decisão monocrática, ora Agravada pela DPU, que negou seguimento ao Remédio Constitucional, deve permanecer inalterada, tendo em vista que, primeiro, a Defensoria Pública se utilizou indevidamente de Remédio Heroico em lugar de Recurso apropriado ao caso concreto, previsto no art. 516, alínea "l", do CPPM – prática essa que, sabidamente, o próprio STF rechaça e não conhece do feito – segundo, que se deve aplicar, nesse caso, o art. 132, do CPM, e, terceiro, que o pedido feito pela DPU, neste Agravo Interno, destoa inteiramente da realidade dos fatos, com assunto totalmente alheio ao contexto, ora em discussão.

Ante o exposto, rejeito o presente Agravo, para manter inalterada a Decisão monocrática agravada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar o presente Agravo, para manter inalterada a Decisão monocrática agravada.

Brasília, 28 de maio de 2019 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

_____

Apelação

APELAÇÃO Nº 7000109-09.2017.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Revisora: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Apelantes: Ministério Público Militar, Sérgio Luiz Enz, Paulo José Reginato Chriguer, Orlando Aparecido Cardoso, Daniele Nunes Gonzales Chriguer.

Apelados: Ministério Público Militar, Sérgio Luiz Enz, Paulo José Reginato Chriguer, Orlando Aparecido Cardoso, Daniele Nunes Gonzales Chriguer.

Advogados: Bianca Vieira Chriguer, João Carlos Campanini, José Carlos Pereira, Maurício Ricardo Almeida, Silvia Helena Pereira Negretti e Waldiney Cardoso Félix.

EMENTA

APELAÇÃO. ART. 251 CPM. PRELIMINARES DEFENSIVAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA JULGAR E PROCESSAR CIVIS. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. REJEIÇÃO. DECISÕES POR UNANIMIDADE. PREGÃO ELETRÔNICO. EXECUÇÃO DO CONTRATO. FRAUDULENTA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. COAUTORIA. AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO E DA CONTRATADA. LIAME SUBJETIVO. PRESENÇA. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. ORGANIZAÇÃO E COOPERAÇÃO NO CRIME. AGRAVAÇÃO DA PENA. APELOS DEFENSIVOS. DESPROVIMENTO. APELO MINISTERIAL. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO POR MAIORIA.

1. Compete à JMU, nos termos da alínea "a" do inciso III do art. 9º, aliado ao art. 251, *caput*, ambos do CPM, processar e

julgar civil que atente contra o patrimônio sob a Administração Militar. Preliminar rejeitada por unanimidade.

2. A prova pericial conduzida por Oficial da ativa e detentor de habilitação específica é idônea. Por este motivo, não constitui cerceamento de Defesa a denegação da realização de nova Perícia. Eventuais discordâncias acerca de Laudos Periciais devem estar acompanhadas de argumentos suficientes para a realização de novo Exame, não sendo admitidos pedidos genéricos. Preliminar rejeitada por unanimidade.

3. A reunião de agentes da Administração Militar e de empresa contratada, com a finalidade de obter vantagem, em nítido prejuízo ao Erário, mediante a execução fraudulenta de contrato administrativo e movidos pelo ardil de enganar, subsome-se ao crime de estelionato.

4. Comprovado o liame subjetivo entre os agentes, voltado à prática de crime, evidencia-se a coautoria, merecendo a agravação da pena daquele que promoveu ou organizou a cooperação no delito.

5. Os crimes que afetam, diretamente, o Erário merecem maior repressão do Estado, o qual, diante dos escassos recursos disponíveis, sofre para atender os anseios mais básicos da sociedade.

6. Negado provimento aos Apelos defensivos e dado provimento parcial ao Apelo ministerial. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União para julgar civis, suscitada pela Defesa da Sra. Daniele Nunes Gonzales Chriguer, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar, de cerceamento de defesa em face do indeferimento de nova prova pericial, suscitada pela Defesa dos Civis Orlando Aparecido Cardoso, Paulo José Reginato Chriguer e Daniele Nunes Gonzales Chriguer, por falta de amparo legal. No mérito, **por maioria**, negou provimento aos Apelos das Defesas de todos os réus e deu provimento parcial ao Apelo do MPM para, mantendo a condenação imposta na Sentença hostilizada, como incursos no art. 251, ***caput***, do CPM, elevar a pena aplicada a Orlando Aparecido Cardoso para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade, sendo vedado o ***sursis***, conforme o art. 606, ***caput***, do CPPM, fixando-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena; e manter, quanto a Paulo José Reginato Chriguer, Daniele Nunes Gonzales Chriguer e Sérgio Luiz Enz a Sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Antônio

de Farias. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), José Coêlho Ferreira e Artur Vidigal de Oliveira votavam pelo conhecimento de todos os recursos interpostos, e quanto ao recurso do Ministério Público Militar, negavam-lhe provimento; no que tange ao recurso do Acusado Sérgio Luiz Enz davam provimento para absolvê-lo, nos termos do art. 439, alínea "b", do CPPM e, com relação aos réus Paulo José Reginato Chriguer, Orlando Aparecido Cardoso e Daniele Nunes Gonzales Chriguer, davam provimento ao recurso para absolvê-los, nos termos do art. 439, alínea "b", do CPPM.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. A Ministra-Revisora fará voto vencido. Ausência justificada do Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 21/3/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha (CPJMar) da 1ª Auditoria da 2ª CJM, pela Defesa dos réus DANIELE NUNES GONZALES CHRIGUER, ORLANDO APARECIDO CARDOSO, PAULO JOSÉ REGINATO CHRIGUER e SÉRGIO LUIS ENZ, civis, condenados à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos nas sanções do art. 251, *caput*, na forma do art. 53, ambos do CPM; e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, no tocante à dosimetria da pena.

As condutas dos réus foram investigadas mediante o IPM nº 23-25. 2016.7.02.0102/SP, instaurado no Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo (CTMSP), Iperó/SP, por meio da Portaria nº 474, de 3.12.2015 (Evento 1 - APENSO 45 - fl. 6).

A Denúncia, da lavra do Promotor da Justiça Militar Dr. Claudio Martins, oferecida em 1º.3.2016, descreveu os seguintes fatos (Evento 1 - INIC 2 - fls. 1/5):

> (...) 1. Os denunciados Paulo José Reginato Chriguer, Orlando Aparecido Cardoso e Sérgio Luis Enz são funcionários contratados da EMGEPRON (Empresa Gerencial de Projetos Navais), vinculada à Marinha do Brasil, substituída pela empresa Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S.A. - AMAZUL, conforme comprovam os contratos individuais de trabalho juntados às fls. 43/49, desempenhando suas funções perante o Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo e, valendo-se das informações privilegiadas que possuíam, acerca da necessidade da contratação de serviços pela unidade militar, perpetraram uma série de procedimentos fraudulentos, incluindo a constituição de empresa, para juntos ludibriar a Administração Militar e desviar expressiva quantia em dinheiro.
>
> 2. Apurou-se que a empresa denominada Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E., de titularidade da denunciada Daniele Nunes Gonzales Chriguer, fora contratada pelo Centro Tecnológico da Marinha em São

Paulo para a prestação dos seguintes serviços: a) implantação e troca de 40 (quarenta) postes da rede de telefonia da unidade militar, gerando o contrato nº 42000/2012-004/00, firmado em 06/02/2012;

a) implantação e modernização de redes de dados corporativa e de telefonia, objeto do pregão eletrônico nº 054/2013, gerando o contrato nº 42000/2013-039/00, firmado em 01/08/2013; porém, essas contratações ocorreram de forma fraudulenta, acarretando expressivo prejuízo à Administração Militar, conforme se demonstrará.

3. Consta dos autos que os denunciados Paulo José Reginato Chriguer, funcionário da EMGEPRON vinculado ao Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo, e Daniele Nunes Gonzales Chriguer, titular da empresa contratada pelo CTMSP, são casados, fato que, por si só, já bastaria para gerar, no mínimo, irregularidade na contratação da aludida empresa pela unidade militar; porém, os fatos investigados demonstraram a prática de ardiloso esquema criminoso que culminou no desvio expressivo de recursos públicos.

4. De fato, apurou-se que o denunciado Orlando Aparecido Cardoso, encarregado do setor de manutenção e de comunicação do CTMSP, tinha conhecimentos privilegiados acerca das necessidades da unidade militar, na contratação de serviços na área de engenharia e de modernização da rede de dados, que seriam licitados e sua execução passada à iniciativa privada; diante disso, convenceu o denunciado Paulo José Reginato Chriguer e sua esposa, a ora denunciada Daniele Nunes Gonzales Chriguer, a alterar o objeto social da empresa de titularidade desta, adequando-o, exatamente, às necessidades da unidade militar, relativas ao fornecimento de materiais e de prestação dos serviços, possibilitando sua contratação pelo CTMSP.

5. Ocorre que já havia, na unidade, pregão eletrônico iniciado para contratação de serviços de informática, sendo que a empresa MASM-COM. ASSESSORIA E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA havia apresentado o menor preço e seria contratada para a execução desses serviços; todavia, devido à articulação do denunciado Orlando, levantando suposta falha na emissão de nota fiscal eletrônica, a autorização de compra em nome da empresa foi cancelada, conforme comprova a mensagem eletrônica de fls. 344, de 16/06/2011.

6. Outrossim, importa notar que a constituição da empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E. ocorreu em 01/06/2011 (fls. 733), mesma data em que o denunciado Orlando solicitou, pela primeira vez, o cancelamento da autorização de compra em favor da empresa MASM, conforme demonstra a mensagem eletrônica em seu nome (fls. 343); a autorização de compra foi de fato cancelada em 22/06/2011 (fls. 349/350).

7. Ademais, a empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME, de titularidade da denunciada Daniele, contratou o engenheiro Sérgio Luis Enz, também funcionário da EMGEPRON e colega de trabalho dos outros denunciados, ora terceiro denunciado, para exercer a função de

responsável técnico, conforme comprovam os contratos juntados às fls. 18/20 (v. 1) e 22/24 (v. 1), ciente de que sua contratação ocorreu para possibilitar a participação irregular da empresa nos certames do CTMSP.

8. De outro lado, após lograr êxito em seu intento e obter o cancelamento da autorização de compra em nome da empresa MASM, o denunciado Orlando forneceu, ao setor de compras da unidade, via mensagem eletrônica, outros orçamentos para os mesmos serviços, sendo um deles realizado pela empresa da denunciada Daniele, que ao final fora contratada; merece destaque o fato de o orçamento oferecido e aprovado possuir o mesmo valor daquele cancelado, realizado pela empresa MASM (fls. 329; 346/347; 351/356).

9. Apurou-se ainda que, uma vez estabelecida a contratação da empresa de titularidade da denunciada Daniele, o acusado Orlando foi nomeado para exercer a fiscalização do contrato, certificando pessoalmente a execução dos serviços licitados, conforme atesta a Portaria nº 18, CTMSP, de 23 de janeiro de 2012 (fls. 227 – apenso 2) e mensagem eletrônica de fls. 568/569 (v.3), liberando o acesso de funcionários terceirizados ao local de prestação dos serviços.

10. Consigne-se que, apesar de exercer a função de fiscal do contrato, o acusado Orlando era a pessoa que de fato administrava a empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E., realizando seus orçamentos e contratando funcionários que viriam a prestar os serviços licitados perante o CTMSP, conforme admite a denunciada Daniele em sua inquirição no IPM (fls. 601/602 - v. 4), tudo a demonstrar a articulação da empreitada criminosa orquestrada por todos os denunciados para desviar recursos públicos.

11. Importa registrar que o acusado Paulo José Reginato Chriguer, marido da acusada Daniele, fora o responsável pela certificação final dos serviços prestados pela empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E., de titularidade de sua cônjuge, ao CTMSP, conforme comprova a mensagem eletrônica em seu nome (fls. 272 - v. 2).

12. Não bastassem essas irregularidades, é certo que as condutas, levadas a efeito pelos denunciados acarretaram o desvio de R$ 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos), em materiais que, ou deixaram de ser fornecidos à unidade militar ou cujo fornecimento, se deu em qualidade e quantidade inferiores aos licitados, apesar de devidamente pagos, conforme constatado em perícia, cujos laudos seguem às fls. 745/750 e 751/760 (v. 4), em ambos os contratos.

13. Efetivamente, constatou-se que a empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E. recebeu do CTMSP a expressiva quantia de R$ 751.628,20 (setecentos e cinquenta e um mil, seiscentos e vinte e oito reais e vinte centavos), conforme comprovam a relação de pagamentos efetuados e as respectivas ordens bancárias (fls. 226/246 v. 2), no período compreendido entre 09/08/2011 a 20/02/2014, em razão dos dois

> contratos firmados, entre a unidade e a empresa, para a instalação e troca de 40 (quarenta) postes da rede de telefonia e para a implantação e modernização de redes de dados corporativa e de telefonia; entretanto, deixou de fornecer vários materiais licitados, além de entregar ao CTMSP materiais de qualidade e quantidade inferiores aos pagos, gerando o prejuízo acima consignado.
>
> 14. Dessa forma, verifica-se terem os denunciados incidido no crime de estelionato, definido no artigo 251, *caput*, na forma do artigo 53, todos do Código Penal Militar, uma vez que obtiveram, em favor da empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E., a vantagem ilícita no montante de 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos), em materiais que, ou deixaram de ser fornecidos ou o foram em quantidade e qualidade inferiores ao licitado e efetivamente pago, em prejuízo da União, induzindo a Administração Militar em erro, que, diante da falsa certificação da entrega de todos os itens licitados, conforme acima narrado, efetuou os pagamentos ajustados.
>
> 15. Trata-se de crime militar, definido no artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar.
>
> 16. Por todo o exposto, requer o Ministério Público Militar seja recebida e autuada a presente denúncia, com a citação de PAULO JOSÉ REGINATO CHRIGUER, DANIELE NUNES GONZALES CHRIGUER, SÉRGIO LUIS ENZ e ORLANDO APARECIDO CARDOSO, como incursos no artigo 251, *caput*, na forma do artigo 53, todos do Código Penal Militar (...).

A Denúncia foi recebida em 10.3.2016 (Evento 1 – VOLUME 3 - fls. 2/3). Entre outros, há os seguintes documentos nos autos:

- IPM nº 23-25.2016.7.02.0102/SP (Evento 1 – APENSOS 45/77);

- Certidões de antecedentes dos réus (Evento 1 – VOLUME 3 - fls. 11/25; VOLUME 4 - fls. 13/17).

- Termos de Inquirições da Testemunha Vanessa Donaire, em sede de Sindicância e de IPM (Evento 1 – APENSO 47 - fl. 7/8; APENSO 54 - fl. 11 - e APENSO 69 - fl. 6);

- Termos de Inquirição do réu PAULO, em sede de Sindicância e de IPM (Evento 1 – APENSO 47 - fls. 22/23; APENSO 55 - 12/13 e APENSO 71 - fls. 1/3);

- Termos de Inquirição da testemunha Francisco Vergel, em sede de Sindicância e de IPM (Evento 1 – APENSO 48 - fls. 13/14 e APENSO 73 - 22/24);

- Termos de Inquirição do réu ORLANDO, em sede de Sindicância e de IPM (Evento 1 – APENSO 49 - fls. 9/10 e APENSO 71 - 7/10);

- Termo de Inquirição do réu SÉRGIO, em sede de Sindicância e de IPM (Evento 1 – APENSO 53 - fls. 6/7 e APENSO 70 - 20/21);

- Laudo de Exame Pericial, de 24.10.2015 (Evento 1 – APENSO 66 fls. 33; APENSO 67 - fls.1/3);

- Relatório parcial da Sindicância (Evento 1 – APENSO 66 - fls. 6/11);

- Termo de Interrogatório da ré DANIELE, em sede de IPM (Evento 1 – APENSO 69 - fls. 7/8);

- Termo de Inquirição da testemunha Nilton César Nunes, em sede de IPM (Evento 1 – APENSO 73 - fls. 18/19);

- Laudo de Exame Pericial (Informática), de 26.1.2016 (Evento 1 – APENSO 74 - fls. 27/28; APENSO 75 - fls. 1/4);

- Laudo de Exame Pericial (Engenharia), de 28.1.2016 (Evento 1 – APENSO 75 - fls. 5/14);

- Relatório do IPM (Evento 1 – APENSO 76 - fls. 4/16);

- Contrato de Prestação de Serviços de Engenharia, firmado entre o réu SÉRGIO e a Empresa DAN (Evento 1 – APENSO 45 - fls. 21/27);

- Portaria nº 18/CTMSP, de 23.1.2012, mediante a qual o réu ORLANDO foi nomeado fiscal do Contrato nº 42000/2012-004/00 (Evento 1 – APENSO 90 - fl. 4);

- Termo de Encerramento, de 14.9.2012, assinado pelo réu ORLANDO, atestando a finalização do Contrato nº 42000/2012-004/00, com o cumprimento de todas as especificações técnicas (Evento 1 – APENSO 110 - fl. 257 - Doc. 47 - Aps. Proc. Rel.);

- Mensagem Eletrônica, extraída da rede interna do CTMSP, na qual o réu PAULO atesta a conclusão do Contrato nº 42000/2013-039/00 (Evento 1 – APENSO 70 - fl. 2);

- Portaria nº 194/CTMSP, de 20.6.2013, mediante a qual o réu ORLANDO foi nomeado fiscal do Contrato nº 42000/2013-039/00 (Evento 1 – APENSO 110 - fl. 19);

- Laudo Pericial (Análise de Dados Bancários) relativo à quebra do sigilo bancário dos réus (Evento 1 – APENSO 118 - fls. 12/21; APENSO 119 - fls. 1/16; APENSO 120 - fls. 1/7); e

- Relação de depositantes e beneficiários da Empresa DAN, constando o CTMSP (depositante) e os réus (beneficiários) (Evento 1 – APENSO 119 - fl. 16).

O MPM arrolou 6 (seis) testemunhas (Evento 1 – INIC 2 - fl.5).

O Sr. Francisco Vergel, em 7.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> que tomou conhecimento do fato de a dona da Empresa DAN ser a esposa do PAULO após o término do contrato; e o Sr. ORLANDO era o

> fiscal dos contratos. (Evento 1 – VOLUME 15 - fl. 27 – depoimento gravado).

O CMG (RM1) Fábio Fornazier Volpini, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> que conhece a Empresa DAN, pelo fato de ter tido contratos homologados com o CTMSP; não foi detectada irregularidade, na época da adjudicação da Empresa DAN, capaz de macular o processo administrativo; o fiscal do contrato era essencial para o ordenador de despesa efetuar o pagamento; e a responsabilidade do cumprimento de todas as etapas do contrato é do fiscal designado em Portaria (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 5 - depoimento gravado).

O CMG (RM1) Antônio Carlos Mendes, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> que o serviço de troca dos postes foi realizado, porém foram detectadas irregularidades após a execução do contrato; e, quando a Empresa DAN foi indicada como subcontratada em outro processo, constatou-se a identificação do parentesco entre PAULO e DANIELE (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 7 - depoimento gravado).

O 1º Ten Mar Rodrigo Carvalho Giavoni, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese

> que a DANIELE, após ter conversado com o ORLANDO, mudou o objeto social da Empresa DAN, a qual era registrada como locadora de veículos; ORLANDO era o fiscal do contrato nos dois processos firmados entre o CTMSP e a Empresa DAN; e a prestação do serviço não foi realizada na qualidade e na quantidade prevista nos contratos. (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 8 - depoimento gravado).

O Sr. Maurílio Silveira de Moraes, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> que era o dono da Empresa MASM e não participou do pregão referido na Denúncia, pois a sua empresa tinha pendências fiscais. (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 9 - depoimento gravado).

O MPM dispensou a testemunha CC Guilherme Vilaça (Evento 1 – VOLUME 15 - fl. 29). A Defesa dos réus arrolou 18 (dezoito) testemunhas (Evento 1 – VOLUME 5 - fls. 16/22). A Sra. Jaqueline Sales Gorroi, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> que era colega de trabalho de PAULO, de ORLANDO e de SÉRGIO; tomou conhecimento, por meio de PAULO, de a Empresa DAN pertencer à DANIELE; sabia da participação da Empresa DAN em contratos com a Marinha, mas não trabalhava com processos licitatórios; e desconhecia o objeto social da Empresa DAN. (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 10 - depoimento gravado).

O CF (Refm) Walde Ribeiro Cavalcante, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou com os eles no CTMSP; e desconhecia os fatos referentes a contratos firmados entre o CTMSP e a Empresa DAN. (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 12 - depoimento gravado).

O Sr. Lucio Fávero Júnior, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou com eles no CTMSP; conheceu DANIELE e soube da existência da Empresa DAN, mas desconhecia o seu objeto social e os contratos firmados com o CTMSP (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 13 - depoimento gravado).

O Sr. Rafael Antônio Santos, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conheceu ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou como terceirizado no CTMSP; não sabe dizer se ORLANDO exercia a função de fiscal de contratos; não conheceu DANIELE; observou funcionários da Empresa DAN implantando postes no início de suas atividades no CTMSP; e a mão de obra utilizada para o serviço de implantação dos postes era da própria Empresa DAN (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 14 - depoimento gravado).

O Sr. Jorge Luiz de Souza Pereira, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece apenas ORLANDO e SÉRGIO, pois prestou serviço como terceirizado no CTMSP; e não conhecia a Empresa DAN, tampouco DANIELE (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 15 - depoimento gravado).

O Sr. Renan Teixeira Franco, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois também trabalhou com eles no CTMSP; conhecia a Empresa DAN, a qual soube ser de propriedade de DANIELE, esposa de PAULO, após o término dos serviços prestados ao CTMSP; a mão de obra era da própria Empresa DAN e os funcionários usavam uniformes; ORLANDO era o fiscal dos contratos com a Empresa DAN e não teve conhecimento de irregularidades; tomou conhecimento da participação de SÉRGIO, como prestador de serviços para a Empresa DAN, após a abertura das investigações; ORLANDO não prestava serviços à Empresa DAN, tampouco recebeu alguma vantagem oriunda desses contratos; os serviços contratados, entre o CTMSP e a Empresa DAN, foram bem executados; não teve acesso ao processo administrativo para atestar a qualidade e a compatibilidade dos materiais utilizados como o exigido pelo Edital de Contratação; e acompanhou a execução dos serviços, fazendo anotações

> informais para repassá-las ao ORLANDO (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 16 - depoimento gravado).

O Sr. Nilton César Nunes, em 23.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece PAULO e a Empresa DAN, mas não conhecia DANIELE pessoalmente; ficou sabendo da relação conjugal após a instauração da investigação; a Empresa DAN foi contratada pelo CTMSP e, posteriormente, essa Empresa contratou-o para fazer atividades específicas (implantação de postes e lançamento de cabos); o serviço foi totalmente prestado; o fiscal do Contrato era o ORLANDO; não sabe se ORLANDO prestava serviços para a Empresa DAN; não conheceu o SÉRGIO pessoalmente; o material foi todo fornecido pela Empresa DAN; a mão de obra era da Empresa NTL; o valor aproximado do serviço prestado foi de R$ 100.000,00 (cem mil reais); o contato inicial com a Empresa DAN foi através de e-mail; as tratativas, sobre a execução do serviço, eram feitas diretamente com o ORLANDO; não havia nenhum técnico da Empresa DAN, por ocasião da realização do serviço; esse foi o único serviço prestado com a Empresa DAN; os pagamentos, decorrentes de seus serviços, foram realizados pela própria Empresa DAN; e a ligação com a Empresa DAN ocorreu por intermédio do ORLANDO, o qual era o responsável pela obra (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 17 - depoimento gravado).

O CF Danilo Wladimir Grosso Junior, em 24.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou com eles no CTMSP; SÉRGIO é funcionário do CTMSP, engenheiro civil, e seu subordinado na fiscalização de obras; não conhecia DANIELE, tampouco a Empresa DAN; desconhecia a relação contratual entre a Empresa DAN e o CTMSP; tomou conhecimento dos fatos deste Processo após a abertura da Sindicância; e SÉRGIO disse ter assinado os contratos com a Empresa DAN para prestar favor aos seus amigos, ORLANDO e SÉRGIO (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 20 - depoimento gravado).

O Sr. Carlos Roberto Gomes do Amaral, em 24.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou com eles no CTMSP; SÉRGIO trabalhava diretamente no seu setor desde 1997; não conhece DANIELE, tampouco a Empresa DAN; tomou conhecimento desses fatos após a abertura do procedimento administrativo; e desconhece qualquer fato desabonador relacionado a SÉRGIO, ORLANDO e PAULO (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 22 - depoimento gravado).

O 2º Sgt (RM1) Nilton Correia da Paschoa, em 24.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou com eles no CTMSP; não conhecia DANIELE, tampouco a Empresa DAN; tomou conhecimento desses fatos somente após ter lido a Denúncia; e a conduta de SÉRGIO, de ORLANDO e de PAULO sempre foi excelente (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 23 - depoimento gravado).

O Sr. Damião Pereira da Silva, em 24.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou com eles no CTMSP; não conhecia DANIELE, tampouco a Empresa DAN; tomou conhecimento desses fatos somente após a abertura da Sindicância; não tem nada a declarar contra a conduta de SÉRGIO, de ORLANDO e de PAULO, pois o seu contato era apenas funcional; e desconhece o fato de SÉRGIO ter assinado qualquer tipo de contrato (Evento 1 – VOLUME 17 - fl. 24 - depoimento gravado).

O Sr. Clemilton Chagas Gouvea Santos, em 24.11.2016, em Juízo, declarou, em síntese:

> Que conhece ORLANDO, PAULO e SÉRGIO, pois trabalhou com eles no CTMSP; não conhecia DANIELE, tampouco a Empresa DAN; tomou conhecimento desses fatos somente após ter lido a Denúncia; observou o serviço de troca dos postes ser realizado, mas desconhece os detalhes sobre a sua contratação; e não tem nada a declarar contra a conduta de SÉRGIO, de ORLANDO e de PAULO, pelo contrário, são bons profissionais e competentes (Evento 1 – VOLUME 18 - fl. 1 - depoimento gravado).

A Defesa desistiu da oitiva de 6 (seis) testemunhas (Carlos Passos Bererril, André Luiz Ferreira Marques, Augusto Cesar Lobato Posada, Carlos Correia da Costa, Giovana Vitorino e Vanessa Donaire) (Evento 1 – VOLUME 18 - fls. 3; 6/7).

A Defesa requereu a realização de nova perícia, a ser elaborada por perito de confiança do Juízo, com a presença dos réus. O MPM manifestou-se contrário ao requerimento defensivo (Evento 1 – VOLUME 19 - fls. 19/22; 28).

O Juiz-Auditor Ricardo Vergueiro Figueiredo, da 1ª Auditoria da 2ª CJM, em 24.2.2017, indeferiu o pedido da Defesa (Evento 1 – VOLUME 20 - fls. 1/2).

A Defesa, em 13.3.2017, antes do interrogatório dos réus, reiterou o pedido de realização de nova perícia. O MPM, novamente, foi contrário ao pleito. O CPJMar indeferiu, por unanimidade, o requerimento da Defesa, e manteve a Decisão do Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 2ª CJM (Evento 1 – VOLUME 21 - fls. 12/13).

A ré DANIELE NUNES GONZALES CHRIGUER, interrogada em Juízo, em 13.3.2017, exerceu o seu direito de permanecer em silêncio (Evento 1 – VOLUME 21 - fls. 9/10 - depoimento gravado).

O réu ORLANDO APARECIDO CARDOSO, interrogado em 13.3.2017, declarou, em síntese:

> que os fatos apontados na Denúncia são falsos; inexistiram irregularidades nos serviços prestados pela Empresa DAN; o contrato deu-se por meio de pregão, sendo adotado o critério do menor preço global; era o fiscal dos contratos com a Empresa DAN, tendo sido designado pelo Diretor do CTMSP; o serviço foi bem feito e todo o material entregue corretamente; o Laudo Pericial é nulo; os peritos registram a inexistência de cabos telefônicos, mas todos os aparelhos (mais de 20 (vinte) considerando os dois prédios) estão funcionando; inexistiu combinação para obter vantagem ilícita; todas as etapas das prestações dos serviços, contratados com a Empresa DAN, foram realizadas; a função de fiscal dos contratos autorizava certificar a finalização dos serviços; a sua assinatura, atestando o término da prestação dos serviços sem qualquer irregularidade, era a justificativa para a Administração realizar o pagamento; SÉRGIO aceitou a função para ser o responsável técnico da Empresa DAN, apenas de boa vontade, no sentido de ajudar o PAULO, pois o contrato exigia a presença um engenheiro; o CTMSP empenhou a realização do serviço de reparo de fibra ótica para a Empresa MASM-COM, mas houve o cancelamento diante da impossibilidade dessa empresa emitir nota fiscal eletrônica; o serviço de reparo de fibra ótica foi realizado mediante contratação direta, sem qualquer relação com os pregões de troca de postes e de manutenção da rede de telefonia; os switches foram todos trocados por ocasião da prestação do serviço, mas por ser equipamento eletrônico, qualquer alteração forte de energia (raios) poderia queimá-lo, levando à sua substituição; talvez seja esse o motivo de a perícia não tê-los encontrado, além de ter passado mais de 5 (cinco) anos da ocorrência desses fatos; esses equipamentos devem ter sido substituídos nesse período; jamais aconselhou o PAULO a constituir ou alterar o objeto social da Empresa DAN, a qual foi criada para prestar serviços de informática; admitiu ter convidado o PAULO a participar dos pregões no CTMSP; a Empresa DAN não tinha funcionários, havia a contratação de pessoas quando ganhava uma licitação; a DANIELE nunca compareceu aos locais das prestações dos serviços; as pessoas contratadas pela Empresa DAN compareciam ao CTMSP para realizar o serviço (Srs. Nilton e Alex); afirmou não ter qualquer relação com a Empresa DAN, tampouco ter recebido valores dessa Empresa; o dinheiro, enviado à sua conta corrente, oriundo da Empresa DAN, era para pagar os funcionários; a transferência bancária para a sua conta corrente facilitava o andamento do serviço, pois o deslocamento dos funcionários, até o centro de Sorocaba/SP, atrasaria a obra; foram vários depósitos, pois o pagamento dos funcionários era semanal; possui 29 (vinte e nove) anos de serviço no CTMSP, sem qualquer advertência; recebeu pressão da chefia do CTMSP para resolver o problema das linhas telefônicas; desconhecia o impedimento de parentes dos funcionários de participarem dos processos licitatórios; desconhece a possibilidade de manipulação de procedimentos licitatórios no CTMSP; inexistiram outros interessados em prestar serviços por causa do

baixo preço e da localização do CTMSP; o PAULO não tinha conta corrente nos bancos Santander e Real, os quais possuíam agência no interior do CTMSP, por isso a Empresa DAN transferia os valores para minha conta; e os valores recebidos eram repassados aos encarregados dos serviços (Nilton e Alex) (Evento 1 – VOLUME 21 - fls. 7/8 - depoimento gravado).

O réu PAULO JOSÉ REGINATO CHRIGUER, interrogado em 13.3.2017, declarou, em síntese:

Que é casado com a DANIELE; inexiste qualquer fraude nos contratos com o CTMSP; a DANIELE abriu a Empresa DAN para complementar a renda familiar em 2011; o objetivo era prestar serviços na área de informática, pois muitos oficiais do CTMSP pediam para consertar os seus computadores particulares; a Empresa DAN foi aberta entre maio e junho de 2011; o pregão eletrônico da troca dos postes ainda não estava aberto; usava notas fiscais da Empresa DAN, referente aos consertos particulares dos computadores, para entregar aos oficiais; os oficiais usavam essas notas fiscais para receberem, de outras empreiteiras, os valores gastos pela manutenção de seus computadores; o ORLANDO sofria pressão, oriunda de sua chefia, para executar serviços, e, ao tomar conhecimento de a Empresa DAN estar aberta, procurou-me para participar dos pregões, no sentido de aumentar o número de empresas licitantes; conversei com o C Alte Luciano Pagano, o qual não verificou qualquer óbice de a Empresa DAN participar de certames licitatórios no CTMSP; a Empresa DAN ganhou a licitação, porque foi a única a participar do certame; os pregões eram cancelados, pois não havia mão de obra na região; o serviço foi terceirizado após a Empresa DAN vencer a licitação; os contratos foram cumpridos integralmente; os serviços foram muito bem feitos; ORLANDO não era funcionário, tampouco recebeu qualquer valor da Empresa DAN; jamais recebi qualquer advertência, em mais de 27 (vinte e sete) anos de serviço; os fatos aconteceram dessa forma porque fui perseguido pela funcionária Vanessa Donaire, a qual era a minha chefe, e pelo CMG Antônio Carlos Mendes; foi uma armação contra nós; a perícia é mentirosa, inclusive, se possível, gostaria da possibilidade de ser realizado novo laudo; fui mandado embora do CTMSP por justa causa; estamos passando fome, sem convênio e com uma filha especial para cuidar; enviei e-mail ao C Alte Luciano Pagano solicitando a sua intervenção, mas não fui atendido; esse e-mail é prova de meu contato pessoal com essa autoridade do CTMSP; desconhecia a realização de transações bancárias entre a Empresa DAN e o ORLANDO; desconhecia como a Empresa DAN pagava os funcionários; não conhecia o SÉRGIO, mas sabia de sua amizade com o ORLANDO; a Empresa DAN era administrada pela DANIELE e sempre teve a mesma razão social (aluguel de veículos, construção civil e manutenção de equipamentos eletrônicos); a DANIELE entendia somente de locação de veículos; a DANIELE não fiscalizou o cumprimento dos contratos; não recebeu valores da Empresa DAN; a DANIELE operava as contas correntes (física e jurídica); a DANIELE contratou um escritório de contabilidade para cuidar

> da Empresa DAN; e inexistiu qualquer prejuízo à Marinha. (Evento 1 – VOLUME 21 - fls. 5/6 - depoimento gravado).

O réu SÉRGIO LUIS ENZ, interrogado em 13.3.2017, declarou, em síntese:

> Que desconhecia, em sede de investigação, o seu direito ao silêncio; foi contratado pela Empresa DAN por intermédio do ORLANDO; não conhecia a DANIELE; ORLANDO precisava fazer esse serviço no CTMSP, tendo recebido pressão de seus superiores para abrir o processo licitatório; assinei o contrato para ajudar o ORLANDO; assinei as Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) referente às obras, porém a fiscalização seria após o expediente e por meio de relatório fotográficos; não conhecia DANIELE, tendo apenas amizade profissional com PAULO; o serviço contratado foi muito bem feito; os peritos estavam desqualificados para lavrar o Laudo Pericial, devendo ser realizada outra perícia; ORLANDO foi designado para ser o fiscal dos contratos; desconhece as transações bancárias entre a Empresa DAN e o ORLANDO; a instauração desse processo causou-lhe transtorno pessoal; não recebeu dinheiro para assinar as ARTs; não é mais funcionário da Empresa DAN, tendo firmado apenas dois contratos para acompanhar serviços específicos; recebia os relatórios fotográficos, diariamente, para acompanhar a obra; não assinou os relatórios porque inexistia essa exigência nos contratos; emprestou dinheiro à Empresa DAN para iniciar as atividades contratadas com o CTMSP; a Empresa DAN pagou o empréstimo por meio de transferência bancária; o valor recebido não foi pagamento pela prestação de serviços; nunca esteve na sede da Empresa DAN; a contratação de empresas de funcionários ou de seus parentes é comum no CTMSP; desconhece qualquer irregularidade na contratação da Empresa DAN; e a funcionária Vanessa Donaire noticiou a existência de irregularidades, por motivo de vingança contra PAULO (Evento 1 – VOLUME 21 - fls. 3/4 - depoimento gravado).

O MPM, na fase do art. 427 do CPPM, requereu os dados bancários dos réus (Evento 1 – VOLUME 22 - fl. 1). A Defesa, na fase do art. 427 do CPPM, solicitou a realização de novas perícias nos serviços prestados pela Empresa DAN e, também, em mensagens eletrônicas trocadas entre o réu PAULO e o C Alte (RM1) Luciano Pagano Junior, sustentando serem provas necessárias ao julgamento do feito (Evento 1 VOLUME 22 - fls.2/5).

O Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 2ª CJM, em 19.4.2017, quanto ao pleito ministerial, requereu esclarecimentos, pois o sigilo bancário dos réus havia sido afastado, anteriormente, por Decisão Judicial. No que tange aos pedidos da Defesa, ambos foram indeferidos (Evento 1 – VOLUME 22 - fl. 12). O MPM, ainda na fase do art. 427 do CPPM, deu-se por satisfeito com a manifestação judicial (Evento 1 – VOLUME 22 - fl. 14). A Defesa, intimada do Despacho Judicial, o qual negou os seus pedidos na fase do art. 427 do CPPM, não se manifestou (Evento 1 – VOLUME 22 - fls. 15/16).

O Juízo da 1ª Auditoria da 2ª CJM, em 5.5.2017, lavrou Certidão, atestando que transcorreu *in albis*, para as partes, o prazo para o pedido de diligências, na fase do art. 427 do CPPM (Evento 1 – VOLUME 22- fl. 16).

O MPM, em Alegações Escritas, afirmou, em síntese, que ORLANDO tinha conhecimento privilegiado acerca das necessidades do CTMSP, por isso convenceu PAULO e DANIELE, os quais eram casados, a alterarem o objeto social da Empresa DAN, no sentido de participarem de processos licitatórios; ORLANDO levantou suposta falha de emissão de nota fiscal eletrônica pela Empresa MASM-COM, cancelando o empenho realizado em nome dessa Empresa; a constituição da Empresa DAN ocorreu em 1º.6.2011, na mesma data do pedido de anulação do empenho realizado em favor da Empresa MASM-COM; DANIELE contratou SÉRGIO como responsável técnico da Empresa DAN, para possibilitar a participação irregular em certames do CTMSP; ORLANDO foi nomeado fiscal dos contratos, entre o CTMSP e a Empresa DAN, certificando pessoalmente a execução dos serviços; ORLANDO era o principal administrador da Empresa DAN, pois realizava os seus orçamentos e contratava os seus funcionários; PAULO atestou o término dos serviços, no tocante à implantação e à modernização da rede de dados e de telefonia, realizados pela Empresa DAN; a conduta dos réus acarretou o prejuízo de R$ 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos) à Administração Militar; a Empresa DAN deixou de fornecer vários materiais licitados, além de entregar equipamentos de qualidade e em quantidade inferiores, gerando prejuízo à Administração Militar; ORLANDO era o líder do esquema criminoso para desviar dinheiro da Marinha, pois admitiu tê-lo recebido da Empresa da corré DANIELE em sua própria conta-corrente; os corréus PAULO, SÉRGIO e DANIELE dirigiam-se ao réu ORLANDO para tratar de assuntos relacionados à contratação da Empresa DAN; ORLANDO contratou SÉRGIO para ajudá-lo na execução dos serviços contratados; as testemunhas confirmaram os fatos narrados na Denúncia; os réus não trouxeram provas para corroborar as suas alegações; as perícias comprovaram o desvio de vultosa quantia pelos acusados; há prova do recebimento pessoal de vantagem ilícita; inexistem causas de justificação, capazes de afastar a antijuridicidade e a culpabilidade dos réus; e requereu a condenação nas sanções do art. 251, *caput*, c/c o art. 53, ambos do CPM (Evento 1 – ALEGAÇÕES 23 - fls. 1/7).

A Defesa dos réus, em Alegações Escritas, sustentou, preliminarmente, a incompetência da JMU para processar e julgar civis. No mérito, alegou que a Empresa DAN foi constituída pela DANIELE, visando melhorar a renda de sua família, sempre sob o mesmo objeto social, sem qualquer alteração posterior; a contratação da Empresa DAN não foi irregular; o processo administrativo disciplinar não observou os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal; o CTMSP descumpria, em aspectos de sua conveniência, a Lei de Licitações; a Sindicância e o IPM foram conduzidos com objetivo de

perseguir os réus; os laudos periciais são nulos, tendo sido confeccionados muito tempo após o término das obras, tampouco permitiram o direito ao contraditório; o cancelamento do Pregão nº 173/2011 ocorreu por falta de empresas interessadas; o CTMSP passou a exigir a obrigatoriedade da Declaração Negativa de Parentesco somente após a instauração das investigações; novas perícias devem ser produzidas, a serem confeccionadas por técnicos nomeados pelo Juízo e com o acompanhamento dos réus; PAULO foi autorizado pelo C Alte Luciano Pagano a participar de processos licitatórios no CTMSP; inexistem provas de desvio de recursos públicos; os serviços contratados, pelo CTMSP com a Empresa DAN, foram todos cumpridos; o proprietário da Empresa MASM-COM, Sr. Maurílio Silveira de Moraes (testemunha ministerial), declarou, em Juízo, não ter participado do pregão apontado na Denúncia; ORLANDO buscou resolver o problema técnico do CTMSP, cumprindo ordem superior; os réus agiram em erro de fato, pois não tinham conhecimento da ilicitude de suas condutas; houve apenas a inobservância de preceitos normativos, incapazes de causar prejuízo à Administração Militar; inexistem provas de os réus terem agido em concurso; inexistiam impedimentos de parentes de funcionários concorrerem em processos licitatórios no CTMSP; os depósitos, realizados nas contas dos réus, não demonstram atos de gerência ou de vantagem ilícita, mas sim o desconhecimento da ilicitude; as condutas dos réus são atípicas; as testemunhas (ministeriais e defensivas), em Juízo, trouxeram argumentos para inocentar os réus; e pugnou pela absolvição, com fundamento no art. 439, alínea "a", do CPPM (Evento 1 – ALEGAÇÕES 24 - fls. 3/20; ALEGAÇÕES 25 - fls. 1/18; ALEGAÇÕES 26 - fls. 1/18).

A Defesa impetrou o Habeas Corpus nº 186-40.2017.7.00.0000/SP, em 25.8.2017, distribuído a este Relator, requerendo, liminarmente, a suspensão do julgamento da Ação Penal Militar (APM) nº 23-25.2016.7.02.0102/SP, o qual estava marcado para 28.8.2017. No mérito, pleiteou a confirmação da medida liminar e o trancamento da referida APM. Em 25.8.2017, indeferi o pleito liminar, diante da ausência do preenchimento simultâneo dos seus requisitos ensejadores. O Tribunal, em 5.10.2017, por **unanimidade**, denegou a ordem, pleiteada pelos réus, por falta de amparo legal. (Evento 1 – VOLUME 27 - fls. 31/37; VOLUME 28 - fl. 1).

O CPJMar, por **unanimidade**, rejeitou a preliminar, suscitada pela Defesa, de incompetência da JMU para o julgamento de civis. No mérito, também por **unanimidade**, condenou os réus à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos no art. 251, *caput*, na forma do art. 53, ambos do CPM, concedendo-lhes o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelarem em liberdade (Evento 1 – SENT 29 - fls. 1/10).

A Sentença foi lida e publicada em 5.9.2017, sendo o MPM e a Defesa dela intimados (Evento 1 – SENT 29 - fl. 11).

O MPM interpôs Recurso de Apelação em 12.9.2017 (Evento 1 – VOLUME 30 - fl. 7). Em suas Razões Recursais, sustentou que as penas-bases, ao serem fixadas no mínimo, limitaram-se a analisar a elementar relacionada à primariedade dos réus; o art. 69 do CPM é mais complexo, devendo ser aplicado em sua totalidade; quanto à gravidade do crime, os réus ORLANDO, PAULO e SÉRGIO aproveitaram-se de suas funções para fraudar o processo licitatório e lesar o erário; a extensão do dano, causado pela conduta dos réus, foi bastante significativa à Administração Militar; a conduta de ORLANDO, juntamente com a de PAULO, na execução da trama criminosa, não tiveram a intensidade do dolo sopesada em relação aos réus DANIELE e SÉRGIO; e pleiteou o aumento das penas impostas aos réus (Evento 1 – RAZAPELA 35 - fls. 1/6).

A Defesa do réu SÉRGIO, em Contrarrazões ao Recurso do MPM, afirmou que o Apelo ministerial é dirigido aos demais corréus, pois as suas condutas foram mais graves; inexistia qualquer impedimento para a assinatura das Anotações de Responsabilidade Técnica, referentes aos contratos firmados com a Empresa DAN; a conduta de SÉRGIO é escusável, pois não causou dano à Administração Militar; o intuito era o de prestar um favor ao seu amigo ORLANDO; a sua personalidade e conduta social são ilibadas; não recebeu qualquer vantagem ilícita por ter sido designado como responsável técnico das obras; a manutenção da pena, no mínimo legal, está correta; e requereu o não provimento do apelo ministerial (Evento 1 – CONTRAZ 41 - fls. 1/18).

A Defesa dos réus DANIELE, ORLANDO e PAULO, em Contrarrazões ao Recurso do MPM, asseverou que a Administração Pública determinou a realização dos serviços imediatamente; os réus agiram sob ordem de superior do CTMSP; a Empresa DAN foi constituída para aumentar a renda familiar de PAULO e de DANIELE, jamais para lesar o erário; ORLANDO agiu conforme as suas atribuições, as quais não lhe permitiam firmar contratos administrativos; inexistiu dano ao erário, pois as perícias não consideraram materiais e serviços prestados além dos regulados nos contratos; os serviços foram executados pelo menor preço, afastando-se a suposta gravidade do crime; as condutas dos réus não foram dolosas; os meios empregados, na execução dos contratos, foram lícitos; os motivos determinantes da contratação concernem à chefia do CTMSP; inexistiu fraude na contratação da Empresa DAN; e postulou pelo não provimento da Apelação (Evento 1 – CONTRAZ 43 - fls. 1/6).

A Defesa do réu SÉRGIO interpôs Recurso de Apelação em 18.9.2017 (Evento 1 – VOLUME 30 - fl. 15). Em suas Razões Recursais, aduziu que inexistem provas no tocante à conduta de SÉRGIO; o réu foi incluído nesta APM, equivocadamente, apenas por ter assinado os contratos com a Empresa DAN; desconheceu qualquer combinação anterior entre os corréus e a Administração Militar; ORLANDO recebeu ordem para providenciar a troca imediata dos postes no CTMSP; a Empresa DAN foi declarada vencedora, mas

faltava um engenheiro para expedir as Anotações de Responsabilidade Técnica, as quais foram assinadas apenas para prestar um favor ao seu amigo ORLANDO; o réu não era responsável pela fiscalização do contrato administrativo; a Empresa DAN contratou o réu como engenheiro, em apenas dois contratos, incumbindo-o de tarefas técnicas relativas à obra, sem qualquer relação com a aquisição e entrega de materiais; os contratos de prestação de serviço podiam ser fiscalizados por meio de relatórios fotográficos, afastando a necessidade da presença física do engenheiro nos locais das obras; não houve pagamento pela prestação desses serviços, os quais foram realizados pela amizade com ORLANDO; a sua conduta não teve dolo, tampouco causou prejuízo à Administração Militar; inexistia qualquer impedimento para a assinatura das Anotações de Responsabilidade Técnica, referentes aos contratos firmados com a Empresa DAN; a teoria do domínio do fato não pode ser aplicada contra SÉRGIO, pois inexistem provas de sua participação no pregão eletrônico, quando ocorreu a contratação da Empresa DAN pelo CTMSP; o suposto depósito (R$ 6.000,00 – seis mil reais), realizado na conta-corrente de SÉRGIO pela Empresa DAN, tratou-se de devolução de empréstimo; SÉRGIO continua trabalhando no CTMSP, mas ORLANDO e PAULO foram demitidos, confirmando não ter concorrido para a infração penal; e solicitou a absolvição do réu com base no art. 439, alíneas "a", "c" e "e", do CPPM, respectivamente (Evento 1 – RAZAPELA 39 - fls. 1/24).

O MPM, em Contrarrazões ao Apelo do réu SÉRGIO, expôs que o apelante/apelado tinha ciência de toda a trama criminosa, orquestrada pelo corréu ORLANDO, aderindo-a; as testemunhas, ouvidas em Juízo, confirmaram os fatos narrados na Denúncia; no tocante aos serviços prestados pela Empresa DAN, os Laudos Periciais atestaram as irregularidades; o prejuízo à Administração Militar foi de R$ 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos); o réu recebeu valores, em sua conta-corrente pessoal, oriundos da Empresa DAN; inexistem causas de justificação capazes de afastar a antijuridicidade ou a culpabilidade do agente; e pediu o não provimento do Apelo defensivo (Evento 14).

A Defesa dos réus DANIELE, ORLANDO e PAULO interpôs Recurso de Apelação em 18.9.2017 (Evento 1 – VOLUME 30 - fls. 16/23). Em suas Razões Recursais, suscitou, preliminarmente, a incompetência da JMU para processar e julgar civis e a nulidade do feito, em razão de cerceamento de defesa, pelo indeferimento de nova perícia na instrução processual. No mérito, alegou que DANIELE constituiu a Empresa DAN com o objetivo de melhorar a renda de sua família, mantendo sempre o mesmo objeto social; a Empresa DAN foi contratada pelo CTMSP, por meio pregão eletrônico, tendo sido a única participante do certame, referente à colocação dos postes; o proprietário da Empresa MASM-COM, Sr. Maurílio Silveira de Moraes (testemunha ministerial), declarou, em Juízo, não ter participado do pregão apontado na Denúncia;

inexistiam impedimentos de parentes de funcionários concorrerem em processos licitatórios no CTMSP; a contratação de SÉRGIO, como responsável técnico da Empresa DAN, foi legal; o CTMSP tinha urgência em modernizar o seu sistema de dados e de telefonia, tendo realizado o Pregão nº 173/2011, mas foi cancelado por falta de empresas interessadas; ORLANDO cumpriu ordens emanadas para resolver o problema no CTMSP, quando convidou outras empresas a participarem do certame; PAULO teve autorização do C Alte Luciano Pagano para participar em processos licitatórios no CTMSP; SÉRGIO assinou os contratos com a Empresa DAN, no intuito de prestar um favor ao seu amigo ORLANDO, acompanhando a evolução da obra por meio de relatórios fotográficos; inexistiu conluio entre os réus, os propósitos eram distintos, estando ausente o liame subjetivo capaz de formar o concurso de agentes; ORLANDO foi designado fiscal dos contratos por meio de portaria, emitida pelo Diretor do CTMSP; os Laudos Periciais são nulos, pois foram confeccionados muito tempo após o término das obras; as Perícias realizadas não permitiram o contraditório; a quebra de sigilo bancário dos réus não demonstrou irregularidades, tampouco os supostos benefícios auferidos; as condutas dos réus não se amoldaram ao crime de estelionato; os serviços foram todos muito bem executados; alfim, pugnou pela absolvição, com fundamento no art. 439, alíneas "a" e "e", do CPPM (Evento 1 – RAZAPELA 31 - fls. 1/21; RAZAPELA 32 - fls. 1/17; RAZAPELA 33 - fls. 1/7).

O MPM, em Contrarrazões ao Recurso dos réus DANIELE, ORLANDO e PAULO, aludiu que as preliminares de incompetência da JMU para julgar civis e de nulidade do feito, em razão de cerceamento de defesa, devem ser rejeitadas; as provas foram corretamente analisadas, atestando a conduta ilícita dos réus; ORLANDO era o líder do esquema criminoso perpetrado para desviar recursos da Marinha; as testemunhas, em Juízo, confirmaram os fatos narrados na Denúncia; no tocante aos serviços prestados pela Empresa DAN, os Laudos Periciais atestaram as suas irregularidades; o prejuízo à Administração Militar foi de R$ 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos); os réus receberam vantagens ilícitas; inexistem causas de justificação capazes de afastar a ilicitude ou a culpabilidade dos réus; as condutas amoldaram-se ao crime de estelionato; e defendeu o não provimento do Apelo defensivo (Evento 1 – CONTRAZ 36 - fls. 3/10).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), mediante o Parecer da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, argumentou, quanto aos Recursos das Defesas, que as preliminares de incompetência da JMU, para processar e julgar civis, e de nulidade do feito, em razão de cerceamento de defesa, pelo indeferimento de nova perícia, suscitadas no Apelo de DANIELE, ORLANDO e PAULO, devem ser rejeitadas; DANIELE não tinha qualquer experiência para a prestação dos contratos licitatórios com a Administração Militar; ORLANDO foi o mentor intelectual do crime; a sua designação, como fiscal dos contratos, permitiu a consumação do

crime; SÉRGIO confessou a simulação de sua participação, quando assinou os contratos com a Empresa DAN; PAULO indicou a Empresa DAN para ser subcontratada por outra empresa e prestar serviços no CTMSP; e a Empresa DAN mudou o seu objeto social após a orientação de ORLANDO. No tocante ao Recurso do MPM, asseverou que a primariedade dos réus não confere direito adquirido à pena mínima, devendo serem analisados os demais requisitos do art. 69 do CPM para elevar a pena-base. Alfim, opinou pelo provimento apenas do Recurso ministerial (Evento 9).

Em 19.3.2018, após verificar que o MPM não teve vista dos autos para contra-arrazoar ao Apelo do réu SÉRGIO, determinei o saneamento da referida falha (Evento 11).

A PGJM teve ciência das Contrarrazões ministeriais ao Apelo do réu SÉRGIO, e reafirmou os argumentos trazidos em seu Parecer, no sentido de ser provido apenas o Recurso do MPM (Evento 16).

A Ministra-Revisora teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Os presentes Recursos satisfazem os requisitos de admissibilidade. Logo merecem ser conhecidos. Inicialmente, analisam-se as preliminares suscitadas pela Defesa em suas Razões Recursais.

1ª PRELIMINAR
INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA PROCESSAR E JULGAR CIVIS

A Defesa da ré DANIELE NUNES GONZALES CHRIGUER suscitou a incompetência da JMU para processá-la e julgá-la, em virtude de sua qualidade de civil.

Não assiste razão à Defesa.

Cumpre, inicialmente, ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 124, de forma inequívoca, fixa a competência da Justiça Militar da União*, in verbis*:

> Art. 124. 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.

Pode-se depreender, portanto, que não há qualquer restrição no que diz respeito ao alcance da Norma Maior, ou seja, se abarcaria tão somente os militares, excluindo os civis. A explicação é nítida, o legislador constitucional teve a cautela de utilizar o critério *rationi legis*.

Em consonância com o preceito constitucional, o Diploma Penal Castrense estabelece a seguinte caracterização do crime militar, em tempo de paz, aplicável quando se tratar de agente civil, de militar da reserva ou reformado:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...)
>
> III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
>
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar.

A Defesa invoca um julgado do STF (HC nº 106.171/AM) para sustentar a sua tese de que a sujeição de civil à Jurisdição Castrense malfere o Princípio do Juiz Natural.

Data venia, manifestamente questionável aquele julgamento, sobretudo na compreensão dos dispositivos definidores do crime militar, estabelecendo espécie de caráter anômalo à questão de submeter civis à Jurisdição Castrense. O fundamento empregado decorria do entendimento de que a atividade de policiamento ostensivo não se constituía em função de natureza militar. Daí irradiou a compreensão, delimitada àquelas circunstâncias, da ilegitimidade do julgamento do réu (civil) perante a JMU.

No entanto, o citado desfecho limitava-se às situações estritamente definidas naquela hipótese. Especificamente, reportava-se ao crime de falsificação/uso de documento falso, perpetrado por civil, envolvendo habilitação náutica [especificamente a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), também conhecida como Arrais Amador], cuja emissão encontra-se a cargo da Marinha, muito embora seja considerada licença de natureza civil. A averiguação da ocorrência ilícita, naquelas circunstâncias, corriqueiramente dava-se a partir de serviço de fiscalização realizado por militares da Marinha do Brasil, no desempenho de atribuição denominada de subsidiária, de patrulhamento naval.

No citado julgado do STF, está estruturada a inferência de que as ocorrências em que a conduta do civil afete a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, entre outros valores que, em essência, constituem os bens jurídicos tutelados nesta JMU, conclama-se a sua jurisdição especializada.

Nesse sentido, a Ementa do HC nº 106.171/AM[90] estampa a seguinte orientação:

> EMENTA: HABEAS CORPUS - CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO - FALSIFICAÇÃO/USO DE CADERNETA DE INSCRIÇÃO E

[90] STF. HC nº 106.171/AM. Relator Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julg.: 1º.3.2011. Public.: DJe de 14.4.2011.

> REGISTRO (CIR), EMITIDA PELA MARINHA DO BRASIL - LICENÇA DE NATUREZA CIVIL - CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ - OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL.
>
> - A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, "ratione personae". É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar).
>
> - O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, "tout court" [só isto, pura e simplesmente]. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz. (...).

À evidência, o precedente manejado pela Defesa em nada se identifica com o caso em análise, haja vista que, neste feito, restou atingido o patrimônio sob a Administração Militar. Restou caracterizado considerável prejuízo causado ao erário. Especificamente, a imputação decorre de vantagem ilícita obtida pelos acusados, os quais, utilizando-se de artifícios, mantiveram em erro a Organização Militar da Marinha, causando desfalque no montante dos recursos financeiros disponibilizados.

É indiscutível que a conduta se amolda aos critérios definidores do crime militar, consoante prescreve o art. 9º, inciso III, do CPM. Ademais, configura-se a sua perfeita subsunção ao delito de estelionato (art. 251 do CPM).

Portanto, a singela circunstância de a ré ser civil é insuficiente para afastar a competência da Justiça Castrense para o processo e o julgamento do feito.

Ante o exposto, rejeito a preliminar, suscitada pela Defesa, de incompetência da JMU para processar e julgar civis.

2ª PRELIMINAR
CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DO INDEFERIMENTO DE NOVA PROVA PERICIAL

A Defesa dos réus DANIELE, PAULO E ORLANDO sustenta que houve o cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da produção de nova prova pericial.

De igual forma, não assiste razão à Defesa.

Por ocasião da instauração da Sindicância no Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo (CTMSP), em face de suposta contratação irregular da empresa da ré DANIELE e o envolvimento de funcionários da AMAZUL – Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S/A (restando evidenciada a responsabilidade de: Paulo, Orlando e Sérgio), foi realizada uma perícia para se verificar eventuais irregularidades na contratação da referida empresa e apurar possíveis danos ao Erário, em razão da entrega de material em qualidade inferior ao contratado ou pela sua falta.

Verifica-se que a Defesa, durante a instrução criminal, protestou pela realização de prova pericial, a qual foi denegada. (Processo relacionado: APM nº 23-25.2016.7.02.0102, Evento 1, Doc. 19, fls. 398/401).

A Defesa alega que a perícia, realizada na fase Inquisitiva, estaria viciada, pois teria sido conduzida por funcionários do CTMSP, os quais, segundo alega, não observaram a isenção esperada.

Tal assertiva carece de sustentação e de base processual, mormente porque o interesse seria, prioritariamente, contestar os referidos laudos. Essa medida, *a priori*, não estaria vinculada à realização de outra perícia. Logicamente, tal desiderato poderia ser instrumentalizado nas oportunidades conferidas à Defesa para se desincumbir de seu mister.

Ademais, a oitiva dos peritos teria o condão de instrumentalizar os possíveis esclarecimentos pretendidos. Todavia, tal estratégia sequer foi adotada pela Defesa.

Sobre a qualificação dos peritos, o Diploma Processual Castrense assevera que "(...) serão nomeados de preferência dentre oficiais da ativa, atendidas as suas especializações". Conforme o Laudo acostado aos autos, os peritos preenchiam os requisitos do referido diploma: eram Oficiais da ativa da Marinha do Brasil, bem como detinham habilitação para proceder ao referido exame, pois pertenciam ao Quadro de Engenheiros Navais, e estavam acompanhados por funcionário da área de segurança da informação do CTMSP.

Assim, não há que se falar em ausência de capacitação dos *experts*.

No que tange à oportunidade de manifestação da Defesa quanto ao Laudo sob exame, os argumentos trazidos orbitam na generalidade, decerto por ausência de tese mais concreta. A uma, porque, quando da manifestação por parte da Defesa, não foram externados os pontos de discordância com a Perícia; a duas, porque o magistrado pode nomear novos peritos, desde que julgue conveniente, o que não foi o caso. Por isso,

o refazimento daquela prova foi denegado em Decisão proferida com argumentos deveras robustos.

Sobre o tópico, extrai-se da r. Decisão a seguinte fundamentação, a qual não merece qualquer reparo (Processo relacionado: APM nº 23-25.2016. 7.02.0102, Evento 1, Doc. 20, fls. 407/408):

> 1. *Data venia*, sem razão a defesa dos réus.
>
> 2. A denúncia outrora oferecida pelo Ministério Público Militar (MPM), imputa aos acusados a prática de estelionato, para tanto narrando em várias passagens a forma com a qual o referido delito teria se configurado.
>
> 3. Neste ponto, há que se dizer, que o crime de estelionato se consuma com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio.
>
> 4. Por óbvio que, não é o momento, agora, de se adentrar no mérito da demanda. Entretanto, não há como aceitar a afirmação da defesa, qual seja, de que os réus estão sendo cerceados no seu direito de defesa.
>
> 5. Ora, como dito, a denúncia narra a conduta, a vantagem ilícita e o nexo causal em mais de uma oportunidade, para ao final encerrar exatamente neste mesmo sentido, quando então expressamente dispõe que os acusados "(...) obtiveram, em favor da empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME, a vantagem ilícita no montante de R$ 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos), em materiais que ou deixaram de ser fornecidos ou o foram em quantidade e qualidade inferiores ao licitado e efetivamente pago, em prejuízo da União, induzindo a Administração em erro, que, diante da falsa certificação da entrega de todos os itens licitados, conforme acima narrado, efetuou os pagamentos ajustados" (fls. 05). Para tanto, valeu-se o MPM, dos laudos de fls. 745-750 e fls. 751- 760.
>
> 6. Diga-se, aliás, que em casos que envolvem eventual delito de estelionato, o prejuízo deve ser verificado ao tempo da consumação do delito. Até porque, trata-se, o estelionato, de um crime instantâneo.
>
> 7. Daí a perícia ter sido elaborada ainda na fase extrajudicial, que como é sabido, não permite o contraditório.
>
> 8. Claro que, eventual ressarcimento, consoante tem entendido a doutrina, "(...) é dado aleatório e posterior que não pode retroagir para operar uma desclassificação no tipo penal já perfeito quando da consumação. A não ser assim, um prejuízo de milhares de reais, havendo reparação, permitiria o privilégio, estimulando-se a criminosidade" (Damásio Evangelista de Jesus, *in* "Código Penal Anotado", 218 edição, 2012, p. 761).
>
> 9. Neste raciocínio, é estranho a defesa falar em qualquer espécie de cerceamento de defesa e protestar por prova pericial. Primeiro porque, teve tempo para arrolar e até mesmo desistir de testemunhas. Segundo porque, os laudos que foram mencionados na denúncia, o foram elaborados na fase inquisitiva, devido ao fato, conforme já dito,

> de que o prejuízo deve ser verificado ao tempo da consumação do delito.
>
> 10. Em casos dessa natureza, que envolvem, em tese, o delito de estelionato, o mais importante é a verificação da existência da conduta imputada, a eventual existência de vantagem ilícita em prejuízo alheio e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo. Mesmo porque, citando novamente Damásio, como é sabido, "(...) a condenação penal irrecorrível faz coisa julgada no cível para efeito da reparação do dano, não se podendo mais discutir a respeito do *'an debeatur'*, mas somente sobre o *'quantum debeatur'*. Significa que o causador do dano não poderá mais discutir no juízo cível se praticou o fato ou não, se houve relação de causalidade entre a conduta e o resultado ou não, se agiu ilicitamente ou não, se agiu culposamente ou não (...)" (*in* "Código de Processo Penal Anotado", 253 edição, 2012, p. 110).
>
> 11. Portanto, desnecessária, ao meu ver, a realização de nova prova pericial ou até mesmo de se proceder a oitiva dos peritos que realizaram os laudos descritos na inicial.
>
> 12. Isto posto, INDEFIRO, o pleito de fls. 398-401.

Segundo ficou esboçado na Decisão, evidentemente, a pretendida realização da assinalada prova técnica teria o condão de retardar a tramitação processual.

Contudo, o pedido para a realização de prova técnica foi reapresentado (Processo relacionado: APM nº 23-25.2016.7.02.0102, Evento 1, Doc. 22, fls. 438/441). Entretanto, entendeu-se que não foi constituída qualquer justificativa, de caráter substancial, para a consecução de eventuais perícias naquela ocasião (perícia relativa aos serviços e e-mail constante dos autos). Consta da Decisão que sequer foram apontadas, objetivamente, questões que necessitariam de esclarecimentos adicionais acerca do objeto dos laudos. (Processo relacionado: APM nº 23-25.2016.7.02.0102, Evento 1, Doc. 74, fl. 745 a Doc. 75, fl. 760). Assim, entende-se inexistir argumento suficiente para alavancar as perícias, e demais medidas reputadas como esclarecedoras, requeridas pela Defesa naquela oportunidade. Por isso, nova Decisão indeferitória foi proferida (Processo relacionado: APM nº 23-25.2016.7.02.0102, Evento 1, Doc. 22, fl. 448).

Dentro do contexto observado, o desatendimento do pleito defensivo de produção de prova técnica na fase instrutória não configurou o sugestivo cerceamento de defesa.

É presumível que os elementos de prova, integrantes da perícia realizada na fase investigativa, não foram explorados com a devida eficiência no sentido de atender aos interesses defensivos. Ao revés, diante do Princípio da Verdade Real, constituiu prova que reforça a pretensão acusatória. Por isso,

a tentativa de sua desconstituição remontava, tão somente, à estratégia defensiva no sentido de fragilizar a materialidade do ilícito.

Por outro lado, deve ser lembrado que o art. 326 do CPPM estabelece norma de observância inquestionável, a qual preconiza que o Magistrado não está adstrito ao conteúdo do laudo pericial. Por isso, a formação de seu convencimento é fruto do exame do contexto probatório, o qual deve ser aquilatado como conjunto harmônico, além de robusto. Assim, a rigor, a influência da prova pericial, isoladamente, não tem o condão de formatar o juízo condenatório, tampouco o absolutório.

Para além, eventuais nulidades relativas à instrução criminal devem ser arguidas no prazo para a apresentação das alegações escritas (art. 504, alínea "a", do CPPM). Dessa forma, embora a Defesa tenha, em Alegações Escritas, demonstrado seu descontentamento com o indeferimento das aludidas novas perícias e/ou esclarecimentos adicionais, deixou de apresentar, oportunamente, qualquer pleito nulificante.

Diante do exposto, rejeito a preliminar, suscitada pela Defesa, de cerceamento de defesa em face de indeferimento de nova prova pericial, outrora requerida na fase de instrução criminal.

MÉRITO

Ultrapassadas as questões preliminares, passa-se à análise do mérito.

1. Breve resumo

Como visto, a Defesa insurge-se contra a Sentença do CPJMar da 1ª Auditoria da 2ª CJM que, por unanimidade, condenou os réus, *de per si*, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos no art. 251, *caput*, do CPM, concedendo-lhes o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelarem em liberdade. (SENT1 - fls. 1/9).

Noutra banda, o MPM interpôs Apelação pleiteando o aumento da pena.

Os réus PAULO, ORLANDO e SÉRGIO eram funcionários da Empresa AMAZUL, vinculada à Marinha do Brasil, enquanto a ré DANIELE era a proprietária da Empresa DAN.

Ocorre que a empresa DAN foi contratada pelo CTMSP para executar o serviço de colocação de 40 (quarenta) postes de telefonia e modernizar o sistema de dados e de telefonia do CTMSP. Porém, os réus, por meio da empresa DAN, causaram dano ao Erário, mantendo a Administração Militar em erro e obtendo a vantagem ilícita no montante de R$ 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos), consoante a Perícia acostada aos autos.

Foram ouvidas várias testemunhas, tanto na fase da Sindicância, quanto no IPM, bem como em Juízo. Em suma, ficou evidenciada a culpabilidade dos quatro corréus, mormente no tocante à prática do crime de estelionato. Por isso, restaram condenados.

2. Da caracterização da autoria

Em síntese, os advogados que promovem a Defesa dos acusados aduzem, em suas Razões Recursais, que não houve, por parte dos defendidos, a vontade livre e consciente de praticar qualquer conduta delituosa. Destarte, faz-se mister trazer à baila o tipo penal no qual os réus foram condenados:

> Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de dois a sete anos.

Sob o enfoque da tipificação penal em tela, depreende-se que a obtenção da vantagem ilícita pode ser em benefício próprio ou de terceiro. Noutras palavras, aquele que comete o crime de estelionato não necessariamente assume, na consumação delitiva, a condição de auferir a vantagem ilícita. Satisfaz o núcleo típico a circunstância de outrem ser o beneficiário daquela vantagem.

Eficaz definição de autor do delito é visualizada no magistério de Damásio de Jesus, quando diz "(...) é o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva (...) praticando o núcleo do tipo.".

Ainda, o renomado jurista, ao trazer o conceito extensivo de autor do crime, introduz importantes complementos doutrinários, pelos quais afirma que a autoria não está adstrita àquele que realiza o núcleo do tipo penal, mas também quem, de qualquer maneira, contribui para a produção do resultado. No caso em concreto, temos 4 (quatro) réus e, portanto, estar-se-ia diante de uma reunião de autorias ou de coautorias. Nesse sentido, o citado doutrinador ensina:

> Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades. Há divisão de tarefas, maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum.

Perceptível a presença, no caso em exame, dos critérios definidores da coautoria delitiva. Assim, cada coautor possuía o domínio funcional do fato

criminoso e, caso algum dos agentes não cumprisse a sua tarefa, o delito não se consumaria. Caso contrário, haveria mera participação[91].

Por se tratarem de 3 (três) Recursos de Apelação e de 4 (quatro) réus, tratarei de abordar os apelos, separadamente, sobretudo no tocante à individualização da conduta dos agentes.

3. Quanto ao réu Sérgio

A Defesa de SÉRGIO requer, em suma, a sua absolvição calcada na ausência de dolo. Mas, por outro lado, o recorrente afirma ter formalizado contrato de trabalho com a empresa DAN a pedido de seu amigo ORLANDO, afirmando nada ter recebido a título de contraprestação, como técnico da aludida firma. Ainda, sustenta a inocorrência de prejuízo à Administração Militar.

A pretensão absolutória é incompatível com o conjunto probatório alcançado. Por isso, não deve prosperar.

O apelante/apelado é engenheiro civil e funcionário da AMAZUL, empresa vinculada ao CTMSP. Conforme consta nos autos, o réu foi contratado pela corré DANIELE para ser o responsável técnico pelas obras a serem executadas pela empresa DAN, a qual foi vencedora do certame.

A Defesa de SÉRGIO alega a ausência de provas de sua participação no evento criminoso. Ora, com a devida vênia, o próprio réu e a sua Defesa produziram as provas necessárias para a expedição do Decreto Condenatório, o qual deve ser mantido. Então vejamos.

Em sede de Sindicância, o apelante/apelado, na condição de sindicado, assim declarou:

> (...) que exerce uma função no CTMSP; que assinou os contratos de trabalho com a empresa DANIELE NUNES GONZALES SOROCABA ME; que foi procurado pelo réu ORLANDO para assinar os contratos e que seria para a empresa DANIELE participar de uma licitação; que possui vínculo de amizade com ORLANDO; que não conhecia DANIELE pessoalmente. (...).

Em sede de IPM, assim declarou:

> (...) que nunca trabalhou para a referida empresa; que não sabia do vínculo conjugal entre os réus PAULO E DANIELE apenas no primeiro contrato de 2011; que informou a ORLANDO que não possuía capacidade técnica para assinar a responsabilidade técnica no contrato de rede de dados e que a empresa poderia ser excluída de licitação; que prestaria serviços para a empresa DANIELE às terças e

[91] JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

> quintas, das 07:00 às 09:00; que não recebeu qualquer valor pelo contrato. (...).

Alfim, em Juízo, SÉRGIO declarou:

> (...) que foi contratado por Daniele por intermédio de Orlando; que era muito amigo de Orlando; que não dispunha de tempo para cumprir a referida função de responsável técnico da empresa DAN; que o local da obra era muito distante de seu local de trabalho, o que tornava inviável o acompanhamento da obra; que sabe da importância da ART (Anotação de Responsabilidade Técnica); que está respondendo junto ao CREA, em face de uma denúncia da empresa AMAZUL. (...).

A Defesa, em suas Razões, argumenta que o apelante "não tinha ciência se podia assinar tal documento". Conforme aduz, o citado réu tem quase 30 (trinta) anos de experiência profissional no CTMSP. Como poderia alegar desconhecimento acerca da verificada irregularidade quanto àquela contratação?

Ao menos duas situações fizeram com que SÉRGIO contribuísse para a consecução do intento criminoso. Celebrou dois contratos com a corré DANIELE, a fim de preencher um requisito exigido na licitação, qual seja, a necessidade de responsabilidade técnica pelos contratos. Ora, o apelante é funcionário do órgão contratante e, mesmo assim, decidiu trabalhar para a contratada, a pedido de ORLANDO e em nome de longa amizade que nutriam. Apesar de o apelante SÉRGIO, conforme sustenta, haver questionado o amigo a respeito da lisura do procedimento (ser contratado pela empresa DAN e assinar ARTs), levou a cabo tal desiderato.

É notório que havia o impedimento de contratar com empresa da corré DANIELE e, conforme já dito, 30 (trinta) anos de experiência profissional seriam suficientes para o engenheiro perceber que incorria em grave irregularidade. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 dispõe:

> Art. 9º Não poderá participar, **direta ou indiretamente**, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
>
> (...)
>
> III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Note-se que o assinalado impedimento, direto ou indireto, recai sobre os servidores do órgão contratante, o que se amolda perfeitamente à conduta de SÉRGIO. Percebe-se, portanto, um ato volitivo de fraudar os processos licitatórios.

Ademais, nos autos consta um documento assinado por SÉRGIO:

> A empresa requerente se obriga ao cumprimento no disposto nas Leis Federais nº 4950-A/66 (salário mínimo profissional). 5.194/66 (regulamenta o exercício das profissões da engenharia, arquitetura, agronomia, e relativas) e 6496/77 (ART) e nas Resoluções do CONFEA n. 0336/89 e 1025/09, bem como comunicar formalmente ao CREA-SP qualquer alteração de seu instrumento de constituição. de diretoria e de responsável(is) técnico(s). O(s) profissional(is) indicado(s) neste requerimento aceita(m) a responsabilidade técnica pela pessoa jurídica que juntamente com o representante legal da empresa, assinam o requerimento e declaram assumir o compromisso de cumprir as leis federais acima citadas na íntegra. estando ciente que constitui infração à Lei e ao Código de Ética Profissional (Resolução nº 1.002/2002 do CONFEA) o empréstimo de nome do(s) profissional(is) à empresa sem a sua real participação nos trabalhos Todos os signatários deste requerimento declaram a veracidade das informações nele contidas.

Observem que SÉRGIO descumpriu, de forma consciente, preceito que fere o Código de Ética Profissional, ensejando a sua culpabilidade.

Noutra banda, há outro forte indício que esmaece a tese esposada pela Defesa. Conforme já foi dito, o réu assinou 2 (dois) contratos de prestação de serviço com a Empresa DAN, nos valores de R$ 6.000,00 (seis mil reais) e R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Ao que os indícios indicam, aquele de 6.000,00 (seis mil reais) chegou a ser pago para o réu. Isso porque, conforme a Análise dos Dados Bancários, solicitado pelo MPM, a Empresa DAN depositou exatamente esse valor na conta de SÉRGIO.

Assim, a alegação defensiva da ausência de participação do apelante na empreitada criminosa torna-se fragilizada.

Vale reforçar que, ao analisar o tipo penal imputado (estelionato), percebe-se que incorre no crime em tela aquele que obtém vantagem para outrem, induzindo alguém em erro. O ato praticado pelo apelante subsome-se perfeitamente à descrição típica, pois SÉRGIO, ao assinar os contratos de prestação de serviços com DANIELE, manteve a Administração Militar em erro. Além de afirmar que nada recebera pelos serviços a serem prestados, vê-se que, de acordo com a previsão contratual, também iria trabalhar para a contratada das 7h às 9h da manhã, o que coincide com seu horário de expediente no CTMSP, conforme as folhas de ponto acostadas aos autos.

Posto isso, não pairam dúvidas quanto ao envolvimento do apelante SÉRGIO na empreitada criminosa ora em análise. Portanto, não há que se falar em quaisquer das hipóteses de absolvição constantes do art. 439 do CPPM,

pois as provas colacionadas aos autos são incontestes quanto ao envolvimento de Sérgio no ilícito em apreço.

Assim, ao analisar as ações de SÉRGIO, o arcabouço positivado conduz ao reconhecimento da proporcionalidade da pena aplicada pelo CPJMar.

4. Quanto à ré Daniele

A Defesa fomenta o reconhecimento da carência de provas acerca da ré DANIELE haver contribuído para o delito sob análise. Prosseguindo, quanto à descaracterização do ilícito, ressalta a inexistência de comprovação de eventuais benefícios financeiros supostamente auferidos pelos envolvidos em razão dos fatos. Ademais, pondera acerca da ausência de liame subjetivo entre os agentes, bem como aduz sobre a lisura do certame, mormente inexistindo impeditivo para que funcionários do CTMSP ou os seus parentes concorressem na licitação. Assim, pugna pela absolvição calcada nas alíneas "a" e "e" do art. 439 do CPPM.

A tese defensiva não deve prosperar.

Ficou comprovado que havia o vínculo conjugal entre a ré DANIELE e o réu PAULO (funcionário da AMAZUL). Inclusive, tal informação não foi tornada pública no âmbito do CTMSP, conforme se pode depreender das testemunhas e do interrogatório dos réus.

Ademais, DANIELE contratou SÉRGIO – sabidamente funcionário da AMAZUL – para assumir a responsabilidade técnica de suas obras perante o CTMSP, com o intuito de cumprir exigência do processo licitatório.

Assim, pelo fato de DANIELE ser proprietária da empresa DAN, pode-se afirmar que teria envolvimento com o fato delituoso. Nesse sentido, consta nos autos que a referida empresa foi constituída em 1º.6.2011, coincidentemente a mesma data em que ORLANDO solicitou o cancelamento da autorização de compra em favor de outra empresa, a MASM (empresa de Maurílio Silveira de Moraes – a qual não participou do pregão eletrônico referido na Denúncia, em razão de pendências fiscais alegadas por ORLANDO).

A prova pericial estampa o vínculo entre os réus (DANIELE, PAULO, SÉRGIO e ORLANDO) e a empresa DAN, notadamente no que tange aos depósitos bancários entre a referida empresa (administrada por DANIELE) e as pessoas indevidamente beneficiadas. Caracterizou-se o liame subjetivo que interligava todos os agentes, no sentido de dar solidez ao negócio jurídico firmado pela DAN com o CTMSP, conferindo-lhe aparente suporte jurídico exigível, o qual rendeu, como contrapartida, os pagamentos efetuados pela

consecução de obras. Todavia, alfim, para manter a regularidade da trama foram distribuídas vantagens financeiras para todos os corréus.

Assim, diante da comprovada situação de controladora da empresa DAN, restou demonstrada a culpabilidade de DANIELE.

À evidência, os repasses oriundos daquela firma, para os demais corréus, tiveram o condão de manter o vínculo entre os integrantes do conluio. Tal situação, sem dúvida, favoreceria a permanência no atendimento dos interesses da citada empresa perante o CTMSP, sobretudo para auferir os correspondentes pagamentos por serviços eventualmente realizados, ainda que inconclusivos.

Do quanto argumentado pela Defesa e pelo MPM, pode-se concluir que a sentença está proporcional à conduta perpetrada pela agente.

5. Quanto ao réu Paulo

Também no bojo dos argumentos alusivos à situação de DANIELE, é requerida a absolvição de PAULO, com fulcro nas alíneas "a" e "e" do art. 439 do CPPM.

Não assiste razão à pretensão defensiva.

Conforme restou demonstrado nos autos, PAULO é cônjuge da proprietária da empresa DAN. Em sede de IPM, esse apelante admitiu o seu vínculo com DANIELE e, ainda, que tal circunstância não era de conhecimento público. Disse na ocasião:

> Que tinha conhecimento de que uma das empresas que estava sendo cotados os valores era de sua esposa; que não participou sobre essa situação a ninguém, pois era o Empregado da AMAZUL ORLANDO APARECIDO CARDOSO que realizava as pesquisas e este já tinha conhecimento de que a propriedade da empresa (DAN) DANIELE NUNES GOZALES SOROCABA-ME era de sua **esposa e, por esse motivo não viu necessidade de avisar a mais ninguém.** (Grifo nosso).

Em Juízo, PAULO declarou:

> (...) que a empresa DAN foi constituída antes do pregão; que o Orlando o procurou para a empresa participar do pregão; que Daniele tinha conhecimento apenas do ramo de locação de veículos e que nunca esteve presente nas obras contratadas; que às vezes Orlando realizava o pagamento dos funcionários terceirizados contratados pela empresa DAN (...).

No que diz respeito ao objeto social da empresa DAN, PAULO afirmou que possuía uma empresa de locação de veículos e que ORLANDO sugerira que mudasse o contrato social da empresa para atender às necessidades de serviços. Nota-se, então, que PAULO tinha estreita e direta

participação na empresa em análise, pois afirmou que, em virtude da sugestão de ORLANDO, o interrogando alterou, substancialmente, a finalidade daquela firma.

Percebe-se, com nitidez, o envolvimento de PAULO na empreitada criminosa. Negou, categoricamente, que tivesse feito qualquer ateste nos serviços prestados pela empresa de sua esposa. Entretanto, as provas acostadas aos autos demonstram que PAULO mentiu, deliberadamente, em seu interrogatório, pois, em *e-mail* destinado ao Sr. Espindola, do Departamento de Materiais Nucleares do CTMSP, atestou o recebimento de equipamentos fornecidos pela empresa de sua esposa, nos seguintes termos:

> Boa Tarde Espindola
>
> O serviço da empresa DAN está concluído, inclusive já entregaram os equipamentos, depende agora só do setor de TI do CEA, para a troca do Rack.
>
> Não existe nenhuma pendência do fornecedor Daniele Nunes. Qualquer dúvida estou à disposição.

Notadamente, PAULO agia, com a devida camuflagem, para favorecer os interesses da DAN. Seu papel tinha grande importância, pois, ao monitorar a consecução dos serviços, saberia quando estimular as medidas de fomento dos pagamentos correspondentes.

Ademais, é nítido que PAULO mantinha gestão compartilhada da DAN com a sua esposa. Nos bastidores, interferia sensivelmente na sua administração e nos seus objetivos. Nesse propósito, com o desiderato de fazê-la mais lucrativa, vislumbrada a possibilidade de contratação com a CTMSP, promoveu a alteração de seu contrato social para contemplar a prestação de serviços de engenharia. Nesse contexto, em síntese, a DAN ocupava a centralidade de medida que alavancaria a obtenção de vantagem financeira na contratação com a CTMSP naquele contexto negocial.

Dentro desse cenário, resta precipuamente configurada a culpabilidade de PAULO no tocante ao evento criminoso, intermediando ações no Centro Tecnológico para beneficiar a empresa de sua esposa.

Ao considerar a semelhança das condutas de Paulo e de Daniele, também, à luz dos autos, infere-se a correta mensuração da pena exarada na Sentença Condenatória de 1º Grau.

6. Quanto ao réu Orlando

Com semelhantes argumentos, já expostos em relação a DANIELE, é requerida pela Defesa a absolvição de ORLANDO, com fulcro nas alíneas "a" e "e" do art. 439 do CPPM.

O pleito defensivo não comporta atendimento.

Nota-se que Orlando foi o grande articulador do esquema criminoso que envolveu funcionários da AMAZUL e a empresa DAN, de propriedade de DANIELE, também ré.

Orlando sugeriu a PAULO a mudança da razão social da empresa DAN, a fim de permitir a sua participação nos certames do CTMSP e, ainda, solicitou, ardilosamente, o cancelamento da contratação da empresa MASM, sob o argumento de problemas na geração de nota fiscal eletrônica, ainda que não fosse necessária a sua emissão, conforme informação do setor financeiro.

Ademais, convidou SÉRGIO (funcionário da AMAZUL) para exercer a função de Engenheiro Técnico Responsável pela empresa DAN.

E, para consolidar, foi fiscal dos dois contratos ora em análise, permitindo a consecução do intento criminoso, seja não fornecendo ou entregando materiais de qualidade inferior ao contratante. A Defesa aduz que a referida fiscalização foi realizada em consonância com Portaria de nomeação de seu responsável. Contudo, ORLANDO não desempenhou a sua função com diligência e probidade, pois facilitou as irregularidades na execução dos contratos em análise.

Assim, como restou comprovado nos autos, ORLANDO, nitidamente, tinha grande influência e liberdade de gerência sobre a empresa de DANIELE, fato que, por si só, deveria tê-lo motivado a declinar da incumbência de fiscalizar os contratos em questão.

Nesse contexto, ORLANDO, em síntese, assim declarou em juízo:

> (...) que quando os encarregados das obras tinham dúvidas sobre a execução do serviço, estes procuravam o réu; que várias vezes a empresa DAN depositava em sua conta bancária os valores a serem pagos aos funcionários terceirizados da empresa; que não dispõe de recibos dos referidos pagamentos (...).

Corroborando aquela dinâmica, DANIELE declarou em sede de IPM:

> (...) que fazia os orçamentos da Empresa com o auxílio do Empregado (...) ORLANDO (...), que lhe prestava auxílio técnico particular; que Orlando também fazia aquisição dos equipamentos e dos serviços para a Empresa, auxiliando na contratação de mão-de-obra terceirizada (...); que não dispunha de contratos com os terceiros e que o acerto financeiro era feito através de cheques da própria empresa por meio do Empregado ORLANDO (...).

Percebe-se, portanto, que Orlando foi o autor intelectual do esquema criminoso, pois coordenava e orientava os demais corréus para a consecução do intento delituoso.

Assim, é inconteste a culpabilidade de ORLANDO, em especial quanto ao seu intenso dolo na prática do crime em comento, por ter sido o idealizador da fraude.

7. Da Teoria do Domínio do Fato

Ainda repisando a questão da autoria delitiva, a Defesa questiona a utilização da Teoria do Domínio do Fato pelo Julgador de 1º Grau em sua r. Sentença. Nesse contexto, a Defesa argumentou restar ausente o liame subjetivo que uniria os corréus. Assim, sustenta a ausência de concurso de pessoas no evento criminoso em análise.

Melhor sorte não assiste à Defesa.

A referida teoria foi introduzida por Welzel, em 1939. Seu âmago reside na concepção de que o autor é aquele que tem o controle final dos fatos. O desenvolvimento da referida teoria expandiu-se através da obra de Roxin, em 1963.[92]

Consoante o magistério de Bitencourt[93], acerca da Teoria do Domínio do Fato, é ensinado que:

> Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. (...).
>
> Essa teoria tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando outrem como instrumento (autoria mediata); 3º) **é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global (domínio funcional do fato), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum**. (Grifo nosso).

Segundo a melhor doutrina, com clareza indubitável, e de acordo com as provas colacionadas aos autos, o concurso de agentes restou plenamente configurado no caso, pois a cada um dos réus cabia uma tarefa, sem as quais, caso não fossem cumpridas, o intento criminoso não seria eficaz. Em outras palavras, os réus não tinham simplesmente o conhecimento do fato delituoso. Na verdade, houve verdadeira divisão das tarefas executórias.

---

[92] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 568.
[93] *Idem*, p. 568/569.

Dessa forma, não pode prosperar a tese defensiva da ausência de concurso de agentes.

8. Da mudança do contrato social da empresa DAN

Narra a acusação que ORLANDO, funcionário da AMAZUL, havia sugerido a PAULO, marido de DANIELE, que mudasse o contrato social da empresa DAN, para que pudesse participar das licitações do CTMSP.

Por seu turno, a Defesa alega que não restou comprovado que a empresa tivesse alterado o seu objeto social para participar de certame licitatório em evidência.

As provas carreadas aos autos são fartas no sentido de demonstrar que a referida empresa, de fato, foi constituída, com o objeto atual, visando participar dos certames licitatórios promovidos pelo CTMSP.

Em sede de IPM, PAULO, marido de DANIELE, assim declarou:

> (...) em conversa durante o expediente comentou que possuía empresa de locação de veículos, no momento em que o Empregado (...) ORLANDO (...) sugeriu que alterasse o contrato social da empresa para poder atender a vários serviços que aquele funcionário estava sempre necessitando, motivo pelo qual o Interrogado alterou o objeto social da empresa perante aos órgãos competentes; perguntado quem administra a empresa DANIELE NUNES GOZALES SOROCABA-ME (DAN), respondeu que é a sua esposa, mas por ser esposa, está sempre junto a ela (...).

Em complemento, em sede de IPM, DANIELE assim declarou:

> (...) a partir de maio de 2011, desenvolveu atividades de gerenciamento da empresa de sua propriedade; que, inicialmente, era para locação de veículos (...); que posteriormente alterou o objeto social da empresa para obras, manutenção de cabos e telefonia; que a empresa só iniciou as atividades práticas com o contrato da Marinha (...).

Dessa forma, equivocou-se a Defesa ao afirmar em suas razões que o objeto social da empresa DAN nunca fora alterado, insinuando, ainda, que o julgador de 1º Grau incorreu em erro.

Cumpre ressaltar que a constituição da referida empresa, com o objeto social adequado às características exigidas pelos certames licitatórios do CTMSP, ocorreu em 1º.6.2011, consoante a Ficha Cadastral da Empresa na Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Nesse sentido, coincidentemente, ORLANDO, por intermédio de mensagem de *e-mail*, endereçado à Sra. Fátima, do Setor de Finanças do CTMSP, solicitou o cancelamento da Autorização de Compra (AC0715/0/21)

em 1º.6.2011, mesma data da constituição da empresa DAN. O argumento ardiloso foi o de que a empresa fornecedora beneficiada (MASM) não poderia emitir notas fiscais eletrônicas. Contudo, o próprio ORLANDO recebeu uma mensagem de *e-mail* do Setor de Compras, a qual veiculou uma orientação sobre a desnecessidade de emissão de nota fiscal eletrônica para a contratação de serviços.

Assim, estruturou-se a deliberada intenção de modificar a razão social da empresa DAN, de propriedade da ré DANIELE, com o incontroverso intuito de estar apta a participar das diversas licitações do CTMSP.

9. Do vínculo bancário entre os réus

Em 30.6.2017, o MPM juntou aos autos o Relatório de Análise de Dados Bancários produzido pelo Centro de Apoio à Investigação, o qual comprovou expressivo vínculo entre os réus, em face das várias transferências bancárias entre si. A referida requisição de juntada de provas aos autos deu ensejo à instauração de IPM, pois outros envolvidos surgiram no referido relatório, contudo eles não integram o bojo da presente APM, a qual se restringiu aos mencionados quatro corréus.

A tabela abaixo, extraída do relatório em comento, expressa, com clareza ímpar, o vínculo entre os réus:

Depositante		Beneficiário		Valor (R$)
Nome/razão social	CPF/CNPJ	Nome/razão social	CPF/CNPJ	
Orlando	067.187.248-66	Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME	13807.778/0001-59	R$ 13.733,00
Orlando	067.187.248-66	Sérgio	051.437.538-80	RS 5.556,00
Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME	13 807.778/0001-59	Orlando	067.187.248-66	R$ 210.793,76
Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME	13 807.778/0001-59	Paulo Daniele	071.959.628·90 361.126.838-06	R$ 208.950,00
Paulo Daniele	071.959.628·90 361.126.838-06	Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME	13 807.778/0001-59	R$ 28.965,00
Paulo Daniele	071.959.628·90 361.126.838-06	Orlando	067.187.248-66	R$ 8.267,00

O mesmo relatório aponta a empresa DANIELE NUNES GONZALES SOROCABA - ME como beneficiária do CTMSP do valor de R$ 752.628,20 (setecentos e cinquenta e dois mil e seiscentos e vinte oito reais e vinte centavos).

Diante das várias transferências e dos depósitos entre os réus, constata-se que a relação que os une ultrapassa os limites de meras transferências, em face dos altos valores envolvidos.

Assim, restou comprovado o vínculo financeiro que une os corréus e a empresa DAN, o qual reproduz a irrefutável vantagem auferida, *de per si*, caracterizadora da empreitada criminosa.

10. Do Laudo Pericial

A Defesa questiona o Laudo Pericial acostado aos autos, pois fora elaborado na fase da Sindicância no âmbito do CTMSP, instaurada para verificar a conduta dos funcionários da Empresa AMAZUL.

Cumpre destacar que, consoante abordado em tema preliminar, fora suscitado o cerceamento de defesa em razão do indeferimento, pelo Juízo "a quo", de realização de nova perícia. Vale ressaltar que tal temática restou rejeitada neste julgamento. Predominou a compreensão da desnecessidade de produção da aludida "nova prova técnica".

A Perícia foi realizada por profissionais habilitados e idôneos, não havendo que suscitar qualquer mácula à imparcialidade dos *experts*.

No que tange ao contrato nº 42000/2013-039/00 e ao seu Termo Aditivo, sob o nº 42000/2013-039/01, os quais versavam sobre a implantação e a modernização da rede de dados do CTMSP-CEA, foram encontradas várias irregularidades. Notadamente, no que diz respeito à metragem de cabo ótico efetivamente empregado, bem como em relação à diferença de custo do material utilizado no serviço, tendo por comparativo o preço praticado no mercado à época da contratação e aquele previsto em contrato.

Assim restou apurado no Laudo Pericial:

Local	Metragem especificada (m)	Metragem estimada inspecionada (m)	Custo especificado (R$)	Custo estimado (R$)	Diferença de custo (R$)
DGO	-	730	-	5.825,40	- 5.825,40
RH	1.080	1.130	5.940,00	3.458,00	2.482,00
DSG	1.045	70	5.747,50	121,80	5.625,70
Marcenaria	1.000	385	5.500,00	1.001,00	4.499,00
Enfermaria	1.498	1.350	8.239,00	3.510,00	4.729,00
Auditório	900	165	4.950,00	429,00	4.521,00
Labchoque	1.882	1.750	10.351,00	4.550,00	5.801,00
Decapagem	1.227	1.265	6.748,50	3.289,00	3.459,50
Ofmepre	1.650	1.530	9.075,00	3.978,00	5.097,00
B200	990	275	9.801,00	715,00	9.086,00
Total	10.282 (6FO) + 990 (24FO)	8.120 (6FO) + 730 (36FO)	66.352,00	26.877,20	39.474,80

Assim, concluíram os peritos:

A) Os materiais entregues e instalados não estão em sua totalidade de acordo com o especificado no Termo de Referência e Termo Aditivo do contrato 42000/2013-039, uma vez que, conforme previamente abordado neste laudo de perícia, existem divergências em:

• Instalação de um ponto intermediário concentrador da rede de dados por meio de um quadro Distribuidor Geral Óptico (DGO) por onde foi intermediada a conexão dos prédios AUDITÓRIO, MARCENARIA e B200, e conexão cascateada entre o prédio do RH e o prédio da DSG, alterando a topologia de rede prevista em contrato (ligação direta dos prédios objetos do contrato com o prédio concentrador da rede);

• Metragem de cabo óptico especificado e lançado para os prédios objetos do contrato apresentam uma divergência considerável, totalizando uma diferença de custo estimada em R$ 39.474,80;

• Switches especificados (2 x CISCO SW3750G-24WS-24 e 2 x CISCO SW3350G 48P) não foram encontrados em nenhum prédio objeto do contrato, totalizando o valor de contrato em R$ 78.600,00; e

• Emendas (fusões) especificadas nas tarefas básicas do Termo de Referência do Contrato diferem da quantidade de emendas encontradas nos prédios DSG, MARCENARIA, AUDITÓRIO, LABCHOQUE, DECAPAGEM e OFMEPRE. Em razão da dificuldade de visualização deste serviço no prédio OFMEQ não foi possível afirmar com precisão a quantidade total de emendas realizadas, contudo pode ser estimado que foram realizadas no mínimo 60 (sessenta) emendas. Assim, não podemos avaliar com precisão este item de material.

B) De maneira geral, apesar das divergências de materiais existentes nos prédios objetos do contrato, o desempenho funcional da rede de dados não é afetado. No entanto, com as divergências verificadas, a disponibilidade da rede pode ser eventualmente comprometida, uma vez que, em caso de rompimento de fibras em um cabo óptico, não haveria fibras sobressalentes para rápida substituição, a qual seria obtida caso o total de emendas especificadas tivessem sido realizadas. Cabe ressaltar também, que a ausência de identificação de cabeamento e rotas leva a constatar deficiência na fiscalização e acompanhamento da execução do contrato, o que prejudica na eficiente manutenção da rede de dados do CTMSPCEA;

C) Em relação ao orçamento de serviço do Termo Aditivo, todos os itens poderiam ser substituídos por itens constantes da licitação inicial, uma vez que atenderia ao quesito de funcionalidade da rede. Entretanto, observa-se que os itens do orçamento de serviço do Termo Aditivo foram voltados para um padrão de rede CAT6, enquanto que os materiais especificados na licitação inicial eram voltados para o padrão CAT5e, este desatualizado em relação ao primeiro.

Assim, o prejuízo ao Erário restou comprovado, em razão do contrato 42000/2013-039/00 e do seu Termo Aditivo, sob o nº 42000/2013-039/01, no montante de R$ 118.074,80 (cento e dezoito mil e setenta e quatro reais e oitenta centavos).

Quanto ao Contrato 42000/2013-039/00, que versava sobre a implantação de 40 (quarenta) postes de telefonia, a perícia encontrou também incompatibilidades quanto à quantidade, modelo e qualidade, especificando-as com os seguintes termos:

> 25 postes com características estruturais inferiores ao especificado, no Termo de Referência do Contrato 42000/2012-004/00;
>
> 16 postes apresentam-se fora dos padrões de estabilidade.
>
> O valor estimado pela utilização de postes com características diferentes da especificação gera a diferença monetária de R$ 2.147,00, de prejuízo à União;

	Valor unitário (R$)	
Empresa	Poste 8 m X 400 daN	Poste 9 m X 200 daN
Concrefer	512,75	432,75
FJetrosud	745,00	657,36
lcotema	560,00	470,00
Média	605,92	520,04
Quantidade (un)		25,0
Diferença		85,88
TOTAL DA DIFERENÇA (R$)		2. 147,00

Ademais, com a instalação dos referidos postes, diversos materiais se faziam necessários para a execução do serviço contratado, como a utilização de cabos de telefonia e outros itens que, conforme restou periciado, houve incompatibilidade no que tange às quantidades dos materiais empregados, resultando em um prejuízo ao Erário no montante de R$ 35.875,68 (trinta e cinco mil, oitocentos e setenta e cinco reais e sessenta e oito centavos). Assim, no referido contrato, houve prejuízo de R$ 38.022,68 (trinta e oito mil e vinte e dois reais e sessenta e oito centavos).

Portanto, o prejuízo total ao Erário atingiu o patamar de R$ 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil e noventa e sete reais e quarenta e oito centavos).

Em decorrência, restou plenamente demonstrada a materialidade delitiva.

11. Do Recurso Ministerial

O MPM, em suas Razões, pugna pelo aumento das penas dos 4 (quatro) corréus, em face da omissão na análise de todas as circunstâncias do art. 69 do CPM.

No tocante à fixação da pena, frise-se que a PGJM, quanto a ORLANDO, está perfeitamente alinhada com o entendimento deste Magistrado, pois, de fato, a conduta do apelante foi revestida de maior gravidade e, por isso, merece maior censura.

Dessa forma, o douto Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em seu Parecer, assim assevera:

> Orlando cooptou todos, desde Sérgio para que se passasse por engenheiro responsável técnico da empresa inexistente, e Paulo e Daniele para abertura de uma empresa, o afastamento de possíveis concorrentes. Atuou também para afastar a incapacidade técnica da referida empresa para realizar qualquer tipo de serviço de obras, tudo a demonstrar a efetiva divisão de tarefas executórias do delito.

Quanto aos réus, PAULO, DANIELE e SÉRGIO, a meu juízo, não assiste razão ao Órgão Acusador, pois as circunstâncias judiciais que nortearam as suas condutas confirmaram menor grau de culpa no evento criminoso. Na verdade, eles foram cooptados pelo réu ORLANDO e aceitaram participar da fraude.

Portanto, não vislumbro circunstâncias que ensejem o aumento de suas reprimendas aplicadas pelo Juízo *a quo*.

12. Da dosimetria da pena

Dessa forma, no tocante aos réus PAULO JOSÉ REGINATO CHRIGUER, DANIELE NUNES GONZALES CHRIGUER e SÉRGIO LUIS ENZ, mantenho a Sentença hostilizada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Contudo, no tocante ao réu ORLANDO APARECIDO CARDOSO, em face da maior intensidade dolosa na prática delituosa, passo a aplicar o **sistema trifásico** para o cálculo da individualização da sua pena.

Na **primeira fase**, ao se analisar as circunstâncias judiciais do crime de estelionato, não há aspectos que provoquem a elevação da pena-base.

Diante dessas circunstâncias, fixo a reprimenda base em 2 (dois) anos de reclusão.

Na **segunda fase**, incide a agravante especificada no inciso I do § 2º do art. 53 do CPM, porquanto é evidente a sua condição de mentor do conluio delitivo. Fundamentalmente, foi peça chave para o implemento e a manutenção da prática caracterizadora do ilícito em questão. Dessa forma, promoveu o envolvimento dos demais agentes, bem como coordenou suas atividades, mantendo destacado controle sobre o esquema criminoso.

Destaca-se que ORLANDO, enquanto funcionário da AMAZUL, incentivou PAULO para que procedesse, juntamente com a sua esposa, DANIELE, a mudança da razão social da empresa DAN, tudo no intuito de que a referida firma pudesse participar das licitações conduzidas no CTMSP.

Ademais, procurou o réu SÉRGIO, também funcionário da AMAZUL, convencendo-o a exercer a função de responsável técnico da empresa DAN nos referidos contratos, pois era necessário cumprir tal exigência para a participação nas licitações promovidas pelo CTMSP. Nesse prisma, os contratos de trabalho celebrados entre a DAN e o SÉRGIO notoriamente constituíam providência de "fachada", mormente diante da indisponibilidade de horário para o desempenho daquela suposta atividade, entre outros impeditivos. Some-se a tudo isso o fato de que ORLANDO exercera a fiscalização dos contratos sob análise, situação facilitadora da consecução do intento criminoso, o qual desaguou na entrega de material em qualidade inferior ao contratado, além daquele sequer fornecido. Era esperado que ele desempenhasse as suas atribuições com austeridade, contudo, ao não fazê-lo, promoveu ardil com o potencial de induzir a Administração Militar a permanecer em erro, causando-lhe prejuízo financeiro.

Ademais, estranhamente, ORLANDO exercia a efetiva gestão da empresa DAN, pois realizava pagamentos a funcionários, prestava assessoria técnica acerca dos serviços que seriam executados no CTMSP e, ainda, contratava pessoal para a citada firma.

Por isso, com esteio no art. 73 do CPM, aplico a agravante de um quarto (1/4). Assim, a sanção alcança 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Nesse compasso, o quantitativo da pena aplicada a ORLANDO APARECIDO CARDOSO, como incurso nas sanções do art. 251, *caput,* c/c os arts. 53, § 2º, inciso I, e 73, todos do CPM, resulta no patamar de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.**

Note-se que, por impeditivo legal, descrito no art. 606, *caput*, do CPPM, diante do cômputo da pena aplicada a ORLANDO, inexiste a possibilidade de concessão de "sursis" em favor dele. Ademais, estabelece-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena, com fulcro no art. 33, § 1º, alínea "c", e § 2º, alínea "c", do CP comum.

13. Conclusão

Dessa forma, tem-se que a conduta dos réus preencheu as elementares do tipo penal de estelionato (art. 251 do CPM), porquanto no bojo da contratação da empresa DAN, para a realização de serviços de interesse da CTMSP, estabeleceu-se o conluio entre os agentes do qual decorreu a engendramento de ardil para manter a Administração Militar em erro, com o fim de obter vantagem ilícita, em favor da empresa DANIELE NUNES GONZALES SOROCABA ME, a qual, oportunamente, efetuava a transferência de valores aos envolvidos.

Assim, diante das provas carreadas aos autos, torna-se inconteste a imputação dirigida aos réus (DANIELE, PAULO, ORLANDO e SÉRGIO).

Portanto, diante da ausência de argumentos contundentes, descabe absolvê-los, afastando-se a incidência de quaisquer hipóteses enumeradas no art. 439 do CPPM.

O crime perpetrado pelos réus enfraquece os poucos recursos disponíveis pelo Estado para investir na evolução de seus órgãos, nesse caso, a vítima em 1º grau – as Forças Armadas.

A modernização do país passa, também, pelo combate a crimes dessa estirpe, os quais atrasam moralmente a sociedade, estagnando o apoio às comunidades mais carentes.

Ante o exposto, nego provimento aos Apelos das Defesas de todos os réus e dou parcial provimento ao Apelo do MPM para, mantendo a condenação imposta na Sentença hostilizada, como incursos no art. 251, *caput*, do CPM, elevar a pena aplicada a ORLANDO APARECIDO CARDOSO para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade, sendo vedado o "sursis", conforme o art. 606, *caput*, do CPPM, fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena; e manter, quanto a PAULO JOSÉ REGINATO CHRIGUER, DANIELE NUNES GONZALES CHRIGUER e SÉRGIO LUÍS ENZ, a Sentença condenatória 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 Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em rejeitar a primeira preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, suscitada pela Defesa da Sra. Daniele Nunes Gonzales Chriguer, por falta de amparo legal; e, **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar de cerceamento de defesa em face do indeferimento de nova prova pericial, suscitada pela Defesa dos civis Orlando Aparecido Cardoso, Paulo José Reginato Chriguer e Daniele Nunes Gonzales Chriguer, por falta de amparo legal. No mérito, **por maioria**, em negar provimento aos Apelos das Defesas de todos os réus e dar provimento parcial ao Apelo do MPM para, mantendo a condenação imposta na Sentença hostilizada, como incursos no art. 251, *caput,* do CPM, elevar a pena aplicada a Orlando Aparecido Cardoso para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade, sendo vedado o *sursis*, conforme o art. 606, *caput*, do CPPM, fixando-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena; e manter, quanto a Paulo José Reginato Chriguer, Daniele Nunes Gonzales Chriguer e Sérgio Luiz Enz, a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 21 de março de 2019 – Gen Ex Marco Antônio de Farias, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 7000109-09.2017.7.00.0000

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

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

Analisarei todos os apelos conjuntamente.

Sobre o delito de estelionato, dispõe o CPM:

> Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento: (...)

Consoante Denúncia ofertada pelo MPM, *litteris*:

> (...) Efetivamente, constatou-se que a empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME recebeu do CTMSP a expressiva quantia de R$ 751.628,20 (setecentos e cinquenta e um mil, seiscentos e vinte e oito reais e vinte centavos), conforme comprovam a relação de pagamentos efetuados e respectivas ordens bancárias (fls. 226/246 v. 2), no período compreendido entre 09/08/2011 a 20/02/2014, em razão dos dois contratos firmados entre a unidade e a empresa para a instalação e troca de 40 (quarenta) postes da rede de telefonia e implantação e modernização de redes de dados corporativa e de telefonia; entretanto, deixou de fornecer vários materiais licitados, além de entregar ao CTMSP materiais de qualidade e quantidade inferiores aos pagos, gerando o prejuízo acima consignado.
>
> 14. Dessa forma, verifica-se terem os denunciados incidido no crime de estelionato, definido no artigo 251, *caput*, na forma do artigo 53, todos do Código Penal Militar, uma vez que obtiveram, em favor da empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba ME, a vantagem ilícita no montante de 156.097,48 (cento e cinquenta e seis mil, noventa e sete reais e quarenta e oito centavos), em materiais que ou deixaram de ser fornecidos ou o foram em quantidade e qualidade inferiores ao licitado e efetivamente pago, em prejuízo da União, induzindo a Administração Militar em erro, que, diante da falsa certificação da entrega de todos os itens licitados, conforme acima narrado, efetuou os pagamentos ajustados. (...)

Acatando a exordial acusatória, o Conselho Permanente de Justiça assim decidiu:

> (...)
>
> 29. Pelo que se pode depreender dos autos, os acusados Paulo José Reginato Chriguer, Sérgio Luís Enz e Orlando Aparecido Cardoso, à época dos fatos, funcionários da Emgepron (Empresa Gerencial de

Projetos Navais), substituída pela Amazônia Azul Tecnologias de Defesa S.A., eram conhecidos entre si.

30. A esposa de Paulo José Reginato Chriguer, qual seja, a corré Daniele Nunes Gonzales Chriguer, possuía uma empresa de sua titularidade, denominada Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E., de locação de automóveis.

31. Segundo se apurou, o seu marido, Paulo José Reginato Chriguer, em razão de possuir amizade com o corréu Orlando Aparecido Cardoso, tomou conhecimento de que ocorreriam no âmbito do CTMSP, alguns procedimentos licitatórios.

32. E aqui começa a ser moldada a figura delituosa descrita na denúncia.

33. E isto porque, a empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E., não teria a menor chance de, se acaso vencesse os procedimentos licitatórios de que participasse junto ao CTMSP, futuramente cumprir o eventual contrato que lhe fosse decorrente.

34. Apesar disso, Orlando Aparecido Cardoso, acabou por convidar o corréu, Sérgio Luís Enz, a fim de que este último passasse a ser o engenheiro responsável técnico pela referida empresa, como forma de viabilizar esta à participação do certame licitatório.

35. O fato é que, a empresa referida ganhou o certame e acabou por firmar dois contratos com o CTMSP, quais sejam, o contrato 42000/2012-004/00, de 06/02/2012, referente à implantação e troca de 40 postes da rede telefônica da unidade militar e o contrato nº 42000/2013-039/00, de 01/08/2013, conforme pregão eletrônico nº 054/2013, referente à implantação e modernização de redes de dados corporativa e de telefonia.

36. Como dito, a empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M.E., não tinha a menor condição de efetivar o cumprimento dos referidos contatos.

Entendo desassistir razão ao MPM, uma vez que não restou comprovado nos autos o necessário prejuízo, bem como não terem os acusados mantido a Administração Militar em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para fins de configuração do tipo penal do estelionato.

Conforme se depreende dos depoimentos das testemunhas e interrogatórios dos ora apelantes/apelados, o réu ORLANDO CARDOSO, devido à ordem de sua chefia no sentido de executar serviços de instalação de postes e implantação de rede de telefonia, inclusive com a determinação de que fossem convidadas o maior número de empresas possível, providenciou para que fosse realizado um pregão eletrônico e, sabendo que a esposa do réu

PAULO CHRIGUER tinha uma pequena empresa, lhe disse para inscrever-se, sendo que ambos acreditavam que outra seria a vencedora.

Asseveraram os dois interrogados supracitados que pelo fato de nenhuma empresa ter se interessado, uma vez que o serviço era de difícil acesso e o valor publicado não despertava interesse devido à margem de lucro, a Empresa DAN, da acusada DANIELE CHRIGUER, esposa do réu PAULO CHRIGUER, que tinha como objeto social "a reparação e manutenção de computadores e equipamentos periféricos, instalação e manutenção elétrica e de redes de computadores, construção de edifícios em geral e locação de automóveis sem condutor", logrou-se vencedora.

Aduziram que PAULO CHRIGUER, ao contrário do narrado na Denúncia, de que a contratação já havia sido planejada pelos cônjuges, juntamente com SÉRGIO ENZ, ficou assustado quando soube do resultado, porque a empresa DAN não tinha experiência na execução daquele serviço.

Nesse conspecto, ORLANDO CARDOSO, em face da ausência de empresas interessadas e sofrendo pressão para resolver o problema com os postes e o sistema telefônico de ARAMAR, revelou ter dito a PAULO CHRIGUER que conhecia pessoas capacitadas para a realização do objeto do contrato, dando segurança ao colega. PAULO CHRIGUER, então, concordou que a Empresa DAN o executaria.

O argumento de ORLANDO CARDOSO de que havia uma necessidade urgente de realização dos serviços restou confirmado nos autos mediante depoimento em juízo da testemunha Francisco Vergel, que trabalhava na Marinha há 25 anos, que asseverou ser a troca dos postes necessária porque eram de madeira e estavam muito velhos.

No mesmo sentido, a testemunha arrolada pela acusação, CMG (RM1) Fábio Fornazier Volpini, sustentou a necessidade do serviço, bem como ser ele complexo.

Esclareceu, ainda, ORLANDO CARDOSO, que, quando chovia, era possível escutar as conversas uns dos outros, o que os superiores alegavam comprometer a segurança, tendo ouvido da chefia que ele se virasse e "desse seus pulos" para fazer o serviço andar.

Portanto, não há dúvidas acerca da necessidade e preemência da substituição dos postes, contratado mediante a realização de pregão eletrônico, modalidade de contratação de ampla publicidade. Nesse conspecto, outrossim, não se pode afirmar ter havido direcionamento para que a empresa DAN fosse a escolhida, uma vez que sua contratação só foi feita porque nenhuma outra empresa mostrou-se interessada.

Com relação à participação do acusado SÉRGIO ENZ, inexiste prova de conluio entre ele e os demais acusados, restando demonstrado que ele assinou

Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) referente às obras, a pedido de ORLANDO CARDOSO, quem ele disse ser um grande amigo que o procurou afirmando não ter tempo hábil e estar sendo cobrado para resolver os problemas com a telefonia. Por esta razão, ele resolveu ajudá-lo, em retribuição à sua amizade.

Ademais, SÉRGIO ENZ narrou ter 30 (trinta) anos de serviços prestados a empresas da Marinha, tendo assinado os documentos sem cobrar nada por isso, verificando a obra por relatório fotográfico ou no final do expediente.

Com relação ao argumento do MPM no sentido de que o concurso de agentes ficou comprovado em face da interligação dos sujeitos ativos, vinculados psicologicamente em um verdadeiro liame subjetivo, qual seja, obter vantagem ilícita em detrimento da Administração Pública Militar, não vislumbrei comprovação nos autos.

De início, observo que, realmente, os réus fizeram um acordo para realizar os serviços contratados com a Empresa DAN. Tal fato mostra-se claro no processo, inclusive, porque os réus ORLANDO CARDOSO e PAULO CHRIGUER reconhecem e afirmam terem se esforçado para prestar o serviço de troca de postes e da rede de telefonia, que eram complexos. Por isso, ORLANDO CARDOSO, que sabia detalhadamente o que precisava ser feito e conhecia as empresas que forneciam os materiais e prestavam o necessário serviço devido a sua experiência na área junto à Marinha, forneceu todas as informações para a Empresa DAN, com o intuito de que a execução contratual fosse realizada da melhor maneira.

À evidência, é inegável que o princípio da impessoalidade foi afrontado. Os acusados, com a gana de resolver o problema que lhes foi passado a título de urgência, em especial o réu ORLANDO CARDOSO, decidiram contratar a empresa DAN, encorajando PAULO CHRIGUER e assegurando-lhe conhecer as pessoas capacitadas, de modo que a empresa de sua esposa poderia cumprir o contrato devidamente.

A testemunha da acusação CMG (RM1) Fábio Fornazier Volpini, que a partir de 2011 passou a exercer a função de ordenador de despesas, sustentou não ter tomado conhecimento sobre desvio de valores ou qualquer irregularidade relacionada à contratação, nem com relação ao certame.

O CMG (RM1) Antônio Carlos Mendes declarou conhecer 3 (três) dos acusados e que, à época dos fatos, fora contratado para atuar na AMAZUL como superintendente administrativo da área na qual os denunciados atuavam. Disse que os fatos só vieram à tona posteriormente à prestação do serviço, quando de outra situação, relativa a uma subcontratação da empresa DAN. Na oportunidade, verificou-se a coincidência de sobrenomes, o que chamou a atenção para a realização de diligências investigativas com o fito de averiguar se havia empregados que tivessem ligação com o centro tecnológico.

Portanto, a razão para o IPM foi a coincidência de sobrenomes entre a proprietária da empresa, posteriormente subcontratada para a prestação de outro serviço, e o funcionário PAULO CHRIGUER, e não a inadimplência do que foi contratado.

Do depoimento da testemunha Renan Teixeira Franco, extrai-se a declaração de que conhecia ORLANDO, PAULO e SÉRGIO. Disse ter acompanhado a execução da obra, algumas vezes junto ao fiscal, podendo alegar que o serviço fora prestado com excelência, sem qualquer ilicitude.

Sobre tal ponto, importa trazer à baila o fato de o acusado ORLANDO CARDOSO ter sido agraciado com o "Bravo Zulu" precisamente pela qualidade e empenho do serviço nestes autos contestado.

De fato, há no processo dois laudos periciais dos quais se extrai terem sido verificadas algumas irregularidades na prestação do serviço, tais como, diferença em quantitativos e qualidade de alguns materiais, tendo, igualmente, sido constatada a falta de um "switch", que não foi encontrado no local onde deveria estar instalado.

Sobre isto, o acusado ORLANDO CARDOSO apresentou as devidas justificativas para as divergências encontradas pelos expertos. Quando de seu interrogatório, aclarou que, no momento da instalação dos postes, verificou-se a necessidade de alguns deles serem maiores e mais robustos, sendo que em diversos locais poderiam ser instalados outros menores do que os adquiridos, de forma que foi feita uma compensação de quantidades para manter-se o valor contratado. O escopo era a celeridade do serviço.

Por certo, a modificação dos materiais adquiridos é medida a ser tomada mediante a realização de aditivo contratual, formalidade exigida quando se necessita de alteração no objeto contratado. Ocorre que tal irregularidade deve ser examinada no âmbito da Administração e pelos órgãos de controle interno e externo, não se confundindo com o dolo necessário para a prática do delito de estelionato, que requer a presença de ardil ou fraude, que não vislumbrei *in casu*.

A propósito, explanou o réu ORLANDO CARDOSO que todo o material foi recebido por ele e conferido antes de iniciar o serviço, pelo que tudo se encontrava no local, tendo os próprios funcionários instalado os restos de cabos que não foram utilizados em outros pontos, sem a necessidade de contratação de uma empresa e sem precisar efetuar nova compra.

No tocante ao switch, asseverou tratar-se de material eletrônico que queima com muita facilidade, por isso, objetos desta espécie são levados para conserto com frequência, o que gera uma mobilidade entre eles. Desta maneira, era provável que o objeto encontrava-se em outro prédio, não havendo a possibilidade de ele faltar, sob pena da rede não funcionar.

Aduziu que a perícia foi muito mal elaborada e realizada bastante tempo depois da finalização do serviço, não condizendo, por consequência, com a realidade. Ainda sobre o laudo, o acusado SERGIO ENZ fez severas críticas a ele em seu interrogatório, afirmando que o engenheiro responsável pela sua elaboração não era profissional capacitado, sendo que, em determinada ocasião, ele fora designado para fazer uma contagem sobre a quantidade média de tijolos utilizados em um dos prédios e ficou conhecido por contá-los um por um em razão de desconhecer como fazer o cálculo na sua totalidade.

Realmente, o Laudo Pericial só foi elaborado em 26/1/2016, 3 (três) anos após a execução contratual. Da leitura do documento, cumpre ressaltar que, no caso do item RH da Tabela 1, do laudo pericial, o aumento no custo se deu em razão de ter sido fornecido material a mais do que o previsto, no caso 250m. Desta maneira não se constituiu prejuízo à Administração.

Do mesmo modo, há de se levar em conta a consideração feita pelo perito, no mesmo documento, no sentido de que, *in litteris*:

> É válido participar que **não foram computados e nem avaliados os valores gastos na instalação do DGO do Platô do prédio LEI, pois não há nenhuma menção no Termo de Referência e Aditivo aos itens componentes dessa instalação que, inclusive, não foi objeto de contratação e nem acordado posteriormente, de maneira formal.** Apesar disso, **a mudança da topologia física da rede de fibra óptica, originalmente existente no Termo de Referência e no Termo Aditivo, para a nova topologia física com a inclusão de um ponto intermediário de distribuição (nesse caso o DGO do Platô do prédio LEI), apresenta algumas vantagens como a otimização do espaço de dutos e passagens subterrâneas dos prédios – principalmente no prédio do OFMEQ – e a diminuição da quantidade de cabos ópticos lançados nos postes, acarretando menor peso e, consequentemente, otimizando espaço no posteamento do CEA. (...)** (Grifei).

Diante de tal relato, observa-se que não foram checados determinados locais onde foram realizados serviços de maneira informal, relacionados à inclusão de um ponto intermediário de distribuição (o DGO do Platô do prédio LEI), em relação aos quais se afirmou na perícia, repise-se, que apresenta algumas vantagens como a otimização do espaço de dutos e passagens subterrâneas dos prédios – principalmente no prédio do OFMEQ, dentre outras.

O fato é que, independentemente de ser ou não o experto designado capaz de realizar o exame pericial, extrai-se dos autos que as justificativas apresentadas pelo fiscal do contrato, ORLANDO CARDOSO, não dão mostras de que ele buscava ocultar atitudes tomadas quando da execução contratual, assumindo ter sido a alteração na quantidade e qualidade dos postes adquiridos, bem como explicando razoavelmente sobre o switch.

Aqui, entendo que deveria ter sido realizada uma busca para saber se o "switch" estava em outro prédio ou em conserto, mostrando-se desarrazoável para uma condenação o simples fato de o material não estar no local inicialmente previsto para a sua instalação.

Anoto ter ORLANDO CARDOSO afirmado em seu interrogatório que, quando verificado no momento da instalação que um material era mais adequado que outro, aquele previsto era guardado para ser utilizado posteriormente, de maneira que ele próprio com o pessoal da sua equipe fez instalações posteriores, sem a necessidade da contratação de empresa.

Quanto ao ingresso da empresa DAN no certame, o réu ORLANDO CARDOSO disse que o seu chefe, um Almirante, lhe ordenou que fizesse o procedimento licitatório e buscasse o maior número de empresas possível para participar. Sendo que apenas a empresa DAN se habilitou.

Disse achar que nenhuma empresa compareceu ao pregão porque a logística de acesso ao local é muito cara e o preço estipulado para a contratação não era convidativo.

No que tange ao alegado cancelamento de autorização de compra em favor da empresa MASM-COM, que a Acusação alega que seria contratada, há de se esclarecer que o cancelamento se deu para serviços outros, relativos a contratação diversa da ora questionada, referente tão somente à remoção de fibra danificada, lançamento de 230 metros de cabo óptico 4FO, fusão nas extremidades e limpeza e estocagem do material retirado.

Também não se coaduna com os documentos juntados aos autos a narrativa de que a data de constituição da empresa Daniele Nunes Gonzales Sorocaba M. E., 1º/6/2011, foi a mesma em que o denunciado ORLANDO solicitou pela primeira vez o cancelamento da autorização de compra, uma vez que consta do documento emitido pelo CREA a informação de que a empresa foi constituída em 31/5/2011 (Apenso 45, fls. 247/248; e-Proc).

Inegável ter tudo ocorrido com excesso de informalidades. Todavia, diante da sinceridade e da possibilidade da narrativa dos réus se encaixar com os fatos ora narrados, convenci-me da ausência de intenção de ludibriar a Administração Castrense.

Todas as testemunhas arroladas, na oportunidade funcionários da ENGEPRON e da AMAZUL, disseram que os três acusados eram excelentes funcionários, plenamente capacitados à realização dos serviços para os quais foram designados.

Às fls. 115/116, Apenso 48, referente ao processo de sindicância, o empregado da AMAZUL Francisco Vergel afirmou que o contrato foi "(...) bem executado, inclusive além do especificado."

Da mesma forma à fl. 645, a testemunha empregado AMAZUL Wilton Marques de Aguiar declarou que:

> (...) sabe que a Empresa DANIELE NUNES GONZALES SOROCABA ME realizou serviços além do escopo previsto nos contratos, como exemplo citou algumas tubulações de passagens de cabos que estavam entupidas da OFMEQ à OFTUB, assim como a calha de passagem de cabos instalada em frente ao LA TEP que foram realizados pela Empresa DANIELE NUNES GONZALES SOROCABA ME sem que isso constasse no escopo, sem custo para a Marinha; (...)
>
> (...) tomou conhecimento que os serviços prestados pela Empresa DANIELE NUNES GONZALES SOROCABA ME foram realizados inclusive com aplicação de material acima do escopo, sem cobranças adicionais, como exemplo citou a instalação de um armário de distribuição de telefonia instalado ao lado da Enfermaria.

Para além, consta do acervo a informação de que não havia, no âmbito da AMAZUL, qualquer vedação à participação de parentes de funcionários nas contratações realizadas, aliás, sendo praxe a prestação de serviços por familiares dos funcionários, inclusive, dos oficiais.

Assim, a despeito das irregularidades concernentes às regras contratuais, comprovadas e reconhecidas*, in specie*, não houve prejuízo ou fraude necessários à configuração do delito de estelionato.

Em nenhum momento ficou patente que os preços contratados estavam acima do valor praticado no mercado, inexistindo qualquer depoimento no sentido de que o serviço foi mal feito, que se utilizou de mão de obra ou equipamentos da AMAZUL. As únicas divergências surgiram quando da realização da peritagem, e foram justificadas pelo réu ORLANDO CARDOSO.

Nesse norte, a testemunha arrolada pelo MPM CMG (RM1) Fabio Fornazier Volpini declarou em juízo não ter tomado conhecimento sobre desvio de valores ou irregularidade relacionada à contratação.

Não se comprovou, igualmente, a obtenção de qualquer vantagem ilícita com relação aos valores que ingressaram e saíram da sua conta. Orlando Cardoso justificou que ele efetuava o pagamento semanal aos prestadores de serviço mediante emissão de cheques porque a acusada DANIELE CHRIGUER lhe solicitara, uma vez que o banco do seu esposo não tinha caixa eletrônico nem agência no local. A própria empresa controlava o pagamento, de maneira que nenhum montante ficava com ele, e sim com o encarregado, em dinheiro ou cheques, a depender do valor.

Por fim, anoto que o recorrente ORLANDO CARDOSO, ao ser ouvido em sede de sindicância (fls. 139/140, Apenso 49), disse:

> (...) que o serviço realizado foi algo que viu muita vantagem ao CTMSP, que o valor estimado de economia, pelos seus cálculos era entre

30% e 50%, tanto que se orgulha do serviço realizado e solicitou a juntada dos registros fotográficos de ambos os contratos, de uma planilha do Controle de Solicitação de Serviço-Ano 2012, cópia dos livros diários do contrato nº 42000/2013-039-00 (implantação e modernização da rede de dados e telefonia do CEA), com registros da empresa contratada DANIELE NUNES GONZALES SOROCABA ME e dos registros realizados pelo Inquirido.

Diante deste cenário, considero que a absolvição se impõe, nomeadamente para evitar que condene injustamente funcionários qualificados e empenhados, que deveriam obter punições outras, diversas das previstas no âmbito penal.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento de todos os recursos, nego provimento ao recurso do MPM e, quanto ao recurso do acusado SÉRGIO LUIZ ENZ, dou provimento para absolvê-lo nos termos do art. 439, alínea "b", do CPPM e, com relação aos réus PAULO JOSÉ REGINATO CHRIGUER, ORLANDO APARECIDO CARDOSO, DANIELE NUNES GONZALES CHRIGUER, rejeito as preliminares de incompetência da JMU para processar e julgar civis e de nulidade do feito, em razão de cerceamento de defesa, em face do indeferimento de nova perícia na instrução processual, e, no mérito, dou provimento ao recurso para absolvê-los nos termos do art. art. 439, alínea "b", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 21 de março de 2019.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

APELAÇÃO Nº 7000566-07.2018.7.00.0000

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

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante: Jabes Dean Costa Araújo Ribeiro.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. ART. 195 DO CPM. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JMU. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE ANTE O JULGAMENTO DO ACUSADO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/1995. REJEIÇÃO. MÉRITO. CRIME DE ABANDONO DE POSTO. RECEPÇÃO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CONDUTA TÍPICA, ANTIJURÍDICA E CULPÁVEL. PENA-BASE ESTABELECIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA.

Compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei, incluindo os praticados por civis. Tal competência é extraída diretamente da CF/88, no seu art. 124, não havendo que se falar em descumprimento à Convenção Americana de Direitos Humanos. A exclusão do acusado das fileiras das Forças Armadas não infirma a competência da JMU, tampouco a perda do *status* de militar se encontra entre as causas de extinção da punibilidade previstas no art. 123 do CPM. Preliminar de incompetência da JMU rejeitada. Unanimidade.

A Lei de Organização Judiciária Militar prescreve que compete ao Conselho Permanente de Justiça processar e julgar, nos crimes militares, os acusados que não sejam Oficiais (art. 27, inciso II).

Entre as atribuições monocráticas conferidas ao Juiz Federal da Justiça Militar (art. 30 da LOJM) não figura a competência para julgamento de acusados civis. Preliminar de julgamento monocrático pelo Juiz Federal da Justiça Militar. Rejeitada. Unanimidade.

Os institutos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais não se aplicam no âmbito da Justiça Militar da União, mesmo sendo o Réu civil (Súmula nº 9/STM). As especificidades que regem as instituições militares justificam o rito processual distinto no âmbito da Justiça Militar, não havendo qualquer violação ao

princípio da igualdade. A jurisprudência do STF considera constitucional o art. 90-A da Lei dos Juizados Especiais. Preliminar de aplicação da Lei nº 9.099/1995 rejeitada. Unanimidade.

O tipo penal de abandono de posto encontra-se recepcionado pela ordem constitucional vigente, dada a inexistência de afronta aos preceitos da Carta da República.

Doutrina e Jurisprudência entendem que o art. 195 do CPM foi recepcionado pela atual Constituição. Nesse sentido há precedentes do STF e desta Corte Castrense.

O art. 195 do CPM tutela valores, tais como a hierarquia, a disciplina, a proteção do serviço militar e do dever militar, a segurança e a regularidade das instituições militares. O legislador pátrio, reconhecendo a relevância dos valores envolvidos, tipificou como crime o abandono de posto, nos termos do citado artigo. Não há, portanto, que se falar em aplicação dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade.

A aplicação do princípio da insignificância requer a ocorrência de quatro vetores que, a toda evidência, não estão presentes no caso dos autos: ausência de periculosidade social da ação; mínima ofensividade da conduta; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica.

Não se pode considerar a prática delitiva prevista no art. 195 do CPM como mera infração disciplinar. O fato amolda-se perfeitamente aos preceitos do mencionado tipo legal, o qual não contém previsão no sentido de que tal fato seja tratado como ilícito administrativo.

As provas coligidas aos autos demonstram a materialidade e a autoria delitivas. A conduta é típica (formal e materialmente), o dolo está evidenciado, o acusado é imputável, tinha conhecimento da ilicitude de sua conduta e lhe era exigível conduta diversa, de maneira que acertada foi a Sentença, ao impor-lhe a condenação pela prática do crime de abandono de posto, capitulado no art. 195 do CPM.

A Sentença anotou merecer maior reprovação o cometimento do crime em tela, em razão da intensidade de dolo demonstrada, estando devidamente fundamentada, mostrando-se razoável e proporcional a fixação da pena em 4 (quatro) meses de detenção.

Apelo defensivo a que se nega provimento, mantendo-se íntegra a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Barroso Filho, Vice-Presidente, no exercício da Presidência, presente a Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou as preliminares defensivas de nulidade do processo ante a incompetência da Justiça Militar da União para julgar civis e ante o julgamento do Acusado pelo Conselho Permanente de Justiça e, por fim, rejeitou, também, **por unanimidade**, a preliminar defensiva de aplicação da Lei nº 9.099/95, por falta de amparo legal. No mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo da Defesa, mantendo na íntegra a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da Seção de Julgamento, 9/5/2019).

RELATÓRIO

Em 30 de novembro de 2016, o MPM, junto à Auditoria da 12ª CJM, ofereceu Denúncia em desfavor do ex-CB Mar JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO, como incurso no art. 195 do CPM pelos fatos narrados a seguir (fls. 02/03 – Arquivo 2 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016. 7.12.0012), *in verbis:*

> Consta do incluso Inquérito Policial Militar que, em 31 de agosto de 2016, entre 03h30 e 03h50, o denunciado **CB JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO**, escalado para o serviço de Vigia do Cais, na Estação Naval do Rio Negro, nesta cidade, abandonou, sem ordem superior, o lugar de serviço que lhe havia sido designado, sendo encontrado dormindo no alojamento da Barca Oficina, durante seu quarto de hora.
>
> Segundo restou apurado, por volta das 3h30 do dia 31 de agosto de 2016, o 2º SG JEFERSON LUÍS ALMEIDA SANTOS, que estava no serviço de Contramestre tentou entrar em contato via fonia, por diversas vezes, sem sucesso, com o ora denunciado **CB JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO,** que estava escalado para o serviço de Vigia do Cais no quarto de hora de 00h às 04h e que deveria guarnecer a área externa da Barca Oficina Alecrim (fls. 14 e 125).
>
> Como não conseguiu contato com o denunciado, o 2º SG JEFERSON determinou ao auxiliar MN TRAVASSOS que fosse até a Barca Oficina para verificar o que havia ocorrido com o Vigia do Cais. Ao

> chegar na Barca Oficina, o auxiliar MN TRAVASSOS não encontrou o Vigia do Cais e informou o fato ao 2º SG JEFERSON.
>
> Por volta das 03h50, o 2º SG JEFERSON dirigiu-se à Barca Oficina Alecrim e constatou que ela estava realmente desguarnecida. Após verificarem alguns compartimentos da Barca, o 2º SG JEFERSON e o MN TRAVASSOS encontraram o ora denunciado **CB JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO** dormindo no alojamento da referida Barca.
>
> Assim, agindo, o **CB JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO,** livre e conscientemente, abandonou, sem ordem superior, o lugar de serviço que lhe havia sido designado (fl. 14 e 125).
>
> (...).

A Denúncia foi recebida em 6 de dezembro de 2016 (fls. 4/5 - Arquivo 3 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

O Apelante foi regularmente citado em 16/12/2016 (fl. 10/10v - Arquivo 4 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

Em 11/5/2017, foram ouvidas, em Juízo, as seguintes testemunhas arroladas pelo MPM: 2º SG JEFERSON LUÍS ALMEIDA SANTOS (mídia digital - Arquivo 7 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012) e MN THIAGO HENRIQUE DE SOUZA TRAVASSOS (mídia digital - Arquivo 8 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

A Defesa arrolou as seguintes testemunhas, inquiridas no Juízo *a quo* em 10/8/2017: 1º Ten JULIANA TERRA DE OLIVEIRA (mídia digital - Arquivo 10 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012), 2º SG MAURÍLIO VALDECI BATISTOTI (mídia digital - Arquivo 11 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012) e MN-RC EMERSON NUNES MONTEIRO (mídias digitais - Arquivos 12 e 13 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

O Acusado foi qualificado e interrogado em 10/8/2017. Em seu depoimento, negou ter abandonado o local de serviço, e que, no momento em que o SG JEFERSON chegou à barca oficina, encontrava-se em seu local de serviço de Vigia do Cais; que somente viu o SG JEFERSON por volta de 4h5min, não sabendo dizer o motivo pelo qual o referido graduado afirmou que o encontrou dormindo no alojamento (mídia digital - Arquivo 15 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

Em 5/10/2017, o CB DHONE VICTOR DA COSTA foi ouvido como testemunha do Juízo (fl. 54 - Arquivo 18 do Evento 1 do PO e mídias digitais - Arquivos 19 e 20 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

A pedido da DPU foram juntadas aos autos as folhas de alterações do militar (fls. 91/117 - Arquivo 24 do Evento 1 do PO) e Certidões Criminais (fls.

62/64 – Arquivo 21 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

Em Alegações Escritas, o MPM requereu a procedência do pedido feito na Denúncia, com a consequente condenação do ex-CB Mar JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO, como incurso no art. 195, "caput", do CPM. (fls. 66/71 – Arquivo 22 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

A Defesa, em Alegações Escritas (fls. 75/88 - Arquivo 23 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012), requereu, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade do feito ante a incompetência da JMU para julgar civis em tempo de paz ou que o acusado fosse julgado monocraticamente pelo Juiz Federal da Justiça Militar bem como a aplicação dos Institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos previstos na Lei nº 9.099/1995.

No mérito, requereu a declaração de inconstitucionalidade/não recepção do artigo 195 do CPM por se tratar de "crime de perigo abstrato", e, subsidiariamente, a absolvição do Apelante pela ausência de "atipicidade material" da conduta.

Em Sessão de Julgamento realizada em 27 de fevereiro de 2018, o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 12ª CJM decidiu rejeitar as preliminares arguidas pela Defesa, e, no mérito, julgar, **por unanimidade de votos**, procedente a Exordial Acusatória para condenar o ex-CB JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO por infração ao art. 195, "caput", c/c o art. 9º, inciso I, ambos do CPM. Por maioria de 4x1 foi estabelecida a pena de 4 (quatro) meses de detenção. Um dos Juízes Militares aplicava a pena de 3 (três) meses de detenção (fls. 125/156 - Arquivo 26 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

A Sentença concedeu a suspensão condicional da execução da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, com base no artigo 84 do Código Penal Militar, combinado com o artigo 606 do Código de Processo Penal Militar, mediante a observância das condições previstas no Artigo 626 do CPPM, excetuando-se a da alínea "a", além do comparecimento trimestral na sede do Juízo de Execução, ou em outro Juízo que lhe venha a ser designado, se for o caso. Foi fixado o regime prisional inicial aberto, conforme regra do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, a ser aplicado na hipótese de o sentenciado não aceitar as condições estabelecidas para o *sursis* ou, vindo a aceitá-las, o benefício vier a ser revogado, na forma da lei. Foi concedido o direito de apelar em liberdade, eis que não se verificaram os requisitos da prisão preventiva, *ex vi* do art. 527 do CPPM.

Em 2/3/2018, a Sentença foi lida, assinada e publicada (fl. 157 - Arquivo 26 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012). A certidão de intimação e de trânsito em julgado constante dos autos (Evento 10 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012) informa que a intimação do MPM se deu em 13/4/2018, a intimação da defesa foi realizada em 18/4/2018, e que houve o trânsito em julgado da Sentença para o *Parquet* Militar em 23/4/2018. Em 30 de abril de 2018, a Defensoria Pública da União interpôs o presente Recurso, recebido pelo Juízo *a quo*, com fulcro no art. 526, "a", e no art. 529, *caput,* ambos do CPPM, eis que presentes os requisitos de cabimento e de tempestividade (Eventos 9 e 12 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7. 12.0012).

Em suas Razões de Apelação (Arquivo 1 - Evento 1), a Defensoria Pública da União requer, preliminarmente, a declaração de nulidade do processo e o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito, ante a condição de civil do acusado, e a remessa do feito para a Justiça comum, ou, subsidiariamente, que seja o feito julgado monocraticamente pelo Juiz Federal da Justiça Militar. Ainda em sede preliminar, requer o reconhecimento da aplicabilidade dos institutos da Lei nº 9.099/1995 ao caso concreto, para anular o processo e determinar que o MPM ofereça proposta de transação penal ou apresente manifestação fundamentada de não oferecimento.

No mérito, a DPU pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade/não recepção da norma do art. 195 do CPM, com a reforma da Sentença e a consequente absolvição do Réu, eis que as previsões de crime por um perigo abstratamente considerado violariam a Constituição Federal.

Requer, subsidiariamente, a absolvição do acusado pela ausência de tipicidade material da conduta, com o reconhecimento do seu caráter disciplinar, com base no art. 439, alíneas "b" e "d", do CPPM, respectivamente. Alternativamente, pugna pela reforma da Sentença para fixação da pena no mínimo legal, ante a falta de fundamentação na fixação da sanção acima do patamar mínimo.

Em Contrarrazões (Arquivo 2 - Evento 1), o MPM pugnou pelo não provimento do recurso de Apelação apresentado pela defesa.

A SEJUD certificou, em 12/7/2018, que nada consta nos registros daquela Secretaria em relação ao Apelante (Evento 4).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de 21/8/2018, da lavra da ilustre Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, manifestou-se pelo conhecimento e pelo desprovimento do Apelo (Evento 6).

A DPU foi intimada de que o presente feito fora colocado em mesa para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo ex-CB Mar JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 12ª CJM, de 27/2/2018, que o condenou à pena de 4 (quatro) meses de detenção, como incurso no art. 195, "caput", c/c o art. 9º, inciso I, ambos do CPM.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Preliminarmente, a Defesa requer o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito ante a condição de civil do acusado, com a consequente declaração de nulidade do processo e a sua remessa à Justiça Comum, ou, subsidiariamente, que seja o feito julgado monocraticamente pelo Juiz Federal da Justiça Militar. Ainda em sede preliminar, requer o reconhecimento da aplicabilidade dos institutos da Lei nº 9.099/1995 ao caso concreto, para anular o processo e determinar que o MPM ofereça proposta de transação penal ou apresente manifestação fundamentada de não oferecimento.

No mérito, a Defesa requer seja reconhecida a inconstitucionalidade/não recepção da norma do art. 195 do CPM, eis que inconstitucionais as previsões de crimes de perigo abstrato, com a consequente absolvição do Réu. Subsidiariamente, pugna pela absolvição do acusado pela ausência de tipicidade material da conduta, sendo reconhecido o caráter disciplinar do fato, com base no art. 439, alíneas "b" e "d", do CPPM, respectivamente. Ao fim, pleiteia a reforma da Sentença para fixação da pena no mínimo legal, ante a falta de fundamentação no julgado quando da fixação da sanção acima desse patamar.

Em contrarrazões, o *Parquet* das Armas pugnou pelo desprovimento do Apelo defensivo, na medida em que restou plenamente comprovado que, no dia 31 de agosto de 2016, o Apelante, quando cumpria o serviço de "Vigia do Cais" da Barca Oficina Alecrim da Estação Naval do Rio Negro, durante o seu quarto de hora de 00h00 às 4h00, abandonou o local do serviço, sem autorização do Contramestre do quarto de hora, para ir deitar-se no alojamento, impondo-se a manutenção da condenação do acusado.

Data venia, em que pese a combativa atuação da DPU, a pretensão defensiva não deve prosperar, senão vejamos.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO ANTE A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA JULGAR CIVIS

Sustenta a Defesa que a Justiça Militar da União seria absolutamente incompetente para julgar o sentenciado, tendo em vista que aquele deixou de ser militar, a contar do dia 3/8/2017. Argui, em suma, que, diante da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) pela República Federativa do Brasil, seria descabida a submissão de civis às Cortes Castrenses. Assim, ante a evidente violação do princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, inciso LIII, da nossa Carta Magna, e também dos dispositivos supralegais da CADH, requereu a declaração de nulidade do feito e a sua remessa à Justiça Comum.

Está equivocado o entendimento defendido nas razões de Apelação.

Inicialmente, cabe reafirmar a competência da Justiça Militar da União para julgar civis em tempo de paz, eis que, consoante definido pela Constituição Federal, em seu art. 124, "caput", à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Nesse desiderato, o art. 9º do Código Penal Militar define os crimes militares em tempo de paz, incluindo hipóteses em que esses crimes são cometidos por civis. A seu turno, o art. 27 da Lei nº 8.457, de 4/9/1992 (Lei de Organização Judiciária Militar), na redação vigente tanto na época do fato, como no momento do julgamento da Ação Penal, prescreve a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar os acusados que não sejam Oficiais.

Não há, portanto, que se falar em submissão, ou em descumprimento, à Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que os citados dispositivos legais têm seu fundamento extraído diretamente da Constituição da República Federativa do Brasil, em disposição estabelecida pelo *legislador constituinte originário*.

Esse é o entendimento consolidado no âmbito desta Corte, lastreado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cite-se, a título exemplificativo, recente julgado deste Tribunal, da relatoria do Ministro Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS:

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. FRAUDE PARA A HABILITAÇÃO DE CIVIL À PENSÃO MILITAR. **DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE**. CRIME MILITAR CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. UNANIMIDADE.
>
> 1. A competência da Justiça Militar da União (JMU) verifica-se sempre que há a subsunção do comportamento do agente – seja quem for, inclusive o civil, ainda que em tempo de paz – aos requisitos legais

previstos no art. 9º do CPM e, por evidente, ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei.

2. Não se pode comparar a JMU às cortes marciais existentes em outros países, as quais são questionadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e, na Europa, pela Corte de Direitos Humanos daquele continente, porque ligadas ao Poder Executivo ou subordinadas a Comandos Militares. A JMU, por seu turno, em tempo de paz e em tempo de guerra, integra o Poder Judiciário e nela atuam, mediante aprovação em concursos públicos, Juízes-Auditores e membros do Ministério Público Militar da União e da Defensoria Pública da União sob nítido respaldo constitucional, assegurando, em todas as fases da Ação Penal Militar (APM), o exercício da ampla defesa, com a possibilidade de interposição de recursos em todas as instâncias, inclusive ao STF, conforme o devido processo legal constitucional.

3. Havendo indícios suficientes de autoria e de materialidade, bem como provas de evento que, em tese, constitua crime militar, não se cogita na declinação da competência da JMU, notadamente ante o advento da Lei nº 13.491/17, a qual a alargou amplamente, abrangendo, inclusive, novas hipóteses de crimes militares passíveis de serem cometidos por civis.

4. É pacífico o entendimento deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal quanto à competência da JMU para processar e julgar crimes praticados por civil, em tempo de paz, quando há lesão ao patrimônio sob Administração Militar.

5. Recurso não provido. Decisão unânime. (RSE nº 7000099-28.2018.7.00.0000 - Relator Ministro Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS - Julgamento: 8/5/18). (Grifamos).

Também, na Corte Suprema brasileira, há inúmeros julgados que reconhecem a competência da Justiça Militar da União para julgar civis. A esse respeito, confira-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CRIME PRATICADO POR CIVIL. CONDENAÇÃO NA JUSTIÇA CASTRENSE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR FEDERAL. ORDEM DENEGADA. 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar crime de estelionato tipificado no art. 251do Código Penal Militar praticado por civil, em tempo de paz, em que foram obtidos valores sujeitos à Administração Militar. Precedentes. 2. Ordem denegada. (STF/2ª Turma - HC nº 117.180/RJ - Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 27/8/2013 - unânime).

No presente caso concreto, deve-se atentar que, **à época do fato delituoso, o Apelante era militar da ativa**, e o delito praticado encontra-se subsumido ao previsto no art. 195, "caput", c/c o art. 9º, inciso I, ambos do CPM, portanto, crime propriamente militar, que afeta diretamente a regularidade da Instituição Militar.

Deveras, se já está consolidado no âmbito desta Corte o entendimento segundo o qual compete à Justiça Militar da União julgar civis que, nessa condição, cometam crimes militares que lesem as instituições castrenses, com maior razão deve-se reconhecer a atribuição desta Justiça Especializada para ***julgar civil que, ao tempo do crime, encontrava-se na ativa*** e executando serviço para o qual fora regularmente escalado.

A esse respeito, bem fundamentou a Sentença combatida, ao discorrer que "o fato de o militar não mais ser militar quando do julgamento não infirma a competência da Justiça Militar da União".

Assim também se manifestou o MPM em suas contrarrazões, cujo trecho abaixo transcrito adoto como razões adicionais de decidir:

> Em se tratando de crime militar, nos termos do art. 9º, inciso I, do Código Penal Militar, a Justiça Especializada mostra-se competente para o processamento e julgamento do feito, a teor do que dispõe o art. 124, "caput", da Constituição Federal, independente do licenciamento superveniente do réu, o qual não constitui impeditivo ao julgamento ou mesmo ao cumprimento da sanção efetivamente aplicada. Assim, o licenciamento do ora apelante não é causa para a modificação da competência da Justiça Militar da União.

Com efeito, no caso, o licenciamento do militar em data anterior ao julgamento não obsta o prosseguimento da ação penal militar. O entendimento pacífico deste Tribunal é no sentido de que a exclusão do acusado das fileiras das Forças Armadas não implica ausência de condição de procedibilidade/prosseguibilidade do processo penal militar. Além disso, a perda do *status* de militar não se encontra entre as causas de extinção da punibilidade previstas no art. 123 do CPM, não sendo permitido a este Órgão Julgador criar nova causa extintiva. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

> EMENTA: APELAÇÃO. (...)
>
> 1. A Preliminar de incompetência da Justiça Castrense para julgar civil não encontra amparo legal. A Constituição Federal, em seu art. 124, traz a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os delitos militares definidos em lei, compreendendo, dessa forma, indistintamente, as infrações cometidas tanto por agentes militares quanto por civis. Preliminar rejeitada. Unanimidade.
>
> 2. A competência dos Conselhos Permanentes de Justiça vem prevista expressamente no art. 27, inciso II, da Lei nº 8.457/92 (Lei de Organização da Justiça Militar), garantindo a observância do princípio do juiz natural. Preliminar rejeitada. Unanimidade.
>
> **3. A superveniente exclusão de militar da Força não tem o poder de interferir na prosseguibilidade da Ação Penal, visto que o apelante, ao tempo do crime, ostentava a condição de militar da ativa.**

> **As causas de extinção da punibilidade encontram-se previstas no art. 123 do CPM e, entre elas, não há a hipótese da perda do *status* de militar. Preliminar rejeitada. Unanimidade.**
>
> (...) (Apelação nº 7000023-4.2018.7.00.0000 - Relator Ministro Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI - Julgamento: 17/5/18). (Grifamos).

Esse posicionamento foi corroborado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 127.900/AM, ocasião em que aquela Excelsa Corte decidiu que em nada repercute na esfera de competência da Justiça Militar o fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa:

> **EMENTA: Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. (...)**
>
> 1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).
>
> 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.
>
> (...). (STF - HC nº 127.900/AM - Relator Ministro DIAS TOFFOLI - Julgamento em 3/3/2016). (Grifo nosso).

Diante dos motivos acima expostos, rejeito a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO ANTE O JULGAMENTO DO ACUSADO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA

Subsidiariamente ao pedido de nulidade por incompetência da Justiça Militar da União, a Defesa pugnou que o feito fosse julgado monocraticamente pelo Juiz Federal da Justiça Militar.

Nesse ponto, a tese da Defesa também não merece ser acolhida.

Inicialmente, deve-se consignar a improcedência do argumento defensivo de que estariam comprometidas a imparcialidade e a independência da jurisdição, vez que os Juízes Militares não estariam protegidos pelas inviolabilidades que detêm os juízes togados, além de sujeitos aos comandos de seus superiores. Tampouco tem arrimo o argumento de não haver motivo para

civil ser julgado por quatros oficiais leigos e com formação militar, afetos a valores militares. Em relação a essa questão, bem fundamentou o Juízo *a quo* que:

> (...) as peculiaridades da organização e funcionamento da Justiça Militar justificam a não concessão das garantias naturais dos Membros do Poder Judiciário aos juízes militares que integram os Conselhos de Justiça, o que, a propósito, constitui, também, opção adotada pelo legislador constituinte em relação aos Tribunais do Júri, cujos integrantes de forma semelhante não exercem a jurisdição com dedicação exclusiva. A propósito, em que pese existam posicionamentos favoráveis, cabe ressaltar que, hoje, não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer fundamento legal ou constitucional que possibilite ao Juiz-Auditor julgar monocraticamente civis que venham a cometer crimes militares.
>
> Nesse Jaez, no âmbito do Egrégio Superior Tribunal Militar, muitos são os julgados em que se apreciou a matéria em questão, ficando assentado que inexiste qualquer prejuízo à independência e à imparcialidade dos juízes militares, (...).

Saliente-se que a independência dos Juízes Militares é assegurada por mecanismos igualmente idôneos a proporcionar a necessária imparcialidade, a exemplo daquelas asseguradas ao Oficial pela Constituição Federal e pelo Estatuto dos Militares. Notadamente, a conduta militar, calcada nos pilares da hierarquia e da disciplina, dá ao Juiz Militar a independência necessária para julgar de acordo com a sua consciência e conforme os ditames da lei. Acrescente-se que a participação de Juízes Militares, com seus conhecimentos sobre o ambiente de caserna, contribui para uma melhor avaliação, por exemplo, acerca da ocorrência de violação aos pilares institucionais da hierarquia e da disciplina.

Não se deve olvidar que a composição, a organização e o funcionamento dos Conselhos de Justiça encontram-se estabelecidos em lei específica (Lei nº 8.457/1992, Lei de Organização Judiciária Militar), cujo fundamento é extraído do parágrafo único do art. 124 da Constituição Federal.

A Lei de Organização Judiciária Militar, na redação vigente tanto na época do fato, como no momento do julgamento da Ação Penal, prescrevia (art. 27, inciso II) a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar os acusados que não sejam Oficiais nos delitos previstos na legislação penal militar. Ora, como o art. 9º do CPM prevê a possibilidade de cometimento de crime militar por civis, não há dúvida quanto à competência do Conselho Permanente de Justiça para julgá-los, por infringência à norma penal castrense.

São muitos os julgados desta Corte que rejeitam a preliminar ventilada pela DPU. Confira-se, a exemplo:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. (...). PRELIMINAR DE NULIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL EM VIRTUDE

> DE JULGAMENTO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. JUIZ-AUDITOR. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. (...).
>
> Consoante a dicção do art. 124 da Constituição Federal, compete à Justiça Militar da União o processamento e o julgamento dos crimes militares definidos pelo Código Penal Militar, cabendo à legislação ordinária estabelecer a sua organização, o seu funcionamento e a sua competência.
>
> (...)
>
> Inexiste previsão legal que confira ao Magistrado de primeiro grau competência para promover o julgamento monocrático do feito. Os atos de competência exclusiva do Juiz-Auditor encontram-se elencados em rol taxativo, descrito no art. 30 da Lei de Organização da Justiça Militar, em cujo teor não está contemplada a possibilidade de julgamento monocrático de réus civis.
>
> Preliminar rejeitada. Unanimidade.
>
> (...) (Apelação nº 7000218-86.2018.7.00.0000 - Ministro Ten Brig Ar CLEONILSON NICÁCIO SILVA - Julgamento: 2/8/2018).

Corroborando esse entendimento, há muito consolidado no âmbito deste Tribunal, cito julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo voto condutor foi proferido pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, que confirmou decisão desta Corte Castrense, proferida nos autos da Apelação nº 21-91.2011.7.10.0010/CE:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. (...). **LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR. JULGAMENTO DE CIVIL PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR**. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA.
>
> (...)
>
> 4. Ordem denegada. Unânime (STF/2ª Turma - HC nº 136.536/CE – Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI - Julgamento: 29/11/2016) (Grifamos).

É bem verdade que a nova redação dada ao art. 30 da Lei nº 8.457/92, pela Lei nº 13.774, de 19/12/2018, atribui competência ao Juiz Federal da Justiça Militar para, monocraticamente, processar e julgar civis, em determinadas situações.

Tal fato, porém, não tem qualquer reflexo na presente Apelação, uma vez que os fatos e o julgamento da Ação Penal realizado pela Primeira Instância foram anteriores ao advento da nova legislação.

Como é sabido, o Princípio *tempus regit actum* garante a validade dos atos processuais praticados sob a égide da lei processual anterior e a

aplicação imediata da nova norma processual, **a partir da sua vigência**, razão pela qual não se pode atribuir nulidade ao ato processual anterior com base na nova legislação.

Nesse sentido, tem-se manifestado esta Corte Castrense, após o advento da Lei nº 13.774/2018:

> EMENTA: APELAÇÃO. DANO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILIAR DA UNIÃO.
>
> A conduta imputada ao Acusado encontra acomodação típica no artigo 259 do Código Penal Militar, definindo-se, destarte, como crime militar, cujo processamento e julgamento competem à Justiça Militar da União, *ex vi d*o artigo 124 da Constituição Federal.
>
> A circunstância de o Acusado ser agora civil não afasta a competência da Justiça Militar na espécie, como também não lhe subtrai a condição de parte legitimamente passiva *ad causam*.
>
> À época da prolação da Sentença, a competência para todos os julgamentos na Justiça Militar era exclusivamente dos Conselhos de Justiça, não sendo demasia enfatizar que somente caberia a discussão sobre se seria esta singularmente do magistrado togado de primeiro grau a partir de 20/12/2018, com a publicação da lei nº 13.774/2018, que, no ponto, não retroage, tendo em conta, inclusive, o *inarredável princípio* ***tempus regit actum***.
>
> (...)
>
> Preliminares rejeitadas por unanimidade.
>
> No mérito, rejeição do Apelo por unanimidade. (STM - Apelação nº 175-44.2014.7.12.0012 - Relator Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos - julgamento em 1º/2/2019). (Grifo nosso).

Assim, conferir ao Juiz Federal da Justiça Militar a competência para o julgamento do presente feito violaria, frontalmente, o princípio do juiz natural, insculpido no inciso LIII do art. 5º da CF/1988. Padece, portanto, de amparo legal e constitucional o pleito para julgamento de civil, monocraticamente, pelo Juiz Federal da Justiça Militar, no caso dos autos.

Diante do exposto, rejeito a preliminar, suscitada pela Defesa, de julgamento do feito pelo Juiz Federal da Justiça Militar, monocraticamente.

PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95. DIREITO SUBJETIVO À TRANSAÇÃO PENAL E À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A Defesa sustenta a possibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 ao caso dos autos, principalmente diante da inconstitucionalidade parcial do art. 90-A do referido diploma legal, no tocante aos réus civis, ante a violação ao princípio constitucional da igualdade.

Requer o acolhimento da preliminar para que o Tribunal reconheça a aplicabilidade dos institutos da Lei nº 9.099/95 ao caso concreto, anule o processo e determine a remessa dos autos ao órgão do Ministério Público Militar com atribuição para o feito, a fim de que o *Parquet* ofereça, querendo, proposta de transação penal ou apresente manifestação fundamentada de não oferecimento ou, ainda, apresente ao acusado a proposta de "sursis" processual.

Em relação a essa preliminar, melhor sorte não socorre ao Apelante.

No âmbito desta Corte Castrense é pacífico o entendimento de que as disposições da Lei dos Juizados Especiais Criminais não são aplicáveis no âmbito da Justiça Militar da União. O assunto, inclusive, encontra-se assentado no Enunciado nº 9 da Súmula da Jurisprudência predominante neste Tribunal:

> A Lei nº 9.099, de 26/9/95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União.

Corroborando o entendimento jurisprudencial, o legislador pátrio, por meio da Lei nº 9.839/99, inseriu o art. 90-A na Lei nº 9.099/95. Tal dispositivo afastou definitivamente quaisquer dúvidas a esse respeito.

O argumento de que, no caso dos autos, o réu é civil não permite o acolhimento da preliminar. Note-se que o crime cometido é propriamente militar e o Apelante era militar quando cometeu o delito. Ainda que o Acusado fosse civil à época do cometimento, o pleito não poderia ser atendido por expressa vedação legal.

É sabido que o caráter especial desta Justiça Castrense, conferido pela Constituição Federal, impõe rito específico aos crimes militares próprios ou impróprios. No caso, não há lacunas ou omissões na legislação penal castrense que autorize a importação de institutos da legislação penal comum. Ademais, as especificidades que regem as instituições militares, bem como as destinações legais e constitucionais dessas organizações, justificam o rito processual distinto no âmbito da Justiça Militar, não havendo qualquer violação ao princípio da igualdade. Assim, com a devida vênia às vozes em contrário, não há que se falar em inconstitucionalidade parcial do art. 90-A da Lei nº 9.099/1995 no tocante a réus civis.

Como dito, é sólida a jurisprudência deste Tribunal pela impossibilidade de aplicação dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Militar da União, mesmo sendo o Réu civil, como se pode conferir no seguinte Aresto:

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. CONDENAÇÃO DE CIVIL. DESACATO A MILITAR - ART. 299 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DE JUIZ-AUDITOR PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

> **INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 90-A DA LEI 9.099/95. INOCORRÊNCIA**. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. I - A Lei 8.547/92, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares, encontra-se harmonicamente adequada aos preceitos constitucionais, não contempla a possibilidade de julgamento de civis monocraticamente pelo Juiz-Auditor e estabelece a competência do Conselho de Justiça para o julgamento dos crimes definidos na legislação penal militar, sem fazer qualquer ressalva quanto à condição do Acusado, seja ele militar ou civil. **II - A vedação à aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, conforme estatuído em seu art. 90-A, não viola o princípio da isonomia. O caráter especial da Justiça Castrense, conferido pela Constituição Federal, impõe rito específico aos crimes militares próprios ou impróprios. Precedentes.** III – Embargos Infringentes conhecidos e rejeitados. Decisão majoritária. (Embargos Infringentes nº 7000105-35.2018.7.00.0000 - Relator Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ - Julgado: 10/5/2018). (Grifamos).

O posicionamento desta Corte Castrense encontra eco na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a exemplo do julgado abaixo indicado, no qual a Corte Suprema, **em caso de julgamento de civil, destaque-se**, não observou qualquer vício de constitucionalidade no art. 90-A da Lei nº 9.099/1995:

> EMENTA: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. CIVIL ACUSADO DE CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar civil acusado de desacato e desobediência praticados contra militar das Forças Armadas no "desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública" (art. 9º, III, *d*, CPM). Precedente da Primeira Turma: HC 115.671, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio; 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 90-A da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 9.839/99. Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Militar.** 3. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. Unânime. (STF/1ª Turma - HC nº 113.128/RJ - Ministro ROBERTO BARROSO - Julgamento: 10/12/2013). (Grifamos).

Em razão de todo o exposto, rejeito a preliminar de aplicação da Lei nº 9.099/95 por falta de amparo legal.

MÉRITO

Em relação ao mérito, a Defesa sustentou a inconstitucionalidade/não recepção da norma do art. 195 do CPM por contrariar o princípio da ofensividade, da individualização da pena e da persuasão racional do julgador. A seu ver, como não restou demonstrada a existência de perigo concreto ao

bem tutelado, seria imperativa a reforma da sentença e a absolvição do Apelante com base na alínea "b" do art. 439 do CPPM.

Não obstante os esforços da Defensoria Pública da União em defender a supramencionada tese, tal pleito não deve e nem pode prevalecer, pois tal dispositivo está em perfeita sintonia com as regras e os princípios constitucionais, sobretudo com as regras inerentes ao caráter especial do Direito Penal Militar.

Os delitos de perigo abstrato protegem o bem jurídico de ameaça de lesão futura, claramente possível de ocorrer, como no caso de um posto desguarnecido, situação da qual pode resultar em invasão ao aquartelamento, furto de armamentos, de munições, apenas para exemplificar. Nas palavras de Rogério Greco (*In Curso de Direito Penal*: parte geral, Volume I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 196):

> Os crimes de perigo, que podem ser subdivididos em perigo abstrato e concreto, constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Assim, podemos dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano.

Como sabido, o art. 195 do CPM tutela valores, tais como a hierarquia, a disciplina, a proteção do serviço e do dever militar, a segurança e a regularidade das instituições militares. Com a devida vênia a opiniões contrárias, o tipo penal de abandono de posto encontra-se recepcionado pela ordem constitucional vigente, dada a inexistência de afronta aos preceitos da Carta da República.

Sobre o crime de abandono de posto, o jurista CÉLIO LOBÃO FERREIRA, *in* "Direito Penal Militar", 3ª edição, 2006, leciona:

> A lei penal militar tutela o dever militar, a segurança e a regularidade do funcionamento das instituições militares, diante do perigo decorrente da ausência do militar, do posto, do lugar de serviço ou da execução do serviço do qual foi incumbido (op. cit., pág. 358).

Ainda sobre o delito previsto no art. 195 do CPM, vale citar o entendimento expresso por Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (*In Direito Penal Militar*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2015. p. 1.133):

> De fato, devemos lembrar que quartéis possuem armas, munições e, principalmente, vidas humanas. Permitir a possibilidade de falha na segurança a critério do entendimento de cada soldado é algo extremamente perigoso. Abre as portas para o ingresso clandestino e, com isso, o furto ou roubo de armas e munições e risco de vida para os demais militares no quartel, em especial, as demais sentinelas e os rondantes. [...].

A esse respeito, foram precisas as anotações constantes da decisão recorrida:

> ... o crime de abandono de posto (art. 195 do CPM) se materializa no instante que o militar abandona o posto ou **lugar de serviço que lhe tenha sido designado**, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo, sem ordem superior, independente da comprovação do dano.
>
> Ademais, por se tratar de uma legislação especial, o bem jurídico tutelado é a segurança das instituições militares, bem como do armamento, instalações, navios, aeronaves, dentre outros. A finalidade desta proteção é garantir que a organização militar tenha condições de cumprir sua função constitucional seja em tempo de paz, de guerra declarada ou de calamidade pública.
>
> **Basta, portanto, a simples probabilidade de dano ou prejuízo para justificar a tutela penal. A punibilidade, repise-se, decorre do perigo presumido de dano ou de prejuízo à ordem Administrativa Militar.**
>
> (...). (Grifo nosso).

Não se desconhece a existência, na doutrina, de quem defenda a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, todavia mais forte e consistente é a corrente doutrinária que sustenta a sua consonância com a Carta Magna. Nesse sentido:

> No entanto, não parece adequado imprimir inconstitucionalidade ao crime de perigo abstrato, vez que a própria Constituição descreve um deles – o crime de tráfico de drogas – e prevê sua equiparação a crime hediondo. Por mais que a Carta Magna não descreva claramente no que consiste o tráfico de drogas, resta claro que determina a criminalização do comércio de substâncias entorpecentes, independentemente de seu resultado concreto sobre a saúde dos eventuais usuários. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta*. Acesso em 30.08.2018).

No campo jurisprudencial, é pacífico o entendimento que pugna pela recepção constitucional do art. 195 do CPM, tanto no âmbito desta Corte, como no Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ABANDONO DO LUGAR DE SERVIÇO. (...). **TIPO PENAL. ART. 195 DO CPM. RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL**. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. POTENCIALIDADE DE DANO. (...).
>
> (...)
>
> **3. O tipo penal de abandono de posto encontra-se recepcionado pela ordem constitucional vigente, dada a inexistência de afronta aos preceitos da Carta da República. Precedentes desta Corte e do STF.**

> 4. Tratando-se de crime de perigo abstrato, cuja existência se consagra na imperiosa necessidade do resguardo da segurança e da regularidade do funcionamento das instituições militares, a exigência de risco efetivo é desnecessária, bastando a potencialidade do dano.
>
> (...). Decisão unânime. (Apelação nº 58-79.2015.7.10.0010/CE - Relator Min. Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Julgamento: 30/10/2017). (Grifamos).

> **EMENTA: Habeas corpus. Constitucional. Penal Militar. Crime de abandono de posto (CPM, art. 195). (...).**
>
> (...)
>
> 4. Não procede a alegação de inconstitucionalidade do art. 159 [sic] do Código Penal Militar sob a premissa de que dispositivo em questão, por tratar de crime de perigo abstrato, vilipendiaria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, da ampla defesa e do contraditório. Não obstante referido delito se classifique como de perigo, ele se consagra na necessidade de se resguardar a segurança e a regularidade do funcionamento das instituições militares, pautados que são pelo mandamento constitucional da hierarquia e da disciplina (CF, art. 142, ***caput***), não havendo que se falar, portanto, em ofensa aos princípios constitucionais invocados pela defesa.
>
> 5. **Habeas corpus** do qual se conhece parcialmente. Ordem denegada. Unânime.
>
> (STF/2ª Turma - Habeas Corpus nº 130.793/SP - Relator Ministro DIAS TOFFOLI - Julgado: 2/8/2016). (Sublinhamos).

Assim, com arrimo em firme entendimento doutrinário e jurisprudencial, verifica-se que o art. 195 do CPM foi plenamente recepcionado pela ordem constitucional vigente, diante do que rejeito o pedido da DPU de declaração da inconstitucionalidade/não recepção da norma em tela, bem como de absolvição do Apelante em razão desse fundamento.

Ainda em relação ao mérito, a DPU sustentou, em suas razões recursais, o descabimento de uma sanção penal militar ao Apelante, já licenciado das fileiras da Marinha, ante a atipicidade material da conduta.

No que concerne à conduta imputada ao acusado, defende que a questão restou esclarecida, não restando dúvidas da total carência de tipicidade do delito, "ante a fragilidade da alegação acusatória de que o acusado não teria respondido contato de rádio por volta das 3h30".

Acerca desse ponto, aduz que a conduta do Acusado não teria ocasionado efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Argui, ainda, que não caberia que o agora civil seja submetido a julgamento pela Justiça Militar da União, eis que, no seu entender, a jurisdição desta reveste-se de caráter excepcional quando se trata de réu civil.

Nesse sentido, requereu a DPU a absolvição do acusado ante a ausência de tipicidade material da conduta, em consonância com os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade, da intervenção mínima e princípio da insignificância, sendo reconhecido o caráter disciplinar da conduta perpetrada, com base no art. 439, alíneas "b" e "d", do CPPM.

O argumento sobre a não submissão do Apelante à Justiça Militar da União, em razão da sua atual condição de civil, já foi devidamente enfrentado em sede de preliminar, quando ficou demonstrado que o licenciamento superveniente do Apelante em nada modifica a competência da Justiça Militar da União para o presente caso.

No mais, data vênia, a tese defensiva também não prospera. Senão vejamos.

O crime de Abandono de Posto está assim tipificado na Lei Substantiva Castrense, no seu art. 195, *in verbis*: "Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo".

Sobre esse delito, ensina **CÉLIO LOBÃO FERREIRA**, *in* "Direito Penal Militar", 3ª edição, 2006:

> O crime de abandono de posto é de mera conduta e instantâneo, (...) (*op. citada*, página 358)
>
> A ação incriminada é abandonar, é afastar-se, definitiva ou temporariamente, sem ordem superior, do posto ou lugar de serviço que lhe foi designado e, ainda, abandonar o serviço que lhe cumpria executar, antes de terminá-lo.
>
> As figuras delituosas expressas na norma penal integralizam-se, respectivamente, quando o agente, sem ordem superior, retira-se do posto ou do lugar de serviço que lhe foi designado, ou quando interrompe o serviço, antes de concluí-lo. (*op. citada*, página 358).
>
> O delito é punido a título de dolo, a vontade consciente de abandonar o posto, o lugar de serviço, ou o serviço antes de terminá-lo (...). (*op. citada*, página 363).

Em seu depoimento, na fase de Inquérito Policial Militar, o indiciado informou, em resumo:

> - que o Contramestre, SG JEFERSON desceu na Barca Oficina às 4h05; que tinha ido ao alojamento para tomar remédio e ir ao banheiro; que não sabia informar o que o Contramestre foi fazer na Barca Oficina; que entrou no alojamento por volta das 3h25; que passou o serviço para

> o Cb DHONE às 03h50; que quando o Contramestre adentrou no local estava acordado; que o Contramestre entrou no alojamento juntamente com o Cb DHONE; e que a fonia do cais tem muita interferência.

Ao ser interrogado, em Juízo, o Réu negou que tenha abandonado o posto para dormir, tendo alegado, em síntese, o seguinte:

> - no dia do ocorrido era o *vigia do cais* de 0h00 às 4h00; estava em seu local de serviço fazendo a ronda; que o *vigia do cais* faz a ronda, que é o "volante"; por volta das 3h30min foi ao alojamento verificar como estava a situação do pessoal e, logo em seguida, foi verificar as partes e os compartimentos abaixo, onde faz água; e que como estava quase chegando o horário de ser rendido voltou para o alojamento para acordar a sua rendição (2'25''/2'55''). Afirmou que em nenhum momento viu o marinheiro TRAVASSOS lá no cais, na Barca Oficina, principalmente; que o SG JEFERSON alega que desceu e o viu dormindo, coisa que não aconteceu em nenhum momento (3'27''/3'40''). Declarou que o horário em que viu o SG JEFERSON lá embaixo era por volta das 4h05min (4'35''/4'45''-9'20''/9'32''-11'30''/11'35''). Informou que não sabe dizer o motivo pelo qual o SG JEFERSON afirmou que estava dormindo (5'45''/5'50'').
>
> - Em resposta a indagação feita pelo MPM, disse que estava saindo da Barca Oficina, saindo do alojamento, no momento em que o SG JEFERSON chegou "gritando" (6'22''/6'45''); que foi até ao alojamento acordar o militar que seria a sua rendição (7'05''/7'11'').
>
> - Indagado pelo Conselho de Justiça, disse que geralmente o oficial de serviço pede para fazer contato a cada meia hora ou de uma em uma hora, coisa que às vezes não acontece por causa da fonia que é precária lá na Barca (8'30''/8'40''); que o último horário em que estabeleceu contato com a sala de estado foi por volta de 2h30 ou 3h00, não sabendo precisar (9'02''/9'18''); que o SG JEFERSON teria chegado na Barca por volta das 4h05min da manhã; que o militar que iria lhe render já estava acordado e presenciou a atitude do SG JEFERSON em relação a ele (9'20''/9'42''); que a passagem de serviço para o militar que iria lhe render ocorreu no alojamento; que foi até o alojamento e o Cb DHONE estava de pé indo para o banheiro, então ficou o aguardando lá; que o armamento não chegou a ser passado porque o sargento "hora" depois chegou gritando lá (11'59''/12'/27'').

Dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela Defesa, todos colhidos em Juízo, extraem-se os seguintes esclarecimentos, em síntese:

A 1ª Testemunha da Defesa, 1º Ten JULIANA TERRA DE OLIVEIRA, oficial de serviço, na data em que ocorreram os fatos, informou, em suma:

> - que não viu nada do ocorrido, pois nesse momento estava em seu horário de descanso; que o Vigia do Cais deve ficar na Barca Oficina, em cima, e deve ficar andando pelo Cais, também; que o local do serviço é na Barca Oficina, porém, por se tratar de um cais e pelo fato

> de às vezes chegarem embarcações próximas, os militares precisam avisar se há embarcações ou pessoas se aproximando, em razão da segurança orgânica da OM, de maneira que de vez em quando eles têm de ir lá olhar para ver se está tudo bem, inclusive perto dos navios e no dique flutuante que fica ao lado; e que o serviço é tirado na parte externa da Barca Oficina;

A 2ª Testemunha da Defesa, 2º SG MAURÍLIO VALDECI BATISTOTI, esclareceu ao Juízo:

> - que não se recorda se estava de serviço no dia e que não presenciou os fatos indicados na denúncia; que o Cb DEAN era um excelente militar; que faz parte do dever do militar de serviço de Vigia do Cais fazer rondas internas na Barca Oficina e por esta ser de metal há interferência na comunicação, o rádio não funciona; que o militar que está no horário é responsável, principalmente à noite, pela segurança do pessoal da Barca, de maneira que é obrigado a fazer uma ronda para verificar se está tudo ok e dar o pronto ao Contramestre de serviço, tanto na Barca como na região do cais; que no cais só têm o serviço de "vigia do cais", que é responsável por verificar qualquer incidente ou movimentação estranha e passar para o Contramestre e pessoal de serviço; e que o Vigia do Cais tem de ficar rodando no cais para fins de segurança;

A 3ª Testemunha da Defesa, MN-RC EMERSON NUNES MONTEIRO, esclareceu ao Juízo:

> - que não estava de serviço no dia do ocorrido; não viu se o Cb DEAN abandonou o posto ou não, nem sabe dizer se ele estava dormindo em local diferente de onde estava escalado para o serviço; que o Cb DEAN era um bom companheiro de trabalho e cumpridor de seus deveres; que era frequente o problema de comunicação devido à distância entre a Estação Naval e a Barca Oficina/Vigia do Cais; que o "vigia" verifica todo o cais; que tem que dar o pronto do que está acontecendo, se as lanchas têm água ou não, tem que verificar o porão da Barca Oficina, os compartimentos do navio; que o vigia não fica só na Barca Oficina, até porque na lista de detalhes de serviço está escrito vigia do cais, não é só da Barca Oficina, é vigia do cais; e que lá no cais raramente pega fonia.

As testemunhas de defesa não presenciaram o fato delituoso narrado na denúncia. Os depoimentos em tela apontaram a possibilidade da ocorrência de falhas na comunicação via rádio entre o Vigia do Cais e a sala de estado, devido à sujeição de interferências na fonia no local do serviço – Barca Oficina/Cais – e à distância entre este local e a Estação Naval.

As possíveis falhas na comunicação entre a Barca Oficina e a Estação Naval, devido a eventuais interferências na radiofonia, foram bastante exploradas nas razões recursais, contudo esses argumentos não têm o condão de infirmar a acusação, nem, tampouco, o decreto condenatório.

Muito embora fosse um dos deveres do Apelante, enquanto em serviço de "vigia do cais", realizar contatos de rádio periódicos com a sala de estado/Contramestre, a conduta que lhe é imputada não é de ter deixado de responder às tentativas de contato rádio feitas pelo Contramestre, mas, sim, de ter abandonado, sem ordem superior, o lugar de serviço que lhe havia sido designado, sendo encontrado dormindo no alojamento da Barca Oficina, durante seu quarto de hora.

Os depoimentos das testemunhas de acusação, esclarecedores e harmônicos entre si, comprovam a narrativa Ministerial. As referidas testemunhas, quando ouvidas em Juízo, declararam, em síntese, *in verbis*:

> - 2º SG JEFERSON LUÍS ALMEIDA SANTOS (1ª testemunha do MPM), que estava de serviço de Contramestre de 0h00 às 4h00:
>
> "(...) Eu estava de serviço no mesmo dia, no mesmo quarto de hora, eu era o Contramestre de serviço na Estação Naval do Rio Negro. (…)";
>
> - Indagado pelo Juiz-Auditor sobre o que faz o "vigia do cais" nesse serviço, informou: "Ele é responsável por fazer a segurança de toda a parte baixa ali do cais (…) a termo de aproximação de algum, de alguém estranho à Guarnição, dá uma olhada com relação às lanchas, aos navios, prestar todo o apoio ali na parte do cais, na Estação Naval do Rio Negro. (…)";
>
> - Relatou a testemunha que "Por volta das três e meia da manhã nós tentamos contato via rádio com a Barca Oficina e não obtivemos sucesso. (…) Por volta de umas três e meia da manhã eu acionei o Polícia, que é um militar nosso que fica rondando o Complexo. (...) Acionei ele, e o Marinheiro TRAVASSOS, que estava de serviço no horário comigo também, (...) se voluntariou pra descer lá, pra ver o que estava acontecendo.
>
> - (…) Ao chegar lá o Marinheiro TRAVASSOS fez contato comigo pelo rádio avisando que ele não havia encontrado ninguém no posto, aí eu determinei que ele ficasse lá (…).
>
> - Quando foi por volta de 10 para as 4 da manhã, eu fui rendido pelo Contramestre do quarto de 4h às 8h e me dirigi até a Barca Oficina. Lá chegando fui recepcionado pelo Marinheiro TRAVASSOS que estava lá."
>
> - "(...) falei: TRAVASSOS cadê o pessoal de serviço? Ele 'Sargento, eu não encontrei ninguém'. Falei, então vamos procurar. Rodamos alguns compartimentos da Barca Oficina, os compartimentos da parte alta (…).
>
> Então. Quando nós começamos a rodar os compartimentos atrás do Militar de serviço, ao entrar no primeiro…, andei alguns compartimentos, não encontramos ninguém, quando entramos em um dos alojamentos da Barca Oficina, havia dois militares dormindo, o qual eu não consegui identificar porque estava com a cabeça coberta, mas até

então não sabia quem era. Falei: 'o terceiro deve ser o militar de serviço, que não está aqui dormindo'. Continuamos andando, quando entramos no segundo alojamento, encontramos outro militar dormindo, ou seja, **os três estavam dormindo**."

- "(…) Então ao voltar ao primeiro alojamento falei 'TRAVASSOS' vamos acordar todo mundo para saber quem é o militar de serviço. Encontrei o Cb DHONE, que renderia de 4h às 8h, de pé, bem sonolento, e perguntei se ele era o militar de serviço. Ele falou que não. Eu falei então acorda todo mundo que eu quero saber quem é o militar de serviço. E para minha surpresa o militar que estava sem sapato, sem a pistola, deitado, coberto da cabeça aos pés, era o Cabo DEAN, o militar de serviço do horário. (…)".

- Indagado pelo Juiz-Auditor sobre o que o Cb DEAN falou quando foi plotado, a Testemunha relatou: "ao primeiro momento ele despertou, perguntei se era ele de serviço, ele confirmou que era, mandei ele compor uniforme e guarnecer o serviço avisando que eu ia levar a situação ao oficial de dia né, ao oficial de serviço, sobre o fato ocorrido e já deixando a rendição dele de 4h às 8h acordado para a rendição daquele horário. (...)".

- MN THIAGO HENRIQUE DE SOUZA TRAVASSOS (2ª testemunha do MPM), que estava de serviço de Cabo Auxiliar de 0h00 às 4h00:

"(...) Nesse dia eu tava no horário de meia-noite às quatro, certo, aí por volta de três e meia…, três e vinte/três e meia da manhã, chegou um fornecedor para entregar alguma coisa, em algum navio, e o Contramestre ele fez contato via rádio com a Barca Oficina. Diversos contatos com a Barca Oficina pelo rádio, só que não obteve resposta. Foi então que ele me pediu para que eu fosse lá verificar o que estaria acontecendo. Aí quando eu cheguei lá na Barca Oficina Alecrim, que é onde o Cabo DEAN dá serviço, eu não o encontrei. Olhei em vários lugares da Barca Oficina e não o encontrei. Foi o que depois ocorreu, foi que o Sargento JEFERSON ele chegou logo após a mim, e ele foi dar uma verificada mais apurada e constatou que o Cabo DEAN não estava no posto de serviço. (…)".

- Indagado pelo Juiz-Auditor sobre o horário que desceu à Barca Oficina, A Testemunha informou que "era por volta de 3:30 a 3:40 da manhã".

- Indagado pelo Juiz-Auditor sobre quem o teria rendido para ele sair daquele local e voltar para onde deveria ficar (seu efetivo local de serviço), a Testemunha esclareceu que: "não, eu não fiquei rendendo o Cb DEAN, eu não fiquei rendendo o serviço do Cb DEAN. Eu desci para verificar o que estava acontecendo, por, devido ao fato de não obter resposta pela fonia. Aí eu fui verificar o que estava acontecendo. Não encontrei ninguém na Barca Oficina e logo depois o Sargento JEFERSON chegou, quando ele foi rendido no horário lá de Contramestre, no pórtico. Ele desceu e foi verificar também o que estava acontecendo, foi

> quando ele achou o Cb… não achou, na verdade, ninguém. Fez uma procura mais apurada, e achou os militares que estavam de serviço lá. (...)".
>
> - Indagado pelo Juiz-Auditor se confirmava que no local onde era previsto o posto de permanência do então Cb DEAN, ele não estava no horário designado, a Testemunha respondeu: não estava.

O CB DHONE VICTOR DA COSTA, que estava de serviço de "vigia do cais", de 4h00 às 8h00, foi ouvido como testemunha do Juízo. Em relação ao depoimento do Cb DHONE, transcrevem-se os seguintes trechos, *in verbis*:

> **Juiz-Auditor Substituto**: quando o DEAN foi plotado, em tese, fora do local que ele deveria estar, ele já tinha acordado o senhor para rendê-lo naquele dia, quatro horas da manhã? **Testemunha**: Não. **Juiz-Auditor**: o senhor ainda estava dormindo? **Testemunha**: Isso. **Juiz-Auditor**: e ele não lhe chamou? Testemunha: Não. (…)
>
> **Juiz-Auditor**: e aí, nesse momento, que deu o problema, ou seja, que é o horário mais crítico, é o serviço da madrugada, o senhor confirma que o JABES DEAN não foi até você lhe acordar? **Testemunha**: Isso (...). **Juiz-Auditor**: e quando você levantou, despertado pelo seu celular, e foi para o seu posto, o JABES estava lá? **Testemunha**: não estava. (…)
>
> **Juiz-Auditor**: em algum momento o JABES DEAN lhe passou esse armamento com as munições no horário da madrugada, aqui específico. Que ele deveria lhe passar isso 4 horas da manhã? Ele lhe passou?: **Testemunha**: Não. **Juiz-Auditor**: e como é que o senhor ficou depois na hora sem o material? **Testemunha**: quando a passagem do serviço, a gente faz lá embaixo e à noite em cima, eu fui à procura dele, lavei o rosto, saí e fui (…), quando eu volto, aí eu vi uma pessoa de cinza que era o Sargento e o Marinheiro TRAVASSOS e ele falou alto "para, para, cadê o armamento, cadê o armamento". **Juiz-Auditor**: Pra você? **Testemunha**: pra mim. Aí eu sem entender nada (…), aí fomos ao alojamento, encontramos o outro cara do horário que era o ROSÁRIO, aí fomos no outro alojamento, o alojamento que eu estava dormindo, por que são vários beliches, aí ele falou 'acende a luz', quando acendeu a luz aí estava ele lá, estava deitado.**Juiz-Auditor**: O DEAN?
>
> **Testemunha**: isso. (...).
>
> **Juiz-Auditor**: (...) mas ele estava deitado e não houve a rendição do serviço, o senhor deixou bem claro isso aqui, não foi? **Testemunha**: isso. (...).

Em que pese o Apelante ter negado o cometimento do delito descrito na denúncia, a prova coligida aos autos, durante a instrução probatória, é robusta e hábil a demonstrar plenamente a materialidade e a autoria delitivas, não restando dúvidas de que a conduta do Recorrente enquadra-se no tipo penal de abandono de posto.

A Escala de Serviço do dia 30 para 31 de agosto de 2016 e a cópia da Ordem Interna nº 10-11C, que trata dos deveres do pessoal de serviço, comprovam que o acusado estava de serviço de "vigia do cais", na Barca Oficina Alecrim da Estação Naval do Rio Negro, no horário de 00h00mim às 4h00min, do dia 31 de agosto de 2016, fato esse admitido pelo acusado em seu Interrogatório (fls. 14/19 e 28 - Arquivo 1 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012).

Os testemunhos informam que o serviço de "vigia do cais" não é um posto fixo, sendo realizado como uma espécie de serviço "volante". De acordo com os depoimentos colhidos na instrução processual, o serviço deveria ser cumprido na área externa da Barca Oficina, com a eventual realização de rondas para verificação da área do cais, do dique flutuante e, até mesmo, dos compartimentos internos da Barca Oficina.

Restou demonstrado nos autos que, apesar de não se tratar de um posto fixo, o serviço de vigia do cais possuía áreas delimitadas. O Ofício nº 527/ENRN_MD, de 1º de novembro de 2016, do Comandante da Estação Naval do Rio Negro, é peremptório ao informar que "o posto de vigia do cais deveria guarnecer a área externa da Barca Oficina Alecrim, no Cais Flutuante, não estando o alojamento da referida Barca compreendido dentro da área do seu lugar de serviço." (fl. 125 – Arquivo 1 do Evento 1 da Ação Penal nº 0000187-87.2016.7.12.0012)

O setor de vigilância atribuído ao militar no quarto de hora (área externa da Barca Oficina, área do cais e da praia do índio) era deveras importante para a segurança orgânica da Estação Naval do Rio Negro e da própria Guarnição de Serviço. Ressalta-se que se tratava de um serviço armado, e que o "vigia do cais" era o único responsável por manter a segurança da Organização Militar na mencionada área, devendo, inclusive, monitorar a aproximação de embarcações e informar ao pessoal de serviço.

A frágil versão apresentada pelo Apelante, de que teria realizado uma ronda nos compartimentos internos da Barca Oficina, e que, por se aproximar o término do seu quarto de hora, teria adentrado no alojamento para acordar a sua rendição, não encontra a mínima sustentação, diante do conjunto fático probatório coligido aos autos. A prova testemunhal é robusta! Os depoimentos dos militares que estavam de serviço no mesmo dia e quarto de hora em que houve o abandono de posto são seguros e coerentes, comprovando integralmente a narrativa contida na Denúncia ministerial.

O MN TRAVASSOS confirmou em Juízo que, por volta das 3h30-3h40, desceu ao local, por determinação do SG JEFERSON, olhou em vários lugares da Barca Oficina e não encontrou o "vigia do cais", tendo informado essa situação ao SG JEFERSON e aguardado a chegada do graduado naquele local.

O SG JEFERSON, por sua vez, confirmou que, ao ser rendido por volta das 3h50, dirigiu-se ao local e, acompanhado do MN TRAVASSOS, passou a verificar alguns compartimentos da Barca Oficina. Ao passar pelo primeiro alojamento, encontrou dois militares dormindo (tratava-se dos Cabos DEAN e DHONE); ao continuar a busca verificou, em um segundo alojamento, que o terceiro militar de serviço de "vigia do cais" também estava dormindo. Ao retornar para o primeiro alojamento, encontrou o CB DHONE de pé, porém sonolento e, após alguns esclarecimentos, verificou que o outro militar que tinha visto dormindo, quando da sua primeira passagem por ali, era o CB DEAN, o qual deveria estar tirando o quarto de hora.

O depoimento da testemunha CB DHONE VICTOR DA COSTA termina de desmontar a versão apresentada pelo Apelante. Essa importante testemunha (militar escalado de "vigia do cais" das 4h00 às 8h00) afirmou, em Juízo, que, em nenhum momento, foi acordado pelo CB DEAN para a rendição, e confirmou que acompanhou o SG JEFERSON no momento em que este, ao retornar ao alojamento, plotou o Apelante ainda deitado no beliche.

O fato concreto adéqua-se, portanto, ao tipo penal inserto no art. 195 do CPM, não restando dúvidas de que, no dia 31 de agosto de 2016, o ex-CB JABES DEAN COSTA ARAÚJO RIBEIRO, cumprindo serviço de "vigia do cais" na Barca Oficina Alecrim, durante o seu quarto de hora de 0h00 às 4h00, abandonou, sem autorização, o local do serviço que lhe cumpria, para ir deitar-se no alojamento, onde foi encontrado dormindo pelo 2º SG JEFERSON.

O dolo na conduta do Apelante restou devidamente evidenciado, na medida em que, deliberadamente, de maneira livre e consciente, abandonou o local de serviço que lhe incumbia para ir dormir no alojamento, faltando com o respectivo dever ao deixar totalmente desguarnecida a área de segurança que lhe competia vigiar.

Também não assiste razão à Defesa ao requerer a absolvição do acusado ante a ausência de tipicidade material da conduta, em consonância com os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade, da intervenção mínima e princípio da insignificância, para que seja reconhecido o caráter disciplinar da conduta perpetrada, com base no art. 439, alíneas "b" e "d", do CPPM.

Refutando esse argumento, assim se pronunciou a decisão hostilizada:

> Com efeito, não se perpetra a hipótese de aplicação do princípio da intervenção mínima, eis que tal instituto é voltado ao legislador e não ao julgador. Nessa senda, há de se reconhecer que o Códex Castrense já resolveu por bem tutelar o dever militar e o serviço militar, considerando como crime a conduta de abandono de posto, nos termos de seu artigo 195, respectivamente.

> Em relação ao **princípio da insignificância**, há de se ressaltar que tal construção teórica, fruto dos estudos de Claus Roxin, não deve levar em consideração somente o desvalor do resultado do delito, mas também o desvalor da conduta.
>
> Além disso, quanto a possibilidade de **considerar o fato como infração disciplinar**, também não lhe assiste razão. Isso porque a conduta do réu afrontou suficientemente o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Militar a ponto de justificar a atuação desta Justiça Especializada. (Grifo nosso).

Com efeito, o tipo penal em testilha tutela o dever militar, a segurança e a regularidade do funcionamento das instituições militares, bens de elevado valor e de interesse de toda a sociedade brasileira, não sendo prudente subestimar a relevância da lesão ou da ameaça de lesão a tais bens.

A existência de uma legislação própria e de uma Justiça especializada para o julgamento de tais casos não é acidental, mas fundamenta-se justamente no fato de algumas condutas que, na esfera civil, seriam classificadas como de menor relevância e ofensividade, quando trazidas para o âmbito militar, devem ser analisadas sob outra ótica, considerando a existência de todos os bens jurídicos envolvidos. Em atenção a essas peculiaridades, o legislador pátrio, reconhecendo a relevância dos bens e dos valores envolvidos, resolveu tutelar penalmente tais bens jurídicos, tipificando, como crime, o abandono de posto, nos termos do art. 195 do CPM.

Sobre a suposta não ocorrência de efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, cabe ressaltar que o delito de abandono de posto, por se tratar de crime de perigo abstrato, mera conduta e instantâneo, não exige o efetivo prejuízo à Unidade Militar para a sua consumação.

Portanto, sendo o delito de mera conduta, a simples ausência, de forma livre e consciente, já é suficiente para a caracterização do crime. Sobre esse ponto, cabe ressaltar o seguinte trecho do parecer da PGJM:

> A conduta é típica, antijurídica e culpável, e foi praticada quando o Apelante ainda detinha o *status* de militar da ativa da Marinha do Brasil, não devendo ser acolhida a tese de atipicidade da conduta, por ausência de perigo concreto à Organização Militar, na medida em que o crime de abandono de posto ofende substancialmente a segurança das instalações e de seus militares, bastando a probabilidade de dano à OM e aos seus serviços, conforme precedentes dessa Corte Superior de Justiça Militar e do Supremo Tribunal Federal - HC 130793/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em 02/08/2016, 2ª Turma. Publicado no DJe em 11/10/2016.
>
> Aliás, ressalte-se que a segurança das instalações restou totalmente desguarnecida com a conduta do Apelante, de modo que o perigo representado por seu abandono não foi meramente abstrato, mas

> concreto, conforme ressaltaram as testemunhas arroladas na Denúncia, transcritas pelo *Parquet* Castrense nas contrarrazões ao recurso, (...).

Nessa senda, a condenação não pode ser classificada como desproporcional, tampouco a conduta praticada pode ser entendida como de ofensividade mínima, pois, como é sabido, as Forças Armadas têm como princípios basilares a hierarquia e a disciplina. Assim, a conduta que, fora da esfera militar, poderia ser classificada como um mero abandono de serviço, sem nenhuma repercussão penal, no ambiente da caserna adquire especial gravidade, a ponto de ser tipificada como crime no ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, é sabido que a aplicação do princípio da insignificância requer a ocorrência de quatro vetores: ausência de periculosidade social da ação; mínima ofensividade da conduta; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica. A toda evidência, no caso dos autos, tais vetores não estão presentes.

Não há, portanto, que se falar em aplicação, ao caso, dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade ou do princípio da insignificância.

Cabe destacar que não se pode considerar a prática delitiva prevista no art. 195 do CPM como mera infração disciplinar, até porque sequer existe norma legal nesse sentido. Estamos diante de um fato que se amolda perfeitamente aos preceitos do mencionado comando legal, o qual não contém previsão no sentido de que fato desse naipe seja tratado como ilícito de natureza administrativa. Note-se que a conduta do Apelante afrontou gravemente o bem jurídico tutelado pela lei penal militar, o que justifica a intervenção desta Justiça especializada.

Nesse sentido, é a orientação jurisprudencial desta Egrégia Corte:

> EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ABANDONO DE POSTO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. APELO PROVIDO. UNANIMIDADE. O abandono de posto consuma-se no instante em que o agente afasta-se do local do serviço sem a devida autorização. **Trata-se de crime de mera conduta, cuja consumação não necessita da ocorrência de resultado naturalístico, não sendo possível a aplicação do Princípio da Insignificância.** (...). **A conduta tem relevância penal e deve ser reprimida nos termos do Código Penal Militar, não podendo ser apreciada na órbita administrativa.** (Apelação nº 62-84.2012. 7.08.0008. Rel. Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Julgamento: 6/11/2013). (Grifamos).

No presente caso, restaram comprovadas a autoria e a materialidade do delito. A conduta é típica (formal e materialmente), o dolo está evidenciado, o acusado é imputável, tinha conhecimento da ilicitude de sua conduta e lhe era

exigível conduta diversa, de maneira que acertada foi a Sentença, ao impor-lhe a condenação pela prática do crime de abandono de posto, capitulado no art. 195 do CPM.

Alternativamente, a DPU requereu a reforma da Sentença para estabelecer a pena no mínimo legal, sob alegação de falta de fundamentação da Decisão *a quo* na fixação da sanção acima do patamar mínimo.

Não prospera o pedido defensivo para que a sentença seja reformada, a fim de fixar a pena no mínimo legal.

Na primeira etapa de aplicação da reprimenda penal, o Conselho Permanente de Justiça, por maioria de 4X1, estabeleceu a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, 4 (quatro) meses de detenção.

Nota-se que o Juízo *a quo*, embora não tenha feito uma extensa motivação, declinou os fundamentos que levaram à aplicação da pena-base acima do mínimo legal.

Na fundamentação da Sentença, o Colegiado de 1ª instância destacou a maior culpabilidade do réu no cometimento do presente crime, em razão da sua intensidade de dolo merecer maior reprovação, na medida em que o réu abandonou seu posto deliberadamente para dormir, e ainda se aliviou do equipamento e do armamento, assumindo um risco exasperado de comprometer a segurança do local, que a ele incumbia guarnecer, bem como dos demais militares ali instalados.

Já na parte dispositiva, ao estabelecer a pena-base, o Conselho sopesou a existência da mencionada circunstância judicial, intensidade do dolo, em desfavor do réu para, partindo da pena mínima, e tendo em vista a variação estabelecida para a pena em abstrato 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção), fixar a pena em 4 (quatro) meses de detenção por considerar razoável e proporcional esse *quantum*.

Como visto, a Sentença justificou merecer maior reprovação o cometimento do crime em tela, em razão da intensidade de dolo demonstrada, a medida em que "o réu abandonou deliberadamente o seu posto para dormir, e ainda se aliviou do seu equipamento e do armamento, assumindo um risco exasperado de comprometer a segurança do local, que a ele incumbia guarnecer, bem como a segurança dos demais militares ali instalados".

Corroborando o entendimento defendido, pela possibilidade de fixação da pena acima do mínimo legal, em face da intensidade do dolo, trago à colação o seguinte julgado desta Corte:

> EMENTA: EMBARGOS. CONDENAÇÃO NA INSTÂNCIA RECURSAL. ESTELIONATO. AGRAVAÇÃO DE PENA. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS. (...). Atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na

> fixação das penas acima do mínimo legal em face da intensidade do dolo e repercussão negativa no seio da tropa. Afastada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. No mérito, rejeitados os embargos defensivos. Decisão majoritária. (Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000002-73.2003.7.03.0103. Relator Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros - Julgamento em 16/12/2014) (Grifamos).

Acrescente-se que o setor de vigilância atribuído ao militar era deveras importante para a segurança orgânica da Estação Naval do Rio Negro e da própria Guarnição de Serviço. Ressalta-se que se tratava de um serviço armado, e que o "vigia do cais" era o único responsável por manter a segurança da Organização Militar na área sob sua responsabilidade.

Diante disso, mostra-se razoável e proporcional a fixação da pena-base em 4 (quatro) meses de detenção, considerando que o art. 195 do CPM estabelece, em abstrato, o mínimo de 3 (três) meses e o máximo de 1 (um) ano de detenção.

Assim, devidamente fundamentada a aplicação da reprimenda em *quantum* superior ao mínimo legal, na primeira fase da dosimetria da pena, mantém-se íntegro o decreto condenatório também nesse ponto.

Por todo o exposto, nego provimento ao Apelo da Defesa, para manter íntegra a Sentença 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 José Barroso Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar as preliminares defensivas de nulidade do processo ante a incompetência da Justiça Militar da União para julgar civis e ante o julgamento do Acusado pelo Conselho Permanente de Justiça e, por fim, em rejeitar, também, **por unanimidade**, a preliminar defensiva de aplicação da Lei nº 9.099/95 por falta de amparo legal. No mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo da Defesa, para manter na íntegra a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 9 de maio de 2019 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 7000677-88.2018.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: José Pedro Filho.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. "OPERAÇÃO PIPA". ESTELIONATO. APRESENTAÇÃO DE PLANILHAS COM ASSINATURAS FALSIFICADAS. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. INDUZIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO EM ERRO. OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA.

Incorre no tipo previsto no art. 251 do CPM, na forma continuada do art. 71 do CP, credenciado da Operação Pipa que apresenta, em diversas oportunidades, planilhas de abastecimento comprovadamente falsificadas, as quais atestam fornecimentos de água potável que não ocorreram. Afastadas as teses da coação hierárquica e do erro de fato por ausência de condições mínimas para sua incidência na dinâmica dos fatos.

Manutenção da pena-base fixada acima do mínimo cominado e do aumento proporcional decorrente da continuidade delitiva, tendo em vista os fatos se revestirem de gravidade, na medida em que atingiram diretamente moradores carentes de regiões castigadas pela seca e que dependiam da água potável para sua subsistência.

Desprovido o apelo defensivo.

Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Apelo, para manter ***in totum*** a Sentença hostilizada, nos termos do voto do Relator Ministro William de Oliveira Barros.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Barroso Filho (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de

Aquino. Os Ministros Alvaro Luiz Pinto e Lúcio Mário de Barros Góes encontram-se em gozo de férias. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 28/2/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação, interposto pela Defensoria Pública da União, contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 7ª CJM, de 3 de julho de 2018, que condenou o Civil **JOSÉ PEDRO FILHO** à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, c/c os arts. 71 e art. 33, § 2º, alínea "c", ambos do CP.

Narra a denúncia ter o nominado apelante, no mês de fevereiro de 2016, na qualidade de prestador de serviço de coleta, transporte e distribuição de água potável, no Município de Água Branca/PB e no âmbito da "Operação Carro Pipa", apresentado 4 (quatro) planilhas com assinaturas falsificadas atestando a entrega de água em postos de abastecimentos pré-definidos. Tais planilhas foram apresentadas ao 16º Batalhão de Infantaria Motorizada, induzindo a Administração Militar a pagar indevidamente em favor do recorrente a importância de R$ 8.149,68 (oito mil, cento e quarenta e nove reais e sessenta e oito centavos) por serviços que não foram prestados.

Recebida a inicial acusatória em 26 de janeiro de 2017, o Réu foi regularmente citado em 5 de fevereiro de 2018.

Em 28 de fevereiro de 2017, foram ouvidas, por vídeoconferência realizada no Juízo da 18ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Serra Talhada/PE, as testemunhas arroladas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR: Ana Cláudia de Medeiros Maia, Sonia Maria Nunes de Medeiros, Nayanna Ferreira Torres e Ana Paula Alves de Medeiros.

Embora regularmente citado e intimado por oficial de justiça, o acusado deixou de comparecer à audiência de instrução, ocasião em que o Conselho julgador declarou a sua revelia.

Na fase da dilação probatória, art. 427 do CPPM, as partes nada requereram.

Instrui o presente feito o laudo pericial apontando divergências gráficas significativas entre as assinaturas submetidas à análise e os padrões gráficos fornecidos pelos titulares que deveriam assinar os documentos, bem como as planilhas adulteradas.

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar ratificou os argumentos contidos na denúncia e pugnou pela procedência do pedido nos termos propostos. A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO pugnou pela absolvição do acusado, com base no argumento do erro sobre elemento constitutivo do crime, além da inexistência de prova suficiente para a condenação. Alegou, ainda, o instituto da coação irresistível, tendo em vista o réu ter sido compelido a agir da forma narrada na denúncia por determinação do proprietário do caminhão, Sr. Abidênico Candido da Silva Junior, e seu filho de nome William.

Reunido em 3 de julho de 2018, o CPJ para o Exército da Auditoria da 7ª CJM julgou procedente a denúncia e condenou o réu **JOSÉ PEDRO FILHO** à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, c/c os arts. 71 e art. 33, § 2º, alínea "c", ambos do CP, em regime inicial aberto, sem prejuízo das medidas administrativas voltadas ao ressarcimento da União. Em seus fundamentos, o órgão Colegiado se valeu das declarações das testemunhas colhidas em juízo e da prova pericial, todas a indicar a inautenticidade das assinaturas lançadas nas planilhas.

No tocante à alegada coação irresistível, verificou-se que essa tese não se sustentou ao longo do processo. Salientou que, apesar de o réu não ser o proprietário do caminhão utilizado para abastecimento de água, e a documentação respectiva se encontrar em nome de Abidênico Candido da Silva Junior, consta dos autos ter este outorgado procuração àquele, transferindo todos os direitos de uso do veículo, com cláusula expressa permitindo o credenciamento no Programa Operação Pipa, inclusive com liberdade de firmar contrato de prestação de serviço no mencionado programa, o que foi levado a efeito entre o acusado e o 16º RCMec. Contudo, o réu descumpriu a obrigação contratual de abastecer os lugares definidos, além de encobrir essa omissão com a apresentação de planilhas com assinaturas falsificadas à OM para, posteriormente, receber os valores pelos serviços não prestados.

A Sentença foi lida e assinada em 3 de julho de 2018. Intimada em 9 de julho de 2018, a Defensoria Pública da União interpôs no mesmo instante o presente apelo. A decisão transitou em julgado para a acusação em 17 de julho de 2018.

Em razões recursais, a Defesa invocou a tese da autoria mediata, segundo a qual o ora apelante teria agido na forma descrita na denúncia sob coação irresistível do proprietário do caminhão e de seu filho William, os quais o obrigaram a apresentar as falsas planilhas sob pena de ser dispensado da função de "pipeiro" e perder a principal fonte de renda familiar. Alegou também a regra da excepcionalidade do crime culposo, com base no argumento de não ter agido com o dolo direto de prejudicar a Administração.

Invocou, ainda, os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, por não haver prova de ter concorrido para a falsificação das planilhas. Por fim, salientou o *quantum* exacerbado da pena imposta, pugnando pela imposição da pena e da regra da continuidade delitiva, ambas, no mínimo legal.

O Ministério Público Militar refutou os argumentos defensivos quanto à alegada coação, sustentando a inexistência nos autos da figura do concurso de agentes, aduzindo ter o Apelante agido sozinho e de forma autônoma, restando configurado em sua conduta o dolo de lesionar o patrimônio sob Administração Militar mediante a apresentação das planilhas falsificadas. No tocante à fixação da pena, rechaçou os argumentos defensivos, afirmando ter sido o *quantum* estabelecido com base na elevação do sofrimento e da privação das pessoas assistidas pelo programa de abastecimento, as quais já se encontravam em situação precária decorrente do longo período de seca. Pugnou, ao final, pelo desprovimento do apelo.

Subindo os autos a esta instância, a Secretaria Judiciária certificou nada constar em nome do Apelante.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por sua Subprocuradora-Geral Dra. Herminia Celia Raymundo, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo defensivo.

Os autos foram disponibilizados ao eminente Ministro-Revisor.

É o Relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima e interessada na reforma da Sentença impugnada, razão pela qual merece ser conhecido.

Conforme restou claro neste processo, a defesa não nega de forma categórica a existência do fato delituoso, tanto que, estrategicamente, apresenta argumentos voltados à exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, os quais, entretanto e com a devida *venia*, não são capazes de mitigar os fundamentos contidos na Sentença recorrida.

A Defesa se vale da tese da coação irresistível, com ênfase no argumento de ter o Apelante apenas apresentado as falsas planilhas ao 16º RCMec, por determinação do proprietário do caminhão tanque, senhor Abidênico Candido da Silva Junior e de seu filho, a fim de receber indevidamente o valor de R$ 8.149,68 (oito mil, cento e quarenta e nove reais e sessenta e oito centavos) pelos serviços de fornecimento de água sabidamente não prestados. Os autos não esboçam nenhuma condição para que a tese da coação seja acolhida. Em nenhum momento foi possível associar a conduta do Apelante a de uma terceira pessoa. Conforme consta dos autos, ele detinha a posse direta do caminhão tanque, mediante contrato de locação que estabelecia uma relação

contratual autônoma e lhe conferia o uso do bem de forma livre, podendo, inclusive, firmar outros contratos com a Administração Pública, como fez com a Organização Militar. Assim, não se demonstrou qualquer vínculo entre o proprietário do veículo e o Exército Brasileiro, pois, como afirmado, o Apelante figurou como titular no contrato firmado com a OM para o fornecimento de água nos locais estabelecidos.

Para a incidência do erro de tipo, exige-se que a intenção do agente esteja baseada na falsa impressão da realidade. No presente caso, não há como presumir que o Senhor JOSÉ PEDRO FILHO imaginasse que sua conduta estivesse de acordo com o Direito. Beira às raias do absurdo acreditar que a entrega de planilhas com assinaturas falsificadas para posterior obtenção de indevido pagamento pelos serviços não prestados, como ele mesmo admitiu na fase inquisitória, pudesse encontrar algum amparo no ordenamento jurídico Pátrio. Trata-se de ato cuja ilicitude se revela às escâncaras, não sendo, nem de longe, permitido o acolhimento da tese do erro de fato.

Também não se verificou qualquer relação empregatícia entre o Apelante e o dono do caminhão, que amparasse a alegada coação hierárquica. O Apelante exercia a função de trabalhador autônomo e não mantinha qualquer dependência em relação ao Sr. Abidênico, proprietário do caminhão. O contrato de Credenciamento nº 439/2015 firmado com a Administração Militar demonstra essa afirmação, visto que o proprietário do caminhão não figura nessa relação nem mesmo como intermediário.

Embora o Apelante tenha afirmado que uma pessoa, de nome William, era o responsável pelas adulterações nas planilhas de abastecimento, a Defesa não logrou êxito em comprovar esses fatos, não tendo vindo aos autos nem mesmo as declarações desse mencionado cidadão. A alegada coação exercida pelo senhor Abidênico sobre o Apelante cai por terra por ausência de correspondência lógica com a realidade trazida aos autos. A pessoa de nome William, citada pelo Apelante e provável filho do Sr. Abidênico, nunca existiu nestes autos, conforme depoimento deste colhido no curso das investigações afirmando não possuir filho com esse nome.

É importante lembrar que as declarações do Apelante foram colhidas ainda na fase inquisitiva e não confirmadas na instrução criminal, em face da regular decretação da revelia pelo Colegiado *a quo*, após regular citação e intimação para todos os atos processuais, ambas por intermédio de oficial de justiça. O que consta nos autos são afirmações infundadas e não comprovadas pela Defesa. Ao contrário do alegado, restou demonstrada, por meio de documentos e declarações testemunhais, a vontade livre e consciente de causar prejuízo ao patrimônio sob Administração Militar, com a obtenção de pagamento indevido pelo Apelante e descumprimento da prestação contratualmente estabelecida. Assim, não merece prosperar o apelo defensivo.

No tocante à pena imposta, a pretensão defensiva também não merece reparo. A definição da pena-base em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão atende ao preceito da razoabilidade. Conforme bem fundamentou a Sentença, apesar da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, os fatos se revestem de gravidade na medida em que atingiram diretamente moradores carentes de regiões castigadas pela seca e que dependiam da água potável para sua subsistência. Na mesma fundamentação, ampara-se a aplicação da continuidade delitiva, na proporção de 1/4 (um quarto), tendo em vista as reiteradas condutas causadoras do prejuízo à OM. Por quatro vezes, o Apelante apresentou as planilhas falsificadas visando à obtenção de lucro indevido. Nos termos do art. 71 do CP comum, a causa exasperadora utiliza o intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para unificação das penas fixadas, sendo aceitável a adoção da fração contida na Sentença recorrida. Assim, nenhuma violação aos preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade se verifica na definição do *quantum* em 3 (três) anos de reclusão pelo Colegiado *a quo*.

Demonstrados à saciedade os fatos narrados na denúncia, os quais, reitero, não foram negados pela Defesa, e ausentes as alegadas causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade, nenhum reparo merece a Sentença condenatória, a qual se espelhou nas provas legalmente produzidas e infligiu a devida pena nos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante do exposto, conheço do apelo, porém nego-lhe provimento para manter *in totum* 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 Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em conhecer e negar provimento ao Apelo, para manter *in totum* a Sentença hostilizada.

Brasília, 28 de fevereiro de 2019 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 7000689-05.2018.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Revisora: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Apelante: Bruno Souza Sales da Costa.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NÃO RECEPÇÃO DO ART. 437, ALÍNEA "B", DO CPPM E DO ART. 299 DO CPM PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL REJEITADAS. DESACATO A MILITAR. CIVIL. CONDENAÇÃO. UNÂNIME.

Após a instauração da ação penal, o Órgão Julgador tem independência para apreciar o feito, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada, com fundamento nas provas dos autos, não se vinculando à opinião do Ministério Público nas Alegações Escritas, de modo que o art. 437, alínea "b", do CPPM é materialmente compatível com os princípios constitucionais. Preliminar rejeitada. Unânime.

O delito de desacato tipificado no art. 299 do CPM não viola os direitos constitucionais da liberdade de pensamento e de expressão. A intenção do legislador, ao apropriar um tipo específico para o ato de desacato, foi de assegurar o respeito à função pública, dando proteção à regular atividade administrativa. Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica não possui natureza de norma constitucional, tratando-se de norma de caráter supralegal, o que, por si só, não acarreta o afastamento de um tipo penal que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Precedentes do STJ e do STF. Preliminar rejeitada. Unânime.

Pratica o crime de desacato a militar o Civil que, ao ser abordado por militares do Exército que realizavam Serviço de Policiamento Ostensivo nas Operações de Segurança dos Jogos Olímpicos Rio 2016, na Guarnição da Vila Militar, grita, insulta e deles debocha.

Todo o acervo probatório converge no sentido de que o Réu demonstrou desdém à autoridade dos militares que efetuavam a revista e, sobretudo, extremo desprezo para com a Administração Militar por eles representada, transgredindo, efetivamente, o bem jurídico tutelado pelo referido artigo 299 do CPM.

Desprovido o recurso defensivo. Unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Ministro-Presidente, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade da Sentença em virtude da não recepção, pela Constituição Federal, do art. 437, alínea "b", do CPPM; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar defensiva, de não recepção do delito de desacato pela Constituição Federal e da inconvencionalidade do referido delito. No mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença ***a quo***, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. A Ministra-Revisora fará declaração de voto. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 27/2/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por BRUNO SOUZA SALES DA COSTA, civil, condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no art. 299[94] do CPM (desacato a militar), com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Narra a exordial acusatória, *in verbis*:

> (...) Consoante noticiado no APF em epígrafe, no dia 26/07/2016, por volta de 01h, próximo ao 8º GAC, o Soldado do Exército Lucas Alessandro Andrade da Silva, do efetivo do 31º GAC, realizava serviço de policiamento ostensivo nas operações de segurança dos Jogos Olímpicos Rio 2016.
>
> No dia e hora supracitados, o veículo no qual se encontrava o denunciado posicionado no banco do carona, foi parado para verificação.
>
> Naquela oportunidade, o denunciado, demonstrando insatisfação de o veículo civil ter sido parado pelo Soldado do Exército (Sd Lucas), começou a gritar e insultar o referido militar de serviço. Ato contínuo, o denunciado, instado a descer do veículo, proferiu as seguintes palavras para os militares de serviço, em especial, ao Sd Lucas: "vocês são um

[94] Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.
Desacato a assemelhado ou funcionário

> bando de merda", "cadê o Sargento dessa merda aqui!". Com a chegada do Sgt Pedro ao local, o denunciado indagou "você é o Sargento ou o Cabo Juruna"?
>
> A seguir, o denunciado desafiou os militares para "porrada".
>
> Os fatos foram presenciados pelo Sd Rodrigo Ubaldo da Rocha Silva.
>
> Verifica-se, assim, que o denunciado, com sua conduta, ofendeu e humilhou militares no exercício da função pública, razão pela qual, recebida a presente, deverá ser processado, julgado e, ao final, condenado pela prática de crime militar descrito no exórdio, ouvindo-se ofendido e testemunhas abaixo (...).

Constam nos autos os seguintes principais documentos: Auto de Prisão em Flagrante lavrado em 26 de julho de 2016; Decisão do mesmo dia, determinando a soltura do Flagranteado; "Croqui" do local da ocorrência; Laudo Pericial de degravação da conversa filmada entre o civil e a tropa militar por ocasião dos fatos.

A Denúncia foi recebida em 30 de setembro de 2016.

O Ofendido ex-Sd LUCAS ALESSANDRO ANDRADE DA SILVA declarou que:

> (...) no dia do ocorrido integrava a patrulha comandada pelo SGT Gilmar; que no dia, cumprindo ordens do SGT mencionado, abordou o carro em que viajava o acusado; que este começou a proferir palavras ofensivas, dizendo que aquilo tudo "era uma palhaçada" e que a vítima era uma "merda", o que disse, algumas vezes, quando solicitado a descer do veículo; (...) que o réu ofendeu o SGT PEDRO o chamando de "sargento juruna", de "merda"; que o réu durante a abordagem se recusava a atender a ordem de desembarcar do veículo, se negava a ser revistado e se encontrava muito exaltado, o que levou o SGT PEDRO a determinar que fosse dada a voz de prisão, o que acabou acontecendo; que após ser algemado, o réu continuou a dizer coisa do tipo "que não podiam fazer aquilo, que não tinham autoridade competente para prender ele, que queria falar com o mais antigo"; (...) que realmente o réu fez um desafio, conforme descreve a denúncia; (...) que o declarante, quando abordou o carro em que se encontrava o acusado, se dirigiu apenas ao motorista, que se comportou normalmente; que o réu foi revistado e nada foi encontrado com ele de relevante; que o réu tinha sinais claros de embriaguez, apresentando cheiro de álcool (...) que o veículo foi abordado porque, após passar por uma curva, o réu de dentro dele já sacudia a credencial em um sinal de que não podiam pará-lo; que as pessoas que portavam credenciais tinham livre passagem pelo local; que primeiro procedeu a revista do automóvel e depois a pessoal; que a revista pessoal se deu pela ordem que recebem, cuja ordem partiu do assessor jurídico do grupo, sendo dada antes do início da realização do serviço; que o objetivo da patrulha era prevenir ataques ao patrimônio, e à família da Vila Militar (...).

O Ofendido 3º Sgt PEDRO HENRIQUE DOS SANTOS RIBEIRO declarou:

> (...) que chegou ao local do fato no momento em que o acusado discutia com o SD Alessandro dizendo que queria falar com o SGT, perguntando quem era o mais antigo dessa "merda"; que o réu ao ver o depoente se aproximando perguntou se era o cabo juruna e se era o mais antigo, não tendo o depoente respondido nada; que o depoente disse que se ele continuasse iria dar voz de prisão, o que aconteceu pelo SD Alessandro; que o réu disse que o pai dele era militar e o declarante respondeu que ele deveria dar o exemplo; que o réu disse que todos os dias passava naquela "porra"; que o SD Ubaldo foi quem algemou o réu após ele receber a voz de prisão; que depois de algemado o réu dizia que "iam ver só", "que não estavam fazendo o trabalho certo"; (...) que o réu apresentava cheiro de bebida alcoólica; que o réu era uma pessoa estranha a todos os militares, pois nunca tinha sido abordado por ninguém, pelo menos daquela patrulha; (...) que o réu se encontrava acompanhado por um rapaz, o qual teve uma conduta completamente diferente, inclusive pedindo desculpas aos militares pelo que acontecia (...).

A testemunha arrolada pelo MPM, Sd RODRIGO UBALDO DA ROCHA SILVA, declarou:

> (...) que presenciou o réu proferir as palavras ofensivas descritas na denúncia contra o SD Alessandro, e logo após, contra o SGT Pedro; que em relação ao SD Alessandro o réu proferiu as palavras no momento em que o militar pedia a ele para descer do veículo; que em relação ao SGT Pedro foi no momento em que este chegou na companhia do Tenente Desidério, ao perguntar se ele era o cabo juruna, isto após ter perguntado ainda quem era o comandante daquela "merda"; que o réu disse que era uma patrulha de "merda"; que passava sempre lá e via sempre a patrulha; que o réu havia dito que nunca havia sido parado e desconhecia o motivo de ter sido; que o carro do réu recebeu a ordem de parar porque o acusado vinha com parte do corpo da janela do veículo ostentando um cartaz, que se traduzia em uma credencial de quem estava trabalhando nas Olimpíadas; que o outro motivo ainda foi pela alta velocidade do veículo, que ao seu ver era de 40 KM/H, mais ou menos, (...); que ninguém dos militares conhecia o acusado; que o réu aparentava estar alcoolizado; que no carro, além do réu, haviam mais duas pessoas, que não criaram nenhum problema; que o pessoal da tropa se sentiu ofendido pelas palavras proferidas pelo acusado; (...) que as pessoas que acompanhavam o acusado no veículo não foram conduzidas para tomada de depoimento por ocasião da lavratura do flagrante; que nada foi encontrado com o réu sobre droga, arma, outra coisa relevante; que o documento do acusado se encontrava em ordem; (...).

A testemunha arrolada pela Defesa, civil THIAGO DE MATTOS RODRIGUES, declarou:

> (...) que estava vindo do centro da cidade, que a gente pegar a credencial dos jogos, uniformizados, carro caracterizado, e eles pararam já apontando a arma e pedindo para parar, mas com muita violência (...) e eles pediram documento e habilitação de quem estava dirigindo, o rapaz deu, e pediu para abrir a mala, revistou e só tinha ferramenta, e depois ele pediu para sair do carro, e me revistou e revistou o motorista, normal, e o Bruno ele pediu pra botar o peito e a mão no capô do carro, e ele perguntou por que tinha que ser dessa forma, e o rapaz pegou o braço dele, mandando ele colocar a mão no capô do carro, e ele tirou o braço, e o rapaz de novo: "bota a mão no capô do carro e o peito eu que tô mandando, se eu quiser eu te prendo" e ele disse: "tu pode me prender, mas eu quero saber porque que eu vou ser preso" aí ele falou "desacato", (...) aí já veio um outro militar, botou o braço dele para trás, e prendeu ele, aí começaram a filmar, e aí começaram a rir dele, quando prenderam ele, e afastaram ele da gente já (....) a gravação começou quando mandaram ele encostar no carro, porque quando tentaram pegar no braço dele, aí falaram "vou te prender" e começaram a filmar, tinham muitos, já começaram a rir, mas não foi desde o começo que fizeram a gravação (...) devia ter uns 10 militares ou mais (...) tinha fuzil e arma pequena, dois fuzis que apontaram para o carro, um de cada lado (...) os três ocupantes com documentos e o documento do carro também, tudo certo (...) ele falou pra testemunha depois que ele já tinha sido preso (...) perdeu o emprego por causa disso (...) ele falou comigo quando foi na empresa, porque logo que prenderam ele, mandaram a gente embora (...) a demissão foi por ele ter ficado dois dias afastado, e porque foi preso, e porque ele pegou um papel para apresentar que ele foi preso, só que não aceitaram, mandaram ele embora (...).

Interrogado, o Réu declarou:

> (...) que não desacatou a um militar específico e que usou a expressão "vocês são um bando de merdas" devido à situação geral que se formou, por ver a abordagem como algo desnecessário, e por considerar como uma agressão física o fato de o Sd Lucas segurar em seu braço e conduzi-lo ao capô do veículo para que fosse feita a revista. Que só após preso e algemado falou dessa maneira e de forma genérica. Que ingeriu duas latas de cerveja; que estava acompanhado de duas pessoas, motorista e carona, e que tudo o que foi pedido pelos militares ele fez. Que a abordagem na sua pessoa foi diferente da que fizeram com os outros dois ocupantes do carro, talvez pelos militares terem ficado com raiva porque ficou dentro do carro mostrando a credencial e argumentando. Que mora a 100 (cem) metros do local e passa ali todos os dias. Negou ter chamado os militares para briga e ter proferido palavras ofensivas diretamente a qualquer militar, declarando que não os conhecia, tendo falado coisas de forma vaga e sem sujeito determinado.

No prazo do artigo 427 do CPPM, as Partes nada requereram.

Em Alegações Escritas, o MPM pugnou pela absolvição do Réu, entendendo não estar configurada a elementar do tipo penal de desacato.

Em Alegações Escritas, a Defesa, igualmente, requereu a absolvição.

Em Sessão de 23 de janeiro de 2018, o Conselho de Justiça, por maioria (3x2), julgou procedente o pedido inicial e condenou o Réu como incurso no art. 299 do CPM, aplicando a pena de 6 (seis) meses de detenção, com *sursis* por dois anos, regime aberto e o direito de recorrer em liberdade.

A Sentença foi publicada no mesmo dia.

A DPU foi intimada em 21 de fevereiro de 2018 e tempestivamente recorreu no dia 26 seguinte.

Em suas razões, postula a declaração de nulidade da Sentença por ofensa aos princípios do devido processo legal, da imparcialidade do julgador e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a condenação do Acusado em contrariedade ao pedido de absolvição feita pelo Ministério Público Militar; e que não houve recepção do artigo 437, alínea "b", do CPPM[95] pela Constituição Federal. Alternativamente, postula a absolvição do Acusado por ofensa aos arts. 7º e 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH)[96], uma vez que a figura típica do desacato viola a liberdade de

[95] Art. 437. O Conselho de Justiça poderá: (...) b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida.

[96] Artigo 7º. **Direito à liberdade pessoal**. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.
Artigo 13. **Liberdade de pensamento e de expressão**. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral

pensamento e de expressão, conforme já concluído pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, em virtude da inconvencionalidade e da não recepção do delito de desacato pela Constituição Federal, deve ser reconhecida a atipicidade formal da conduta denunciada. Argumenta, ainda, a ausência de dolo específico, da vontade e consciência de ofender qualquer militar, tendo havido durante a abordagem apenas um descontrole emocional do Réu. Aduz que a expressão contida na denúncia "vocês são um bando de merda", bem como que o Réu teria chamado o militar para a porrada não restaram comprovadas pelo laudo pericial de degravação de vídeo e áudio, constatando-se somente a utilização da expressão "cadê o sargento dessa merda aqui", mencionada após o Réu já ter sido algemado, no calor da discussão.

Em contrarrazões, o Ministério Público Militar requer o provimento do recurso defensivo, reconhecendo que a condenação, sem pedido ministerial nesse sentido, trouxe surpresa para as partes, em especial o Acusado, e, ainda, que o laudo pericial não consigna as expressões contidas na exordial, nem o desafio que o Réu teria feito aos militares. E requer o provimento do recurso, seja para reconhecer a nulidade da Sentença, seja para absolver o Réu.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em Parecer subscrito pelo ilustre Vice-Procurador-Geral, Dr. ROBERTO COUTINHO, embora não acatando as teses de revogação da alínea "b" do art. 437 do CPPM e do art. 299 do CPM, opinou pelo acolhimento do recurso defensivo, uma vez que houve abuso na revista, realizada em afronta aos arts. 181 e 182 do CPPM[97], "fazendo com que a revolta do revistado, posteriormente à contenção, torne o fato atípico".

É o Relatório.

---

públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

[97] Art. 181. Proceder-se-á à revista, quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo: a) instrumento ou produto do crime; b) elementos de prova.
Art. 182. A revista independe de mandado: a) quando feita no ato da captura de pessoa que deve ser presa; b) quando determinada no curso da busca domiciliar; c) quando ocorrer o caso previsto na alínea *a* do artigo anterior; d) quando houver fundada suspeita de que o revistando traz consigo objetos ou papéis que constituam corpo de delito; e) quando feita na presença da autoridade judiciária ou do presidente do inquérito.

VOTO

Insurge-se a Defesa do Civil BRUNO SOUZA SALES DA COSTA contra a Sentença que o condenou à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no art. 299 do CPM.

A Apelação é tempestiva, atende aos demais requisitos de admissibilidade e merece conhecimento.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA EM VIRTUDE DA NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO ART. 437, ALÍNEA *B*, DO CPPM

A Defesa Suscita preliminar de nulidade da Sentença, aduzindo ofensa ao devido processo legal, à imparcialidade do julgador e à dignidade da pessoa humana, porque o Conselho de Justiça condenou o Réu, apesar do pedido ministerial de absolvição. Aduz que a disposição contida no art. 437, alínea "b", do CPPM, que permite a condenação nessas circunstâncias, não foi recepcionada pela Constituição Federal.

A preliminar não merece acolhimento.

A regra contida no art. 437, alínea "b", do CPPM encontra redação similar no art. 385 do CPP comum.

No Processo Penal Militar, assim como no Direito Adjetivo Criminal Ordinário, parte-se do princípio de que o juiz conhece o direito, podendo aplicá-lo ao caso concreto. É a aplicação do postulado *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me os fatos, que te darei o direito). Dessa forma, o Judiciário não está restrito à opinião do Ministério Público Militar, podendo condenar o Réu ainda que o *Parquet* tenha opinado pela absolvição, uma vez que ao julgador é livre a apreciação do conjunto probatório produzido no curso da Ação Penal.

Assim, o referido artigo do CPPM se encontra plenamente em vigor e em consonância com o ordenamento Constitucional, ao estabelecer que o pedido de absolvição do Ministério Público Militar não obsta que o Juiz profira sentença condenatória. Nesse sentido, é o entendimento desta Corte Castrense:

> APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. POSSE E GUARDA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. REJEITADA. UNANIMIDADE. (...) **O artigo 437, alínea "b", do CPPM**, dispõe que o Colegiado Julgador de primeiro grau poderá proferir Sentença condenatória por fato articulado na Denúncia, independentemente da manifestação ministerial pugnando pela absolvição. **Esse dispositivo encontra-se em perfeita harmonia com o comando constitucional relativo à prerrogativa do Orgão ministerial para a promoção da ação penal. A partir do recebimento da Denúncia, o processo penal passa a**

> **ser delineado sob os prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, razão pela qual não há violação ao Sistema Acusatório quando o Órgão ministerial e a Defesa pugnam pela absolvição e o Orgão julgador decide pela condenação**, haja vista que o juiz *a quo* se direciona pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas no curso da Ação Penal (...). (AP nº 17-90.2013.7.03.0103/RS; Decisão: 7/11/2013, Publicação: 21/11/2013; Relator: Min. Cleonilson Nicácio Silva) (Grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal há muito comunga do mesmo entendimento, como se verifica nos seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS. RECURSO DO MP (...) **A MANIFESTAÇÃO DO MP, EM ALEGAÇÕES FINAIS, NÃO VINCULA O JULGADOR, TAL COMO SUCEDE COM O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, NOS TERMOS E NOS LIMITES DO ART. 28 DO CPP**. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (HC 69957, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 09/03/1993) (grifo nosso).

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO COMETIDO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. 1. Manifestação do Ministério Público em alegações finais: não vinculação do Poder Judiciário (...) Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 700012 ED, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012).

Dessa forma, o Órgão Julgador, após a instauração da ação penal, tem independência para apreciar o feito, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada, com fundamento nas provas dos autos, não se vinculando à opinião do Ministério Público nas Alegações Escritas, de modo que o art. 437, alínea "b", do CPPM é materialmente compatível com os princípios constitucionais.

Isto posto, rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE NÃO RECEPÇÃO DO DELITO DE DESACATO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA INCONVENCIONALIDADE DO REFERIDO DELITO

Afirma a Defesa que o artigo 299 do CPM viola a liberdade de pensamento e de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220, ambos da Constituição Federal), bem como os artigos 7º e 13, ambos do Pacto de São José da Costa Rica e, portanto, é inconvencional e não recepcionado pela Carta Magna brasileira.

A tese defensiva não merece prosperar.

A intenção do legislador, ao apropriar um tipo específico para o ato de desacato, foi de assegurar o respeito à função pública, dando proteção à regular atividade administrativa.

Nesse ponto, leciona Bitencourt[98]:

> (...) A punição do crime de desacato remonta ao direito antigo, tendo larga aplicação no direito romano, que reprimia as ofensas irrogadas contra os magistrados, e eram consideradas *injuria atrox* (gravíssimas), cujas penas cominadas eram das mais graves: a deportação, para alguns, e a pena de morte, para outros. Essa orientação foi mantida durante a Idade Média pelos práticos, que a estenderam aos sacerdotes (...).
>
> (...) o bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Objetiva-se, especificamente, garantir o prestígio e a dignidade da "máquina pública" relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes.

Assim, faz-se necessária a competente intervenção penal, garantindo a proteção do bem jurídico tutelado. Veja-se que a tese ora ventilada pela Defensoria Pública da União já foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que, num primeiro momento, em julgamento proferido pela Quinta Turma, em 15 de dezembro de 2016, decidiu por afastar a tipificação do crime de desacato (art. 331 do CP) nos autos do Recurso Especial nº 1.640.084/SP, de Relatoria do Min. Ribeiro Dantas.

Entretanto, em maio de 2017, o tema foi submetido à apreciação da 3ª Seção daquele Tribunal, que decidiu não haver incompatibilidade do crime de desacato com as Normativas Internacionais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), cujo julgado paradigma restou assim ementado, *in verbis*:

> HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.** DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). **DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO.** CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS

[98] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 213-14.

TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. **SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO NACIONAL** (*MARGIN OF APPRECIATION*). **INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. (...) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º[99]**, da CRFB, exprimem *status* de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.**

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.

4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.

5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.

6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha".

---

[99] **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:
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.

8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2.[100] da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.

10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica[101], ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente[102]. Sob o prisma de ambos os instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.

11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de

---

[100] Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

[101] Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

[102] Artigo 30 - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.

13. Controle de convencionalidade que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional."

14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*).

16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.

17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da Administração Pública.

18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, *primo ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.

20. Habeas Corpus não conhecido. (HC 379.269/MS, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, 24/5/2017) (sem grifos no original).

Registre-se, ainda, precedente do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Min. GILMAR MENDES, julgado em 13 de março de 2018 nos autos do Habeas Corpus nº 141949, impetrado contra Acórdão deste Tribunal Castrense, *in verbis*:

> EMENTA: CRIME DE DESACATO A MILITAR (ART. 299 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (ARTS. 1º; 5º, INCISOS IV, V E IX, E 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E DE CONVENCIONALIDADE (ART. 13 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). 4. **ALEGADA OFENSA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO QUE SE REJEITA. 5. CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO QUE SE MOSTRA COMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 6. ORDEM DENEGADA (...). (grifo nosso).

Como visto, o Pacto de São José da Costa Rica não possui natureza de Norma Constitucional, tratando-se de norma de caráter supralegal, consoante jurisprudência do STF, o que, por si só, não acarreta o afastamento de um tipo penal que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mormente levando-se em consideração o bem jurídico tutelado e o mister constitucional atribuído às Forças Armadas.

Isto posto, rejeito a preliminar.

No mérito, o recurso não merece acolhimento.

Segundo consta nos autos, no dia 26 de julho de 2016, por volta de 01h da manhã, a patrulha de militares do Exército que realizava Serviço de Policiamento Ostensivo nas Operações de Segurança dos Jogos Olímpicos Rio 2016, na Guarnição da Vila Militar, parou o veículo no qual se encontrava o Apelado para verificação. Isso porque, segundo testemunhos constantes do processo, o carro vinha em velocidade incompatível para o local e o Réu se encontrava com parte do corpo fora da janela, balançando um cartaz que, posteriormente, verificou-se ser uma credencial de acesso. De considerar, ainda, o adiantado da hora e a proximidade das residências da Vila Militar.

Consta dos depoimentos testemunhais que os demais ocupantes do veículo atenderam prontamente aos militares que faziam o policiamento, mostrando documentos e se deixando revistar e ao veículo sem maiores intercorrências. O Apelante, entretanto, com um comportamento debochado, valente, dando sinais alterados de estar sob efeito de álcool e demonstrando insatisfação por ter sido o veículo parado para averiguação, passou a ter uma conduta hostil para com os militares, falando em tom extremamente alto, questionando de forma agressiva os motivos da revista, demonstrando, inclusive, que partiria para o confronto físico caso algum militar tocasse nele para revistá-lo, conforme se verifica na filmagem feita por um dos integrantes da Patrulha.

Vê-se ainda na filmagem que, mesmo após ser algemado, continuou desafiando os militares, chamando-os de "patrulha de merda", perguntando "quem é o oficial dessa merda aqui", e, quando o Sargento se aproximou, chamou-o pejorativamente de "Sargento juruna", "Cabo juruna", na frente de toda a Patrulha e em pleno desdém à autoridade dos militares que efetuavam a revista. E principalmente, demonstrou extremo desprezo para com a Administração Militar por eles representada, sujeito passivo principal da conduta criminosa, cujo prestígio e respeito são o objeto da tutela do art. 299 do CPM.

Tudo comprovado tanto pelo depoimento dos Ofendidos como pelo depoimento da testemunha do MPM, Sd RODRIGO UBALDO DA ROCHA SILVA, sendo algumas dessas expressões também registradas no Laudo Pericial de Degravação da filmagem feita por um dos militares integrantes da Patrulha, que, conquanto não tenha filmado todos os fatos, mas apenas 3 (três) minutos da abordagem, é apta a demonstrar parte do ocorrido.

Ainda da análise dos depoimentos dos Ofendidos e testemunha ministerial, verifica-se que o Réu já desceu do carro proferindo palavras ofensivas contra o Soldado LUCAS ALESSANDRO ANDRADE DA SILVA.

A despeito da negativa do Réu quanto aos fatos objetos da Exordial, na filmagem pode-se comprovar seu comportamento desrespeitoso para com a Patrulha, inclusive desafiando o militar para não ser revistado, com as seguintes expressões ditas com postura ameaçadora: "encosta a mão em mim, encosta em mim porra, encosta em mim...".

Não há porque duvidar do depoimento isento da testemunha militar presente na hora do ocorrido. Veja-se que essa testemunha relata que a tropa se sentiu ofendida com o comportamento do Réu, que os chamou de "tropa de merda". Nesse particular, ressalte-se, não é possível admitir o argumento Defensivo de que os termos foram ditos de forma vaga e sem direcionamento. O Réu dirigiu tal ofensa de forma objetiva e direta àquela equipe de militares que o interpelou, além de ofender diretamente o Soldado e o Sargento.

Apesar de a testemunha de Defesa não ter confirmado os fatos como descritos na Denúncia, verifica-se na mídia áudio visual que seu depoimento traz inegável carga emocional, com relatos contrários aos da filmagem que consta dos autos, como, por exemplo, um suposto diálogo calmo por parte do Réu para com os militares e a alegação de que os militares ficaram rindo e debochando do Réu durante o ocorrido. Também não procede a afirmação de que o civil BRUNO teria perdido o emprego por ter ficado afastado dois dias em virtude de estar preso. É que ele foi solto na mesma data dos fatos, conforme Decisão do Juiz da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 26 de julho de 2016, que restabeleceu o imediato direito à liberdade do Flagranteado.

Alega a Defesa que o Réu não teve vontade ou consciência de ofender qualquer militar; que se tratou de um descontrole emocional, inexistindo dolo necessário para tipificar o crime de desacato.

Entretanto, os depoimentos prestados pelo Ofendido Sd LUCAS e pela testemunha Sd RODRIGO, tanto no APF como em Juízo, são no sentido de que BRUNO, desde antes da abordagem, já se comportava inadequadamente, e que se revoltou porque o veículo foi parado para averiguação.

Ademais, não ficou provado qualquer motivo para o alegado descontrole emocional do Réu, mesmo porque ele próprio deu causa à revista, passando pela Patrulha com parte do corpo para fora do carro, ostentando debochadamente uma credencial com o intuito de não ser barrado. Ademais, a Patrulha guarnecia uma Vila Militar e é dever dos militares revistar veículos e pessoas que apresentem um comportamento anormal.

É muito provável que o comportamento do Réu tenha sido o maior fator que motivou a revista do carro e dos seus ocupantes. E somente com ele ocorreu o problema, tendo os demais civis que ocupavam o veículo sido submetidos às revistas sem maiores intercorrências.

Dessa forma, restou plenamente caracterizado que o Apelante BRUNO SOUZA SALES DA COSTA cometeu o crime de desacato a militar previsto no art. 299 do Código Penal Militar, pois ofendeu o Sd LUCAS e o 3º Sgt PEDRO em sua autoridade, além de dirigir-se à Patrulha com xingamentos.

Esta Corte, ao julgar fatos semelhantes, assim já se manifestou, conforme Acórdão da minha Relatoria, *in litteris:*

> **EMENTA: APELAÇÃO. ART. 299 DO CPM.** Pratica o crime de desacato a militar aquele que, durante revista por militares integrantes da força de pacificação no complexo da Penha, recusa-se a obedecer ordem de parar o veículo e passa a proferir contra eles palavras de baixo calão (...). (Apelação nº 219-71.2011.7.01.0401/RJ, DJe de 17 de abril de 2013).

Com efeito, o acervo probatório constante dos autos converge no sentido de que o Réu, de forma dolosa, agiu deliberadamente no intuito de ofender, humilhar e desprestigiar o trabalho realizado, buscando diminuir a autoridade dos militares que ali estavam cumprindo o seu dever de Policiamento Ostensivo nas Operações de Segurança dos Jogos Olímpicos Rio 2016, na Guarnição da Vila Militar, em especial o Sargento e o Soldado.

Tal conduta atinge diretamente a autoridade da Administração Militar, representada ali na figura dos militares desacatados, transgredindo, efetivamente, o bem jurídico tutelado pelo referido artigo 299 do CPM.

Assim, inexistindo qualquer excludente de culpa ou de crime, encontra-se correta a condenação operada em primeiro grau.

Isto posto, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo íntegra a Sentença *a quo* 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 Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Ministro-Presidente, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, rejeitar a preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade da Sentença em virtude da não recepção, pela Constituição Federal, do art. 437, alínea "b", do CPPM; **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar defensiva, de não recepção do delito de desacato pela Constituição Federal e da inconvencionalidade do referido delito. No mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo defensivo, para manter na íntegra a Sentença *a quo*, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 27 de fevereiro de 2019 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 7000689-05.2018.7.00.0000

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

Inicialmente, no tocante ao meu posicionamento de o julgamento do feito ser monocrático, quando o réu for civil, convém mencionar a inclusão do inciso I-B ao art. 30 da LOJM, o qual dispõe ser competência do Juiz Federal da Justiça Militar: "processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) (...)."

Dita inovação indica o acerto de outorgar ao magistrado de carreira, aprovado por concurso público de provas e títulos, proceder singularmente ao julgamento de civil, agente de crime própria ou impropriamente militar, na medida em que o constituinte secundário atribuiu-lhe tal mister.

Dito isto, quanto à interpretação retroativa da norma, adiro ao entendimento majoritário da Corte, em respeito aos princípios da segurança jurídica e colegiabilidade, e deixo de suscitar a preliminar de ofício.

DO MÉRITO

No tocante ao mérito, a Defesa requereu a absolvição do apelante com base nas seguintes teses: a) nulidade da sentença em razão da não recepção do art. 437, alínea "b", do CPPM; b) atipicidade formal da conduta, por restarem violados a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica; e c) ausência de dolo específico, estando evidenciada a atipicidade da conduta do

assistido. Ao fim, prequestionou as matérias constitucionais, para fins de acesso à instância superior.

No mérito, desassiste razão à Defesa.

Analiso, inicialmente, as alegativas da DPU que pugnam pela não recepção do art. 437, alínea "b", do CPPM; e do art. 299 do CPM.

Neste ponto, desacolho o pleito defensivo.

É cediço vigorar no direito pátrio o sistema acusatório, no qual as figuras da acusação, da defesa e do juiz são claramente divididas. Conquanto a norma processual penal não adote a corrente pura, incide no ordenamento pátrio o sistema da livre convicção motivada.

A disposição contida no art. 155 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.690/2008, c/c o art. 3º, alínea *a*, do CPPM, preconiza que: "**O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial** (...)."

Data venia, me parece irrazoável exigir que o magistrado permaneça inerte frente às minúcias do caso concreto ou, ainda, que convicção diversa da postulada pelo órgão ministerial, baseada no lastro probatório, afronte a imparcialidade e a equidistância entre as partes.

A despeito de haver clara divisão de funções, em nenhum momento restringiu-se a manifestação jurisdicional ao pleito do *Parquet*. E, assim sendo, o art. 437, alínea "b", do CPPM, não se incompatibiliza com o sistema processual penal brasileiro e os princípios constitucionais.

A respeito, precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da recepção do art. 385 do CPP:

> PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. NULIDADE. AUSÊNCIA. POSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA A DESPEITO DE PLEITO MINISTERIAL DE ABSOLVIÇÃO. PERSUASÃO RACIONAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. *QUANTUM* DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. EXISTÊNCIA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. **O sistema processual pátrio não adota o sistema acusatório puro, de modo que não há falar em nulidade quando, diversamente do quanto requerido pelo Ministério Público, em alegações finais, o magistrado, com fulcro no acervo fático-probatório constante dos autos, à luz do princípio da persuasão racional, reconhece a responsabilidade do réu, condenando-o nos termos da exordial acusatória.** 2. É permitido ao julgador mensurar com

> discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, as instâncias de origem destacaram que o paciente ostenta três condenações definitivas anteriores, as quais foram utilizadas para exasperar a pena a título de maus antecedentes no patamar de 3/5. Com efeito, a referida fração não se mostra desarrazoada para a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, levando-se em consideração a existência de três condenações prévias a macular os antecedentes criminais do paciente, o que enseja uma resposta penal mais efetiva. 3. Habeas corpus denegado. (HC 430.803/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018). (grifo nosso).

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. CONDENAÇÃO. INFRAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. ART. 385 DO CPP. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. **"O sistema processual pátrio não adota o sistema acusatório puro. Daí, não há nulidade quando, diversamente do quanto requerido pelo Ministério Público, em alegações finais, o magistrado reconhece a responsabilidade do réu, ou o faz por infração penal mais grave do que aquela que, ao cabo da instrução, entendeu o *Parquet* por ser a adequada ao comportamento do acusado"** (HC n. 196.421/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/2/2014). Assim, no caso, não há falar-se em nulidade da condenação do paciente pelo simples fato de o *Parquet* ter requerido sua absolvição. (HC 407.021/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017). 3. Habeas corpus não conhecido (HC 446.896/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018). (grifo nosso).

Na mesma linha, pacífico o posicionamento desta Casa Superior de Justiça Militar no tocante à recepção do art. 437, alínea "b", do CPPM:

> EMENTA: APELAÇÃO. DPU. DESERÇÃO. ART. 187 DO CPM. CONCESSÃO DO INDULTO. PROSSEGUIMENTO DO APELO DEFENSIVO. PLEITO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO. LIVRE APRECIAÇÃO DO MAGISTRADO. MÉRITO. RECONHECIMENTO DO ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE E DA GRAVIDADE DA SITUAÇÃO. UNANIMIDADE. 1. A decisão do Juiz-Auditor que reconhece ao Acusado o benefício do indulto, com base no art. 1º do Decreto nº 9.246/17, e declara extinta a sua punibilidade, com fulcro no art. 123, inciso II, do

> CPM, não obsta o prosseguimento do apelo defensivo. Isso porque, diferentemente da prescrição, o indulto apenas extingue a punibilidade do agente, persistindo os demais efeitos da condenação. Dessa forma, subsiste o interesse recursal do Acusado. Precedentes desta Corte. **2. No Processo Penal Militar, o juiz não está restrito à opinião do Ministério Público Militar, podendo condenar ainda que o *Parquet* tenha opinado pela absolvição, uma vez que ao julgador é livre a apreciação do conjunto probatório colhido no curso da Ação Penal. Ademais, o art. 437, alínea "b", do CPPM, estabelece que o pedido de absolvição do Ministério Público Militar não obsta que o juiz profira sentença condenatória.** 3. A alegação de que o Apelante ausentou-se do quartel com a finalidade de prestar amparo à pessoa com quem mantinha fortes vínculos afetivos não tem o condão de elidir sua responsabilidade penal, quando desacompanhada de provas que atestem a existência do fato alegado, a gravidade da situação, bem como a imprescindibilidade da conduta do agente. Súmula nº 3 desta Corte. 4. Apelo desprovido. Unanimidade. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000220-56.2018.7.00.0000. Relator: Ministro Carlos Augusto de Sousa. Data de Julgamento: 23/08/2018, Data de Publicação: 18/09/2018). (grifo nosso).

> EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. PRELIMINAR DA DEFESA, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, POR CONDENAÇÃO IMPOSTA DEPOIS DE PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FEITO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 437 DO CPPM. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO. **Preliminar da Defesa de ofensa ao princípio da correlação entre acusação e sentença, pelo fato de o órgão ministerial ter requerido absolvição e o Conselho Permanente de Justiça ter condenado. Inexistência de mácula ao sistema penal. Incidência do art. 437, alínea *b*, do CPPM.** Precedentes do STM. Rejeição. Presentes a autoria e a materialidade delitivas, bem como configuradas a tipicidade da conduta, a ilicitude e a culpabilidade. Inexistência de justificativas idôneas para comprovar o estado de necessidade exculpante. Ausência de elementares do art. 39 do CPM. Apelo desprovido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000135-61.2016.7.03.0103. Relator: Ministro José Barroso Filho. Data de Julgamento: 29/06/2018, Data de Publicação: 06/08/2018). (grifo nosso).

In casu, o sistema da livre convicção motivada assegurou ao julgador liberdade de agir consoante a instrução processual, em respeito aos ditames constitucionais, vige o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade. O *Codex milicien* é salutar nesse sentido, estando materialmente compatível com a Carta promulgada em 1988.

Quanto à alegação de que o delito de desacato, previsto no art. 299 do CPM, restou revogado, por violar os arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, ambos da

Constituição Federal, bem como os arts. 7º e 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, refuto tal tese.

Isso porque o art. 299 do CPM em nada se contrapõe com a Constituição Federal ou com a mencionada convenção; ambas não restringem a criminalização da ofensa, do desrespeito, do menosprezo ao militar no exercício de função de natureza castrense ou em razão dela.

A liberdade de pensamento e a de expressão não são vulneradas pela previsão abstrata e impessoal de um crime que tutela a moralidade, a probidade administrativa e a autoridade da Administração Pública.

Nestes autos, a aplicação da *Lex Milicien* revela-se imprescindível frente ao objeto jurídico tutelado, uma vez que o "sujeito passivo, titular do bem jurídico agredido, é o Estado, representado pela Instituição Militar, aviltada em função do menoscabo diante de seu representante (...) e (...) de forma mediata, o militar desacatado".[103]

Tanto é assim que o próprio Pretório Excelso preservou a competência desta Especializada e as condenações proferidas em crimes deste jaez, não tendo declarado a revogação do dispositivo, seja em face da Convenção seja da Constituição Federal vigente. Confira-se:

> EMENTA: PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE DESACATO (ART 299 DO CPM). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o trancamento de ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes. 2. O STF, atento às peculiaridades de cada processo, tem adotado interpretação restritiva na definição da competência da Justiça Militar para o julgamento de civis em tempo de paz. **Hipótese em que ficou demonstrada excepcionalidade apta a justificar a competência da Justiça Militar da União, tendo em vista que a paciente praticou crime de desacato contra militar em atividade tipicamente militar Precedentes. 3. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder, notadamente porque a Segunda Turma do STF, em julgamento recente, entendeu que a criminalização do desacato é compatível com o Estado Democrático de Direito.** HC 141.949, Rel. Min. Gilmar Mendes. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 145882 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018). (grifo nosso).

[103] NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.330.

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL ACUSADO DE CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar civil acusado de desacato e desobediência praticados contra militar das Forças Armadas que "exercem múnus tipicamente castrense, decorrente da própria Constituição da República, a saber: a garantia da ordem". Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 800119 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 24/5/2016).

> EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E DESACATO – ARTIGOS 209 E 299 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CRIMES PRATICADOS POR CIVIL EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR CONTRA MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CONFLITO DE COMPETÊNCIA DIRIMIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA NO TRIBUNAL *A QUO*. AUSÊNCIA DE AGRAVO REGIMENTAL E, POR CONSEGUINTE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO. *WRIT* EXTINTO. 1. O artigo 9º, inciso III, alínea *b*, do Código Penal Militar dispõe sobre a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes praticados por civil, em tempo de paz, em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado. 2. *In casu*, os crimes de lesão corporal e de desacato, tipificados nos artigos 209 e 299 do Código Penal Militar, foram praticados em local sujeito à administração militar e contra militar em situação de atividade, porquanto a vítima fiscalizava concurso para ingresso na escola militar que se realizava no interior do Centro de Instrução Almirante Alexandrino quando foi agredida e desacatada pela mãe de um concursando que fora impedido de fazer a prova de matemática por ter chegado atrasado, o que atrai a competência da justiça castrense para o processo e julgamento do feito, consoante pacífica jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (HC 96.949/RS, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 30.9.2011; HC 113.430/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 29.4.2013 e HC nº 113.128/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ de 19.2.2014). 3. A decisão monocrática que dirimiu o conflito de competência não foi impugnada em sede de agravo regimental, o que inviabiliza o conhecimento do *writ*. 4. Habeas corpus extinto, por inadequação da via. (HC 121083, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 17/6/2014).

Registre-se que, muito embora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2016, tenha entendido que o desacato não poderia ser criminalizado porque contrariaria as leis internacionais de direitos humanos, postando-se na contramão do humanismo (REsp 1640084/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016), a Terceira Seção do STJ, órgão que reúne as Quinta e Sexta Turmas daquela Corte, em 24/5/2017, com vistas a pacificar o tema, decidiu que desacatar funcionário público, no

exercício da função ou em razão dela, continua a ser delito previsto no art. 331 do CP. Leia-se:

> HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO NACIONAL (*MARGIN OF APPRECIATION*). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, *IN CASU*, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem *status* de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter "moral", podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos

humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revelasse difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. **O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública**. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. **O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da**

Administração Pública. 18. **Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal**. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, *primo ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido. (HC nº 379.269/MS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator p/ Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/5/2017, DJe de 30/6/2017) (grifo nosso).

Na mesma linha, jurisprudência deste e. Superior Tribunal:

HABEAS CORPUS. DESACATO. CIVIL. AFRONTA À CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUIZ SINGULAR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONSTITUCIONALIDADE DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 299 DO CPM. JMU. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. É DA ALÇADA DOS CONSELHOS JULGAR OS CRIMES MILITARES NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEI Nº 8.457/92. NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95 NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ORDEM DENEGADA. **O crime de desacato praticado por civil contra militar encontra guarida no Item 2 do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que visa proteger o respeito à dignidade da função de natureza militar.** Uma vez desprestigiado o agente militar, a ofensa também recai sobre a Administração Militar. Em razão da matéria, incumbe à Justiça Militar da União julgar os crimes militares previstos em lei, independentemente se praticado por civil ou militar. A Lei da Organização Judiciária Militar (Lei nº 8.457/92) é taxativa em atribuir a competência dos Conselhos de Justiça para julgar originariamente os crimes previstos na legislação penal militar, exceto quando envolver oficiais-generais. Logo, improcede atribuir tal competência ao juiz singular. O artigo 90-A da Lei nº 9.099/95 não deixa dúvidas quanto à inaplicabilidade do rito dos juizados especiais no âmbito da Justiça Castrense, mesmo se tratando de sujeito ativo civil, vez que a ele não foi dado tratamento diferenciado. Ordem denegada. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 0000111-98.2017.7.00.0000. Relator: Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. Data de Julgamento: 01/06/2017, Data de Publicação: 12/06/2017). (grifo nosso).

RECURSO DE APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESACATO. ART. 299 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEITADA. PRELIMINAR DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO DE CIVIS NA JMU PELO JUIZ-AUDITOR. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REJEITADA. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 90-A

> DA LEI 9.099/95. REJEITADA. MÉRITO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NAO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I - Preliminar de incompetência da Justiça Militar da União. Compete à Justiça Militar da União processar e julgar civis pela prática de fatos que, em tese, configurem o crime de desacato, quando praticados contra militares das Forças Armadas no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública. Decisão Unânime. II - Preliminar de competência monocrática do Juiz-Auditor para julgamento de civis. A Lei 8.457/1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares, estabelece que é competência do Conselho de Justiça o processamento e o julgamento dos crimes definidos na legislação penal militar, sem exceções quanto à condição do réu, seja ele militar ou civil, não prevendo a possibilidade de julgamento dos réus sem patente, de forma monocrática, pelo Juiz-Auditor. Decisão por maioria. III - Preliminar de inconstitucionalidade parcial do art. 90-A da Lei 9.099/95. Não tem fundamento a alegação de ausência de justa causa para a persecução penal em virtude do não oferecimento da transação penal por parte do *parquet* Militar, haja vista tratar-se de instituto inaplicável na Justiça Castrense. Decisão por maioria. **IV - Controle de convencionalidade. A existência do crime de desacato em nosso ordenamento jurídico é reconhecida pela expressiva maioria dos tribunais pátrios, sendo frágil a tese de confronto aos pactos internacionais, na medida em que o próprio STF, guardião maior da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais, não recusa a vigência do crime em questão.** V - Ausência de dolo específico exigido para a configuração do crime de desacato, sendo bastante o dolo genérico. Incontroversa a presença do elemento anímico doloso, pois inegável que o Réu possuía pleno conhecimento de que os ofendidos e os demais integrantes da equipe de serviço no espaço urbano eram militares e que exerciam atividades de patrulhamento e de fiscalização de trânsito. VI - Apelo desprovido. Unanimidade. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000154-55.2015.7.01.0201. Relator: Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Data de Julgamento: 04/05/2017, Data de Publicação: 15/08/2017). (grifo nosso).

Daí, a invocação aos princípios da liberdade pessoal, de pensamento e de expressão não podem servir de escudo protetivo para o cometimento de agravos, razão pela qual inexiste conflito entre o tipo penal ora em análise e a Convenção Americana de Direitos Humanos, tampouco entre ele e a Carta Política.

Sem embargo, passando a análise da conduta imputada ao civil BRUNO SOUZA SALES DA COSTA, verifica-se que ela se subsome aos exatos termos do crime previsto no art. 299 do CPM, não devendo prosperar a tese da atipicidade delitiva.

De fato, o Laudo Pericial de Degravação de Vídeo e Áudio (evento 1, documento 5, fls. 15/25) constata que o agente proferiu calões tendentes a menosprezar a autoridade militar, *in verbis:*

> (...) a) O flagranteado proferiu para os militares as seguintes afirmações: "Vocês são um bando de merda." "Cadê o sargento dessa merda aqui? E você, é o cabo Juruna?" Resposta: Durante a degravação, estes peritos, utilizando os meios disponíveis, não ouviram a frase "Vocês são um bando de merda". Contudo a frase "Cadê o sargento dessa merda aqui?" foi ouvida na timeline 01Min54seg, conforme mostra o item 2.5 Da degravação de vídeo e áudio, pág. 8 e a frase "E você, é o cabo Juruna?" foi ouvida na timeline 02Min2,4seg, conforme mostra o item 2.5 Da degravação de vídeo e áudio, pág. 9, ambas ditas pelo flagranteado. b) Em algum momento o flagranteado desafiou os militares para a porrada (seja através de gestos ou palavras)? Resposta: Durante a degravação, estes peritos, utilizando os meios disponíveis, não ouviram ou viram quaisquer palavras ou gestos, desafiando os militares para a porrada. E como nada mais havia a examinar e nem a relatar, foi encerrado o presente Laudo o qual foi feito pelo 1º Perito, lido e achado conforme pelo 2º Perito, que acordes assinam.

O acusado negou a prática delitiva narrada na exordial, asseverando que se dirigiu aos militares apenas para esclarecer que morava na vila e possuía credencial de acesso.

Alegou não ter desacatado ninguém e que sua exaltação se deu em razão da abordagem violenta que sofreu, na medida em que as autoridades militares apontavam armas na direção dos envolvidos. Ressaltou que somente ele foi revistado de maneira diferente e que nada foi encontrado. Acrescentou não ter chamado ninguém para briga, e que, quando mencionou a expressão "Cadê o sargento dessa merda aqui?", apenas se referiu à situação como um todo (evento 1, documento 5, fl. 88).

Por seu turno, o ofendido Sd Lucas Alessandro Andrade da Silva (evento 1, documento 5, fls. 38/39) asseverou:

> (...) que no dia do ocorrido com o revistador integrava a patrulha comandada pelo SGT Gilmar; que no dia cumprindo ordens do SGT mencionado, abordou o carro em que viajava o acusado; que este começou a proferir palavras ofensivas, dizendo que aquilo tudo "era uma palhaçada" e que a vítima era uma "merda", o que disse, algumas vezes, quando solicitado a descer do veículo; que foram essas palavras ofensivas dirigidas ao ofendido apenas; que o réu ofendeu o SGT PEDRO o chamando de "sargento juruna", de "merda"; que o réu durante a abordagem se recusava a atender a ordem de desembarcar do veículo, se negava a ser revistado e se encontrava muito exaltado, o que levou o SGT Pedro a determinar que fosse dado a voz de prisão, o que acabou acontecendo; que após ser algemado, o réu continuou a dizer coisa do tipo que não podiam fazer aquilo, que não tinham autoridade

> competente para prender ele, que queria falar com o mais antigo, no caso o SGT, e depois desistiu, falando com o Oficial; que não chegou a ouvir a conversa do réu com o Tenente; que realmente o réu fez um desafio, conforme descreve a denúncia; que não conhecia o acusado e pode dizer que não tinha sido abordado por aquela patrulha; que o declarante, quando abordou o carro em que se encontrava o acusado, se dirigiu apenas ao motorista, que se comportou normalmente; que o réu foi revistado e nada foi encontrado com ele de relevante; que o réu tinha sinais claros de embriaguez, apresentando cheiro de álcool (...).

Corroborando, o ofendido 3º Sgt Pedro Henrique dos Santos Ribeiro (evento 1, documento 5, fls. 40/41) afirmou:

> (...) que no dia ia render o outro SGT que comandava a patrulha integrada pelo ofendido Alessandro; que chegou no local do fato no momento em que o acusado discutia com o SD Alessandro dizendo que queria falar com o SGT, perguntando quem era o mais antigo dessa "merda"; que o réu ao ver o depoente se aproximando perguntou se era o cabo juruna e se era o mais antigo, não tendo o depoente respondido nada; que o depoente disse que se ele continuasse iria dar voz de prisão, o que aconteceu pelo SD Alessandro; que o réu disse que o pai dele era militar e o declarante respondeu que ele deveria dar o exemplo; que o réu disse que todos os dias passava naquela "porra"; que o SD Ubaldo foi quem algemou o réu após ele receber a voz de prisão; que depois de algemado o réu dizia que "iam ver só", "que não estavam fazendo o trabalho certo", que em seguida a Polícia do Exército compareceu ao local e conduziu o acusado para o lugar desconhecido pelo declarante; que nada foi encontrado de relevante com o acusado; que o réu apresentava cheiro de bebida alcoólica; que o réu era uma pessoa estranha a todos os militares, pois nunca tinha sido abordado por ninguém, pelo menos daquela patrulha; pelo que soube, o réu não aceitou ser parado; que o carro do réu foi parado aleatoriamente, pois é tarefa da patrulha fazer isso, uma vez que ali é Vila Militar; que o réu se encontrava acompanhado por um rapaz, o qual teve uma conduta completamente diferente, inclusive pedindo desculpas aos militares pelo que acontecia (...).

A seu turno, a testemunha arrolada pelo MPM, Sd Rodrigo Ubaldo da Rocha Silva (evento 1, documento 5, fls. 42/43), narrou:

> (...) que no dia, integrando a patrulha do SG GILMAR tinha função de ser segurança do revistador; que presenciou o réu proferir as palavras ofensivas descritas na denúncia contra o SD Alessandro, e logo após, SGT Pedro; que em relação ao SD Alessandro o réu proferiu as palavras no momento em que o militar pedia a ele para descer do veículo; que em relação ao SGT Pedro foi no momento em que este chegou na companhia do Tenente Desidério, ao perguntar se ele era o cabo juruna, isto após ter perguntado ainda quem era o comandante daquela "merda"; que o réu disse que era uma patrulha de "merda"; que passava sempre lá e via sempre a patrulha; que o réu havia dito que nunca havia

> sido parado e desconhecia o motivo de ter sido; que o carro do réu recebeu a ordem de parar porque o acusado vinha com parte do corpo da janela do veículo ostentando um cartaz, que se traduzia em uma credencial de quem estava trabalhando nas olimpíadas; que o outro motivo ainda foi pela alta velocidade do veículo, que ao seu ver era de 40 Km/h, mais ou menos, acrescentando que a testemunha não era motorista; que ninguém dos militares conhecia o acusado; que o réu aparentava estar alcoolizado; que no carro, além do réu, haviam mais duas pessoas, que não criaram nenhum problema; que o pessoal da tropa se sentiu ofendido pelas palavras proferidas pelo acusado (...).

Ora, depreende-se do acervo coligido a comprovação os fatos narrados na inicial.

Sobre o delito em comento, dispõe o Código Penal Militar, *in verbis*:

> Art. 299. Desacatar militar **no exercício de função de natureza militar** ou em razão dela:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

Frise-se que o agente, ao perceber que seria revistado, exaltou-se e passou a denegrir a imagem dos militares, ofendendo-os e menosprezando-os diante de todos os presentes, quando, então, foi algemado e levado à prisão.

Conquanto o denunciado e a testemunha da Defesa alegarem ausência de insultos a pessoas específicas, as oitivas ministeriais encontram-se coerentes com o desenrolar da situação e com o Laudo Pericial, restando comprovado o vexame, o desprestígio e a humilhação do sujeito passivo secundário.

Alfim, com intuito de acesso à instância superior, a defesa postulou pelo prequestionamento pedindo que a matéria seja expressamente debatida sob a ótica da violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e imparcialidade, bem como da violação dos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, ambos da CF; e os arts. 7º e 13, do Pacto de São José da Costa Rica.

Reconheço a existência de tais questionamentos.

O pedido foi feito de forma esmiuçada, fundamentado em questões específicas e fáticas, ensejadoras das supostas violações à Norma Constitucional e a Tratado Internacional.

Ex positis, voto pelo conhecimento e desprovimento do apelo da Defesa, mantendo-se inalterada a Decisão hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 27 de fevereiro de 2019.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

APELAÇÃO Nº 7000692-57.2018.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante: Maria da Conceição Dornelles.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DPU. ART. 251 DO CPM. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO POR UNANIMIDADE. CRIME CONTINUADO. SÚMULA Nº 711 DO STF. APLICABILIDADE DA LEI Nº 12.234/2010. SAQUES INDEVIDOS EM CONTA BANCÁRIA DE PENSIONISTA FALECIDA. MANUTENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR EM ERRO MEDIANTE ARDIL. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CONFIGURADO. FATO TÍPICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE.

1. A prescrição é matéria de ordem pública relacionada ao próprio processo e seu desenvolvimento regular. A análise acerca de sua ocorrência deve preceder à do *meritum causae*, mormente porque, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo. Precedente do STF.

2. Consoante inteligência da Súmula 497 do STF, a prescrição deve ser regulada com base na pena-base fixada na sentença condenatória antes de sua unificação operada em razão da continuidade delitiva. Entretanto, não deve ser reconhecida caso não se constate o transcurso dos prazos legais fixados na Lei Penal Castrense.

3. Desde a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, operada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, não se reconhece a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa tomando-se por base os marcos entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Precedentes do STM.

4. *In casu,* restou configurada a violação contínua do bem jurídico tutelado pela Norma Penal Castrense, de tal sorte que deve ser aplicado o entendimento contido na Súmula nº 711 do STF, a qual estabelece que a lei penal mais grave vigente no curso da prática delitiva deve ser aplicada ao crime continuado.

5. De acordo com a doutrina, para que seja configurado o estado de necessidade exculpante faz-se indispensável a presença de requisitos cumulativos, quais sejam: 1. existência de uma situação de perigo certo e atual; 2. perigo gerado involuntariamente pelo agente do fato necessário; 3. perigo inevitável; 4. proteção a bem próprio ou

de terceiro, ligado por relação de afeto ou parentesco; 5. sacrifício de direito alheio de valor superior ao bem protegido; 6. existência de situação de inexigibilidade de conduta diversa. *In casu*, não se vislumbrou qualquer situação de vulnerabilidade extrema que pudesse justificar as condutas perpetradas pela autora, que por inúmeras vezes manteve a Administração Militar em erro, locupletando-se indevidamente.

6. Comprovadas a materialidade e a autoria do crime militar previsto no art. 251 do CPM e não vislumbradas quaisquer causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade do crime. Condenação mantida por unanimidade.

7. Preliminar de prescrição rejeitada por unanimidade.

8. Apelo conhecido e não provido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, presente o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa, de prescrição da pretensão punitiva. No mérito, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Apelo da Defesa, para manter incólume a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que condenou a Civil Maria da Conceição Dornelles, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Augusto de Sousa.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), William de Oliveira Barros, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento. Os Ministros Alvaro Luiz Pinto e Lúcio Mário de Barros Góes encontram-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 7/3/2019).

RELATÓRIO

O presentante do Ministério Público Militar, perante a 3ª Auditoria da 3ª CJM, denunciou a Civil MARIA DA CONCEIÇÃO DORNELLES pela prática do crime previsto no art. 251, *caput*, do CPM[104], por 164 (cento e sessenta e quatro) vezes, na forma do art. 80 do mesmo Diploma legal[105].

[104] **Art. 251**. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.
Pena - reclusão, de dois a sete anos.

[105] **Art. 80.** Aplica-se a regra do artigo anterior, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar,

A Exordial narra, *in verbis* (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 9):

> (...) que a denunciada Maria da Conceição Dornelles obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da Administração Militar, mantendo-a em erro no período de fevereiro de 2001 a setembro de 2014, tendo se apropriado indevidamente da quantia total de R$ 722.220,83 (setecentos e vinte e dois mil, duzentos e vinte reais e oitenta e três centavos) – em valores nominais, já detraídas as quantias bloqueadas judicialmente (...).
>
> Segundo o apurado, Maria Francisca Dornelles, genitora da denunciada, era pensionista do Exército Brasileiro, em razão de união estável com o 2º Tenente do Exército Horacílio Fontela Meireles (...). Os valores referentes à sua pensão eram depositados na conta-corrente (...) da Caixa Econômica Federal. Tal conta-corrente era movimentada pela denunciada, filha da pensionista, que possuía procuração por instrumento público, outorgada em 10 de janeiro de 2001, com o fim especial de representá-la e gerir suas economias perante a Caixa Econômica Federal (...).
>
> (...) no dia 17 de janeiro de 2001, a pensionista Maria Francisca Dornelles veio a falecer, (...), **não tendo a denunciada comunicado o óbito de sua genitora ao órgão competente da Administração Militar. O desconhecimento da administração militar acerca do falecimento perdurou por mais de quatorze (14) anos em razão do grave ardil empregado pela denunciada, não obstante os controles implementados pelo Exército para impedir situações semelhantes (...)**
>
> (...) **Por diversas vezes, após a morte da pensionista, a denunciada compareceu no Setor de Inativos e Pensionistas do 2º Regimento de Cavalaria Mecanizado, apresentava a já mencionada procuração pública outorgada por sua genitora, e, na qualidade de procuradora da pensionista, assinava a "Ficha de Apresentação", atestando falsamente que Maria Francisca Dornelles permanecia viva** (...).
>
> (...) **quando se trata de beneficiários muito idosos e com dificuldades de locomoção, os próprios militares se deslocam às residências, a fim de fazer a "prova de vida" – sistemática que por vezes era empregada no caso em análise.**
>
> **Em tais ocasiões, a denunciada apresentava aos militares a Sra. Olga Guimarães Dornelles ou a Sra. Nelci Francisca Dornelles – respectivamente irmã e sobrinha da pensionista falecida – como se fossem a própria pensionista Maria Francisca Dornelles. Como se tratavam ambas de senhoras idosas e parentes próximas da falecida, foi possível ludibriar os agentes da administração por tão prolongado período** (...).

---

maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro.

Parágrafo único. Não há crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima.

> (...) Não suficiente, **as movimentações bancárias somente cessaram após a exigência, em meados de setembro de 2014, pela Caixa Econômica Federal, de documentação atualizada da titular da conta-corrente** (...)
>
> (...) **a fraude somente foi descoberta pela Administração Militar em razão de, no ano de 2015, por ocasião do recadastramento dos pensionistas vinculados à Instituição, não ter ocorrido a apresentação da então pensionista e nem da sua procuradora, motivo pelo qual foram tomadas as medidas administrativas cabíveis, dentre as quais, oficiar ao Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca de São Borja-RS, o qual encaminhou o atestado de óbito da pensionista militar Maria Francisca Dornelles.**
>
> Os fatos não são negados pela denunciada Maria da Conceição Dornelles, a qual confessou que, após o falecimento de sua genitora Maria Francisca Dornelles, permaneceu recebendo indevidamente os valores creditados na conta-corrente da pensionista, declarando expressamente que tinha conhecimento de que o benefício que sua mãe recebia da Administração Militar a título de pensão cessava a partir de seu óbito (...).
>
> O montante indevidamente depositado na conta-corrente após o óbito da pensionista totalizou o valor nominal de R$ 820.163,46 (oitocentos e vinte mil, cento e sessenta e três reais e quarenta e seis centavos), conforme a perícia de fls (...). Entretanto, por meio de medida assecuratória, foi possível bloquear judicialmente R$ 97.942,73 (noventa e sete mil, novecentos e quarenta e dois reais e setenta e três centavos), (...) **referentes aos pagamentos de outubro de 2014 a novembro de 2015, os quais não foram sacados pela denunciada em razão de a CEF ter exigido a atualização cadastral.** Deduzindo-se esse valor daquele, conclui-se que a quantia indevidamente apropriada pela denunciada em detrimento da administração militar alcança R$ 722.220,73 (setecentos e vinte e dois mil, duzentos e vinte reais e setenta e três centavos) (...). (Grifamos).

A Denúncia foi recebida no dia 24/2/2017 (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 11).

O MPM arrolou como testemunhas o 2º Sgt DARI FRACARO, o 1º Sgt LIZANDRO GIUSTI MORGENSTERN, o Civil ALTAMIR XARÃO PERDOMO, o ST JOÃO DE JESUS SILVA FERNANDES, o 1º Ten SEBASTIÃO PEREIRA DE LYRA e o Civil RUBEM CARLOS NUNES GOMES. Todos os depoimentos foram colhidos em juízo por meio audiovisual.

O 1º Ten SEBASTIÃO PEREIRA DE LYRA informou: que era o chefe do setor de pensionistas desde meados de fevereiro de 2016; disse não conhecer nem a procuradora nem a pensionista; declarou que foi até a casa da Acusada para visita técnica mas não havia ninguém na residência; mencionou que a Acusada não se apresentou ao seu setor no período em que esteve na chefia;

afirmou que, anualmente, no mês do aniversário, todo pensionista deve comparecer à OM, sob pena de suspensão do pagamento no mês subsequente; explicou que, quando o pensionista não comparece ao quartel, o setor competente se esforça para avisá-lo, a fim de evitar o esquecimento, pois, na maioria das vezes, trata-se de pessoas idosas; disse que em todos os meses são cancelados ou suspensos pagamentos de pensões por não comparecimento ou outros motivos. Ao final, esclareceu que, quando assumiu a chefia o pagamento da pensão relacionada a este processo, já havia sido suspenso.

O **2º Sgt DARI FRACARO** informou: que trabalhou na Seção de Inativos e Pensionistas (SIP) entre os anos de 2003 a 2012; que exerceu a função de auxiliar sob a chefia do Sgt JESUS; declarou que foi à casa da Acusada duas vezes para realizar o atestado de vida, nos anos de 2010 e 2011; disse que na residência estavam a Acusada e outra senhora que, segundo a Acusada, seria a pensionista; esclareceu que a suposta pensionista em muito se assemelhava à foto que constava na ficha de inscrição da falecida. Por fim, ao ser perguntado se em algum momento ele tinha percebido que a Acusada apresentava duas pessoas diferentes, ele respondeu que nas duas vezes que esteve no local lhe foi apresentada a mesma pessoa – uma senhora cadeirante que ficava calada e não assinava nada, pois essa função (assinar os documentos) era da Acusada como procuradora.

O **1º Sgt LIZANDRO GIUSTI MORGENSTERN** declarou: que trabalhou na SIP de 2013 a 2016; que foi auxiliar e, posteriormente, chefe deste setor, mas nunca teve contato com a Acusada. Disse, ainda, que, no ano de 2015, foram feitas duas visitas à casa da pensionista pelo Cb PIEGAS, contudo lhe fora informado pela pessoa que lá morava que a pensionista havia mudado de residência. Por último, explicou que a suspensão do pagamento da pensão se deu em virtude de não lograrem encontrar a pensionista na residência, e não pelo óbito, que somente foi informado meses após referida suspensão.

O **ST JOÃO DE JESUS SILVA FERNANDES** declarou que foi o responsável pelo órgão pagador de inativos e pensionistas, entre os anos de 1999 a 2013; disse que conheceu a pensionista, no entanto, soube do falecimento desta somente depois, já na fase do IPM. Assegurou que as visitas eram feitas periodicamente nas casas dos pensionistas – militares inativos e servidores aposentados impossibilitados de locomoção –, mas os procuradores também compareciam à OM, no mês do aniversário dos pensionistas para realizar atualização de dados e informar eventuais óbitos ocorridos. Quando perguntado sobre as visitas feitas na casa da Acusada, respondeu que o militar responsável levava a ficha de apresentação, que seria assinada pela procuradora, a fim de certificar se a beneficiária estava viva. Após, o atestado de vida era publicado no boletim para o registro da visita. Disse, ainda, que, toda vez que era feita a avaliação periódica na residência da Acusada, havia

uma senhora muito semelhante à pensionista e, por esse motivo, não havia desconfianças.

O **Civil ALTAMIR XARÃO PERDOMO** esclareceu que é primo de terceiro grau da Acusada, mas isso não o impediria de dizer a verdade; declarou que, por ser filho de consideração da pensionista, foi seu procurador até aproximadamente o ano de 1999; afirmou que em todos os anos comparecia à OM para a realização da prova de vida. Por fim, declarou que duas senhoras moravam com a pensionista, uma era sobrinha e a outra irmã, mas não sabe dizer se a Acusada usava uma dessas senhoras como prova viva para continuar recebendo o benefício.

O **Civil RUBEM CARLOS NUNES GOMES** declarou ter um comércio perto da residência da pensionista e que a Acusada não trabalhava e vivia à custa da mãe. Disse que conhecia as duas senhoras, OLGA e NELSI; que a primeira passou a morar na casa após o falecimento da pensionista e a segunda só veio a morar na casa após o falecimento da Sra. OLGA.

A Defesa não arrolou testemunhas (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 19; fl. 111).

Interrogada por meio audiovisual, a Acusada exerceu o direito de permanecer em silêncio, declarando apenas que nunca foi presa ou processada.

Em Alegações Escritas, o *Parquet* pugnou pela condenação por incursão no art. 251, c/c o art. 80, ambos do CPM, pois, segundo o MPM, a Acusada teria ludibriado a Administração Militar e praticado o crime de estelionato por 164 (cento e sessenta e quatro) vezes, no período de 2001 a 2014 (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 24).

A Defesa pleiteou a absolvição da Acusada por ausência de culpabilidade ante o estado de necessidade previsto no art. 39 do CPM[106]. Subsidiariamente, requereu a desclassificação da infração penal para o crime do art. 249 do CPM[107] – apropriação de coisa havida acidentalmente. Requereu, ainda, pena mínima para o caso de condenação, a incidência da atenuante do art. 72, inciso I[108], parte final, do CPM; a substituição da pena

[106] **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.

[107] **Art. 249**. Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:
Pena - detenção, até um ano.

[108] **Art. 72.** São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
Circunstância atenuantes
I - ser o agente menor de vinte e um ou **maior de setenta anos**;

privativa de liberdade por restritiva de direito, conforme o art. 44 e §§ do CP[109], além da concessão do *sursis* (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 25; fls. 223/237).

No dia 18/4/2018, foi proferida a Sentença pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, que, por unanimidade, condenou a Acusada à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incursa no art. 251, "caput", do CPM, por 164 (cento e sessenta e quatro) vezes, em face da aplicação do artigo 71 do CP, com o benefício do *sursis* etário, previsto no artigo 77, § 2º, do CP, c/c o art. 84 CPM, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 27; fls. 250/268).

O MPM não interpôs recurso (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 27; fl. 272).

A Defesa foi intimada em 8/5/2018 (Processo nº 0000094-76.2016.7. 03.0303/RS; evento 1; doc. 27; fl. 272v).

Em 18/5/2018, a DPU interpôs recurso de Apelação. Na mesma oportunidade, pleiteou ao Juízo *a quo* o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto. Aquele Juízo determinou a remessa dos autos ao MPM para se manifestar acerca do requerimento (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303/RS; evento 1; doc. 28).

O Juízo *a quo*, acolhendo manifestação ministerial, indeferiu o pedido de reconhecimento da prescrição e recebeu o recurso de apelação, remetendo posteriormente os autos a esta Corte (Processo nº 0000094-76.2016.7.03. 0303/RS; evento 1; doc. 30).

Em suas razões de Apelação, a Defesa pleiteia a reforma da Sentença e a absolvição da Acusada, com fundamento no art. 439, alínea "d", do CPPM[110],

---

[109] **Art. 44**. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: **§ 2º** Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. **§ 3º** Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. **§ 4º** A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. **§ 5º** Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

[110] **Art. 439.** O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça: d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);

sob a alegação de que restou configurado o estado de necessidade, previsto no art. 39 do CPM. Subsidiariamente, requer que seja declarada a extinção da punibilidade da Apelante, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com amparo nos arts. 123, inciso IV[111], e 125, inciso VI e § 1º, do CPM[112] (evento 1; doc. 1).

Nas contrarrazões, o MPM requer o não provimento do Recurso e a manutenção da condenação (evento 1; doc. 2).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral ALEXANDRE CONCESI, manifestou-se pelo desprovimento do recurso Defensivo, a fim de que seja mantida a Sentença condenatória (evento 6).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

Intimada a Defesa.

É o Relatório.

VOTO

O presente Apelo preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Antes de adentrarmos ao *meritum causae*, necessário se faz a análise do requerimento formulado pela DPU, de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, conforme se expõe a seguir:

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Embora a Defesa tenha pleiteado, de forma subsidiária, o reconhecimento da prescrição, condicionando a análise da questão tão somente para o caso de não acolhimento do pleito absolutório, por se tratar de matéria de ordem pública relacionada ao próprio processo e seu desenvolvimento regular, deve a *quaestio* ser apreciada preliminarmente à análise do mérito.

Com efeito, eventual reconhecimento da prescrição impede a análise meritória e produz seus efeitos, extinguindo as consequências jurídicas desfavoráveis ao acusado. Nesse sentido ensinam os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli[113]:

---

[111] **Art. 123.** Extingue-se a punibilidade: (...) IV - pela prescrição;

[112] **Art. 125.** A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: VI - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; § 1º Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente.

[113] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 684.

> A Decisão que considerar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive a intercorrente e a retroativa, **não admite posterior discussão sobre o mérito, em qualquer instância, pelos efeitos amplos que produz, extinguindo toda e qualquer consequência jurídica desfavorável ao acusado, que assume a condição de inocente para todos os efeitos legais**. (Grifamos).

Desse modo, de acordo com o art. 12, inciso XI, do RISTM[114], o próprio Relator, caso constate a ocorrência de prescrição, deverá declará-la de ofício. Ademais, consoante diversos julgados desta Corte[115], a análise acerca da prescrição da pretensão punitiva ocorre preliminarmente ao mérito.

Além disso, o STF possui entendimento no sentido de que a prescrição é matéria de ordem pública e, por essa razão, deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo. Nesse sentido, *in verbis*:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS ESTELIONATO - ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA DEFESA. RECONHECIMENTO DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUESTÃO DE FUNDO PREJUDICADA. INCONFORMISMO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - CF, ART. 1 º, INC. III. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EFEITOS DE NATUREZA PENAL OU CÍVEL.
>
> 1. A prescrição da pretensão punitiva, diversamente do que ocorre com a prescrição da pretensão executória, acarreta a eliminação de todos os efeitos do crime.
>
> **2. A prescrição é matéria de ordem pública, por essa razão deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo.** Precedentes: AgRg no RE nº 345.577/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 19/12/2002; HC 73.120/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 3/12/99; HC nº 63.765/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 18/4/86.
>
> 3. *In casu*, houve condenação pelo crime de estelionato (CPM, art. 251), ensejando recurso de apelação da defesa cuja preliminar de prescrição da pretensão punitiva restou acolhida, por isso não procedem as razões da impetração no que visam à análise dos argumentos que

[114] **RISTM - Art. 12.** Após o recebimento por distribuição e até o julgamento, o Relator conduz o processo. São atribuições do Relator: (...) XI - declarar extinta a punibilidade pela morte do agente, pela anistia, pela retroatividade de lei que não mais considere o fato criminoso, pela prescrição da pretensão punitiva e pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo (art. 303, § 4º, do CPM) (...).

[115] Apelação nº 7000124-41.2018.7.00.0000; Relator: Min. Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES; Publicado em 10/9/2018. Apelação nº 0000061-37.2016.7.02.0102; Relator Min. Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO; Publicado em 1º/2/2018.

> objetivavam a absolvição no recurso defensivo, não cabendo, consequentemente, falar em violação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), sobretudo porque, reitere-se, o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade não acarreta quaisquer efeitos negativos na esfera jurídica do paciente, consoante o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek no HC 63.765, *verbis*: "Há de existir em nosso meio social uma suposição intuitiva, evidentemente equívoca do ponto de vista técnico-jurídico, de que em hipóteses como esta a prescrição – mesmo a prescrição da pretensão punitiva do Estado – deixa sequelas e por isso justifica, na pessoa que foi um dia acusada, o interesse em ver levada adiante a análise do processo, na busca de absolvição sob este exato título. Sucede que não é isso o que ocorre em nosso sistema jurídico. A pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a um quadro idêntico àquele da anistia. Isso é mais que a absolvição. Corta-se pela raiz a acusação. O Estado perde sua pretensão punitiva, não tem como levá-la adiante, esvazia-a de toda consistência. Em tais circunstâncias, o primeiro tribunal a poder fazê-lo está obrigado a declarar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, que o debate resultou extinto e que não há mais acusação alguma sobre a qual se deva esperar que o Judiciário pronuncie juízo de mérito. (…). Quando se declara extinta a punibilidade pelo perecimento da pretensão punitiva do Estado, esse desfecho não difere, em significado e consequências, daquele que se alcançaria mediante o término do processo com sentença absolutória."
>
> 4. O habeas corpus tem cabimento em face de cerceio ilegal, atual ou iminente, do direito de locomoção, sendo evidente que, declarada a prescrição da pretensão punitiva, desaparece a ameaça ao bem tutelado pelo *writ* constitucional.
>
> 5. Ordem denegada.
>
> (STF. HC 115.098. Relator MIN. LUIZ FUX. Primeira Turma. 7/5/2013). (Grifamos).

Pois bem, quando da interposição deste recurso, a DPU pleiteou perante o Juízo *a quo* o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto e aquele juízo, após ouvir o MPM, indeferiu o pedido e remeteu os autos em grau de apelação a esta Corte.

Em síntese, a DPU argumenta que, nos termos do art. 125, § 1º, do Código Penal Militar, sobrevindo sentença condenatória, da qual somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a ser regulada pela pena imposta, ponderando que o *Parquet* não interpôs recurso.

Informa que a pena definitiva imposta à acusada foi de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e que só se chegou a esse patamar após o reconhecimento da continuidade delitiva, já que a referida pena, antes do aumento, foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão.

Assim, aduz que, nos termos do art. 125, inciso VI, do CPM, a prescrição ocorrerá em 4 (quatro) anos.

Sustenta, ainda, que, para os efeitos de prescrição, esse lapso de 4 (quatro) anos deverá ser reduzido pela metade, porquanto a Acusada possuía mais de 70 (setenta) anos ao tempo da sentença condenatória.

Na sequência, afirma que o § 2º, alínea "a", do art. 125 do CPM dispõe que a prescrição da ação penal começa a correr do dia em que o crime se consumou. Do mesmo modo, frisa que a Lei Penal Castrense, no § 5º do referido artigo, traz as hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão punitiva que ocorrem com a instauração do processo e com a prolação da sentença condenatória recorrível.

Diante disso, entende que, como os fatos imputados à Acusada ocorreram de fevereiro de 2001 a setembro de 2014, e a denúncia foi recebida em 24/2/2017, verifica-se ter transcorrido tempo superior ao prazo prescricional, razão pela qual deve ser declarada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Assim, afirma que a ausência de recurso da acusação, por si só, já permitiria o reconhecimento, de ofício, da prescrição, sendo de todo inaplicável ao processo penal militar as alterações da legislação processual comum que afastaram a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa **entre a data do fato e o momento do recebimento da denúncia**, visto que não há lacuna legislativa sobre o tema e se estaria a promover uma (imprópria) analogia *in malam partem*.

Pois bem, em que pese os argumentos expostos pela combativa DPU, não há como se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva no presente caso.

É de sabença geral que a prescrição, no âmbito penal, é a perda do direito de punir do Estado pelo seu não exercício em determinado lapso de tempo. Pode ocorrer a qualquer momento da persecução penal, fazendo-se premente, do mesmo modo, o seu reconhecimento. Ademais, a contagem do prazo parte dos marcos legais preestabelecidos consoante disposto na legislação penal militar, nos termos seguintes:

> Art. 125, § 1º: **Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta**, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença já decorreu tempo suficiente.
>
> (...)
>
> **Interrupção da prescrição**
>
> § 5º O curso da prescrição da ação penal interrompe-se:

I - pela instauração do processo;

II - pela sentença condenatória recorrível.

Termo inicial da prescrição da ação penal

Art. 125, § 2º: A prescrição da ação penal começa a correr:

a) do dia em que o crime se consumou;

b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

d) nos crimes de falsidade, da data em que o fato se tornou conhecido.

(...).

(Grifamos).

De acordo com ensinamentos de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger[116], *in verbis*:

> (...) A prescrição da pretensão punitiva traduz-se pela perda, pelo Estado, do direito de punir, no que se refere à pretensão do Poder Judiciário de julgar a lide e aplicar a sanção abstrata ao caso concreto. Ocorre, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença.
>
> A fixação dos prazos prescricionais ocorre de acordo com disposição legal, tomando por base a pena cominada ao crime ou efetivamente imposta ao crime. Dessa premissa, pode-se concluir que existem dois tipos de prescrição da pretensão punitiva: **aquela que tem por base a pena máxima cominada ao crime e aquela que tem por base a pena efetivamente aplicada ao crime no caso concreto** (prescrição em concreto) (...). (Grifamos.)

Nesse esteio, para o presente caso, consoante inteligência da Súmula 497 do STF[117], a prescrição deve ser regulada com base na pena-base fixada na sentença condenatória antes de sua unificação operada em razão da continuidade delitiva, qual seja, o *quantum* de 2 (dois) anos.

Assim, tem-se que a instauração do processo **ocorreu em 24/2/2017 e a sentença condenatória foi publicada no dia 24/4/2018 – transcurso de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 4 (quatro) dias –** (Proc. nº 94-76.2016. 7.03.0303/RS, evento 1, documentos 11 e 27). Desse modo, considerando que a pena fixada no *decisum*, desconsiderado o acréscimo da reprimenda

[116] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, *Marcello. Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 646.

[117] STF. Súmula 497 - Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

resultante da continuidade delitiva, foi de 2 (dois) anos, verifica-se que não decorreu, entre esses marcos interruptivos (denúncia - sentença), tempo superior a 4 (quatro) anos, conforme previsto no inciso VI do art. 125 do Código Penal Militar, **e nem mesmo atingiu a metade desse prazo, em se considerando a redução do prazo prescricional, disposta no art. 129 do mesmo Código, em função de ser a condenada maior de 70 (setenta) anos de idade.**

De igual modo, não se reconhece a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa tomando-se por base os marcos entre a **data do fato e o recebimento da denúncia**. Tal hipótese já fora admitida em nosso Ordenamento, contudo, desde a revogação do § 2º do art. 110 do Código Penal, operada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, não mais se afigura possível. Nesse sentido, é o entendimento desta Corte, conforme se verifica dos seguintes arestos:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. FURTO SIMPLES. ART. 240 DO CPM. SUBTRAÇÃO DE CELULAR. PRESCRIÇÃO DA PENA EM CONCRETO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. NÃO ACOLHIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO.
>
> Comprovadas a materialidade e a autoria, mostra-se subsumida ao tipo penal, previsto no art. 240 do CPM, a conduta de militar que, no interior da OM, subtrai aparelho celular de colega de farda. O *modus operandi* do infrator revela seu intuito de haver para si coisa móvel alheia, sendo inequívoco o dolo ínsito ao tipo penal em comento. Em Manifestação Judicial, a Defensoria Pública da União, alega a ocorrência da prescrição pela pena em concreto, baseada no art. 125, § 2º, alínea "a", do CPM, alegando que a prescrição da Ação Penal começa a correr do dia em que o crime se consumou. Contudo, não assiste razão, pois, **por força da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, não mais se considera a data da consumação do crime como termo inicial para a prescrição retroativa com base na pena em concreto**. A estimativa do valor da *res furtiva* revela a inaplicabilidade dos princípios da insignificância e da intervenção mínima como forma de abrandar o delito para infração disciplinar, considerando a condição de soldado do Ofendido e tomando como base o seu soldo, soma-se a isso a circunstância de que o agente foi excluído da Força e a conduta perpetrada reverte-se de gravidade perante a tropa. Quanto à aplicação do Princípio da Insignificância, ela deve ser analisada sob a ótica da preservação dos Princípios da hierarquia e da disciplina militares. *In casu*, o furto de aparelho celular representa grave violação desses princípios, tornando absolutamente reprovável essa conduta. Além disso, a jurisprudência desta Corte Castrense é firme no

> sentido de repelir a aplicação do Princípio da Insignificância em delitos dessa natureza. Apelo defensivo desprovido por decisão unânime[118].
>
> (STM - Apelação nº 7000241-32.2018.7.00.0000. Relator: Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Publicação: 20/6/2018).
>
> DEFESA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA PELA PENA EM CONCRETO, ENTRE A DATA DO FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. **A alteração promovida pela Lei nº 12.234/2010, que deu nova redação ao parágrafo primeiro e revogou o parágrafo segundo, ambos do art. 110 do Código Penal Brasileiro, deixou de considerar a data do fato criminoso como marco para fins de prescrição. Embargos rejeitados. Decisão por maioria**[119].
>
> (STM - Embargos Infringentes nº 0000116-14.2013.7.11.0111. Relator: Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Publicação: 12/5/2017). (Grifo nosso).

Assim, após a alteração legislativa procedida pela Lei nº 12.234/2010, que, consoante entendimento atual desta Corte, teve reflexos diretos no Direito Penal Militar, o marco: **data do fato até recebimento da denúncia** presta-se apenas como momento inicial do cômputo para a prescrição com enfoque na pena abstratamente cominada ao crime, e não mais como baliza para o cômputo da prescrição retroativa com base na pena em concreto, sem que isso signifique analogia *in malan partem*.

Esse também foi o entendimento firmado no Juízo *a quo* ao apreciar a questão suscitada pela Defesa antes da remessa dos autos a esta Corte, *in verbis:*

> (...) No caso em comento, a denuncia em desfavor da sentenciada foi recebida em **24/02/2017** (...), consistindo no primeiro marco interruptivo da prescrição punitiva estatal.
>
> Em **24/04/2018**, foi proferida a sentença condenatória recorrível (...), não sendo interposto recurso de apelação pela acusação (...), configurando o segundo marco temporal interruptivo da prescrição punitiva estatal.
>
> Com efeito, verifica-se que entre a da data do recebimento da denúncia (...) até a data prolação da sentença condenatória recorrível, transcorreu-se 01 (um) ano e 02 (dois) meses do prazo fixado para o eventual reconhecimento da prescrição punitiva.
>
> Assim, constata-se a inocorrência do transcurso do lapso temporal prescricional da pretensão punitiva da ação penal, qual seja, 02 (dois) anos, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória recorrível, não havendo que se falar em extinção da punibilidade da sentenciada.

---

[118] STM - Apelação nº 7000241-32.2018.7.00.0000. Relator: Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Publicação: 20/6/2018.

[119] STM - Embargos Infringentes nº 0000116-14.2013.7.11.0111. Relator: Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Publicação: 12/5/2017.

> Quanto ao ponto, em que pese os louváveis argumentos da DPU para o reconhecimento da prescrição punitiva adotando os marcos temporais entre a data do fato e o recebimento da denúncia, destaca-se que não se pode criar novos termos iniciais/interruptivos da prescrição punitiva estatal não previstos em lei, sob pena de se ferir o mandamento constitucional do devido processo legal.
>
> Em sede de legislação penal comum não é mais reconhecida a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva adotando como marco temporal a data do fato e o recebimento da denúncia, em razão da revogação do § 2º do art. 11 do Código Penal Brasileiro, por força da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010.
>
> Em sede de legislação penal castrense sequer há previsão legal para os marcos destacados (...).

Por derradeiro, para a hipótese de se aventar a possibilidade de ocorrência da prescrição dos fatos destes autos relacionados à data anterior à vigência da Lei 12.234/2010, em vigor desde 5/5/2010 (compreendendo o período infracional entre fevereiro de 2001 a maio de 2010), salienta-se que referida Lei possui natureza jurídica de direito material, tendo em vista sua influência direta no direito de punir do Estado. Assim, são aplicados à prescrição os princípios do Direito Penal, dentre eles, o da irretroatividade da lei posterior mais gravosa.

Todavia, considerando que a hipótese dos autos retrata crime continuado, deve-se incidir ao caso a Súmula nº 711 do STF[120], a qual estabelece **que a lei penal mais grave** aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência. Esse é o caso dos autos – **continuidade delitiva** –, pois, a cada saque indevido, configurou-se a renovação da consumação, havendo a violação contínua do bem jurídico tutelado pela Norma Penal[121]. Assim, considerando que o término da continuidade delitiva ocorreu somente em setembro de 2014, **não há que falar em inaplicabilidade da Lei nº 12.234/2010 aos fatos deste processo e consequente reconhecimento da prescrição**.

Esse também é o entendimento desta Corte, conforme o precedente colacionado a seguir:

> APROPRIAÇÃO DE COISA HAVIDA ACIDENTALMENTE. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. REJEIÇÃO. MÉRITO. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FALTA DE PROVAS. LICENCIAMENTO. SAQUES DE VENCIMENTOS INDEVIDOS.

[120] STF - Sumula 711: A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

[121] Nesse sentido (continuidade delitiva): STF, 1ª Turma. RHC nº 83.437-0/SP, Relator: Min. Joaquim Barbosa.

> COMPROVAÇÃO. CRIME PERMANENTE. CONTINUIDADE DELITIVA. INCOMPATIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. A jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou o entendimento de que manter Instituição Pública em erro, para apropriar-se mensalmente de remunerações indevidas, é crime permanente, quando o beneficiário da vantagem ilícita é o próprio agente, inviabilizando, dessa forma, a aplicação do instituto da continuidade delitiva, pois a percepção desses valores se protrai no tempo. **Nesse Caso, como a cessação da permanência se deu após a vigência da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que revogou o art. 110, § 2º, do CP comum, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva retroativa entre a consumação do delito praticado pelo Apelante e o recebimento da exordial acusatória**. Preliminar de incompetência da Justiça Militar da União rejeitada. Decisão unânime. Apelo parcialmente provido. Decisão unânime[122].
>
> (STM - Apelação nº 0000015-20.2012.7.11.0011. Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Revisor: Min. José Coêlho Ferreira. Publicação em 9/10/2014). (Grifamos).

Dessa forma, constata-se a inocorrência do transcurso do lapso temporal prescricional da pretensão punitiva da ação penal e, portanto, não há de falar em extinção da punibilidade da pretensão punitiva estatal.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de prescrição da pretensão punitiva.

MÉRITO

Além do pleito de extinção da punibilidade em razão da prescrição, já apreciado preliminarmente, a DPU pleiteia a reforma da sentença e consequente absolvição da Acusada, com fundamento no art. 439, alínea "d", do CPPM[123], sob a alegação de estado de necessidade, prevista no art. 39 do CPM.

Sustenta a Defesa que a verba da pensão da genitora falecida mostrou-se indispensável para se prover o sustento de, pelo menos, 3 (três) pessoas, todas com idade avançada. Argumenta, ainda, que a Acusada não fez nenhum investimento vultoso com os valores recebidos em nome de sua falecida mãe, não havendo registro de grandes movimentações bancárias em contas titularizadas pela Acusada, entre os anos de 2014 a 2017. Portanto, argumenta ser plausível sustentar que o valor da pensão era revertido, tão somente, para as despesas atinentes aos gastos com a manutenção de uma vida digna.

---

[122] STM - Apelação nº 0000015-20.2012.7.11.0011. Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Revisor: Min. José Coêlho Ferreira. Publicação em 9/10/2014.

[123] **Art. 439.** O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça: d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);

Aduz, também, que, embora a conduta da Acusada encontre tipicidade formal, deve-se perquirir o nítido caráter de responsabilidade desta para com seus familiares. Ponderou que a Acusada teria incorrido no equívoco do meio adotado, ponderando que estava em jogo, no caso concreto, a própria vida digna sua e de seus familiares.

Citou, ademais, que a Acusada apresenta uma limitação de ordem física – má formação em uma das mãos – o que implica restrições no exercício de atividades laborativas. Por fim, consignou que estaria configurado o estado de necessidade como excludente de culpabilidade, não sendo exigível conduta diversa da praticada.

Em que pese o esforço defensivo, o apelo não merece prosperar.

Nos presentes autos, a materialidade e a autoria delitivas restaram incontroversas, de modo que a Defesa concentra sua tese no reconhecimento da excludente de culpabilidade em razão de estado de necessidade.

Pois bem, esse Instituto tem previsão legal no art. 39 do CPM, senão vejamos:

> 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.

Conforme se extrai das alegações defensivas, a Acusada teria agido em estado de necessidade exculpante, porquanto não vislumbrou outro modo que pudesse dispor para socorrer a si própria e a seus familiares – pelo menos duas pessoas, todas com idade avançada.

Entretanto, tal tese não merece amparo.

De acordo com o melhor entendimento doutrinário, para que seja configurado o estado de necessidade exculpante, faz-se indispensável a presença dos requisitos cumulativos:

1. existência de uma situação de perigo certo e atual;

2. perigo gerado involuntariamente pelo agente do fato necessário;

3. perigo inevitável;

4. proteção a bem próprio ou de terceiro, ligado por relação de afeto ou parentesco;

5. sacrifício de direito alheio de valor superior ao bem protegido;

6. existência de situação de inexigibilidade de conduta diversa.[124]

No caso em análise, não se vislumbra dos autos qualquer situação de vulnerabilidade extrema que pudesse justificar as condutas perpetradas. Essa constatação restou suficiente e corretamente delineada na sentença guerreada, que assim dispôs (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303, evento 1, doc. 27):

> Com sua conduta, a ré causou prejuízo à Administração Militar que, por mais de treze anos, continuou a depositar os valores referentes à pensão de uma beneficiária que já era falecida. Portanto, extinto estava o direito, razão pela qual jamais poderia se apropriar daqueles valores. Em contrapartida, a acusada religiosamente passou, durante todo esse tempo, a dispor de numerário pertencente ao erário público como se fosse seu, locupletando-se indevidamente, tudo a partir daquela fraude perpetrada (...)
>
> (...) Embora haja nos autos menção de que, com a acusada, também passaram a residir, após o falecimento da pensionista, duas outras senhoras – irmã e sobrinha de MARIA FRANCISCA –, **não ficou comprovado que houvesse uma situação de extrema vulnerabilidade que justificasse os malfeitos realizados**. Certo que, tratando-se de senhoras já com idade mais avançada, os cuidados são maiores e, em consequência, também os gastos deixam de ser aqueles ordinários, por vezes extrapolando os rendimentos usuais. Contudo, **não há nos autos quaisquer elementos denotando que a ré não tinha outra conduta a seguir, a não ser a sacar ilicitamente valores pertencentes ao erário público. Diferentemente, a acusada poderia ter agido de outra forma, em vez de ter aquele comportamento reprovável causador de expressiva lesão, mais de R$ 700.000,00, ao erário público, valor este que, corrigido monetariamente, alcança mais de um milhão de reais**. (Grifamos).

Nesse sentido, a doutrina preleciona que o autor deve considerar todas as alternativas possíveis para evitar o perigo, inclusive a ajuda de terceiros e se utilizar dos meios menos danosos, *in verbis*:

> (...) o meio utilizado seja apropriado para evitar o perigo, excluindo agressões inúteis a bens jurídicos alheios, porque se **o estado de necessidade é constituído pela existência de um perigo (atual, involuntário e inevitável sem lesão), então a justificação consiste, precisamente, na eliminação desse perigo, podendo e devendo o autor (ao contrário da legítima defesa) considerar todas as alternativas possíveis para evitar o perigo, inclusive a ajuda de terceiros,** e na

[124] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 83.

> hipótese de intervenção em bens jurídicos alheios, utilizar os meios menos danosos[125] (...) (Grifamos).

Denota-se evidente que a Acusada não buscou alternativas para evitar a atribulação que passava.

Ademais, conforme muito bem pontuou a PGJM no seu Parecer (evento 6), *in verbis*:

> (...) inexiste um dos elementos constitutivos do estado de necessidade exculpante, qual seja – a atualidade do perigo, uma vez que em se tratando de recebimentos mensais de valores, como no caso dos autos, ocorre um prolongamento do estado de antijuridicidade, o que confere conotação de permanência à continuidade delitiva, fazendo com que desapareça o requisito de perigo certo e atual, indispensável ao reconhecimento da excludente de crime ou de culpa prevista no artigo 39 do Código Penal Militar (...)

Assim, não se mostra possível acolher o argumento defensivo, pois não há provas nos autos de que se possa inferir a ocorrência do alegado estado de necessidade. Ao contrário, era plenamente exigível conduta diversa daquela praticada pela Acusada.

Consoante entendimento já consolidado desta corte, problemas particulares relacionados à debilidade econômica não têm o condão de caracterizar o estado de necessidade exculpante, segundo os requisitos exigidos no art. 39 do CPM, vejamos:

> EMENTA: ESTELIONATO (CPM, art. 251). PENSÃO MILITAR. Pensionista civil falece e sua filha comunica o óbito à Administração Militar apenas dois anos após o aludido fato, por ocasião do requerimento de concessão de auxílio-funeral. O dolo da acusada se comprova não só em seu silêncio quanto ao falecimento de seu pai, mas também em sua confessa atitude de enganar a Administração. **A alegação de dificuldades financeiras não evidencia o estado de necessidade exculpante, a ensejar a absolvição da apelante, a quem se impunha conduta diversa, por outros meios lícitos, para se socorrer de apuros momentâneos.** Não há, nos autos, a comprovação das dívidas contraídas e das despesas médicas do ex-pensionista, não havendo como afirmar que os valores dos saques foram utilizados, estritamente, para adimplir tais gastos. Descartado o estado de necessidade exculpante. A alegação de que a acusada incorreu em erro de tipo escusável não merece respaldo. Se realmente achava que fazia jus à pensão depositada na conta corrente de seu falecido pai, deveria, tão logo ocorrido o óbito, comunicá-lo para regularizar sua situação. Autoria e materialidade comprovadas. Afastado o estado de necessidade exculpante. Manutenção da sentença condenatória "a quo". Decisão unânime.

---

[125] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 390.

> (STM. Apelação nº 7-75.2008.7.08.0008/PA. Relator: Ministro Marcos Martins Torres. Julgamento: 28/10/2010. Publicação: 24/11/2010). (Grifei).

Por fim, não bastasse a fundamentação delineada, verifica-se a fragilidade da argumentação defensiva, mormente porque, de acordo com certidão de óbito acostada aos autos (Proc 0000094-76.2016.7.03.0303, evento 1, apenso 2, fl. 95), a Sra. OLGA GUIMARÃES DORNELLES – uma das senhoras, que, consoante alegação da Defesa, residia com a Acusada e dependia dos recursos ilícitos para sobreviver –, falecera em 15/6/2011, ao passo que os saques indevidos se perpetuaram até setembro de 2014.

No que tange aos demais elementos dos autos, temos que o crime imputado à Acusada está tipificado no art. 251 do CPM[126] e consiste na obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, com a indução ou manutenção da vítima em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. A respeito desse crime, prelecionam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger[127] que:

> (...) O sujeito ativo do delito no tipo penal do *caput* do art. 251 pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, federal ou estadual, como o militar inativo, ou mesmo o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (...).
>
> O núcleo da conduta na figura do *caput* é "obter", ou seja, alcançar, conseguir vantagem ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro, pelo emprego de meio fraudulento, causando prejuízo alheio.
>
> Induzir alguém em erro significa incutir, gerar no sujeito passivo o comportamento desejado, pela crença de uma realidade inexistente, apenas ocorrida na mente da pessoa induzida (...). É possível, ademais, que o sujeito passivo já esteja com uma falsa compreensão da realidade, que é mantida pelo agente pela sua conduta fraudulenta, configurando-se a modalidade "mantendo em erro", prevista no tipo em estudo.

No caso concreto, a materialidade e a autoria delitivas restaram plenamente comprovadas e incontroversas.

Os extratos bancários da conta da pensionista MARIA FRANCISCA DORNELLES, na qual eram efetuados os depósitos por parte da Administração Militar, demonstram que, após seu falecimento, em janeiro de 2001, foram efetuados diversos saques no período compreendido entre fevereiro de 2001 a setembro de 2014. Os pagamentos efetuados a título de pensão militar

---

[126] **Art. 251.** Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em êrro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena - reclusão, de dois a sete anos.

[127] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.269-1.271.

também estão comprovados, conforme fichas financeiras juntadas aos autos, denotando que a Administração Militar acreditava que a pensionista ainda estava viva naquele período (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303, evento 1, apenso 5, fls. 12/50 e apenso 6, fls. 53/86).

Ademais, perícia contábil acostada aos autos indica o levantamento acerca dos pagamentos efetuados, bem como dos valores corrigidos monetariamente (Processo nº 0000094-76.2016.7.03.0303, evento 1, apenso 6, fls. 53/86).

No que concerne à autoria, embora a Acusada, em Juízo, tenha exercido seu direito ao silêncio, no curso do IPM, reconheceu a conduta praticada.

Assim, correta a disposição contida no édito condenatório, conforme trecho seguinte:

> Ouvida em 05 de setembro de 2016 na condição de testemunha, a agora acusada confirmou que era procuradora de sua genitora, informando não ter comunicado o óbito da senhora MARIA FRANCISCA DORNELLES à Seção de Inativos e Pensionistas (...).
>
> Afirmou, também, que tinha ciência que a pensão cessaria após o óbito da pensionista. Já na condição de indiciada, a senhora MARIA DA CONCEIÇÃO, em 21 de e setembro de 2016, confirmou que sabia que estava recebendo indevidamente a pensão de sua mãe, alegando que assim agira por necessitar daquele dinheiro para sobreviver (...).
>
> Em nova inquirição em 30 de novembro de 2016, a então indiciada mais uma vez reconheceu os saques irregulares (...).

Restou apurado que, desde que o beneficiário faça prova de vida anualmente perante a Administração Militar, os valores atinentes à pensão militar continuam a ser pagos. A prova de vida, geralmente, consiste em uma visita à Seção de Inativos de Pensionistas - SIP.

Provou-se, também, que a Acusada, detentora de instrumento procuratório de sua mãe desde janeiro de 2001 (Proc. nº 0000094-76.2016. 7.03.0303, evento 1, apenso 6, fls. 19/20), em algumas ocasiões, compareceu pessoalmente à SIP, informando falsamente que a Sra. MARIA FRANCISCA (pensionista) estava viva, assinando as fichas de apresentação.

Assim, frisa-se que, embora a Acusada tenha se mantido silente em seu depoimento em Juízo, declinou no curso do IPM que (I) não comunicou o óbito à OM, (II) recebeu os vencimentos de pensão até o ano de 2014, (III) realizou prova de vida de sua mãe após o falecimento, (IV) compareceu à SIP, (V) assinou a ficha de apresentação, e (VI) reconheceu, ainda, que sabia que o benefício deveria cessar após o óbito (Proc. nº 0000094-76.2016.7.03.0303, evento 1, apenso 6, fls. 36/37).

Do mesmo modo, os autos demonstram, a partir dos depoimentos das testemunhas Ten LYRA, Sgt FRACARO e Sgt LIZANDRO, que, em outras ocasiões, militares foram até a casa em que a pensionista residia para preenchimento das fichas atinentes à prova de vida, momento em que a acusada apresentava a senhora OLGA GUIMARÃES DORNELLES ou a senhora NELCI FRANCISCA DORNELLES como se fossem sua mãe – que já havia falecido. As referidas senhoras eram irmã e sobrinha da pensionista, respectivamente, que, após o óbito, passaram a residir com a Acusada.

Assim, a partir de todos esses elementos que foram devidamente delineados pelo Conselho Sentenciante, obtém-se a certeza de que a conduta da Acusada foi fundamental para que a Administração Militar fosse ludibriada e induzida a erro por mais de 13 (treze) anos – entre fevereiro de 2001 e setembro de 2014.

Nesse conspecto, a sentença não carece de reproche, já que devidamente fora devidamente fundamentada inclusive quanto à dosimetria da pena.

Na primeira fase, a sentença considerou, para a fixação da reprimenda, a gravidade da conduta que se protraiu no tempo, causando grave prejuízo à Administração Militar, e o grau elevado do dolo, haja vista os meios fraudulentos utilizados, com a apresentação de terceiras pessoas como se sua mãe fosse, estabelecendo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, considerou-se a atenuante da senilidade, tendo em vista a Acusada possuir mais de 70 (setenta) anos de idade, consoante dispõe o art. 72, inciso I, do CPM[128] e, considerando o disposto no art. 73 do CPM[129], reduziu a pena em 1/3 (um terço), fixando a pena intermediária em 2 (dois) anos de reclusão.

Na terceira fase, considerando a continuidade delitiva, haja vista a existência de depósitos e respectivos saques, por mais de 164 (cento e sessenta e quatro) vezes após o falecimento da pensionista, bem como que a Acusada ludibriou a Administração Militar, de forma reiterada, já que fazia a prova de vida da pensionista, seja comparecendo à SIP para informar que sua mãe estava viva (quando em verdade já havia falecido), seja fazendo com que terceiros se passassem por ela diante dos agentes públicos, aplicou-se a regra do art. 71 do Código Penal comum, elevando a pena intermediária em 2/3 (dois terços), restando assim a reprimenda definitiva em **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.**

---

[128] **Art. 72.** São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;

[129] **Art. 73.** Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um têrço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

Por fim, fixou regime ao regime inicial aberto para o cumprimento da pena e, considerando o disposto no § 2º do art. 77 do Código Penal comum[130], concedeu à Acusada o benefício do *sursis* etário por ser ela maior de 70 (setenta) anos de idade.

Convém frisar que a sentença transitou em julgado para a Acusação. Desse modo eventual pretensão na elevação do *quantum* da reprimenda deve ser rechaçada, em face do princípio da *non reformatio in pejus*.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao Apelo da Defesa, para manter incólume a sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que condenou a civil MARIA DA CONCEIÇÃO DORNELLES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar arguida pela Defesa, de prescrição da pretensão punitiva. No mérito, **por unanimidade**, em conhecer e negar provimento ao Apelo interposto pela Defesa, para manter incólume a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que condenou a Civil Maria da Conceição Dornelles.

Brasília-DF, 7 de março de 2019 – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, Ministro-Relator.

---

[130] **Art. 77.** A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

APELAÇÃO Nº 7001037-23.2018.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Apelante: Marcos Lond Carneiro.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Dr. Ewerton Carneiro da Silva.

EMENTA

APELAÇÃO. CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA PARA O JULGAMENTO DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JMU. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. HOMICÍDIO DOLOSO E QUALIFICADO. ACERVO PROBATÓRIO COMPROVANDO A PARTICIPAÇÃO DO APELANTE. COMPANHEIRO DE FARDA. MOTIVO FÚTIL. DÍVIDA FINANCEIRA POR COMPRA DE VEÍCULO. REQUINTES DE CRUELDADE. VERSÕES CONFLITANTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TORPEZA E PELA IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA DA VÍTIMA. NÃO CABIMENTO. RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVO TORPE UTILIZADO COMO QUALIFICADORA E VALORADO COMO AGRAVANTE GENÉRICA. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ATENUAÇÃO DA PENA EM 1/3 (UM TERÇO) PELA MENORIDADE DO AUTOR. PROCEDÊNCIA. APELO DEFENSIVO. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

Em função da jurisprudência reinante sobre a matéria, fica firmada a competência do Conselho Permanente de Justiça para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Tanto o Apelante como a Vítima ostentavam a mesma graduação de soldado, e serviam ao Exército Brasileiro, portanto, eram efetivamente militares à época dos fatos, o que firma a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito.

O crime foi motivado por dívida financeira proveniente da intermediação da compra de um veículo de propriedade de um civil apresentado pelo Apelante.

O delito foi praticado com requintes de crueldade, a Vítima foi morta com uma laceração no pescoço, que gerou lesões de grandes vasos sanguíneos, ocasionada por ação de objeto perfuro-cortante.

Os depoimentos do Apelante, durante o Inquérito Policial Militar e em Juízo foram totalmente conflitantes e divergem em vários pontos essenciais dos demais depoimentos testemunhais e periciais acostados aos autos.

Em função da crueldade dos atos, da vulnerabilidade da Vítima e do vínculo de confiança quebrado, do qual se valeu para atrair, enganar e matar seu colega de farda, não cabe o pedido defensivo de desclassificação do crime de homicídio qualificado pela torpeza e pela impossibilidade de defesa da vítima, ao ludibriar sua confiança.

Em relação ao pedido de reconhecimento de participação mínima do Autor, esse também não procede, já que foi preponderante a sua participação no evento criminoso, ao iludir, conduzir e assassinar outro militar, sem propiciar a mínima condição de defesa.

A qualificadora denominada motivo torpe não foi utilizada duas vezes no *quantum* da pena, valorando esse elemento como agravante genérica, uma vez que, ao compulsar o édito condenatório, é claro que o componente torpeza não foi considerado na segunda fase da dosimetria, sendo mencionado apenas para esclarecer que não seria utilizado na condição de qualificadora, ou seja, não resultou em acréscimo na pena, nem em *bis in idem*.

Em função das peculiaridades do caso, não há como proceder à diminuição da pena-base em função da gravidade dos atos praticados; da reprovação social; do motivo alegado; bem como da personalidade do Autor, cuja conduta demonstrou total insensibilidade e indiferença em relação à vida humana.

Presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, persiste a necessidade de manutenção da prisão preventiva do Apelante.

Em função de ser o Autor agente menor de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos, deve ser aplicada a circunstância atenuante prevista no art. 72, inciso I, do CPM, resultando em uma pena de 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da sentença.

Apelo parcialmente provido. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da

União, de incompetência da Justiça Militar da União, por falta de amparo legal; **por maioria**, rejeitou a preliminar suscitada em questão de Ordem pelo Ministro Artur Vidigal de Oliveira, de incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, declarando a competência do Tribunal do Júri, sob a Presidência do Juiz Federal da Justiça Militar, no que foi acompanhado pelo Ministro José Barroso Filho. No mérito, **por unanimidade**, deu parcial provimento ao Apelo defensivo, para reduzir a pena de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses para 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da Sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Alvaro Luiz Pinto.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor), José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino. O Ministro William de Oliveira Barros não participou do julgamento. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira fará declaração de voto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 21/5/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto por advogado constituído, objetivando reformar a Sentença que condenou MARCOS LOND CARNEIRO à pena de **22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão** pela prática do crime previsto no art. 205, § 2º, incisos II e IV, do CPM (**homicídio qualificado**), com regime prisional inicialmente fechado.

Narrou a Exordial Acusatória que o Apelante foi denunciado, em síntese, em face dos seguintes motivos:

> (...)
>
> Na tarde de 07 de dezembro de 2017, próximo à empresa Sharp, no bairro Distrito Industrial, em Manaus/AM, o Soldado do Exército MARCOS LOND CARNEIRO, do efetivo do Colégio Militar de Manaus, (...) previamente ajustado com o civil JORGE ERISSON PEIXOTO DA SILVA (vulgo "BLACK"), por motivo torpe, decidiu assassinar o seu colega de farda e de Quartel, Soldado do Exército QUERCE DIONES SANTOS MATIAS, mediante recurso insidioso que dificultou e tornou impossível a defesa da vítima, logrando êxito conforme Certidão de Óbito, fl. 95, e Laudo de Exame Necroscópico (...).
>
> Segundo restou apurado, algumas semanas antes dos fatos, DIONES manifestou interesse em adquirir um veículo. Sabendo disso, MARCOS indicou-lhe a oficina do seu "conhecido" Jorge Erisson Peixoto

da Silva (de alcunha "BLACK"), o qual já havia realizado alguns serviços de funilaria para outros militares da OM (Sd Eduardo e Sgt Eliomar), por indicação do próprio MARCOS.

Ao chegarem à oficina onde se encontrava BLACK, DIONES acertou a compra de um veículo Gol Bola, Geração II, cor verde, pelo valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo pago naquele momento a quantia de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) e o restante (mil reais) seria entregue por ocasião da entrega do carro, uma vez que tal veículo ainda estava em processo de pintura.

Próximo à data da entrega, porém, a Polícia fechou a oficina de BLACK e recolheu os carros que lá se encontravam, por suspeita de funcionar naquele local um desmanche. Tanto o ofendido como o denunciado ficaram sabendo da referida ação policial por meio de jornal. Diante disso, segundo MARCOS, ele e DIONES tentaram entrar em contato com BLACK por meio de celular, para que o mesmo devolvesse a quantia paga antecipadamente referente à compra do veículo (quatro mil reais), todavia não obtiveram sucesso, pois as ligações telefônicas não eram completadas.

Ainda segundo MARCOS, em razão das infrutíferas tentativas de contato telefônico, este teria se dirigido ao "local da compra do veículo", quando teria sido, supostamente, repelido por BLACK, o qual mandou o denunciado ir embora, pois não queria conversar com ele e nem com DIONES, exibindo naquele momento um revólver a MARCOS. Igualmente, DIONES teria informado a MARCOS que conseguira falar com BLACK pelo celular, porém este o teria ameaçado.

DIONES decidiu, então, acompanhado de seu irmão, ir à oficina de BLACK, onde este teria dito que tentaria resolver a situação mediante a entrega de outro veículo. DIONES solicitou a devolução dos quatro mil reais.

BLACK, todavia, disse à vítima que não devolveria o dinheiro e que a entrega do outro carro aconteceria na semana seguinte.

Voltando do encontro com BLACK, DIONES conversou com MARCOS e **pediu para que este resolvesse a situação**, já que foi MARCOS quem o levou à oficina para fazer o negócio com o BLACK.

MARCOS, responsabilizando-se, **disse a DIONES que poderia solucionar a situação** entregando ao ofendido uma motocicleta de sua propriedade (Motocicleta Honda CB 300, cor amarela, ano 2010), apenas se obrigando DIONES a devolver a diferença do valor da motocicleta, estipulada em R$ 2.000,00 (dois mil reais), **o que foi aceito pela vítima**.

Realizado o acordo, MARCOS entregou a motocicleta a DIONES. No entanto, após cerca de quatro a sete dias com o veículo, DIONES a devolveu ao denunciado por ter apresentado problemas mecânicos. Em razão da devolução, MARCOS "**ficou de devolver R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a DIONES, porém, para resolver a situação, DIONES aceitou**

o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), por qual MARCOS ficou devendo a DIONES, ficou acordado que MARCOS passaria esse montante em três parcelas de mil reais, a qual pagou uma delas na data de ontem [data do homicídio]" (...).

Entretanto, estranha e contraditoriamente, MARCOS alega que **duas semanas antes dos fatos**, BLACK teria afirmado que DIONES o "perturbava" e que MARCOS resolvesse a situação (...), **mas que MARCOS teria alegado que não podia resolver**, sendo ameaçado por BLACK. Assevera que, posteriormente, BLACK teria afirmado que resolveria a situação, momento em que "lhe passou um celular para o que o mesmo ligasse para ele quando tivesse com o DIONES, no número (...), o qual MARCOS já conhecia".

Com duas semanas para planejar o assassinato de DIONES e mesmo já tendo resolvido a situação com o parcelamento da dívida, MARCOS ajustou com BLACK matar o colega de farda DIONES.

Para tanto, MARCOS acordou com BLACK em levar DIONES ao Bairro Distrito Industrial, próximo a empresa Sharp, local onde BLACK o encontraria para completar a empreitada criminosa.

Em **7 de dezembro de 2017**, planejado o assassinato de DIONES, conforme prévio ajuste e unidade de desígnios com BLACK, para conduzir a vítima à emboscada, ao encontro de BLACK, assim agiu: "após o almoço de confraternização do contingente, para levar o DIONES ao encontro do BLACK, [MARCOS] disse a ele que iria dar a primeira parcela da dívida, e que havia esquecido o dinheiro no carro (...) do Cabo Wan Douglas, que havia ficado para consertar. Nesse momento, enquanto o Sd DIONES foi pegar a mochila no alojamento **MARCOS ligou para o BLACK e disse que estava levando o DIONES ao Distrito** (...)".

"O carro do Cb Wan Douglas, Clio, estava estacionado ao lado da quadra do Colégio Militar, na rua Luiz Antony, para chegar até lá MARCOS pediu carona ao Sgt Eliomar, que o deixou na parte dos fundos do Colégio Militar, o qual aproveitando que o portão dos fundos do Colégio estava aberto entrou com o Sd DIONES, atravessaram o pátio e saíram pela guarda em direção ao carro, **nesse momento DIONES pediu a MARCOS uma carona até próximo da sua casa** (...)" (cf. câmeras de vigilância às fls. 89/91).

"Dentro do carro entregou a DIONES os mil reais, sacado por sua ex-esposa Aline de Castro Moraes (...), **apanhou esse dinheiro na segunda-feira, dia 4 de dezembro de 2017, das mãos dela**. Dentro do carro pediu ao DIONES dinheiro para colocar gasolina, pois não tinha combustível para levá-lo até sua residência, **então iniciou a ida até o Distrito ao encontro do BLACK**, no meio do percurso o DIONES disse 'essa não é a rota pra minha casa', o que MARCOS disse que estavam indo 'ali rapidinho', continuou dirigindo rumo ao Distrito Industrial".

"Já no Distrito, quando passou próximo à Sharp, viu um sinal de luz pelo retrovisor de um gol vermelho, **sendo que já sabia que era o**

> **BLACK**. Logo em seguida parou o carro, neste momento o BLACK bloqueou o carro e desceu ao seu encontro, nesta hora o Sd DIONES disse o seguinte 'o que é isso MARCOS? O que tá acontecendo?', MARCOS ficou calado e o **BLACK abriu a porta do carro e tirou o DIONES de dentro**, e logo em seguida o colocou no veículo no qual o BLACK estava, durante esse período, até ser colocado dentro do carro, **o Sd DIONES gritava 'deixa pra lá esse negócio'**.
>
> 'MARCOS ficou parado no local e viu o carro de BLACK sair andando em direção à frente e à direita do local que se encontrava, quando BLACK sumiu de suas vistas jogou para fora do carro, o celular que o BLACK havia lhe dado e se dirigiu para o bairro Zumbi III, acha, na casa de um amigo conhecido como Dan, onde havia deixado (...) sua moto quebrada; nesse momento pediu o celular de Dan emprestado e ligou para o Sd Michel falando que iria entregar o carro do Cb Van Dougla se precisaria de uma carona de volta pra casa, a qual o Michel disse que daria."
>
> Na manhã do dia seguinte, 08 de dezembro de 2017, o corpo de DIONES foi encontrado nas proximidades do local onde foi entregue a BLACK por MARCOS (Distrito Industrial). Restou constatado que a vítima foi morta em razão de "**choque hemorrágico agudo**" e "**ação perfuro cortante**", decorrentes de golpes de arma branca, **além de ter parte do corpo carbonizado**, o que ocorreu no dia **07/12/2017**, conforme Certidão de Óbito (fl. 95) e Laudo de Exame Necroscópico (...).
>
> Dessa forma, MARCOS, livre e conscientemente, em comunhão de esforços e unidade de desígnios com BLACK, planejou e determinou, ou, no mínimo, cooperou e pretendeu o homicídio de DIONES, **utilizando-se precipuamente da relação de confiança que possuía com a vítima, levando-a de forma dissimulada para uma emboscada que impossibilitou a defesa desta** e que culminou na sua morte.
>
> Além disso, pelos elementos de informação até então colhidos, restou comprovado que MARCOS assumiu diretamente a restituição da quantia despendida por DIONES e não restituída por BLACK, e **para se ver livre da dívida então contraída**, premeditadamente ajustou com BLACK os detalhes da empreitada que culminaria no seu assassinato. (Grifo do original).

Em **8/12/2017**, o Comandante e Diretor de Ensino do Colégio Militar de Manaus, por intermédio da Portaria nº 92/2017-SECT/ACESSO RESTRITO, determinou a instauração de IPM, com a finalidade de apurar as circunstâncias que culminaram com a morte do Sd Ex QUERCE DIONES SANTOS MATIAS e, em especial, averiguações acerca da possível participação do Sd Ex MARCOS LOND CARNEIRO no citado homicídio.

O Sd MARCOS, ao ser ouvido no IPM, relatou os fatos em conformidade com a dinâmica já descrita na peça inaugural.

Ao ser perquirido sobre o acontecido, acrescentou que:

> (...) **se tem conhecimento do ocorrido com o Sd DIONES, respondeu que: sim**;
>
> Perguntado qual sua participação no acontecido com Sd DIONES:
>
> (...) decidiu ligar para o Black para saber o que ele queria que o mesmo fizesse com o Diones, momento em que Black falou que não queria mais falar nem com Marcos e nem com Diones, que era para Marcos levar o Diones ao Distrito Industrial, próximo a Sharp, e que senão fizesse, já sabia o que iria acontecer com sua família, sendo que **Marcos já sabia que o Black iria matar o Diones**.
>
> **Mesmo sabendo o que aconteceria, Marcos decidiu cumprir a ordem do Black, então, ontem após o almoço de confraternização do Contingente, para poder levar o Diones ao encontro do Black**, disse a ele que iria dar a primeira parcela da dívida, e que havia esquecido o dinheiro no carro, carro esse do Cabo Van Douglas, que havia ficado de concertar. Nesse momento, enquanto o Sd Diones foi pegar sua mochila no alojamento Marcos ligou para o Black e disse que estava levando o Diones ao Distrito, o qual respondeu, "tá bom". (...) Dentro do carro entregou a Diones os mil reais, (...) Dentro do carro pediu ao Diones dinheiro para colocar gasolina, pois não tinha combustível para levá-lo até sua residência, então iniciou a ida até o Distrito ao encontro do Black, no meio do percurso o Diones disse "essa não é a rota pra minha casa", o que Marcos disse que estavam indo "ali rapidinho", continuou dirigindo rumo ao Distrito Industrial. Já no Distrito, quando passou próximo a Sharp, viu um sinal de luz pelo retrovisor de um gol vermelho, sendo que já sabia que era o Black. Logo em seguida parou o carro, neste momento o Black bloqueou o carro e desceu ao seu encontro, nesta hora o Sd Diones disse o seguinte "o que que isso Marcos? O que tá acontecendo?", Marcos ficou calado e o Black abriu a porta do carro e tirou o Diones de dentro, e logo em seguida o colocou no veículo no qual o Black estava, durante esse período, até ser colocado dentro do carro, o Sd Diones gritava "deixa pra lá esse negócio". Marcos ficou parado no local e viu o carro de Black sair andando em direção a frente e a direita do local que se encontrava, quando o Black sumiu de suas vistas jogou para fora do carro, o celular que o Black havia lhe dado e se dirigiu para o Bairro Zumbi III, (...)
>
> (...)
>
> Hoje acordou pela manhã e foi informado por sua irmã que havia visto no celular "facebook" que haviam matado um militar do Exército, pegou o celular da sua irmã reconheceu que era o Diones, (...) **Decidiu então se dirigir ao quartel, onde sabendo de tudo que havia acontecido e de livre e espontânea vontade decidiu relatar o seu envolvimento**. (Grifo nosso).

Por decisão datada de **9/12/2017**, o Exmo. Sr. Juiz Federal da Justiça Militar da 12ª CJM Dr. RUSLAN SOUZA BLASCHIKOFF decretou a **prisão**

preventiva do Sd MARCOS, com fundamento nos artigos 254, alíneas "a" e "b", 255, alíneas "a", "b" e "e", ambos do CPPM. O mandado de prisão nº 16/17 foi devidamente cumprido na mesma data.

A denúncia foi recebida em **12/1/2018**.

Foram ouvidas em Juízo, na qualidade de testemunhas, o 3º Sgt ELIOMAR DO NASCIMENTO FARIAS JÚNIOR, o Cb WAN DOUGLAS SOUZA DA FONSECA, o Sd EDUARDO CORRERA DE OLIVEIRA, o Sd MICHEL ALVES DA SILVA, o Cb RICARDO CONSTANTINO DOS SANTOS e a Sra. AMANDA BATISTA RIBEIRO.

O Acusado, em Juízo, ofereceu versão diferente da prestada durante o IPM, passando a negar sua participação no assassinato do Sd DIONES.

Verifica-se que, por decisões datadas de **6/3/2018**, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército **indeferiu** os pleitos de revogação da prisão preventiva e de exceção de incompetência, ofertados pela defesa do Apelante.

O CPJ/Ex, em **28/9/2018**, por unanimidade de votos, julgou procedente a pretensão punitiva do Estado, para condenar MARCOS LOND CARNEIRO à pena de **22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, em regime prisional inicial fechado. A sentença foi publicada na ata da 82ª (octogésima segunda) sessão do CPJ/Ex, de **1º/10/2018**.

Restou assim alicerçada a dosimetria da pena naquela oportunidade, *in verbis:*

> (...)
>
> Na primeira fase (circunstâncias judiciais, *ex vi* do art. 69 do CPM), verifica-se que o réu é tecnicamente primário e de bons antecedentes. Todavia, conforme delineado na fundamentação da presente decisão, constata-se haver quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis no presente caso: a) a **intensidade do dolo** ou grau da culpa (culpabilidade nos termos do art. 59 do Código Penal, que é o grau de reprovação), já que o dolo é, sem dúvidas, acima daquele usual na espécie, mormente porque as circunstâncias do delito revelam premeditação, astúcia, desprezo pela vida alheia, prévia organização e ação em momento em que a vítima se encontrava desprevenida, isto é, dentro de um carro acreditando receber uma carona para sua casa; b) o **motivo determinante** do delito, qual seja, a torpeza (crime cometido para eliminar um credor inoportuno), sendo certo que deixa de ser aqui valorado tendo em vista que **o referido motivo integra o tipo penal qualificando-o**; c) a **maior extensão do dano**, uma vez que a vítima, um jovem Sd do Exército Brasileiro, com apenas 22 anos de idade, foi covardemente assassinado quando tinha todo "um futuro pela frente"; d) a **atitude de insensibilidade e indiferença após o crime**, pois o réu em momento algum se mostrou

arrependido, mas, muito pelo contrário, na fase judicial insistiu em negar sua participação no crime apresentando uma versão deveras incoerente, tudo no intuito de se furtar de sua responsabilidade penal. As demais circunstâncias não operam em seu desfavor.

Considerando a variação da pena estabelecida no art. 205 § 2º do CPM, reclusão entre 12 (doze) e 30 (trinta) anos, partindo-se da pena mínima (sendo essa a melhor interpretação em favor do sentenciado) considera se razoável e proporcional fixar a pena-base em **18 anos e 9 meses de reclusão**, já que existe um patamar de 18 anos de diferença entre pena mínima e máxima para o tipo penal.

Na segunda fase (agravantes e atenuantes), fica reconhecida a circunstância agravante genérica do art. 70, inc. II, alínea "d", do CPM (à traição, de emboscada, **com surpresa**, ou mediante outro recurso insidioso **que dificultou** ou tornou impossível **a defesa da vítima**) que não foi valorada como qualificadora justamente para evitar *bis in idem*. Nessa toada, a pena-base deve ser agravada de 1/5 (um quinto) a 1/3 (um terço), nos termos do art. 73 do CPM. Sem razão para um aumento superior ao mínimo legalmente estabelecido, o incremento a ser considerado é de 3 anos e 9 meses. Não há circunstâncias atenuantes. Agrava-se a pena, portanto, na segunda fase, para 22 anos e 6 meses de reclusão.

Na terceira fase, inexiste causa de aumento ou de diminuição de pena, razão pela qual fica estabelecida **a pena definitiva em 22 anos e 6 meses de reclusão.**

Decide ainda este Conselho negar ao condenado o direito à Suspensão Condicional da Pena (*Sursis*), tendo em vista que a pena privativa de liberdade aplicada é superior a 2 (dois) anos. Não preenchidos, portanto, os requisitos do art. 84 do CPM.

Não é concedido o direito de o réu apelar em liberdade.

Ora, há risco concreto na liberdade do réu, o qual, a exemplo de seu comparsa, também pode se evadir, no intuito de frustrar a aplicação da lei penal militar.

(...)

É fixado o regime prisional inicial FECHADO, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal Comum, a ser aplicado na forma da lei.

Fica concedida a detração penal, *ex vi* do art. 67 do CPM, pelo tempo em que permaneceu preso provisoriamente por igual motivo. (Grifo do original).

Em **1º/10/2018**, a defesa foi intimada da sentença.

Inconformada, a defesa constituída interpôs recurso de Apelação em **3/10/2018**, requerendo fosse declarada a incompetência da Justiça Militar para julgar o feito, encaminhando o processo para o juízo comum.

Requereu, ainda, a absolvição do Apelante por entender que se encontra comprovada sua inocência em instrução criminal, bem como pela ausência de provas de que esse concorreu para a prática do crime, nos termos do art. 439, "c", do CPPM.

Acrescentou, por fim, as seguintes demandas, *in litteris*:

> Sendo o apelante primário e de bons antecedentes (...) requer o recálculo da pena-base, fixando-a no mínimo legal. Na segunda fase, deixou de ser apreciado pelo Ilustre Julgador que o réu, na data do fato, possuía 20 anos de idade, e, portanto, ao contrário do que foi informado na sentença, existe no mínimo uma circunstância atenuante, qual seja, o réu ser menor de 21 anos *vide* art. 72, I CPM. Dito isso, requer a atenuação da pena em 1/3, com fulcro no art. 73 do CPM;
>
> Caso não seja este o entendimento, que seja absolvido por não existir prova suficiente para a condenação, com base no art. 439, "e", do CPPM;
>
> Requer ainda, a desclassificação do crime de homicídio qualificado pela torpeza e impossibilidade de defesa da vítima ao ludibriar sua confiança, (...);
>
> Ademais, em caso de condenação, requer ainda, a desclassificação para participação mínima;
>
> (...) requer que a pena seja fixada no mínimo legal e que o **denunciado possa recorrer em liberdade,** por preencher os requisitos objetivos para tal benefício. (Grifo do original).

O MPM apresentou contrarrazões, afirmando que, diante da inexistência das nulidades suscitadas, e devidamente comprovada a materialidade e autoria delituosa do condenado, é imperiosa a manutenção incólume da sentença.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, opina pelo não provimento do apelo defensivo.

É o Relatório.

VOTO

O presente Recurso é tempestivo, cabível, interposto por parte legítima, e, por atender aos demais pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Insurge-se a Defesa contra a Sentença que condenou MARCOS LOND CARNEIRO à pena de **22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão** pela prática do crime previsto no art. 205, § 2º, incisos II e IV, do CPM (**homicídio qualificado**), com regime prisional inicialmente fechado.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA PARA O JULGAMENTO DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Foi arguida, em sede de preliminar, pelo Exmo. Sr. Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, declarando a competência do Tribunal do Júri, sob a Presidência do Juiz Federal da Justiça Militar, no que foi acompanhado do voto do Exmo. Sr. Ministro JOSÉ BARROSO FILHO.

Em função da pacífica jurisprudência reinante no âmbito da Justiça Militar da União sobre a matéria, não há como prosperar a preliminar arguida, o que foi corroborado pelos demais Ministros que compõem esta Corte.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JMU

A Defesa, em sede de preliminar, requer seja declarada a incompetência da jurisdição especial militar para processamento e julgamento do feito, com remessa dos autos à Justiça comum, sob o argumento de que, apesar de se tratar de crime praticado contra a vida, por militar contra militar, os fatos não foram cometidos em local sob a jurisdição castrense, tampouco preservaram relação com a atividade da caserna.

Segundo a peça inaugural, o Apelante, de forma livre e consciente, utilizando-se da relação de confiança que possuía com a Vítima, juntamente com o civil JORGE ERISSON PEIXOTO DA SILVA, vulgo BLACK, buscou a efetivação do homicídio do soldado QUERCE DIONES SANTOS MATIAS.

Em consequência, foi denunciado pelo crime previsto no art. 205, § 2º, incisos II e IV, do CPM, assim descrito, *in verbis*:

> **Art. 205**. Matar alguém:
>
> (...)
>
> **Homicídio qualificado**
>
> § 2º se o homicídio é cometido:
>
> (...)
>
> II-mediante paga ou promessa de recompensa, por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais, ou por outro motivo torpe;
>
> (...)
>
> IV- à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima;
>
> (...). (Grifo do original).

Em que pesem os argumentos da Defesa, a esses não assiste razão. O art. 9º, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar, esclarece que o delito cometido pelo Apelante é considerado crime militar, *in verbis*:

> **Crimes militares em tempo de paz**
>
> Art. 9º **Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:**
>
> (...)
>
> II - Os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
>
> **a) por militar em situação de atividade** ou assemelhado, **contra militar na mesma situação** ou assemelhado;
>
> (...). (Grifo nosso e do original).

Obviamente, é fato incontestável que o crime, em tese, foi praticado por militar **contra militar** que, de forma extremamente violenta, ceifou a vida de outro colega de farda.

Conforme relata a peça vestibular, tanto o Apelante como a Vítima ostentavam a mesma graduação de soldado e serviam ao Exército Brasileiro, portanto, eram efetivamente militares à época dos fatos.

Nessa oportunidade, vale lembrar que deve ser considerado como militar em situação de atividade aquele que se encontra funcionalmente na ativa, ou seja, não está na condição de reformado ou de militar da reserva remunerada. Assim, independentemente da situação do agente no momento da prática do crime (em serviço, de folga ou licenciado) ou o local do delito (sujeito ou não à administração militar), se praticado por militar contra militar, encontra-se abarcado na definição de crime militar, avocando a competência para esta Justiça Especializada. Prevalece, nessa oportunidade, o critério conhecido como *ratione personae*.

Assim, verifica-se que uma das especificidades mais embrionárias para a tipificação do crime militar, qual seja, a condição de militar, tanto do autor como da vítima, está presente no caso *sub examen*, não restando qualquer dúvida acerca da competência desta Justiça Militar da União para processar e julgar o feito sob a égide da lei castrense.

Nesse sentido já se posicionou esta Corte, como vemos no Acórdão proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 57-90.2008.7.01.0301, publicado em **3/11/2009**, no qual atuou como Relator o Exmo. Sr. Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, *in verbis*:

> RECURSO CRIMINAL CONTRA **DECISÃO QUE REJEITOU A ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA MILITAR NA MESMA SITUAÇÃO**. (...) II - **É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que é competência da Justiça Militar processar e julgar militar da ativa que tenha praticado crime contra militar na mesma situação, em observância ao critério "ratione personae", a teor do art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM**. (...) Decisão Majoritária. (Grifo nosso).

Por fim, o Parecer da PGJM, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, ao sopesar a preliminar oferecida pela Defesa, também corroborou o presente entendimento.

Isso posto, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União por total ausência de fundamentação legal que ampare a rogativa.

MÉRITO

Quanto ao mérito, a Defesa requereu a absolvição do Apelante por entender que restou comprovada sua inocência durante a instrução criminal, bem como apontou a ausência de provas de que esse concorreu para a prática do crime, nos termos do art. 439, alínea "c", do CPPM, *in verbis*:

> **Sentença Absolutória. Requisitos**
>
> **Art. 439**. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:
>
> (...) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;
>
> (...) (Grifo do original).

Em prol da pleiteada absolvição, alega, em síntese, que:

> - A instrução criminal não foi capaz de provar que o Apelante foi responsável pela autoria do homicídio, muito menos a sua associação com o delito;
>
> - Os depoimentos das Testemunhas: 3º Sgt ELIOMAR, Cb COSTANTINO e Sd EDUARDO foram inúteis para a apuração do caso, já que entende que nenhum deles foi capaz de conduzir à autoria do delito;
>
> - O carro estava em poder da vítima, e que, por isso, os rastros de sangue encontravam-se na trava do cinto de segurança, no assento do condutor e no painel de instrumentos, indicando que a vítima estava dirigindo o carro.

Acrescentou, ainda, demandas secundárias, que também passo a expor:

> Sendo o apelante primário e de bons antecedentes (...) requer o recálculo da pena-base, fixando-a no mínimo legal. Na segunda fase, deixou de ser apreciado pelo Ilustre Julgador que o réu, na data do fato, possuía 20 anos de idade, e, portanto, ao contrário uma circunstância atenuante, qual seja, o réu ser menor de 21 anos *vide* art. 72, I, do CPM. Dito isso, requer a atenuação da pena em 1/3, com fulcro no art. 73 do CPM;
>
> (...)

> (...) a desclassificação do crime de homicídio qualificado pela torpeza e impossibilidade de defesa da vítima ao ludibriar sua confiança, (...);
>
> (...) em caso de condenação, requer, ainda, a desclassificação para participação mínima;
>
> (...) requer que a pena seja fixada no mínimo legal e que o **denunciado possa recorrer em liberdade,** por preencher os requisitos objetivos para tal benefício. (Grifo do original).

De início, é possível afirmar que os argumentos trazidos à colação pela defesa, almejando a absolvição do Apelante, não se sustentam diante do consistente acervo probatório acostado aos autos e que reverenciam a decisão condenatória proferida pelo Juízo da primeira instância.

É indubitável que estamos analisando a prática de um crime de homicídio doloso, qualificado, em que é plenamente possível distinguir a atuação do ora Apelante que, de forma intencional, agiu para obter o resultado morte de um jovem companheiro de farda, incidindo na prática do crime previsto no art. 205, § 2º, incisos II e IV, do CPM (**homicídio qualificado**), com a fixação de uma pena de **22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão** e o regime prisional inicialmente fechado.

A alegada existência de provas testemunhais conflitantes não tem o condão de alterar o resultado de um veredito, que é decorrente de uma ampla e meticulosa avaliação de todo um conjunto probatório, inclusive, do relatado pelas testemunhas em juízo, propiciando o convencimento final por parte dos julgadores. Assim, a simples afirmação de testemunhos divergentes nessa fase não é argumento para alterar a bem elaborada sentença e absolver o Apelante.

Apesar de estarmos diante do banimento da vida de um rapaz de apenas 22 (vinte e dois) anos, genitor de uma menina que contava, à época dos fatos, com menos de 1 (um) ano de idade; que morreu vitimado por um choque hemorrágico agudo, proveniente da ação de um objeto perfuro-cortante; que teve o seu corpo carbonizado e, ao ser encontrado, ainda ostentava a farda do Exército Brasileiro, a Defesa constituída busca a absolvição do Apelante, apresentando teses carentes de consistência fática e legal, como veremos no decorrer do presente feito.

Ao que se apura, o motivo que ensejou o crime era de amplo conhecimento dos militares daquela OM, e consistia em um desacerto ocasionado por uma dívida financeira existente entre o Sd QUERCE DIONES e seu algoz, em função da intermediação da compra de um veículo de propriedade do civil JORGE ERISSON PEIXOTO DA SILVA, vulgo 'BLACK", apresentado pelo Apelante à Vítima.

A ligação de amizade entre o Apelante e o civil mencionado também era de ciência dos amigos do quartel, já que, por ser dono de uma oficina, havia sido indicado pelo Réu para realizar serviços de funilaria para outros companheiros de farda.

Inicialmente, para um melhor entendimento sobre os fatos, transcrevo passagens das peças técnicas que esclarecem a causa da morte do Sd QUERCE, bem como do que foi encontrado no interior do veículo:

Laudo de Exame Necroscópico, realizado pelo Instituto Médico Legal do Estado do Amazonas, no cadáver do Sd QUERCE DIONES em **8/12/2017**:

> EXAME EXTERNO: **Cabeça**: Área extensa de queimadura de terceiro grau comprometendo todo o segmento. **Pescoço**: área extensa de queimadura de terceiro grau comprometendo todo o segmento. Ferimento perfuro-cortante, horizontalizado, de 4 cm, na face antero-lateral direita do pescoço. **Tórax**: Área extensa de queimadura de terceiro grau comprometendo todo o segmento. **Abdômen**: Área extensa de queimadura de terceiro grau comprometendo todo o segmento. **Membro**s: área extensa de queimadura de terceiro grau comprometendo todos os segmentos, membros superiores e membros inferiores. **OBS 1**.: Corpo apresentando áreas extensas de queimadura de terceiro grau, com comprometimento de 100% da área corpórea (...) **COMENTÁRIOS**: (...) **Que o evento morte foi o trauma da ação perfuro-cortante no pescoço, causando lesões de grandes vasos, fatais. Que após a morte, o corpo foi queimado**. (...). (Grifo do original e nosso).

Laudo de Exame em Veículo, realizado pelo Instituto de Criminalística do Departamento de Polícia Técnico Científica do Governo do Estado do Amazonas, em **13/12/2017**:

> (...)
>
> 2 - A região interna do veículo apresentava sinais de higienização/ lavagem recente;
>
> 3 - Na trava do cinto do condutor do veículo havia uma mancha com características semelhantes a sangue e típica das produzidas por salpicamento (fotografia 02). O material foi coletado e enviado ao Laboratório de Genética Forense do Instituto de Criminalística do Estado do Amazonas para exames ulteriores;
>
> 4 - A região lateral do assento do condutor do veículo apresentava manchas compatíveis a sangue e com características de ter sido provocada por salpicamento (fotografia 03). O material foi parcialmente coletado e enviado ao laboratório de Genética forense do Instituto de Criminalística do Estado do Amazonas para exames ulteriores;
>
> 5 - A região do terço médio superior do painel de instrumentos do veículo, adjacente ao setor inferior do para-brisa, apresentava manchas com características de sangue e com sinais de ter sido produzida por

> salpicamento (fotografia 04). O material foi parcialmente coletado e enviado ao Laboratório de Genética Forense do Instituto de Criminalística do Estado do Amazonas para exames ulteriores.

O Laudo de Exame de DNA, realizado nos vestígios encontrados no veículo vistoriado, esclareceu que o sangue encontrado pertencia geneticamente ao Sr. **QUERCE DIONES SANTOS MATIAS**.

Durante o IPM, o Apelante relatou a dinâmica dos fatos, após sua saída do quartel, acompanhado da Vítima.

Segundo ele, tudo foi fruto de um acordo prévio realizado conjuntamente com "BLACK":

> já no Distrito, quando passou próximo à Sharp, viu um sinal de luz pelo retrovisor de um gol (sic) vermelho, **sendo que já sabia que era o BLACK**. Logo em seguida parou o carro, neste momento o BLACK bloqueou o carro e desceu ao seu encontro, nesta hora o Sd DIONES disse o seguinte "o que é isso MARCOS? O que tá acontecendo?" MARCOS ficou calado e o **BLACK abriu a porta do carro e tirou o DIONES de dentro**, e logo em seguida o colocou no veículo no qual o BLACK estava, durante esse período, até ser colocado dentro do carro, **o Sd DIONES gritava** "**deixa pra lá esse negócio**". (Grifo do original).

Posteriormente, em Juízo, ao ser perquirido sobre os fatos, alterou a primeira versão, negando veementemente a sua participação no homicídio, oportunidade em que apresentou uma nova dinâmica sobre os acontecimentos, *in litteris*:

> Juiz-Auditor: tem uma acusação aqui dizendo que o senhor teria no mínimo tido uma participação na morte do soldado do exército Querce Diones Santos Matias, que pela história que está sendo contada aqui, teria saído com o senhor de uma confraternização do quartel e desaparecido, e pela história de que havia uma dívida, que ele tava pressionando o senhor para pagar, da venda de um carro junto ao Senhor Black, o senhor teria intermediado isso, e por essa razão o senhor teria dado um sumiço em conivência com senhor Black, teria tirado a vida do soldado Diones. Isso é verdade ou mentira?
>
> Acusado: poderia repetir a pergunta, por favor?
>
> Juiz-Auditor: essa acusação de que o senhor teria matado o Diones junto com o Black, por causa da dívida do carro, Isso é verdade ou é mentira?
>
> Acusado: é mentira.
>
> Juiz-Auditor: não foi o senhor que matou o Diones?
>
> Acusado: não, senhor.
>
> Juiz-Auditor: foi o Black que matou o Diones?
>
> Acusado: Foi sim, pelo que eu sei, sim.

> Juiz-Auditor: não foi o senhor que matou o Diones, e o senhor crê que foi o Black que matou o Diones, como é que Senhor explicaria então o fato de o senhor ter saído com o Diones aquele dia do quartel, e que o Dione sumiu? O quê que aconteceu?
>
> Acusado: teve a comemoração no quartel, acabou por volta de 1:30, 2h, saímos, (...) ele pediu uma carona até a casa dele, beleza. Dei R$ 1.000,00 para ele naquele dia, da dívida que não era minha, mas eu fui resolver porque eu tinha indicado ele a comprar esse carro, ele tinha pago e o cara tinha sumido, e também depois de um tempo que a gente tava indo o carro aqueceu, deu um problema lá.
>
> Juiz-Auditor: (inaudível)
>
> Acusado: (...) aí ele falou "Pô cara isso aí tá muito enrolado, eu dei meu dinheiro para o cara, tu tá me pagando parcelado" aí eu falei "cara, é o único jeito que eu posso resolver, tu sabe que a dívida não é minha, tô te pagando por que eu que indiquei o cara" aí ele "não, beleza, bora lá na casa dele pô, bora atrás dele para ele devolver o dinheiro todo" aí eu "porra, não vou lá não, pô. A gente já foi lá e o cara puxou uma arma pra gente, falando que não queria mais conversar com a gente e tu quer ir lá" aí ele "porra é foda, dei o dinheiro pro cara e o cara sumiu, agora fica nessa enrolação" aí eu "beleza, mas eu não vou lá, cara" **aí ele "pô, me empresta esse carro aí então" aí eu "não vou te emprestar o carro, o carro não é nem meu" aí ele "porra, tá foda" aí eu falei "beleza, me deixa lá na casa do Dã para eu devolver a moto, aí tu vai lá" aí ele "beleza", me deixou lá e foi embora, falou que ia lá cobrar ele**.(...)
>
> Juiz-Auditor: foi para casa, e aí o quê que o senhor fez quando foi para casa, (inaudível) 7 e pouco?
>
> Acusado: (inaudível) bacana tomei banho e **fiquei preocupado porque o Diones não tinha voltado até agora, tava com o carro que era para tá comigo, o Cabo emprestou o carro pra mim**. Beleza, fui na casa da minha namorada, depois voltei, e dormi. Aí no outro dia de manhã tava lá, **me ligaram no quartel perguntando se eu sabia do Diones, aí eu falei "não, não sei, saiu comigo ontem, ficou com o carro",** tranquilo. Aí minha irmã chamou no celular dela "aí, mataram um militar" quando eu fui ver lá era ele, aí fui pra casa da minha namorada, no outro dia já de manhã, peguei o celular dela, que eu tava sem celular, quando eu fui ver lá meu *face* já tava lá um monte de coisa, o pessoal falando que ia me matar, que eu que tinha matado ele, um monte de ameaça comigo, aí fiquei preocupado, fiquei com medo né, de acontecer. (Grifo nosso).

Assevera, finalmente, o Apelante que, durante o IPM, optou por assegurar que tinha participado do homicídio em função de encontrar-se:

> (...) com medo, tava com medo de ser expulso ir para cadeia e morrer lá, por que eu sou militar, quando chegasse lá no meio dos bandidos iam me matar.

Ora, tal assertiva deve, no mínimo, ser considerada como uma ação "camicase", por parte do réu, e totalmente inversa ao que diz ter pretendido com tal afirmação, já que, ao assumir um homicídio do qual, posteriormente, nega ter participado, não o afastaria do delito, mas, ao contrário, o conduziria mais rapidamente ao encarceramento.

Assim, pode-se inferir que, durante o IPM, o Apelante falou parte da verdade dos fatos, todavia inseriu alterações no contexto de sua narrativa, com a clara finalidade de se eximir da participação no homicídio.

Sua declaração, naquela oportunidade, deu-se logo após o ocorrido, de forma mais espontânea, já que sem a influência de possíveis orientações, contudo, após vislumbrar a possibilidade de ser preso e responder pelo crime de homicídio, buscou uma nova versão em prol da almejada absolvição.

Assim, em um primeiro momento, no IPM, o Apelante afirma que o carro emprestado que dirigia foi bloqueado pelo veículo conduzido pelo vulgo BLACK, que, em ato contínuo, retirou o Sd QUERCE DIONES de dentro do veículo, colocando-o no seu e seguindo viagem. Ora, como poderia então haver grande quantidade de sangue da vítima no carro emprestado, já que, segundo o Apelante, ele foi retirado vivo de dentro do veículo e colocado no carro do BLACK?

Segundo o Cb WAN DOUGLAS, **a chave do seu veículo foi entregue, na sua casa, a sua esposa (AMANDA), pelo próprio MARCOS LOND, por volta das 20h:30**.

Ora, se o carro foi entregue na casa do proprietário pelo próprio Apelante, este deveria ter recebido o veículo da Vítima, ainda viva, já que afirmou, em juízo, ter emprestado o carro que estava em sua posse ao Sd QUERCE, para que ele solucionasse pessoalmente o problema junto ao BLACK.

Se, nesse momento, o carro já foi entregue com o sangue do Sd QUERCE, não há como o Apelante buscar ausentar-se da cena do crime. É claro que ele se encontrava presente no exato momento do assassinato, sendo, obviamente, a segunda versão apresentada em juízo completamente mentirosa.

Acrescentou a Sra. AMANDA, esposa do proprietário do veículo, que conhecia pessoalmente o Apelante, bem como a sua voz, que tinha absoluta certeza de que se tratava do Sd MARCOS LOND, que recebeu a chave do veículo e não o abriu e que, no dia seguinte, ao utilizar o carro juntamente com seu marido, sentiu um forte odor comparado a vômito.

Assim, alguns fatos são incontestáveis, já que estão em consonância com o teor do primeiro depoimento do réu, com os depoimentos testemunhais,

com os resultados dos laudos periciais, bem como pela filmagem realizada dentro da OM no dia dos acontecimentos, podendo vir a afirmar que:

> - O Apelante solicitou o empréstimo do carro de propriedade do Cabo WAN DOUGLAS SOUZA DA FONSECA, pedido que foi atendido;
>
> - A filmagem realizada no dia dos fatos comprova que o Sd MARCOS LOND saiu do quartel na companhia da Vítima;
>
> - As provas periciais foram capazes de confirmar, primeiramente, que havia sangue em diversas partes do carro emprestado, bem como que esse sangue pertencia ao Sd QUERCE DIONES;
>
> - A Vítima foi morta dentro do veículo do Cb WAN DOUGLAS;
>
> - As chaves do carro foram devolvidas pessoalmente pelo próprio Apelante à esposa do Cb WAN DOUGLAS, apesar da afirmação de que teria repassado o carro para o Sd QUERCE, e que este não o teria devolvido;
>
> - Os depoimentos do Apelante divergem em vários pontos essenciais dos demais depoimentos testemunhais e periciais.

Consoante o conjunto de informações advindas dos autos, pode-se concluir que, por existir, no corpo da Vítima, uma laceração no pescoço, que gerou lesões de grandes vasos sanguíneos, ocasionando sua morte, o golpe certeiro foi desferido dentro do veículo vistoriado, como confirmam os exames periciais que demonstram a presença de sangue no cinto de segurança do condutor, no painel e na lateral do assento do condutor, e falam a favor de uma ação produzida pelo Apelante contra a Vítima, que culminou com o seu óbito.

A existência de sangue em várias partes do automóvel, em especial, no cinto de segurança e na lateral do assento do condutor, não pode servir de fundamento para confirmar o fantasioso depoimento do Apelante e a tese apresentada pela Defesa, de que a Vítima estaria conduzindo sozinha o veículo do Cb WAN DOUGLAS.

Obviamente, estamos diante de um homicídio e não de um suicídio, reforçando-se a presença do Apelante na cena do crime, onde foi desferido o golpe certeiro.

Ademais, até para os leigos, mas devidamente corroborado pelos laudos técnicos trazidos aos autos, é sabido que o local atingido pelo objeto perfuro-cortante (pescoço) causou lesões de grandes vasos. Assim, o sangue encontrado no cinto de segurança do condutor, no painel e na lateral do banco do condutor, além de serem da Vítima, como confirmado tecnicamente, podem ser compatíveis com um possível ato de esguichar, mesmo que estivesse posicionado no banco do carona.

Extrai-se, ainda, da Sentença, que o *Parquet* das Armas já havia apontado divergências do relato da testemunha Sr. MICHEL, na fase inquisitorial, tanto em relação à nova versão do Apelante, apresentada em juízo, quanto em relação à linha do tempo trazida aos autos pela testemunha defensiva DAN, senão vejamos:

O Sd MICHEL, apontado como a pessoa que deu carona ao Apelante no dia dos fatos, não confirmou a versão apresentada pelo Réu, *in verbis*:

> (...) quando Black sumiu de suas vistas, jogou para fora do carro o celular que o Black havia lhe dado e se dirigiu para o bairro Zumbi 3, acha na casa de um amigo conhecido como Dan, onde havia deixado sua "moto quebrada" a sua moto estava quebrada?
>
> Testemunha: não, senhor.
>
> Juiz-Auditor: na casa do Dan tinha uma moto quebrada?
>
> Testemunha: não, senhor.
>
> Juiz-Auditor: "nesse momento pediu o celular de Dan emprestado e ligou para o soldado Michel, falando que iria entregar o carro do cabo Wan Douglas e precisaria de uma carona de volta para casa, o qual Michel disse que daria", ou seja, radicalmente tudo diferente do que o senhor contou aqui. Não estou dizendo que o senhor está mentindo não, estou dizendo que tem uma história aqui e o senhor tá contando outra aí, **então o Marcos não ligou para o senhor?**
>
> **Testemunha: não, senhor.**
>
> **Juiz-Auditor: o senhor sabia que ele estava com o carro do Wan Douglas naquele dia?**
>
> **Testemunha: não, senhor**. (Grifo nosso).

Em contrapartida, o Apelante, durante o IPM, ao discorrer sobre os fatos, afirmou que:

> (...) ficou parado no local e viu o carro de BLACK sair andando em direção à frente e à direita do local que se encontrava, quando BLACK sumiu de suas vistas jogou para fora do carro, o celular que o Black havia lhe dado e se dirigiu para o bairro Zumbi III, acha, na casa de um amigo conhecido como Dan, onde havia deixado (...) sua moto quebrada; **nesse momento pediu o celular de Dan emprestado e ligou para o Sd Michel falando que iria entregar o carro do Cb Van Douglas e precisaria de uma carona de volta pra casa, a qual Michel disse que daria.** (Grifo nosso).

A afirmação da Defesa, de que os depoimentos do 3º Sgt ELIOMAR, do Cb COSTANTINO e do Sd EDUARDO foram inúteis para a apuração do caso, já que entende que nenhum deles foi capaz de conduzir à autoria do delito, também não serve como tese defensiva. É sabido que, em qualquer processo,

as testemunhas são interrogadas e prestam as informações pertinentes, em função daquilo que presenciaram ou de que tem conhecimento. Friso, nesta oportunidade, que, da avaliação de todos os testemunhos trazidos aos autos, foi plenamente possível comprovar a participação do Apelante, bem como as aleivosias apresentadas em seus depoimentos.

Quanto ao pedido de desclassificação do crime de homicídio qualificado pela torpeza e pela impossibilidade de defesa da vítima, ao ludibriar sua confiança, também não há como prosperar. O laudo cadavérico realizado no corpo do Sd QUERCE demonstra a crueldade dos atos praticados pelo incriminado, a vulnerabilidade da Vítima e o vínculo de confiança quebrado e do qual se valeu para atrair, enganar e matar sem que sequer sua presa desconfiasse de suas maléficas intenções.

Em relação ao pedido de reconhecimento de participação mínima do autor, esse também não tem como avançar, já que foi preponderante sua participação no evento, ao iludir, conduzir e assassinar um amigo de farda, sem propiciar a mínima condição de defesa, tudo motivado por uma dívida financeira e que, ao narrar os fatos, sempre buscou apresentar versões mentirosas, aviltando a pessoa que foi a Vítima, a sua família, a Instituição Exército Brasileiro e a própria sociedade.

A Defesa também alega que o veredito da primeira instância assinalou como qualificadora o motivo torpe e que, posteriormente, valorou esse mesmo elemento como agravante genérica.

O simples ato de compulsar o édito condenatório desfaz qualquer dúvida a ser levantada, já que o elemento torpeza não foi considerado na segunda fase da dosimetria, ele foi mencionado exatamente para esclarecer que não seria utilizado na condição de qualificadora, ou seja, não resultou em acréscimo na pena, nem em *bis in idem*.

Também não há como prosperar o pedido de fixação da pena no mínimo legal, qual seja, 12 (doze) anos.

Como é sabido, nosso direito penal pátrio adotou, para a fixação da pena do sentenciado, o critério trifásico.

Assim, o magistrado, ao deliberar sobre a pena a ser arbitrada, transitará, necessariamente, por 3 (três) fases, a saber:

Primeira fase: fixação da pena-base;

Segunda fase: Apuração das circunstâncias atenuantes e agravantes;

Terceira fase: Aplicação das causas de aumento e de diminuição da pena.

No tocante à pena-base, JOSÉ DUARTE[131] nos ensina que:

> pena-base possui esta denominação porque atua como base para alguma coisa e sem isso não haveria como o juiz proceder a um aumento ou a uma diminuição, sem um termo fixo, um ponto de partida.

Assim, ao avaliar a aplicação da pena-base, o referido magistrado analisou algumas variantes que, no presente caso, foram as seguintes, *in verbis*:

> Na primeira fase (circunstâncias judiciais, "ex vi" do art. 69 do CPM), verifica-se que o réu é tecnicamente primário e de bons antecedentes. Todavia, conforme delineado na fundamentação da presente decisão, constata-se haver quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis no presente caso: a) **intensidade do dolo** ou grau da culpa (culpabilidade nos termos do art. 59 do Código Penal, que é o grau de reprovação), já que o dolo é, sem dúvidas, acima daquele usual na espécie, mormente porque as circunstâncias do delito revelam premeditação, astúcia, desprezo pela vida alheia, prévia organização e ação em momento em que a vítima se encontrava desprevenida, isto é, dentro de um carro acreditando receber uma carona para sua casa; b) o **motivo determinante** do delito, qual seja, a torpeza (crime cometido para eliminar um credor inoportuno), sendo certo que deixa aqui de ser valorado tendo em vista que **o referido motivo integra o tipo penal qualificando-o;** c) **maior extensão do dano**, uma vez que a vítima, um jovem Sd do exército Brasileiro, com apenas 22 anos de idade, foi covardemente assassinado quando tinha todo "um futuro pela frente", d) a **atitude de insensibilidade e indiferença após o crime**, pois o réu em momento algum se mostrou arrependido, mas, muito pelo contrário, na fase judicial insistiu em negar sua participação no crime apresentando uma versão deveras incoerente, tudo no intuito de se furtar de sua responsabilidade penal. As demais circunstâncias não operam em seu desfavor. (Grifo do original).

Devidamente justificadas em função das peculiaridades do caso, não há como proceder à diminuição da pena-base, como pretende a Defesa em função da gravidade dos atos praticados; da reprovação social; do motivo alegado; bem como da personalidade do Autor, cuja conduta demonstrou total insensibilidade e indiferença em relação à vida humana.

Quanto ao pedido da Defesa para que o Apelante **possa recorrer em liberdade,** por preencher os requisitos objetivos para tal benefício, esse também não apresenta condições legais e fáticas para prosperar.

> A prisão preventiva do Apelante foi cumprida em **9/12/2017** pelo Mandado de Prisão nº 16/2017, e foi fundamentada nos termos do art. 255, alíneas "a", "b" e "e", do CPPM, *in verbis*
>
> DA PRISÃO PREVENTIVA
>
> (...)

[131] DUARTE, José *apud* BOSCHI, José Antonio Paganella, 2006.

> Casos de decretação
>
> Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos:
>
> a) garantia da ordem pública
>
> b) conveniência da instrução criminal;
>
> (...)
>
> d) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Ademais, para a decretação da prisão preventiva, faz-se necessário que estejam presentes o ***fumus comissi delicti*** e o ***periculum libertatis.***

O ***fumus comissi delicti*** consiste na prova da existência de um crime ou na existência de indícios suficientes de sua autoria, o que está plenamente comprovado no caso *sub examen*.

Quanto ao ***periculum libertatis***, ou seja, o risco de sua permanência no convívio social, em função de sua periculosidade ou pela possibilidade de evasão, que prejudicaria a aplicação da lei penal ou a própria instrução criminal, também se encontra evidenciado.

Acrescente-se que, no caso específico do direito penal militar, com essa providência legal, resguarda-se, ainda, a manutenção dos princípios basilares da vida na caserna, quais sejam: a hierarquia e a disciplina.

Noutro giro, como é de pleno conhecimento, o legislador pátrio, em nossa Carta Magna, estabeleceu, ao tratar dos direitos e dos deveres individuais e coletivos, como um dos fundamentos essenciais do Estado de Direito, a proteção à vida (art. 5º, *caput*, da CF/ 1988).

Em seu art. 5º, inciso XLIII, a Lei Maior considera crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos **como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O crime de homicídio foi regulado em nosso Código Penal no Título I "Dos Crimes Contra a Pessoa", no Capítulo I, que trata especificamente "Dos Crimes Contra a Vida", sendo elencado como primeiro delito do mencionado Capítulo, ou seja, demonstrando que o critério do bem jurídico mais relevante empregado foi a vida.

Apesar de não ambicionar o levante de discussões acerca da aplicação ou não da Lei dos Crimes Hediondos no âmbito da Justiça Militar, mesmo após

a inovação legislativa promovida pela Lei 13.491/17, busco, nesta oportunidade, tão somente, demonstrar o clamor da sociedade e dos legisladores no sentido de classificar o homicídio qualificado como um crime hediondo em função do viés de iniquidade que representa tal conduta no campo social.

Segundo as lições do professor ALBERTO SILVA FRANCO[132], "o crime de homicídio qualificado não nasceu hediondo", mas foi agregado, a *posteriori,* à lei que tratou desses referidos delitos (Lei nº 8.072/1990).

O mencionado dispositivo legal foi acrescido no ano de 1994, por intermédio da Lei nº 8.930/1994, passando a abarcar o homicídio qualificado em seu respectivo rol.

Tal inserção foi corroborada pelo clamor social acirrado pela grande repercussão do assassinato da então atriz Daniela Perez, filha da escritora de novelas Glória Perez.

Assim, ressalta-se que o crime de homicídio é tão gravoso e repelido pela sociedade, que o classifica como uma demonstração das emoções mais nocivas, indesejáveis, repreensíveis e repugnantes que uma pessoa possa cometer contra outra.

Desde os primórdios bíblicos, em Gênesis, quando Caim mata Abel, e em todas as civilizações antigas e contemporâneas, o delito de homicídio era e continua sendo tratado com repulsa, em algumas sociedades ele é punido até mesmo com a própria vida de quem o cometeu, sendo sempre classificado no topo dos crimes mais hediondos a ser praticado por um ser humano contra outro ser humano.

Para avaliarmos o alcance pernicioso da conduta praticada pelo Apelante, trago à colação as lições do criminalista italiano IMPALLOMENI[133], que, ao tratar sobre o crime de homicídio, assim explanou, *in verbis*:

> todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem da vida. O homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social.

NELSON HUNGRIA[134], em seu Código Penal Militar Comentado, ao discorrer sobre o crime de homicídio, também já afirmava ser "a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada."

---

[132] FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.

[133] LASSERRE Emmanuel, Os Deliquentes Passionaes, o Criminalista IMPALLOMENI, Editora livraria Ferreira.

[134] HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, Volume V.

No mesmo sentido, segue o Criminalista italiano CARMIGNANI[135], ao asseverar que o "homicídio (*hominis excidium)* é a morte injusta de um homem, praticado por um outro, direta ou indiretamente".

O Pacto de San José da Costa Rica também declara em seu art. 1º que:

> Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

De tal feita, é dever do poder público resguardar esse direito primordial e, em especial, ao Poder Judiciário zelar pela aplicação da devida repreensão legal àqueles que suplantam essa fronteira de retidão.

A conduta perpetrada pelo Apelante foi permeada por ações de elevadíssimo grau de periculosidade e de perversidade humana, não havendo como ser acolhida qualquer das teses apresentadas pela Defesa por total ausência fática e carência legal para a sua consecução.

Nesse mesmo sentido, trago a manifestação da PGJM no Parecer subscrito pela Ilustre Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. HERMINIA CELIA RAYMUNDO, que também conduz à manutenção íntegra da Sentença por entender que, em tais situações, faz-se necessária a produção de provas consistentes e aptas a embasarem uma excludente de culpabilidade, o que não se constatou no presente caso, *in litteris*:

> (...)
>
> Depreende-se, portanto, que a negativa de autoria em juízo é uma versão fantasiosa do ocorrido, encontrando-se em dissonância do cotejo de todos os demais elementos hauridos aos autos, de sorte que houve, efetivamente, uma ação perfuro-cortante por iniciativa do réu MARCOS, ainda no interior do veículo do Cb WAN DOUGLAS, que resultou em um choque hipovolêmico no ofendido.
>
> A tudo acrescemos que as marcas de sangue no interior do veículo eram comprovadamente do Sd DIONES – consoante exame pericial de laboratório – que, após morto, teve seu corpo parcialmente carbonizado.
>
> Nenhuma dúvida quanto ao dolo no comportamento do agente, que procedeu de modo consciente, astucioso, com planejamento prévio e desdém pela vida alheia, em momento em que a vítima estava desprevenida, ou seja, supondo que recebia uma carona.
>
> O réu, extreme de dúvidas, perpetrou os atos aviltantes relatados na peça acusatória, havendo a incidência das qualificadoras arguidas pelo Representante Ministerial de 1º grau, senão vejamos:
>
> O motivo torpe (art. 205, inciso II do CPM) – representado pela conduta de matar a vítima, que era credora do réu, por causa de uma

[135] *APUD*, Costa Júnior, 1991.

dívida de R$ 3.000,00 (três mil reais), em razão de uma transação envolvendo um carro. É o motivo que avilta o senso ético comum, ignóbil, desprezível, abjeto, a infligir sensação de repulsa diante do fato perpetrado pelo agente.

E a surpresa (art. 205, inciso IV do CPM) – porquanto o réu praticou o assassinato valendo-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, eis que ofereceu uma carona ao Sd DIONES, após uma confraternização do quartel – ocasião em que foi visto por testemunhas – alegando que seria para pagar a parcela da dívida, tendo sido o carro emprestado pelo Cb WANDOUGLAS. Presente, *ipso facto*, também essa qualificadora, aplicada, pelo Colendo Conselho de Justiça, como agravante genérica (art. 70, inciso II, "d", do CPM).

As circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis ao acusado, com exceção de seus antecedentes.

Os autos em testilha versam sobre crime militar gravíssimo que, além de haver ceifado a vida de um jovem militar do Exército Brasileiro, vulnerou, inegavelmente, a hierarquia e a disciplina militares, de forma a impingir grande comoção popular, o que demanda enérgica reprovação por parte da Justiça Militar da União.

A primariedade e bons antecedentes do réu não elide a sua personalidade perigosa, haja vista que teve a capacidade de pôr termo à vida de um colega de farda, de forma premeditada e covarde, impelido por motivo torpe.

O apelante é pessoa imputável, com plena capacidade de discernimento e inteligência, ciente dos deveres de preservar os valores que orientam as atividades na caserna, como a honorabilidade, moralidade, confiança, camaradagem, probidade e regularidade da Administração Militar.

Diante do que restou comprovado, observamos que a materialidade e a autoria foram plena e induvidosamente demonstradas, não incidindo qualquer causa de exclusão de crime, de culpabilidade ou de atenuação da pena.

Por fim, estamos em que a pena aplicada ao infrator pela prática delitiva, cuja materialidade resta sobejamente comprovada, cumpre finalidades preventivas gerais e especiais, de magna importância para o resguardo da hierarquia e disciplina.

Isto posto, as teses ventiladas pelo combativo causídico não merecem prosperar nessa Corte Castrense, eis que não resistem a mais perfunctória análise, tampouco encontram amparo na jurisprudência dessa Egrégia Corte Militar e na da Excelsa Corte Suprema.

Por fim, no tocante à pena final aplicada, de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, alega a Defesa que, na segunda fase, deixou de ser apreciada a circunstância de menoridade, já que, na data do fato, o réu

contava com 20 (vinte) anos de idade, o que ensejaria a aplicação de pelo menos uma circunstância atenuante, a do réu ser menor de 21 (vinte) anos, conforme prevê o art. 72, inciso I, do CPM.

Dito isso, requer a atenuação da pena em 1/3 (um terço), com fulcro no art. 73 do CPM.

Entendo que, tão somente, essa demanda merece ser provida, com a consequente reparação da decisão proferida pela primeira instância quanto à aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes, já que não foi observada a menoridade do autor na dosimetria da pena. O homicida nasceu em **25/4/1997**, tendo o evento ocorrido em **7/12/2017**, encontrando-se abrangido pela citada atenuante por ser menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos.

Assim, para um melhor ajuste, a agravante capitulada no art. 70, inciso II, alínea "d", do CPM, deve ser compensada pela circunstância atenuante prevista no art. 72, inciso I, do CPM, por ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, resultando em um *quantum* final de 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantendo-se todos os demais termos do édito condenatório.

Portanto, sendo a conduta do Apelante típica, antijurídica, culpável e extremamente grave, deve ser mantida a sua condenação.

Isso posto, dou parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses para 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da 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 Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata de julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União arguida pela Defensoria Pública da União por falta de amparo legal; **por maioria**, em rejeitar a preliminar de incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, declarando a competência do Tribunal do Júri, sob a Presidência do Juiz Federal da Justiça Militar, suscitada, em questão de ordem, pelo Ministro Artur Vidigal de Oliveira. No mérito, **por unanimidade**, em dar parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses para 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 21 de maio de 2019 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Nº 7001037-23.2018.7.00.0000

Votei, divergindo da douta maioria, para, preliminarmente e em questão de ordem por mim suscitada, reconhecer a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, e declarar a competência do Tribunal do Júri, sob a Presidência do Juiz Federal da Justiça Militar, pelos motivos que passo a expor.

Em síntese, segundo consta nos autos, na tarde do dia 7 de dezembro de 2017, próximo à empresa Sharp, no bairro Distrito Industrial, localizado em Manaus/AM, o então Soldado do Exército MARCOS LOND CARNEIRO, do efetivo do Colégio Militar de Manaus, previamente ajustado com o Civil JORGE ERISSON PEIXOTO DA SILVA – vulgo "BLACK" –, praticaram o ilícito penal previsto no art. 205, § 2º, incisos II e IV, todos do Código Penal Militar (homicídio qualificado), contra o colega de farda e de quartel, então Soldado do Exército QUERCE DIONES SANTOS MATIAS, mediante recurso insidioso que dificultou e tornou impossível a defesa da vítima.

Nesse contexto, ressalto, inicialmente, que já me posicionei, em outras oportunidades, quanto à viabilidade de ser instituído o Tribunal do Júri nesta Justiça Especializada. No caso em apreço, verifica-se a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o julgamento do feito.

Os crimes dolosos contra a vida geralmente trazem grande repercussão nos meios de comunicação.

Notadamente os casos de delitos em que envolvam militares, sejam eles das Forças Auxiliares ou das Forças Armadas, na condição de vítimas ou de agentes do delito, merecem uma resposta rápida e eficiente por parte do Poder Judiciário.

A Justiça Militar da União faz parte do Poder Judiciário como ramo especializado que, apesar de, até o presente momento, não registrar nenhum julgado valendo-se das regras atribuídas ao Tribunal do Júri, deve se manifestar pela sua viabilidade, a fim de afastar qualquer possível demanda de inconstitucionalidade da Lei Penal Militar, em virtude da recente modificação legislativa.

Fazendo um paralelo, tanto o Tribunal do Júri quanto a Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato encontram previsão na Constituição Federal, mas não constituem uma instância judicial. São nada mais que tipos de procedimentos. A Declaração de Indignidade é restrita à Justiça Militar em razão da sua

competência. O Júri, contudo, pode ser instalado tanto na Justiça comum quanto nas especializadas, a depender das circunstâncias em que se deu o crime doloso contra a vida.

Ao Tribunal do Júri, originalmente criado em 1822, competia o julgamento dos crimes de opinião e de imprensa. Atualmente está inserido na Constituição Federal no Título destinado aos Direitos e Garantias Constitucionais, conforme o art. 5º, inciso XXXVIII, que preceitua:

> Art. 5º (...)
>
> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
>
> a) a plenitude de defesa;
>
> b) o sigilo das votações;
>
> c) a soberania dos vereditos;
>
> d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Como se observa, o Tribunal do Júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Assim, cabe aos jurados, sorteados para compor o Conselho de Sentença, declarar se o réu é culpado ou inocente. Nesse tipo de julgamento, o magistrado decide de acordo com a vontade popular, produz uma sentença e, ao final, em caso de condenação, fixa a devida reprimenda. Assim, no Júri, quem decide é a sociedade, representada por 7 (sete) cidadãos sorteados para compor o Conselho de Sentença.

O Tribunal do Júri perante a Justiça comum não demanda maiores aprofundamentos, pois envolve a totalidade dos julgamentos dos crimes dolosos praticados contra a vida dos cidadãos comuns.

Na Justiça Federal, por sua vez, apesar de não ser tão frequente, é perfeitamente aplicável o instituto, como, por exemplo, quando o crime doloso é praticado contra a vida de agente federal no exercício de suas funções e nos interesses da União Federal.

Atualmente, os delitos que são da competência do Tribunal do Júri restringem-se ao homicídio doloso, ao infanticídio, à participação em suicídio e ao aborto, seja ele tentado ou consumado. O procedimento adotado pelo Júri é especial e possui a fase do juízo de acusação, que tem como objeto a admissibilidade da denúncia.

Tal fase consiste no levantamento das provas, a fim de apurar a existência do crime doloso contra a vida. Essa fase se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa e finda-se com a sentença de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou mesmo a absolvição sumária. Posteriormente, há a fase do juízo da causa, que consiste na formação do Júri com o respectivo julgamento da acusação admitida anteriormente.

A Justiça Federal já instituiu Tribunais do Júri, como, por exemplo, no julgamento do caso conhecido como a "Chacina de Unaí", em Minas Gerais, na qual foram vítimas funcionários do Ministério do Trabalho em atividade de serviço e que tramitou perante a 9ª Vara Criminal Federal de Belo Horizonte/MG. Os acusados foram condenados a penas de mais de 100 (cem) anos de reclusão, conforme divulgado pelos meios de comunicação.

Aprofundando sobre a atribuição do Tribunal do Júri, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela competência do órgão para o julgamento de Policial Rodoviário Federal que comete homicídio doloso em serviço, conforme o seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. JÚRI FEDERAL. O Júri Federal é competente para julgar Patrulheiro da Polícia Rodoviária Federal que comete homicídio no desempenho de suas funções. Nesse caso o interesse da Administração Pública Federal é evidenciado pelo exercício da atividade estatal no momento do crime. Habeas Corpus indeferido. Unânime. (STF. 2ª Turma. HC 79.044/RJ. Ministro Relator NELSON JOBIM. Julgado em 20/04/1999, publicado em 30/06/2000).

A Corte Suprema reconheceu a constitucionalidade do Tribunal do Júri Federal e ainda ressaltou o atendimento de ambas as exigências constitucionais do julgamento pelo Júri e da distribuição de competência federal, *in verbis*:

> TRIBUNAL DO JÚRI FEDERAL. DECRETO-LEI N. 253/67. ARTIGOS 215, IV, E 153, PARÁGRAFO 18, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Júri Federal atende precisamente à conciliação dos dois textos constitucionais: o julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri (artigo 153, parágrafo 18, da CF) e a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes praticados em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. (art. 125, IV, da CF). Habeas corpus indeferido. Unânime. (STF. 1ª Turma. HC nº 63.662/PE. Relator Ministro Dr. OSCAR CORRÊA. Julgado em 11/03/1986. Publicado em 14/08/1986) (grifos nossos).

Observa-se da Ementa citada anteriormente que o Supremo Tribunal Federal, analisando o caso concreto, conciliou a previsão da Constituição Federal, no que toca à competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, com o julgamento perante a Justiça Federal.

Percebe-se, portanto, que a existência do Tribunal do Júri da Justiça Comum Federal encontra arrimo nas atribuições e competências da própria Justiça Federal, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 253, de 28 de fevereiro de 1967, que registra:

> Art. 4º Nos crimes de competência da Justiça Federal, que devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, observar-se-á o disposto na legislação

> processual, cabendo a sua presidência ao juiz a que competir o processamento da respectiva ação penal.

Desse modo, não existem diferenças relevantes entre o Tribunal do Júri da Justiça Comum Federal e o da Justiça Comum Estadual, exceto pelo interesse da União na causa.

Nota-se ser tão incomum a instalação de Tribunais Federais do Júri que há situações em que o Juiz Federal solicita toda a estrutura do Tribunal do Júri Estadual, inclusive a lista de jurados e o local para compor o Órgão Julgador, como na ação penal onde se investiga a morte de um cacique indígena no interior de Pernambuco (Processo nº 2006.83.02.000366-5, que tramitou na 16ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco).

Essa situação pode ser, inclusive, adotada pelas Auditorias da Justiça Militar da União para atender às necessidades dos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida que porventura venham a ser postos à apreciação desta Justiça Militar.

Diante desse paralelo traçado em relação ao Tribunal do Júri na Justiça Comum Federal, verifico que ele encontra suporte em três dispositivos: 1) na competência constitucional da Justiça Federal (Crimes Federais); 2) na competência geral constitucional do Tribunal do Júri; e 3) na organização judiciária da Justiça Federal.

Destaco que não há previsão constitucional de um Tribunal do Júri na competência da Justiça Federal, sendo este, como maciçamente demonstrado, decorrente do crime doloso contra a vida, desde que cometido no âmbito de competência federal.

Em 1969, houve a consolidação da legislação material e adjetiva castrense, através da entrada em vigor dos Decretos-Lei nº 1.001 (Código Penal Militar) e 1.002 (Código de Processo Penal Militar), legislação que até hoje é aplicada aos crimes militares e aos processos de competência da Justiça Militar.

Atualmente, a competência da Justiça Militar da União, no caso de emprego das Forças Armadas, encontra-se estabelecida no art. 142 da CF, que prevê, *in verbis*:

> 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.
>
> § 1º - Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

A Lei Complementar à qual se refere o § 1º do art. 142 da CF/88 é a de nº 97/99, e que também dispõe sobre as missões subsidiárias para cada Força.

A alteração legislativa introduzida pela Lei Complementar nº 136/2010 indica que a competência para o processamento jurídico das ações envolvidas nas competências subsidiárias das Forças é da Justiça Militar da União, prevista no art. 124 da CF/88.

Cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 124 e parágrafo único, fixou a competência da Justiça Militar da União em relação ao processamento e ao julgamento dos crimes militares definidos em lei, como se pode observar:

> Art. 124. 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.

Pelo que se pode depreender desse dispositivo da Lei Maior, o constituinte, além de fixar a competência da Justiça Militar da União, assentou o critério *ratione legis*, delegando ao legislador ordinário o estabelecimento dos crimes militares e das suas condicionantes em lei infraconstitucional.

De acordo com o critério *ratione legis*, é considerado crime militar todo aquele com previsão expressa no CPM, bem como o previsto na legislação comum, considerando a norma de extensão inserida no CPM pela Lei nº 13.491/2017.

Destaque-se que o texto constitucional recepcionou o normativo que trata da matéria, isto é, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), que, em seu art. 9º, apresenta um rol taxativo das circunstâncias nas quais, em tempo de paz, um delito penal deva ser considerado como de natureza militar.

A Justiça Militar da União teve a competência ampliada significativamente com a edição da Lei nº 13.491/2017. A despeito das discussões doutrinárias e jurisprudências que o tema produz, a Lei 13.491/2017, pelo fato de tratar de alteração de competência e, portanto, de natureza processual, tem sua aplicação imediata, segundo a regra do art. 5º do CPPM, que prevê:

> Art. 5º As normas deste Código aplicar-se-ão a partir da sua vigência, inclusive nos processos pendentes, ressalvados os casos previstos no art. 711, e sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Nesse passo, as modificações impostas pela *novatio legis* referem-se ao inciso II e aos §§ 1º e 2º do art. 9º do CPM, *in verbis*:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> (...)
>
> II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:
>
> (...)
>
> § 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> I - do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> II - de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> III - de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017).
>
> d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017).

O emprego das Forças Armadas como último recurso do Estado em ações de segurança pública é cada vez mais recorrente. Assim, para resguardar seus agentes que constantemente se veem designados a atuarem em diversas situações como na Garantia da Lei e da Ordem (GLO), em períodos de eleições, em situações de extrema gravidade, como na possibilidade de abate de aeronaves, ou mesmo em face de intervenção federal em Estado, é que foi editada a Lei nº 13.491/17.

O questionamento que faz surgir diante desse contexto apresentado é: qual procedimento deve ser adotado, o do Tribunal Júri nesta JMU ou não, quando os crimes forem dolosos contra a vida, cometidos por militares contra militares, militar contra civis, ou vice-versa, conforme previstos nos §§ 1º e 2º do art. 9º do CPM? A resposta a ser alcançada não é singela e precisa de um maior aprofundamento da causa.

Numa primeira análise do § 2º do art. 9º do CPM, de plano, afasta-se o julgamento de policiais militares pela Justiça castrense, em se tratando de crimes dolosos contra a vida de civis, pois a atribuição é exclusiva da Justiça Militar da União, não das Justiças Militares Estaduais.

A despeito de a redação dada pela Lei nº 13.491/17 remeter à Justiça Militar da União o julgamento dos militares federais quando se tratar de crimes dolosos contra a vida de civis, em determinadas situações, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente que os crimes dolosos contra a vida são da competência do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, CF/88).

Para que seja resolvida a questão, sem que haja implicações de inconstitucionalidade de lei e para uma melhor adequação e segurança jurídica, faz-se necessária a implementação do procedimento do Júri na Justiça Militar da União.

Entendo que, se até pouco tempo não havia expressamente dispositivo no CPM que tratava do Júri, atualmente, como se vê na redação dos §§ 1º e 2º do art. 9º do CPM, essa lacuna restou suprida.

O STM, ao se deparar com o tema, antes da alteração legislativa recente, posicionou-se pela incompatibilidade do Júri com a Justiça Castrense, invocando o critério da especialidade, conforme se vê no seguinte julgado:

> EMENTA: Apelação. Homicídio simples (CPM, art. 205). I) Preliminares: 1) Incompetência da Justiça Militar da União. Rejeição. Tratando de crime praticado por militar da ativa contra militar da ativa atrai-se a competência da Justiça Castrense para processar e julgar o feito, de acordo com a norma inserida no art. 9º, II, *a*, do CPM, sobrepondo-se, por sua especialidade e imperativo constitucional, à competência do Tribunal do Júri. 2) Inépcia da denúncia. Rejeição. Embora a denúncia não descreva minuciosamente a conduta dos acusados, esclarece os fatos nos quais se baseou para encontrar indícios da participação deles no delito, oportunizando-lhes a mais ampla defesa. 3) Nulidade da sentença, por violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, e do art. 437, *a*, do CPPM. Rejeição. Nova classificação dada aos fatos na sentença, que não impediu a defesa dos acusados, já que a narrativa da exordial dava ensejo a que eles se defendessem de ambas as modalidades de dolo. II) Mérito: Não obstante a gravidade dos fatos, as provas carreadas dos autos não são suficientes para demonstrar que os acusados agiram com dolo eventual. Depoimentos congruentes e reveladores de que os acusados não demonstraram indiferença ao ocorrido. Por

> unanimidade, rejeitadas as preliminares da Defesa de incompetência da Justiça Militar da União, de inépcia da inicial acusatória arguida pela Defensoria Pública da União e de nulidade da Sentença. No mérito, por maioria, obtida na forma do art. 80, § 1º, inciso II, do RISTM, provido parcialmente os Apelos defensivos, para reformar a Sentença e condenar os Acusados, por desclassificação, à pena de 02 anos de reclusão, pela prática do delito previsto no art. 206, c/c o art. 29, § 2º, parte final, todos do CPM, concedendo-lhes o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 anos, e o regime prisional aberto para o cumprimento inicial da pena. (STM - APELAÇÃO (FO) nº 22-27.2003.7.01.0101/RJ, Relator Ministro Alte Esq MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, julgado em 2/08/2010, publicado em 16/12/2010).

Conforme dito, a decisão sobre a competência da Justiça Militar da União antecede à conclusão sobre a aplicação do procedimento do Júri. Ou seja, se é crime militar, deve ser processado e julgado na Justiça Militar atendendo o mandamento constitucional e infraconstitucional. Quanto ao rito, é outra condição a ser analisada.

Com as modificações introduzidas nos §§ 1º e 2º do art. 9º do CPM, o Poder Legislativo criou as condições necessárias para que o rito do Tribunal do Júri possa ser instalado efetivamente na Justiça Militar da União.

Ademais, é importante destacar que a especialidade desta Justiça Castrense não afasta a competência do Júri, porquanto este pode ser instalado em qualquer órgão do Poder Judiciário, desde que observada a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conforme previsto na Constituição Federal.

Noutras palavras, o mandamento constitucional sobre a competência do Tribunal do Júri não está diretamente relacionado à competência da Justiça Comum, Estadual ou Federal. A jurisdição é da Justiça Comum ou da Justiça Especializada no âmbito Federal e Estadual. O Tribunal do Júri, previsto constitucionalmente, é um órgão afeto a determinada Justiça quando nela instalado, ou seja, é um procedimento, previsto na respectiva lei de organização judiciária ou em legislações esparsas que disciplinam a matéria.

Friso que o Tribunal do Júri integra a Justiça como um todo, mas não compõe, autonomamente, o Poder Judiciário. Assim, pode funcionar em qualquer ramo do Judiciário, e, agora, certamente, também na Justiça Militar da União.

Nesse mote, entendo que primeiro deve ser ultrapassada a questão da competência da Justiça Militar da União para julgar determinado fato. Superada tal barreira, deve-se passar à análise quanto à submissão da conduta ao Tribunal do Júri, o que não repercute na competência desta Justiça Especializada.

Quanto à instalação do Tribunal do Júri na Justiça Militar da União, observo que, assim como não há previsão na competência da Justiça Federal, também não há na competência da Justiça Militar da União. Nos mesmos

moldes, encontra suporte na competência constitucional da Justiça Militar (crimes militares) e na competência geral constitucional do Tribunal do Júri.

A despeito de a Lei de Organização Judiciária Militar (Lei nº 8.457/92) e o Regimento Interno do STM não delimitarem a atribuição do Júri na JMU, entendo que é perfeitamente cabível sua implantação, eis que já superada a questão da competência desta JMU com o advento da Lei nº 13.491 de 2017 e nos termos da Constituição Federal.

Apenas por exercício de argumentação, o Juiz Federal da Justiça Militar não é desconhecedor das leis e das lides da caserna. Ao contrário, presta concurso específico e exerce suas atribuições unicamente nas Circunscrições Judiciárias Militares, Primeiro Grau da JMU. Certamente, o magistrado togado saberá conduzir o processo posto a julgamento, dentro dos limites que lhe é imposto por lei, nos casos que envolvam delitos dolosos contra a vida.

Além disso, não virá a ocorrer ociosidade do Tribunal do Júri Militar, pois o magistrado estaria desempenhando tal função cumulativamente com aquela que já exerce, agregando mais esta, a do Júri, nos moldes do que ocorre com as Varas Criminais e do Tribunal do Júri Estaduais nos municípios onde a demanda de ações não comporta varas exclusivas.

Ademais, as decisões sobre o processo estariam a cargo da Justiça Militar da União, inclusive quanto aos recursos, e não da Justiça Comum, ocorrendo a composição entre júri popular e justiça especializada, adequada ao fato de um civil ou um militar agir com dolo contra a vida de outrem.

A Justiça Militar da União integra o Poder Judiciário como ramo especializado, não se consubstanciando, pois, em corte marcial. Assim, sua existência não está fundada na participação de militares nos julgamentos por ela promovidos, mas, sim, como já enfatizado, para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, independentemente da condição do agente ou da vítima, considerando sua competência constitucionalmente estabelecida.

Certo é que o crime doloso contra a vida praticado, em determinadas situações, por militares da Forças Armadas contra a vida de outrem é e sempre foi da competência da Justiça Militar da União. A previsão do art. 205 do CPM e a sistemática do art. 9º do mesmo *Códex* autorizam esse entendimento. Agora, com o advento da Lei nº 13.491/2017, abriu-se a possibilidade de implantação do Tribunal do Júri na JMU para o efetivo processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Como se vê, no caso em comento, é perfeitamente viável a implantação do Tribunal do Júri nesta Justiça especializada. Cabe ao Superior Tribunal Militar decidir e a Corregedoria da Justiça Militar oferecer as condições necessárias para que a Primeira Instância realize o julgamento dos

crimes dolosos contra a vida nas hipóteses previstas em lei, obedecendo rigorosamente ao que dispõe a Carta Magna e as regras do Código Penal e do Processo Penal Militar.

A implantação do procedimento do Júri na Justiça Militar da União se traduz na melhor maneira de resolver quaisquer problemas de interpretações quanto à aplicação da Lei nº 13.491/17, que alterou o Código Penal Militar.

A Justiça Militar da União merece ser reconhecida pela sociedade brasileira como um Órgão Julgador do Poder Judiciário que detém plenas condições de implementar um Tribunal do Júri isento, sem corporativismo, com a participação da sociedade brasileira e de acordo com as atribuições impostas pela Constituição Federal de 1988 e pelas leis infraconstitucionais.

Por fim, entendo que alçaria a Justiça Castrense à vanguarda da aplicação do conceito de democracia e participação popular, mantendo o seu protagonismo nas lides militares, para as quais possui as melhores condições de decidir, pois se trata de Justiça Especializada.

Concluindo, tenho por certo que a esta Justiça Militar da União compete o julgamento do presente feito e, indiscutivelmente, que o procedimento a ser adotado é o do Júri.

Tenho o entendimento de que existe a necessidade da imediata implantação do Tribunal do Júri nesta Justiça Castrense para os crimes dolosos contra a vida, sejam estes praticados por: militares contra militares; militares contra civis; ou civis contra militares, pois, entendo ser totalmente compatível com a legislação penal militar.

No caso em apreço, a Sentença deve ser considerada nula, devendo os autos retornarem ao Juízo de Primeira Instância, para que o Juiz Federal da Justiça Militar elabore e presida o Tribunal do Júri para julgar o presente caso.

Ante o exposto, divergindo da maioria de meus ilustres pares, em questão de ordem e preliminarmente, votei pela incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, declarando a competência do Tribunal do Júri, sob a Presidência do Juiz Federal da Justiça Militar da União.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 21 de maio de 2019.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 7000107-68.2019.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Paciente: Wagner Ribeiro.

Impetrante: Defensoria Pública da União.

Impetrado: Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM – Justiça Militar da União – Bagé.

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESPECIALIDADE DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. RECEPÇÃO DOS ARTIGOS 59 E 61 DO CPM PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A PAIRAR SOBRE O PACIENTE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

A Carta Magna preconiza, em diversos artigos, o tratamento que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar. Consagra, em particular nos arts. 122, 123 e 124, uma Justiça especializada para processá-lo e julgá-lo, de acordo com uma codificação penal e processual penal, orientada para tutelar bens jurídicos cuja preservação é indispensável à manutenção da estabilidade e da operacionalidade das Forças Armadas.

Nessa linha de compreensão, as dicções dos arts. 59 e 61 do CPM – ora questionadas em sua constitucionalidade – de nenhum modo maltratam a Constituição da República, não estando, pois, a significar qualquer afronta aos princípios aventados na ***Impetração***, destacadamente os da individualização da pena e da isonomia.

Como ressai com clareza meridiana do quanto fundamentado na Inicial, deixou a Impetrante de levar em conta, no seu juízo de ponderação dos princípios constitucionais a serem considerados na espécie, principalmente o da soberania, o qual avulta como razão maior para a existência das Forças Armadas e da

própria Justiça Militar como um dos mais efetivos meios para garantir-lhes a estabilidade e a efetividade da sua destinação constitucional de defesa da Pátria, da garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer deles, da lei e da ordem.

Nessa perspectiva, os arts. 59 e 61 do CPM devem ser conceituados como preceitos regulatórios de cumprimento da pena de natureza especial, perfeitamente justificados, em última análise, pelo interesse das Forças Armadas, em determinadas hipóteses, de ver reprimidas condutas criminosas de seus integrantes, mas sem o comprometimento irreversível dos seus retornos às suas atividades na Caserna.

Também na mesma perspectiva, não cabe dizer que seriam preceitos a conter lacunas, na medida em que, com clareza meridiana, estabelecem as condições que devem ser cumpridas na aplicação da pena dos sentenciados a que se referem; e, obviamente, no que diz respeito particularmente à dicção do art. 59 do CPM, há silêncio quanto aos regimes prisionais elencados no art. 33 do Código Penal, visto que, como norma especial não carente de complementação, dispensa alusão a qualquer outro dispositivo de lei, tendo, inclusive, justamente por essa sua natureza especial, prevalência sobre outra congênere de caráter geral.

Desse modo – e mais uma vez realçada a natureza especial do direito penal militar como um todo harmônico e sistêmico –, não há que se ver constrangimento ilegal algum a pairar sobre o Paciente, em face de não estar cumprindo a reprimenda que lhe foi imposta em regime aberto, conforme pretendido pela Impetrante.

Denegação da Ordem.

Decisão majoritária.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, conheceu do **Habeas Corpus** e denegou a Ordem, nos termos do voto do Relator Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, contra o voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que concedia a Ordem, na forma pleiteada pelo Paciente Wagner Ribeiro, e fará declaração de voto.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco

Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. Os Ministros Alvaro Luiz Pinto e Lúcio Mário de Barros Góes encontram-se em gozo de férias. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 28/2/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de ***Habeas Corpus*** impetrado pela ***Defensoria Pública da União*** em favor do Sd Ex WAGNER RIBEIRO, o qual se encontra cumprindo pena de prisão, em face da condenação que lhe foi imposta, na órbita da Justiça Militar da União, pela prática do crime de ***Deserção***.

Detalha a ***Impetrante***, de início, que, em 7/11/2017, o ***Paciente*** foi sentenciado à pena de 8 meses de detenção como incurso no art. 187 do CPM, pena essa que foi convertida em prisão nos termos do art. 59 do mesmo *Codex*. Esclarece que o Superior Tribunal Militar, em ***Acórdão*** de 14/6/2018, ratificou a ***Sentença*** condenatória de 1º grau, sendo, empós, instaurado o processo de execução penal pertinente, com o consequente recolhimento do ***Paciente*** à prisão em 5/12/2018. Assevera que o ***Paciente***, desde essa data, encontra-se "**em regime fechado, sem direito à progressão da pena e a regime mais brando que o fechado**". Conclui afirmando que, por isso, o ***Paciente*** está submetido a "**evidente constrangimento ilegal**", a ser sanado pela via do Remédio Heroico.

Nessa esteira, requer a ***Impetrante***:

> (1) Seja realizada a interpretação sistêmica da legislação penal, da forma mais favorável ao réu, concedendo a ordem para o cumprimento da pena em regime aberto.
>
> (2) Subsidiariamente requer a declaração da inconstitucionalidade do disposto nos artigos 59 e 61 do Código Penal Militar.
>
> (4) a intimação do órgão da Defensoria Pública da União com atribuição perante essa Egrégia Corte de modo a viabilizar o acompanhamento de todos os atos processuais e eventual sustentação oral.
>
> (5) que sejam expressamente pré-questionados o art. 5º, LIV, da CRFB/88, em seu aspecto substantivo, e o art. 334, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

À guisa de fundamentação do quanto postula, sustenta a ***Impetrante***, em essência, que os arts. 59 e 61 do CPM não foram recepcionados pela Constituição de 1988, em face, sobretudo, de omitirem "**os adequados regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade**", fazendo que os sentenciados venham sempre a cumpri-la no inicialmente fechado. No fio, assevera que tanto "**fere diversos princípios constitucionais, tais como a individualização da pena, a ressocialização, a**

isonomia, a proporcionalidade e a razoabilidade". Ainda na toada, discorre sobre os mencionados princípios e, resumidamente, sobre como restariam afetados na espécie. Em passo adiante, cita escólio de doutrinador pátrio e precedentes de tribunais superiores, os quais afirmariam, em especial, a indispensabilidade da coerência entre o regime prisional fixado e a pena adequadamente determinada. Ao fim do giro, traz a lume fragmento do ***Voto Vencido*** proferido na ***Apelação nº 213-22.2015.7.12.0012/AM*** - STM, cujo conteúdo estaria a abonar por inteiro a tese que ora sustenta (evento 1, item 1).

Apesar de referido na titulação do ***Habeas Corpus***, não houve pedido de ***liminar***; e, não sendo a hipótese de deferimento de qualquer medida cautelar de ofício, foram, de logo, requisitadas ***informações*** à autoridade indigitada coatora (evento 5).

O Juiz Federal Substituto da Justiça Militar, no exercício da titularidade da 2ª Auditoria da 3ª CJM, prestou ***informações*** (evento 10).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no ***Parecer*** da lavra da Subprocuradora-Geral Drª Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, manifestou-se "**pelo conhecimento e pela denegação da presente Ordem** de **Habeas Corpus**".

É o Relatório.

VOTO

Abro o meu voto trazendo a lume preciosa lição do eminente Ministro aposentado do Superior Tribunal Militar Dr. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, lição essa que, a meu sentir, é básica para a compreensão da especialidade da Justiça Militar e, nessa esteira, da singularidade de determinados preceitos do ordenamento penal e processual penal militares. Segue:

> Consoante a Constituição da República, as Forças Armadas são as únicas instituições que têm por finalidade a defesa da Pátria, a manutenção da sua soberania, primeiro fundamento da República Federativa do Brasil, condição resolutiva expressa para todos os demais, pois sem soberania não haverá Estado, nem República, tampouco democracia.
>
> Aliás, como já tive ocasião de sublinhar, é exatamente por isso que a palavra soberania aparece como fundamento inaugural, no artigo primeiro da Constituição do Brasil. A soberania, portanto, sendo a principal matriz da República, é indispensável para a consecução dos objetivos que o artigo terceiro elenca, para os princípios que o artigo quarto define e para os direitos que o artigo quinto consagra. Sem soberania, ficam todos irrelevantes: Objetivos, princípios e direitos.
>
> O exercício da soberania depende essencialmente de um instrumental de poder. No Brasil, com a Independência, ao longo de

> todos os sete textos constitucionais que atravessaram o Império e a República, esses instrumentos de poder são dois: as leis e as Forças Armadas, a balança equilibrada da Justiça e a clava forte que a garante. Por isso, no Brasil, o conceito de soberania está e estará ligado de forma irremovível à ideia de Pátria.
>
> A palavra Pátria aparece uma única vez em todo o extenso e prolixo texto da Carta de 1988. Precisamente no art. 142, que define a natureza, a singularidade e o núcleo teleológico das Forças Armadas. Pode-se dizer, assim, que sem Forças Armadas não haverá soberania, e sem soberania o conceito de Pátria não passa de sonho, ou ficção.
>
> Para defender a soberania do Brasil, a Constituição elege as Forças Armadas, que detém o monopólio do emprego ordenado da violência e, por isso, submetem-se aos princípios de hierarquia e disciplina, postos na Constituição exatamente para assegurar o coeficiente máximo de civilidade no desempenho de sua missão. São esses os valores que os integrantes da Justiça Militar tutelam e, servindo às Forças Armadas, servem à Nação.
>
> Garantem a tradição, a efetividade e a perspectiva de sua soberania.
>
> Diante desses fatos e desses valores, todos especialíssimos, porque absolutamente peculiares e singulares, já que nenhuma outra instituição se confunde com as Forças Armadas, surge um conjunto de regras, também especialíssimas, que são as normas jurídicas aplicáveis a essas instituições especiais. Temos, assim, para fatos especiais, valores especiais e normas também especiais (...).
>
> O fato é que os integrantes das instituições militares são os únicos seres humanos de quem a lei brasileira exige o sacrifício da vida. A nenhum funcionário público, na verdade, a nenhum cidadão, exceto aos militares, lei alguma impõe deveres tão radicais, deveres que podem implicar a contingência de morrer ou matar. (**A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito - Doutrina e Aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 360**).

Saliento que, na conformidade do que se contém nessa notável lição, a própria Carta Magna preconiza, em diversos artigos, o tratamento que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar, tendo, ademais, consagrado, em particular nos arts. 122, 123 e 124, uma Justiça especializada para processá-lo e julgá-lo, de acordo com uma codificação penal e processual penal, particularmente orientada para tutelar bens jurídicos cuja preservação é indispensável à manutenção da estabilidade e da operacionalidade das Forças Armadas.

Entendo, nessa linha de compreensão, que as dicções dos arts. 59 e 61 do CPM – ***ora questionadas em sua constitucionalidade*** – de nenhum modo maltratam a Constituição da República, não estando, pois, a significar qualquer

afronta aos princípios aventados na ***Impetração***, destacadamente os da individualização da pena e da isonomia.

Ora, como ressai com clareza meridiana do quanto fundamentado na ***Inicial***, deixou a ***Impetrante*** de levar em conta, no seu juízo de ponderação dos princípios constitucionais a serem considerados na espécie, principalmente o da soberania, o qual, como bem salientado na lição antes posta à luz, avulta como razão maior para a existência das Forças Armadas e da própria Justiça Militar como um dos mais efetivos meios para garantir-lhes a estabilidade e a efetividade da sua destinação constitucional de defesa da Pátria, da garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer deles, da lei e da ordem.

Nesses termos – ***e tendo em conta a sabida inexistência de princípios constitucionais absolutos*** –, é indiscutível que as previsões ínsitas nos arts. 59 e 61 do CPM foram por inteiro recepcionadas pela Constituição de 1988; e isso, vale enfatizar, até porque respondem ao interesse das Forças Armadas de ter os seus integrantes condenados à pena restritiva de liberdade igual ou inferior a 2 anos – ***e, portanto, não necessariamente sujeitos à pena acessória de exclusão*** – sob sua guarda e cuidados, de modo que, em que pese se encontrarem no cumprimento de sentença criminal, não venham a ser irremediavelmente afetados, por influência do sistema prisional comum, nas suas crenças e valores militares e, assim, permanecerem em condição de, no porvir, poderem, eventualmente, retornar às suas atividades regulares na Caserna.

Nessa perspectiva, os arts. 59 e 61 do CPM devem ser conceituados como preceitos regulatórios de cumprimento da pena de natureza especial, perfeitamente justificados, em última análise, pelo interesse das Forças Armadas, em determinadas hipóteses, de ver reprimidas condutas criminosas de seus integrantes, mas sem o comprometimento irreversível dos seus retornos às suas atividades na Caserna.

Atentos a essas nuanças dos dispositivos em questão, o sempre lembrado Ministro do Superior Tribunal Militar e Professor da faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro Dr. Jorge Alberto Romeiro preleciona, *in verbis*:

> Como as penas de reclusão e detenção até dois anos não induzem em perda do posto e da patente (art. 99), de graduação de praças (CF, art. 125, § 4º), nem em exclusão destas da corporação militar (art. 102), a conversão daquelas penas na da prisão mira a preservar a força motriz e o prestígio do militar, que deverá voltar às suas funções, principalmente às de comando, evitando uma promiscuidade carcerária atentatória da hierarquia militar. (*in* **Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 169**).

Por outro lado, mas também na mesma perspectiva, não cabe dizer que seriam preceitos a conter lacunas, na medida em que, com clareza meridiana, estabelecem as condições que devem ser cumpridas na aplicação da pena dos sentenciados a que se referem; e, obviamente, no que diz respeito particularmente à dicção do art. 59 do CPM, há silêncio quanto aos regimes prisionais elencados no art. 33 do Código Penal, visto que, como norma especial não carente de complementação, dispensa alusão a qualquer outro dispositivo de lei, tendo, inclusive, justamente por essa sua natureza especial, prevalência sobre outra congênere de caráter geral.

Não é demasia frisar que, apesar do inescondível brilho que o reveste, o ***Voto Vencido*** que a ***Impetrante*** toma como paradigma não é representativo do pensamento francamente majoritário do Plenário do Superior Tribunal Militar sobre a *quaestio*, não sendo igualmente supérfluo trazer a lume a ementa do julgado em que foi proferido, *in verbis*:

> APELAÇÃO. CRIME DE DESERÇÃO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA PROPORCIONALIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO COMPROVADO. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO *SURSIS*. ARTIGO 59 DO CPM. RECEPÇÃO PELA CARTA MAGNA DE 1988. Os tipos penais da deserção, inclusive nas suas modalidades especiais, sejam em tempo de paz ou em tempo de guerra, encontram amparo no próprio contexto principiológico constitucional, porquanto indispensáveis para a proteção do serviço militar, a repercutir diretamente na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. A ação perpetrada conforma-se à norma castrense e viola os bens por ela tutelados, quais sejam: a hierarquia e a disciplina, sustentáculos das Instituições Militares. Inexiste, pois, desproporcionalidade na cominação sancionatória. Ademais, por estar-se diante de uma violação penal, não há a possibilidade de o caso ser tratado noutra esfera, qual seja, a administrativa. Ação típica, com todas as suas elementares a impossibilitar eventual descaracterização delitiva para a esfera disciplinar. Inexistem, no conjunto probatório disponível, provas que satisfaçam os elementos da excludente de culpabilidade aventada pela Defesa. Pelo contrário, o conteúdo probatório confirma a autoria, materialidade e culpabilidade do agente e chama para si a Súmula nº 3 do STM. Tendo em vista que o recorrido ostenta a condição de militar é incabível a suspensão condicional da pena, *ex vi* do art. 88, II, "a", do Código Penal Militar. Conquanto o Réu seja menor de vinte e um anos, observa-se que sua apenação foi fixada no mínimo legal previsto no art. 187 do Codex Penal Militar. Assim, a incidência da atenuante resultaria em reprimenda abaixo dela, violando o disposto no art. 73 da Lei Substantiva Militar e o enunciado sumular nº 231 do Egrégio STJ. As regras insculpidas no artigo 59, *caput*, e nos seus incisos I e II, do CPM, encontram razão nas nuanças da vida e das atividades da Caserna, cujos principais pilares são a hierarquia e a disciplina. São disposições, pois, que se distinguem dos regramentos de cumprimento de penas comuns em função do seu caráter especial; e, por aí, também os

> supera quanto à sua aplicação no caso concreto. As disposições do art. 59 do CPM não afrontam a dignidade do Sentenciado e não agridem a individualização da pena, ambas garantidas constitucionalmente. Nesses termos – e realçada a natureza especial do direito penal militar como um todo harmônico e sistêmico –, não há que se dizer que o art. 59 do CPM não foi recepcionado pela Carta da República de 1988 e que, nesse fio, dever-se-ia aplicar o regramento comum de cumprimento da pena no caso concreto. Não provimento do Apelo. Por maioria. (**Apelação nº 213-22.2015.7.12.0012/AM, Relator para o Acórdão Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, juntada em 10/8/2017**).

Desse modo – ***e mais uma vez realçada a natureza especial do direito penal militar como um todo harmônico e sistêmico*** –, não há que se ver constrangimento ilegal algum a pairar sobre o ***Paciente***, em face de não estar cumprindo a reprimenda que lhe foi imposta em regime aberto, conforme pretendido pela ***Impetrante***.

Também o *Custos Legis* caminha nessa mesma linha de compreensão da questão, conforme denota o seguinte fragmento do seu ***Parecer***, o qual, inclusive, merece ser adotado como razão adicional de decidir, até por referir, detalhadamente, a situação do ***Paciente*** perante a Justiça Militar, *ipsis litteris*:

> Não merece concessão o presente pedido da ordem de habeas corpus.
>
> Como relatado, a Defensoria Pública da União requer, a partir de uma interpretação sistêmica da legislação penal, que se conceda o regime aberto ao paciente ora em cumprimento de pena em recinto castrense em face da sua condenação pelo crime de deserção.
>
> Em tal panorama, requer a declaração de inconstitucionalidade ou não recepção dos arts. 59 e 61 do CPM, cujo conteúdo disciplina o que segue, *in verbis*:
>
> > **Pena até dois anos imposta a militar**
> >
> > Art. 59 - A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional: (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)
> >
> > I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;
> >
> > II - pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos.
> >
> > Pena superior a dois anos, imposta a militar
> >
> > Art. 61 - A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na

> falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)

Pois bem. A hierarquia e a disciplina militar possuem matriz constitucional. Tais valores norteiam a proteção dos bens jurídicos tutelados pela legislação castrense e tão caros às Instituições Militares, daí a existência de paradigmas afinados com tais valores e interesses, máxime no que respeita aos crimes propriamente militares, como é o caso da deserção praticada reiteradamente pelo ora paciente.

De fato, em suas informações a autoridade em tese coatora esclarece que o atual cumprimento de pena, nos termos em que relatado, ocorre no bojo regular do processo de execução penal nº 7000180-63.2018.7.03.0203, tendo em vista a condenação do paciente à pena de 8 meses de detenção, convertida em prisão, sem direito ao *sursis*, ou seja, a sanção decorrente da deserção consumada em 12.4.2017.

Além disso, tem-se a informação de que o paciente consumou nova deserção em 20.12.2017, em relação a qual, inclusive já também condenado, veio a ser preso somente em 5.12.2018, ou seja, além de se tratar de um multidesertor, vem dando todas as demonstrações de que não possui nenhum comprometimento com os seus deveres disciplinares e obrigações cívicas.

Como cediço, a maioria dos condenados pela Justiça Militar não cumprem efetiva pena de prisão, pois regra geral terão o direito ao *sursis*. Esse, contudo, é vedado naqueles casos previstos no art. 88, em face justamente da natureza de certos crimes, quando mais estreita a relação das infrações cometidas com a violação das balizas das Forças Armadas.

Vê-se que o caso concreto é demonstrativo da apropriada especialidade da legislação penal e processual militar, a qual deixa de adotar certos institutos aplicáveis na legislação comum, inclusive em matéria de execução de penas.

Ora, o paciente já deu demonstração de sobra que não possui o mínimo comprometimento com as suas obrigações perante a caserna e com o cumprimento da lei, tanto assim que manteve-se trânsfuga por amplo período nos anos de 2017 a 2018, até que veio a ser preso.

Em concreto, imaginar que agora condenado deva cumprir pena em regime aberto transparece evidente afrouxamento das funções da pena e da mensagem que passaria aos demais militares.

De todo modo, guardadas as respeitáveis opiniões contrárias reverberadas pela DPU, a jurisprudência prevalecente dessa Corte é pacífica em relação as especificidades da caserna que justificam determinados regramentos. Vejam-se os seguintes precedentes a respeito, verbo *ad verbum*:

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (CPM, art. 187). EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. Paciente condenado pela Justiça Militar da União e que se encontra cumprindo a pena pela prática do crime de deserção. Conforme se extrai da regra do art. 61 do CPM, somente no caso de condenação à pena superior a dois anos ficará o militar sujeito às regras prevista na Lei de Execução Penal (LEP), mesmo que seu cumprimento se dê em estabelecimento militar. Ordem denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 0000039-82.2015.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) Lúcio Mário de Barros Góes. Data de Julgamento: 12/03/2015, Data de Publicação: 26/03/2015).

DESERÇÃO. PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. VEDAÇÃO LEGAL. Ao militar da Ativa, cumprindo pena em estabelecimento penal militar, não se aplica a progressão de regime prevista no art. 33 do Código Penal brasileiro. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 0000084-23.2014.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) Artur Vidigal de Oliveira. Data de Julgamento: 01/08/2014, Data de Publicação: 13/08/2014).

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. CONDENAÇÃO À PENA MÍNIMA. PRISÃO. EXECUÇÃO DA SENTENÇA. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO A PROGRESSÃO DE REGIME SEMIABERTO. PACIENTE RECLUSO EM ORGANIZAÇÃO MILITAR. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - LEP (7.210/1984). IMPROCEDÊNCIA. O artigo 59, inciso II, do CPM, estabelece que a pena de reclusão ou detenção até dois anos aplicada à praça será convertida em prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão, em estabelecimento militar, onde ficará separada dos outros presos com pena superior a dois anos e dos que estejam cumprindo penas disciplinares. Somente no caso de condenação à pena superior a dois anos ficará o militar sujeito às regras previstas na Lei de Execuções Penais, mesmo que seu cumprimento se dê em estabelecimento militar, conforme se extrai da literalidade do artigo 61 do CPM, o qual se encontra em harmonia com o disposto constante no parágrafo único do artigo 2º da LEP. Não se vislumbra nenhuma violação aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena na execução da Sentença, em virtude do tratamento diferenciado intencionalmente dispensado pelo legislador pátrio ao militar que cumpre pena em estabelecimento prisional castrense. Ordem denegada. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 0000198-93.2013.7.00.0000.

> Relator(a): Ministro(a) William de Oliveira Barros. Data de Julgamento: 19/11/2013, Data de Publicação: 29/11/2013).
>
> Outrossim, a própria Constituição Federal reconhece as especificidades e valores da Instituição Castrense, seja ao referir-se à hierarquia e disciplina como fundamentos das Forças Armadas, seja ao possibilitar a prisão em casos específicos independentemente de ordem judicial.
>
> Nessa esteira, não se figura violação aos princípios constitucionais reportados pela Defensoria, mas sim a compatibilização harmoniosa entre eles, a par dos direitos e garantias assegurados pelo constituinte.
>
> Em alinho à fundamentação ínsita no voto condutor no julgamento da Apelação nº 9-08.2008.7.06.0006/BA da lavra dessa Alta Corte Militar, "como a Legislação Penal Castrense não contemplou o instituto da progressão, deve permanecer na Sentença condenatória o regime fechado pelo Juízo de primeira instância, sujeito o Apelante às regras disciplinares e jurídicas da unidade prisional militar em que for recolhido, além de que, sendo o Réu militar, o cumprimento da pena privativa de liberdade em penitenciária civil seria mais desfavorável ao apenado, dada a conhecida repercussão negativa dessas instalações carcerárias".
>
> Portanto, a negativa da progressão de regime pretendida fundamenta-se no regramento específico e justificável do CPM, bem como na jurisprudência dessa Corte.
>
> Diante das razões expostas, é o Parecer pelo conhecimento e pela denegação da presente ordem de Habeas Corpus. (Grifos no original).

É o *quantum satis*.

Posto isso.

Conheço do ***Habeas Corpus***, mas denego a ***Ordem***.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em conhecer do Habeas Corpus e em denegar a Ordem.

Brasília, 28 de fevereiro de 2019 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Habeas Corpus Nº 7000107-68.2019.7.00.0000

Votei vencida, divergindo da douta maioria tão somente quanto a não recepção do art. 59 do CPM, concedendo a ordem de *habeas corpus*, para, mantendo a condenação do Sd Ex WAGNER RIBEIRO, fixar-lhe o regime

prisional aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum, para o cumprimento da pena.

A Defensoria Pública da União pleiteou por meio do presente *habeas corpus* que seja sanado o "abuso de poder", que se desdobra em evidente constrangimento ilegal, e reconheça a não recepção/inconstitucionalidade dos arts. 59 e 61 do Código Penal Militar, para colocar o paciente em regime aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal comum.

É fato inexistir previsão no CPM acerca de fixação de regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, razão pela qual, em face do princípio da individualização da pena, deve-se aplicar o Código Penal comum, naquilo que for pertinente.

Na lição de Vicente Ráo, é:

> (...) pelo fato de se afastar do direito comum, do qual se destaca adquirindo autonomia, que o direito especial, ou singular, é chamado impropriamente direito de exceção e não porque constitua um sistema de normas opostas aos princípios e regras do direito comum.[136]

In specie, fala-se em regra constitucionalmente prevista, que, indubitavelmente, há de prevalecer em todos os ramos do Direito Penal.

De igual modo, não se pode desconsiderar a previsão constante do inciso XLVIII do art. 5º da Magna Carta, de cujo teor se extrai dever ser a sanção "cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo coma natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

Nesse desiderato, o art. 59 do CPM estatui:

> Art. 59. A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional:
>
> I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;
>
> II - pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos.

Por seu turno, o art. 61 do mesmo *codex* assim dispõe:

> Art. 61. A pena privativa de liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

[136] RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 178, nota de rodapé nº 15 citando Silveira, Hermenêutica, p. 75 e ss.

Da leitura dos supracitados dispositivos, extrai-se que o legislador intencionou diferenciar o local destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme fosse o apenado oficial ou praça, bem como levou em conta a sanção: se superior ou não a 2 (dois) anos.

Com tal intuito, previu que o oficial condenado a até dois anos de detenção ou reclusão, cuja pena fosse convertida em prisão, efetuaria o cumprimento da medida constritiva de liberdade em **recinto de estabelecimento militar**. Já para a praça, punida da mesma forma, definiu dever ela permanecer em **estabelecimento militar**.

Da *ratio* normativa, infere-se ser possível a aplicação de qualquer um dos regimes de início de cumprimento, fixando-se-lhe o contido no art. 33, § 3º, do Código Penal comum, no qual se prevê que a determinação do regime inicial do cumprimento sancionatório far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo *Codex*.

Já no que tange ao art. 61 do CPM, estatui o dispositivo que, se o militar for condenado a pena superior a um ano e não houver penitenciária militar para o cumprimento da medida constritiva de liberdade, ele deverá cumpri-la em penitenciária civil. No mesmo dispositivo, fixou-se que, caso ele venha a ser encarcerado em estabelecimento civil, poderá gozar dos benefícios e concessões previstas na legislação penal comum.

Com isso, diferenciou-se o tratamento dado ao militar apenado com sanção superior a 2 (dois) anos, tomando por base o local onde o agente irá cumpri-la, quando, ao meu ver, deveriam ser fixados o estabelecimento e a forma de regime inicial, com base na reprimenda a ele aplicada.

Anoto o entendimento dessa Corte Superior Militar sobre a matéria, *verbis*:

> MILITAR DA ATIVA. CAPITÃO DO EXÉRCITO. CONDENAÇÃO. PRISÃO EM UNIDADE MILITAR. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Conforme iterativos julgados desta Corte, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) só é aplicável aos condenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária. Inteligência do artigo 2º, parágrafo único, da supracitada Lei. Não é o caso dos autos. Conhecido do pedido e denegada a Ordem, por falta de amparo legal, restabelecendo-se o regime prisional inicialmente fechado. Decisão majoritária. (Apelação nº 7-53.2010.7.00.0000/PE. Min. Rel. Olympio Pereira da Silva Junior, DJe 14/6/2010).
>
> DESERÇÃO. SOLDADO DO EXÉRCITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. 1. Restando o crime de deserção caracterizado, provado e confessado, inexistindo em favor do réu qualquer causa excludente de

> culpabilidade e/ou de ilicitude, não há que se falar em absolvição. 2. O militar condenado pelo crime do artigo 187 do CPM não se beneficia do "SURSIS", por expressa vedação legal. Cumpre a pena que lhe é imposta em regime fechado nas prisões existentes nos quartéis, cuja execução da sentença é de competência do Juiz-Auditor por onde correu o processo, não se beneficiando das regras de progressão de regime previstas na Lei de Execução Penal. Tal só ocorre quando o preso é recolhido a estabelecimento sujeito à Jurisdição Ordinária. Negado provimento ao apelo da Defesa, para manter a Sentença "a quo". Decisão unânime. (Apelação: 2007.01.050726-6/PR. Min. Rel. Flávio de Oliveira Lencastre. Data da Publicação: 19/12/2007).

Ora, tal hermenêutica é merecedora de críticas, pois viola frontalmente regras e princípios constitucionais.

Certo é que, para a restrição de direitos ou garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, impõe-se previsão expressa e de cunho magno por igual.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos[137]:

> Quando alguém desiguala outrem, sem qualquer supedâneo constitucional, estamos diante das discriminações negativas.

Ora, inexiste justificativa para tal discrímen. Consoante relatado alhures, segundo a legislação especial e o entendimento do STM para a concessão de benefícios previstos na legislação penal ordinária, deveria o apenado cumprir a sanção em penitenciária civil, em virtude da falta de penitenciária militar.

Por óbvio a distinção destinou-se a evitar discrepância de tratamento entre o condenado militar e o civil que se encontrassem cumprindo a medida constritiva de liberdade em penitenciária civil. É possível, ainda, que a conhecida precariedade dos estabelecimentos carcerários brasileiros tenha influenciado na opção legislativa.

Sem embargo, a solução fere o princípio da isonomia, insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, e, a despeito de pretender igualar o tratamento dispensado a civis e militares custodiados em penitenciária civil, desiguala militares em idênticas condições, de maneira descriteriosa.

A falsa ideia de se estar evitando uma disparidade jurídica gerou outra ainda maior porquanto distinguiu iguais – réus já sentenciados – criando uma situação ilógica na qual uma mera conjuntura factual, totalmente desligada do indivíduo ou das circunstâncias nas quais o delito fora praticado, é utilizada como único juízo para fins de concessão de benefícios.

A regra máxima da igualdade estabelece o dever de abstrair-se toda e qualquer premissa ou preceito desuniforme, e a observância da não adoção de

---

[137] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 418.

normas análogas para todos. Dele aflora a necessidade de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Na lição de Singer[138]:

> O preceito básico da isonomia não requer tratamento idêntico; requer igual consideração.

Para Uadi Lammêgo Bulos[139]:

> Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desequiparações ilícitas e inconstitucionais. Enquanto limite à autoridade pública, os presidentes da república não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade.

Do postulado exsurge o entendimento de não se poder ignorar a existência de diferenciações legítimas, merecendo respeito as especificidades de cada um na real e efetiva edificação do Estado Democrático de Direito.

Ora, apesar de se reconhecerem as peculiaridades da instituição castrense, fundada nos preceitos de disciplina e hierarquia, estes não guardam qualquer ligação com a fixação da pena e a progressão do regime. Portanto, não podem ser usados como justificativa para a reputação de benesses legais concedidas aos agentes sancionados por sentença criminal.

Na verdade, razão não há para se impor ao militar regime inicial fechado, sem a possibilidade de progressão, pois, além de ser medida que afronta o princípio constitucional da individualização da pena, inexiste lei a corroborá-la.

Percebo que se chegou à absurda concepção de ser impossível a fixação de regime diverso do fechado no âmbito castrense, em função da ausência de menção em tal sentido na legislação especial.

Incompreensível que, desconsiderando-se o *quantum* da apenação aplicada ou a gravidade do delito e, mesmo fazendo o CPM menção à detenção e reclusão, diferenciando-as, tão somente, quanto à gravidade do ato praticado para fins de aplicação do regime de cumprimento de pena, tenha se mantido o entendimento errôneo de que o militar deveria sempre iniciar e permanecer cumprindo a medida constritiva de liberdade na forma fechada.

No escólio de José Frederico Marques[140]:

> O Código Penal atual preferiu o sistema da pluralidade de formas de penas privativas da liberdade, no que andou acertado: além de ser esta a orientação que a ciência penal abraça na atualidade, ela atende melhor à regra programática da Constituição sobre a individualização da pena.

---

[138] SINGER, Peter. *Vida Ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 47.
[139] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 419.
[140] MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1999. p. 176.

Mais desarrazoada a relativização de tal compreensão sob o enfoque da existência ou não de vaga em prisão militar, porquanto, caso inexistente penitenciária castrense, o condenado militar, enviado a um estabelecimento prisional civil, poderá gozar do regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, bem como da progressão deste.

Indago, pois, se a insuficiência de cárceres mostrar-se-ia apta a extrair do apenado a condição de militar, ou justificaria a aplicação do Código Penal comum, em regra, não aceita.

Na hipótese de ser adotado tal raciocínio, a ressocialização do detento figurará em segundo plano em virtude da mera desestruturação do sistema penitenciário.

Indubitáveis o contrassenso e a discriminação, na medida em que, ora defende-se não ser aplicável o Código Penal comum, à vista da especialidade da legislação militar, ora utiliza-se dele para garantir tratamento igualitário entre militar e civil.

Diante de tal problemática questiono: há como defender a aplicação da especialidade à questão em tela sem retirar de cena a igualdade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a individualização sancionatória? Como manter a isonomia entre militares condenados pelo mesmo crime, a reprimendas idênticas e em análogas circunstâncias, caso inexistente vaga suficiente em penitenciária militar para todos eles? Poder-se-ia considerar juridicamente razoável o cumprimento de pena de detenção convertida em prisão de 6 meses, em regime fechado, quando comparada a outra fixada em 4 anos, inicialmente cumprida em regime aberto, pelo simples fato de ser executada em penitenciária civil?

Estou convencida da inconstitucionalidade, a demandar urgente alteração!

Afinal, não pode impor desconformidades desautorizadas pela Constituição!

Este entendimento, aliás, foi consagrado pela Segunda Turma do STF, no HC 104174/RJ, que teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, publicado em 18/5/2011, do qual cito excerto do voto:

> E os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário. A Constituição federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente.

Reitero que o postulado da isonomia se alevanta como inerente à Democracia e, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, serve de norte à interpretação. Leia-se: "(...) o juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que

não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei."[141]

Outrossim, inquestionável o fato da restrição de liberdade afetar todo indivíduo, física e psicologicamente. Não é porque o sentenciado é militar que não sofrerá das mesmas consequências da prisão como o cidadão civil. Daí ser necessária a aplicação dos benefícios da reinserção, tais como a progressão de regime. Até porque o preso, em determinado momento, retornará ao convívio social.

Consabido a apenação ter por escopo a punição, prevenção e reeducação do indivíduo, sendo mais provável que esta última seja melhor alcançada com a reinserção progressiva do condenado na sociedade.

Ademais, o postulado da individualização da pena não se esgota na fixação desta propriamente dita; vai além e engloba o seu próprio cumprimento, com a observância da situação pessoal de cada qual, autorizando concessão de benefícios ou supressão deles quando for de direito.

Nesse sentido, é o teor da Súmula nº 719 do STF, na qual se lê: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Tal como colocado, a ausência de estabelecimento militar prisional não se revela motivo adequado para a imposição de regime integralmente fechado ao indivíduo, independentemente da sanção, e justificar, por si só, a impossibilidade de concessão de progressão de regime a ele.

Incongruente a inviabilidade jurídica da progressão, mas poder o condenado desfrutar do benefício do livramento condicional.

Semelhante indignação foi aludida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), em razões lançadas em voto proferido no *Habeas Corpus* nº 69.657-1/SP, no qual se suscitou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, cujo trecho ora transcrevo *in litteris:*

> Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza - inciso V. Pois bem, a Lei em

[141] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 282.

> comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional.
>
> Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Neste caso específico, vigorasse o entendimento da impossibilidade da progressão, o condenado a quem foi imposta pena de menor gravidade teria que a cumprir em "regime integral de permanência em estabelecimento militar", situação que afronta, dentre outros, mas em especial, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

E foi por esta razão a execração da Corte Suprema ao reconhecer a inconstitucionalidade da vedação de progressão no julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.657-1/SP, bem como o reconhecimento do Legislador ao editar a Lei nº 11.464/2007, que, alterando a Lei de Crimes Hediondos, admitiu a progressão prisional quando se tratar de condenação por crime hediondo e seus equiparados, prevendo, no § 1º do seu art. 2º, que a apenação em tais delitos deverá ser cumprida **inicialmente** em regime fechado.

Daí, sendo a benesse permitida até para os crimes hediondos e assemelhados, inclusive reconhecendo-se o direito do condenado de não cumprir a condenação em regime integralmente fechado, inadmissível que se opte por juízo hermenêutico tão desfavorável, sem qualquer justificativa plausível, para negá-la aos militares encarcerados em estabelecimento prisional castrense.

Sobre a questão, trago à balha trecho de artigo de minha autoria e de Micheline Ribeiro sobre a matéria[142]:

> (...) incontestável a desconformidade hierárquica da exegese estigmatizante do artigo 61 do Codex Milicien, em face da Norma *Normarum*. Obstaculizar direito fundamental de progredir no cumprimento da sanção, impondo a permanência de sentenciado militar em presídio castrense até o final da reprimenda, viola o conceito de justiça e individualização, bem como afronta princípios máximos clausulados como pétreos. A intervenção restritiva aos direitos dos cidadãos submetidos às relações especiais de sujeição há de ser adequada à salvaguarda dos direitos, interesses ou valores de relevância constitucional; há de ser necessária à obtenção desse fim e há de conter a justa medida de modo a denotar equilíbrio em relação aos benefícios alcançáveis por meio da intervenção.[143]

---

[142] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; RIBEIRO, Micheline Barboza Balduino. A progressão do regime nos crimes militares ante as relações especiais de sujeição *In*: *Revista do Ministério Público Militar*. Ano 38, nº 23, nov. 2013. Brasília: Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 2013, p. 85 a 106. ISSN 0103-6769.

[143] PIMENTEL, Luís. *A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas*. Lisboa: AAFDL, 2008.

> Atente-se à condição dos réus com menos de dois anos, aos quais não é dado, sequer, o livramento condicional, nas situações excepcionalíssimas do art. 88 do CPM. Aí, sem embargo da menor gravidade delitiva, deverão eles cumprir a condenação em "regime integral de permanência em estabelecimento militar" (...).
>
> Em conclusão, imperativa interpretação inovadora sobre a inteligência do art. 61 do Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, para autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal.
>
> Dita exegese sobrelevará a lógica que advém da racionalidade jurídica, uma vez que, ante a complexidade em demarcar as fronteiras das constrições nas relações especiais de sujeição, cabe ao Poder Judiciário salvaguardar o conteúdo essencial dos direitos coarctados.
>
> Nesse universo, a atuação jurisdicional não só explicitará a normação legítima, como contribuirá para o rearranjo institucional do sistema político democrático, sabido que o infrator – civil ou militar – permanece sendo um partícipe do Contrato Social.

Inegável, pois, que a exegese referendada por esta Corte Superior no sentido de que a pena de prisão prevista no art. 59 impossibilita a aplicação da progressão de regime discrepa da Constituição Federal de 1988 por excluir o direito de cumpri-la no regime aberto ou semiaberto, impondo, por outro lado, a permanência do apenado em estabelecimento militar.

Nestes autos, o *decisum* objurgado converteu uma reprimenda de 8 meses de detenção em prisão. Assim, pelo exposto, entendo fazer-se mister um novel entendimento do art. 61 do CPM, para autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal, razão pela qual fixo o cumprimento da pena do recorrente no regime inicialmente aberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP.

Ex positis, voto pelo conhecimento e concessão da ordem.

Superior Tribunal Militar, 28 de fevereiro de 2019.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

_____

HABEAS CORPUS Nº 7000375-25.2019.7.00.0000

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

Pacientes: Ítalo da Silva Nunes Romualdo, Vitor Borges de Oliveira, Matheus Sant'Anna Claudino, Marlon Conceição da Silva, Leonardo Oliveira de Souza, João Lucas da Costa Gonçalo, Gabriel da Silva de Barros Lins, Gabriel Christian Honorato, Fabio Henrique Souza Braz da Silva.

Impetrante: Dr. Paulo Henrique Pinto de Mello.

Impetrada: Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 1ª CJM – Justiça Militar da União – Rio de Janeiro.

EMENTA

HABEAS CORPUS. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITARES. DESNECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PROVISÓRIA. CONCESSÃO DA ORDEM. DECISÃO POR MAIORIA.

Na fase atual do processo, ficou demonstrado que o requisito de que se valeu a autoridade judiciária, "considerando o desrespeito às ordens de engajamento e a mácula dos preceitos das normas ou dos princípios de hierarquia e de disciplina", não mais se revela presente.

Observa-se, também, que os demais requisitos do art. 255 do CPPM, de igual modo, não se fazem presentes, no sentido de que os Pacientes, soltos, poderiam atrapalhar a investigação, de modo a perturbar ou a colocar em perigo a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Não há registro que macule seus antecedentes. Além disso, todos possuem residência fixa e encontram-se no exercício regular de seus deveres militares.

Superados os objetivos determinantes, em razão dos quais se fundamentou a Decisão impugnada, não mais se justificam as custódias dos Pacientes, para garantir a manutenção das normas ou dos princípios da hierarquia e da disciplina militares.

Ordem concedida. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, e na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro José Barroso Filho, após o voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, que conhecia do pedido e concedia a Ordem, para desconstituir a

Decisão hostilizada e conceder liberdade aos Pacientes, com fulcro no art. 467, alínea "c", do CPPM, para que, nessa condição, respondam aos procedimentos investigatórios em curso e ao processo penal subsequente, sem prejuízo de nova segregação por fato superveniente, determinando, ainda, a expedição dos respectivos Alvarás de Soltura, se por outro motivo não estiverem presos, tonando sem efeito a Decisão liminar anteriormente proferida.

Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias acompanhavam o voto do Ministro Relator. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha votava pelo conhecimento e denegação do pedido de **Habeas Corpus**, por falta de amparo legal. Os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Carlos Vuyk de Aquino aguardam o retorno de vista. Ausência justificada do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Na forma regimental, usaram da palavra o Impetrante, Dr. Paulo Henrique Pinto de Mello, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho. A Defesa será previamente intimada do retorno de vista para a sequência do julgamento. Ao final, o Impetrantte, em questão de ordem, reiterou pedido de liminar formulado expressamente nos presentes autos para que se determinasse a soltura imediata dos Pacientes. O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, decidiu pelo não acolhimento da questão proposta pelo causídico. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 8/5/2019).

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente a Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, representante do Ministério Público, prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão de 8/5/2019, após o retorno de vista do Ministro José Barroso Filho, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, conheceu do pedido e concedeu a Ordem, para desconstituir a Decisão hostilizada e conceder liberdade aos Pacientes, com fulcro no art. 467, alínea "c", do CPPM, para que, nessa condição, respondam aos procedimentos investigatórios em curso e ao processo penal subsequente, sem prejuízo de nova segregação por fato superveniente, determinando, ainda, a expedição dos respectivos Alvarás de Soltura, se por outro motivo não estiverem presos, tornando sem efeito a Decisão liminar anteriormente proferida, nos termos do voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Na sessão de 8/5/2019, proferiu voto a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que conhecia e denegava o pedido de **Habeas Corpus**, por falta de amparo legal. O Ministro José Barroso Filho, em seu voto de vista, conhecia do presente ***Writ*** e concedia, parcialmente, a ordem de **Habeas Corpus** para: manter a Decisão recorrida quanto ao 2º Ten Ítalo da Silva Nunes Romualdo, por remanescer a incidência do requisito ínsito no art. 255, alínea "e", c/c o art. 254, ambos do CPPM; reformar a Decisão vergastada no tocante aos Réus Fábio Henrique

Souza Braz da Silva, Gabriel Christian Honorato, Gabriel da Silva de Barros Lins, João Lucas da Costa Gonçalo, Leonardo Oliveira de Souza, Marlon Conceição da Silva, Matheus Sant'Anna Claudino, Vitor Borges de Oliveira, com a expedição do competente alvará de soltura, se por ***al*** mais não estiverem presos; aplicar aos Réus Fábio Henrique Souza Braz da Silva, Gabriel Christian Honorato, Gabriel da Silva de Barros Lins, João Lucas da Costa Gonçalo, Leonardo Oliveira de Souza, Marlon Conceição da Silva, Matheus Sant'Anna Claudino, Vitor Borges de Oliveira a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, à luz do art. 3º, alínea "a", do CPPM, c/c o art. 319 do CPP, no período de 20h às 5h, do dia seguinte, por um prazo inicial de 15 (quinze) dias, que poderá se estender até o ato de interrogatório e qualificação dos Réus, inclusive nos dias de folga, delegando à Juíza Federal Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM as providências cabíveis no cumprimento das medidas cautelares; determinar, ainda, tendo em vista o estado emocional das Praças, que a Administração Militar estabeleça a vedação de portarem armas durante atividades laborais e qualquer prestação de serviço externo, particularmente, no âmbito de Operações de GLO e Emprego de Armas. O Ministro José Coêlho Ferreira concedia, parcialmente, a ordem de **Habeas Corpus**, invocando o princípio da proporcionalidade e aplicando, subsidiariamente, o art. 319, incisos III, V e VI, do CPP, para que a prisão preventiva fosse substituída pelas seguintes medidas cautelares aos pacientes: a) proibição de manter contato com os moradores que possuem residência nas adjacências do local do crime e proibição para que o Ten Ex Ítalo da Silva Nunes Romualdo mantenha contato com os demais Pacientes que lhe eram subordinados na data dos fatos, até o término da instrução do Processo de origem; b) recolhimento domiciliar no período noturno e nos períodos de folgas, salvo se for para o fim de frequência em cursos; e c) restrição do exercício das atividades militares aos Pacientes, proibindo-lhes a prática de atividades externas, mas autorizando a realização de atividades administrativas internas sem porte de qualquer tipo de armamento, com objetivo de evitar que eles participem de atividades ou operações militares e possam praticar condutas extremadas e graves como as que se encontram narradas nos autos; acrescentou, ainda, que as medidas acauteladoras ora impostas poderiam ser modificadas ou adaptadas pelo juízo ***a quo***, inclusive por decretação de prisão preventiva, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações ora impostas ou caso haja motivos concretos e supervenientes para tal fim. O Ministro Odilson Sampaio Benzi acompanhava o voto do Ministro-Relator e determinava ainda a vedação de que os Réus portassem armas durante atividades laborais e qualquer prestação de serviço externo, particularmente, no âmbito de Operações de GLO e Emprego de Armas.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente

Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e José Barroso Filho farão declarações de voto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 23/5/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Paulo Henrique Pinto de Mello, inscrito na OAB/RJ sob o nº 98.746, em favor de FABIO HENRIQUE SOUZA BRAZ DA SILVA, 3º Sgt Ex, GABRIEL CHRISTIAN HONORATO, Sd Ex, GABRIEL DA SILVA DE BARROS LINS, Sd Ex, ITALO DA SILVA NUNES ROMUALDO, 2º Ten Ex, JOÃO LUCAS DA COSTA GONÇALO, Sd Ex, LEONARDO OLIVEIRA DE SOUZA, Sd Ex, MARLON CONCEIÇÃO DA SILVA, Sd Ex, MATHEUS SANT'ANNA CLAUDINO, Sd Ex, e VITOR BORGES DE OLIVEIRA, Sd Ex, todos servindo no 1º Batalhão de Infantaria Motorizado (Es), apontando como autoridade coatora a Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 1ª CJM, responsável pela custódia, em razão do constrangimento ilegal, consistente no decreto de prisão preventiva em desfavor dos Pacientes.

Alega o Impetrante, em síntese, que o decreto prisional foi proferido sem qualquer fundamentação fática ou jurídica, o que aponta para sua ilegalidade.

Aduz que os fatos ocorreram em área sob administração militar, onde os Pacientes se encontravam em patrulhamento regular de proteção de uma Vila de Sargentos, cujo entorno é cercado de comunidades conflagradas com diversas ameaças, violência e até ataques às guarnições, como demonstram os autos do Auto de prisão em Flagrante.

Sustenta a falta de fundamentação na decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva para um suposto crime em tese, cuja pena é de detenção de até 6 (seis) meses, previsto no art. 324 do CPM.

Argumenta que a decisão da magistrada determinou a prisão preventiva com base exclusivamente no crime em tese, sem qualquer investigação a comprovar sua existência, além de não indicar que tipo, fato ou atos teriam sido realizados pelos Pacientes, capazes de impedir suas liberdades provisórias.

Colaciona precedentes do STM no sentido de rechaçar a possibilidade de decretação de prisão preventiva sem fundamentação em casos em que a pena eventualmente aplicada seja menos gravosa, como no caso em tela.

Conclui requerendo, liminarmente, a imediata revogação da prisão preventiva decretada, até o julgamento definitivo do presente habeas corpus, em que pretende ver concedido, aos Pacientes, o direito de responder em liberdade aos termos da investigação e a eventual ação penal decorrente da mesma.

Pela Decisão de 12/4/2019, o pleito liminar foi por mim indeferido por falta de amparo legal (Evento 5).

Em 16/4/2019, a Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 1ª CJM prestou as informações requisitadas, e aduziu que aquele Juízo aguarda o cumprimento das diligências requeridas pelo Ministério Público Militar, em 11/4/2019, inclusive com a oitiva das vítimas do evento e ulterior manifestação ministerial (Evento 19).

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira (Evento 22), manifestou-se no sentido de que seja concedida aos Pacientes a liberdade provisória, sem fiança, na forma do artigo 321 do CPP.

A Defesa foi intimada de que o presente processo fora colocado em mesa para julgamento (Evento 40), tendo requerido a concessão do direito de produzir sustentação oral, que foi deferido em despacho do Exmo. Sr. Ministro-Presidente (Evento 44).

É o Relatório.

VOTO

Presentes as condições para o seu regular processamento, o habeas corpus em tela deve ser conhecido.

Segundo os documentos que instruem o presente feito, em 7/4/2019, os Pacientes foram presos em flagrante por terem, supostamente, disparado arma de fogo contra veículo particular, vindo a atingir civis, levando a óbito um civil e causado lesões corporais em outro civil, durante serviço de patrulhamento em Operação Militar de Segurança das instalações militares na região dos Próprios Nacionais de Guadalupe/RJ.

Observa-se da leitura da Decisão, que homologou e converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, proferida pela Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 1ª CJM, em **10/4/2019**, que a mesma fundamentou suas razões de decidir na consideração de que as condutas atribuídas aos flagranteados, que culminaram na prática delitiva, decorreram do "desrespeito às ordens de engajamento e da mácula aos preceitos das normas ou dos princípios de hierarquia e de disciplina". Justificou, assim, a medida cautelar, nos termos do artigo 254 e do artigo 255, **alínea "e"**, ambos do CPPM.

Por ocasião da análise do pleito liminar, decidi manter a prisão dos Pacientes por considerar relevantes os motivos apontados pela magistrada *a quo* na Decisão ora impugnada.

É consabido que a medida cautelar de restrição da liberdade tem caráter excepcional, exigindo fundamentação consistente, sob pena de assumir contornos de antecipação de sanção penal. Logo, a prisão preventiva há de ser medida necessária e adequada aos propósitos cautelares a que serve. Para ser legítima à luz da sistemática constitucional (arts. 5º, incisos LXI, LXV e LXVI, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal), exige que o magistrado,

mediante fundamentos concretos extraídos de elementos constantes dos autos, demonstre não só a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria (art. 254 do CPPM), mas também o preenchimento de ao menos um dos requisitos autorizativos previstos no art. 255 do CPPM.

Isso em razão de que, diferentemente da prisão penal ou prisão pena, enquanto manifestação do *jus puniendi* estatal, a prisão cautelar, processual ou sem pena só pode ser decretada ou mantida diante da necessidade concretamente fundamentada, ante sua precípua função de garantir a efetividade do processo penal. Nesse sentido, as medidas cautelares pessoais têm como nota característica a instrumentalização do processo criminal.

No dizer de Renato Brasileiro de Lima (*Manual de Processo Penal*. Salvador-BA: JusPODIVM. 2. ed. 2014, p. 815-816):

> **Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.** (Grifo nosso).

Ainda sobre o caráter instrumental da prisão cautelar, discorre o citado autor (*Op cit*. p. 816):

> **Enquanto a prisão penal ("carcer ad poenam") objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal**. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento, de modo a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Logo, **a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito**. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí **resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência**. (Grifo nosso).

No mesmo sentido, orienta-se a jurisprudência desta Corte, a exemplo do seguinte aresto:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. TENTATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. SUPORTE FÁTICO INJUSTIFICADO. MANDADO DE PRISÃO. RECOLHIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE.
>
> O paciente responde pela prática do crime de tentativa de homicídio por, supostamente, haver efetuado disparos de fuzil contra o soldado Diogo Rosa da Silva Couto, no âmbito da operação de garantia da lei e da ordem, denominada "Operação Furacão", realizada no Complexo da Penha, no Rio de Janeiro e teve contra si decretada a prisão preventiva.

> A decisão primeva deveria ter explicitado os fundamentos pelos quais a autoridade judicante entendeu imperiosa a segregação preventiva para a conveniência da instrução criminal, para a segurança da aplicação da lei penal ou para a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina. Tal motivação é imprescindível para a legalidade e perpetuação da constrição.
>
> A decretação da prisão preventiva, como espécie de segregação cautelar da liberdade do cidadão, exige a presença dos requisitos próprios das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, somados a quaisquer das hipóteses discriminadas no art. 255 do CPPM.
>
> Para se conformar a prisão tratada pela presente impetração à ordem constitucional, deve estar ela amparada por suporte fático justificado no caso concreto. Em outras palavras, impõe-se uma base empírica apta a fundamentá-la.
>
> Essencial, portanto, a manutenção da decisão liminar com vistas a revogar a prisão preventiva decretada, determinando ao Juízo *a quo* o recolhimento do Mandado de Prisão expedido, porquanto a gravidade do delito, por si só, não é hábil a embasar a constrição.
>
> Ordem conhecida e concedida. Decisão unânime. (Habeas Corpus nº 7000893-49.2018.7.00.0000 - Rel. Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha - Julgamento: 16/4/2019).

Como toda medida cautelar pessoal, de natureza processual penal, a prisão preventiva exige, para a sua decretação, além do *fumus commissi delicti* – prova da materialidade e indícios da autoria –, a ocorrência concomitante do *periculum libertatis,* este "compreendido como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social" (***Op. cit.* p. 896**).

Em relação ao processo penal militar, o *periculum libertatis* deve estar consubstanciado em um dos fundamentos contidos no art. 255 do CPPM. No caso dos presentes autos, a decisão atacada não cogitou da necessidade da segregação cautelar em razão de um dos fundamentos contidos nas alíneas "a" a "d" do art. 255 do CPPM (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, periculosidade do indiciado ou segurança da aplicação da lei penal militar), sendo certo que o único fundamento que embasou a restrição de liberdade dos acusados foi a preservação dos princípios e das normas ligadas à hierarquia e à disciplina militares (art. 255, alínea "e", do CPPM).

Não se discute que a preservação das normas e dos princípios de hierarquia e de disciplina é fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva, quando, em razão da liberdade dos indiciados, tais pilares ficarem ameaçados. Contudo, atualmente, o cerceamento da liberdade dos Pacientes não mais se sustenta, notadamente porque os mesmos permanecem presos

desde os fatos, sendo que eventual abalo na hierarquia e na disciplina militares, no âmbito da Unidade Militar, já se revelou afastado pela pronta custódia, pela instauração do procedimento policial e pela certeza de resposta penal a ser dada aos fatos pelo Juízo Militar.

Segundo a doutrina, o fato contrário à disciplina, ainda que grave, por si só, não justifica a privação da liberdade. É o que se depreende da lição de Cícero Robson Coimbra Neves, *in verbis*:

> (...) Por fim, pela letra da lei processual penal militar, também pode ser arrimada a prisão preventiva na exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, **quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado**.
>
> Enquadram-se aqui as situações em que o acusado (indiciado) evidencia um comportamento acintoso, desafiador, desrespeitoso, em relação a seus superiores e subordinados, desde que relacionado ao fato delituoso em apuração, ou então quando a conduta criminosa evidenciou-se de tamanha gravidade, significando uma quebra tão grande de expectativa almejada, que a prisão do acusado é a única forma de retomar a normalidade disciplinar e hierárquica do ambiente em que o fato foi praticado (...). (*Manual de Direito Processual*. Penal Militar, Saraiva, 2014, p. 586). (Grifamos).

Nesse diapasão, atualmente, não emergem, dos documentos que instruem os autos, evidências sobre qualquer comportamento dos Pacientes que leve a crer que a hierarquia e a disciplina militares ficarão ameaçadas ou atingidas, no caso de serem postos em liberdade.

Sobre a temática "Hierarquia e Disciplina", discorre, também, Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

> (...) Tais princípios são fundamentais para o cenário dos crimes militares, constituindo autênticos bens jurídicos a preservar. Portanto, significando uma modalidade de garantia da ordem pública, esta causa de decretação da prisão preventiva volta-se a práticas delituosas específicas, tais como insubordinação, motim, entre outros (...).

Em relação à necessidade de manutenção dos princípios da hierarquia e da disciplina, requisito para a prisão preventiva descrito na alínea "e" do art. 255 do CPPM, extrai-se da jurisprudência desta Corte o seguinte entendimento:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. (...) FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA NA MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA. IMPROCEDÊNCIA.
>
> A necessidade de manutenção dos princípios da hierarquia e disciplina (alínea "e" do art. 255 do CPPM), fundamento do qual se valeu a autoridade judiciária para manter a segregação do paciente, deve ser amplamente demonstrada e apoiada em elemento concreto que enseje a violação desses preceitos. Não havendo de ser aceita mera indicação de

> situações abstratas, tais como a repercussão negativa da conduta no âmbito da caserna, consubstanciada na possibilidade de estímulo de prática semelhante por outros militares em caso de o acusado responder ao processo em liberdade.
>
> Todo crime praticado no âmbito das organizações militares, via de regra, atenta contra os princípios da hierarquia e disciplina e nem por isso seus agentes estão sujeitos obrigatoriamente a responderem presos à ação penal.
>
> (....)
>
> Vige no sistema brasileiro o **princípio da não culpabilidade, do qual decorre a garantia da liberdade do cidadão que se encontre indiciado ou acusado em processo criminal**, conforme se verifica no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal.
>
> Ordem concedida. Decisão unânime. (Habeas Corpus nº 50-19.2012. 7.00.0000/AM - Rel. Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros - Julgamento: 12/4/2012). (Grifo nosso).

No presente caso, restou demonstrado que o requisito de que se valeu a autoridade judiciária para a decretação da prisão preventiva, "considerando o desrespeito às ordens de engajamento e a mácula dos preceitos das normas ou dos princípios de hierarquia e de disciplina", não mais se revela presente. Observa-se, também, que os demais requisitos, de igual modo, não se fazem presentes, no sentido de que os Pacientes, soltos, poderiam atrapalhar a investigação, de modo a perturbar ou a colocar em perigo a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Não há registro que macule seus antecedentes. Além disso, todos possuem residência fixa e encontram-se no exercício regular de seus deveres militares.

Cabe transcrever o seguinte fragmento do parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, que bem avalia a desnecessidade da manutenção das custódias preventivas dos Pacientes por não subsistir o risco aos preceitos militares apontados na decisão ora hostilizada, *in verbis*:

> (...)
>
> Sem dúvida, as regras de engajamento, quando desrespeitadas, podem fundamentar o decreto de prisão preventiva, na conformidade do artigo 255, letra "e", do CPPM, **mas no caso presente esse desrespeito aconteceu durante a continuidade de uma diligência em que não havia uma ameaça direta à OM**, mas um civil pedia socorro em face de ter sido vítima de crime e não havia policiais que pudessem socorrê-lo no momento, pelo que se depreende da leitura do APF. É, portanto, situação muito diferente de descumprimento de regras de engajamento em vista de uma prática deliberada de crime. Em outras palavras, o homicídio aconteceu quando tentavam salvar um civil da prática de um crime de roubo.
>
> Pela razão apontada, **não subsiste o risco à disciplina militar, como também observa-se suficiente instrução do feito para oferecimento da denúncia**.

(...)

Concluiu o ilustre representante do *custos legis* no sentido de que "**seja concedido aos pacientes liberdade provisória sem fiança, na forma do artigo 321 do CPP**". (Grifo nosso).

Por fim, como já ressaltado, a prisão preventiva é medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. Enquanto a prisão penal objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar destina-se, única e exclusivamente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, sob pena de resultar em grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência e ao princípio da não culpabilidade.

Ademais, observa-se que não há perspectiva de solução em curto prazo para o deslinde da *quaestio*, porquanto o *Parquet* castrense requereu inúmeras diligências para esclarecimento da dinâmica dos fatos e para formação da sua *opinio delicti*.

Desse modo, verifico que, neste momento processual, decorrido um mês dos fatos, não mais subsistem os motivos para justificar a manutenção da custódia dos Pacientes, eis que as medidas adotadas pela autoridade policial revelaram suficientes para fazer cessar a apontada ameaça à disciplina militar.

Diante do exposto, conheço do pedido e concedo a Ordem, para desconstituir a Decisão hostilizada e conceder liberdade aos Pacientes, com fulcro no art. 467, alínea "c", do CPPM, para que, nessa condição, respondam aos procedimentos investigatórios em curso e ao processo penal subsequente, sem prejuízo de nova segregação por fato superveniente. Determino a expedição, *incontinenti*, dos respectivos Alvarás de Soltura, se por outro motivo não estiverem presos, tornando sem efeito a decisão liminar anteriormente proferida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do extrato da Ata do Julgamento, **por maioria de votos**, em conhecer do pedido e conceder a Ordem, para desconstituir a Decisão hostilizada e conceder liberdade aos Pacientes, com fulcro no art. 467, alínea "c", do CPPM, para que, nessa condição, respondam aos procedimentos investigatórios em curso e ao processo penal subsequente, sem prejuízo de nova segregação por fato superveniente, sendo determinada a expedição, *incontinenti*, dos respectivos Alvarás de Soltura, se por outro motivo não estiverem presos, tornando sem efeito a decisão liminar anteriormente proferida.

Brasília, 23 de maio de 2019 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Habeas Corpus Nº 7000375-25.2019.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, por divergir da douta maioria, votei concedendo parcialmente a ordem de habeas corpus, invocando o princípio da proporcionalidade e aplicando, subsidiariamente, o art. 319, incisos III, V e VI, do CPP, para que a prisão preventiva decretada pela autoridade apontada como coatora fosse substituída por medidas cautelares, pelas razões a seguir expostas.

2. No Auto de Prisão em Flagrante nº 7000461-63.2019.7.01.0001, consta que, no dia 7 de abril de 2019, os pacientes encontravam-se em Operação na Região da Comunidade conhecida como Muquiço, em Deodoro, Rio de Janeiro/RJ, e foram flagrados cometendo crime militar, em tese, por dispararem armas de fogo contra veículo particular, vindo a atingir civis, levando a óbito um e causando lesões em outro civil, com a incidência do tipo penal do art. 324 do CPM.

3. Nos presentes autos, o impetrante pretende a ordem de habeas corpus em favor dos pacientes, para que seja garantido a eles o direito de responder em liberdade aos termos da investigação e da respectiva ação penal militar. Para tanto, entende que se encontra demonstrado o constrangimento ilegal por parte da autoridade apontada como coatora, a Juíza Federal Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM, em virtude de ter editado o decreto de prisão preventiva em desfavor dos pacientes, proferido sem qualquer fundamentação fática ou jurídica.

4. Na Sessão de julgamento de 8/5/2019, iniciado o julgamento do *writ,* o Ministro-Relator conheceu do pedido e concedeu a Ordem, para desconstituir a Decisão hostilizada e conceder liberdade aos Pacientes, com fulcro no art. 467, alínea "c", do CPPM, para que, nessa condição, respondam aos procedimentos investigatórios em curso e ao processo penal subsequente, sem prejuízo de nova segregação por fato superveniente, determinando, ainda, a expedição dos respectivos Alvarás de Soltura, se por outro motivo não estiverem presos, tornando sem efeito a Decisão liminar anteriormente proferida. Na mesma ocasião, o Ministro JOSÉ BARROSO pediu vista dos autos.

5. É importante destacar que, durante as discussões levadas a efeito na Sessão de Julgamento de 8/5/2019, ficou bastante evidente que, para assegurar a segregação cautelar dos pacientes, a autoridade apontada como coatora indicou a presença dos riscos dos bens tutelados na alínea "e" do art. 255 do CPPM, quais sejam, "exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a

liberdade do indiciado ou acusado", argumentando que, neste caso, **foram desrespeitadas as regras de engajamento que devem pautar a atuação dos militares, o que culminou na prática delitiva, fazendo-se necessária a restrição de liberdade para a preservação dos princípios e das normas ligadas à hierarquia e à disciplina militares.**

6. Porém, no dia 10/5/2019, o MPM ofereceu denúncia em face dos pacientes, imputando-lhes dois fatos (Processo nº 7000461-63.2019.01.0001, Evento 127):

6.1 Primeiro fato: *tentativa de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum* (art. 205, § 2º, III, c/c art. 30, II, art. 53 e art. 9º, § 2º, II, todos do Código Penal Militar). Afirma o Órgão ministerial que, atuando em legítima defesa de terceiros que estavam sob mira de pistolas, os denunciados **"agiram com excesso ao efetuar, em união de esforços e unidade de desígnio, um grande número de disparos contra os autores do roubo, usando armamento de alto potencial destrutivo em área urbana. Embora a ação dos militares fosse dirigida aos autores do roubo, por erro, vitimou pessoa não envolvida no fato, fazendo incidir a segunda hipótese prevista no art. 37 do Código Penal Militar (erro na execução)."** Alega, ainda, que a "**conduta dos denunciados desrespeitou o padrão legal de uso da força e violou regras de engajamento previstas para operações análogas, em especial o emprego da força de forma progressiva e proporcional e a utilização do armamento, sem tomar todas as precauções razoáveis para não ferir terceiros. Sendo assim, os denunciados incorreram no crime tentado de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum."**

6.2 Segundo fato: *homicídios qualificados por meio de que possa resultar perigo comum* (art. 205, § 2º, III, c/c art. 53 e art. 9º, § 2º, II, todos do Código Penal Militar), duas vezes; tentativa de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum (art. 205, § 2º, III, c/c art. 30, II, art. 53 e art. 9º, § 2º, II, todos do Código Penal Militar) e omissão de socorro (art. 135 do Código Penal Comum, c/c art. 9º, II, *c*, do Código Penal Militar). Sobre este fato, o MPM afirma que **"não existindo, naquele instante, agressão ou ameaça à tropa ou a terceiros, os denunciados, em união de esforços e unidade de desígnio, executaram uma enorme quantidade de disparos de arma de grande potencial destrutivo contra um veículo ocupado por duas pessoas e contra uma terceira pessoa, supondo, equivocadamente, tratar-se dos autores do roubo, fazendo incidir a primeira hipótese prevista no art. 37 do Código Penal Militar (erro sobre a pessoa). A ação injustificada dos militares, além de ter causado a morte de dois civis e atentar contra a vida de outro, expôs a perigo a população local de área densamente povoada. Assim agindo, incorreram os denunciados no crime de homicídio qualificado**

por meio de que possa resultar perigo comum, nas modalidades consumada e tentada". Prossegue o MPM narrando que "cessados os disparos, os militares limitaram-se a fazer o reconhecimento do local e dos feridos, sem prestar socorro imediato às vítimas, mantendo-se todos afastados destas. Dessa forma, incorreram no delito de omissão de socorro."

7. Em seguida, a Denúncia foi recebida em 11/5/2019 (Processo nº 7000461-63.2019.01.0001, Evento 129).

8. Assim, uma vez circunstanciados os fatos no bojo da Exordial acusatória, embora não se possam apontar vícios na decisão da magistrada que determinou a prisão preventiva dos pacientes, percebe-se, com mais clareza, que, em relação à manutenção do ***periculum libertais***, haveria necessidade de adequação dos motivos que possam lastrear a segregação cautelar dos pacientes, uma vez que não mais coexistem as situações fáticas analisadas naquela oportunidade. Ou seja, a correlação entre o delito capitulado no art. 324 do CPM (Inobservância de lei, regulamento ou instrução) e a hipótese inserta na alínea "e" do art. 255 do CPPM (exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado).

9. A esse propósito, pode-se afirmar que um dos argumentos da Inicial do presente *Writ* já restou ultrapassado, considerando que o impetrante alega que o decreto prisional configurou constrangimento ilegal aos pacientes, pois sequer as condutas dos pacientes poderiam ser enquadradas nas hipóteses dos arts. 254 e 255, alínea "e", ambos do CPPM, bem como ainda não existia Denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar, o que foi efetivamente suprido com o recente recebimento da Exordial acusatória.

10. Na verdade, apenas por apego à argumentação, o presente caso seria suscetível, no mínimo, de uma reapreciação do referido provimento judicial, por força do seguinte dispositivo da Lei Adjetiva castrense, *in verbis:*

> Art. 259. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivos para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

11. Entretanto, é preciso deixar muito claro que não é o caso de este Tribunal promover a alteração da hipótese contida na alínea "e" para qualquer outra alínea do mesmo art. 255 do CPPM. No presente caso, o nosso Ordenamento jurídico prevê a possibilidade de o tribunal propor a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares que sejam adequadas ao caso concreto. Isso porque, conhecendo as circunstâncias inerentes ao crime lançadas na Denúncia, na qual não se fala mais em prática, em tese, do crime previsto no art. 324 do CPM, mas sim do delito de homicídio capitulado no art. 205 do mesmo Diploma legal, há que se propor um reapreciação dos riscos

apontados para manutenção do *periculum libertatis* ou mesmo verificar se será o caso de aplicação de outras medidas cautelares, a exemplo daquelas previstas no art. 319 do CPP comum, cuja disposição é perfeitamente compatível com Código de Processo Penal Militar, até porque não afronta a índole da processualística penal militar, invocando aqui o art. 3º, alínea "a", do CPPM.

12. Nesse diapasão, apesar de os fatos narrados na Denúncia demonstrarem a gravidade da empreitada desastrosa por parte dos pacientes, resultando na morte de civis inocentes, **não se pode dizer que se trata de agentes unidos em unidade de desígnios para a prática de crimes, mas de militares que se encontravam em plena operação para a garantida da lei e da ordem no momento do evento** e serão processados criminalmente perante a 1ª Instância da Justiça Militar da União. Além disso, não há notícia de que os pacientes estejam envolvidos em inquéritos policiais militares ou processos criminais no âmbito da JMU.

13. Nesse contexto, é válido destacar que o próprio Órgão ministerial realçou que os pacientes, sob a chefia do TENENTE ÍTALO DA SILVA NUNES, em relação aos dois fatos, embora tivessem agido com excesso, perpetraram **erro de execução** em relação ao primeiro fato e, relativamente ao segundo, laboraram em **erro sobre a pessoa**, conforme previsto no art. 37 do CPM, *in verbis:*

> Art. 37. Quando o agente, por erro de percepção ou no uso dos meios de execução, ou outro acidente, atinge uma pessoa em vez de outra, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela que realmente pretendia atingir. Devem ter-se em conta não as condições e qualidades da vítima, mas as da outra pessoa, para configuração, qualificação ou exclusão do crime, e agravação ou atenuação da pena.
>
> § 1º Se, por erro ou outro acidente na execução, é atingido bem jurídico diverso do visado pelo agente, responde este por culpa, se o fato é previsto como crime culposo.

14. Evidentemente que o habeas corpus não é o instrumento adequado para discutir ou avaliar laudos periciais ou resultados de diligências que também deram suporte ao *Parquet* militar para formação de sua *opinio delicti*, o que só será possível no curso da instrução probatória, observando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa. O certo é que a Exordial acusatória já recebida pelo Juízo *a quo,* ao apresentar os gravíssimos fatos delituosos e apontar suas respectivas autorias, circunstanciou também que o duplo homicídio de civis e tentativas de homicídio se deram por erro em relação aos bens jurídicos ali tutelados, o que será obviamente processado e julgado por esta Justiça castrense, observando-se o devido processo legal.

15. Nesse compasso, em relação ao *periculum libertatis,* vejo que é o caso de adoção de medida cautelar diversa da prisão para que **os pacientes sejam afastados das atividades externas e de quaisquer atividades ou operações militares que exijam o porte de armas,** havendo possibilidade, ainda, de lhes impor outras restrições de natureza cautelar. Isso porque, diante do esmaecimento da decisão proferida pela autoridade apontada como coatora e considerando a situação fático-jurídica inerente aos pacientes, vislumbro a substituição da prisão preventiva, invocando duas das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, *in verbis:*

> **Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:** (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;** (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;** (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).**
>
> VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semiimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> IX - monitoração eletrônica. (os grifos não são dos originais).

16. Esse tem sido o entendimento adotado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, **segundo o qual o magistrado deve fundamentar o motivo de não ser possível a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal**, a exemplo do seguinte julgado, *in litteris:*

> HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONCUSSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. *PERICULUM LIBERTATIS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA FORMADA POR POLICIAIS CIVIS. PERICULOSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. **MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.** POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
>
> **1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.**
>
> 2. Hipótese em que a decisão de primeiro grau não apresentou argumentos suficientes à manutenção da prisão cautelar, o que caracteriza nítido constrangimento ilegal. A imposição de prisão, sem indicação de reiteração e com possibilidade concreta de se prolongar por anos (48 os denunciados), é desproporcional, podendo a segregação ser substituída por cautelares outras nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.
>
> 3. A prisão cautelar deve ser imposta somente como *ultima ratio*, sendo ilegal a sua determinação quando suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas. **No caso, a decisão impugnada não afastou, fundamentadamente, com relação ao paciente, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.**
>
> 4. A falta de contemporaneidade, considerando a data dos crimes imputados ao paciente e a data em que foi determinada a sua prisão, nos termos da jurisprudência desta Casa e do próprio Supremo Tribunal Federal, desautoriza a restrição mais drástica. Precedentes.
>
> 5. **Ordem concedida a fim de substituir a prisão preventiva imposta ao paciente, decretada nos autos do Processo n. 00216668920188190206, impondo-lhe as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, em seu art. 319**, consistentes em: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo Juízo de primeiro grau, para informar e justificar atividades; b) proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial; c) proibição de manter qualquer tipo de contato com os corréus e com as testemunhas; d) suspensão do exercício de função pública; e e) monitoração eletrônica, sem prejuízo da aplicação de outras cautelas pela

> instância *a quo*, ou de decretação da prisão preventiva, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das cautelares ou caso haja motivos concretos e supervenientes para tanto. (HC 480.274/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/5/2019).

17. Aliás, na sessão de julgamento de 21/5/2019, no voto-vista por mim apresentado nos autos do Mandado de Segurança nº 7000828-54.2018. 7.00.0000, vale transcrever os seguintes fragmentos, *in litteris:*

> (...).
>
> 59. Note-se que para substituir a prisão preventiva por medida cautelar alternativa, deve-se conferir, no caso concreto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade os quais devem apontar para a suficiência das mesmas no resguardo da ordem pública, econômica, e instrução processual, o que me parece perfeitamente adequado no caso presente, pois, restringindo-se a atividade profissional, se retira a possibilidade de reiteração no crime, garantindo-se a ordem pública ou mesmo de interferir de maneira a prejudicar a marcha processual.
>
> 60. Assim, ao contrário do que argumentou o Impetrante, as medidas cautelares alternativas, em seu aspecto geral, não ofendem os direitos e garantias individuais, pelo contrário adequam o ordenamento processual penal aos ditames da Constituição Federal, que prevê o cerceamento da liberdade como *ultima ratio*, sendo essa a interpretação que se extrai do HC 138850, sob a relatoria do Ministro EDSON FACHIN, em que discorre sobre a pertinência dessas medidas em substituição da prisão preventiva, vejamos.
>
> > HC 138850: "Ementa: Habeas corpus. Processual Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal. Superveniência de sentença penal condenatória em que se mantém segregação cautelar com remissão a fundamentos do decreto originário. Constrição fundada exclusivamente na garantia da ordem pública. Aventado risco de reiteração delitiva. Insubsistência. Ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. Gravidade em abstrato das condutas invocada. Inadmissibilidade. Precedente específico decorreu na mesma ação penal. **Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão, se mostram suficientes para obviar o *periculum libertatis* reconhecido na espécie. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares, a serem estabelecidas pelo juízo de origem**.
> >
> > I - A partir da análise do caso concreto na via adequada e em razão do princípio da igualdade, insculpido no art. 5º da Constituição Federal, deve ser concedida a ordem em apreço.

II - A prisão preventiva já exauriu todos os seus efeitos no tocante ao requisito da conveniência da instrução criminal (art. 312 do Código de Processo Penal), não mais subsistindo risco de interferência na produção probatória, razão pela qual não se justifica, sob esse fundamento, a manutenção da custódia cautelar.

III - A prisão cautelar está ancorada, exclusivamente, na garantia da ordem pública, que se consubstancia, *in casu*, na possibilidade de reiteração delitiva.

IV - No caso *sub judice* o fundamento da manutenção da custódia cautelar exclusivamente na preservação da ordem pública mostra-se frágil, porquanto, de acordo com o que se colhe nos autos, a alegada conduta criminosa ocorreu entre o início de 2009 e 15.07.2013, havendo, portanto, um lapso temporal de mais de 3 anos entre a data da última prática criminosa e o encarceramento do paciente, tudo a indicar a ausência de contemporaneidade entre os fatos a ele imputados e a data em que foi decretada a sua prisão preventiva.

V - Assim, em verdade, a prisão preventiva objeto destes autos, mantida em sentença por simples remição ao decreto de prisão e sem verticalização de fundamentos, está ancorada em presunções tiradas da gravidade abstrata dos crimes em tese praticados e não em elementos concretos dos autos, o que, por si só, não evidencia o risco de reiteração criminosa.

VI - Outro dado objetivo que vem em abono ao que explicitado acima e que está em consonância com o que foi decidido no HC 137.728/PR, é o bloqueio das bancárias e dos demais investimentos do paciente e da empresa Credencial, da qual é sócio, fato objetivo que subtrai da hipótese qualquer fundamento válido no sentido de que possa, potencialmente, abalar a ordem pública pela prática de novos crimes da mesma natureza.

VII - **Nesse diapasão, tomando-se como parâmetro o que já foi decidido por esta 2ª Turma no HC 137.728/PR e levando-se em consideração os demais elementos concretos extraídos dos autos, a utilização das medidas alternativas descritas no art. 319 do CPP é adequada e suficiente para, a um só tempo, garantir-se que o paciente não voltará a delinquir e preservar-se a presunção de inocência descrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sem o cumprimento antecipado da pena.**

VIII - Não sendo assim, a prisão acaba representando, na prática, uma punição antecipada, sem a observância do devido processo e em desrespeito ao que foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. IX - Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem. (HC 138850, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a)

p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018)".

61. Além do precedente acima, a constitucionalidade das medidas cautelares alternativas, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal Comum, fora devidamente confirmada mediante precedente do Supremo Tribunal Federal, que aferiu legitimidade dessas medidas para substituir eventual prisão preventiva, conforme se depreende da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5526/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que transcrevo abaixo:

> "CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA PREVISTA NO ARTIGO 312 DO CPP AOS PARLAMENTARES FEDERAIS QUE, DESDE A EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA, SOMENTE PODERÃO SER PRESOS EM FLAGRANTE DELITO POR CRIME INAFIANÇÁVEL. COMPETÊNCIA PLENA DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP AOS PARLAMENTARES, TANTO EM SUBSTITUIÇÃO A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO POR CRIME INAFIANÇÁVEL, QUANTO EM GRAVES E EXCEPCIONAIS CIRCUNSTÂNCIAS. INCIDÊNCIA DO § 2º, DO ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SEMPRE QUE AS MEDIDAS APLICADAS IMPOSSIBILITEM, DIRETA OU INDIRETAMENTE, O PLENO E REGULAR EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.
>
> 1. Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades do Legislativo, assim como as garantias do Executivo, Judiciário e do Ministério Público, são previsões protetivas dos Poderes e Instituições de Estado contra influências, pressões, coações e ingerências internas e externas e devem ser asseguradas para o equilíbrio de um Governo Republicano e Democrático.
>
> 2. Desde a Constituição do Império até a presente Constituição de 5 de outubro de 1988, as imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas às funções por ele exercidas, no intuito de preservar o Poder Legislativo de eventuais excessos ou abusos por parte do Executivo ou Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante os outros poderes constitucionais e mantendo sua representação popular. Em matéria de garantias e imunidades, necessidade de interpretação separando o CONTINENTE ('Poderes de Estado') e o CONTEÚDO ('eventuais membros que pratiquem ilícitos'), para fortalecimento das Instituições.
>
> 3. A imunidade formal prevista constitucionalmente somente permite a prisão de parlamentares em flagrante delito por crime inafiançável, sendo, portanto, incabível aos congressistas,

desde a expedição do diploma, a aplicação de qualquer outra espécie de prisão cautelar, inclusive de prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal.

4. **O Poder Judiciário dispõe de competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstancias de excepcional gravidade.**

5. Os autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou a decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas a Casa respectiva, nos termos do § 2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão ou a medida cautelar.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5526, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018)".

62. Assim, não há dúvida quanto à pertinência das medidas cautelares alternativas como forma de substituir a prisão cautelar, ou mesmo em caráter independente, norteando-se nos princípios jurídicos da razoabilidade e proporcionalidade aferidos no caso concreto, tendo em vista que a Constituição Federal apregoa a segregação cautelar como medida de exceção, ou seja, última *ratio* para preservação dos bens jurídicos abrangidos pelo Direito Penal, bem como a preservação do estado de coisas que interessam ao Direito Processual Penal, sendo essa a inteligência que emerge do artigo 5º, *caput* com a confluência dos incisos LIV, LXI, e LXVI, todos da Magna Carta, convencionados como espécies de garantias individuais, senão vejamos:

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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXI - 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;

> LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

63. Nesse escopo, a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, rompeu com a tradição jurídica veiculada pela sistemática processual anterior, que conferia o modelo bipolar, consistente na ausência de alternativa para a prisão preventiva, limitando o julgador a concedê-la ou indeferi-la, e estabelece outras maneiras de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, ou garantia do desenvolvimento regular do processo, em razão da conveniência da instrução criminal, contempladas no artigo 319 do Código de Processo Penal Comum, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> **Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão:
>
> - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
>
> - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
>
> - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
>
> - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
>
> - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
>
> **VI - <u>suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais</u>;**
>
> - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
>
> - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
>
> - monitoração eletrônica. (Grifo acrescido).

64. Assim, entendo que não há objeção constitucional quanto à aplicação das medidas cautelares alternativas, pois a aplicação permite ao julgador promover medida razoável e proporcional às circunstâncias do

caso, rompendo com o sistema bipolar anteriormente em vigor, o que adequa o sistema processual penal ao escopo da Constituição Federal, derrubando de maneira irreversível a tese reportada no presente Mandado de Segurança de que a aplicação do inciso VI, artigo 319, do CPPB violaria os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da ampla defesa, até porque a Decisão encontra-se devidamente fundamentada, especificando-se o "fumus comissi delicti", bem como no "periculum libertatis".

(...)

67. Nesse campo, relembre-se que na recente quadra da história brasileira, tivemos um Procurador da República afastado de suas funções públicas, em razão da aplicação do dispositivo retromencionado. Cabe ilustrar esse fato com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus nº 451696/DF, em que manteve a suspensão do exercício da função do Procurador, vejamos:

> HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A decretação tanto da custódia cautelar quanto de qualquer outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP é decisão tomada *rebus sic stantibus*, pois está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou motivo que a justificou, quer para sua substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que seja esta última igualmente idônea para alcançar o mesmo objetivo daquela, nos termos do art. 316 do CPP: "o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem".
>
> **2. Tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei n. 12.403/2011 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena a quem for comprovadamente culpado), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada ante a perspectiva de abalo à ordem pública pela provável prática de novas infrações penais**. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final das diversas cautelas (inclusive a mais extrema, a prisão preventiva), mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas. Vale dizer, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva pressupõe a existência de fundamentos, devidamente explicitados, para a imposição da cautela máxima, mas que, em juízo de proporcionalidade, tornam-se excessivos diante da constatação de

que essas outras medidas, igualmente fincadas no *periculum libertatis*, podem ser idôneas e suficientes para, em grau menor de intervenção na liberdade humana, atender à situação concreta.

3. O juízo competente, a partir dessas premissas, terá em conta que, na miríade de providências cautelares previstas nos arts. 319, 320 e 321, todos do CPP, a decretação ou a manutenção da prisão preventiva se legitima, como densificação do princípio da proibição de excesso, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem idôneas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado. É essa, precisamente, a ideia da subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição do excesso): o juiz somente poderá decretar (ou manter) a medida mais radical – a prisão preventiva – quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais seja possível alcançar os mesmos fins colimados pela prisão cautelar.

4. A decisão judicial que aplicou as medidas cautelares diversas da prisão foi acertada, no momento em que proferida. Ademais, ainda estão presentes motivos que autorizam intervenção cautelar em desfavor do paciente. Porém, passados já quase 1 ano e 8 meses da decisão que substituiu a prisão preventiva pelas medidas previstas no art. 319 do CPP – ocasião em que a 2ª Turma do STF concedeu a ordem de ofício em favor do paciente, em 1º/8/2017 –, o risco da reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal se enfraqueceu, não a ponto de desaparecer totalmente, mas em grau bastante para justificar a manutenção de uma pequena parte das medidas cautelares, as quais, em juízo de proporcionalidade e à luz do que dispõem os arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, se mostram adequadas e suficientes para, com menor carga coativa, proteger o processo e a sociedade de possíveis e futuros danos que a plena liberdade do paciente poderia causar.

5. Como os fatos novos noticiados pela defesa não foram submetidos à consideração da Desembargadora relatora do IP n. 0045948-04.2017.4.01.000, em trâmite no TRF/1ª Região, evidencia-se a necessidade de remessa dos autos para a relatoria do inquérito policial, para que decida sobre o pedido.

6. **Habeas corpus concedido para afastar as medidas cautelares, salvo a de suspensão do exercício da função de Procurador da República**, bem como para remeter os autos à Desembargadora Federal relatora do Inquérito Policial n. 0045948-04.

> 2017.4.01.000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para que decida sobre os pedidos de fls. 415-421, no prazo de 10 dias. (HC 451696/DF, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª turma, julgado em 11/04/2019, Publicado DJe 23/4/2019).

15. Assim, repisando a assertiva de que a aplicação subsidiária do art. 319, incisos III, V e VI, do CPP não viola a índole do processo penal militar, conforme admite o art. 3º, alínea "a", do CPPM, e tendo em vista o **princípio da proporcionalidade**, proponho a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares aos pacientes FABIO HENRIQUE SOUZA BRAZ DA SILVA, 3º Sgt Ex, GABRIEL CHRISTIAN HONORATO, Sd Ex, GABRIEL DA SILVA DE BARROS LINS, Sd Ex, ITALO DA SILVA NUNES ROMUALDO, 2º Ten Ex, JOÃO LUCAS DA COSTA GONÇALO, Sd Ex, LEONARDO OLIVEIRA DE SOUZA, Sd Ex, MARLON CONCEIÇÃO DA SILVA, Sd Ex, MATHEUS SANT'ANNA CLAUDINO, Sd Ex, e VITOR BORGES DE OLIVEIRA, Sd Ex.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de habeas corpus, invocando o princípio da proporcionalidade e aplicando, subsidiariamente, o art. 319, incisos III, V e VI, do CPP, para que a prisão preventiva decretada pela autoridade apontada como coatora seja substituída pelas seguintes medidas cautelares aos pacientes:

a) proibição de manter contato com os moradores que possuem residência nas adjacências do local do crime e proibição para que o Ten Ex ÍTALO DA SILVA NUNES ROMUALDO mantenha contato com os demais Pacientes que lhes eram subordinados na data dos fatos, até o término da instrução do Processo de origem;

b) recolhimento domiciliar no período noturno e nos períodos de folgas, salvo se for para o fim de frequência em cursos; e

c) restrição do exercício das atividades militares aos Pacientes, proibindo-lhes a prática de atividades externas, mas autorizando a realização de atividades administrativas internas sem porte de qualquer tipo de armamento, com objetivo de evitar que eles participem de atividades ou operações militares e possam praticar condutas extremadas e graves como as que se encontram narradas nos autos.

Acrescente-se, ainda, que as medidas acauteladoras ora impostas poderão ser modificadas ou adaptadas pelo juízo *a quo*, inclusive por meio de decretação de prisão preventiva, em caso de descumprimento de quaisquer das obrigações ora impostas ou caso haja motivos concretos e supervenientes para tal fim.

Superior Tribunal Militar, 23 de maio de 2019.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Habeas Corpus Nº 7000375-25.2019.7.00.0000

Nas Sessões de 8/5/2019 e de 23/5/2019, votei divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Paulo Henrique Pinto de Mello em favor do 2º Ten ÍTALO DA SILVA NUNES ROMUALDO, 3º Sgt FABIO HENRIQUE SOUZA BRAZ DA SILVA, Sd GABRIEL CHRISTIAN HONORATO, Sd GABRIEL DA SILVA DE BARROS LINS, Sd JOÃO LUCAS DA COSTA GONÇALO, Sd LEONARDO OLIVEIRA DE SOUZA, Sd MARLON CONCEIÇÃO DA SILVA, Sd MATHEUS SANTANNA CLAUDINO e Sd VITOR BORGES DE OLIVEIRA, que respondem ao APF nº 7000461-63.2019.01.0001 perante a 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, alegando estarem sofrendo constrangimento ilegal por parte do mencionado Juízo, razão pela qual requereu a revogação da prisão preventiva decretada, de modo a garantir que os pacientes respondam à presente investigação e eventual ação penal em liberdade.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente *Habeas*.

Os pacientes respondem ao APF nº 7000461-63.2019.7.01.0001 perante a 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, tendo sido a prisão em flagrante convertida em preventiva em Audiência de Custódia realizada em 10/4/2019.

A Defesa sustenta, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal consistente na falta de fundamentação do decreto de prisão.

Todavia, a decisão objurgada apontou com precisão os requisitos da segregação cautelar. Senão veja-se:

> Da análise dos fatos constantes dos autos e expostos pelo Membro do Ministério Público Militar, constata-se que imperiosas se fazem as custódias preventivas, considerando o desrespeito às ordens de engajamento e a mácula aos preceitos das normas ou princípios de hierarquia e disciplina.
>
> Cabe esclarecer que a tutela pretendida pelo Direito Penal Castrense, mais que simplesmente incriminar condutas dotadas de lesividade ao todo social, visa à manutenção dos pilares sobre os quais se erigem as Forças Armadas: a disciplina e a hierarquia.
>
> Com efeito, a própria Constituição Federal prevê que as Forças Armadas são instituições nacionais destinadas à defesa da Pátria e à

> garantia dos poderes constitucionais, assim como, por iniciativa destes, da lei e da ordem. A atividade das FFAA, por isso, deve pautar-se em relações de confiança recíproca, tal como naquelas bases supramencionadas.
>
> Assim, tendo em vista que no caso em tela foram desrespeitadas as regras de engajamento que devem pautar a atuação dos militares, o que culminou na prática delitiva, necessária se faz a restrição de liberdade para a preservação dos princípios e das normas ligadas à hierarquia e à disciplina militares. (evento 45 do processo originário).

Nesses termos, a decisão primeva não padece de falta de fundamentação, tendo explicitado os fundamentos pelos quais a autoridade judicante entendeu imperiosa a segregação preventiva para a mantença dos postulados hierárquicos e disciplinares.

E vou mais além.

De fato, a regra é a liberdade, somente sendo admitido o cárcere prematuro – aquele evidenciado antes do trânsito em julgado da condenação – em situações excepcionais, após análise do caso concreto e por decisão devidamente embasada.

Nesse conspecto, cito duas principais consequências imediatas da promulgação da Carta Fundamental de 1988 para a alteração da dogmática do sistema prisional, na dicção de Eugênio Pacelli de Oliveira:

> a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;
>
> b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente[144].

Apesar de aparentemente singela, esta foi uma substancial mudança na sistemática processual, certo que:

> (...) toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena (...).
>
> De outro lado, toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve também ser considerada uma prisão cautelar. **Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública**. (...)
>
> **E por se tratar de prisão de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente**, à falta de sentença penal condenatória passada em julgado, é preciso e mesmo indispensável que a privação da liberdade seja devidamente fundamentada pelo juiz **e que essa fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores igualmente relevantes.**

[144] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 414.

> (...)
>
> Assim, as privações da liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. (...) Somente aí se poderá legitimar a privação da liberdade de quem é reconhecido pela ordem jurídica como ainda inocente. (...)[145] (Grifos nossos).

Do texto transcrito extrai-se que, na espécie, **não se está a condenar prematuramente os flagranteados – até porque a Constituição os considera inocentes para todos os efeitos –, mas, sim, de verificar, fundamentadamente, se outros valores de igual relevância devam ser acautelados em face dos interesses de ordem pública.**

A propósito da presunção de inocência e da prisão cautelar, Fernando Capez[146] pontua:

> A súmula 9 do STJ dispõe claramente que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII). Nem poderia ser diferente, já que a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII) e autoriza, a *contrario sensu*, o legislador a proibir a liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI).

Certo é que a Carta da República, ao atribuir significado destacado aos direitos individuais, determinando sua eficácia imediata, enfatiza seu acatamento por todos, mormente pelos órgãos estatais que lidam com a liberdade e a integridade dos indivíduos. O Poder Judiciário tem papel relevante e possui função precípua na garantia de sua aplicação de forma justa e equânime.

A decretação do cárcere prematuro, como espécie de segregação cautelar da liberdade do cidadão, exige a presença dos requisitos próprios das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* somados a quaisquer das hipóteses discriminadas no art. 255 do CPPM (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal e exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militar), aqui presentes.

Ao contrário do que alega a Defesa, como bem pontuou o MPM na Audiência de Custódia (evento 61 do processo originário) e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em seu Parecer (evento 22), está se tratando de uma possível denunciação por crime de duplo homicídio, e não de mera inobservância de lei, regulamento ou instrução, uma vez que, por decorrência de disparos de arma de fogo por parte dos pacientes contra o veículo particular, dois civis vieram a óbito.

---

[145] Idem, p. 414-416.

[146] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 266.

A própria Juíza Federal da Justiça Militar, na Audiência de Custódia (evento 61 do processo originário), relembrou não estar o *Parquet* castrense adstrito à capitulação lançada pela autoridade de polícia judiciária militar.

Não se está, portanto, a cuidar de delito de baixo potencial ofensivo, cuja pena cominada seria branda, mas, sim, de fato gravíssimo, que resultou na supressão da vida de dois cidadãos inocentes, pais de família, homens de bem.

Outrossim, a segregação excepcional não se firma, na espécie, com fundamento na mera gravidade abstrata da conduta, há muito repudiada pela mais alta Corte do país, e por esta magistrada. Trata-se de caso em que visíveis a gravidade concreta e os riscos que a concessão da liberdade provisória trariam não só à hierarquia e disciplina, como à preservação da ordem pública e à imparcialidade da instrução processual.

Sabido que, para se conformar a prisão tratada pela presente impetração à ordem constitucional, deve estar ela amparada por suporte fático justificado *in concreto*; por outras palavras, impõe-se uma base empírica apta a fundamentá-la.

O STF consignou prevalecer, mesmo em delitos severos, a tese acima esposada para fundamentar decisão de indeferimento do pedido de liberdade provisória (STF, 2ª Turma, HC 102166/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Decisão de 29/6/2010, publicada em 13/8/2010).

Daí, a despeito de não se estar a querer adentrar no *meritum* e comprovar ou não a prática delituosa em si, a serem esclarecidos com o devido processo legal, considerações de aporte fático descortinam-se necessárias.

Analisando-se, tão somente, a inicial do HC e as cópias dos documentos juntados, tem-se unicamente a versão reverberada pelos militares no sentido de que estariam sendo alvejados por diversos disparos – sendo que o 2º Ten Ítalo, em seu depoimento, refere-se a 7 (sete) tiros –, quando reagiram em direção ao carro Sedan branco, que já se encontraria parado na via com as portas abertas (fl. 14 do doc. 2 do evento 1).

Observa-se que no início do APF nenhuma das vítimas foi ouvida, o que levou as autoridades judiciárias a capitular os fatos, naquele contexto, como mera infração ao art. 324 do CPM.

Foi só após a repercussão midiática dos fatos, do pronunciamento de pessoas que presenciaram a ação (eventos 91 e 96 do processo originário) e, inclusive, filmaram parte dela (evento 96 do processo originário), é que foram ouvidas pelo próprio Ministério Público Militar as vítimas sobreviventes (evento 82 do processo originário), sendo alterada substancialmente a versão oficial apresentada pelos militares, que se revelou inverídica, comprometendo a credibilidade do próprio Comando Militar que a apresentou à sociedade num primeiro momento, para desmenti-la depois.

Em seu Parecer, o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira pontuou:

> (...) se as regras de engajamento não são respeitadas, quebram-se a hierarquia e a disciplina militares e a população, em vez do ganho em matéria de segurança, com a presença de mais um órgão a realizar o policiamento ostensivo, passa a sofrer insegurança decorrente, não da atividade dos criminosos, mas da repressão ao crime, o que ninguém deseja e espera. Infelizmente foi isso o que aconteceu. E no caso presente, em tese, até mesmo em sede de conflito armado, teriam os pacientes violado as normas sobre uso da força.
>
> Sem dúvida, as regras de engajamento, quando desrespeitadas, podem fundamentar o decreto de prisão preventiva, na conformidade do artigo 255, letra "e", do CPPM, mas no caso presente esse desrespeito aconteceu durante a continuidade de uma diligência em que não havia uma ameaça direta à OM, **mas um civil pedia socorro em face de ter sido vítima de crime** e não havia policiais que pudessem socorrê-lo no momento, pelo que se depreende da leitura do APF. É, portanto, situação muito diferente de descumprimento de regras de engajamento em vista de uma prática deliberada de crime. **Em outras palavras, o homicídio aconteceu quando tentavam salvar um civil da prática de um crime de roubo.** (evento 22) (Grifos nossos).

Conquanto o *Parquet Milicien* tenha opinado pela concessão da liberdade provisória, entendo seus argumentos não se coadunarem com a versão descrita, tanto pelos ocupantes do veículo quanto pelos moradores que presenciaram pela janela de suas residências e filmaram a segunda rajada de tiros disparada pelos militares do Exército.

Indubitavelmente, o depoimento da vítima do roubo esclarece que os homicídios não aconteceram quando tentavam salvá-lo da prática criminosa, ao revés do que diz o Parecer ministerial.

Segundo tal relato testemunhal, constante dos autos originários, os fatos teriam se dado da seguinte forma: alguns criminosos que estavam dentro de um Ford Ka Sedan branco saíram pelas portas de trás e roubaram seu Honda City branco. O civil, proprietário do Honda City, saíra do carro, obrigado por um dos assaltantes e, portanto, não necessitava ser salvo naquele momento, tendo se abrigado em um recuo após mulheres que se encontravam em um ponto de ônibus gritarem para sair dali.

Os militares efetuaram disparos de fuzil na direção dos autores do roubo, que empreenderam a evasão, verificando-se o trágico episódio pelo qual os militares estão sendo investigados.

Ao que tudo indica, os dois Sedans brancos perderam-se de vista e dois dos disparos atingiram o veículo ocupado pela família de civis, igualmente um Ford Ka Sedan branco, que fatalmente surgiu na pista, mais de 200 metros à frente, vindo da Travessa Brasil.

JOILSON MANOEL DA SILVA, testemunha que realizou as filmagens (evento 96 do processo originário), ouviu um estampido isolado, quando vislumbrou os dois Sedans brancos trafegando. A seguir, visualizou o terceiro veículo automotor de mesma cor já perdendo força e parando. Nesse momento o motorista, inocente, havia sido alvejado.

O laudo pericial de constatação de PAF (projétil de arma de fogo) (evento 113, doc 2, do APF) identificou 8 (oito) impactos no muro da Comlurb, a corroborar o depoimento da Sra. Luciana dos Santos, que declarou terem sido atingidos por uma rajada de tiros do lado esquerdo do veículo ao saírem da Travessa Brasil e entrarem na Estrada do Camboatá, esquina esta onde se encontra o referido muro periciado.

Outro laudo pericial (evento 113, doc 3, do APF) elucidou terem os projéteis que alcançaram o muro da Comlurb sido disparados de uma distância de 250 metros, desde a esquina anterior ao gradil de ferro do Piscinão de Deodoro, tendo as grades igualmente sofrido os impactos de fuzil. Pela fotografia constante do laudo (fl. 5 do doc 3 do evento 113 do APF), vislumbra-se tratar-se de uma distância considerável, de pouca visibilidade, tornando temerária a ação dos militares.

Em um segundo momento, não obstante a completa inércia do veículo, de onde saíram 2 (duas) mulheres e uma criança, consoante relatos das testemunhas (eventos 82, 91 e 96 do processo originário), os pacientes teriam se aproximado e disparado nova rajada de tiros, os quais atingiram o civil Luciano Macedo, que estava do lado de fora do carro tentado ajudar o motorista já desfalecido, bem como o sogro da vítima, ainda sentado no banco do carona.

O vídeo constante do evento 96 do processo originário descortina o final dessas rajadas de tiros e coaduna-se com os relatos oculares acerca da dinâmica do evento. A partir dali, visualiza-se o civil Luciano Macedo, já alvejado, no chão, abrigando-se atrás de outros veículos, todos com marcas de projéteis, e o sogro do motorista saindo correndo do Ford Ka após cessarem os disparos. Ato contínuo, os militares aproximaram-se, rondaram as imediações e nada fizeram para socorrer as vítimas.

Percebe-se, igualmente, que apenas Luciano estava sem camisa e vestia uma bermuda escura, no entanto os militares afirmaram que uma pessoa de características semelhantes aos bandidos se encontrava sem camisa e bermuda clara. Aliás, o Sd MARLON CONCEIÇÃO afirmou ter visualizado "o criminoso de bermuda clara portando uma pistola" (fl. 20 do doc. 2, evento 1). Todavia, nenhuma arma foi encontrada no local. Por igual, nenhuma troca de tiros foi relatada pelas testemunhas naquele momento, ao contrário do que alegam os pacientes.

Verifica-se, em tese, uma ação completamente desmedida e irresponsável desencadeada por um roubo ocorrido momentos antes e que não

se encontrava mais em curso, inexistindo, *a prima facie,* qualquer ameaça iminente, situação de risco para possíveis vítimas civis de roubo, ou sequer pessoa armada. Destarte, de fato, foi engendrado um esquema para escamotear a verdade. Daí o perigo de colocar em liberdade os envolvidos e estes novamente buscarem manipular as investigações, desrespeitando os pilares de hierarquia e disciplina.

Mesmo que o veículo confundido pelos militares estivesse ocupado por assaltantes, injustificável ser ele alvejado por 62 projéteis (laudo de exame no veículo, evento 125, docs. 2 e seguintes, do APF), quando já havia parado completamente e não disparava contra a guarnição. Injustificável, sobretudo, porque os acusados não estavam em exercício da Garantia da Lei e da Ordem, faziam apenas segurança na área que tinham PNR de militares. Dessa forma, não se encontravam sob a égide da LC nº 97/99 e Dec. nº 3.897/2001.

Só poderiam ter atuado se o quartel ou eles próprios tivessem sido ameaçados, o que não ocorreu.

Nesse norte, investirem-se eles no papel de polícia sem respaldo legal, para atuar em suposto crime patrimonial, é ilegal e inconstitucional.

Os agentes trafegavam na via pública, em deslocamento, levando alimentos, quando souberam do assalto e decidiram agir por conta e risco.

Nesse sentido, o Ofício nº 48 do Encarregado de Diligências complementares informou que a viatura Agrale Marruá "não apresenta sinais de ter sido atingida por PAF" (evento 115, doc. 5, do APF).

Ainda que se venha a demonstrar contexto de legítima defesa putativa, o excesso é clarividente, tendo o próprio Ten Ítalo afirmado que teriam recebido 7 (sete) disparos, não realizados, enquanto os agentes efetuaram mais de 80 (oitenta) (foram encontrados 82 estojos deflagrados no local do segundo fato). O excesso e a ausência de meios moderados é evidente.

Para agravar, a vítima confundida com o criminoso sem camisa possivelmente estaria de costas, tentando abrir a porta do veículo para socorrer o motorista. Como podem ter aberto fogo sem verificar se estaria ela armada ou em posição de enfrentamento que os colocassem em risco? Pior, quando fugiu para proteger-se atrás de outros carros, como se vê do local onde realizada a filmagem, continuou sendo perseguido e contra ele foram disparados diversos projéteis, que atingiram outros veículos ali estacionados! Os autores foram tão imprudentes que não se preocuparam, inclusive, com os civis ali presentes, que tiveram de proteger-se em variados locais.

Destarte, desrespeitadas de sobremaneira as regras de engajamento, a saber: atuar somente em direção do oponente claramente identificado e direcionar tiros para membros inferiores, como bem enfatizou a Juíza Federal da Justiça Militar.

Consoante o Laudo de Constatação de Locais de Tiro (evento 113, docs. 3 a 5, do APF), apesar do tempo decorrido após os fatos (mais de 25 dias sem isolamento do local), ainda pode ser identificado que, nas proximidades do Bloco de Apartamentos da Comunidade Muquiço, onde o veículo Ford Ka parou completamente, foram atingidos com mais de 20 (vinte) disparos: um bar, incluindo a parte do depósito e os fundos do depósito, uma oficina mecânica, um portão metálico de cor azul e parede de alvenaria, e três veículos (Tempra, Zafira e Pálio) que ainda se encontravam no local.

Ora, a situação que se delineia nos autos revela contornos, em tese, de homicídio por dolo eventual, e não de legítima defesa putativa. E se essa situação comprovar-se, a pena será proporcional ao agir dos agentes. Longe está de um mero descumprimento de ordem e regulamento – art. 324 do COM –, como sugere o APF.

Decerto a população civil, residente em tais áreas de risco, vive assolada pela criminalidade, por ações ilícitas das milícias, porém os integrantes do Exército brasileiro não podem, ao exercer seu mister, agir ao desabrigo das normas penais militares e fragilizá-las ainda mais, de modo temerário, em nome das Forças Armadas, Instituições nas quais a população deposita suas últimas esperanças. Triste a própria vítima Luciana dos Santos, antes de tomar conhecimento de onde vinham os tiros que fulminaram a vida de seu esposo, ter lhe dito: "calma amor, é o quartel.".

Aqui, não se está a pronunciar condenação prematura, mas narrar os fatos supostamente ocorridos, cuja análise é imperiosa para a verificação concreta dos requisitos da prisão cautelar.

Ainda que dos autos constem versões conflitantes (dos militares v. civis), acerca da temática, destaco lição de Capez[147]:

> Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade do réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*). Nesse sentido: "Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória" (RT, 554/386).

Em sendo a medida cautelar dotada de excepcionalidade, para a sua decretação mister motivação idônea, fulcrada em circunstâncias perceptíveis e corpóreas a justificarem a impossibilidade de os pacientes permanecerem em liberdade. É o que ocorre *in casu*.

---

[147] CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 268.

Hão de ser perquiridas as razões imperiosas para a preservação da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a segurança da aplicação da lei penal ou a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina. Tais requisitos são imprescindíveis para a legalidade e perpetuação da constrição.

De fato, os pacientes não só desrespeitaram as regras de engajamento, em violação aos postulados de hierarquia e disciplina, também tentaram influenciar a apuração inicial dos fatos, faltando com a verdade, tanto que nenhuma das vítimas sobreviventes ou testemunhas oculares foram inquiridas pela autoridade judiciária militar, num primeiro momento.

E a versão dos agentes não encontra amparo nos demais elementos probatórios iniciais. É bem verdade que, pelo princípio *nemo tenetur se detegere,* qualquer pessoa investigada tem o direito de não produzir prova contra si e até mesmo de mentir. Mas isso não as autoriza a influírem ou atrapalharem a instrução probatória.

Há relatos de que a esposa de uma das vítimas ficou de prontidão, rondando o automóvel para que não fosse plantada nenhuma prova em desfavor de seu marido, já falecido (eventos 82 e 91 do processo originário), tendo, até, declarado que um dos militares agia com ar de deboche e que nenhum prestou socorro (fl. 3 do doc. 2 do evento 82).

Acerca dos requisitos ensejadores da segregação cautelar consistente na conveniência da instrução criminal, ressalto excertos da doutrina pátria:

> b) Conveniência da instrução criminal: visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo. [148]
>
> As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para a garantia da efetividade do processo principal (a ação penal).
>
> Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo

[148] CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 269.

> objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.[149]

O art. 257 do CPPM é cristalino ao estabelecer que o juiz, ao avaliar a desnecessidade do aprisionamento, deverá presumir que o indiciado ou acusado não fuja, não exerça influência em testemunha ou perito, nem impeça ou perturbe, de qualquer modo, a ação da justiça.

A propósito,

> (...) a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo[150].

In specie, no momento atual, existem motivos hábeis e fortes a indicarem que a soltura dos pacientes possa perturbar ou impedir a produção correta de provas, preenchendo o aprisionamento o requisito da alínea "b" do art. 255 do CPPM.

Patentes, igualmente, a periculosidade (art. 255, alínea "c", do CPPM) e a atitude de insensibilidade dos envolvidos, seja antes, ao dispararem contra civis, mesmo vendo mulheres e crianças, não só no local, como em suas miras; como depois, não tendo socorrido as vítimas e ainda agindo com possível ironia.

Para além dessa insensibilidade, agreguem-se a enorme repercussão e revolta social, sendo necessária a manutenção da prisão, igualmente, para a garantia da ordem pública, em face da tamanha leviandade com que foram disparados tantos projéteis de fuzil na direção de moradores e transeuntes desarmados e desprotegidos (art. 255, alínea "a", do CPPM).

Conceituando o mencionado requisito, Jorge César de Assis[151] discorre:

> GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA
>
> Expressão de difícil definição. Já conceituamos a ordem pública como sendo aquele estado de organização em que deve seguir a sociedade, com uma Constituição boa e que seja cumprida, e, principalmente, com a liberdade necessária para qualquer um progredir em suas aspirações, e a certeza de que aqueles que tentem prejudicar essa harmonia sejam corrigidos pela lei. (2005, p. 32)
>
> (...)

---

[149] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 554-555.

[150] Idem, p. 550.

[151] ASSIS, Jorge César de. *Código de processo penal militar anotado*. 2º volume (artigos 170 a 383). Curitiba: Juruá, 2008. p. 104.

> Todavia, não se pode desprezar a hipótese de decretação da prisão preventiva em face da garantia da ordem pública, ou, como assevera Eugênio Pacelli de Oliveira, a prisão preventiva para garantia da ordem pública somente deve ocorrer em hipótese de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e somente quando seja possível constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade (STJ - HC 21.282/CE - DJ 23.9.2002) (2004, p. 522).

No mesmo sentido, leia-se o seguinte trecho doutrinário:

> (...)
>
> a) Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.
>
> (...)
>
> No segundo, a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo. Assim já decidiu o STJ: "... quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade da cautela" (RT, 656/374). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Levando-se em conta a gravidade dos fatos, não está fora de propósito argumentar sobre a ocorrência de clamor público e temor da vítima, justificando a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública..." (RT, 691/314). Há, no entanto, uma forte corrente em sentido contrário, sustentado que, neste último caso, não se vislumbra *periculum in mora*, porque a prisão preventiva não seria decretada em virtude de necessidade do processo, mas simplesmente em face da gravidade do delito, caracterizando-se afronta ao estado de inocência. Nesse sentido já decidiu o STF: "A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva" (RT, 549/417). Entendemos que não pode ser decretada prisão preventiva sem os requisitos da tutela cautelar; no entanto, tanto no primeiro, quanto no segundo caso, evidencia-se o *periculum in mora* autorizador da custódia[152].

A despeito de tais controvérsias, o próprio Supremo Tribunal Federal pronunciou-se nos seguintes termos:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, III, IV E VI, DO CÓDIGO PENAL). **PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**. *MODUS OPERANDI* DA CONDUTA CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. **A decisão que determinou a**

[152] CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 268.

> **segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, ante a gravidade concreta da conduta imputada ao agravante**, que teria assassinado sua ex-namorada, que estava grávida, desferindo-lhe diversos golpes de faca na cabeça, no abdômen, na região da pelve e no maxilar. Não bastasse, ainda teria ateado fogo em seu corpo, causando-lhe ainda mais dor e sofrimento. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei) (STF, Ag Reg no HC 167484, Primeira Turma, Ministro-Relator Alexandre de Moraes, julgado em 12/3/2019, DJe de 21/3/2019).

No processo *sub examine,* não se vislumbra só o requisito da garantia da ordem pública, também o da conveniência da instrução criminal, o da periculosidade dos envolvidos, bem como o da manutenção dos princípios de hierarquia e disciplina, estes últimos utilizados para fundamentar a decisão do Juízo de primeiro grau.

Daí, o pedido de que os pacientes respondam à investigação e ao eventual processo penal militar em liberdade não merece prematuro deferimento.

Essencial, nestes termos, salvaguardar a decisão liminar, com vistas a manter incólume a decisão que decretou a prisão preventiva dos militares.

Ressalto que a denegação da ordem não só atende aos requisitos legais, como respeita as disposições constitucionais pertinentes (art. 5º, LXI, LXVI e LXVIII, da CF), inexistindo qualquer ofensa aos direitos e garantias fundamentais dos pacientes.

Este foi o voto proferido em Sessão de 8/5/2019.

Após o pedido de vista do Ministro Barroso, dois dias depois de iniciado o julgamento do HC nesta Corte, entendendo haver indícios suficientes de autoria e materialidade, o Órgão Ministerial ofereceu Denúncia, em 10/5/2019, recebida em 11/5/2019 (eventos 127 e 129 do APF).

Outrossim, a peça preambular confirmou o entendimento esposado em meu voto, proferido em Sessão de 8/5/2019, ao imputar aos pacientes os delitos de homicídio qualificado (por duas vezes), homicídio qualificado tentado e omissão de socorro, *verbis:*

> No que se refere ao primeiro fato, depreende-se das peças informativas que os ora denunciados, atuando em legítima defesa de terceiros que estavam sob mira de pistolas, agiram com excesso ao efetuar, em união de esforços e unidade de desígnio, um grande número de disparos contra os autores do roubo, usando armamento de alto potencial destrutivo em área urbana. Embora a ação dos militares fosse dirigida aos autores do roubo, por erro, vitimou pessoa não envolvida no fato, fazendo incidir a segunda hipótese prevista no art. 37 do Código Penal Militar (erro na execução).

A conduta dos denunciados desrespeitou o padrão legal de uso da força e violou regras de engajamento previstas para operações análogas, em especial o emprego da força de forma progressiva e proporcional e a utilização do armamento, sem tomar todas as precauções razoáveis para não ferir terceiros. Sendo assim, os denunciados incorreram no crime tentado de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum.

Com relação ao segundo fato, extrai-se do resultado da investigação que, não existindo, naquele instante, agressão ou ameaça à tropa ou a terceiros, os denunciados, em união de esforços e unidade de desígnio, executaram uma enorme quantidade de disparos de arma de grande potencial destrutivo contra um veículo ocupado por duas pessoas e contra uma terceira pessoa, supondo, equivocadamente, tratar-se dos autores do roubo, fazendo incidir a primeira hipótese prevista no art. 37 do Código Penal Militar (erro sobre a pessoa). A ação injustificada dos militares, além de ter causado a morte de dois civis e atentar contra a vida de outro, expôs a perigo a população local de área densamente povoada. Assim agindo, incorreram os denunciados no crime de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum, nas modalidades consumada e tentada.

Ademais, cessados os disparos, os militares limitaram-se a fazer o reconhecimento do local e dos feridos, sem prestar socorro imediato às vítimas, mantendo-se todos afastados destas. Dessa forma, incorreram no delito de omissão de socorro.

Por todo o exposto, o Ministério Público Militar, requer a Vossa Excelência seja a presente denúncia recebida, com a consequente citação dos denunciados a fim de se verem processar e julgar perante essa Justiça Especializada, até final condenação, como incursos nos seguintes delitos, em concurso material (art. 79 do Código Penal Militar):

Primeiro fato:

Art. 205, § 2º, III, c/c art. 30, II, art. 53 e art. 9º, § 2º, II, todos do Código Penal Militar – tentativa de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum.

Segundo fato:

Art. 205, § 2º, III, c/c art. 53 e art. 9º, § 2º, II, todos do Código Penal Militar (duas vezes) – homicídios qualificados por meio de que possa resultar perigo comum;

Art. 205, § 2º, III, c/c art. 30, II, art. 53 e art. 9º, § 2º, II, todos do Código Penal Militar – tentativa de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum; e

Art. 135 do Código Penal Comum c/c art. 9º, II, *c*, do Código Penal Militar – omissão de socorro.

Em Emenda à Inicial (evento 71), de 16/5/2019, o impetrante afirmou ser a Denúncia prematura e não modificar o direito à liberdade provisória.

Alegou que meu voto calcou-se na gravidade do resultado, constituindo uma condenação prévia, e citou julgado de minha lavra no qual a Corte repudiou a constrição embasada na gravidade do delito por si só. Reforçou terem os pacientes agido em legítima defesa de terceiros. Aduziu, por igual, ter a perícia constatado tiros de 9 mm e de munição não definida no automóvel, os quais não teriam sido deflagrados pelos militares. Ademais, a Denúncia dificultaria a Defesa, pois não indica quem atirou e quando, atribuindo o crime, por igual, a militares que não atiraram.

Ocorre que o julgado transcrito pelo impetrante já enuncia na própria ementa citada:

> A decisão primeva deveria ter explicitado os fundamentos pelos quais a autoridade judicante entendeu imperiosa a segregação preventiva. (...) Tal motivação é imprescindível para a legalidade e perpetuação da constrição. (...) Para se conformar a prisão tratada pela presente impetração à ordem constitucional, deve estar ela amparada por suporte fático justificado no caso concreto. Em outras palavras, impõe-se uma base empírica apta a fundamentá-la.

Tratava-se, portanto, de um *decisum* carente de motivação.

Como pontuei em meu pronunciamento anterior:

> a segregação excepcional não se firma, na espécie, com fundamento na mera gravidade abstrata da conduta, há muito repudiada pela mais alta Corte do país, e por esta magistrada. Trata-se de caso em que visível a gravidade concreta e os riscos que a concessão da liberdade provisória trariam não só à hierarquia e disciplina, como à preservação da ordem pública e à imparcialidade da instrução processual.

E por tal razão, adentrei nos fatos e esmiucei os laudos juntados ao APF, fazendo-se necessário deles me utilizar.

Em momento algum pronunciei, ou pronuncio neste momento, condenação prematura, tão somente narrei os fatos supostamente ocorridos, justamente para verificação concreta dos pressupostos da cautelar.

Os requisitos ensejadores à manutenção da segregação provisória dos pacientes se impõem, com esteio na inarredável necessidade de se garantir a manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ameaçados ou atingidos com a liberdade dos acusados, conforme preconiza o art. 255, "e", do CPPM. Todo grupo de combate das Forças Armadas tem por finalidade precípua, nos termos da Carta Maior (art. 142), a Defesa da Pátria e, em consequência, de seus nacionais. Todavia, percebe-se, dos autos, que a intervenção ocorrida, na tarde do dia 7 (sete) de abril de 2019, na Estrada do Camboatá, sentido Avenida Brasil, foi teratológica, e não compactua com o honrado múnus exercido pelo Exército brasileiro.

O cenário desenhado pela desastrosa e exacerbada ação impede o afastamento do *fumus commissi delicti* das respectivas condutas. Nesse norte, não há apontamentos de excesso isolado, deste ou daquele militar específico, pois, se de um lado, o comando do grupo recaía sobre o Tenente Ítalo da Silva Nunes, de outro, o estado de alerta e prontidão para possível confronto partiu do Sargento Fabio Henrique Souza Braz. Dessa forma, todos os militares, que se encontravam a bordo da viatura Marruá do 1º Batalhão de Infantaria Motorizada[153], estavam cientes e imbuídos do indissociável liame subjetivo (vínculo psicológico) quando executaram os atos que lhes são imputados. Tanto que o Cb Paulo Araújo afirmou não ter ouvido nenhuma ordem do Comandante para que fossem realizados disparos (fl. 9, doc. 1, evento 1, do APF).

A periculosidade social da ação era evidente, pois os elementos até então coligidos indicam que sequer houve uma proximidade adequada entre os veículos dos suspeitos e a viatura militar, o que, por si só, exigiria maior contingenciamento e cautela ao se desferir disparos com armas de fogo de pesado calibre, em área urbana movimentada.

Em realidade, para a proteção de um bem patrimonial – um automóvel roubado –, os pacientes colocaram em risco a população local, sendo evidente a desproporcionalidade da ação e o desrespeito às regras de engajamento. Ainda que os supostos assaltantes estivessem no carro branco suspeito, não poderiam os militares supor que ali pararam, munidos de 2 pistolas, com o intuito de enfrentar uma tropa armada. O único objetivo possível seria empreender fuga e a abordagem, diante da desproporção de forças envolvidas, deveria ser outra, com, no mínimo, uma ordem para colocarem suas armas no chão e as mãos na cabeça ou ao alto. Mas, ao contrário, como pontuaram as testemunhas, os pacientes já teriam chegado ao local atirando, sendo que ninguém viu ou ouviu qualquer tiro ser disparado em direção à tropa, ao contrário do que alegaram.

Destarte, dos fatos, vislumbra-se tênue a tese de legítima defesa de terceiros. A testemunha Marcelo indicou que o indivíduo que lhe havia rendido em seu carro aparentava ter cerca de 20 (vinte) anos. Ora, não é crível que cerca de quatro assaltantes, que, segundo se apontou, eram jovens e inexperientes, se imporiam a ponto de enfrentar um grupo militar com evidente vantagem bélica e numérica. A desproporção de forças era patente. Por tal razão, não se encontraram vestígios de disparos na viatura militar (evento 115, documento 5) e nem mesmo em seu entorno. Pelo que questiono se de fato houve algum confronto apto a ensejar esta lamentável ação?

Ademais, não se deve descurar que, para além do já asseverado, a conduta desdobrou-se em um segundo momento no qual o mesmo

[153] Conforme Denúncia.

grupamento, já diante de um carro parado e alvejado – e aqui nessa etapa não encontra ressonância nos autos a mínima possibilidade de legítima defesa –, os envolvidos, sistematicamente, deflagraram inúmeros tiros em vítimas inocentes, conforme demonstra o vídeo inserto no evento 96 do feito de origem.

A Ordem Pública a que os arts. 255 do CPPM e 312 do CPP pretendem tutelar reflete-se na paz e na tranquilidade social, que foi brutalmente arrebatada pela teratológica ação dos denunciados, que estão com a liberdade restrita. Os segregados, em momento algum, agiram com o intuito de prender criminosos e trazê-los ao crivo do Judiciário. Ao revés, o que se vê foi um pretenso intuito executório, que somente será colmatado pela instrução probatória. Daí, porque, ante a intensa periculosidade aqui demonstrada, deve prevalecer a prevenção concreta, nos termos das lições de Andrey Borges de Mendonça[154] que trago à baila:

> a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal está buscando um de seus fins, que é a proteção da sociedade, contra ameaças concretas, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional (escopo social).

Destarte, rechaço os argumentos de que a segregação cautelar encontra-se alicerçada em meros atos de clamor público e/ou repercussão midiática.

Confirmou a peça preambular a ocorrência, em tese, do excesso, da exposição da população local a perigo, qualificando a imputação por tal motivo (homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum – art. 205, § 2º, III, do CPM), e a inexistência, naquele instante, de agressão ou ameaça à tropa ou a terceiros, estando todas essas circunstâncias indicadas em meu voto, prolatado em 8/5/2019.

E com o recebimento da inicial acusatória, caiu por terra a tese defensiva de constituir a preventiva mais gravosa do que a sanção prevista para o delito descrito no art. 324 do CPM, cuja pena é de detenção de até 6 (seis) meses.

Outrossim, demonstrou-se que, de fato, a autoridade de polícia judiciária restou influenciada pelos militares ao lhes imputar, em tese, apenas a inobservância de lei, regulamento ou instrução, quando a Denúncia enunciou a ocorrência de fatos muito mais graves.

Não obstante na data de 21/5/2019 ter ocorrido a oitiva do ofendido sobrevivente e das testemunhas na Ação Penal, perdura o requisito da conveniência da instrução criminal, tendo em vista que outros exames e perícias se encontram em curso. E aponto, aqui, mais um motivo hábil a indicar

---

[154] BORGES DE MENDONÇA, Andrey. *Prisões e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

que a soltura dos pacientes possa perturbar ou impedir a produção correta de provas. Durante o APF, ao utilizarem-se da mentira, influíram para que viesse aos autos, consoante Ofício nº 004/APFD, "cópia de 3 (três) fotos das viaturas atingidas" (fl. 8 do doc. 2, e fls. 9/11 do doc. 3, ambos do evento 1 do HC). Tais viaturas, de fato, possuem marcas de tiros. No entanto, de tais fotografias de partes dos veículos, percebe-se nitidamente tratar-se de automóveis completamente diferentes (possivelmente os blindados utilizados na parte da manhã) na qual os militares se encontravam no momento do crime objeto da Denúncia. Tanto que o Ofício nº 48 do Encarregado de Diligências complementares, que posteriormente aportou aos autos, informou que o Agrale Marruá "não apresenta sinais de ter sido atingida por PAF" (evento 115, doc 5, do APF). Aqui resta patente a tentativa de manipulação de provas, o que igualmente afeta os preceitos de hierarquia e disciplina, requisitos utilizados pela decisão de piso para a decretação da segregação cautelar.

Por seu turno, a alegação defensiva de ter a perícia constatado tiros de **9mm** e de munição não definida no automóvel Ford Ka branco, os quais não teriam sido deflagrados pelos militares, não se sustenta diante do Ofício nº 46/APFD (doc. 2 do evento 115 do APF), porquanto **3 (três) deles portavam e dispararam tiros de pistolas 9 mm**. O fato de o laudo ser inconclusivo com relação a outros disparos que atingiram o automóvel não significa que não teriam sido deflagrados pelos mesmos armamentos. Apenas não se conseguiu precisar ao certo o calibre daquelas munições.

Com relação ao argumento de que a Denúncia dificultaria a Defesa, porquanto não indica quem atirou e quando, atribuindo o crime a militares que não atiraram, não é objeto de análise neste *mandamus*.

No tocante à segregação cautelar, na esteira fática da dinâmica do suposto crime, tem-se que, em tese, todos os pacientes participaram ativamente da sistemática do episódio.

Inicialmente, cumpre tecer considerações quanto ao concurso de agentes, previsto nos arts. 53 e 54 do CPM. Segundo Guilherme de Souza Nucci:

> **Trata-se da cooperação desenvolvida por várias pessoas para o cometimento de uma infração penal.** Chama-se, ainda, em sentido lato: coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes, cumplicidade. Mais adiante, ele aborda que há, primordialmente, três teorias que cuidam do assunto: **a) teoria unitária (monista): havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando apenas um resultado, há somente um delito. Nesse caso, portanto, todos os que tomam parte na infração penal cometem idêntico crime. É a teoria adotada, como regra, pelo Código Penal Militar;** b) teoria pluralista (cumplicidade do delito distinto, autonomia da cumplicidade): havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, ainda que provocando somente um resultado, cada agente responde por um delito. Trata-se do chamado "delito de concurso"

> (vários delitos ligados por uma relação de causalidade). Como exceção, o Código Penal Militar adota essa teoria ao disciplinar a corrupção (arts. 308 e 309); c) teoria dualista: havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, causando um só resultado, deve-se separar os coautores, que praticam um delito, e os partícipes, que cometem outro.[155] (Grifo nosso.)

Diante dos fatos, prescindível a individualização da culpabilidade nesta fase, diante da análise preliminar dos autos. O procedimento consagrou a Denúncia do grupo de militares como incursos em condutas delitivas previstas no Código Penal Militar. No entanto, a apuração encontra-se no início da *persecutio criminis*, não sendo possível, neste momento, individualizar a participação de cada agente na consubstanciação do resultado lesivo. Impossível, portanto, a manutenção da preventiva de somente um possível autor, e, a contragolpe, o relaxamento da medida aos demais.

> **221. Coautoria e participação:** o Código Penal comum, após a reforma da Parte Geral, em 1984, terminou por reconhecer que há distinção entre autoria e participação, denominando ambas as figuras como concorrentes do crime. Prevaleceu, pois, o conceito restrito de autor, embora, dentro dessa teoria, que é objetiva, existam dois posicionamentos: **a) teoria formal: autor é quem realiza a figura típica e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impunes, não fosse a regra de extensão que os torna responsáveis.**
>
> **Atualmente, é a concepção majoritariamente adotada (Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete, René Ariel Dotti, Beatriz Vargas Ramos, Fragoso, citados por Nilo Batista, Concurso de agentes, p. 61).** (...); **b) teoria normativa (teoria do domínio do fato): autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais, dividindo-se entre "autor executor", "autor intelectual" e "autor mediato".** O partícipe é aquele que contribui para o delito alheio, sem realizar a figura típica, nem tampouco comandar a ação. Assim, exemplificando, por essa teoria, o chefe de um grupo de justiceiros, que ordenou uma execução, bem como o agente que diretamente matou a vítima são coautores. **Há, também, como já mencionamos, a teoria subjetiva ou subjetivo-causal, fruto do Código Penal de 1940, que não faz diferença entre coautor e partícipe, pois todos os que contribuem para gerar o resultado típico são igualmente coautores ou partícipes. Em nossa visão, melhor é a teoria objetivo formal, ou seja, coautor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o comando) para a concretização do crime.** Consegue-se, com isso, uma clara visão entre dois agentes distintos na realização do

[155] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal militar comentado*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 107.

> tipo penal – o que ingressa no modelo legal de conduta proibida e o que apoia, de fora, a sua materialização –, proporcionando uma melhor análise da culpabilidade. É certo que o juiz pode aplicar penas iguais ao coautor e ao partícipe, bem como pode infligir pena mais severa ao partícipe, desde que seja recomendável. Exemplo disso é o partícipe que atua como mentor do delito, organizando a atividade dos executores: merece maior sanção penal, na medida da sua culpabilidade, como estipula o art. 53, § 1º, do Código Penal Militar. A teoria do domínio do fato somente tem sentido para as legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe, obrigando o juiz a fixar sanção menor para quem for considerado partícipe[156]. (Grifo nosso).

O referido doutrinador acrescenta a autoria incerta, "a hipótese ocorrida no contexto da autoria colateral, quando não se sabe qual dos autores conseguiu chegar ao resultado." Na mesma senda, diante da previsibilidade da instigação ou determinação para o delito, assevera que:

> Instigar é fomentar ideia já existente, enquanto determinar é dar ordem para que o crime seja cometido. A referida ordem pode ser de superior para subordinado, podendo até mesmo configurar para o executor uma hipótese de exclusão da culpabilidade (obediência hierárquica), ou ainda ser dada a um inimputável, o que configura, outra vez, a autoria mediata, punindo mais gravemente o autor mediato.

Da análise perfunctória dos eventos, impossível determinar a autoria, com precisão dos disparos que atingiram fatalmente as vítimas. Portanto, não há falar em culpa individualizada, mas, sim, concurso aparente de agentes. Esclarecem Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger:[157]

> Presente apenas em alguns crimes de concurso necessário – ao menos neles apenas é que há a consequência penal –, **o Código Penal Militar traz a definição de cabeças nos §§ 4º e 5º do art. 53, segundo os quais cabeças são aqueles que provocam ou instigam a ação delituosa em um crime de autoria coletiva, bem como o Oficial que, mesmo sem liderar, pratica tais delitos em companhia de inferiores.**
>
> Na última condição também se enquadram os inferiores que desempenham a função de Oficial. (Grifo nosso.)
>
> **Deturpando essa regra, já presenciamos a afirmação de que o Oficial sempre será considerado cabeça, o que se demonstra inverídico.** Em primeiro aporte, deve-se notar que é necessário que ele, o Oficial, tome parte no crime com outros de grau hierárquico inferior. Em segundo plano, note-se que é necessária a presença de, pelo menos, dois inferiores, visto que a norma se utiliza do termo no plural (inferiores). Por fim, como não há expressa limitação, para se obter a

[156] *Op cit*, p. 108.
[157] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

> conceituação de superior ou de inferior, admite-se não só a compreensão de inferior hierárquico, mas também aquela exposta no art. 24 do Código Penal Militar, afeta a uma superioridade – portanto, também inferioridade – funcional. (Grifo nosso).

Asseveram, ainda, os autores:

> A interpretação será restritiva quando, para que haja o alcance exato pretendido pela lei, há que se conter, restringir a abrangência de seus termos. Como exemplo, vejamos o caso do § 5º do art. 53 do CPM. Nesse dispositivo define-se uma forma de codelinquência que tem a pena majorada, a figura do "cabeça": "quando o crime é cometido por inferiores e um ou mais oficiais, são estes considerados cabeças, assim como os inferiores que exercem função de oficial". **Note-se que o dispositivo em comento, por não se restringir expressamente aos crimes plurissubjetivos, pode dar a impressão de que, sempre que um Oficial tomar parte em um delito com inferior, ainda que crime de concurso eventual, seria ele considerado o "cabeça" do crime, sofrendo maior reprovação.** Claro que essa interpretação seria, num primeiro momento, obstada pela análise dos preceitos secundários dos delitos em espécie que somente majoram as penas para os "cabeças" nos delitos de concurso necessário, mas poderia o intérprete majorar a pena, nesse caso, ao considerar a condição de "cabeça" uma circunstância judicial, afeta à primeira fase do critério trifásico de aplicação da pena.
>
> Esse equívoco, veja-se, pode ser evitado se dermos uma interpretação restritiva à previsão do § 5º, entendendo-a aplicável, com base na rubrica e no § 4º do mesmo artigo, que menciona, agora sim expressamente, a necessidade de crime plurissubjetivo para a existência dos "cabeças".[158] (Grifo nosso).

Por óbvio, todos os acusados acautelados, *in casu,* praticaram supostamente a conduta apenável. Com efeito, fundamental a consagração do princípio da isonomia para a manutenção da prisão preventiva a todos os agentes, sem distinção, uma vez que suas condutas foram crivadas pelo mesmo objetivo, independentemente de seus postos e patentes.

O princípio da igualdade é de suma importância para concretizar o ideal do Estado Democrático de Direito, devendo ser respeitado na sua integridade. Afinal, se todos os seres humanos são iguais perante a lei e gozam dos mesmos direitos, a aplicação deverá ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Acorde norma constitucional fundamental do art. 5º, inciso I:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

[158] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

> inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

Como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, por influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o princípio da igualdade passou a servir de alicerce do Estado moderno, em especial na elaboração da Carta Política e demais Constituições modernas.

O conceito de igualdade está diretamente ligado ao sentimento de justiça. E esse princípio pode ser analisado sob dois enfoques interligados entre si: o formal, referente à expressão utilizada de que "todos são iguais perante a lei". Está-se diante da isonomia legal, da lei vigente e da lei a ser elaborada, impedindo privilégios a qualquer grupo, e vedando o tratamento diferenciado aos indivíduos com base em critérios como: raça, sexo, classe social, religião e convicções filosóficas e políticas como consta no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal. O material pressupõe que as pessoas inseridas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Servindo de instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, para aplicá-la ao mundo prático. A desigualdade é necessária, com o objetivo de obter um resultado mais justo, já que as diferenças existentes entre os cidadãos não podem ser ignoradas.

Para Fernando Capez:

> As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. (CAPEZ, 2008, p. 19).

Esse raciocínio de definição da igualdade material faz com que seja possível, em determinadas situações, um tratamento diferenciado entre os indivíduos embora tenham praticado um fato semelhante, considerando suas desigualdades. Tal amolda-se perfeitamente à ocorrência em análise, tendo em vista se tratar de militares das FFAA que, em tese, praticaram crimes, objeto de futura análise no tocante aos elementos subjetivos de suas condutas individualmente, sob o fundamento de inconteste afronta à hierarquia e à disciplina, em análise perfunctória da manutenção da prisão preventiva.

Em relação à justiça penal, pode-se observar que este princípio é um dos menos observados, no que respeita à aplicação da lei penal, sendo muitas vezes violado. A seletividade do Direito Penal é sinal evidente de que o postulado em comento não está sendo observado. A todo instante, ele é quebrado, violado e consequentemente gera na sociedade um sentimento de revolta e impunidade.

Observa-se, da análise das condutas dos réus, que estes, valendo de excesso injustificável, prejulgaram as vítimas com base em suas características étnica-sociais. Assim leciona Alessandro Baratta:

> O Direito Penal, como instrumento do discurso de (re)produção de poder, tende a privilegiar os interesses das classes sociais dominantes,

> imunizando de sua intervenção condutas características de seus integrantes, **e dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas, dos socialmente alijados e marginalizados** (BARATTA, Alessandro, 2002, p. 165). (Grifo nosso.)

A seletividade criminal atinge a camada mais frágil da população, que possui um estereótipo criado pela própria sociedade, quanto aos estratos sociais desprivilegiados, a exemplo dos pobres e negros.

Portanto, a violação desse princípio ofende não somente os imperativos da Constituição, mas a essência do próprio ser humano. O princípio da igualdade deverá ser aplicado de forma a alcançar a sua plenitude. A ideia de igualdade deve abarcar a lei, o Direito como um todo, e em especial o conceito de justiça.

O princípio da igualdade no processo penal no que se refere ao tratamento do acusado deve assegurar as oportunidades idênticas aos que figuram em posições contrárias e evitando que se atribuam a um maiores direitos e poderes ou imponham maiores deveres ou ônus aos outros. Sobre esta ótica, em face dos sujeitos passivos, todos asseguram que a posição dos réus deve ser tratada igualitariamente.

Verifica-se, portanto, estar presente mais de um requisito para a manutenção da segregação cautelar de todos os pacientes.

Sem embargo, a Juíza Federal da Justiça Militar decretou a prisão preventiva com fulcro no art. 255, alínea "e", do CPPM, devendo o presente *decisum* se ater a este pressuposto.

Por óbvio, o fato de atirarem incessantemente, sem ordem nenhuma, demonstrou desrespeito à hierarquia e completa indisciplina. Não obstante ter discorrido acerca da garantia da preservação da ordem pública e da periculosidade social da ação, entendendo que haveria ainda outros motivos para a manutenção do cárcere prematuro, tais argumentos coadunam-se com a quebra das regras de engajamento violadas: 1 - atuar somente em direção de oponente claramente identificado; 2 - direcionar tiros para membros inferiores. *In casu,* atuaram na direção de populares, mulheres e crianças, de forma irresponsável.

E a própria demonstração da tentativa de manipular a versão inicial dos fatos também se revelou ofensiva à hierarquia e à disciplina.

Ex positis, voto pelo conhecimento e pela denegação da ordem, por falta de amparo legal, para manter incólume a Decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva com fulcro nos arts. 254 e 255, letra "e", ambos do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 23 de maio de 2019.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO
Habeas Corpus Nº 7000375-25.2019.7.00.0000

Dando continuidade ao julgamento proferido nos autos do HC nº 7000375-25.2019.7.00.0000, iniciado em 8 de maio de 2019 e findo em 23 de maio de 2019, trouxe ao Plenário o voto de vista de minha lavra, tendo apresentado os seguintes fatos e fundamentos, na forma a seguir.

1. INTRODUÇÃO

O presente pedido de vista foi formulado na Sessão de Julgamento, em 8 de maio de 2019, consoante o disposto no art. 78 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), após a prolação do voto do Relator Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

No intuito de proporcionar aos Senhores Ministros o adequado descortino da controvérsia *sub examine*, permiti trazer à luz fragmentos do quadro fático, em sucinto relato e, a seguir, a exposição dos argumentos contrapostos, de modo a concluir a respeito da *quaestio*.

2. SÍNTESE DOS FATOS

Tratou-se de Habeas Corpus impetrado pelo Dr. Paulo Henrique Pinto de Mello, em favor de Ítalo da Silva Nunes Romualdo, 2º Ten Ex; Fábio Henrique Souza Braz da Silva, 3º Sgt Ex; Gabriel Christian Honorato, Sd Ex; Gabriel da Silva de Barros Lins, Sd Ex; João Lucas da Costa Gonçalo, Sd Ex; Leonardo Oliveira de Souza, Sd Ex; Marlon Conceição da Silva, Sd Ex; Matheus Sant'Anna Claudino, Sd Ex; e Vitor Borges de Oliveira, Sd Ex, presos preventivamente, respondendo ao Auto de Prisão em Flagrante nº 7000461-63.2019.7.01.0001, em trâmite na 1ª Auditoria da 1ª CJM, todos servindo no 1º Batalhão de Infantaria Motorizado (Es), na Cidade do Rio de Janeiro/RJ.

O Impetrante apontou como autoridade coatora a Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 1ª CJM, que decretou a prisão preventiva em desfavor dos Pacientes, acarretando-lhes constrangimento ilegal.

Em sede de liminar, a Defesa postulou pela concessão da liberdade provisória dos militares, arguindo que o decreto prisional foi proferido sem qualquer fundamentação fática ou jurídica, revestindo-se de ilegalidade.

Asseverou ter a Juíza determinado a conversão da prisão em flagrante em preventiva, com base exclusivamente no crime em tese, ainda sem qualquer investigação a comprovar a sua existência, sem indicar quais os elementos constitutivos do tipo, subsumidos pelas condutas dos ora Pacientes.

Ao final, o ilustre Defensor postulou a concessão da medida excepcional, com a imediata revogação da prisão preventiva decretada, até o

julgamento final do presente remédio heroico. No mérito, a concessão definitiva da ordem.

Mediante a Decisão proferida em 12 de abril de 2019, o Ministro-Relator indeferiu o pleito liminar, por falta de amparo legal; e determinou que fosse requerida a remessa de informações pela autoridade apontada como coatora; e, após, dada vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

Em cumprimento, vieram aos autos as informações da Juíza Federal Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM em 16 de abril de 2019.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer datado de 23 de abril de 2019, subscrito pelo Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, manifestou-se pelo conhecimento do *writ,* com a concessão definitiva da ordem, para que os Pacientes sejam colocados em liberdade provisória, sem fiança, na forma do art. 321 do CPP.

A Denúncia foi oferecida em 10/5/2019; o seu recebimento se deu em parte posterior; na mesma ocasião, entre outros atos processuais, foi determinada a data do dia 21/5/2019 para a oitiva do Ofendido e das testemunhas de Acusação.

É o breve Relatório.

3. MÉRITO

O presente pedido de Habeas Corpus atende aos requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido. **Quanto ao mérito, o pleito mereceu ser parcialmente acolhido**.

3.1 Introdução

Inicialmente, trago à reflexão algumas considerações acerca da fragilidade dos sistemas de prevenção ao crime e de seus mecanismos de repressão.

TEORIA DOS JOGOS "PRÉ-COG"

Em 1956, Philip K. Dick escreveu um conto denominado "Minority Report", o enredo se passa em uma sociedade futurista, na qual se criou o Sistema Pré-Crime.

Nele, 3 (três) mutantes denominados "Precogs" conseguem prever quando uma pessoa irá cometer um crime e a Divisão Pré-Crime prende esta pessoa antes que ela o cometa.

Os "Precogs" disparam mensagens elétricas neuronais a uma máquina, que traduz as mensagens em fichas, nas quais constam o nome do futuro assassino, o nome da futura Vítima, local e dia da ocorrência.

Eis a Hermenêutica, de sentido oculto, do sistema "Precog".

Os "Precogs" geram 3 (três) relatórios. Quando há um relatório divergente (o Minority Report), o sistema se autopreserva e valida os outros 2 (dois) como corretos.

Vale considerar ainda que os 3 (três) relatórios podem estar errados, como os 3 (três) podem estar certos, o que desqualificaria todo o Sistema Pré-Crime, afinal, viria a público a ineficiência de se prever o futuro.

A garantia da vida, da propriedade e da liberdade deve ser defendida para assegurar o devido processo legal substancial, em que também a mitigação ou transigência de princípios não pode ter lugar, pois não se trata de mero recurso retórico e tampouco pode transformar princípios fundamentais, como a presunção de inocência, em artifícios de decoração.

Os juízos cautelares têm uma lógica própria.

Esse ideal cautelar visa à preservação do resultado útil do processo. Não pode secundarizar valores e princípios fundamentais.

Ainda mais cadentes são essas exortações quanto à excepcionalidade das prisões cautelares.

A prisão é um mal necessário. E, quando não necessário, só resta o mal.

A formação dos juízos cautelares se baseia em regras de evidência quanto aos seus pressupostos e, ao passarem por um filtro axiológico, valem-se de regras clássicas de inferência "precog" para determinar medidas constritivas que impactam indelevelmente a realidade, vez que o tempo não volta e os resultados nele persistem, formando uma espécie de coisa julgada imaterial, sem direito a revisão criminal.

Por outro lado, a teoria dos jogos é um ramo da matemática aplicado usado nas ciências sociais, com destaque para os campos da economia, biologia, engenharia, ciências políticas, relações internacionais, ciência da computação, filosofia etc.

Seu principal objetivo é compreender o comportamento de indivíduos envolvidos em situações estratégicas, ou jogos, nos quais o resultado das escolhas de um indivíduo depende das escolhas de outros indivíduos e encontrar equilíbrio nestes jogos.

Assim, o cálculo das vantagens de uma decisão cujas consequências estão atreladas às decisões de outros agentes.

Existem, porém, situações nas quais as interações individuais produzem um resultado em que a utilidade de um dos agentes poderia melhorar (ou mesmo a de todos) sem que isto implique uma piora para o resto.

O Equilíbrio de "Barroso" ocorre quando os envolvidos desconhecem a atuação um do outro, mas também quando os interesses e consequências são antípodas, variando a solução, do ponto de vista do Ótimo de Pareto, entre o Equilíbrio Dominante ao Equilíbrio Imperfeito, conforme a estratégia adotada.

Após trazer esses conceitos e essas ilações aos fatos ora trazidos no presente *writ*, passa-se à análise e à fundamentação do presente voto.

3.2 Fundamentos da prisão preventiva

A partir das informações prestadas pela Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 1ª CJM, constatou-se que a Decisão que decretou a prisão preventiva dos Pacientes, ao contrário do que sustenta o Impetrante, não carece de fundamentação e tampouco se limita à mera referência a dispositivos legais, como é possível perceber no fragmento transcrito a seguir, *in verbis:*

> (...) DECRETOU a PRISÃO PREVENTIVA dos militares, (...), por estarem presentes os elementos autorizadores desta medida cautelar, a fim de assegurar a manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina, com base nos artigos 254 e artigo 255, letra "e", ambos do CPPM (Evento 45).

A Decisão proferida pela nobre Juíza teve como fundamento o descumprimento de normas de segurança e de regras de engajamento descritas na Ordem de Operações nº 001, de 12/2/2019, em consonância com as diretrizes específicas do Ministério da Defesa e do Comando de Operações Terrestres (COTer).

Como, também, das normas de conduta para as Operações de GLO e Emprego de Armas não letais, estabelecidas na Diretriz de Planejamento Operacional Militar nº 01/COTER, de 3 de junho de 2015 - *Emprego do Exército Brasileiro na Situação de Normalidade Institucional e no Contexto de Proteção Integrada*.

As normas de segurança de engajamento preconizam que as ações, sempre que possível, devem ser filmadas ou fotografadas pela tropa. E que os militares somente devem utilizar arma letal em última hipótese e, mesmo assim, devem adotar as seguintes medidas:

- ferir e não matar;

- sempre que possível, atirar para atingir os membros inferiores, como as pernas.

3.3 Apreciação dos fatos

Para se fazer a análise da situação do presente Feito, na sua fase atual (Ação Penal Militar), se faz necessário uma breve retrospectiva das informações colhidas durante a fase investigatória até o recebimento da Inicial, considerando

a dinâmica da evolução do quadro processual relativo ao Auto de Prisão em Flagrante nº 7000461-63.2019.7.01.0001.

No dia dos fatos, por volta das 14h30, um grupo de combate composto por 12 (doze) militares, sob a chefia do Tenente Ítalo da Silva Nunes, deslocava-se em uma viatura Marruá do 1º Batalhão de Infantaria Motorizada Escola para os Próprios Nacionais Residenciais (PNR), bens públicos sob a administração do Exército Brasileiro, localizados na Avenida Brasil, em Guadalupe, na cidade do Rio de Janeiro.

O grupo levava o almoço e o efetivo dos militares que substituiria aquele que estava de serviço, fazendo ações de segurança dos PNRs, determinadas pelo Comandante da 1ª Divisão de Exército e Guarnição da Vila Militar.

Os militares, no momento em que desciam o viaduto de Deodoro, sentido Avenida Brasil, foram alertados por um veículo que trafegava em sentido contrário, acerca de um assalto, em local próximo.

Ao chegarem ao cruzamento com a Estrada de Camboatá, antes do local conhecido como "Piscinão de Deodoro", os militares se depararam com a realização de um roubo, envolvendo um Honda City Branco, de Placa KRZ9136, de propriedade do Sr. Marcelo Monte Bartoly, objeto do roubo, e um veículo Ford Ka sedan branco, de onde saíram 3 (três) assaltantes.

Os militares declararam que, ao serem notados pelos assaltantes, estes realizaram disparos de arma de fogo em direção à viatura. Em reação, os militares efetuaram disparos de fuzil e de pistola, na direção dos meliantes, que empreenderam fuga no Honda City e no Ford Ka, trafegando pela Estrada do Camboatá, rumo à Avenida Brasil.

Nesse instante, houve a ordem para reembarque pelo Ten Nunes, com a duração de 30 segundos. Continuaram os disparos, na direção do veículo Honda e de um veículo branco.

Ocorre que foi atingido um veículo Ford Ka sedan branco, placa LSC 2892, com características semelhantes ao do assalto, dirigido por Evaldo Rosa dos Santos, Sergio Gonçalves de Araújo (no banco do carona), o menor Davi Bruno Nogueira Rosa dos Santos (atrás do banco do condutor), Michele da Silva Leite Nunes (no meio) e Luciana dos Santos Nogueira (atrás do carona).

Em movimento, segundo a prova técnica, os disparos perfuraram a parte lateral do aludido veículo, atingindo o seu condutor, o Sr. Evaldo, o qual perdeu a consciência, sendo o carro guiado pelo Sr. Sergio (carona), por cerca de mais 100 (cem) metros, até parar completamente. Nesse instante, os Civis que se encontravam na parte traseira deixaram o veículo, em busca de abrigo.

Um Civil, depois identificado como Luciano Macedo, aproximou-se do carro parado para prestar socorro.

Segundo constou nos autos, os militares, ao avistarem o veículo parado, com as portas abertas, e com a aproximação de tal Civil, mesmo não sabendo precisar se se tratava do mesmo veículo Sedan, de cor branca, participante do roubo, e sem identificar os Civis, efetuaram novos disparos em direção ao suposto veículo.

Os disparos atingiram novamente o condutor que já se encontrava desacordado, bem como o Civil que prestava socorro, levando o primeiro a óbito imediatamente e o segundo, após dias de internação, a falecimento, por conta das lesões provenientes dos disparos de arma de fogo.

Consoante o Registro de Ocorrência Policial Militar, NUP 64277.001151/2019, lavrado em 7 de abril de 2019, os Réus foram uníssonos ao declarar que avistaram um carro branco, Sedan, **semelhante ao veículo alvejado em situação anterior** de perseguição, numa empreitada de roubo.

Afirmaram que ouviram disparos, **mas não puderam identificar de onde vinham e mesmo assim dispararam em direção ao citado veículo automotivo**.

Segundo o Órgão Ministerial, os Réus praticaram os delitos previstos no art. 205, § 2º, inciso III, c/c o art. 30, inciso II, art. 53 e art. 9º, § 2º, inciso II, todos do CPM (tentativa de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum); art. 205, § 2º, inciso III, c/c o art. 53 e art. 9º, § 2º, inciso II, todos do CPM (duas vezes – homicídios qualificados por meio de que possa resultar perigo comum); art. 205, § 2º, inciso III, c/c o art. 30, inciso II, art. 53 e art. 9º, § 2º, inciso II (tentativa de homicídio qualificado por meio de que possa resultar perigo comum); e art. 135, c/c o art. 9º, inciso II, alínea *c*, todos do CPM (omissão de socorro).

Concomitante com a juntada de perícias e diligências complementares, cuja realização foi autorizada ao Comando da 1ª Divisão de Exército e Comando da GUES – 9ª Bda Inf Mtz, ocorreu o oferecimento da Denúncia em 10 de maio de 2019 e o seu recebimento no dia posterior, em desfavor dos militares relacionados nos autos do Auto de Prisão em Flagrante nº 7000461-63.2019.7.01.0001.

A Magistrada recebeu a Denúncia por se encontrarem revestidas as formalidades legais. Na mesma ocasião, designou, entre outros atos processuais, a oitiva do Ofendido e das testemunhas de acusação, que ocorreu no dia 21 de maio de 2019.

3.4 Conclusões a respeito da situação processual atual dos Denunciados

Na presente fase processual, o procedimento administrativo se encontra concluído, com o oferecimento da peça Inicial em 10 de maio de 2019 e o seu recebimento no dia posterior.

A legislação processual penal castrense autoriza a decretação da prisão preventiva em qualquer fase do procedimento administrativo ou do processo, pelo Juiz Federal da Justiça Militar ou pelo Conselho de Justiça, de ofício; a pedido do MPM; ou mediante a representação da autoridade policial militar, encarregada do inquérito.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva pela nobre magistrada, a pedido do MPM, por entender que houve desrespeito, por parte dos militares, às regras de engajamento e de segurança, e mácula aos preceitos das normas ou princípios de hierarquia e de disciplina, na forma do art. 254 e do art. 255, alínea e, ambos do CPPM.

À época, havia pendentes inúmeras diligências a serem realizadas, imprescindíveis à elucidação dos fatos. Encerrada a fase pré-processual, o Representante do MPM concluiu pela existência de indícios de autoria e de materialidade e ofereceu a Denúncia em relação aos militares envolvidos, imputando-lhes a prática dos crimes de homicídio duplo e de tentativa de homicídio (em coautoria); e de omissão de socorro.

Como toda e qualquer medida cautelar, a prisão preventiva também está condicionada à presença concomitante do *fumus boni iuris*, aqui denominado de *fumus comissi delicti*, e do *periculum in mora (periculum in libertatis)* (Renato Brasileiro de Lima, *in* Manual de Processo Penal: volume único, 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018. p. 973).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, para além da demonstração do *fumus comissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal), também passa a ser necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão.

Transpondo a respectiva doutrina para a esfera da lei processual penal militar, art. 254 do CPPM, verifica-se que, no presente caso, o *fumus comissi delicti*, ou seja, a prova da materialidade e os indícios de autoria foram configurados, em razão até mesmo da prisão em flagrante dos militares envolvidos nos fatos ocorridos no dia 7 de abril de 2019, e homologados quando da conversão do flagrante em prisão preventiva.

Em relação ao *periculum libertartis*, verificou-se que os requisitos são aqueles ínsitos nas alíneas do art. 255 do CPPM, com as devidas ressalvas.

3.4.1 Situação das Praças

O exame dos autos permite aduzir que os requisitos autorizadores para a manutenção da prisão preventiva, particularmente, no tocante às Praças não

mais subsistem, sejam pelos fundamentos expostos pela nobre Magistrada, quais sejam, aqueles previstos no art. 254 e no art. 255, alínea e, ambos do CPPM, seja sob as demais alíneas insertas no art. 255 da Lei Adjetiva Castrense.

No entanto, os fatos imputados aos Réus são extremamente graves. Desse modo, buscou-se a adequação do processo penal ao caso concreto, e observadas as razões que fundamentam a medida cautelar. A conveniência da instrução criminal quanto à prisão preventiva se volta a um aspecto, qual seja, o acautelamento do bom andamento do processo.

No direito processual, por medida cautelar entende-se aquela necessária ao atendimento da tutela de um bem jurídico, sob pena de ineficácia ou de perecimento do direito.

Ademais há casos concretos de acusados que não precisam ser sancionados com a restrição de sua liberdade, revelando-se medidas muito mais eficazes que a prisão.

Assim, podem e devem ser aplicadas outras medidas cautelares que não tragam a aflição emocional, física e material da prisão, e que possam, da mesma forma, alcançar o principal escopo de regularidade processual.

Portanto, não cabe restringir os termos "medidas cautelares" apenas à pena de prisão. Visando à aplicação da sanção penal e à preservação das investigações criminais, bem como à aplicação da lei penal, qualquer outra medida, que não a prisão, poderá ser implementada e, caso seja eficaz, possa atingir os objetivos colimados.

Assim, cabe a análise pormenorizada de cada uma das situações, com o propósito de se estabelecer como necessária a revogação da segregação cautelar ou a sua manutenção mediante a submissão a outras medidas cautelares alternativas à prisão.

3.4.1.1 Garantia da ordem pública

Para que se configure esse requisito, é necessário que o agente pratique ou venha a praticar reiteradas condutas delitivas, comuns ou militares, aviltando assim a ordem pública.

No presente caso, inexiste qualquer informação nos autos de que os militares, ora Réus, tenham praticado outros delitos, até mesmo porque foram presos em flagrante no mesmo dia dos fatos.

3.4.1.2 Conveniência da instrução criminal

No tocante à conveniência da instrução criminal, as diligências já foram quase todas cumpridas. A oitiva do Ofendido e das testemunhas de acusação ocorreu em data recente.

Desse modo, não se justifica a restrição à liberdade dos Réus, porque a instrução criminal já se encontra em fase adiantada, cabendo ouvir as testemunhas de Defesa, se assim houver.

3.4.1.3 Periculosidade do Indiciado ou do Acusado

A atuação dos Réus em serviço, portando armas letais, mostrou-se perigosa e lesiva à sociedade. No entanto, o que se deve aferir é a periculosidade de cada militar, de maneira individual.

Nesse sentido, os Réus são todos primários, possuem bons antecedentes, não há condutas que desabonem as suas alterações militares e todos com comportamento compatível com a natureza da carreira.

Apesar de ter havido, em princípio, o excesso nas suas condutas e o erro na execução quanto ao objeto, tais circunstâncias serão analisadas, processadas e julgadas pelo Conselho Julgador, no momento oportuno.

3.4.1.4 Segurança da aplicação da lei penal militar

Até que seja provado ao contrário, inexiste qualquer indício de que os Réus venham a cometer outros delitos.

Na possibilidade de haver o cometimento de crime militar (deserção, por exemplo), na Justiça Militar da União, diferentemente da Justiça Comum, o Réu poderá ser processado e julgado, mesmo sendo decretada a sua revelia. Não se mostra assim ameaçada a aplicação da lei penal militar.

3.4.1.5 Exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares

Não se verifica aqui a configuração de tal requisito.

Os Réus, em nenhum momento, negaram as suas condutas de terem perseguido o Sedan branco e disparado contra o mesmo. Acreditavam que estavam alvejando o mesmo veículo que outrora atuou no roubo do Honda Civic.

Por uma questão de falsa percepção, *ab initio*, houve o descumprimento das normas de engajamento e de segurança, o que ocasionou o óbito de 2 (dois) Civis e lesões a um terceiro.

As circunstâncias como ocorreram os delitos deverão ser analisadas e julgadas pelo Conselho Julgador, não sendo imprescindível a manutenção da prisão preventiva dos Réus para tal situação.

Por fim, verificou-se que não mais subsistem os elementos essenciais à manutenção da segregação cautelar das praças, conforme os fundamentos expostos.

Consoante tal entendimento, trouxe à colação a jurisprudência acerca do tema, como se segue, *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. TENTATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. SUPORTE FÁTICO INJUSTIFICADO. MANDADO DE PRISÃO. RECOLHIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. O paciente responde pela prática do crime de tentativa de homicídio por, supostamente, haver efetuado disparos de fuzil contra o soldado Diogo Rosa da Silva Couto, no âmbito da operação de garantia da lei e da ordem, denominada "Operação Furacão", realizada no Complexo da Penha, no Rio de Janeiro e teve contra si decretada a prisão preventiva. A decisão primeva deveria ter explicitado os fundamentos pelos quais a autoridade judicante entendeu imperiosa a segregação preventiva para a conveniência da instrução criminal, para a segurança da aplicação da lei penal ou para a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina. Tal motivação é imprescindível para a legalidade e perpetuação da constrição. A decretação da prisão preventiva, como espécie de segregação cautelar da liberdade do cidadão, exige a presença dos requisitos próprios das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, somados a quaisquer das hipóteses discriminadas no art. 255 do CPPM. Para se conformar a prisão tratada pela presente impetração à ordem constitucional, deve estar ela amparada por suporte fático justificado no caso concreto. Em outras palavras, impõe-se uma base empírica apta a fundamentá-la. Essencial, portanto, a manutenção da decisão liminar com vistas a revogar a prisão preventiva decretada, determinando ao Juízo *a quo* o recolhimento do Mandado de Prisão expedido, porquanto a gravidade do delito, por si só, não é hábil a embasar a constrição. Ordem conhecida e concedida. Decisão unânime. (Habeas Corpus nº 7000893-49.2018.7.00.0000, Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 16/4/2019, Unânime).

> EMENTA: HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXACERBAÇÃO DO USO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME. O melhor entendimento doutrinário segue a linha de que a prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. À época em que foi imposta a segregação cautelar ao Paciente, a situação indicava-se adequada e plenamente válida. A liberdade precoce do Paciente denotaria graves máculas aos preceitos da exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina. Contudo, não se mostra razoável o emprego do encarceramento cautelar como medida penalizadora. Nada obstante,

passados mais de 19 (dezenove) dias da constrição da liberdade do Paciente, necessário faz-se verificar a adequação atual da medida extrema ao caso. A prisão de qualquer pessoa, especialmente quando se tratar de medida de índole meramente processual, por revestir-se de caráter excepcional, não pode nem deve perdurar, sem justa razão, por período excessivo, sob pena de consagrar-se inaceitável prática abusiva de arbítrio estatal, em tudo incompatível com o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito. *Writ* conhecido e concedido. Decisão à unanimidade. (Habeas Corpus nº 7000802-56.2018.7.00.0000, Rel. Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, julgado em 9/10/2018, unânime).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PORTE DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A HIERARQUIA E A DISCIPLINA. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA. O réu primário, que se mostra colaborativo com a Justiça, confessando o delito, e que possui residência certa e bons antecedentes criminais, poderá responder a Ação Penal Militar em liberdade, uma vez que, sob a jurisdição de primeira Instância, o princípio constitucional da presunção de inocência, inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, deve prevalecer sobre os demais princípios. Para a prisão cautelar se faz necessário elementos concretos a induzir que a liberdade do réu acarretará prejuízo à manutenção da hierarquia e da disciplina militares da tropa, à ordem pública ou à instrução criminal. Ordem concedida. Decisão unânime. (HC nº 7000716-85.2018.7.00.0000, Rel. Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, julgado em 16/10/2018, unânime).

3.4.1.6 Aplicação de medida cautelar alternativa à prisão

Como se depreendeu dos autos, a prisão preventiva já perdurava por 47 (quarenta e sete) dias, considerando a data da prisão em flagrante, dia 7/4/2019 a 10/5/2019 (oferecimento da Denúncia); 11/5/2019 (recebimento da peça Inicial) até a data atual (23/5/2019).

Os Réus possuem bons antecedentes e são primários; possuem residência fixa e atividade laboral, podendo ser encontrados a qualquer momento.

Logo, os requisitos autorizadores da prisão preventiva não se encontravam mais presentes nessa fase processual em relação aos Réus.

Ocorre que a prisão preventiva, segundo a legislação processual penal comum, é medida que se aplica em último caso. Para tanto, o art. 319 do CPP, alterado pela Lei nº 12.403/2011, traz uma série de medidas cautelares específicas.

O CPPM admite nos casos omissos, em seu art. 3º, alínea *a,* a aplicação subsidiária da legislação processual penal comum.

O recolhimento domiciliar noturno, a nosso sentir, possui semelhança, identidade e compatibilidade com a medida cautelar prevista nesta Justiça

Especializada, qual seja, a menagem, estabelecida nos arts. 263 e seguintes do CPPM. No entanto, apesar de semelhante, com ela não se confunde.

A medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno pode perfeitamente incidir no presente caso, sem acarretar qualquer prejuízo a índole do processo penal militar, sendo aplicável aos Réus, com exceção do Ten Nunes, principalmente por possuírem residência fixa e atividade laboral bem definida.

Mostrou-se menos restritiva que a segregação cautelar, impondo-se aos Réus a obrigação de recolhimento domiciliar noturno, no período das 20 horas até às 5 horas do dia seguinte, por um prazo, inicial, de 15 (quinze) dias, que poderá se estender até o ato de qualificação e interrogatório dos Réus, a critério da Magistrada, a ser aplicado inclusive nos dias de folga.

Justificou-se a aplicação de tal medida cautelar, primeiramente, em razão de não ser possível a incidência do instituto da menagem, em razão da natureza dos fatos apresentados na inicial; para afastar o convívio dos Réus com o meio social, bem como a exposição dos mesmos, diante da gravidade dos fatos dos quais foram protagonistas.

Tendo em vista o estado emocional das Praças, recomendou-se, ainda, que a Administração Militar determinasse a vedação de portarem armas durante atividades laborais e qualquer prestação de serviço externo, no âmbito de Operações de GLO e Emprego de Armas.

3.4.2 Situação do 2º Ten Ex Ítalo da Silva Nunes Romualdo

Ao revés da situação das Praças, a manutenção da segregação cautelar se impõe em relação ao Ten Nunes, porquanto a situação ínsita na alínea e do art. 255 do CPPM remanesce em relação à conduta do citado militar.

Compulsando os depoimentos prestados pelos corréus, na fase inquisitorial, verificou-se que a conduta do referido militar como sendo o primeiro a efetuar os disparos de arma letal contra o veículo Sedan branco, apesar de não ter expressado verbalmente o comando de atacar o veículo branco, supostamente, **tal atitude constituiu o estímulo a ser seguido pelos demais pares**.

Portanto, a conveniência da instrução criminal exigia a manutenção da prisão preventiva do referido oficial, quando se volta a um aspecto, qual seja, o acautelamento do bom andamento do processo.

A partir de tal medida, buscou-se a adequação do processo penal ao caso concreto, e observadas as razões que fundamentam a medida cautelar.

No caso, a situação do referido militar revestiu-se de certa singularidade, uma vez que, segundo o exposto nos autos, o fato de se tratar de um oficial, na condição de Comandante da fração operacional, a quem todos

os demais componentes devem obediência, atenção à hierarquia, respeito e lealdade.

A razão de cautela decorre do atendimento do principal objetivo do processo penal, assegurar a aplicação da lei penal, quanto ao bom andamento do processo, de modo que não haja influências que possam acarretar, por exemplo, ameaça a testemunhas, destruição de provas, fuga, dentre outros. O objetivo é assegurar com a prisão preventiva o desenvolvimento da instrução criminal.

Dessa forma, as normas de hierarquia e de disciplina ficaram abaladas, mormente quando se espera de um Comandante, com diversas experiências em operações de GLO, treinado para missões de tal natureza, uma atuação enérgica, mas comedida, observando-se as regras básicas para operações dessa jaez.

A jurisprudência é remansosa quanto ao tema, como se vê abaixo:

> HABEAS CORPUS. 2. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR 3. FURTO DE FUZIS PERTENCENTES AO EXÉRCITO (ART. 240, §§ 4º E 5º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR.). 4**. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA.** 5. INSTITUTO DA MENAGEM. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO EXIGIDO: PENA COMINADA AO DELITO SUPERIOR A 4 ANOS. 6. APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NA LEI N. 12.403/2011 NA JUSTIÇA MILITAR. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 7. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. (HC 135047/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 27/9/2016, Unânime) (Grifo nosso).

> EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 290 DO CPM. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MILITAR SURPREENDIDO COM DROGA. SUBSTÂNCIA DESCOBERTA NO INTERIOR DO COLÉGIO MILITAR DE BRASÍLIA (CMB). INDÍCIOS DE FINALIDADE MERCANTIL. JUÍZO DE PERICULOSIDADE EVIDENCIADO. GRAVIDADE DA CONDUTA. MEDIDA REVESTIDA DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. ORDEM DENEGADA. DECISÃO POR MAIORIA. A Decisão que converte a prisão em flagrante em custódia preventiva deve estar devidamente motivada. O melhor entendimento doutrinário segue a linha de que a prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. O porte de droga no interior de Instituição de Ensino, com sinais indicativos de finalidade mercantil, mormente pela quantidade aferida e pela reiteração da prática, possui, de *per si*, o condão de malferir os preceitos da hierarquia e da disciplina militares. Os pais que optam pelos Colégios Militares acreditam nos

> valores que o orientam e desejam que seus filhos absorvam a cultura, as tradições, o modo de fazer e de agir, como ministrado em sua formação educacional, num ambiente voltado para desígnios construtivos. Demonstra-se exposto o *periculum libertatis* do Paciente, na medida em que se encontram presentes o trinômio: gravidade da infração, repercussão social e periculosidade do agente. A liberdade precoce daquele que porta drogas em local de extrema sensibilidade para o corpo social colocará em xeque a própria credibilidade do Judiciário. O art. 254 do CPPM possui cláusula implícita *rebus sic stantibus*, porquanto prevê que a medida cautelar se justificará quando estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis,* e deve ser mantida enquanto persistir a sua necessidade. *Writ* conhecido e denegado. Decisão por maioria. (HC nº 7000744-53.2018.7.00.0000, Rel. Min. Carlos Augusto de Sousa, julgado em 13/09/2018, por maioria) (Grifo nosso).

O art. 254 do CPPM prescreve que a prisão preventiva pode ser decretada pelo Magistrado, a requerimento do Ministério Público, em qualquer fase do processo, concorrendo os seguintes pressupostos (*stricto sensu*) que demonstram o *fumus commissi delicti*: **prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria**.

As provas da conduta do agente e da autoria delituosa constituem matéria incontroversa, exsurgindo com força dos depoimentos do Ofendido, das testemunhas e, principalmente, das declarações dos Acusados.

Estão presentes no Auto de Prisão em Flagrante, restando indenes de dúvida os pressupostos do art. 254*,* alíneas *a* e *b,* e o art. 255, alínea e, do códex processual castrense, presentes na Decisão daquele Juízo como verdadeiros garantes da decretação da medida acautelatória.

In casu, a conduta ilícita do Acusado irrompeu de modo intenso, como é possível aquilatar a partir do depoimento da testemunha presencial dos fatos, Luciana dos Santos Nogueira, que, perguntada sobre os fatos ocorridos na tarde do dia 7 de abril de 2019, respondeu que, *in verbis:*

> (...) assim que o carro parou alguém no carro gritou "corre" e então a declarante, que estava sentada atrás do banco carona, abriu a porta direita traseira do veículo, puxando Michele e Davi pelo mesmo lado e dizendo para seu padrasto Sergio que já voltaria para ajudar Evaldo. Neste momento não houve disparos contra o veículo. Deixou Davi com Michele em uma casa localizada no térreo do prédio Minhocão e tentou retornar para o carro. As pessoas que estavam no local também começaram a se deslocar em direção ao carro **e um homem que não conhecia logo chegou perto do carro para ajudar pelo lado do carona. Não se recorda como este homem estava vestido. Nisso, ouviu muitos disparos contra o veículo e todo mundo correu para se abrigar. Naquele instante verificou que os tiros vinham de militares que estavam com um caminhão logo atrás do veículo na Estrada do Camboatá**. (Grifo nosso).

Aduziu-se que, pela conduta com que se houve o Paciente, indica haver fundadas razões de que possa vir a praticar outra infração de maior gravidade, ou até mesmo vir a tumultuar o andamento da instrução criminal.

O processo, apesar de já ter a sua instrução criminal iniciada, ainda se encontra pendente de inúmeras diligências a serem realizadas. As testemunhas de Defesa ainda não foram arroladas.

O oficial, se posto em liberdade, pode assim se valer da sua condição, do seu grau de envolvimento com os fatos colacionados, bem como pela sua responsabilização, para atrapalhar o bom andamento da fase instrutória, tais como dissuadir as testemunhas, tentar influenciar os depoimentos dos demais corréus, dificultar as perícias, apresentando novas versões dos fatos.

Percebeu-se que, no Registro de Ocorrência lavrado no dia 7 de abril de 2019, perante o Delegado de Polícia Militar – Sup Dia 1ª DE, os depoimentos dos militares envolvidos, apesar de estarem em harmonia, foram muito divergentes da realidade dos fatos, em total desconformidade com algumas diligências realizadas durante fase administrativa.

O que se leva a questionar, até que ponto, todos os flagranteados, em consonância com o seu líder, apresentaram a mesma versão dos fatos.

Desse modo, causa espécie o fato de o veículo alvejado pelos disparos de fuzis dos militares ter sido apreendido somente 3 (três) dias depois o ocorrido. E o que mais impressiona é o fato de ter sido encontrado numa oficina para reparos.

À guisa de fundamentação, trouxe a jurisprudência da Corte, acerca da matéria, na forma abaixo:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DESVIO DE ARMAMENTO DE GROSSO CALIBRE E MUITA MUNIÇÃO DE GUERRA. CRIME COMETIDO EM SERVIÇO, DENTRO DO QUARTEL. DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. NECESSIDADE DE GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.
>
> (...) Quanto à conveniência da instrução criminal, ao contrário do que foi alegado, há grande probabilidade de que o Paciente seja tentado ou forçado por traficantes a continuar delinquindo no transcorrer da persecução criminal, principalmente após ele ter confessado toda a senda criminosa às autoridades. Com relação à periculosidade, por se tratar de crime cometido por militar graduado, a frente de uma função sensível, como é o caso do armeiro, o perigo maior está imbricado no próprio "modus operandi" perpetrado pelo Paciente, bem como nas consequências desses atos ilícitos tanto para a caserna, quanto para a sociedade civil. No que tange à garantia de aplicação da lei penal militar, ressalte-se que o Paciente confessou o crime, citou o nome de mais de um traficante, com

> quem negociou armas e munições e que dos três fuzis subtraídos da caserna, ele devolveu apenas um deles. Dessa forma, não havendo qualquer vício ou ilegalidade nas decisões da Juíza de Direito da Justiça comum e depois da Juíza Federal da Justiça Militar, que decretaram a prisão preventiva do Paciente, o Remédio Heroico "in tela" deve ser negado, de maneira que, mesmo sendo réu primário, não há como revogar a Decisão Judicial que decretou a restrição de sua liberdade. Habeas Corpus conhecido, ordem denegada. Decisão unanime. (HC 7000057-42.2019.7.00.0000, Rel. Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, julgado em 28/2/2019, unânime).

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. Militar denunciado pelo crime de homicídio qualificado por ter, quando de serviço, utilizado seu armamento para ceifar a vida de colega. Conforme a Decisão impugnada, a medida preventiva visa preservar os princípios da hierarquia e disciplina que, após o evento criminoso presenciado pelos colegas no interior do alojamento das sentinelas do Corpo da Guarda do 3º Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado, Regimento Mallet, restaram abaladas com a liberdade do Paciente. Visa, ainda, a conveniência da instrução criminal, dado que existem diligências periciais relevantes para o deslinde da causa ainda em andamento, razão por que a segregação do militar objetiva manter o normal andamento do feito, para que as diligências sejam realizadas com celeridade e livres de qualquer tumulto processual. No caso, estando suficientemente fundamentada a Decisão que indeferiu o pleito de liberdade provisória do Paciente, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou abuso de poder a amparar a pretensão da Impetrante, inexistindo o alegado excesso ou constrangimento ilegal por parte do Juízo *a quo*. Ordem denegada por falta de amparo legal. Maioria. (HC nº 0000205-51.2014.7.00.0000, Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, julgado em 5/3/2015, maioria).

Entre os fundamentos próprios para a decretação da custódia preventiva, a situação deletéria para com a disciplina militar, nos termos do art. 255, alínea *e,* do CPPM, decorrente da atitude do Acusado e seus reflexos no âmbito do Quartel.

Realmente, tais argumentos são absolutamente pertinentes, pois se configurou como procedente asseverar que os fatos objeto dos presentes autos necessitam, para sua ocorrência, de uma imensa insensibilidade por parte do autor, capaz de superar todos os freios inibitórios que se fariam presentes na mais simples e superficial cogitação que antecedesse a prática da conduta ilícita.

Por último, cabe assinar que a custódia preventiva do Acusado não deverá caracterizar violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois a prisão cautelar está prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXI) e não é incompatível com o princípio da presunção de não culpa (art. 5º, LVII), podendo ser decretada para atendimento dos pressupostos do art. 255 do CPPM.

As circunstâncias tais como bons antecedentes e primariedade, por si só, não constituem motivo bastante para ilidir o decreto de prisão preventiva, se houver necessidade desta. Nesse sentido já decidiu o STF no julgamento do Habeas Corpus nº 92.204/PR, em 16/12/2007 (DJ 19/12/2007).

Acerca desse tema, bastante esclarecedor é o seguinte tópico extraído de Acórdão de Habeas Corpus do STF, *in verbis:*

> PRISÃO PREVENTIVA - CARÁTER EXCEPCIONAL
>
> A privação cautelar da liberdade individual, não obstante o caráter excepcional de que se reveste, pode efetivar-se, desde que o ato judicial que a formaliza tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos formais de decretabilidade da prisão preventiva. Uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de indícios suficientes de autoria, nada impede a válida decretação, pelo Poder Judiciário, dessa modalidade de prisão cautelar. Doutrina e jurisprudência. (...) (HC nº 80.892/RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

Observou-se, assim, que a Decisão da prisão preventiva não apresenta qualquer ilegalidade ou afronta a dispositivos constitucionais. Restou demonstrada de modo claro, baseada em fatos concretos, exposta a imperiosidade da custódia preventiva, até a qualificação e interrogatório do Paciente, a fim de assegurar a regular instrução da causa e aplicação da lei penal militar, em face das circunstâncias do delito.

Por óbvio, como toda medida cautelar, também a prisão preventiva terá a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Assim, a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem – art. 259 do CPPM.

Naturalmente, o Conselho Especial de Justiça poderá concluir que, em tese, ao fim da Instrução Criminal, se restarem exauridos os argumentos que deram ensejo à declaração da custódia preventiva do Paciente, exsurgirá como medida adequada a revogação da Decisão *ex vi* do art. 259 do CPPM.

Logo, a plausibilidade jurídica da denegação da Ordem ficou caracterizada pelos elementos fáticos e jurídicos trazidos à colação, pois se evidenciou a incidência do *fumus commissi delicti* e **restou demonstrado o *periculum libertatis* em razão da liberdade do Paciente.**

Portanto, no atual momento processual e consoante a doutrina e a jurisprudência desta egrégia Corte, a manutenção da prisão preventiva do Paciente não caracteriza constrangimento ilegal.

Assim, inexistindo constrangimento ilegal, é de se denegar a concessão da Ordem em relação ao 2º Ten Ítalo da Silva Nunes Romualdo.

4. DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheci do presente *Writ*, e, divergindo de meus eminentes pares, concedi, parcialmente, a ordem de Habeas Corpus para:

- manter a Decisão recorrida quanto ao 2º Ten Ítalo da Silva Nunes Romualdo, por remanescer a incidência do requisito ínsito no art. 255, alínea e, c/c o art. 254, ambos do CPPM;

- reformar a Decisão vergastada no tocante aos Réus Fábio Henrique Souza Braz da Silva, Gabriel Christian Honorato, Gabriel da Silva de Barros Lins, João Lucas da Costa Gonçalo, Leonardo Oliveira de Souza, Marlon Conceição da Silva, Matheus Sant'Anna Claudino, Vitor Borges de Oliveira, com a expedição do competente alvará de soltura, se por *al* mais não estiverem presos.

- aplicar aos Réus Fábio Henrique Souza Braz da Silva, Gabriel Christian Honorato, Gabriel da Silva de Barros Lins, João Lucas da Costa Gonçalo, Leonardo Oliveira de Souza, Marlon Conceição da Silva, Matheus Sant'Anna Claudino, Vitor Borges de Oliveira a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, à luz do art. 3º, alínea *a*, do CPPM, c/c art. 319 do CPP, no período das 20 horas às 5 horas, do dia seguinte, por um prazo inicial de 15 (quinze) dias, que poderá se estender até o ato de interrogatório e qualificação dos Réus, a ser aplicado inclusive nos dias de folga, delegando à Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 1ª CJM as providências cabíveis no cumprimento das medidas cautelares.

Recomendei, ainda, tendo em vista o estado emocional das Praças, que a administração militar determinasse a vedação de portarem armas durante atividades laborais e qualquer prestação de serviço externo, no âmbito de Operações de GLO e Emprego de Armas.

Superior Tribunal Militar, 23 de maio de 2019.

Dr. José Barroso Filho
Ministro do STM

_____

HABEAS CORPUS Nº 7001010-40.2018.7.00.0000

Relatora: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Relator para o Acórdão: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Paciente: Girleu Oliveira de Asevedo.

Impetrante: Dr. Marcelo da Silva Trovão.

Impetrado: Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 1ª CJM.

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 158 DO CPM. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO. HABEAS CORPUS COM IDÊNTICO OBJETO DENEGADO NO SUPREMO TRIBUNAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANIFESTAMENTE INCABÍVEIS. NÃO INTERRUPÇÃO NEM SUSPENSÃO DO PRAZO PARA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE.

1. Havendo recente Decisão proferida pelo STF, nos autos de Habeas Corpus lá impetrado com o mesmo objeto, em que foi denegada a ordem e firmada a execução provisória da condenação, prejudicado está o idêntico pedido formulado nesta Corte.

2. Os Embargos de Declaração julgados manifestamente incabíveis não suspendem nem interrompem o prazo para a interposição de Recurso Extraordinário.

Ordem denegada. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, e na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro Artur Vidigal de Oliveira, após o voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), que conhecia em maior amplitude do objeto de fundo do presente ***writ*** e concedia a Ordem para assegurar a Girleu Oliveira de Asevedo a estrita observância do regime inicial de cumprimento da pena (regime aberto) já fixado, bem como para, ***ex officio***, determinar à autoridade coatora que se abstenha de praticar qualquer ato processual de execução antecipada da sanção, não apenas até o transcurso dos prazos recursais no STM, mas até o advento do trânsito em julgado para a Defesa.

Os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino aguardam o retorno de vista. Declarou-se impedido o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz nos termos

do art. 144 do RISTM. O Ministro Francisco Joseli Parente Camelo não participou do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa, Dr. Marcelo da Silva Trovão, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho. A Defesa será intimada do retorno de vista para a sequência do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 9/4/2019).

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Barroso Filho, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Ministro-Presidente, presente o Dr. José Garcia de Freitas Junior, representante do Ministério Público, e prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão de 9/4/2019, após o retorno de vista do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, rejeitou a preliminar arguida pelo Ministro José Coêlho Ferreira de sobrestamento do feito até o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1210572, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Em seguida, no mérito, **por maioria**, nos termos do voto de vista do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, o Tribunal, cassando a liminar deferida, denegou a ordem de **Habeas Corpus**, sobretudo por entender prejudicado o pedido formulado, em razão de recente Decisão proferida pelo STF nos autos do **Habeas Corpus** lá impetrado pelo Paciente Girleu Oliveira Asevedo e da pacífica jurisprudência quanto à matéria ventilada em relação à tempestividade recursal. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora) conhecia em maior amplitude do objeto de fundo do presente ***writ*** e concedia a Ordem para assegurar a Girleu Oliveira de Asevedo a estrita observância do regime inicial de cumprimento da pena (regime aberto) já fixado, bem como para, ***ex officio***, determinar à autoridade coatora que se abstivesse de praticar qualquer ato processual de execução antecipada da sanção, não apenas até o transcurso dos prazos recursais no STM, mas até o advento do trânsito em julgado para a Defesa. O Ministro José Coêlho Ferreira concedia a Ordem, por motivação diversa, por entender não constar dos autos a certidão de trânsito em julgado.

Acompanharam o voto de vista do Ministro Artur Vidigal de Oliveira os Ministros William de Oliveira Barros, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Marco Antônio de Farias. Relator para acórdão Ministro Artur Vidigal de Oliveira. A Ministra-Relatora fará voto vencido. Declarou-se impedido o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, na forma do art. 144 do RISTM. Os Ministros Francisco Joseli Parente Camelo e Carlos Vuyk de Aquino não participaram do julgamento. Ausência justificada do Ministro Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 11/6/2019).

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus preventivo impetrado em favor de GIRLEU OLIVEIRA DE ASEVEDO, 2º Ten RRm Ex, condenado por esta Corte, em regime aberto, à pena de 3 (três) anos, pela prática do delito constante do art. 158 do CPM (violência contra militar em serviço), com cunho de se evitar a execução provisória da pena pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 1ª CJM, tendo em vista a ausência de trânsito em julgado da condenação.

Consta que, em um estacionamento da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), após uma celebração de casamento, o Réu e sua esposa, que lá estavam, tiveram um desentendimento, o que chamou a atenção da guarnição de serviço, que teve que intervir. Em decorrência disso, o Réu praticou o crime de violência contra os militares que estavam de serviço naquela oportunidade.

Na inicial, o Impetrante requer "seja determinado à autoridade coatora abster de decretar a prisão do paciente, pois a pena imposta deve ser cumprida em regime aberto, bem como, também, seja determinado que a autoridade coatora se abstenha de praticar qualquer ato processual relativo a execução da pena imposta ao paciente, até que haja o transcurso dos prazos Recursais no Superior Tribunal Militar" (Evento 1).

Em 12/12/2018, a então Ministra-Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA deferiu, de forma excepcional, o pleito liminar até que se ultimasse o julgamento do presente *writ* por esta Colenda Corte.

O competente Salvo-Conduto restou expedido na mesma data.

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente *Habeas Corpus*.

A princípio, verifiquei que o nobre causídico, Dr. MARCELO DA SILVA TROVÃO, também impetrou, perante o Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus nº 166093, cujo acórdão foi publicado recentemente, em 23 de abril de 2019 – e em data posterior à Sessão desta Corte que iniciou o julgamento do presente *Habeas Corpus* –, tendo a 2ª Turma do STF, por maioria, negado provimento ao Recurso do ora Paciente e firmado a execução provisória da condenação, conforme entendimento majoritário daquela Corte. Eis a ementa:

> EMENTA: "HABEAS CORPUS" - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - DECISÃO EMANADA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO – "EXECUÇÃO PROVISÓRIA" DA CONDENAÇÃO PENAL -

> POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STF (...) DEVE PREPONDERAR, NA RESOLUÇÃO DO LITÍGIO, O PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE, RESSALVADO, EXPRESSAMENTE, O ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA - PEDIDO DE "**HABEAS CORPUS" INDEFERIDO** (...) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
>
> (STF - HC 166093 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 22-04-2019 PUBLIC 23-4-2019 - (grifei).

Assim, verifico inicialmente que os pedidos constantes nesta impetração, os quais visam obstar a execução provisória da condenação, perderam o seu objeto, sob pena de desrespeito à decisão proferida pelo STF, ainda que de indeferimento de *Habeas Corpus*.

Desse modo, em que pese minha afeição à posição da Ministra-Relatora quanto ao tema, o que obedece à prescrição do Código de Processo Penal Militar, e apesar de também ser adepto da prisão após condenação em 2ª Instância, mormente nos casos em que são vislumbrados recursos protelatórios, apenas noticio aqui a decisão proferida pelo STF referente à matéria objeto desta impetração.

Ainda que assim não fosse, em análise da tempestividade recursal, verifico que o Recurso Extraordinário nº 7000096-39.2019.7.00.0000, interposto contra a condenação do Paciente, nesta Corte, foi inadmitido por intempestividade.

Com efeito, quando de sua admissibilidade, o então Presidente desta Corte, Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, não conheceu do Recurso, em razão de sua manifesta intempestividade, negando-lhe seguimento para o Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 1.030, inciso V, do novo Código de Processo Civil e do art. 6º, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (*link* disponível no Evento 48 dos Embargos de Declaração nº 7000647-53.2018.7.00.0000, Evento 7).

A decisão foi assim fundamentada, *in verbis*:

> (...) o Recurso não preenche o requisito da tempestividade, senão vejamos.
>
> A Defesa opôs os Embargos de Declaração em 3/7/2018, oportunidade em que se deu por intimada da publicação do Acórdão da Apelação. Porém, em 4/12/2018, o referido Recurso teve seu seguimento negado, por ser manifestamente incabível, além de ter sido declarado protelatório (proc. nº 7000647-53.2018.7.00.0000, evento 37).
>
> A Defesa foi intimada da referida Decisão em 14/12/2018 (proc. nº 7000647-53.2018.7.00.0000, evento 40) e, irresignada, interpôs o presente Recurso Extraordinário em 26/01/2019 (proc. nº 7000647-53.2018.7.00.0000, evento 47).

(...)

Todavia, o Excelso Pretório, órgão competente para julgar o Recurso Extraordinário, já firmou jurisprudência no sentido de que, em casos como este, em que os Embargos de Declaração não são conhecidos pelo Tribunal *a quo* por serem manifestamente incabíveis, o recurso não tem o condão de interromper ou suspender o prazo recursal. Nesse sentido, vale colher as seguintes Decisões do Supremo Tribunal Federal, in litteris:

(...)

Confira-se, ainda, o Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.160.254 (rel. min. Cármen Lúcia), julgado em 19 de setembro de 2018, reafirmando a orientação jurisprudencial acima mencionada:

> (...) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. **Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, os embargos de declaração não conhecidos pelo Tribunal de origem, por intempestividade ou inequívoca hipótese de não cabimento não suspendem ou interrompem o prazo para a interposição do recurso extraordinário. Impossibilidade de análise dos requisitos de admissibilidade de recurso da competência do tribunal de origem. Ausência de repercussão geral. Agravo regimental a que se nega provimento (AI n. 855.640-ED, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 18.9.2012).** Nada há a prover quanto às alegações do agravante. 7. Pelo exposto, nego provimento ao recurso extraordinário com agravo (al. a do inc. IV do art. 932 do Código de Processo Civil e § 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) e determino a majoração da verba honorária, se fixada na instância de origem, em 10%, conforme disposto no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, nos termos do § 3º do art. 98 do mesmo Código. Publique-se. Brasília, 19 de setembro de 2018. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (ARE 1160254, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 19/9/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 24/09/2018 PUBLIC 25/9/2018) (Grifos nossos).

Portanto, tendo a Defesa se dado por intimada do Acórdão em 3/7/2018 (proc. nº 151-71.2013.7.01.0201, evento 66), o prazo final para interposição do Recurso Extremo seria o dia 15/8/2018 (quarta-feira). Desta feita, o Recurso protocolado no dia 26/1/2019 é manifestamente intempestivo e, portanto, não deve sequer ser conhecido, ficando prejudicado, inclusive, o pedido de concessão de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário.

Como se vê, o Recurso Extraordinário foi inadmitido por manifesta intempestividade, em razão do não cabimento dos Embargos de Declaração

(proc. nº 7000647- 53.2018.7.00.0000, evento 44), os quais foram declarados, inclusive, protelatórios.

Ressalto trecho do *Decisum* da Ministra-Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, que, ao se manifestar acerca do não cabimento dos Embargos em razão da inexistência de vícios a serem sanados na espécie, pontuou, *in verbis*:

> (...) A matéria cunho de análise nestes autos restou fartamente debatida no âmbito dessa Corte castrense. A título de recordação, a *quaestio* gerou extensa combatividade da Defesa que, ao longo do processo judicial, interpôs: 7 (sete) Mandados de Segurança, 4 (quatro) Habeas Corpus, 5 (cinco) Embargos de Declaração – incluindo-se este, 3 (três) Correições Parciais e 1 (um) Agravo Regimental (...).

Desse modo, intempestivo é o Recurso Extraordinário interposto, porquanto pacífica a jurisprudência do STF no sentido de que os Embargos de Declaração opostos na origem, quando julgados manifestamente incabíveis, intempestivos ou inexistentes, não suspendem nem interrompem o prazo para a interposição dos recursos dirigidos àquela Corte. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA HIPÓTESE DE CABIMENTO DOS EMBARGOS NÃO INTERROMPEM NEM SUSPENDEM O PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE OUTRO RECURSO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. INTEMPESTIVIDADE. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. I - Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que recursos manifestamente incabíveis ou intempestivos não têm o condão de suspender ou interromper prazos para interposição de outros recursos. Precedentes. II - Agravo regimental não conhecido. (RE 1031181 ED-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 6-12-2018 PUBLIC 7-12-2018);
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COM AGRAVO. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS INTEMPESTIVOS. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO DE OUTROS TRIBUNAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a interposição de recurso extemporâneo ou incabível não interrompe o prazo para a interposição do recurso extraordinário. Precedentes. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 772313 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 22-4-2015 PUBLIC 23-4-2015); e
>
> (...) É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que embargos de declaração opostos na origem, quando julgados manifestamente

> incabíveis, intempestivos ou inexistentes, não suspendem nem interrompem o prazo para a interposição de recurso. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 761572 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

Vislumbro, também, que da decisão de inadmissibilidade foi interposto Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 1210572). Quando de sua apreciação, o Supremo Tribunal Federal não conheceu do Recurso Extraordinário a que ele se refere por ser manifestamente inadmissível.

E reitero – em que pese também minha afeição à posição da Ministra-Relatora quanto ao tema ventilado em seu voto, a qual, inclusive, deferiu efeito ampliativo ao presente Habeas Corpus, a fim de obstar a execução antecipada da sanção até o advento do trânsito em julgado para a Defesa –, não nos cabe desrespeitar a decisão do STF, ainda que referente ao indeferimento do HC nº 166093, lá impetrado pelo ora Advogado, tendo firmado a execução provisória da condenação, que ora se pretender impedir.

Por fim, o pedido constante do presente HC consiste apenas em determinar à autoridade coatora que "se abstenha de praticar qualquer ato processual relativo a execução da pena imposta ao paciente, até que haja o transcurso dos prazos Recursais no Superior Tribunal Militar", o que já foi verificado.

Ante o exposto, voto pela cassação da liminar deferida e pela denegação da ordem de Habeas Corpus, sobretudo por entender prejudicado o pedido formulado, em razão de recente Decisão proferida pelo STF nos autos do Habeas Corpus lá impetrado pelo Paciente GIRLEU OLIVEIRA ASEVEDO, e da pacífica jurisprudência quanto à matéria ventilada em relação à tempestividade recursal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Barroso Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria de votos**, em rejeitar a preliminar, arguida pelo Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, de sobrestamento do feito até o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1210572, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. No mérito, **por maioria**, em cassar a liminar deferida e denegar a ordem de Habeas Corpus, sobretudo por entender prejudicado o pedido formulado, em razão de recente Decisão proferida pelo STF nos autos do Habeas Corpus lá impetrado pelo Paciente Girleu Oliveira Asevedo, e da pacífica jurisprudência quanto à matéria ventilada em relação à tempestividade recursal.

Brasília, 11 de junho de 2019 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Habeas Corpus Nº 7001010-40.2018.7.00.0000

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pois conhecia do *writ* em maior amplitude e concedia a ordem, consoante os motivos a seguir.

Na sessão de 9/4/2019 consignei que:

O paciente responde à Ação Penal Militar nº 151-71.2013.7.01.0201, originária da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. Em sede de Apelo, este Tribunal por *Decisum* unânime, em 12/6/2018, manteve a condenação de 3 (três) anos de reclusão, devido a infração do art. 158 do CPM (violência contra militar de serviço). O v. Acórdão restou assim ementado:

> EMENTA: APELAÇÃO. QUESTÕES DE ORDEM. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. LESÃO CORPORAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. UNÂNIME. VIOLÊNCIA CONTRA MILITAR DE SERVIÇO. CONDUTA TÍPICA. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. UNÂNIME.
>
> Questões de ordem que não causam impedimento quanto à análise da *quaestio* devem ser superadas passando-se ao enfrentamento do Apelo.
>
> Preliminar de prescrição da pena aplicada quanto ao delito de lesões corporais.
>
> Comprovado nos autos o advento da prescrição punitiva pela pena *in concreto*, impõem-se o reconhecimento de ofício do prazo prescricional. Decisão unânime.
>
> No mérito, restou demonstrado que o réu, em 3 (três) oportunidades, mesmo previamente advertido e contido, partiu com inequívoco *animus laedendi* para o ataque contra militares em serviço. O delito de violência contra militar de serviço sequer exige a ocorrência de lesão para a consumação, eis que o bem jurídico tutelado, *prima facie*, é a disciplina e a hierarquia militar.
>
> O *Decisum* proferido pelo Conselho Especial de Justiça fundamentou de forma minuciosa as razões da não prevalência do laudo médico particular diante das demais provas coligidas.
>
> A tese do suposto "apagão" do réu restou fartamente rechaçada, razão pela qual a manutenção da condenação quanto ao crime de violência contra militar de serviço (art. 158 do CPM) revela-se justa, diante da relevância dos fatos. Decisão unânime.

Diante do Aresto, a defesa interpôs os Embargos de Declaração nº 7000647-53.2018.7.00.0000, julgado em 4/12/2018, unanimemente rejeitados e declarado protelatórios, nos termos do art. 127 do RISTM, *in litteris*:

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. OMISSÃO. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO JUÍZO *A QUO*. MATÉRIA PRECLUSA. CONTRADIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS LAUDOS MÉDICOS. INEXISTÊNCIA. AMPLO ENFRENTAMENTO DAS MATÉRIAS NO ACÓRDÃO. REJEIÇÃO. UNÂNIME.
>
> A análise dos critérios para o conhecimento desta espécie recursal é realizada com base em um juízo superficial de cognição, na qual, se exige apenas o respeito ao prazo legal (5 dias) e a indicação dos pontos que a Defesa, em seu entender, reputa por ambíguo, obscuro, contraditório ou omisso no Acórdão hostilizado. Preliminar de não conhecimento rejeitada à unanimidade.
>
> No tocante à arguição do embargante de nulidade processual em virtude de suspeição ou impedimento da magistrada de 1ª instância que teria realizado a Sessão de Julgamento na 2ª auditoria da 1ª CJM sem aguardar o pronunciamento dessa casa, o tema foi objeto da terceira questão de ordem e, unanimemente, rechaçado por esta Corte em sede de Habeas Corpus. Portanto, a nulidade processual por impedimento/ suspeição da douta magistrada *a quo* foi alcançada pela preclusão lógica.
>
> Quanto à suposta contradição na interpretação dos laudos médicos constantes dos autos, o Acórdão impugnado fundamentou à exaustão os motivos pelo quais a tese de "apagão" do réu não merece acolhida.
>
> O processo transcorreu em observância estrita ao devido processo legal, sem defeitos (ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão) a serem sanados, razão pela qual se rejeitam os embargos declarando-os com manifesto propósito protelatório. Decisão unânime.

O Acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 12/12/2018, o *Parquet* restou intimado em 17/12/2018 e a defesa em 24/12/2018; tendo interposto Recurso Extraordinário em 26/1/2019.

Como se vê, a defesa tem se mostrado aguerrida e, até o momento, a Ação Penal nº 151-71.2013.01.0201 gerou 7 (sete) Mandados de Segurança, 5 (cinco) *Habeas Corpus* – incluindo-se este –, 5 (cinco) Embargos de Declaração, 3 (três) Correições Parciais, 1 (um) Agravo Regimental e 1 (um) Recurso Extraordinário. Porquanto, percebe-se que a *quaestio* se protrai além do que lhe seria comum.

No entanto, é inequívoco caber a esta Corte a tutela de seus próprios julgados, razão pela qual entendo que o conhecimento e a apreciação deste *writ* devem ir além do efetivamente pugnado, qual seja:

> (...) III - DO PEDIDO
>
> Ante ao exposto, requer a V. Exa. seja concedida a ordem de **Habeas Corpus**, para, **sucessivamente**:
>
> a) seja convolada em definitiva a medida liminar;

> b) seja determinado à autoridade coatora abster de decretar a prisão do paciente, pois **a pena imposta deve ser cumprida em regime aberto**, bem como, também, seja determinado que a autoridade coatora se abstenha de praticar qualquer ato processual relativo a execução da pena imposta ao paciente, **até que haja o transcurso dos prazos Recursais no Superior Tribunal Militar**. (...). (Grifos no original).

Observa-se que o impetrante no petitório pugnou, tão somente, pelo deferimento da tutela até o exaurimento dos prazos recursais no Superior Tribunal Militar. Todavia, em sua fundamentação, discutiu sobre o cenário de insegurança jurídica acerca da execução provisória da pena de condenados em segunda instância, alegando que impetrará HC perante a Suprema Corte para discutir o tema. Leia-se:

> (...) O tema execução provisória pelo julgamento do Colegiado (2ª instância, no caso o STM), ainda está em debate, tendo Ministros do Supremo Tribunal Federal, individualmente, proferido decisões no sentido de que deve aguardar o trânsito em julgado do processo e não a decisão de 2ª instância.
>
> Quando o (sic) tema da inconstitucionalidade da execução provisória, o paciente impetrará Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal. (...).

Neste ponto, penso ser dever deste Tribunal, diante do cenário jurídico ainda indefinido no STF, pronunciar-se acerca da situação de réus que se encontrem em cenário equivalente ao do caso em apreço, pois do contrário se outorgaria ao juízo de piso, no caso, o da 2ª Auditoria da 1ª CJM, a resolução ou não da execução provisória de condenados em Acórdãos deste STM.

De outra sorte, a mim não me parece crível que os litigantes levem a questão a mais alta instância do Poder Judiciário, sem que esta Corte se pronuncie sobre o tema.

Daí porque amplio, de ofício, o objeto do presente remédio heroico, para apreciar a execução provisória da pena neste feito.

A alteração jurisprudencial no âmbito do Pretório Excelso teve por *leading case* o julgamento do HC 126.292 em 17 de fevereiro de 2016, que admitiu a possibilidade de execução provisória da pena após o julgamento colegiado em segunda instância. O último julgado do pleno foi realizada em 2018, ao julgar o HC 152.752, no qual, em apertada maioria de votos (6x5), o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento favorável à prisão.

Certo é que o tema de fundo do *writ* é hoje o mais notório na esfera jurídico criminal e, até por isso, tem sido objeto de extensa reflexão nos pretórios pátrios e calorosos debates nas academias e doutrina. As teses esposadas podem ser assim sintetizadas:

A primeira corrente, capitaneada pelo ministro Marco Aurélio, que, em respeito às garantias fundamentalizadas, reputou constitucional o art. 283 do CPP, dispositivo que exige o trânsito em julgado da condenação.

A segunda corrente, defendida pelo ministro Edson Fachin, que dava interpretação conforme a Constituição para afastar a exegese de o art. 283 do CPP e impedir o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Por último, a terceira corrente adotada pelo ministro Dias Toffoli, favorável a suspensão da execução sancionatória, diante da pendência de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, alcançando, contudo, o recurso extraordinário.

A matéria aguarda resolução definitiva da Suprema Corte e é objeto das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) n. 43 e 44 de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Extrai-se dos respectivos andamentos processuais[159] que o Ministro Presidente Dias Toffoli designou o dia 10/4/2019 **para o julgamento do tema em sede de controle abstrato (ADCs n. 43 e 44)**.

Todavia, em 4/4/2019, o feito foi retirado do calendário de julgamento do STF não havendo, ainda, designação de nova data.

Diante deste cenário e até pacificação final pela Alta Corte de Justiça, ratifico meu entendimento no tocante a matéria em apreciação, em consonância com a posição que adotei ao analisar o HC nº 98-36.2016. Naquela oportunidade assentei que a promulgação da Carta Fundamental de 1988 trouxe à sua ilharga como imediata consequência a alteração sobre o sistema prisional pretérito. Cito como principais[160]: a instituição do princípio afirmativo da presunção de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal e a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

O denominado "estado de inocência", por seu turno, compreende não só uma forma de tratar o réu durante o trâmite processual enquanto estiver *sub judice,* até o trânsito em julgado da decisão final; como também constitui uma regra probatória, segundo a qual o ônus de demonstrar a culpa *lato sensu* é inteiramente da acusação, decorrência do sistema acusatório.

Cuida-se de princípio basilar do Estado Democrático de Direito e garantia individual fundamental e intransponível, razão pela qual inadmissível criar restrições e interpretações contrárias à própria letra do mandamento magno.

---

[159] Consulta realizada no sítio do STF, em 1º/2/2019: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729.

[160] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 414.

Para mim, o encarceramento anterior à *res judicata* viola o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da CF/88. Certo é que atribuir ao réu fato definido como crime de forma praticamente definitiva, antecipando-se o cumprimento sancionatório, sem pronunciamento derradeiro, afronta severamente o referido postulado porquanto "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". E nenhum fundamento é hábil a justificar a execução apressada de uma sanção em descompasso com norma mandamental revestida de fundamentalidade.

Conquanto o Direito espelhe os anseios sociais em busca da melhor forma de solucionar os conflitos, jamais poderão ser suplantados direitos inerentes ao indivíduo, mormente se resguardam a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentir, a presunção de inocência revela-se meio assecuratório não só da dignidade do acusado, como da idoneidade da *persecutio criminis,* com vistas a limitar e, consequentemente, legitimar, a atuação estatal no exercício da jurisdição, proporcionando um processo isento de arbitrariedades. Sabido é que a relação jurídica processual formada entre cidadão e Estado – e o seu aparato – é naturalmente desproporcional, diante do cidadão, mormente quando é ele criminalmente denunciado. O estado de hipossuficiência, somente pode ser atenuado se observadas as garantias mínimas do indivíduo em busca de um equilíbrio de forças, ao menos idealizado, e textualizado na *Lex* Magna.

Tal princípio derivou, portanto, da necessidade de proteção da liberdade perante a República, remontando à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo. De raízes iluministas, teve como precursores Voltaire, Rousseau e o famoso Marquês de Beccaria, que revolucionou, com sua obra Dos Delitos e das Penas, o pensamento vigente à época, ao polemizar temas como a tortura, as acusações secretas e desprovidas de qualquer respeito para com a pessoa julgada. Em suas palavras, "a perda da liberdade sendo já uma pena, (...) só deve preceder à condenação na estrita medida que a necessidade o exige"[161].

Tal fase foi marcada pelo surgimento da concepção individualista da sociedade, em contraposição à organicista, gerando profundas alterações na esfera dos direitos da pessoa.

Se outrora o indivíduo era apenas uma fração do todo, passou a ter lugar de destaque. Enquanto vigorava a concepção orgânica, somente se defendia a conservação política da sociedade. Sob esta nova perspectiva, tem-se

[161] BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Atena, 1954, p. 106.

ser ela a soma das partes, adicionada às liberdades, direitos e obrigações. Como pontuou Bobbio[162], o valor histórico dessa inversão jamais será suficientemente demonstrado, tamanha sua importância e por daí derivar o próprio conceito da democracia moderna. Nesse diapasão, as Cartas Políticas modernas passaram a pressupor, em um primeiro plano, a existência de postulados *jus* humanistas.

Como analisarei adiante, os fundamentos constantes do Acórdão no HC 126.292 invertem a consagração secular, em inaceitável retrocesso ao século XVI, por sobrelevar os anseios da sociedade (concepção organicista) à custa da mitigação de direito individual expressamente consagrado na *Lex* Magna.

Refutar a concepção individualista e a pessoa humana do epicentro da lei infirma um de seus pilares: o *due process of law*. Este, por sua vez, revelou-se indissociável da presunção de não culpabilidade.

Tanto é assim, que a Carta francesa, há mais de duzentos anos, já dispunha: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'a ce qu'il ait été declare coupable;".

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, consagrou no art. XI, nº 1:

> (...) todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 igualmente estabeleceu: "Art. 14. (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Reverberando tal entendimento, o art. 8º, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, dispôs em texto quase idêntico: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Cartas Políticas de vários Estados se seguiram, espelhando tal modelo mundo afora. À época, diante de tamanho avanço, não se atentou para a definição do momento no qual seria "comprovada a culpa" do réu, dando azo a interpretações divergentes nas positividades que não a determinaram.

Alguns, inclusive, remeteram à lei ordinária.

---

[162] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 119.

Todavia, não é o que ocorre na legislação pátria.

Precursora do entendimento de que a culpabilidade só é firmada com o trânsito em julgado da condenação, cito a Constituição Italiana de 1947, *verbis:* "Art. 27. (...) L'imputato non è considerato colpevole **sino alla condanna definitiva**."

A Carta Portuguesa (1976), expressamente, assim estabeleceu: "Art. 32. (...). 2. Todo o arguido **se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença** de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa."

A Constituição da Bulgária (1991) em seu art. 31, n. 3, a da Croácia (1991) no art. 28, a da Polônia (1997) no art. 42, n. 3, a da Albânia (1998) no art. 30, a do Camboja (1993) no art. 38, a da República Tcheca (1993) no art. 40, n. 2, a da Guatemala (1985) no art. 14, a da Jordânia (1952) no art. 101, n. 4, a da Romênia (1991) no art. 23, n. 11, a da Eslováquia (1992) no art. 50, n. 2, e a da Eslovênia (1991) no art. 27 igualmente demandam a *res judicata* para o aprisionamento.

De igual modo, as mais recentes Cartas Políticas, promulagadas no avançar do século XXI, como a Constituição do Equador de 2008 (art. 76, n. 2), a de Moçambique de 2004 (art. 59, n. 2), a da Sérvia de 2006 (art. 34), a de Madagascar de 2010 (art. 13), a da Hungria de 2011 (art. XXVIII, n. 2), a da Somália de 2012 (art. 35, n. 1), a da Síria de 2012 (art. 51, n. 2), a de Angola de 2010 (art. 67, n. 2), do Marrocos de 2011 (arts. 23 e 119) e a da República Dominicana de 2015 (art. 69, n. 3).

Todas consagram a presunção de inocência até decisão final **irrevogável**, ou seja, **alcançada pelo trânsito em julgado**.

Nomeiem-se, ainda, as Constituições Russa (1993, art. 49, n. 1) e a Suíça (1999, art. 32, n. 1), que mencionam em seu texto "Sentença executável, que tenha entrado em vigor e produza seus efeitos". Dessa forma, pressupõem elas a inexistência de qualquer recurso hábil a revogá-la, requisito necessário para a completa formação da culpa.

Nos Estados Unidos e em países que adotaram a fórmula segundo a qual "every person who is charged with a criminal offence shall be presumed to be innocent until he is proved or has pleaded guilty", admite-se que o acusado se declare culpado antes do julgamento e, dessa forma, não seria mais presumidamente inocente. Nem por isso, deve-se referendar tal posicionamento, até porque o Direito comparado deve ser invocado com cautela, de modo a preservar as características dos sistemas jurídicos particulares, a Lei Fundamental de cada Estado.

No caso do julgamento proclamado no HC 126.292 do STF, vislumbrei violação textual da Constituição, por meio de um suposto controle de constitucionalidade ilegítimo, que coloca em risco a própria soberania da Carta Magna e sua força normativa.

A respeito, Ingo Wolfgang[163] alerta sobre os perigos das mutações constitucionais, quando houver violação do sentido literal da Lei Maior pela interpretação judicial. Cito:

> Especialmente quando se trata de mutação por via da interpretação judicial, verifica-se que os limites da interpretação são, em certo sentido, também limites da própria mutação, visto que como poder constituído, embora a atribuição para interpretar e aplicar de forma vinculante o direito constitucional, o Poder Judiciário não está autorizado (o que não significa que isso não possa vir a ocorrer na prática!) a julgar contra disposição constitucional expressa, ou seja, a mutação não pode justificar alterações que contrariem o texto constitucional, devendo respeitar as possibilidades interpretativas que decorrem (e encontram seu limite) nesse mesmo texto constitucional. Valendo-nos da lição de Konrad Hesse, embora haja possibilidade de uma mutação constitucional pela interpretação, a quebra da ordem constitucional encontra-se vedada, pois, onde o intérprete se coloca acima da constituição, não se trata mais de interpretação, mas, sim, de alteração ou mesmo violação da constituição. Por outro lado, como destaca Gomes Canotilho, as mutações constitucionais devem ser consideradas admissíveis quando não se pretenda simplesmente constitucionalizar fatos de modo a ensejar uma leitura contrária ao próprio texto constitucional, o que, ao fim e ao cabo, acabaria por representar uma leitura constitucional de baixo para cima, corrosiva até mesmo da força normativa da Constituição.[164]

Com o advento da Constituição de 1988, a doutrina já se manifestava contrária à execução provisória da pena e à exigência do recolhimento do réu à prisão para recorrer. Dizia Tourinho[165] que:

> Se não dermos ao princípio da inocência tal interpretação – que é o mínimo –, estaremos admitindo a existência de palavras inúteis no texto constitucional... E a expressão contida no inc. LVII do art. 5º da Magna Carta não passaria de mera excrescência jurídica...
>
> Para que serviria, então, proclamar que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"? Trata-se, a toda evidência (...), de um direito do cidadão. (...) Direito de não sofrer a punição antecipadamente. Esse o real sentido da expressão "presunção de inocência". E, de fato, a exigência de cumprimento da

[163] SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 163-165.
[164] *Idem*. p. 163-164.
[165] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 69.

> sentença condenatória antes do trânsito em julgado implica verdadeira antecipação de pena.

Mesmo porque, se apenas podem ser considerados como maus antecedentes as condenações com trânsito em julgado, por expressa violação à presunção de inocência, lançar o nome do réu no rol dos culpados antes da sentença definitiva, antecipar-se a pior consequência a ele imposta na condenação criminal, nem se diga, pois equivale a aplicar a sanção propriamente dita.

Aliás, tal incoerência já se evidenciava nos julgados do STF em 2000 (HC 80535) quando pontuava que "A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo (...)".

No teor da Carta Política de 1988 recebeu a alcunha de presunção de inocência, a despeito de não tratar especificamente de uma presunção, mas de uma afirmação dela como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo ou da persecução penal.

Destarte, tal preceito deve lastrear o processo até que se dê a formação de conjunto probatório que conduza à irrefutável condenação do denunciado.

Sem embargo da aparência singela, esta foi uma substancial mudança na sistemática processual.

Sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira a respeito do tema:

> (...) o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, tendo em vista que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um inocente. E mais: que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.
>
> (...) toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória passada em julgado, também chamada de prisão definitiva, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento jurídico.
>
> (...)
>
> Assim, as privações da liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. (...)

> Somente aí se poderá legitimar a privação da liberdade de quem é reconhecido pela ordem jurídica como ainda inocente. (...)
>
> Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua ***ratio essendi***.[166]

Ora, o direito de recorrer em liberdade decorre da presumível inocência ou não culpabilidade do sujeito ativo. *In specie*, sem embargo das condenações em 1ª e 2ª instâncias, pende o trânsito em julgado. Por isso, não pode ser definitivamente lançado o nome do condenado no rol dos culpados pelo cometimento de infração criminal.

O STF, no ano de 2009, por ocasião do julgamento do HC nº 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, por violação do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. O referido julgado restou ementado:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". **A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar**. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes

[166] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op cit.* p. 414-416.

> hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal**. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (Grifou-se).
>
> (HC 84078, Relator o Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 5/2/2009, publicado em 26/2/2010).

Ademais, a Lei nº 11.719/2008 trouxe significativas alterações no âmago da processualística penal ordinária, revogando, inclusive, o art. 594 do CPP.

Com finalidade ilustrativa, trago à colação a conceituação de maus antecedentes, reportando à ementa do HC nº 39.515/SP (Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado pela 5ª Turma do STJ, em 22/3/2005, publicado em 9/5/2005):

> 1. Conceito de maus antecedentes, a meu ver, não deve ser confundido com a definição de primariedade, uma vez que esta implica, necessariamente, a ausência de condenação com trânsito em julgado e aquele diz respeito ao envolvimento do agente em fatos do passado que possam, de alguma forma, desabonar sua conduta e que interessam, diretamente, para a fixação da pena-base (CP, art. 59) e do regime prisional inicial (CP, art. 33, § 3º), bem como para conferir efeito suspensivo a eventual apelação interposta contra a sentença condenatória (CPP, art. 594), muito embora a existência de um processo criminal, ainda em andamento contra o réu, ou seu mero indiciamento em inquérito policial, não deve ser considerado, por si só, fora de qualquer contexto, como mau antecedente, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa circunstância judicial, que é aferir a maior ou menor propensão do agente no envolvimento em fatos, em tese, delituosos. (...)
>
> 6. **Contudo, segundo o recente magistério jurisprudencial, "(...) Viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional" (RESP 675.463/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 13/12/2004, p. 454), sendo vários os precedentes deste Tribunal afirmando, ultimamente, que, "(...) Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial"** (HC 31.693/MS, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 6/12/2004, p. 368). (Grifou-se).

Infere-se, pois, que, subjetivamente, a concessão do direito de recorrer em liberdade impõe pressupostos, dentre os quais: ter o acusado colaborado com a descoberta da verdade real; o seu comparecimento a todos os atos processuais; haver ele respondido ao processo em liberdade; ausência de periculosidade do condenado; inexistência de indícios de que ele pretenda subtrair-se à aplicação da sanção criminal, etc. E, ainda assim, poderão ser sopesadas, no que couber, as disposições do art. 257 do CPPM.

Na sistemática do Direito Adjetivo ordinário, trago à balha, novamente, Eugênio Pacelli de Oliveira:

> Parece-nos perfeitamente possível que a autoridade judiciária competente, por ocasião da pronúncia e da sentença condenatória

> passível de recurso, determine a prisão do acusado, se solto, ou a manutenção dela, se já estiver preso.
>
> Na primeira hipótese, estando o acusado solto, o juiz deverá, necessariamente, seja na pronúncia, seja na sentença condenatória, declinar as razões pelas quais entende não ser possível ao réu aguardar o julgamento em liberdade. E as referidas razões devem estar incluídas naquelas alinhadas no art. 312 do CPP. No segundo caso, se já preso o acusado, de duas, uma: se a prisão antecedente já estiver devidamente fundamentada, e as razões de sua manutenção forem as mesmas, não haverá necessidade de nova fundamentação; **se as razões forem outras, haverá necessidade de renovação da motivação. Por exemplo: se preso preventivamente por conveniência da instrução criminal, uma vez encerrada essa, a sentença condenatória terá de declinar nova fundamentação para a manutenção da custódia**. (...)
>
> Por isso, estamos firmemente convencidos de que não é possível a imposição da prisão como mera decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória. Mas, em contrapartida, não hesitamos também em admitir as apontadas fases procedimentais como um momento processual no qual ainda seja possível a decretação ou a manutenção da prisão, desde que com fundamentação nas razões da preventiva, como se dela efetivamente se tratasse.[167] (sem grifos no original).

Contudo, o julgamento do HC 126.292, ocorrido em 17/2/2016, no STF, por maioria, alterou jurisprudência já pacificada para assentar:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator o Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016, publicado em 17/5/2016).

Com as vênias de estilo ao posicionamento majoritário do Pretório Excelso, entendo dever prevalecer o esposado nos votos minoritários dos Ministros Celso de Mello, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski à hipótese *sub judice*.

Desde já enfatizo ser uma das conquistas jurídicas mais notáveis a vedação ao retrocesso, o chamado efeito *cliquet*.

A expressão, de origem francesa, é utilizada pelos alpinistas para identificar que, a partir de determinado ponto, não é mais possível voltar atrás.

---

[167] *Ibidem,* p. 450-451.

Transposto para o mundo jurídico, o conceito orienta a evolução dos Direitos Fundamentais significando que, uma vez positivados, não podem ser suprimidos ou enfraquecidos, sob pena de inconstitucionalidade.

No plano normativo, tal proibição obstaculiza a revogação de normas que consagram direitos clausulados como pétreos, ou mesmo sua substituição, por regras outras que minorem seu alcance ou os suprimam. Já no plano concreto, obsta políticas que os flexibilizem.

Sabido ter a *Lex Fundamentalis* a revestido sob o manto da intocabilidade, o inciso LVII do art. 5º estatui expressamente, *verbis*:

> (...) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...).

Notório é o brocardo jurídico "in claris cessat interpretativo" (na clareza cessa a interpretação).

O STJ, instado a manifestar-se acerca do novo posicionamento da Corte Maior, trouxe a lume ângulo de suma importância para o deslinde da matéria, ao sinalizar a necessidade de emenda constitucional com vistas a alterar a norma *sub examine*. Fundamentou o voto condutor dos EDcl no REsp nº 1.484.415, da relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 3/3/2016, nos seguintes termos:

> **A meu sentir, bastaria**, como se faz em tantos países democráticos do mundo ocidental – mencionados, com remissão a recente pesquisa acadêmica, no substancioso voto do Ministro Teori Zavascki – **escrever tal princípio em nossa Carta Magna sem fazer referência ao trânsito em julgado da sentença**; algo como "todos devem ser considerados inocentes até que se prove o contrário", ou "o acusado em um processo penal deve ser considerado inocente até que se prove sua culpa." E nem por isso, como ficou claro no voto do relator, passaríamos a constituir uma nação que rasga a Constituição, que violenta a presunção de inocência ou que invade, arbitrariamente, a esfera de liberdade dos indivíduos.
>
> (...)
>
> **Não haveria, assim me parece, impedimento a que se promovesse a alteração do texto positivado no art. 5º, inciso LVII da Carta de 1988,** prescrevendo fórmula semelhante, **que permitiria –** por **não vincular a presunção de inocência ao trânsito em julgado da condenação** – o início do cumprimento da pena mesmo na pendência de eventual recurso especial ou extraordinário, em que, como sabido, não se permite discussão sobre matéria fática ou probatória.
>
> Decerto que, a meu aviso, tal modificação não importaria em supressão ou abolição da referida garantia – o que reclamaria incidência da vedação contida no art. 60, § 4º, da C.R. – pois o núcleo essencial da presunção de inocência continuaria preservado.

> Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, preservado o núcleo essencial dessa garantia, não haveria razão para se impedir que, **ajustada sua redação por meio de reforma constitucional**, fosse alcançado o salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas. (grifei).

A despeito de divergir do texto sugerido por deixar em aberto garantia revestida de petrealidade, afetando, por consequência, o núcleo essencial da presunção de inocência, pretendo sobrelevar que o próprio Tribunal da Cidadania, que defendeu o início da execução provisória, admitiu a necessidade de alteração da *Lex Maxima*. Nessa esteira, o *decisum* entrou em evidente contradição.

Afinal, ele reconhece que a redação vigente impede a desvinculação entre a formação da culpa e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para depois consentir.

Nestes autos, destaco que o paciente GIRLEU OLIVEIRA DE ASEVEDO, nascido em 4/10/1949, detém 69 (sessenta e nove) anos de idade e respondeu a toda a fase processual em liberdade, tendo-lhe sido este direito assegurado expressamente na Sentença e no Acórdão confirmatório, quando a manteve incólume, nos termos do art. 527 do Código de Processo Penal Militar.

Para além, verifica-se que a medida liminar concedida, em 12/12/2018, até que se ultime o julgamento por este plenário, possibilitou ao paciente exercer em liberdade seu direito recursal manejado em 26/1/2019, em face da interposição de Recurso Extraordinário. Como facilmente se percebe, não houve o trânsito em julgado da condenação.

Destarte, dado o iminente cenário[168] e o preceito esculpido na *Lex Magna* (inciso LVII do art. 5º), entendo ser imprescindível aguardar o *Decisum* a ser prolatado em sede de controle concentrado (ADCs n. 43 e 44) para colmatar, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes,* o dissenso jurisprudencial em torno da possibilidade de Execução Provisória da Pena após julgamento por órgão colegiado.

Sem embargo, a iminência de definição sobre *a quaestio* pela Excelsa Corte em sede de controle abstrato com eficácia *erga omnes* e força vinculante, o paciente fica sujeito à cláusula *rebus sic stantibus* (cláusula de imprevisão), ante a possibilidade de reversibilidade jurídica do julgado.

Ex positis, voto pelo conhecimento em maior amplitude do objeto de fundo do presente *writ* e concedo a ordem para assegurar a GIRLEU OLIVEIRA DE ASEVEDO a estrita observância do regime inicial de cumprimento da pena

[168] Julgamento das ADCs 43 e 44.

(regime aberto) já fixado, bem como para, *ex officio*, determinar a autoridade coatora que se abstenha de praticar qualquer ato processual de execução antecipada da sanção, não apenas até o transcurso dos prazos recursais no STM, mas até o advento do trânsito em julgado para a defesa.

Na Sessão de 11/6/2019 complementei que:

É pertinente realizar a cronologia dos acontecimentos.

Habeas Corpus

Neste HC, interposto em **5/12/2018**, a defesa arguiu o seguinte:

> (...) é necessária a publicação no Diário Oficial do resultado v. acórdão, *in* Recurso de Embargos de Declaração, com o consequente esgotamento do prazo Recursal, a fim de que a defesa adote às medidas judiciais cabíveis, ou seja, interpor novo Recurso de Embargos de Declaração ou interpor Recurso Extraordinário.

O aludido Acórdão a que a defesa se refere foi de minha relatoria e foi julgado em **4/12/2018**, EBD nº 7000647-53.2018.7.00.0000, tendo o seguinte desfecho:

> (...) O Plenário do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, rejeitou a preliminar de não conhecimento dos Embargos de Declaração, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar. No mérito, por unanimidade, conheceu e rejeitou os Embargos de Declaração opostos por GIRLEU OLIVEIRA ASEVEDO, declarando-os com manifesto propósito protelatório, nos termos do art. 127 do RISTM, e mantém inalterada a Decisão hostilizada.

O objetivo do advogado, naquele momento, era o de obstaculizar o Juízo *a quo* de decretar a prisão do paciente (execução provisória da pena), enquanto não houvesse o trânsito em julgado no âmbito do STM.

Como se vê, no momento da interposição do HC, o inteiro teor do Acórdão sequer havia sido juntado ao E-proc. A juntada ocorreu em **12/12/18** e a disponibilização no DJe em **14/12/18**.

Como esse era o contexto fático na ocasião, em **12/12/18**, deferi a medida liminar pleiteada e determinei a expedição do salvo-conduto.

Recurso Extraordinário

Em **26/1/19**, a defesa interpôs Recurso Extraordinário, o qual restou distribuído em **5/2/19**, sob nº 7000096-39.2019.7.00.0000.

Todavia, em **12/3/19**, por Decisão Monocrática o Ministro-Presidente à época, José Coêlho Ferreira, não conheceu do presente REx por entender que estava manifestamente intempestivo.

A presidência chegou a essa conclusão com o seguinte argumento:

> (...) o Recurso não preenche o requisito da tempestividade, senão vejamos.
>
> 11. A Defesa opôs os Embargos de Declaração em 3/7/2018, oportunidade em que se deu por intimada da publicação do Acórdão da Apelação. Porém, em 4/12/2018, o referido Recurso teve seu seguimento negado, por ser manifestamente incabível, além de ter sido declarado protelatório (proc. nº 7000647-53.2018.7.00.0000, evento 37).
>
> 12. A Defesa foi intimada da referida Decisão em 14/12/2018 (proc. nº 7000647-53.2018.7.00.0000, evento 40) e, irresignada, interpôs o presente Recurso Extraordinário em 26/01/2019 (proc. nº 7000647-53.2018.7.00.0000, evento 47).
>
> 13. Cumpre ressaltar o teor do art. 127 do Regimento Interno deste Egrégio Superior Tribunal Militar, que estabelece que, no caso de Embargos de Declaração considerados protelatórios, devem os prazos ser suspensos, como se vê, *in verbis*:
>
> "Art. 127. Os Embargos de Declaração interrompem o prazo para a interposição de outro recurso. Nos casos em que opostos com manifesto propósito protelatório, os prazos serão suspensos, restituindo-se ao embargante a parcela de prazo remanescente." (grifos nossos)
>
> 14. Todavia, o Excelso Pretório, órgão competente para julgar o Recurso Extraordinário, já firmou jurisprudência no sentido de que, em casos como este, em que os Embargos de Declaração não são conhecidos pelo Tribunal *a quo* por serem manifestamente incabíveis, o recurso não tem o condão de interromper ou suspender o prazo recursal. (...).
>
> (...) 16. Portanto, tendo a Defesa se dado por intimada do Acórdão em 3/7/2018 (proc. nº 151-71.2013.7.01.0201, evento 66), o prazo final para interposição do Recurso Extremo seria o dia 15/8/2018 (quarta-feira). Desta feita, o Recurso protocolado no dia 26/1/2019 é manifestamente intempestivo e, portanto, não deve sequer ser conhecido, ficando prejudicado, inclusive, o pedido de concessão de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário.

Diante da negativa de seguimento, a defesa interpôs Agravo de Instrumento *in* Recurso Extraordinário, com pedido de retratação, o qual foi recebido como Agravo Regimental em **17/3/2019**.

Habeas Corpus

Em **9/4/19**, o mérito do presente HC foi levado a plenário pelo que, como relatora, votei no seguinte sentido:

> conheço em maior amplitude do objeto de fundo do presente *writ* e concedo a ordem para assegurar a Girleu Oliveira de Asevedo a estrita observância do regime inicial de cumprimento da pena (regime aberto) já fixado, bem como, para, *ex officio*, determinar à autoridade coatora que

se abstenha de praticar qualquer ato de execução antecipada da sanção, não apenas até o transcurso dos prazos recursais no STM, mas até o advento do trânsito em julgado para a Defesa.

Na oportunidade, o Min. Artur Vidigal pediu vista.

Recurso Extraordinário

Em **15/4/19**, a defesa apresentou nova petição nos autos nº 7000096-39.2019.7.00.0000 explicitando que ante o agravo de instrumento ofertado: o STM não poderia recebê-lo como Agravo Regimental e impedir o encaminhamento do feito a Corte Excelsa.

Com isso, em **14/5/19**, o Ministro-Presidente, Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, determinou o encaminhamento do Agravo ao STF, nos termos do art. 1.042, § 4º, do CPC e do art. 135, inciso I e § 4º, do RISTM.

O Agravo foi distribuído em **23/5/19** para o Ministro Celso de Mello e encontra-se pendente de apreciação.

Habeas Corpus

Nesta oportunidade em que se julga o presente remédio heroico, entendo que não há perda de objeto do plano de fundo (execução provisória da pena), ante a inexistência de trânsito em julgado para a defesa. Logo, mantenho o voto proferido na Sessão pretérita.

Entendi pela premência da ampliação do objeto do *writ*, para que ele vá além, isto é, até o trânsito em julgado para a defesa.

Os motivos desta ampliação foram, especialmente, dois:

1) economia processual (o advogado é combativo e nada impediria que ele impetrasse um novo habeas corpus nesta Corte com o tema da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado), uma vez que há Acórdão confirmatório da condenação emitido por esta Corte – em segunda instância.

2) Segurança Jurídica vez que cabe ao próprio STM a tutela das decisões por ele proferidas, e caso não haja essa disciplina agora no presente *writ*, será o Juízo de piso quem irá decidir se irá encarcerar ou não o paciente, uma vez que os prazos recursais neste Tribunal já transcorreram e agora a apreciação se encontra a cargo do Pretório Excelso. Ademais, o próprio causídico requereu o efeito ampliativo dado por nós, conforme se depreende da petição acostada no evento 44.

Superior Tribunal Militar, 11 de junho de 2019.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7000265-60.2018.7.00.0000

Relatora: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Impetrantes: Regina Lúcia Martins de Carvalho Rodrigues, Maria Odele de Paula Pessôa, Marcelo Vinícius Gouveia Martins, Cândida Emília Mota Martins.

Advogados: Maria Odele de Paula Pessôa e Marcus de Paula Pessôa.

Impetrado: Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da Auditoria da 10ª CJM – Justiça Militar da União – Fortaleza.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. FUZILAMENTO. PENA DE MORTE. PROCESSO CRIMINAL DE 1825. CONFEDERAÇÃO DO EQUADOR. PROCESSO FÍSICO. INEXISTÊNCIA. DECRETO E CARTA IMPERIAL. COMISSÃO MILITAR DO CEARÁ. JUÍZO DE EXCEÇÃO. JULGAMENTO DE CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA. RECONSTITUIÇÃO. REVISÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE ASSINATURA ELETRÔNICA. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. MÉRITO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. REFORMA DA DECISÃO DE 1º GRAU. UNANIMIDADE.

Preliminarmente a PGJM questionou a ausência de assinatura eletrônica. Ocorre que o acesso ao e-Proc com o *login* da advogada cadastrada constitui ato formal e válido para fins de peticionamento eletrônico.

Os impetrantes ajuizaram Processo de Restauração de Autos perante a Auditoria da 10ª CJM, com o intuito de ver reconstituídos os autos originais do processo criminal que culminou

na execução, por fuzilamento, de João de Andrade Pessôa (Pessôa Anta), ocorrido em **30 de abril de 1825,** em Fortaleza-CE, condenado como membro da Confederação do Equador.

A decisão primeva não conheceu do pedido de Restauração de Autos referente ao processo que condenou à pena de morte João de Andrade Pessôa, por falta de amparo legal.

Os Interessados buscam a reconstituição dos autos com o intuito de, *a posteriori*, pleitear a revisão criminal da Decisão da Comissão Militar do Ceará, a qual culminou na decretação e no cumprimento da pena criminal em face de seu antepassado.

Ausente Recurso específico para impugnar a Decisão que não conheceu do pedido de Restauração de Autos, os Interessados impetraram o Mandado de Segurança em destaque. Requereram a concessão da segurança, para que seja dado prosseguimento ao pedido formulado no Juízo *a quo*. Salientaram que a ausência de registro nos arquivos da 10ª CJM sobre os fatos não impede a reconstituição pleiteada, se houver outros meios idôneos de realizá-la.

Preliminar de ausência de assinatura eletrônica. Rejeitada por unanimidade.

Segurança concedida. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de não conhecimento suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar. **No mérito**, pediu **vista** o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, na forma do art. 78 do RISTM, após o voto da Relatora Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que denegava a Segurança por falta de amparo legal.

Os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias aguardam o retorno de vista. Na forma regimental, usaram da palavra a Advogada da Impetrante, Dra. Maria Odele de Paula Pessôa, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho. A Defesa será intimada do retorno de vista para a sequência do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 8/11/2018).

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, e prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão de 8 de novembro de 2018, após a rejeição da preliminar de não conhecimento suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, proferiu voto de vista o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Em seguida, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, concedeu a segurança para reformar a Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 10ª CJM, a fim de que seja conhecido o pedido de Restauração de Autos apresentado pelos Impetrantes naquela instância, nos termos do voto da Relatora Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Acompanharam o voto da Relatora os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto. Ausência justificada do Ministro José Barroso Filho. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 24/4/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por MARCELO VINÍCIUS GOUVEIA MARTINS, REGINA LÚCIA MARTINS DE CARVALHO RODRIGUES, CÂNDIDA EMÍLIA MOTA MARTINS e MARIA ODELE DE PAULA PESSÔA contra a Decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 10ª CJM, que não conheceu, por falta de amparo legal, o pedido de restauração dos autos do Fuzilamento de João de Andrade Pessôa (Pessôa Anta), ocorrido em **30 de abril de 1825,** em Fortaleza-CE, condenado como membro da Confederação do Equador, tendo recebido como simples petição. Segundo os impetrantes, descendentes em linha direta e colateral de Pessôa Anta, o objetivo da restauração dos autos é instaurar Revisão Criminal, a fim de limpar a memória de seu antepassado, que, segundo eles, teria sido condenado injustamente.

O magistrado *a quo* fundamentou a decisão em certidão da Secretaria daquela Auditoria Militar, que informou inexistirem registros do feito ora discutido, pelo que ausentes os requisitos para a restauração postulada.

O pedido fundamenta-se no art. 481, §§ 3º e 4º, e nos arts. 482 a 485 todos do atual Código de Processo Penal Militar, e objetiva reconstituir os autos, que supostamente teriam sido levados a termo pelo Tenente-Coronel Conrado Jacob de Niemeyer entre os anos de 1824 e 1825. Afirmam ser o presente pleito de competência da Justiça Militar da União, com fulcro nos arts. 122 e 123 da Constituição de 1988, nos arts. 9º e 142 do CPM, e nos arts. 11

e 30 da Lei de Segurança Nacional, Lei nº 7.170, de 1983. Arguem não ter havido o duplo grau de jurisdição na condenação imposta a Pessôa Anta, bem assim inexistir limitação temporal para pedidos de revisão criminal. Sustentaram os peticionantes que o transcurso e o julgamento se deram por Comissão Militar na Província do Ceará, assim sendo a Auditoria da 10ª CJM a competente para conhecer do pedido ora postulado.

Alegaram, por fim, a obrigatoriedade da restauração, com fulcro no Capítulo VII do CPPM, uma vez terem desaparecido os autos da execução de Pessôa Anta, restando compelidos por força de lei.

A advogada signatária da inicial, sobrinha trineta do fuzilado, realizou extensa pesquisa histórica acerca dos fatos envolvendo o seu antepassado, tendo trazido ao processo 15 (quinze) volumes de documentos que acredita suficientes para a postulada restauração de autos.

No item 47 da petição inicial, informa que, dos cento e trinta e oito documentos publicados sobre a Confederação do Equador no Ceará, apenas sessenta e oito deles foram anexados ao pedido de restauração dos autos, e consistem em fotocópias autenticadas de documentos publicados e que cumprem o requisito do art. 373, *caput,* alínea "c", do CPPM.

Em 22/10/2018, juntou declaração do Instituto do Ceará (Histórico, Geográfico e Antropológico) atestando que os documentos referentes à Confederação do Equador, publicados na revista Instituto do Ceará, em tomo especial de 1924, na parte documental, foram digitalizados e estão sob a guarda do referido Instituto (evento 40).

Sustenta ter havido processo escrito no julgamento de Frei Caneca, tendo em vista a Sentença condenatória, proferida por Comissão Militar, juntada aos autos. A existência de um processo físico formal por igual estaria provada pelo teor da Ata da última sessão da Comissão Militar do Ceará, que determinou que os réus sentenciados à morte deveriam ter seus processos remetidos com as respectivas sentenças à "Relação de Pernambuco" (páginas 17 e 18 da inicial).

Alfim, defende sua legitimidade ativa no feito, bem assim a dos demais coautores, todos descendentes em linha reta em quarto grau do Coronel João Andrade Pessôa, com o fim último de requerer a revisão criminal de decreto penal condenatório, datado de quase dois séculos.

Da leitura dos numerosos documentos trazidos ao *mandamus*, cabe discriminar o que se segue:

Decreto de 26 de julho de 1824, do Imperador D. Pedro I, com o parecer do Conselho de Estado, que determinou fossem os réus **sumaríssima** e **verbalmente** processados por Comissão Militar criada para esse fim, presidida pelo Coronel Francisco de Lima e Silva (Páginas 10/11 7-ANEXOS PET INI);

Carta Imperial de 27 de julho de 1824, que "fixava o número de membros da Comissão criada na província de Pernambuco" (Página 12 7-ANEXOS PET INI) – Presidente, relator e mais quatro vogais de maior patente da Brigada comandada por Francisco de Lima e Silva;

Decreto de 5 de outubro de 1824, que estendia à província do Ceará as mesmas providências adotadas na Província de Pernambuco (Página 14 7-ANEXOS PET INI);

Carta Imperial de 16 de outubro de 1824, que determinava que a Comissão Militar presidida por Lima e Silva julgasse todos os envolvidos na Confederação do Equador, sem distinção de qualidade, de emprego e de graduação (Página 15 7-ANEXOS PET INI);

Carta Imperial de 16 de dezembro de 1824, que nomeava, para a presidência da Comissão Militar do Ceará, o Tenente-Coronel Conrado Jacob de Niemeyer. (Página 16 7-ANEXOS PET INI). A composição foi a seguinte: presidente, quatro oficiais de maior patente por ele nomeados e, como relator, o magistrado mais graduado da Província;

Documentos de fls. 29-51 7-ANEXOS PET INI, a demonstrar as tentativas empreendidas pela impetrante no sentido de localizar os documentos referentes ao processo em comento;

Documentos de fls. 53-56 7-ANEXOS PET INI e fl. 1-2 8-ANEXOS PET INI, a indicar a localização de cinco dos quatro réus pesquisados pela impetrante, excetuando-se, apenas, João de Andrade Pessôa Anta;

Às fls. 8-9 do 8-ANEXOS PET INI, documento datado de 1895 (Esboço Histórico sobre a Província do Ceará), informando que a Comissão Militar foi encerrada e que o Coronel Andrade Pessôa foi fuzilado na capital do estado, no Largo do Paiol;

Revista Trimestral do Instituto do Ceará, datada de 1917, sob a direção do Barão de Studart, Tomo XXXI, Ano XXXI (fls. 14-19 do 8-ANEXOS PET INI), traz a biografia de Pessôa Anta, escrita pelo Padre Vieira Martins, que se limitou a traçar sua genealogia;

Documentos no anexo 9, que trazem biografias de senadores pertencentes à família de Paula Pessôa sem qualquer relação com o julgamento de Pessôa Anta;

Notícia, no anexo 10, às fls. 6/7, de que Pessôa Anta inicialmente teria aderido às ideias da República do Equador, mas mudado de opinião ao saber do bloqueio de Cochrane a Fortaleza. Contudo, dois de seus escravos o teriam traído e denunciado a Conrado de Niemeyer, responsável pelo julgamento dos insurgentes e, por interferência de um inimigo pessoal, restou condenado à pena capital;

Sessão do Senado da Câmara da Villa da Granja, de 12 de junho de 1824, às fls. 8/9 do anexo 10, que decidiu não aceitar o projeto de constituição. O documento foi assinado por Pessôa Anta. O texto foi reproduzido no Diário do Governo do Ceará, de 30 de junho de 1824;

Pronunciamento de 2 de julho de 1824, do presidente da Província Manoel de Carvalho Paes de Andrade conclamando os concidadãos a se oporem ao governo central por entendê-lo injusto (fl. 11 anexo 10);

Documento datado de 14 de novembro de 1824, de José Felix, que determinou a destruição de todas as cartas relativas à Confederação do Equador, a fim de apagar os vestígios da insurgência contra a augusta figura do Imperador (fls. 5/6 do anexo 11);

Aviso do Ministro Clemente Ferreira França, de 12 de janeiro de 1825, informando que os presos do movimento da Confederação do Equador foram transferidos do Rio de Janeiro para o Ceará, com vistas a dar prosseguimento ao processo. Pessôa Anta figura na lista (fls. 10/11 do anexo 11);

Petição de 15 de janeiro de 1825, por meio da qual Pessôa Anta suplica ao Governador de Armas da Província o perdão imperial. Em 12 de fevereiro do mesmo ano, peticionou diretamente à Imperatriz (fls. 14/17 do anexo 11);

Ofício, datado de 18 de março, expedido por Conrado Jacob de Niemeyer, presidente da comissão julgadora, ao ouvidor da Capital, informando critérios para definição dos cabeças e relação de nomes de presos da Confederação do Equador, a fim de propiciar sua defesa e prosseguir com o julgamento (fls. 18 do anexo 11). Consoante informações de 21 de abril do mesmo ano, o julgamento foi marcado para 22 de abril de 1825;

O restante do anexo 11, todo o anexo 12 e parte do anexo 13 trazem documentos relatando a prisão de líderes insurretos e a desmobilização de tropas em diversas cidades;

Nos anexos adiante, destacam-se ainda: ofício de 26 de abril de 1825, de José Felix, relativo à procissão fúnebre, que deveria ser marcada logo após a execução dos condenados. Na mesma data, consta solicitação para que se verificasse, nas cadeias públicas, se algum dos presos tinha interesse em se voluntariar para a função de carrasco (fls. 23 do anexo 13 e 1 do anexo 14).

Em 28 de abril de 1825, condenado à morte, Pessôa Anta escreve cartas de despedida a parentes e amigos. A missiva carreada aos presentes autos contém apenas as primeiras linhas (fls. 1-2 do anexo 14).

Em 29 de abril de 1825, Conrado de Niemeyer trata dos preparativos para a execução de Pessôa Anta, descrevendo, minuciosamente, todos os atos necessários, incluindo a destituição das honras militares do condenado (fls. 2-3 do anexo 14).

O fuzilamento foi comunicado ao Ministro da Guerra em 1º de maio de 1825 (fls. 8 do anexo 14). As execuções dos condenados prosseguiram nos dias subsequentes, e, em 1º de junho, o Ministro da Justiça restou informado das mortes efetuadas no Ceará.

Em 23 de junho de 1825, o Presidente da Comissão Militar ordenou que não se cumprissem as penas capitais de três dos réus, antes da palavra final do Imperador, que analisaria os casos (fls. 15/16 do anexo 14).

Em 17 de maio de 1826, carta imperial determinou a extinção da Comissão Militar do Ceará, cuja última sessão se deu em 21 de junho do mesmo ano e, na qual, presidida por Niemeyer, foram perdoados os réus ainda não sentenciados, foram reduzidos pela metade as penas de degredo e foram comutadas as penas de morte em outras a serem impostas pela Relação do Distrito, e declarou o término da sua jurisdição (fls. 2-3 do anexo 15).

Constam, ainda, do anexo 15, o julgamento de Frei Caneca e documentos manuscritos ilegíveis.

Por despacho datado de 21/5/2018, requisitei informações à SEJUD acerca da existência, nos arquivos históricos desta Corte Castrense, de quaisquer documentos envolvendo o nome de João de Andrade Pessôa (Pessôa Anta), executado em Fortaleza, em 30 de abril de 1825.

Em documento de 25/5/2018, a Seção de Arquivo, Digitalização e Descrição Documental do Superior Tribunal Militar informou a inexistência de quaisquer registros.

Tendo em vista os termos do art. 7º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, notifiquei o MM. Juiz Federal Substituto da Auditoria da 10ª CJM acerca do presente Mandado de Segurança, a fim de que apresentasse as informações necessárias ao julgamento da Ação, abrindo-se, após, vista à Advocacia-Geral da União, para que manifestasse sobre seu interesse em ingressar no feito.

Em informações de 12/6/2018, o Juiz Federal de Justiça Militar da 10ª CJM pronunciou-se no sentido de ter a decisão de não conhecimento do pedido de restauração de autos, objeto deste *mandamus*, se baseado:

> **1)** que o fato narrado foi conduzido por Comissão Militar instalada por meio de Decretos e Cartas Imperiais, o que tornaria impossível a aplicação dos §§ 3º e 4º do artigo 481 do CPPM; **2)** que referidas Comissões eram instituições de exceção, e não propriamente órgãos embrionários da Justiça Militar; **3)** que é inviável a repetição dos atos previstos nos artigos 482 e 483 do CPPM, uma vez que as partes e testemunhas já não mais existem, bem como autoridades, serventuários, peritos e demais pessoas que tenham funcionado no processo original; **4**) que os próprios peticionantes reconheceram a inexequibilidade dos §§ 1º e 2º do artigo 481 do CPPM, em razão do transcorrer dos anos; **5)** que a

> regra da analogia do art. 553 do CPPM, para fins de comprovação de legitimidade ativa das partes, não se aplica ao processo de restauração de autos.

Complementou o magistrado registrando que o não conhecimento do presente pedido de restauração de autos não retira dos peticionantes a possibilidade de postularem eventuais direitos legítimos, buscando outras vias judiciais, ou mesmo administrativas.

Intimada, a AGU não se manifestou quanto ao interesse de ingressar no feito.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra da Dra. Hermínia Célia Raymundo, juntado em 10/8/2018, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ante a ausência de assinatura eletrônica e, no mérito, pela denegação da segurança por impossibilidade jurídica do pedido, por inexistência de direito líquido e certo e pela impossibilidade de restauração de autos inexistentes.

Em 17/8/2018, a parte impetrante protocolou petição rebatendo a manifestação ministerial.

Inicialmente, salientou ser advogada regularmente cadastrada no sistema e-Proc desta Corte Militar, de modo que não procederia a alegada falta de subscrição. Quanto aos demais requisitos, sustentou não ser a legitimidade das partes pressuposto para a restauração de autos e, quanto ao mérito, insistiu ter efetivamente existido processo condenatório em algum momento.

Em 11/10/2018, nova petição da Defesa foi apresentada, dessa vez, requerendo a retificação do relatório publicado, para que se reestabeleça a verdade real fática e não haja prejuízo no julgamento deste *writ*. Contudo, todas as peças e documentos juntados aos autos estão disponíveis para análise dos magistrados integrantes da Corte.

Não obstante a ausência de amparo legal para a impetrante se manifestar neste momento processual, em que os autos já se encontram em mesa para julgamento, e tendo ela apresentado petições em contraposição ao Parecer ministerial e ao Relatório já publicado, por respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para que se evitem futuras alegações de nulidade, republiquei o presente relatório com informações complementares.

É o que tinha a relatar.

VOTO

PRELIMINAR SUSCITADA PELA PGJM, DE NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* POR AUSÊNCIA DE ASSINATURA ELETRÔNICA

Inicialmente, registro que o art. 2º, inciso V, do Ato Normativo nº 239, de 30/10/2017, dispõe que se considera "assinatura eletrônica: a senha obtida

por meio de cadastro de usuário perante a Justiça Militar da União, conforme regulamentação específica".

In specie, a advogada Maria Odele de Paula Pessôa (cadastrada no Sistema e-Proc sob o nº CE1515), após acesso e por meio de senha pessoal, impetrou o presente *mandamus*.

Sobre o tema se manifestou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região no seguinte julgado:

> EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REPRESENTAÇÃO DO AGRAVANTE. REGULARIDADE. ENVIO DE PETIÇÃO ATRAVÉS DO E-PROC. ASSINATURA ELETRÔNICA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. Para o disposto na Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, considera-se: "III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos. Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos." 3. Assim, **tratando-se de processo eletrônico, a assinatura se dá pelo *login* do advogado no sistema, com o registro da respectiva senha, não sendo necessária assinatura digital nem a digitalização da petição assinada**. Na hipótese dos autos, conforme já exposto no voto-condutor do acórdão, o histórico de representantes do agravante revela que o advogado, cujo nome consta da procuração 2/evento 1 dos autos de origem, fez o *login* no sistema, com a respectiva senha, para enviar a inicial do agravo de instrumento ao TRF4 através do e-proc. Logo, a inicial está assinada eletronicamente pelo seu signatário, razão pela qual não prospera a alegação da embargante.[...].
>
> (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM E.D. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 5023271-47.2013.404.0000, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª T., julg. em 11.12.2013).

Ressalto possuir o TRF4 o mesmo Sistema Eletrônico que este Superior Tribunal Militar, o denominado e-Proc, cujas regras ali instituídas serviram de precedentes para os Atos Normativos desta Especializada.

In specie, o acesso ao e-Proc com o *login* da advogada cadastrada constitui ato formal e válido para fins de peticionamento eletrônico. Nesses termos, rejeito a preliminar de não conhecimento do *writ* por ausência de assinatura eletrônica.

MÉRITO

No mérito, impende esclarecer, inicialmente, com base na Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que o oferecimento de mandado de segurança contra ato judicial somente será admissível quando inexistir outro meio impugnativo de decisão revestida de teratologia, ilegalidade ou abuso de poder.

A propósito, eis o teor da Súmula 267 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

In casu, inexiste apelo específico para atacar o não recebimento do pedido de Restauração de Autos pelo Juízo *a quo*, pelo que cabível o remédio heroico.

Certo é que a lei penal defere aos descendentes a titularidade da Revisão Criminal, sem limitação de grau de parentesco. Contudo, o Código Civil define, em seu art. 1.592, que são parentes, em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra. No caso em exame, verifica-se que a impetrante Maria Odele de Paula Pessôa descende em linha reta de quarto grau de um irmão de Pessôa Anta, estando, pois, relacionada a ele em sexto grau, o que tecnicamente, pela lei civil, não pode ser considerado como grau de parentesco. Do mesmo modo, os demais impetrantes descendem do *de cujus* em quinto grau, o que também não os qualificaria como parentes *stricto sensu*. O simples fato de pertencerem a uma mesma família e se reconhecerem como tal, para fins legais, possui acepção diversa.

Todavia, desconsidero a definição de parentesco trazida pelo Código Civil, em respeito ao interesse histórico da causa, pelo que analiso o pleito ora formulado.

Antes, porém, desejo louvar o extenso trabalho de pesquisa realizado pela douta advogada Dra. Maria Odele de Paula Pessôa, que envidou hercúleos esforços a fim de revelar suas origens e sua história familiar.

Mas, fato é que a existência do processo de julgamento de Pessôa Anta não consta nos registros desta Corte Castrense, conforme informações prestadas pela DIDOC. *In Litteris:*

> Em resposta ao Despacho em Expediente nº 1051921, informamos que, após pesquisa minuciosa junto ao acervo documental desta Corte, não se localizaram registros físicos ou eletrônicos referentes a João de Andrade Pessoa (Pessôa Anta).

Ademais, o Juízo certificou não possuir qualquer registro arquivado acerca do fato, datando de 1964 os documentos mais antigos arquivados na Auditoria da 10ª CJM e de 1845 no Superior Tribunal Militar.

Contra-argumentou, contudo, a impetrante pela existência de outros escritos no julgamento de Frei Caneca, tendo em vista a decisão condenatória proferida por Comissão Militar, bem assim a Ata da última sessão da referida Comissão do Ceará, que determinou, aos réus sentenciados com a pena capital, o envio dos processos ao Tribunal da "Relação de Pernambuco".

Nesse passo, após a leitura do Voto-Vista, e apresentação de extensa pesquisa coordenada pela Assessoria do Gabinete do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz e conduzida pela Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro Paula Coutinho Bahia de Souza, com o auxílio da Estagiária de História da Universidade de Brasília, Ana Carolina Bittencourt Leite, além das informações oferecidas pelos Impetrantes, foi possível contextualizar os fatos no cenário jurídico-castrense, e, desse modo, suscitar a possível resolução da *quaestio* ora submetida a esta Corte.

Corroborando o entendimento esposado, concluo não ser cabível a este Tribunal analisar o mérito da restauração requerida, sob pena de incorrer em supressão de instância. Este STM deve se ater aos elementos, pressupostos e condições da ação ajuizada, nos estritos termos do pedido.

Convencida dos argumentos apresentados pelo Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, modifico meu posicionamento exposto na Sessão do dia 8 de novembro de 2018, concedo a segurança e adoto integralmente as razões de decidir constantes do Voto-Vista.

Ex positis, voto pelo conhecimento do *writ* e, no mérito, pela concessão da segurança, para reformar a Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 10ª CJM, a fim de que seja conhecido o pedido de Restauração de Autos apresentado pelos Impetrantes naquela instância.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em rejeitar a preliminar de não conhecimento do *writ* suscitada pela PGJM e, no mérito, **por unanimidade** de votos, em conceder a Segurança, para reformar a Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 10ª CJM, a fim de que seja conhecido o pedido de Restauração de Autos apresentado pelos impetrantes naquela instância.

Brasília, 24 de abril de 2019 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Mandado de Segurança 7000265-60.2018.7.00.0000

Na Sessão de Julgamento realizada em 8.11.2018, solicitei *Vista* dos autos do **Mandado de Segurança** 7000265-60.2018.7.00.0000, impetrado por Candida Emilia Mota Martins, Marcelo Vinicius Gouveia Martins, Maria Odele de Paula Pessôa e Regina Lucia Martins de Carvalho Rodrigues em face de Despacho proferido pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 10ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), que não conheceu do pedido de *Restauração de Autos* referente ao processo que condenou à pena de morte João de Andrade Pessôa ("Pessôa Anta"), executado em 30.4.1825, na cidade de Fortaleza-CE.

Na oportunidade, a ilustre Ministra-Relatora Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, após rejeitar a preliminar suscitada pelo Ministério Público Militar (MPM), se manifestou pelo conhecimento e denegação da ordem requerida. Afirmou que a prova pré-constituída apresentada pelos Impetrantes informa a existência de um processo que levou à condenação de João de Andrade Pessôa, conhecido por "Pessôa Anta", à pena capital por ter sido considerado traidor do Império e um dos "cabeças" da Confederação do Equador.

Não obstante, aduziu em seu Voto que não restou comprovado a existência de direito líquido e certo à Restauração de Autos suscitada. Salientou, também, que o pedido requer ritualística própria, a qual não pode ser adotada no *Mandamus* em destaque.

Entendi que o Processo merecia uma análise particular e mais acurada, pelo que solicitei *Vista* dos autos, os quais trago a julgamento.

Conforme pesquisa histórica do Direito, coordenada pela Assessoria de meu Gabinete e conduzida pela Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro Paula Coutinho Bahia de Souza, com o auxílio de Estagiária de História da Universidade de Brasília, Ana Carolina Bittencourt Leite, além das informações oferecidas pelos Impetrantes, foi possível contextualizar os fatos no cenário jurídico-castrense, e desse modo sugerir a resolução da *quaestio* ora submetida a esta Corte. Nesse sentido, apresento o Voto que passo a expor.

Apenas para trazer os fatos à memória, os Impetrantes ajuizaram Processo de Restauração de Autos perante a Auditoria da 10ª CJM no dia 24.11.2017, com o intuito de ver reconstituídos os autos originais do processo criminal que culminou na execução de João de Andrade Pessôa (Pessôa Anta), efetivada em 30.4.1825.

Consta da Petição Inicial do pleito originário que os Interessados buscam a reconstituição dos autos com o intuito de, *a posteriori*, pleitear a revisão criminal da Decisão da Comissão Militar do Ceará, a qual culminou na decretação e cumprimento da pena criminal em face de seu antepassado. Salientaram, em longa e detalhada explanação, que Pessôa Anta foi Coronel de Milícias e apontado equivocadamente como um dos "cabeças" da Confederação do Equador, revolta eclodida em 1824, motivo pelo qual foi sentenciado.

Afirmaram que o processo, concluído há quase dois séculos, foi extraviado, mas anexaram documentos que atestariam sua existência, motivo pelo qual requereram a Restauração de Autos ventilada.

Por meio de Despacho proferido em 5.12.2017, o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 10ª CJM não conheceu do pleito por falta de amparo legal. Afirmou, suscintamente, que não há registros arquivados relacionados ao fato naquela jurisdição, bem como salientou que os documentos mais antigos remontam a 1964, naquela Auditoria, e a 1845 no STM. Ressaltou, também, que a Comissão Militar do Ceará não pode ser considerada órgão da Justiça Castrense, motivo pelo qual aquele Juízo seria incompetente para conhecer do feito.

Mencionou o culto magistrado que, ainda que a 10ª CJM recebesse a atribuição de julgar a demanda no mérito, não poderia deferi-la, já que é impossível consultar partes, testemunhas, autoridades, serventuários ou peritos que funcionaram no processo original ou, ainda, realizar a repetição de exames e provas.

Igualmente, dispôs não haver cópias de documentos do processo, bem como que o Decreto de 26.7.1824 e a Carta Imperial de 16.10.1824 impuseram um processo sumaríssimo e verbal, o que impediria a existência de autos físicos. Por fim, completou que aos Peticionantes falta legitimidade ativa.

Insatisfeitos com o *Decisum* e ausente Recurso específico para impugnar a Decisão que não conheceu do pedido de Restauração de Autos, os Interessados impetraram o Mandado de Segurança em destaque, protocolado em 6.4.2018.

Em resumo, requereram a concessão da segurança para que seja dado prosseguimento ao pedido formulado no Juízo *a quo*. Salientaram que a ausência de registro nos arquivos da 10ª CJM sobre os fatos não impede a reconstituição pleiteada, se houver outros meios idôneos de realizá-la.

Da mesma forma, afirmaram que o requerimento preencheu os requisitos previstos em lei e que o foro castrense é competente para sua apreciação, haja vista que a Comissão Militar do Ceará, em que pese não se

tratar de instância ordinária, foi criada como juízo de exceção e, por certo, possuía atribuições para processar e julgar crimes militares.

Sobre a inexistência de meios aptos a proporcionar a restauração dos autos originais, afirmaram os Impetrantes que o art. 483, alínea "b", permite que a prova documental seja reproduzida por meio de cópia autêntica e que os documentos colacionados apontam fortes indícios da existência de processo físico, embora a norma vigente determinar a adoção de procedimento sumário e verbal.

Por fim, salientaram os Impetrantes que são partes legítimas para requerer a restauração mencionada, por serem descendentes em linha reta e colateral do *de cujus*.

Pelo rito previsto em Lei, foi oficiada a Autoridade Coatora, a qual ratificou o conteúdo da Decisão vergastada.

Feito breve resumo sobre os fatos ocorridos no processo até o momento, entendo crucial para a análise de pedido tão peculiar dividir sua apreciação em partes, a fim de que melhor possamos compreender o contexto histórico da Confederação do Equador, da instauração das Comissões Militares e suas competências, bem como cotejar, com a legislação atual, a legitimidade ativa e o cabimento do *Mandamus* e do Processo de Restauração de Autos que se pleiteia.

I - Escorço Histórico

a) A Confederação do Equador

O contexto histórico que precedeu o processo culminado na condenação de João de Andrade Pessôa à pena capital se referiu à denominada Confederação do Equador, movimento revolucionário do qual foi considerado um dos "cabeças" pela Comissão Militar do Ceará.

A revolta teve origem em Pernambuco. Os líderes intelectuais e econômicos das províncias do Nordeste começaram a ficar incomodados com a política centralizadora, autoritária e elitista do Imperador Dom Pedro I, o qual priorizava a Corte Portuguesa em detrimento dos produtores locais.

O estopim se deu com a nomeação do Presidente da Província: os locais escolheram Manuel de Carvalho Paes de Andrade, liberal e republicano, ao passo que o Imperador designou para o cargo Francisco Pais Barreto, um monarquista. Em 13.12.1823, Pais Barreto renunciou diante da pressão dos liberais.

Em decorrência, dois navios de guerra foram enviados a Recife para fazer a lei ser obedecida – e, consequentemente, a escolha do Poder Moderador. Mais uma vez, os liberais se recusaram a empossar o novo Presidente. Com intuito de evitar o conflito, o Imperador nomeou José Carlos

Mayrink da Silva Ferrão em substituição a Pais Barreto, de postura mais alinhada aos intelectuais da região. Porém este também não foi aceito.

Em 2.7.1824, Manuel de Carvalho Paes de Andrade aproveitou o recuo da tropa naval e proclamou a independência de Pernambuco. Ainda enviou convites às demais províncias do Norte e Nordeste para que se unissem e formassem a Confederação do Equador.

No entanto, apenas algumas vilas do Ceará e Piauí, além de Paraíba e Rio Grande do Norte, aderiram ao movimento, sob o comando de Tristão Gonçalves de Alencar Araripe e do Padre Gonçalo Inácio de Albuquerque Mororó.

Logo que começou o levante, o Governo Central iniciou empreitada com o intuito de controlar e dissipar a revolta. Tropas lideradas pelo Brigadeiro Francisco de Lima e Silva foram enviadas à região. Paes de Andrade, que jurou permanecer à frente do movimento até a morte, fugiu.

Alguns outros, liderados por Frei Caneca, dirigiram-se ao Ceará, a fim de se unirem com os revoltosos que lá se encontravam. No entanto, poucas semanas depois foram completamente derrotados.

Certos líderes foram mortos, como Alencar de Araripe. Outros presos, como Frei Caneca. Em relação a esses, os processos judiciais se iniciaram em 1824 e se estenderam até 1825. Quinze pessoas foram condenadas à pena capital.

b) A Confederação do Equador na Província do Ceará

Paralelamente ao movimento em Pernambuco, na Província do Ceará também prevalecia o descontentamento com o Governo Central, sobretudo diante do forte vínculo que unia ambos os Estados.

A adesão do Ceará ao movimento pernambucano ocorreu em agosto de 1824, com a dissolução da Assembleia Constituinte pelo Imperador e a nomeação de Pedro José da Costa Barros para Presidente da Província.

Em detrimento do governo eleito pelos locais, a indignação apenas se ampliou. Ausente o apoio popular e pressionado por José Pereira Filgueiras e Tristão Gonçalves de Alencar Araripe, Costa Barros se demitiu.

Tristão Gonçalves assumiu a presidência da província, assim a República do Ceará se consolidou em 26.8.1824. No entanto, em 12.9.1824, o Brigadeiro Luis Alves de Lima e Silva subjugou os rebeldes em Pernambuco e deu início ao restabelecimento da ordem.

c) João de Andrade Pessôa

Sobre a figura de João de Andrade Pessôa, conhecido por Pessôa Anta, desponta que nasceu na localidade de Granja, na província do Ceará, em

23.12.1787. Exerceu atividades de comerciante e pecuarista. Em decorrência de sua influência econômica e política, foi nomeado Sargento-Mor de ordenanças. Chegou a assumir o posto de Capitão-mor da Vila de Granja e foi promovido a Coronel de Milícias, após combater ameaças da Corte lusitana durante o período separatista.

Foi condecorado com o oficialato da Imperial Ordem do Cruzeiro por D. Pedro I pelo brilhante trabalho realizado à frente das tropas na luta pela independência. Nesse aspecto, ressaltou o historiador J. Brigido:

> Estando já proclamada a independência no Ceará, foi o primeiro a marchar contra Fidié, que, não aderindo à independência, à frente de numerosa tropa de linha e artilharia, tinha saído da cidade de Oeiras para apoderar-se da Parnahyba, que fazia parte do seu comando de armas.
>
> [...]
>
> Graças ao concurso das tropas de Granja, sob o comando de Andrade, Fidié não conseguiu apoderar-se da Parnahyba, e nesta resistência o patriota cearense dispôs tão somente dos seus próprios recursos, sendo apenas ajudado pelos ricos proprietários e autoridades da Parbahyba que o acompanharam de Granja. (*In* Biografia do Coronel João de Andrade Pessôa Anta. Publicada na Revista Trimestral do Instituto do Ceará).

Atuou como líder das tropas que lutaram pela independência do Brasil e consolidação do Império. Entretanto, com o início da Confederação do Equador e a assunção do governo da Província do Ceará por Tristão Gonçalves, teria se manifestado favorável ao movimento e acrescido o nome de guerra "Anta". Nas palavras do Padre Vicente Martins:

> O coronel Pessoa Anta, que estava em Granja de viagem para Fortaleza, vindo ter notícia da proclamação da República, já influenciado pela nova causa porque de há muito batalhava, seguindo as instruções recebidas do coronel Tristão e padre Mororó, por intermédio do frei Alexandre da Purificação, que residia em Granja, cheio de entusiasmo pela causa da República, desistiu de sua viagem e tratou logo de reunir a câmara municipal da vila, de que dispunha e aderir ao novo governo. (*In* Pessôa Anta - Biografia. Publicado pela Revista Trimensal do Instituto do Ceará, p. 286).

Em Granja, foi assinado um manifesto favorável ao movimento republicano. Muito embora Pessôa Anta não tenha posto assinatura nele, diversos membros de sua família o fizeram.

Com a chegada de Lord Cochrane ao Ceará e as investidas das tropas do Brigadeiro Luis Alves de Lima e Silva em Pernambuco, a Confederação do Equador começou a ruir. Diante disso, Francisco de Paula Pessôa, irmão de Pessôa Anta, lhe informou que a causa republicana estaria perdida. Paralelamente, foi noticiada a instalação da Comissão Militar do Ceará. Em

decorrência, João de Andrade Pessôa aceitou a retratação e jurou fidelidade ao Imperador. Depõe J. Brigido (op. cit. p. 65):

> No dia 24, Andrade divulgou uma proclamação, na qual, como comandante geral da vila, chamava a população à obediência do príncipe, e pregando a abjuração, desconfessava a causa vencida, dizendo-se coagido pela força a prestar os serviços, pelos quais devia morrer.

Muito embora o posicionamento público favorável ao Governo, foi considerado traidor da pátria, apesar de ter recebido anistia integral, assim como os demais rebeldes, concedida por Lord Cochrane em nome de D. Pedro I. Empreendeu fuga pelo interior, de onde escreveu carta ao Governador de armas da província e à Imperatriz implorando perdão. No entanto, foi capturado após suposta traição de um dos seus escravos em 26.3.1825.

No dia 28.4.1825, recebeu notícia da Sentença proferida pela Comissão Militar do Ceará, que o havia condenado à pena de morte, a qual foi executada no dia 30 seguinte.

Narrativas históricas apontam que, se o julgamento não tivesse se dado da forma célere como ocorreu – preso em 26.3.1825, iniciaram-se os trabalhos da Comissão em 22.4.1825 – possivelmente a Pessôa Anta teria sido concedido o perdão imperial.

No entanto, seus adversários políticos, sobretudo Marcos Antônio Brício, precipitaram a condenação e cumprimento da sentença de morte, a fim de que a resposta da Imperatriz ao pleito daquela personagem histórica não chegasse a tempo.

Não obstante, não foram localizados documentos oficiais referentes à sua condenação pela Comissão Militar.

Pessôa Anta foi casado com Raymunda Ferreira Veras. Deixou 4 filhos legítimos: Francisca Pessôa de Sampaio, Maria de Andrade Pessôa, Anna de Andrade Pessôa e Thomaz Rodolpho de Andrade Pessôa; além de outros 4 ilegítimos: Elisbão, Donata, Joaquina e Porfírio, todos contemplados em seu testamento.

II - A Comissão Militar do Ceará

A Justiça Militar da União (JMU) no Brasil tem origem no Alvará de 1º.4.1808, assinado pelo Príncipe-Regente D. João VI pouco depois da chegada da Família Real Portuguesa ao Brasil. Por tal ato normativo, criou-se o Conselho Supremo Militar e de Justiça, precursor deste Superior Tribunal Militar (STM), órgão mais antigo do Poder Judiciário pátrio e que funciona ininterruptamente desde a sua criação.

Muito embora aparentasse possuir função única, em verdade era subdividido em: Conselho Supremo Militar, com função administrativa, e Conselho Supremo de Justiça, este com competência jurídica.

A primeira instância da recém-criada organização judiciária brasileira era exercida pelos denominados Conselhos de Guerra. Formados prioritariamente o mais próximo possível dos lugares onde o crime houvesse sido perpetrado, eram compostos por um Oficial superior, designado como Presidente, um Auditor, que funcionava como relator, e 5 oficiais militares.

Das decisões de primeiro grau caberia recurso ao Conselho Supremo de Justiça, incumbido de julgar os processos criminais militares em última instância. Era composto por 3 juízes togados – um deles o relator –, além dos conselheiros de Guerra e do Almirantado e vogais.

A organização regular da Justiça Militar se manteve durante todo o Período do Brasil Imperial e apenas foi alterada com a Proclamação da República. Em situações de conflito, durante o Brasil Colônia e o início do governo de D. Pedro I, foram criados órgãos para o julgamento de crimes militares em caráter emergencial. Os primeiros, surgidos em meados do séc. XVIII, foram denominados Juntas de Justiça Militar.

Naquela época, existiam os Tribunais de Relação. O precursor foi criado na Bahia em 1609 e funcionava como última instância da colônia. Posteriormente, diante da expansão territorial, instituiu-se o do Rio de Janeiro em 1751. Das suas decisões caberia a interposição de agravos e apelações à casa de Suplicação de Lisboa.

No entanto, diante da necessidade de repelir os crimes mais graves, sobretudo pela demora da resposta estatal, foi designado órgão capaz de decidir de forma definitiva acerca das penas, inclusive capitais, ainda no âmbito da colônia. Dessa forma, as Juntas de Justiça evitariam que os processos fossem enviados ao Conselho Ultramarino.

A primeira delas foi estabelecida pela Carta Régia de 26.8.1758 na província do Mato Grosso. O documento menciona a criação de uma Junta para o julgamento de civis e outra para militares que cometessem crimes de deserção, desobediência, lesa-majestade, além dos equiparados aos comuns, como homicídio e de rapina.

Os processos se dariam de forma verbal e sumária e neles constariam o corpo de delito, inquirição do Réu e oitiva de testemunhas, "reduzido a maior brevidade que couber no possível", além da Sentença. Ademais, a Carta Régia previu:

> Para o que tudo Sou servido outro sim dispensar todas as formalidades civis, que requerem determinado tempo, e determinado número de testemunhas para as devassas se concluírem, e todos os mais

> termos, que as Leis prescrevem para os processos criminais, as quais para estes efeitos somente hei por derrogadas, para que esta se cumpra tão inteiramente como nela se contém, como também para que as Sentenças proferidas na sobredita forma, se deem a sua devida execução, sem apelação, agravo, ou dúvida alguma, no breve termo que for pelos Juízes arbitrado, conforme a gravidade das culpas, e a qualidade dos réus.

A segunda espécie de órgão com competência criminal excepcional foram as denominadas Comissões Militares, instituídas após a chegada da Família Real com o intuito de repelir as revoltas ocorridas durante o período em que o Brasil ostentou a condição de Reino Unido e nos primeiros anos após a independência.

Supostamente, a primeira Comissão foi criada no ano de 1817, a fim de repelir revolta eclodida em Pernambuco, com objetivo de punir os seus líderes. Dos seus autos se extrai:

> Processo verbal dos traidores Domingos Teotônio Jorge, José de Barros Lima, e o Padre Pedro de Souza Tenório, Vigário de Itamaracá, réus corifeus de conspiração tramada contra o Estado de Sua Majestade El-Rei Nosso Senhor.

O processo teve início em 7.7.1817 e se encerrou no dia seguinte, após a oitiva de testemunhas e dos réus, lavrados os termos dos depoimentos e da Sentença, não obstante a determinação de rito verbal. Ao final, os acusados foram condenados à pena de morte, executada no dia 10.7.1817.

Já no Período Imperial, alinhado aos pensamentos absolutistas de seu pai, e com o intuito de combater veementemente as revoltas ocorridas no início do Brasil independente, D. Pedro I envidou todos os esforços bélicos e jurídicos para tanto, ainda que necessário fosse confrontar o texto da recém-outorgada Constituição de 1824.

Com o intuito de julgar e condenar os "cabeças" dos movimentos, os quais possuíam cunho republicano e separatista, o Príncipe editou o Decreto de 26.7.1824. Este determinou a criação da Comissão Militar de Pernambuco, destinada ao primeiro dos grandes movimentos do I Reinado, conhecido por Confederação do Equador. Previu, *in verbis*:

> Tendo por Decreto desta data mandado suspender as formalidades decretadas no § 8º do artigo 179 do Título 8º da Constituição, por assim o exigir a integridade do Império, em conformidade do parágrafo 35 do mesmo título, para ocorrer, e de uma vez cortar os efeitos da abominável facção de alguns habitantes da Província de Pernambuco, de que é chefe o rebelde revolucionário Manoel de Carvalho Paes de Andrade, facção execranda que atualmente dilacera aquela Província, exposta aos horrores da mais terrível anarquia; e sendo necessário que os chefes e cabeças de tão nefando crime sejam punidos com pronto castigo, como convém para extirpar tão contagioso mal, e fazer restituir a boa ordem, paz, e

> segurança pública da mesma Província: Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho de Estado, Ordenar que semelhantes réus sejam sumaríssima, e verbalmente processados em uma comissão militar, que só para este fim, e presente caso será criada, e composta do Coronel Francisco de Lima e Silva, como Presidente, e na sua falta, da Patente maior que houver no Exército, e dos Vogais que o mesmo nomear, sendo relator um Juiz letrado, que igualmente nomeará. O mesmo Coronel o tenha assim entendido e faça executar.

Posteriormente, em Decreto de 5.10.1824, foi criada a Comissão Militar do Ceará, com os mesmos objetivos e ordens previstos no documento anterior referente a Pernambuco, pois visava combater a mesma Confederação do Equador, a qual havia alcançado as províncias do Ceará, Rio Grande do Norte, Piauí e Paraíba. Foi presidida por Conrado Jacob de Niemeyer, conforme Carta Imperial de 16.12.1824 e era composta por 6 membros: além do Presidente, 4 oficiais da maior patente e graduação e o magistrado mais graduado da Província, que funcionaria como Relator.

As características do julgamento pelas Comissões, como visto, não restaram completamente esclarecidas pelos Decretos. Inicialmente, previu o Imperador que o direito previsto no parágrafo 8º do art. 179 da Constituição Imperial estaria suspenso, diante do que dispõe o parágrafo 35 do mesmo artigo. Da leitura da Carta outorgada de 1824 se observa que o dispositivo prevê que, à exceção do flagrante delito, ninguém poderá ser preso senão por ordem escrita de autoridade legítima, excetuadas as prisões disciplinares militares.

Por sua vez, o parágrafo 35 previa que:

> XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaisquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

Nos dias atuais, significa a criação de Juízo de Exceção, criado posteriormente à instalação do conflito.

No que toca à ritualística, a Carta Imperial de 27.7.1824, em consonância com o Decreto acima transcrito, determinou que a Comissão Militar fosse presidida pelo Coronel Francisco de Lima e Silva (no Ceará, por Conrado Niemeyer), ou por seu substituto (Oficial da maior patente), e

composta, além dele, por um Juiz letrado, ao qual incumbiria as funções de Relator, e mais 4 vogais, "que serão oficiais de maior patente da Brigada que marcha debaixo de vosso comando para aquela Província."

O processo criminal dos "cabeças" deveria se dar de maneira sumária e verbal, no entanto tais conceitos não foram explicitados na norma de 1824, assim como o foram no de 1758, que criou as Juntas de Justiça Militar.

Há relatos e documentos históricos que apontam para a transcrição de depoimentos e sentenças referentes a processos de líderes da Confederação do Equador julgados pela Comissão Militar de Pernambuco, a exemplo de Frei Caneca, à qual faço menção, *in verbis*:

> Vendo-se nesta comissão militar o processo verbal dos réus Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, religioso carmelita turanense, que foi lente de Geometria; Agostinho Bezerra Cavalcanti, capitão de granadeiros e comandante que foi do 4º Batalhão de Artilheiros Henriques; e Francisco de Souza Rangel, soldado de guerrilha e feitor da mesa da estiva: e o que se acha disposto no decreto à fl. 4 de 26 de julho deste ano, em que SMI manda, que eles sejam julgados em comissão militar criada por carta imperial de 27 do dito mês e ano, para nela serem mui sumariamente processados e sentenciados; [...].
>
> [...] votaram concordemente os da comissão, que o réu estava compreendido no § 5º da ord. Do liv. 5 tit. 6 e por isto incurso na pena de morte natural estabelecida no § 9; em a qual simplesmente o condenam, sendo primeiro exautorado das ordens e honras eclesiásticas, e esta sentença mandam se execute como nela se contém. (*In* Processo e Autodefesa de Frei Caneca. Brasília: Senado Federal, 1984).

Há que se fazer menção ao Alvará de 4.9.1765, do Rei de Portugal, que estabeleceu regras gerais sobre o procedimento nos Conselhos de Guerra.

O documento foi adotado pelo Brasil recém-independente, conforme noticiam os Anais do Parlamento Brasileiro em Sessão realizada no dia 28.7.1826, bem como do que se extrai da Lei de 20.10.1823 (que declarou em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25.4.1821) e se refere à realização de processo verbal e sumário, vez que estabelece como atos processuais apenas o corpo de delito, a oitiva de testemunhas sobre ele, interrogatório do réu e sentença.

Transcrevo passagem na qual o diploma normativo descreve os termos da Sentença:

> Vendo-se nesta Cidade, Vila, Lugar ou Campanamento de ... o **processo verbal** do réu, ou réus NN ... ato de corpo de delito, testemunhas sobre ele perguntadas e interrogatórios feitos ao mesmo réu ... Decidindo-se (ou uniformemente, ou pela pluralidade dos votos) que a sobredita culpa se acha provada, e o réu, ou réus dela convencidos: Os declaram incursos na Lei de tantos ... parágrafo tantos ... (cuja disposição

> se deve copiar) E mandam que a disposição da mesma Lei se execute no sobredito réu. [...] Sendo estas sentenças **escritas pelos mesmos Auditores**, assinadas por todos os vogais, e por eles selladas, nos casos em que o tenho assim determinado. (Grifo nosso).

Por sua vez, no caso específico de Pessôa Anta, em sua Carta de despedida ele afirma: "Hoje, pelas 3 horas da tarde foi-me intimada minha sentença de morte! Prasa a deus que fosse por ele Deus assim destinada, como meu verdadeiro Author."

Outros documentos apontam para a existência de indícios de autos escritos, os quais transcreveriam a termo os depoimentos das testemunhas, dos réus, bem como consolidariam a Sentença. Como exemplo, foi publicado extrato da Sentença proferida pela própria Comissão Militar do Ceará em favor do Padre José Martiniano de Alencar, o qual foi absolvido das acusações impostas em 14.12.1825 (disponível no Diário do Fluminense, edição 00007, de 7.2.1826, p. 115).

Ademais, a previsão referente aos Conselhos de Guerra, órgãos de 1ª instância ordinários da Justiça Militar, também estabeleciam procedimento verbal. Significa dizer, portanto, que tal característica não se atinha exclusivamente às Comissões Militares, nem significava dizer que não havia documentos escritos acerca dos feitos, porquanto inúmeras publicações são encontradas em jornais oficiais. Transcrevo uma delas, extraída do Diário do Governo do Ceará, edição 00003:

> Manda S. M. o Imperador, pela Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha, remeter o Processo Verbal incluso do réu Joaquim Leão da Silva Machado, 2º Tenente da Armada Nacional, e Imperial, para que se haja de julgar em Superior Instância. Paço, em 19 de maio de 1824.

Por fim, extrai-se do conteúdo dos documentos históricos que as Comissões Militares tinham competência para proferir condenações à pena de morte em instância única, de forma que as Sentenças não poderiam ser revistas pelo Supremo Tribunal Militar e de Justiça, mas tão somente pelo Imperador, o qual poderia conceder o perdão aos condenados.

Todavia, impossível afirmar que não se trata de órgão da Justiça Militar. A conclusão acerca do tema pode parecer, em um primeiro momento, confusa. No entanto, ao final é a única a que podemos chegar, como irei descrever.

A Constituição Imperial de 1824, ao estabelecer a organização do denominado Poder Judicial no Título 6º, previu em sua estrutura a existência de Juízes, Jurados, Tribunais de Relação, Juízes de Paz e o Supremo Tribunal de Justiça:

> Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.
>
> Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.
>
> [...]
>
> Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.
>
> [...]
>
> Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.
>
> Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organisação poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.
>
> Art. 164. A este Tribunal Compete:
>
> I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
>
> II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.
>
> III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

Como se nota, a Carta outorgada não fez menção aos órgãos integrantes da Justiça Castrense. Observa-se, também, que o texto constitucional não atribui competência ao Poder Judicial para o julgamento de delitos militares. Para tanto, permaneceu em funcionamento durante todo o período imperial uma estrutura paralela, chefiada pelo Supremo Tribunal Militar e de Justiça:

> Após a Independência, o Conselho Supremo Militar e de Justiça não sofreu modificações consideráveis, não chegando sequer a ser mencionado no Título 6º da Constituição de 1824, que tratava do Poder Judicial. Permaneceu, assim, desempenhando as mesmas funções durante todo o Império, sem alteração de estrutura ou mudança de sede. [KORNIS, Mônica. JUNQUEIRA, Eduardo. Supremo Tribunal Militar. Acesso em: 5.2.2019. Disponível em: https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SUPREMO%20TRIBUNAL%20MILITAR%20(STM).pdf].

As Comissões Militares, todavia, não se vinculavam a nenhuma das estruturas regulares existentes: nem ao Poder Judicial, tampouco à Corte Suprema Castrense.

Podemos afirmar, portanto, pela lógica do ordenamento jurídico atual, que elas são caracterizadas como tribunais de exceção, eis que criadas após a prática dos fatos e com o intuito de repelir crimes de cunho político cometidos em determinado contexto revolucionário popular.

Não por outro motivo, nos atos legislativos de suas criações foram excluídas garantias já previstas na Constituição Imperial. Ratificam esse entendimento Adriana Barreto Souza e Angela Moreira Domingues da Silva:

> Como tribunal de exceção, a Comissão Militar era um dispositivo acionado para dar ares de julgamento à ação do Estado na repressão a movimentos contestatórios. Esses tribunais eram presididos pelo comandante das forças de repressão em operação no local e integrados apenas por militares, sem contar com a presença de sequer um juiz togado. O réu, sem direito a advogado, e sem poder fazer ele próprio sua defesa, era processado de forma sumária e verbal. (*In* A organização da Justiça Militar no Brasil: Império e República. Publicado nos Estudos Históricos. Vol. 29, n. 58. Rio de Janeiro: 2016, p. 369. Disponível em: http://ww.scielo.br/pdf/eh/v29n58/ 0103-2186-eh-29-58-0361.pdf. Acesso em: 5.2.2019).

Contudo, para os efeitos a que se propõe o pedido ora analisado, por sua competência e constituição, outro órgão do Poder Judiciário brasileiro não poderia analisar o pleito dos Impetrantes.

É certo que não há qualquer menção a tais "Cortes de Exceção" no ordenamento jurídico vigente. Também impossível enquadrar as Comissões Militares como integrantes da estrutura da Justiça comum. Logo, ao meu sentir, apenas à Justiça Militar caberiam os questionamentos acerca dos atos praticados por aqueles colegiados, por 2 principais motivos:

> a) a competência para o julgamento de crimes militares e praticados no contexto de revolução interna; e
>
> b) composição: à exceção do juiz togado, as Comissões eram formadas por oficiais militares, em estrutura similar aos Conselhos de Guerra e atuais Conselhos de Justiça.

Na visão da historiadora Adriana Barreto Souza:

> A Comissão Militar criada pelo jovem imperador era uma versão despótica das Juntas de Justiça Militar. Temporária, organizada depois de ocorridos os fatos e com poderes para julgar todos os implicados no movimento, fossem militares ou civis, a Comissão Militar de 1824 **se distinguia por ser integrada quase exclusivamente por militares**. Quem a presidia – segundo determinação imperial – era o próprio general comandante das forças de repressão. Além disso, ela era composta por

> quatro vogais, todos eles "oficiais da maior patente da brigada que marcha para a província". Só havia um "juiz letrado" na Comissão, e ele exercia a função de relator. Todas essas autoridades – tanto juiz, como vogais – foram nomeadas pelo comandante das forças em operação na região, constituindo um tribunal bastante homogêneo e militarizado. [*In* Conselho Supremo Militar e de Justiça e a interiorização de uma cultura jurídica do antigo regime no Rio de Janeiro (1808-1831). Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/18593. P. 315 e 316. Acesso em: 5.2.2019, grifo nosso].

Em resumo, de todo o escorço histórico apresentado, depreende-se que João de Andrade Pessôa, conhecido como Pessôa Anta, foi considerado um dos "cabeças" da Confederação do Equador no Ceará. Por tal motivo foi submetido a julgamento pela Comissão Militar, órgão classificado como Tribunal de Exceção e integrado essencialmente por Oficiais do Exército.

Tais Comissões Militares, criadas pelo Imperador D. Pedro I com o intuito de repelir energicamente as revoltas ocorridas nos primeiros anos do Brasil independente, dada a sua característica excepcional, não poderiam ser qualificadas como órgãos do Poder Judicial. Dessa forma, sua estrutura melhor se amolda à Justiça Castrense, não obstante a ausência de recursos destinados ao Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Superada toda a explicação do contexto histórico acerca do pedido que ora se analisa, nos compete analisar os aspectos judiciais que envolvem a questão.

III - Do cabimento do Mandado de Segurança

Na forma do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, o Mandado de Segurança é a ação constitucional destinada a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*. Poderá ser impetrado contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Assim, sempre que alguém entender que direito líquido e certo seu foi violado, bem como que a violação não atente contra a liberdade de locomoção – hipótese de cabimento de *habeas corpus* –, ou que não se vise a obtenção ou retificação de informação sobre a sua pessoa constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público – *habeas data* –, caberá a impetração da Ação em destaque, preenchidos, obviamente, os demais requisitos legais.

Historicamente, o Mandado de Segurança tem origem na necessidade de criação de uma estrutura jurídica com o objetivo de respaldar os cidadãos contra os atos arbitrários praticados pelo Estado. De tal modo, ideologicamente, inspira-se na Revolução Francesa e, concretamente, nos *writs*

norte-americanos e ingleses, bem como no *juicio de amparo* do direito mexicano. Como ensina Melchiades Picanço, citado por Lucio Picanço Facci:

> O mandado de segurança do direito brasileiro se aproxima mais do *mandamus* inglês, instituído para proteger os funcionários demitidos ou removidos ilegalmente. O *mandamus* visa atos administrativos. O mandado de segurança também, criado pela Constituição brasileira, se dirige contra atos de autoridades. O *writ*, ao contrário disso, é medida geral de proteção contra atos públicos e particulares. O mandado de segurança poderá equivaler a certo e determinado *writ*, mas não a qualquer deles. O *writ of mandamus* não se confunde com o *quo warranto*, nem com o *writ os certioari*. (*In* Evolução histórica do Mandado de Segurança. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=4241. Acesso em: 26.7.2017).

O *mandamus* nacional encontra, também, inspiração na "apelação extrajudicial" portuguesa, contida nas Ordenações Afonsinas. Esta, todavia, apenas era utilizada com viés recursal.

No Brasil, a Ação começou a ser idealizada no Congresso Jurídico de 1922. Nas palavras de Pedro Magalhães Ganem:

> Em 1922, no Congresso Jurídico, teve início a criação de um remédio próximo ao atual mandado de segurança, tendo sido proposta a criação, pelo então Ministro Muniz Barreto, "de um instituto assemelhado ao *juicio de amparo* mexicano, para proteção de direitos não amparáveis pelo habeas corpus em sua concepção tradicional". (*In* Mandado de Segurança - Histórico. Disponível em: https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/297216177/mandadode-seguranca-historico. Acesso em: 26.7.2017).

O Mandado de Segurança foi inserido na Constituição Brasileira de 1934 e contemplado em todas as Constituições posteriores, exceto na de 1937. Dissertam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que o *mandamus* é fruto da crise que produziu a revisão da chamada "doutrina brasileira do habeas corpus". Vale a transcrição:

> A crise que produziu a revisão da "doutrina brasileira do habeas corpus", com a reforma constitucional de 1926, tornou evidente a necessidade de adoção de um instrumento processual-constitucional adequado para proteção judicial contra lesões a direitos subjetivos públicos não protegidos pelo habeas corpus. Assim, a Constituição de 1934 consagrou, ao lado do habeas corpus, e com o mesmo processo deste, o mandado de segurança para a proteção de "direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade" (art. 113, 33). (*In* Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 440).

Atualmente, além da previsão constitucional do art. 5º, incisos LXIX e LXX, o *Writ* é regulamentado pela Lei 12.016/2009. Pela própria redação constitucional, é possível elucidar que o instituto tem utilização ampla, uma vez que abrange qualquer direito subjetivo público que não possua um espeque de proteção específico, desde que preenchidos os requisitos da liquidez e da certeza.

Além disso, a lei estabelece um prazo decadencial de 120 dias para a impetração do *writ* pelo interessado, contados da data da ciência do ato impugnado.

Há que ser observada, também, a inexistência de recurso específico para a situação que se busca evitar/corrigir, sob pena de ser utilizada a ação como sucedâneo recursal. Vale a transcrição da lição de Alexandre Cebrian Araújo Reis e de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

> Além desses requisitos, a utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional pressupõe a irreparabilidade do dano pelos remédios processuais ordinários (art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009). Nesse contexto, acaso a decisão que se pretenda impugnar possa ser revista por outro tipo de recurso e este se revele apto a evitar a lesão ao direito da parte, falecerá interesse para a impetração do mandado de segurança. Todavia, há hipóteses em que, nada obstante recorrível a decisão, o direito da parte pode sofrer lesão em virtude da inexistência de efeito suspensivo do recurso. Em tais casos, o mandado de segurança poderá ser utilizado para alcançar tal finalidade, ou seja, para a obtenção do efeito suspensivo. (*In* Direito processual penal esquematizado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 793).

Caberá a impetração do *mandamus* com caráter preventivo, quando houver ameaça de lesão a direito líquido e certo, ou repressivo; caso este já houver sido lesionado, para que os efeitos não atinjam irremediavelmente a esfera jurídica do impetrante.

Embora seja ação regulamentada, via de regra como procedimento cível, é possível a impetração de mandado de segurança com matéria penal. A doutrina cita como exemplos a possibilidade de acesso aos autos de inquérito policial pelo advogado do acusado; a utilização, pelo ofendido, quando do indeferimento de instauração de procedimento investigatório nos crimes de ação penal privada etc. Nesta Corte se consolidou sua adequação para obter efeito suspensivo em Correição Parcial, além da defesa da atuação institucional do Ministério Público.

Entendidas as premissas gerais, compete analisar a situação submetida ao julgamento desta Corte.

No caso concreto, nota-se que o pedido de Restauração de Autos formulado perante o Juízo da Auditoria da 10ª Circunscrição Judiciária Militar

sequer foi conhecido pelo douto Juiz Federal da Justiça Militar. Por sua vez, o Código de Processo Penal Militar (CPPM) não contempla previsão de recurso específico para impugnar tal espécie de *decisum*.

Dessa forma, cabível a impetração do Mandado de Segurança pelos Interessados, porquanto presente o interesse de agir, consistente na reforma da Decisão para que seja conhecido o pedido de Restauração de Autos formulado em 1º grau.

Quanto à legitimidade de partes, já se discorreu sobre ela por ocasião da análise da preliminar suscitada, à qual fazemos menção. Dessa forma, ratifico a posição acerca da possibilidade de ajuizamento do *mandamus* pelos Impetrantes, à exceção de Maria Odele de Paula Pessôa, visto serem descendentes em linha reta de Pessôa Anta, cumpridos os requisitos constantes na Lei processual penal militar e no art. 12, parágrafo único, do Código Civil.

Para encerrar o tópico referente ao cabimento do Mandado de Segurança, imperioso destacar o pedido do *Mandamus*, o qual me parece ter sido analisado de forma equivocada em um primeiro momento.

Na petição inicial, após rebater os argumentos lançados pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar na Decisão vergastada, os Impetrantes requerem, ao final, *in verbis*:

> 3) A Concessão da Segurança requestada, pela **supressão do Ato ilegal da Autoridade Impetrada**, a fim de que se lhes garanta o **exercício dos seus direitos fundamentais no Pedido de Processo para Restauração de Autos**, segundo os regramentos processuais estabelecidos, para que se venha a obter uma restauração eficaz e satisfatória, capaz de alcançar o real desiderato da lei;
>
> 4) Finalmente, ultimada que seja a restauração postulada, que este Colendo Superior Tribunal Militar se digne de dar validade de originais aos autos restaurados, nos termos do artigo 151 do Regimento Interno desta egrégia Corte de Justiça. (grifos nossos).

Da análise de todo o contexto apresentado, bem como diante das normas referentes à competência para a análise do processo de Restauração de Autos e do processamento do Mandado de Segurança em face de ato judicial, buscam os Impetrantes a reforma da Decisão de 1º grau que não conheceu do pedido formulado, para que este seja analisado pelo Juízo com atribuição.

Portanto, não é cabível a este Tribunal analisar o mérito da restauração requerida, sob pena de incorrer em supressão de instância. Este STM deve se

ater aos elementos, pressupostos e condições da ação ajuizada, nos estritos termos do pedido.

Para tanto, imprescindível que se analise o regramento do processo de Restauração de Autos, previsto no Código de Processo Penal Militar, bem como a doutrina e a jurisprudência correlata.

IV - O procedimento de Restauração de Autos

O processo para Restauração de Autos é regulamentado a partir do art. 481 do Código de Processo Penal Militar. A norma adjetiva castrense determina que será instaurado, obrigatoriamente, quando os autos originários de processo penal militar forem extraviados ou destruídos, em primeira ou segunda instância.

O dispositivo prevê que, caso exista cópia autêntica ou certidão do processo, serão consideradas como originais. Na ausência de tais documentos, determina o § 2º do art. 481 que:

> § 2º Na falta de cópia autêntica ou certidão do processo, o juiz mandará, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, que:
>
> Certidão do escrivão
>
> a) o escrivão certifique o estado do processo, segundo a sua lembrança, e reproduza o que houver a respeito em seus protocolos e registros;
>
> Requisições
>
> b) sejam requisitadas cópias do que constar a respeito do processo no Instituto Médico Legal, no Instituto de Identificação e Estatística, ou em estabelecimentos congêneres, repartições públicas, penitenciárias, presídios ou estabelecimentos militares;
>
> Citação das partes
>
> c) sejam citadas as partes pessoalmente ou, se não forem encontradas, por edital, com o prazo de dez dias, para o processo de restauração.

Quanto à atribuição, será instaurado no juízo de 1ª instância, salvo se referente a processo originário do STM, ou que esteja tramitando no Tribunal em grau de recurso. A Auditoria Militar competente será aquela onde foi dado início ao procedimento.

Sobre a instrução, transcrevo o art. 483 do CPPM:

> Art. 483. O juiz determinará as diligências necessárias para a restauração, observando-se o seguinte:

> a) caso ainda não tenha sido proferida a sentença, reinquirir-se-ão as testemunhas, podendo ser substituídas as que tiverem falecido ou se encontrarem em lugar não sabido;
>
> b) os exames periciais, quando possível, serão repetidos, e de preferência pelos mesmos peritos;
>
> c) a prova documental será reproduzida por meio de cópia autêntica ou, quando impossível, por meio de testemunhas;
>
> d) poderão também ser inquiridas, sôbre os autos do processo em restauração, as autoridades, os serventuários, os peritos e mais pessoas que tenham nêle funcionado;
>
> e) o Ministério Público e as partes poderão oferecer testemunhas e produzir documentos, para provar o teor do processo extraviado ou destruído.

Ao final, será proferida Sentença. Julgada procedente, os autos respectivos valerão pelos originais.

Como visto, não há previsão de prazo para se pedir a restauração. Leva-se em consideração, inclusive, que poderá ser instaurada de ofício. Ademais, o próprio CPPM determina que o processo poderá ser satisfeito com a juntada de cópias autênticas dos documentos.

Na ausência de reprografias legítimas ou certidões, menciona a norma que poderão ser solicitados documentos de órgãos públicos, tais como Instituto Médico Legal, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas e, muito embora não haja menção expressa, dos Arquivos históricos da União (Arquivo Nacional) e demais Unidades da Federação. Esclarecem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

> Sob outra vertente, é de ver que os enunciados que disciplinam o procedimento de restauração de autos visam reproduzir ou reunir as peças processuais de originais não localizados, seja em virtude de extravio seja em face de destruição.
>
> O procedimento pode ser abreviado se existir cópia autêntica, que valerá como original (§ 1º, art. 541, CPP). Caso contrário, serão determinadas providências pelo juiz para a instrução dos autos de restauração que, a seu turno, será julgada por sentença ao final, passando a valer pelos originais (art. 547, CPP). (*In* Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 1681).

No caso concreto, apesar de a Autoridade Coatora ter afirmado ser impossível a adoção das medidas inseridas nos arts. 482 e 483 do CPPM, no que concerne à oitiva de testemunhas, partes, autoridades e serventuários, bem como a repetição de exames e provas, outras diligências poderão ser

determinadas pelo Juízo competente com o fito de buscar registros e documentos históricos do processo originário.

Cabe reiterar que o próprio art. 481, alínea *b*, do CPPM menciona que podem ser requisitadas cópias do que constar a respeito do processo em órgãos públicos. No entanto, tal medida não foi mencionada pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar.

Ademais, em que pese haver registro de que o processo que culminou na morte de Pessôa Anta teria sido sumário e verbal, da análise do extenso histórico formulado neste Voto é possível concluir que, em atos judiciais similares e ocorridos na mesma época e contexto do ora narrado, houve transcrição do trâmite processual em Sentença. O principal exemplo é a condenação de Frei Caneca, cujos documentos foram publicados no impresso *"Obras Políticas e Litterarias de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca"*, colecionadas pelo Comendador Antonio Joaquim de Mello, 1ª Edição, Recife, 1875.

Os próprios impetrantes colacionaram aos autos diversos atos e publicações que indicariam a existência de indícios da transcrição dos atos verbais praticados.

Portanto, o não conhecimento do pedido de restauração, sem sequer tentar buscar nos arquivos públicos a existência de documentos, não corresponde com a norma processual penal militar em vigor.

Afirmar que "descabe a atuação de Órgãos Judiciais do Estado para dispêndio de força de trabalho em atividade inócua e impossível..." é o mesmo que informar aos Impetrantes que eles não têm o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Viola o art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

O processo merece ser instaurado, ainda que ao final se conclua pela impossibilidade de atender ao pleito dos Interessados. Isso porque os elementos e condições da ação, assim como os pressupostos processuais foram atendidos. Logo, inviável o não conhecimento do pedido.

V - Conclusão

Em resumo, da análise de toda a conjuntura histórica apresentada, bem como da legislação pátria vigente acerca do processo de Restauração de Autos e do Mandado de Segurança, podemos concluir que o *Writ* deve ser conhecido e, no mérito, concedida a ordem pleiteada.

Isso porque, ainda que a reconstrução dos autos do processo que culminou na execução de João de Andrade Pessôa seja uma tarefa árdua, não é possível que esta Justiça Castrense se exima da missão, sob pena de negar

às partes interessadas o acesso ao Poder Judiciário, direito previsto na Carta Magna.

Apesar de o douto Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 10ª CJM ter concluído pela incompetência daquela instância originária, e da JMU como um todo, para analisar o feito, estudos históricos apontaram que as Comissões Militares eram juízos de exceção, desvinculados da organização do Poder Judicial do Império, bem como do Conselho Supremo e de Justiça Militar.

Logo, o pedido de restauração não deve ser endereçado a nenhum outro órgão do Poder Judiciário atual. Esta Justiça especializada, por razões de competência e composição das Comissões instauradas por D. Pedro I, é a mais adequada a conhecer e examinar o tema. Por sua vez, como os fatos ocorreram na Província do Ceará, a 10ª Circunscrição Judiciária Militar deve ser designada como Juízo natural.

Outrossim, muito embora tenha sido aventado que os processos regidos pelo Colegiado excepcional imperial seguiam rito sumário e verbal, há registros de transcrição dos atos processuais em Sentenças escritas referentes a situações similares a de Pessôa Anta e julgados pelo mesmo órgão. O exemplo mais conhecido é o do julgamento do Frei Caneca, condenado pela Comissão Militar de Pernambuco em 1824.

Sob outro aspecto, outras normas vigentes nos primeiros anos do Império apontam que a oralidade era o comum da época, o que não excluía a necessidade de transcrição dos atos praticados na decisão final. Tal previsão pode ser encontrada, a título de exemplo, no Alvará de 4.9.1765, do Rei de Portugal, que estabeleceu regras gerais sobre o procedimento nos Conselhos de Guerra.

Vale reafirmar que o rito do processo de Restauração de Autos previsto no CPPM não impõe limitação temporal à sua concretização. Além disso, não se obriga que haja nova realização de atos processuais ou a oitiva de testemunhas, réus, peritos, autoridades judiciais e outros servidores que funcionaram no processo original.

A norma processual castrense dispõe pela suficiência de cópias autênticas e certidões, além de estipular a possibilidade de requisição de documentos a órgãos públicos, entre os quais podemos inserir o Arquivo Nacional e dos Estados do Ceará, de Pernambuco (local onde se iniciou a Confederação do Equador), do Rio de Janeiro (capital do Brasil na época dos fatos) e do Distrito Federal (atual capital da República). Outros órgãos do Poder Judiciário também poderão ser consultados.

Sob pena de incorrer em supressão de instância, entendo que o Processo de Restauração de Autos deve ser iniciado e concluído no âmbito da 10ª Circunscrição Judiciária Militar, haja vista que o CPPM prevê que a competência para o processamento do pleito é do Juízo de 1º grau.

Diante do exposto, **Voto pelo conhecimento do Mandado de Segurança impetrado**. No mérito, Voto pela **concessão da segurança** para reformar a Decisão do MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 10ª CJM, a fim de que seja conhecido o pedido de **Restauração de Autos** ajuizado pelos Impetrantes naquela instância.

Superior Tribunal Militar, 24 de abril de 2019.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro do STM

_____

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7000992-19.2018.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Impetrante: Edvalnice Christo da Costa.

Advogados: Eutalia Janine Freire dos Reis, Rodrigo Henrique da Silva Santos, Edlúcia Késia Brito Rodrigues e José Ivan Damasceno Flores.

Impetrado: Ministro-Presidente do Superior Tribunal Miliar – Justiça Militar da União – Brasília.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE NÃO PREENCHE FENÓTIPO DE NEGRITUDE. CONCLUSÃO DA BANCA EXAMINADORA. EXCLUSÃO DO CERTAME. OBSERVÂNCIA DO EDITAL. DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO PROCESSO SELETIVO MEDIANTE FALSA DECLARAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PERMANÊNCIA DA CANDIDATA NA LISTA DE AMPLA CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM.

A legislação que rege a matéria não dá espaço à exclusão do processo seletivo de candidato concorrente a vagas reservadas ao sistema de cotas que não foi reconhecido como negro ou pardo pela comissão examinadora, salvo tenha agido de má-fé, com o intuito de burlar o concurso.

Caso não ocorra o *falsum* e entender o órgão organizador da seleção pública que o candidato não preenche o fenótipo de negritude, deverá ele permanecer concorrendo à vaga destinada aos demais candidatos, pois a legislação garante sua participação concomitante nas duas listas de classificação – ampla concorrência e a reservada aos negros. É dizer: sua exclusão se dará apenas da lista de reserva destinada aos negros e pardos, e não do processo seletivo.

Concessão da segurança. Unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Cezar Luis Rangel Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento parcial ao pedido de Edvalnice Christo da Costa, para conceder-lhe a segurança no sentido de que continue no certame, integrando apenas a lista de classificação de ampla concorrência, nos termos do voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos,

Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. Declarou-se impedido o Ministro José Coêlho Ferreira, na forma do art. 144 do RISTM. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento. Ausência justificada do Ministro José Barroso Filho. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 25/4/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por EDVALNICE CHRISTO DA COSTA, candidata do concurso público para o cargo de técnico judiciário da Justiça Militar da União, nos termos do Edital nº 1/2017.

Por discordar do resultado final do concurso público, a Impetrante se insurge "contra ato ilegal praticado pelo MINISTRO-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, na pessoa de seu representante legal", apontado como autoridade coatora.

Sustenta que participou como concorrente a vagas destinadas à população negra, alcançando êxito na prova escrita, mas excluída do concurso após se submeter à banca com o fito de realizar a avaliação fenotípica.

Entende que sua exclusão foi um ato ilegal, na medida em que o edital não especificou de forma prévia, expressa e objetiva quais os critérios fenotípicos exigidos no certame.

Aduz que o subjetivismo da entrevista deveria ser minimizado com a adoção de análise antropológica e que o critério utilizado pela banca examinadora de apenas visualizar as características raciais do candidato para aferição da veracidade de sua declaração não pode ser único, devendo ser utilizados os meios de identificação da etnia do candidato mediante análises antropológicas e pesquisas em banco de dados de identificação perante órgãos públicos.

Alfim, afirma que a decisão da comissão avaliadora afronta o contraditório, a ampla defesa, a impessoalidade e a transparência.

Preliminarmente, requer a inserção "de seu nome na lista de aprovados na primeira etapa do concurso público Técnico Judiciário - Área Administrativa (Edital nº 1), nas cotas para candidatos negros, convocando-a assim para a do referido certame, respeitada a ordem desclassificação para fins de nomeação e posse".

Subsidiariamente, "que a mesma seja reenquadrada na lista de aprovados pelo critério da ampla concorrência vez que não há motivo fático que enseje a exclusão desta do concurso".

No mérito, a confirmação da liminar.

Por entender que alguns pontos poderiam ser melhor esclarecidos após o envio das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, reservei-me em apreciar a medida liminar pleiteada após o recebimento dos informes.

As informações da autoridade apontada coatora foram colacionadas ao processo em 26/12/2018 (evento 11).

De relevante, cabe consignar os seguintes esclarecimentos trazidos, que levaram à exclusão da Impetrante do concurso de técnico judiciário da Justiça Militar:

- O candidato, de acordo com o subitem 6.1.2 do edital, ao concorrer a cotas reservadas aos candidatos negros, deveria declarar ser "negro ou pardo, conforme quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)".

- Alcançando êxito nas provas, a candidata fora convocada para se submeter ao procedimento administrativo de constatação de sua condição de negra, em conformidade com o subitem 6.2.1 do edital.

- Após realizada a autodeclaração, à candidata EDVALNICE foi-lhe "assegurado o direito de participar do certame na condição de candidata negra, concorrendo concomitantemente à ampla concorrência, como estabelece o art. 6º da Resolução CNJ nº 203/2015, *in verbis*: 'Art. 6º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas a eles reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso'."

- Por não ser considerada negra pela banca examinadora, a candidata foi eliminada do concurso, com esteio no subitem do edital 6.2.7, que diz: "Será eliminado do concurso o candidato que: a) não for considerado pela comissão avaliadora como negro".

- Afirma que a autodeclaração da candidata não decorreu de má-fé.

- Aduz que, "apesar do edital determinar que o candidato não considerado negro pela Comissão será eliminado do certame", o CNJ, em decisão posterior ao edital do concurso, reformou decisão desta Corte Castrense, em sede de Procedimento de Controle Administrativo, de nº 0004108-72.2018.2.00.0000, para admitir que candidato não considerado como negro pela banca examinadora, desde que não comprovada a má-fé, deve ser incluído na lista de ampla concorrência.

- Cita jurisprudência dos nossos tribunais no sentido de carecer competência ao Judiciário para adentrar no mérito administrativo, no que se refere aos critérios de seleção e avaliação, matéria afeta às bancas examinadoras de concursos públicos.

Por último, consigna que a concessão da ordem implicaria tratamento diferenciado à Impetrante, sobretudo por haver os demais candidatos obedecido às regras do edital do concurso.

A liminar foi indeferida por não preencher todos os pressupostos autorizadores para a concessão.

A União, representada pela AGU, manifestou interesse em ingressar no feito (Evento nº 19).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Miliar, representada pelo ilustre Vice-Procurador-Geral Dr. Roberto Coutinho, após reconhecer como ilegal "a cláusula que permite a exclusão sumária de candidato que satisfaça as condições de integrar a lista de aprovados de ampla concorrência, ainda que não reconhecida a sua condição de negro", opinou pelo conhecimento e provimento parcial do presente *mandamus*, para conceder a ordem e garantir à Impetrante o direito de prosseguir no certame, na lista de ampla concorrência.

É o relatório.

VOTO

A presente ação mandamental foi inicialmente impetrada perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Entretanto, com base no art. 4º, inciso I, letra "c"[169], do RISTM, aquele Tribunal declinou a competência em favor desta Corte, visto que se impugna ato do Presidente do STM.

Assim, em consonância com o citado artigo do RISTM, art. 6º, inciso I, alínea "d", da Lei nº 8.457/92[170], precedentes desta Corte e satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, conheço a presente ação constitucional.

Enfrenta-se mandado de segurança que tem como escopo reverter resultado final do concurso que negou a condição de afrodescendente da impetrante e a excluiu do certame, no qual concorria a cotas destinadas a negros e pardos.

A Impetrante, inicialmente, busca a inclusão do seu nome na lista dos classificados nas cotas de negros, sob o argumento de faltar clareza na definição dos beneficiários da política de cotas adotada no edital, sobretudo por se basear apenas no subjetivismo da entrevista, devendo também incluir análise antropológica.

---

[169] Art. 4º Compete ao Plenário:
I - processar e julgar originariamente:
[...]
c) os Mandados de Segurança contra seus atos, os do Presidente e de outras autoridades da Justiça Militar;

[170] Redação idêntica à do Regimento Interno do STM.

Como dito antes, a autoridade coatora excluiu a candidata do certame com base no subitem 6.2.7 do edital, o qual preceitua, *verbis*:

> 6.2.7. Será eliminado do concurso o candidato que:
>
> a) não for considerado pela comissão avaliadora como negro.

Todavia, o pedido de reinclusão no concurso na lista de cotistas obrigaria analisar os aspectos meritórios que conduziram à conclusão de considerar a candidata não conter as características do fenótipo exigido.

A hipótese se mostra inviável, diante do proibitivo exarado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 485 - Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público), tendo como *leading case (caso principal)* o Recurso Extraordinário nº 632.853 e cujo teor é o seguinte:

> Recurso extraordinário com repercussão geral.
>
> 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes.
>
> 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes.
>
> 4. Recurso extraordinário provido. (RE 632853, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015).

Naquela assentada, o plenário da Suprema Corte entendeu que adentrar no mérito do ato administrativo e substituir a banca examinadora violaria o princípio da separação dos poderes e a própria reserva de administração.

Assim, as conclusões de mérito, além de estarem circunscritas ao âmbito da autonomia da comissão avaliadora, se inserem num contexto de subjetividade que é a análise do fenótipo de configuração de negro ou pardo do candidato, o que escapa da competência desta Justiça Militar.

Nessa seara, só resta a alternativa de abster-se de analisar o critério adotado pela comissão avaliadora de não reconhecer a candidata, ora Impetrante, como sendo negra ou parda.

Em outra quadra, a Impetrante requer, caso não atendido seu primeiro pedido, que o Tribunal a reenquadre na lista de ampla concorrência.

Nesse ponto, a matéria atém-se à formalidade observada pela autoridade coatora, contida na legislação aplicável à espécie e no edital que rege o concurso, passível de correição pelo Poder Judiciário, porquanto se tratar de controle de

legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, sem adentrar no mérito administrativo.

Com efeito, passemos a enfrentar a possibilidade de a Impetrante ser excluída do concurso, caso a Comissão entenda não preencher os critérios configuradores de ser preta e/ou parda.

Ao criar o regime de cotas, a Lei nº 12.990/2014, de 9 de junho de 2014, limitou a eliminação do candidato à hipótese de configurada a fraude na declaração de se autodenominar como preto ou pardo. Cite-se:

> Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.
>
> Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso. (destaquei).

O Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle da atuação administrativa do Poder Judiciário e em consonância com a citada Lei nº 12.990/2014, regrou a matéria por meio da Resolução nº 203, de 23 de junho de 2015, da seguinte forma:

> Art. 1º A reserva de vagas aos negros nos concursos públicos para provimentos de cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, dar-se-á nos termos desta Resolução.
>
> [...]
>
> Art. 5º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).
>
> [...]
>
> § 3º Comprovando-se falsa a declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua nomeação, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.
>
> Art. 6º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas a eles reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

A clareza das citadas normas mostra que a eliminação do candidato só se dará se comprovada a falsa declaração de tentar burlar o sistema de cotas e, caso houver nomeação, se submeterá o caso a procedimento administrativo visando sua anulação. A preocupação do legislador de se exigir a comprovada falsidade se justifica. É que o simples fato de o candidato se autodenominar afrodescendente, e caso venha a comissão a discordar, não quer dizer que ele prestou falsa declaração, uma vez que tal declaração, além de comportar um certo subjetivismo, muitas vezes pode estar influenciada pelo ambiente em que convive o candidato, como religião, antepassados, cultura de origem africana, como se sobressai na região natural da Impetrante, o Estado da Bahia.

Na espécie, a própria autoridade apontada como coatora constatou inexistirem evidências de declaração falsa ou tentativa de fraude por parte da candidata. Corrobora com tal assertiva se também olharmos, sem querer adentrar no mérito de avaliação da banca examinadora, as fotografias da família trazidas ao processo, as quais sugerem ser de origem africana a Impetrante, como, também, a certidão de óbito de seu pai que registra ser pardo. Daí a candidata ser levada a concluir por seu fenótipo de negra.

A legislação também citada revela a garantia do candidato em concorrer, ao mesmo tempo, nas duas classificações: as destinadas aos negros/pardos e as dos demais concorrentes. É dizer, caso o candidato cotista não passe na avaliação da banca, estará garantida sua participação junto aos demais concorrentes (Lei nº 12.990/2014, art. 5º, § 3º; Res. 203/2015, art. 6º).

O tema já foi enfrentado em várias oportunidades pelo Conselho Nacional de Justiça, inclusive em procedimento de controle administrativo originário desta Corte Castrense. Cite-se:

> RECURSO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE ANALISTA JUDICIÁRIO E TÉCNICO JUDICIÁRIO. COTAS. NEGROS E PARDOS. AUTODELCARAÇÃO. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO DO CERTAME SEM PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PARA COMPROVAR SUPOSTA FRAUDE. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DO CANDIDATO NA LISTA DE AMPLA CONCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. Não existe na Resolução n. 203/CNJ a possibilidade de exclusão do candidato pelo simples fato de a Comissão Avaliadora entender que ele não se enquadra na condição de preto e/ou pardo. Como as avaliações são subjetivas (do próprio candidato e da Comissão), apenas nos casos de comprovada má-fé, discutida em procedimento com garantia da ampla defesa e do contraditório, que o candidato pode ser excluído do certame. 2. Se não forem eliminados em procedimento para apurar a eventual má-fé da autodeclaração, os candidatos não reconhecidos como pretos ou pardos devem participar da lista de ampla concorrência. 3. Decisão monocrática mantida por seus próprios fundamentos. (Acórdão PROCEDIMENTO DE

CONTROLE ADMINISTRATIVO - 0004108-72.2018.2.00.0000 Documento SEI 1247969).

Oportuno trazer ao conhecimento de todos precedente do Supremo Tribunal Federal, citado pelo Dr. Roberto Coutinho em seu laborioso parecer, *verbis:*

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIORIZEM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBSCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFASTÁVEL *JUDICIAL REVIEW*. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. *IN CASU*, A EXCLUSÃO DO CANDIDATO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFIRMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESES ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1**. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público. 2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei", evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal.** (Precedentes: RE 593198 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; ARE 715061 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19-06-2013; RE 558833 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; RE 398567 AgR, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006; e MS 20.973, Relator Min. Paulo Brossard, Plenário, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992). 3. **O Legislador não pode escudar-se em**

uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. 4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. (No mesmo sentido: ARE 678112 RG, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013, DJe 17-05-2013). 5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística. 6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). 7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo. 8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente. 9. **O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.** 10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica "Freiheitsvermutung" (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (preferred freedom doctrine), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de idéias (free marktplace of ideas a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública. 11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público. 12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não. 13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiossincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público. 14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade. 15. A cláusula editalícia que cria

condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional. 16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao Miller-Test, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: (i) o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; (ii) quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável, (iii) quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico. 17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norteamericana das "fighting words", como, v.g., "morte aos delinquentes". 18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: (i) **os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material**, (ii) editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. 19. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou que "a tatuagem do ora apelado não atende aos requisitos do edital. Muito embora não cubra todo o membro inferior direito, está longe de ser de pequenas dimensões. Ocupa quase a totalidade lateral da panturrilha e, além disso, ficará visível quando utilizados os uniformes referidos no item 5.4.8.3. É o quanto basta para se verificar que não ocorreu violação a direito líquido e certo, denegando-se a segurança". Verifica-se dos autos que a reprovação do candidato se deu, apenas, por motivos estéticos da tatuagem que o recorrente ostenta. 19.1. Consectariamente, o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas nesta repercussão geral: (i) a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; (ii) a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do candidato, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse, nos termos assentados pela tese objetiva de repercussão geral, a restrição de participação no concurso público. 19.2. Os parâmetros adotados pelo edital impugnado, mercê de não possuírem fundamento de validade em lei, revelam-se preconceituosos, discriminatórios e são desprovidos de razoabilidade, o que afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado na Constituição da República, qual seja, o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV). 20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (RE 898450, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado

> em 17/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-114 DIVULG 30-05-2017 PUBLIC 31-05-2017) (destaque nosso).

Atento à legislação em vigor, o Superior Tribunal de Justiça fez consignar, no Edital de seu último concurso para provimento de vagas de analista judiciário e técnico judiciário (Edital nº 7 - STJ, de 9 de novembro de 2015), a garantia de participação de candidatos cotistas às vagas de ampla concorrência, quando não forem reconhecidos como negros pela banca examinadora, nos termos do item 2.7, a saber:

> Os candidatos que não forem reconhecidos pela banca como negros ou os que não comparecerem para a verificação na data, no horário e no local estabelecidos no *link* de consulta continuarão participando do concurso concorrendo às vagas de ampla concorrência.

Nessas circunstâncias, não podendo o Judiciário se furtar ao controle de legalidade quando da análise de editais de concursos públicos, se não comprovada a má-fé na declaração da candidata de ser negra, carece de substrato legal sua exclusão do concurso. Portanto, mostra-se legítimo reconhecer o direito líquido e certo de a Impetrante permanecer participando do processo seletivo, mas apenas na lista de classificação referente à ampla concorrência.

Ante o exposto, conheço e dou provimento parcial ao pedido de EDVALNICE CHRISTO DA COSTA, para conceder-lhe a segurança no sentido de que continue no certame, integrando apenas a lista de classificação de ampla concorrência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento parcial ao pedido de Edvalnice Christo da Costa, para conceder-lhe a segurança no sentido de que continue no certame, integrando apenas a lista de classificação de ampla concorrência.

Brasília, 25 de abril de 2019 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7000129-29.2019.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorrido: Alírio Dias Terdolino.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CADERNETA DE INSCRIÇÃO E REGISTRO (CIR) EXPEDIDA PELA MARINHA DO BRASIL MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADOS CUJOS TEORES SERIAM IDEOLOGICAMENTE FALSOS. ENUNCIADO VINCULANTE Nº 36 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DO FEITO. JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. RECURSO PROVIDO. UNANIMIDADE.

Segundo o Enunciado Vinculante nº 36 da Súmula de Jurisprudência do STF, compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.

Sendo a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) expedida pela Marinha do Brasil, tratando-se, pois, de documento verdadeiro, obtido, todavia, com base em Certificados cujos teores são ideologicamente falsos, não incide o teor da citada Súmula Vinculante, cabendo à Justiça Militar da União o processamento e o julgamento do delito de uso de documento falso, na forma da alínea "a" do inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar.

Recurso em Sentido Estrito provido. Unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente a Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento ao Recurso ministerial, para, desconstituindo a Decisão prolatada pelo Juízo da Auditoria da 7ª CJM, de 19 de dezembro de 2018, proferida nos autos do Inquérito Policial Militar nº 7000223-92.2018.7.07.0007/PE, receber a Denúncia oferecida em desfavor do Civil Alírio Dias Terdolino, declarando a competência da Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento do feito e determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para o regular prosseguimento da ação penal militar, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Vuyk de Aquino.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participou do julgamento. Ausência justificada da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 2/5/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar contra a Decisão da MMª Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM, de 19 de dezembro de 2018 (Evento 1), proferida nos autos do Inquérito Policial Militar nº 7000223-92.2018.7.07.0007/PE, que declinou da competência para apreciar os fatos relativos ao Civil ALÍRIO DIAS TERDOLINO, em favor da Justiça Federal em Pernambuco.

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 5 de dezembro de 2018, nos seguintes termos (Evento 1):

> (...) O presente Inquérito Policial Militar foi instaurado por determinação do Sr. Capitão dos Portos de Pernambuco, por intermédio da Portaria nº 42/2018, de 15 de agosto de 2018, para apurar supostas irregularidades no cadastro do aquaviário ALÍRIO DIAS TERDOLINO (...) este não possuía o Curso de Formação de Aquaviários, sendo o requisito mínimo para iniciar a carreira de aquaviário. Quando foi criado o referido cadastro, houve a inserção inicial da realização do Curso Básico de Convés (CBCV03/97) (...) criação forjada desse cadastro, uma vez que o nome do aquaviário ALÍRIO DIAS TERDOLINO não constava nas Ordens de Serviço nº 086/1997 e nº 0131/1997, inseridas equivocadamente no sistema próprio da Marinha do Brasil, o mesmo recebeu indevidamente da CPPE os seguintes certificados: Certificado nº 221-03-00860, relativo ao Treinamento em Primeiros Socorros, emitido em 12 de dezembro de

2003; Certificado nº 221-03-00861, relativo ao Treinamento em Relações Humanas, emitido em 12 de dezembro de 2003; e o Certificado nº 221-03-00862, pela CPPE, relativo ao Treinamento em Sobrevivência Pessoal, emitido em 12 de dezembro de 2003. Estes três certificados, em que pese terem sido produzidos na CPPE e conterem a assinatura do Capitão dos Portos, daquela época, não eram ideologicamente verdadeiros, uma vez que ALÍRIO DIAS TERDOLINO não realizou qualquer destes cursos, exercendo ilegalmente entre os anos de 2007 e 2015, a profissão de aquaviário.

Pode-se constatar no Laudo Pericial (Evento 6, item 56) que aqueles três certificados não se encontravam, à época, cadastrados no SISAQUA. Além do recebimento indevido desses certificados, ALÍRIO DIAS TERDOLINO foi cadastrado no SISAQUA em 19 de abril de 2004, no Curso Básico de Convés, também indevidamente, possibilitando que o mesmo pudesse iniciar sua carreira de aquaviário. Enfim, comprovadamente o aquaviário ALÍRIO DIAS TERDOLINO não realizou o Curso Básico de Convés no ano de 1997, uma vez que não há registros da realização deste curso nesta Capitania, nem nas demais Capitanias dos outros Estados do Brasil, sendo a realização do curso considerado requisito necessário para ser criado o cadastro do aquaviário.

O denunciado, em seu interrogatório (Evento 6, item 30), informou que ocorreu seu acesso à categoria Moço de Convés, tendo terminado o curso, com período entre 2 e 3 meses, no final deste ano de 2003, somente pegando a documentação e certificado e tendo obtido a primeira CIR, no final de 2004, entregue por Dona EUNICE, Funcionária Civil. Alegou, ainda, que quem lhe facilitou a documentação foi uma servidora de nme (sic) EUNICE. Todavia, de acordo com o que consta dos autos, ficou evidenciado que naquela ocasião não trabalhava qualquer servidora com o nome de EUNICE na Divisão de Habilitação, mas trabalhava uma Servidora Civil, falecida em 28/10/2016, chamada IVANILDE GOMES LOPES, que trabalhou entre os anos de 2003 e 2005 naquela Divisão, que era o setor responsável pela emissão de certificados e realização dos cursos de aquaviários, ocasião em que foram constatadas irregularidades no Departamento de Ensino Profissional Marítimo, no ano de 2005, culminando com a troca de todo o pessoal daquele Departamento, conforme depoimento da testemunha SC MARIA DE LOURDES SILVA, única pessoa existente na CPPE, atualmente, que trabalhava na Divisão de Habilitação no ano de 2005.

(...) Há claros indícios de cometimento de crime militar praticado de forma premeditada e dolosa, e também de forma continuada, por parte de ALÍRIO DIAS TERDOLINO para conseguir criar o seu cadastro de aquaviário e renovar os documentos pertinentes.

Ex positis, o Ministério Público Militar requer seja recebida a presente DENÚNCIA para que ALÍRIO DIAS TERDOLINO seja regularmente citado, processado, julgado e, por fim, condenado pelo crime militar impróprio de uso de documento falso, tipificado no artigo 315 do

> Código Penal Militar, em continuidade delitiva (art. 80 do CPM), uma vez que o denunciado, consciente e voluntariamente, ao menos três vezes fez uso de documento falso (cadastro de aquaviário) diante da administração da Marinha do Brasil, tudo com o comprovado escopo de obter Certificados da Marinha a que evidentemente não fazia e não faz jus (...).

Em Decisão de 19 de dezembro de 2018 (Evento 13), a Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM deixou "(...) de acatar a Denúncia (...)", sob o fundamento de que:

> (...) ainda que a conduta praticada pelo indiciado ALÍRIO DIAS TERDOLINO, em tese, se amolde ao crime de uso de documento falso, bem como apesar de a Marinha do Brasil ser o único Órgão encarregado da outorga de habilitação aos aquaviários e da decorrente fiscalização desta atividade, a competência para apreciar e julgar o fato descrito no libelo acusatório seria da Justiça Federal Comum, em obediência ao entendimento extraído da Súmula Vinculante 36 do Supremo Tribunal Federal, que retirou a natureza de crime militar das condutas praticadas por civis (aquaviários) contra a atividade administrativa da Força Naval, consistente na fiscalização das embarcações privadas.
>
> (...) É importante destacar, neste caso, que, até o momento, não foi vislumbrada conduta dolosa ou culposa por parte dos militares que receberam a documentação supostamente falsa, fato que atrairia a competência para esta Justiça Especializada, por restarem atingidos, nesta hipótese, os alicerces das Forças Armadas, a Hierarquia e a Disciplina, bem como a própria Administração Militar, recaindo a conduta na regra prevista no artigo 9º, inciso II, alínea "e", do Código Penal Militar. Também não há notícia de envolvimento de servidor civil daquela Capitania dos Portos, o que traria a competência especializada prevista na alínea "a" do inciso III do citado artigo 9º do CPM.
>
> Por fim, não restou detectado prejuízo material à Marinha do Brasil e, da mesma forma, não se pode sustentar que o simples fato de ter havido o uso de documento de cunho ideologicamente falso fornecido, por equívoco, pela Marinha, seja suficiente para configurar dano à imagem da Instituição Militar. É o que faz entender o entendimento firmado pela Suprema Corte.
>
> Destarte, restará à Justiça Federal no Estado de Pernambuco a competência a análise dos fatos, objeto deste IPM.
>
> Assim, por se tratar de crime de competência da Justiça Federal comum, na forma prevista pela Súmula Vinculante nº 36 - STF; DEIXO de acatar a Denúncia ofertada no Evento 10 - Doc. 1, DECLARO a INCOMPETÊNCIA desta JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, com base no artigo 147 do Código de Processo Penal Militar, devendo os autos serem encaminhados à Justiça Federal em Recife/PE (...).

Intimado da Decisão em 7 de janeiro de 2019 (Evento 14), o Órgão ministerial interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito (Evento 15),

tempestivamente, em 9 de janeiro de 2019, o qual foi recebido pelo Juízo *a quo* em 10 de janeiro de 2019 (Evento 18).

Em suas Razões (Evento 21), o Ministério Público Militar pugnou pela reforma da Decisão vergastada com o consequente recebimento da Denúncia em desfavor do Acusado "(...) em face de se evidenciar, *in casu*, crime militar da competência da Justiça Militar da União (...)", não devendo assim "(...) "incidir a Súmula Vinculante n. 36 do STF", com reconhecimento de "crime comum federal, da competência da Justiça Comum Federal" (...)". Em sua argumentação, sustentou que:

> (...) É bem verdade que a prefalada Súmula Vinculante (SV) n. 36 reza que a Justiça Comum Federal é competente para processar e julgar civil pelo crime de *falsum* (e de uso de documento falso) de CIR e de CHA expedidas pela Marinha do Brasil. Contudo, entende o MPM que tal SV somente se aplica àqueles casos que levaram o Guardião da Constituição a editar a referida SV, ou seja, aos casos em que o civil, munido de documento falso expedido pela Marinha do Brasil, apresentasse o documento a um particular (pessoa física ou jurídica de direito privado), máxime com o escopo de obter emprego no setor privado. A SV n. 36 não teria aplicação, portanto, às hipóteses em que o civil apresentasse documento à administração da mesma Marinha do Brasil que expedira o documento, que foi exatamente o caso narrado na Denúncia lamentavelmente rejeitada.
>
> É simples a razão para a inaplicação da SV n. 36 ao caso em tela dos autos: o denunciado, quando apresentou o documento à Marinha do Brasil, turbou bem jurídico tipicamente militar (administração militar), e não de particular, de modo que a *ratio* da SV 36 abarca somente as situações nas quais o uso de documento falso cinja-se à esfera privada, não a transcendendo; enfim, não colocando em perigo, como o caso dos autos, bem jurídico tipicamente castrense (...).

Em Contrarrazões (Evento 25), a Defensoria Pública da União requereu a improcedência do presente Recurso para que seja mantida a Decisão da Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM que reconheceu a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito, nos termos da prefalada Súmula Vinculante nº 36 do STF.

Na fase do art. 520 do CPPM, em Juízo de Retratação, a Juíza Federal da Justiça Militar manteve a Decisão proferida (Evento 13) e determinou o encaminhamento do presente Recurso a esta Corte Castrense (Evento 27).

Em Parecer da lavra do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Júnior (Evento 6), a Procuradoria-Geral da Justiça Militar opinou pelo "(...) conhecimento do presente Recurso em Sentido Estrito, contudo, no mérito, pronuncia-se por seu desprovimento (...)".

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso estão preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Decisão da MMª Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM, de 19 de dezembro de 2018, proferida nos autos do Inquérito Policial Militar nº 7000223-92.2018. 7.07.0007/PE, que declinou da competência para apreciar os fatos relativos ao Civil ALÍRIO DIAS TERDOLINO, em favor da Justiça Federal em Pernambuco.

Em suas Razões (Evento 21), o Ministério Público Militar pugnou pela reforma da Decisão vergastada com o consequente recebimento da Denúncia em desfavor do Acusado "(...) em face de se evidenciar, *in casu*, crime militar da competência da Justiça Militar da União (...)", não devendo assim "(...) "incidir a Súmula Vinculante n. 36 do STF", com reconhecimento de "crime comum federal, da competência da Justiça Comum Federal" (...)".

Assiste razão ao Órgão ministerial.

Na espécie, o cerne da controvérsia cinge-se à análise do alcance da Súmula Vinculante nº 36 do Supremo Tribunal Federal e de sua adequação ao caso concreto. Nesses termos, para melhor entendimento da matéria apurada no presente feito, necessário se faz estabelecer a cronologia dos acontecimentos que culminaram com a declaração da incompetência desta Justiça Castrense para processar e julgar o Recorrido.

Em 11 de abril de 2018, foi instaurada Sindicância pela Capitania dos Portos de Pernambuco para apurar supostas irregularidades no Cadastro do Civil ALÍRIO DIAS TERDOLINO. Após a análise das Ordens de Serviço relativas aos cursos de qualificação, bem como dos dados do Sistema de Cadastro de Aquaviário (SISAQUA), foi constatado que:

> (...) o cadastro do aquaviário ALIRIO DIAS TERDOLINO foi criado no ano de 2003 de forma irregular e passou a receber, desde então, uma série de informações falsas que possibilitaram o mesmo exercer ilegalmente, entre os anos de 2007 e 2015, a profissão de aquaviário (...).

Por tais motivos, em 5 de dezembro de 2018, o Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em desfavor do Recorrido, imputando-lhe a seguinte conduta:

> (...) O denunciado, ALÍRIO DIAS TERDOLINO, no Sistema de Cadastro de Aquaviário (SISAQUA), no ano de 1997, tendo sido produzidos na Capitania dos Portos de Pernambuco, de forma irregular, visto que este não possuía o Curso de Formação de Aquaviários, sendo o requisito mínimo para iniciar a carreira de aquaviário. Quando foi criado o referido cadastro, houve a inserção inicial da realização do Curso Básico de Convés (CBCV-03/97), conforme constava na Ordem de Serviço nº

> 086/1997, da CPPE, a qual continha a relação dos alunos matriculados no curso, bem como a inserção da Ordem de Serviço nº 0131/1997, da CPPE, além do nome dos alunos aprovados neste curso. Com a criação forjada desse cadastro, uma vez que o nome do aquaviário ALÍRIO DIAS TERDOLINO não constava nas Ordens de Serviço nº 086/1997 e nº 0131/1997, inseridas equivocadamente no sistema próprio da Marinha do Brasil, o mesmo recebeu indevidamente da CPPE os seguintes certificados: Certificado nº 221-03-00860, relativo ao Treinamento em Primeiros Socorros, emitido em 12 de dezembro de 2003; Certificado nº 221-03-00861, relativo ao Treinamento em Relações Humanas, emitido em 12 de dezembro de 2003; e o Certificado nº 221-03-00862, pela CPPE, relativo ao Treinamento em Sobrevivência Pessoal, emitido em 12 de dezembro de 2003. Estes três certificados, em que pese terem sido produzidos na CPPE e conterem a assinatura do Capitão dos Portos, daquela época, não eram ideologicamente verdadeiros, uma vez que ALÍRIO DIAS TERDOLINO não realizou qualquer destes cursos, exercendo ilegalmente entre os anos de 2007 e 2015, a profissão de aquaviário.

Em Decisão de 19 de dezembro de 2018 (Evento 13), a Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM deixou "(...) de acatar a Denúncia (...)", sob o fundamento de que:

> (...) ainda que a conduta praticada pelo indiciado ALÍRIO DIAS TERDOLINO, em tese, se amolde ao crime de uso de documento falso, bem como apesar de a Marinha do Brasil ser o único Órgão encarregado da outorga de habilitação aos aquaviários e da decorrente fiscalização desta atividade, a competência para apreciar e julgar o fato descrito no libelo acusatório seria da Justiça Federal Comum, em obediência ao entendimento extraído da Súmula Vinculante 36 do Supremo Tribunal Federal, que retirou a natureza de crime militar das condutas praticadas por civis (aquaviários) contra a atividade administrativa da Força Naval, consistente na fiscalização das embarcações privadas.
>
> (...) É importante destacar, neste caso, que, até o momento, não foi vislumbrada conduta dolosa ou culposa por parte dos militares que receberam a documentação supostamente falsa, fato que atrairia a competência para esta Justiça Especializada, por restarem atingidos, nesta hipótese, os alicerces das Forças Armadas, a Hierarquia e a Disciplina, bem como a própria Administração Militar, recaindo a conduta na regra prevista no artigo 9º, inciso II, alínea "e", do Código Penal Militar. Também não há notícia de envolvimento de servidor civil daquela Capitania dos Portos, o que traria a competência especializada prevista na alínea "a" do inciso III do citado artigo 9º do CPM.
>
> Por fim, não restou detectado prejuízo material à Marinha do Brasil e, da mesma forma, não se pode sustentar que o simples fato de ter havido o uso de documento de cunho ideologicamente falso fornecido, por equívoco, pela Marinha, seja suficiente para configurar dano à imagem da Instituição Militar. É o que faz entender o entendimento firmado pela Suprema Corte.

> Destarte, restará à Justiça Federal no Estado de Pernambuco a competência a análise dos fatos, objeto deste IPM.
>
> Assim, por se tratar de crime de competência da Justiça Federal comum, na forma prevista pela Súmula Vinculante nº 36 - STF; DEIXO de acatar a Denúncia ofertada no Evento 10 - Doc. 1, DECLARO a INCOMPETÊNCIA desta JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, com base no artigo 147 do Código de Processo Penal Militar, devendo os autos serem encaminhados à Justiça Federal em Recife/PE (...).

Intimado da Decisão em 7 de janeiro de 2019 (Evento 14), o Órgão ministerial interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito (Evento 15), tempestivamente, em 9 de janeiro de 2019.

Estabelecida a dinâmica dos fatos, verifica-se que o Órgão de Acusação, amparando-se nos elementos colhidos na fase inquisitorial, descreveu na Peça Vestibular que o Civil ALÍRIO DIAS TERDOLINO obteve a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), expedida pela Marinha do Brasil, por intermédio da apresentação de Certificados cujos teores seriam ideologicamente falsos.

Ou seja, embora a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) configurasse documento idôneo e verdadeiro, posto que expedido pelo Órgão competente, a Força Naval, os Certificados previamente apresentados pelo Recorrido para a sua obtenção seriam ideologicamente falsos.

Nessas circunstâncias, o Juízo *a quo* fez incidir à espécie o teor do Enunciado Vinculante nº 36 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim redigido:

> Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.

A redação citada demonstra com exatidão que caberá à Justiça Federal comum o processamento e julgamento dos feitos que envolvam tanto a falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou da Carteira de Habilitação de Amador (CHA), como o uso desses documentos falsos por agentes civis.

Conforme afirmou o eminente Ministro Artur Vidigal de Oliveira nos autos do Habeas Corpus nº 7000918-62.2018.7.00.0000 (DJe: 20/02/2019): "(...) A Súmula Vinculante nº 36 tem objeto específico, qual seja, a falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA) (...)".

Nessa linha de entendimento, observa-se que os presentes autos não contemplam a hipótese vertente, posto que a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) utilizada pelo Recorrido era verdadeira, sendo, no entanto, obtida por meio de documentos falsos. Em suma, inverídicos seriam os Certificados apresentados pelo Civil ALÍRIO DIAS TERDOLINO perante a Marinha do Brasil para alcançar a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) e não este último documento.

Diante de tal constatação, evidencia-se a necessidade de reforma do *decisum* vergastado, uma vez que a Magistrada de primeiro grau consignou que teria "(...) havido o uso de documento de cunho ideologicamente falso fornecido, por equívoco, pela Marinha (...)". No entanto, o Ministério Público Militar não imputou ao Recorrido o uso de documento falso fornecido pela Marinha do Brasil, ou seja, a utilização de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) inidônea, mas, sim, a apresentação de Certificados inverídicos perante a Força Naval para a obtenção do citado documento.

Assim, ao contrário do entendimento da ilustre Magistrada de primeiro grau, que fundamentou o não recebimento da Denúncia no "(...) entendimento extraído da Súmula Vinculante 36 do Supremo Tribunal Federal, que retirou a natureza de crime militar das condutas praticadas por civis (aquaviários) contra a atividade administrativa da Força Naval, consistente na fiscalização das embarcações privadas (...)", a redação do Enunciado não permite interpretação tendente a afastar a competência desta Justiça Castrense para o processamento e o julgamento do feito.

Conforme entendimento consubstanciado pelo Excelso Pretório, embora a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) e a Carteira de Habilitação de Amador (CHA) sejam documentos expedidos pela Marinha do Brasil, a falsificação ou o uso desses documentos falsos, por agentes civis, não atenta contra a ordem administrativa militar e, nessas circunstâncias, afasta-se a competência desta Justiça Especializada em favor da Justiça Federal comum.

Melhor explicitando, em que pese a emissão dos citados documentos, bem como o exercício do Poder de Polícia administrativa nas atividades fiscalizatórias marítimas serem efetuados pela Capitania dos Portos, Órgão integrante da estrutura organizacional da Marinha do Brasil, ainda assim a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) e a Carteira de Habilitação de Amador (CHA) possuem natureza jurídica de documento civil, o que afasta a competência desta Justiça Militar para a apreciação dos feitos que envolvam condutas relacionadas à sua falsificação.

Esse entendimento é evidenciado pelos precedentes que deram origem à Súmula Vinculante, senão vejamos:

Habeas Corpus nº 110.237/PA (Dje: 04/03/2013)

Relator: Ministro Celso de Mello.

EMENTA: CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO - FALSIFICAÇÃO/USO DE CADERNETA DE INSCRIÇÃO E REGISTRO (CIR), EMITIDA PELA MARINHA DO BRASIL - LICENÇA DE NATUREZA CIVIL - CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ - OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR (...).

Habeas Corpus nº 112.142/PA (Dje: 01/02/2013)

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. JUSTIÇA MILITAR. RÉU CIVIL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 315 DO CPM). CADERNETA DE INSCRIÇÃO E REGISTRO (CIR). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA (...).

Habeas Corpus nº 108.744/SP (Dje: 29/03/2012)

Relator: Ministro Dias Toffoli.

EMENTA: Habeas corpus. Constitucional. Apresentação de Carteira de Habilitação Naval de Amador falsificada (...) Alegada incompetência da Justiça Militar. Ocorrência. Crime militar não caracterizado. Competência da Justiça Federal. Precedentes. Ordem concedida (...).

Habeas Corpus nº 104.837 (Dje: 22/10/2010)

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO OU USO DE DOCUMENTO FALSO (ARTS. 311 E 315 DO CPM). CADERNETA DE INSCRIÇÃO E REGISTRO (CIR) OU HABILITAÇÃO DE ARRAIS-AMADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA (...).

Habeas Corpus nº 103.318/PA (Dje: 10/09/2010)

Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

EMENTA: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE CARTEIRA DE INSCRIÇÃO DE REGISTRO DE AQUAVIÁRIO, EMITIDO POR ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. DOCUMENTO DE NATUREZA CIVIL. SUJEITO ATIVO NÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. ORDEM CONCEDIDA (...).

Habeas Corpus nº 90.451/SP (Dje: 03/10/2008)

Relator: Ministro Marco Aurélio.

(...) COMPETÊNCIA - JUSTIÇA MILITAR *VERSUS* JUSTIÇA FEDERAL *STRICTO SENSU* – CRIME DE FALSO - CARTEIRA DE HABILITAÇÃO

> NAVAL DE NATUREZA CIVIL. A competência para julgar processo penal a envolver a falsificação de carteira de habilitação naval de natureza civil é da Justiça Federal, sendo titular da ação o Ministério Público Federal (...).

Situação diferente é a do vertente caso, no qual a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) utilizada pelo Recorrido era verdadeira, porém obtida por meio fraudulento ao se apresentar Certificado falso perante a Marinha do Brasil, constatação que afasta a aplicação do Enunciado nº 36 da Súmula vinculante de Jurisprudência da Suprema Corte.

Ao apresentar documentos falsos perante a Administração Militar, resta inegável que "(...) O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado, é a Instituição Militar, por meio de sua administração (...)" (Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. Saraiva. São Paulo. 2014. p. 1.476), cabendo a esta Justiça Especializada a apreciação da conduta do Civil ALÍRIO DIAS TERDOLINO.

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em hipótese semelhante à dos vertentes autos:

> (...) A competência da Justiça Militar emerge quando se verifica que ocorreu o uso de documento público verdadeiro, perante instituição militar, pretendendo-se a averbação de falsas habilitações específicas de aquaviário, visando à ascensão de grau, averbação essa de exclusiva competência da Marinha. O dano, em potencial e real, sofrido pela Força se consubstancia na quebra de sua credibilidade perante a sociedade, pois, ao emitir, mediante artifício engendrado pelo paciente, uma habilitação atestando capacidades que, na realidade, o civil não detém, a Administração Militar compromete a própria lisura dos cadastros por ela mantidos (...) (HC nº 113.477/CE, Relator: Ministro Dias Toffoli, DJe: 03/09/2013).

No mesmo sentido, o eminente Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira fundamentou o voto condutor do Habeas Corpus nº 7000918-62.2018.7.00.0000 (DJe: 20/02/2019) nos seguintes termos:

> (...) A Súmula Vinculante nº 36 tem objeto específico, qual seja, a falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), o que não é o caso dos autos.
>
> Por seu turno, a Súmula nº 298 do STF não proíbe a submissão de civis à Justiça Militar, estando o tipo penal da falsificação abarcado naqueles que atentam contra as instituições militares.
>
> Portanto, os preceitos sumulares apontados pela Impetrante não a socorrem no que se refere à competência desta Justiça Especializada para conhecer da Ação Penal Militar (...).

Por tais motivos, o fato narrado na Peça Vestibular Acusatória constitui, em tese, delito capitulado no Código Penal Militar, com a incidência da norma

prevista na alínea "a" do inciso III do artigo 9º do referido Códex Castrense, devendo ser processado e julgado por esta Justiça Especializada.

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao Recurso ministerial, para, desconstituindo a Decisão prolatada pelo Juízo da Auditoria da 7ª CJM, de 19 de dezembro de 2018, nos autos do Inquérito Policial Militar nº 7000223-92.2018.7.07.0007/PE, receber a Denúncia oferecida em desfavor do Civil ALÍRIO DIAS TERDOLINO, declarando a competência da Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento do feito e determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para o regular prosseguimento da ação penal militar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e dar provimento ao Recurso ministerial, para, desconstituindo a Decisão proferida pela MMª Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM, de 19 de dezembro de 2018, nos autos do Inquérito Policial Militar nº 7000223-92.2018.7.07.0007/PE, receber a Denúncia oferecida em desfavor do Civil Alírio Dias Terdolino, declarando a competência da Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento do feito e determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para o regular prosseguimento da ação penal militar.

Brasília, 2 de maio de 2019 – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7000183-92.2019.7.00.0000

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorrido: Alcides Soares Ferreira.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. DESNECESSIDADE DE CONVOCAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIÇA. CRIME MILITAR COMETIDO POR MILITAR. POSTERIOR LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE JUSTIÇA. CONDIÇÃO DE MILITAR DO ACUSADO AO TEMPO DO COMETIMENTO DO DELITO. *MENS LEGISLATORES*. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI Nº 13.774/2018. RETORNO À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Não há que se falar em necessidade de convocação do Conselho de Justiça para que decline da competência para o Juiz togado, quando for o caso, visto já ter sido esta fixada por força de expressa previsão legal.

2. A lei possui caráter processual, e, portanto, aplicabilidade imediata, impondo que os atos processuais a serem praticados após a sua vigência sejam por ela regulados, respeitando-se a eficácia dos já praticados.

3. A posterior perda da condição de militar do Acusado não altera a competência do Conselho de Justiça para julgar o feito, pois a situação do tempo do fato é que deve reger a distribuição interna de competência, uma vez que a Lei nº 13.774/2018 foi expressa ao remeter a fixação da competência ao tempo do crime. Interpretação distinta, com o julgamento monocrático pelo Juiz Federal da Justiça Militar, configura manipulação da competência, redundando em burla ao processo penal e ao julgamento objetivo, isonômico e imparcial, bem como em infringência ao Princípio do Juiz Natural.

4. Compete ao magistrado a competência monocrática para julgamento dos civis apenas nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do CPM, bem como dos militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo.

5. A previsão legal preocupa-se com o momento do cometimento do delito, pois é nesse momento que se verifica a ofensa aos valores militares aos quais os civis não estão submetidos, porquanto nunca foram militares nem estiveram subordinados à hierarquia e à disciplina militares, razão pela qual, quanto a estes, exsurgiu a inovação legislativa quanto ao julgamento monocrático pelo Juiz Federal da Justiça Militar.

Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, conheceu e deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, cassando a Decisão hostilizada, reconhecer a competência do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM para o processamento e julgamento da Ação Penal Militar nº 70000031-67.2018.7.03.0203, determinando a baixa dos autos à instância de origem para o prosseguimento do feito, nos termos do voto do Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira. O Ministro José Coêlho Ferreira conhecia e negava provimento ao Recurso para manter inalterada a Decisão recorrida, adotando a mesma tese assentada no voto-vista proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 7000198-61.2019.7.00.0000, firmava o entendimento de que, no âmbito da Justiça Militar da União, após o final da instrução criminal em sede de processos ordinários, com a publicação do despacho de intimação das partes para apresentação de alegações escritas, na forma do art. 428 do CPPM, as competências dos Conselhos Especial e Permanente de Justiça para processar e julgar ações penais militares (inciso II do art. 9º do CPM), bem como a competência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar civis ou militares processados juntamente com civis (incisos I e III do art. 9º do CPM, c/c o art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457, de 1992), não serão mais afetadas em razão de o militar vir a ser excluído da sua respectiva Força Armada ou o civil passar à condição de militar.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. O Ministro José Coêlho Ferreira fará declaração de voto. Na forma regimental, usaram da palavra o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, e o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 16/5/2019).

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público Militar interpôs Recurso em Sentido Estrito, insurgindo-se contra a Decisão (evento 1-DEC) proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM que, chamando o feito à ordem, deixou de convocar o Conselho Permanente de Justiça, passando a atuar no processo de forma monocrática.

Consta nos autos que a Denúncia foi recebida em 13 de abril de 2018 e a Ação Penal Militar foi instaurada contra o ex-Sd Ex ALCIDES SOARES FERREIRA, por suposto cometimento de ilícito penal militar previsto no art. 187 do Código Penal Militar.

Segundo a Denúncia, o denunciado teve contra si lavrado Termo de Deserção por ter faltado ao quartel do Esqd Cmdo 2ª Bda C Mec, em Uruguaiana/RS, desde o dia 18 de dezembro de 2017, completando, no dia 27 de dezembro de 2017, o prazo necessário à consumação do delito de deserção. Foi, então, excluído do estado efetivo da OM e do serviço ativo do Exército, tendo, em 19 de fevereiro de 2018, se apresentado voluntariamente. Submetido à Inspeção de Saúde, foi considerado "Apto(a) para o Serviço do Exército" e reincluído ao serviço ativo do Exército.

O Acusado foi devidamente citado.

A Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da Ação Penal Militar nº 7000031-67.2018.7.03.0203, proferida em 15 de janeiro de 2019, teve o seguinte teor (evento 139 - proc nº 7000031-67.2018.7.03.0203):

> CONSIDERANDO o disposto nos artigos 124 e 125, da Constituição Federal, nos quais é estampada a competência da Justiça Militar (Federal ou Estadual) para processar e julgar os crimes militares definidos no Código Penal Castrense, *litteris*:
>
> "Art. 124. 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. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
>
> (...).
>
> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.
>
> § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares." (grifo nosso)
>
> CONSIDERANDO que da leitura dos dispositivos constitucionais acima transcritos, no tocante à Justiça Militar da União, o Constituinte

Originário não fez qualquer restrição acerca do processamento e julgamento de civis, diferentemente do que ocorre na Justiça Militar Estadual;

CONSIDERANDO o posicionamento doutrinário, sobre a competência da Justiça Militar, *verbis*:

"Quanto à competência criminal, tanto a Justiça Militar da União quanto a Justiça Militar dos Estados só tem competência para processar e julgar crimes militares. De fato, segundo o art. 124 da Constituição Federal, à Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Por sua vez, segundo a primeira parte do art. 125, § 4º, da Carta Magna, compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei." (*Manual de processo penal*: volume único / Renato Brasileiro de Lima - 6ª. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018)

CONSIDERANDO o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal Militar, no que concerne à competência da Justiça Militar, *in fine*:

"EMBARGOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. I-A competência da Justiça Militar da União, no caso concreto, é constitucional e em razão da lei. Atribuir, no caso vertente, a competência ao Tribunal do Júri para processá-lo e julgá-lo, o que só poderia ser alcançado, via mudança constitucional, porque o conceito de crime começou pela Constituição que dá competência exclusiva à Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, sem especificar em que situações, deixando isso a cargo da lei ordinária, como se vê do art. 124, preenchido o requisito constitucional, só então, passa-se ao art. 9º, do CPM, juntamente, com o tipo incriminador. (...). IV- Decisão unânime." (STM, Embargos Infringentes e de Nulidade nº 57- 90.2008.7.01.0301 - DF, grifo nosso)

CONSIDERANDO que existiam diversos textos doutrinários e digressões teóricas acerca da pertinência do julgamento de civis no modelo de escabinato, sobretudo a partir das alterações promovidas pela EC 45/2004 na redação do art. 125, § 5º, da CRFB/88 (que trata do julgamento monocrático de militar estadual por crimes cometidos contra civis e por ações judiciais contra atos disciplinares);

CONSIDERANDO a deflagração de processo legislativo para alteração da Lei 8.547/1992 (de modo a modernizar a organização a Justiça Militar da União e regular o funcionamento de seus Serviços Auxiliares), que culminou na publicação da Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018;

CONSIDERANDO que toda a discussão existente em torno do órgão julgador de civis, na Justiça Militar da União, veio a ser solucionada através na alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.774/2018;

CONSIDERANDO que, antes da alteração promovida pela Lei 13.774/2018, a doutrina penalista lecionava, *litteris*:

"Quanto ao órgão jurisdicional, todo e qualquer crime de competência da Justiça Militar da União será julgado por um Conselho de Justiça. De maneira diversa, na Justiça Militar dos Estados, a competência poderá ser exercida tanto por um Conselho de Justiça quanto, singularmente, pelo juiz de direito do juízo militar, na esteira do que dispõe o art. 125, § 5º, da Constituição Federal. O Conselho de Justiça é composto, na forma de escabinato, pelo Juiz-auditor ou Juiz-Auditor substituto (na Justiça Militar da União), ou pelo juiz de direito do juízo militar (na Justiça Militar dos Estados), e por mais quatro juízes militares, os quais são sorteados dentre oficiais da carreira. Ao contrário do que se dá perante o Tribunal do Júri, em que os jurados decidem tão somente acerca da existência do crime e da autoria, fixando o juiz-presidente a pena em caso de condenação, no âmbito do Conselho de Justiça, cabe a todos os integrantes a decisão sobre o crime, bem como sobre a aplicação da sanção penal." (*Manual de processo penal*: volume único / Renato Brasileiro de Lima - 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018)

CONSIDERANDO que antes da alteração legislativa promovida pela Lei 13.774/2018 o órgão jurisdicional de 1ª instância da Justiça Militar da União com competência para julgamento de crimes militares restringia-se, tão somente, ao Conselho de Justiça, não havendo qualquer competência ao Juiz Federal da Justiça Militar (nova denominação do juiz togado – que anteriormente chamava-se Juiz-Auditor);

CONSIDERANDO que a alteração legislativa (Lei 13.774/2018) trouxe a seguinte competência para o Juiz Federal da Justiça Militar, monocraticamente, *litteris*:

"Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)

decidir sobre recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, de devolução de inquérito e representação;

presidir os Conselhos de Justiça; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)

processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; (...)." (grifo nosso)

CONSIDERANDO, nesse contexto, o seguinte excerto do artigo "*A Reforma da Justiça Militar da União: comentários à Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018*", de autoria do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar, Dr. Luiz Octavio Rabelo Neto, *in fine*:

"Anteriormente à Lei nº 13.774, a competência singular do Juiz togado da JMU era plena tão somente na fase pré-processual e na execução penal. As ações penais militares eram julgadas sempre pelos conselhos de justiça. O civil era julgado pelos Conselhos Permanentes de Justiça (art. 16, 'b', LOJMU) e, nos casos em que acusado juntamente com oficial das Forças Armadas estivessem no mesmo processo, o civil era julgado pelos Conselhos Especiais de Justiça (art. 23, § 3º, LOJMU).

Sempre defendemos ser inconstitucional e incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos o julgamento de civis por militares da ativa.

A competência da JMU para o julgamento penal de civis tem sido contestada. Com esse objeto, tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF), dentre outras causas, a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) 289, proposta pelo Procurador-Geral da República (PGR) em 15/08/2013, que tem por objetivo conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 9º, incisos I e III, do CPM, para que seja reconhecida a incompetência da JMU para julgar civis em tempo de paz e para que estes crimes sejam submetidos a julgamento pela justiça comum, federal ou estadual. Na mesma diretriz, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5032, ajuizada em 14/08/2013, também pelo PGR, tem por objetivo a declaração de inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999, que considera atividade militar, para fins de determinação de competência da JMU, determinadas atribuições subsidiárias das Forças Armadas, como, por exemplo, as operações para garantia da lei e da ordem.

Com a Lei nº 13.774, a força argumentativa dessas demandas restou sensivelmente reduzida, visto que, embora ainda se julgue civil na JMU, esse julgamento não será feito por militares da ativa, mas por um juiz civil. Com isso, muito mais do que antes da nova lei, torna-se clara a improcedência dos pedidos formulados nessas demandas." (grifo nosso)

CONSIDERANDO que, pela *mens legis*, resta claro que a intenção do legislador foi afastar, de qualquer modo, o julgamento de civis por militares da ativa (integrados ao Poder Executivo e às Forças Armadas), já que civis não estão submetidos às regras de hierarquia e disciplina;

CONSIDERANDO que tal evidência se dá desde quando o E. STM apresentou o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, como se observa pela seguinte justificativa, *litteris*: "Nesse contexto, 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 hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna e, consequentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares." (grifo nosso)

CONSIDERANDO que, na presente Ação Penal Militar, o réu fora licenciado das fileiras das Forças Armadas (Evento 23), sendo esse um fato juridicamente relevante;

CONSIDERANDO que o licenciado possui o *status* de civil e não se enquadra, portanto, em nenhuma das hipóteses do artigo 3º, do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980), a saber, *verbis*:

"Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

na ativa:

os de carreira; os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos; os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados; os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

na inatividade:

os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União.

lll - os da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executado tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada

§ 2º Os militares de carreira são os da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida." (grifo nosso)

CONSIDERANDO que o licenciado não se enquadra em nenhuma das hipóteses de equiparação a militares da ativa ou possua a manutenção de prerrogativas militares esculpidas nos artigos 12 e 13 do Código Penal Militar, *in fine*:

"Equiparação a militar da ativa

Art. 12. O militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar, equipara-se ao militar em situação de atividade, para o efeito da aplicação da lei penal militar.

Militar da reserva ou reformado

Art. 13. O militar da reserva, ou reformado, conserva as responsabilidades e prerrogativas do pôsto ou graduação, para o efeito da aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar." (grifo nosso)

CONSIDERANDO que, diante da firme jurisprudência do E. STM, até mesmo em casos de deserção, crime militar por excelência, o licenciado tem direito ao *sursis*, sendo mitigada, desse modo, a vedação do artigo 88, inciso II do CPM, justamente porque, na época da

execução, ostenta a condição de civil (STM. Apelação nº 7000359-08.2018.7.00.0000. Relator: Ministro Alvaro Luiz Pinto. Data de Julgamento: 09/10/2018, Data de Publicação: 30/10/2018);

CONSIDERANDO que o licenciado, em caso de eventual condenação, terá seu processo de execução penal efetivado na Justiça comum, por estar na condição de civil, *ex vi* do artigo 2º, parágrafo único da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal);

CONSIDERANDO que, se compete ao Juiz Federal da Justiça Militar processar e julgar, monocraticamente, militar da ativa em concurso com civil (art. 30, I-B, da Lei 8.457/92), é muito mais certo que tal Magistrado poderá processar e julgar, monocraticamente, aquele que perde a condição de militar por ser licenciado, aplicando-se, dessa forma, o antigo brocardo jurídico: "*in eo quod plus est semper inest et minus*" (quem pode o mais, pode o menos);

CONSIDERANDO que, pela atual redação do artigo 27 da Lei 8.457/1992, resta claro que os Conselhos de Justiça (Especial ou Permanente) possuem competência tão somente para processar e julgar militares; ou seja, não havendo qualquer previsão legal para julgamento de civis, *litteris*:

"Art. 27. Compete aos conselhos:

Especial de Justiça, processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar, Permanente de Justiça, processar e julgar militares que não sejam oficiais, nos delitos a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo." (grifo nosso)

CONSIDERANDO que a alteração trazida pela Lei nº 13.774/2018 versa sobre matéria de competência absoluta, "ex vi legis", que reverbera, inclusive, em não aplicação da regra de *perpetuatio jurisdictionis* (artigo 43 do CPC);

CONSIDERANDO que a nova lei, por tratar de matéria processual, impõe que os atos a serem praticados após a sua vigência sejam por ela regulados, já que as normas processuais penais possuem aplicabilidade imediata (artigo 2º do CPP e artigo 5º do CPPM);

CONSIDERANDO que compete ao Juiz prover a regularidade do processo e a execução da lei, bem como manter a ordem no curso dos respectivos atos, *ex vi* do artigo 36 do CPPM;

Chamo o feito à ordem e DECIDO, diante dessas considerações, DEIXAR DE CONVOCAR o Conselho Permanente de Justiça, passando a atuar na presente Ação Penal Militar, destarte, de forma MONOCRÁTICA, em obediência à nova redação da Lei de Organização da Justiça Militar da União.

O representante do MPM, irresignado com a Decisão, interpôs, tempestivamente, Recurso em Sentido Estrito (evento 1-RSE).

Em suas Razões Recursais (evento 1-RAZRECUR), o Órgão Ministerial pleiteia a reforma da Decisão, sustentando, em síntese, preliminarmente, a nulidade do *Decisum* por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo, pois violado o devido processo legal, em virtude de ser competência do Conselho apreciar questões de direito. No mérito, sob a alegação da violação do Princípio do Juiz Natural e com prequestionamento da matéria, o representante do MPM pugna pelo provimento do Recurso, para que seja reformada a Decisão monocrática, firmando a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar o presente feito.

A DPU, em Contrarrazões (evento 1-3-CONTRAZ), requer a manutenção da Decisão e o não provimento do Recurso em Sentido Estrito, tanto em relação à pretensão de submissão da questão ao Conselho Permanente de Justiça e quanto à competência do CPJ para o processamento e julgamento do réu civil.

O Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos termos do art. 520 do CPPM, manteve a Decisão atacada e determinou a remessa dos autos a esta Corte Superior (evento 1-4-DEC).

A Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. MARIA DE NAZARÉ GUIMARÃES DE MORAES, opinou pelo conhecimento do Recurso, com o acolhimento da preliminar suscitada. No mérito, pelo provimento a fim de reconhecer a competência do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM para processar e julgar a ação penal militar a que responde o Acusado como incurso no crime de deserção (evento 7 - 1-PAREC MP).

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, devendo, pois, ser conhecido.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO

O representante do Ministério Público Militar, preliminarmente, pleiteia a reforma da r. Decisão, sustentando a nulidade do *Decisum* por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo, pois foi violado o princípio do Devido Processo Legal, em virtude de ser competência do Conselho apreciar questões de direito.

A despeito de o representante do MPM sustentar preliminar de nulidade da Decisão, entendo que a questão melhor se enquadra quando da análise do mérito, pois nele se exaure.

Por esse motivo, deixo de apreciar a preliminar de nulidade, pois há nítida vinculação do tema com o mérito da questão, nos termos do art. 79, § 3º, do RISTM.

MÉRITO

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, insurgindo-se contra a Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM nos autos da Ação Penal Militar nº 7000031-67.2018.7.03.0203, relativa ao ex-Sd Ex ALCIDES SOARES FERREIRA, que, chamando o feito à ordem, deixou de convocar o Conselho Permanente de Justiça, passando a atuar no processo de forma monocrática.

A Ação Penal Militar foi instaurada em desfavor de militar da ativa quando do cometimento do delito de deserção, conduta tipificada no artigo 187 do Código Penal Militar. A denúncia foi recebida em 13 de abril de 2018. Durante a instrução criminal, houve a inquirição de testemunhas e aguarda-se a realização da inquirição do Acusado.

No Recurso em Sentido Estrito, o MPM alega nulidade da Decisão, pois teria havido violação ao Princípio do Devido Processo Legal, em virtude da competência do CPJ para apreciar questões de direito. Pondera o membro do *Parquet* que teria havido violação ao Princípio do Juiz Natural e prequestiona a matéria trazida.

Pugna, ao final, pelo provimento do Recurso em Sentido Estrito para que seja reformada a Decisão monocrática, firmando-se a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar o presente feito.

A princípio, destaco que, *in casu*, não se trata de civil que tenha praticado delito de competência da JMU. Trata-se, na verdade, de Acusado que, ao tempo do eventual crime, ostentava a condição de militar da ativa.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 124, fixou a competência da Justiça Militar da União em relação ao processamento e ao julgamento dos crimes militares definidos em lei, como se pode observar:

> Art. 124. 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.

Pelo que se pode depreender desse dispositivo da Lei Maior, o legislador constituinte, além de fixar a competência da Justiça Militar da União, assentou o critério *ratione legis*, delegando ao legislador ordinário o estabelecimento dos crimes militares e das suas condicionantes em lei infraconstitucional, bem como as matérias referentes à organização e à distribuição interna das competências.

De acordo com o critério *ratione legis*, é considerado crime militar todo aquele com previsão expressa no CPM, bem como na legislação comum, considerando a norma de extensão inserida no art. 9º, inciso II, do CPM, pela Lei nº 13.491/2017.

Nessa seara, distinguem-se, ainda, os crimes que só militares podem cometer – crimes propriamente militares –, dos demais, nos quais civis também podem figurar como agentes.

Quanto aos crimes propriamente militares, a qualidade de militar, ao tempo do crime, é essencial e elementar do tipo penal, pois somente o militar pode cometer tais delitos, a exemplo dos crimes de deserção, de abandono de posto, etc. Vale dizer que civis não cometem esses tipos de delitos, de modo que jamais poderão figurar no polo passivo dessas ações penais militares, nem mesmo como partícipes.

Além da definição dos crimes militares, o legislador ordinário também deve dispor acerca da distribuição interna da competência no juízo militar, e essa é a discussão que ora se trava no meio jurídico, em razão das alterações trazidas pela Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018, que alterou as disposições da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que "Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares" (LOJM), entrando em vigor na data de sua publicação.

A seguir, trago as alterações referentes ao tema, que também tratam das situações em que os magistrados de Primeira Instância passaram a ter competência monocrática, transcrevendo-se ainda as prescrições revogadas:

> 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, excetuado o disposto no art. 6°, inciso I, alínea b, desta lei.~~
>
> II - Permanente de Justiça, processar e julgar militares que não sejam oficiais, nos delitos a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> Parágrafo único. Compete aos Conselhos de Justiça das Auditorias da circunscrição com sede na Capital Federal processar e julgar os crimes militares cometidos fora do território nacional, observado o disposto no Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar) acerca da competência pelo lugar da infração. (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> (...)

> I-A - presidir os Conselhos de Justiça; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)

Dessas mudanças, o debate que é mais frequente em nosso cenário é o que se refere à competência do Juiz Federal da Justiça Militar para julgar, monocraticamente, os crimes praticados por militares que foram, de alguma forma, licenciados ou excluídos das Forças Armadas, pois quanto aos civis submetidos a esta Justiça especializada não se tem dúvidas quanto à competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar, uma vez presente a alteração legislativa, que, em razão da pessoa, distinguiu o órgão competente.

Pois bem.

Sabe-se que há muito esse era o anseio da sociedade, uma vez que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina militares, não se justificando o julgamento pelo escabinato. Foi ajuizada, inclusive, a ADPF nº 289 no STF, em 2013, pleiteando a interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de que fosse reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes fossem submetidos a julgamento pela Justiça comum, federal ou estadual.

Era também o posicionamento de alguns de nós, e refiro-me aqui, pessoalmente, aos votos que vim declarando em preliminares de mérito nesta Corte, manifestando-me quanto ao julgamento monocrático do Réu Civil.

Desse modo, parabenizo a alteração legislativa, que reflete uma brilhante conquista social. Contudo, a grande questão, a meu ver, é a interpretação quanto ao que o legislador quis dizer ao mencionar "*civis*", ou seja, a *mens legislatores* quanto ao alcance da expressão.

Cito, por oportuno, a JUSTIFICATIVA do Projeto de Lei nº 7.683/2014, encaminhado pelo Superior Tribunal Militar, que originou a Lei nº 13.774/18, *in verbis*:

> Nesse contexto, 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 hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna e, consequentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares. Assim, ressalvada a hipótese em que o crime é praticado em concurso com o militar, o juiz-Auditor, monocraticamente, passará a julgar os civis que cometerem crime militar.

Muitos têm abrangido, na expressão, o *status* de ex-militar, ou seja, englobam no conceito de "civil", para fins da lei, aquele militar que tenha perdido tal condição, que eventualmente tenha sido licenciado, por exemplo. No entanto, ao que se vê, não foi essa a intenção do legislador.

Com efeito, a condição de civil ou de militar, para fins da definição interna de competência, deve ser verificada quando do momento do cometimento do delito, porquanto totalmente atrelada ao tempo da ação ou da omissão configuradora do crime militar, sendo a hierarquia e a disciplina o critério para afastar o civil, ou seja, aquele que em nenhum momento esteve submetido a tais princípios, do julgamento pelos militares.

A intenção do legislador, ao modificar a LOJM e permitir que ocorressem julgamentos monocráticos pelo Juiz Federal da Justiça Militar, foi certamente em razão de os civis não estarem sujeitos aos princípios da hierarquia e da disciplina militares, inerentes à vivência na caserna.

Nesse contexto, estando caracterizado que o Réu era civil à época da consumação do delito e que o fato se deu contra a Administração Militar, infere-se que as suas condutas desencadearam um fato típico, antijurídico e culpável, que passou a ser apreciado monocraticamente pelo Juiz Federal da Justiça Militar, segundo as regras de competência determinadas no art. 30 da Lei de Organização Judiciária Militar.

Ao contrário, estando caracterizado que o Réu era militar ao tempo do crime militar, mesmo que posteriormente, no curso da persecução criminal, não mais o seja, deve continuar submetido ao julgamento pelo Conselho de Justiça, em respeito e para garantir a preservação dos mencionados princípios, que justificam, inclusive, a existência desta Justiça Especializada. A condição de militar está intrinsecamente ligada ao fato, em virtude dos princípios que regem as relações na caserna, e o agente deve responder, indubitavelmente, perante o escabinato de Primeira Instância, independentemente da perda superveniente da condição de militar.

Apenas para argumentar, em uma hipótese em que ocorre um crime da competência da Justiça Militar, praticado por um civil, se, por qualquer razão, este civil vier a adquirir o *status* de militar, a competência para o julgamento de tal crime não se deslocará para o Conselho de Justiça, permanecendo na competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar.

Portanto, igualmente, o fato da perda da condição de militar do Acusado, posterior à Denúncia, em nada minimiza a gravidade de suas condutas, quando ainda ostentava a condição de militar, devendo nessa condição continuar sendo processado.

Assim sendo, o licenciamento posterior de militares que cometem crime militar não guarda qualquer relação com a condição de civil adquirida *a*

posteriori. E, adotada a tese de julgamento monocrático de ex-militar, certamente estar-se-á seguindo na contramão dos princípios penais militares, fragilizando a base do regramento militar, com pernicioso reflexo na proteção do juízo natural.

Acrescente-se, como fundamento desse entendimento, que a nova lei foi expressa ao remeter a fixação da competência ao tempo do crime, pois conferiu ao magistrado a competência para julgar monocraticamente os civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do CPM, bem como os militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo.

Em que pese reconhecer o caráter processual dessa lei que alterou a LOJM, e, repito, a lei trata de questão processual, foi adotado o critério penal para definir a organização interna da competência, qual seja, a condição do agente no momento do delito, porquanto fez referência aos incisos I e III do art. 9º do CPM.

Ou seja, o que se considera para a fixação do juízo monocrático é o instante em que o crime é praticado, cuja subsunção está expressa nos incisos I ou III. Assim, sendo civil naquele instante, tem-se a competência monocrática, mas, sendo militar, haverá a competência do Conselho, não importando o que vier a ocorrer posteriormente.

Vale relembrar as situações previstas no Código Penal Militar, em que civis poderão ser responsabilizados na Justiça Militar da União. Os Incisos I e III do art. 9º do CPM preveem essas possibilidades, *in verbis*:

> I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
>
> (...)
>
> III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
>
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
>
> b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
>
> c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
>
> d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de

> vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Repito, esses dispositivos somente são aplicados no momento do crime.

ADRIANO ALVES-MARREIROS, Promotor de Justiça Militar, Bacharel em Ciências Militares, Especialista em Direito Penal Militar e Processo Penal Militar e um dos autores da obra Direito Penal Militar - Teoria Crítica & Prática, em seu artigo *"Lei 13.774/2018, Conselhos e juízo monocrático na Justiça Militar da União: Uma análise visando a evitar que a música se torne ruído... ou pior: silêncio..."*, assim argumentou, *in verbis*[171]:

> Sempre se entendeu assim. Alegar que devem ser avaliados depois – quando se vai definir se a competência é do Juízo Monocrático ou do Conselho – significa que os crimes das alíneas "a", "b", "c", "d" e "e" deixariam de ser militares se o militar fosse licenciado ou demitido, reformado ou fosse pra reserva. Em resumo: o crime ou é competência do conselho ou da justiça comum, pois, repetimos: se o art. 9º é aplicado agora, que o réu já é civil, então o crime não é militar e tem que ser enviado para justiça comum: em certos casos, arquivado, pois nem crime será, a exemplo da deserção.
>
> Só há um momento para aplicar o artigo 9º: não se pode considerar que haja várias aplicações no mesmo caso, divergentes entre si, apenas para poder manter uma tese que não se confirma. Esse é claramente um argumento que não se sustenta, vulgarmente chamado de "forçado": aplicar o artigo 9º em dois momentos diferentes...

O autor ainda traz a seguinte contribuição:

> E só para dirimir de vez a questão: a CF prevê que as justiças militares estaduais processarão e julgarão os militares nos estados nos crimes militares definidos em lei. Com isso, afasta a competência para julgar civil. No entanto, quando um militar estadual é expulso, pede demissão, o processo prossegue na Justiça Militar. E notem que aqui é caso de INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA: A JM ESTADUAL NÃO JULGA CIVIL. A competência foi, pois, definida no momento do crime e não posteriormente.

Desse modo, o militar que comete um delito previsto no CPM ou em legislações esparsas, mas de competência da Justiça Militar da União, deverá, indubitavelmente, ser processado perante o Conselho de Justiça, em razão da qualificação de militar que se fazia presente naquele instante, ou seja, no momento da ação ou da omissão, mesmo que posteriormente tenha perdido tal *status*.

---

[171] Disponível em: https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/03/26/Lei-137742018-Conselhos-e-ju%C3%ADzo-monocr%C3%A1tico-na-Justi%C3%A7a-Militar-da-Uni%C3%A3o-Umaan%C3%A1lise-visando-a-evitar-que-a-m%C3%BAsica-se-torne-ru%C3%ADdo-oupior-sil%C3%AAncio?fb_comment_id=1973108162730028_2283207275053447.

Por esse ângulo, não há que se falar em processo e em julgamento de civil, em virtude de licenciamento, 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 militar, e se evite a impunidade daqueles que afetam esses princípios, considerando que o delito foi cometido enquanto detinha a condição de militar, em total afronta à hierarquia e à disciplina militares, até mesmo por motivos didáticos.

Ou seja, o Acusado era efetivamente militar e o crime teria ocorrido no âmbito de uma Organização Militar. Por essa ótica, existe total condição de processamento e de prosseguimento da ação penal militar, cabendo ao Escabinato, que é o Juiz Natural da causa, a apreciação do feito até que haja uma sentença definitiva.

Invoca-se, ainda, em que pese estar relacionada à teoria do crime, a importância da **Teoria da Atividade**, quanto mais na Justiça Militar, em que o momento do fato é extremamente relevante, justamente por definir a jurisdição militar para o caso.

Com efeito, 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".

ROSSETTO[172] (2015, p. 1.024-1025), quanto ao momento do crime, ressalta que "O Código Penal Militar adotou a teoria da atividade. Por essa teoria, considera-se praticado o crime no momento de sua ação (o disparo contra a vítima) e não o momento do resultado (a morte da vítima)".

Assim, tem-se que o Direito Penal Militar adotou a Teoria da Atividade para o crime, segundo a qual se reputa praticado o delito no momento da conduta, não importando o instante do resultado. Ou seja, aplica-se a **lei penal castrense** ao tempo da prática da conduta, ainda que o resultado se verifique quando já em vigor lei penal mais grave sobre a mesma imputação penal.

Desse modo, em que pese não estar diretamente relacionada à questão processual da distribuição interna da competência, mas sim à questão penal do momento em que configurado o crime, a Teoria da Atividade também reflete nessa seara, uma vez que a distinção quanto aos órgãos judiciários, promovida pela lei que alterou a LOJM, se dá justamente em razão do agente que comete o delito, cuja condição é verificada exatamente no momento do crime. É nesse momento em que se verifica a ofensa ao dever militar, ao qual o civil não está submetido, motivo pelo qual foi fixado seu julgamento pelo Juiz togado, monocraticamente.

---

[172] ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALVES-MARREIROS, ROCHA e FREITAS[173] (2015, p. 261-262), em sua obra Direito Penal Militar - Teoria Crítica & Prática, assentam que a Teoria da Atividade também produz outros reflexos, *in verbis*:

> consoante tal teoria, considera-se o *tempus comissi deliciti* o momento da ação ou da omissão do delito material, ainda que outro seja o momento do resultado naturalístico. Desta feita, os institutos e os efeitos jurídicos (penais, processuais e executórios) a serem considerados são aqueles que defluem da consideração do momento preciso em que a conduta (ação ou omissão) foi realizada.

Portanto, a adoção da Teoria da Atividade em nosso ordenamento jurídico é de suma importância, de modo que serve, inclusive, dentre outras circunstâncias, para determinar a imputabilidade do agente e 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 ou não do agente. É no instante em que ocorre o crime que se verificam as condições pessoais do Acusado para ser processado pelo Estado-Juiz.

Entre outras circunstâncias, a título exemplificativo, é no momento da ação que se verifica se o autor era maior de idade, ou se possuía plena consciência daquilo que estava fazendo, ou, mesmo, se era militar ou não. Dessa forma, tem-se que, se o agente, ao cometer um delito, detinha certa qualificação pessoal, responderá e será apenado segundo as suas condições verificadas à época da realização do crime.

Assim, mesmo não sendo tal teoria definidora de regra processual, por que não a utilizar também para balizar a interpretação quanto à distribuição interna da competência, referente à atual regra de organização judiciária implementada a partir da alteração legislativa, tal como nos exatos termos em que foi apresentado o Projeto de Lei?

Da mesma maneira, tenho como convicção de que, se ocorreu crime militar, devidamente tipificado na legislação, cometido por militar e dentro das hipóteses do art. 9º do CPM, a competência certamente será ou do Conselho Permanente de Justiça ou do Conselho Especial de Justiça – mesmo que posteriormente perca o *status* de militar –, tendo em vista a condição pessoal de militar no momento do crime, e por ser essa a *mens legislatores*, tal como encaminhada por esta Corte ao Legislativo, não havendo dúvida quanto ao juiz natural para o caso.

Uma das regras que regem o processo penal é o **Princípio do Juiz Natural,** que se traduz em uma garantia constitucional, previsto no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, que prevê:

---

[173] ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2015.

> **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:
>
> (...)
>
> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Segundo esse princípio constitucional, mais do que garantir a autoridade competente, seja ela em razão da matéria, do território ou da pessoa, existe a certeza de que o Acusado não será submetido a um processo e a um julgamento que não seja pelo órgão previamente estabelecido e imparcial, que, no caso específico do militar que cometeu um crime militar, é o Conselho de Justiça.

Certo é que o licenciamento do serviço ativo da Força, ou qualquer outro motivo de afastamento definitivo da Força, não pode representar uma causa a justificar a alteração do Juiz Natural para, assim, afastar o Conselho da apreciação e do julgamento da causa, sob pena de configurar ainda uma forma de manipular a distribuição interna da competência, à mercê do interesse político ou pessoal, redundando em burla ao processo penal e ao julgamento objetivo, isonômico e imparcial.

Como exemplo, poderíamos ter, numa mesma Organização Militar, dois Acusados pelo crime de abandono de posto, consumados num mesmo momento, um sendo julgado pelo Conselho de Justiça e outro pelo Juiz, monocraticamente. Como se vê, tal entendimento afeta, sobretudo, a isonomia entre os Acusados, os quais eram igualmente militares ao tempo do cometimento do delito, subordinados aos princípios basilares da caserna, mas com órgãos julgadores distintos.

E ainda que das disposições não tão claras da Lei possam surgir eventuais dúvidas, permitindo uma interpretação mais abrangente do termo "*civis"*, o nosso CPPM permite, em seu art. 2º, § 1º, a interpretação restritiva da lei de processo penal militar quanto as suas expressões, *in verbis* "admitir-se-á (...) a interpretação restritiva, quando fôr manifesto (...) que a expressão da lei é mais ampla, do que sua intenção".

O que não é possível é afastar a interpretação de que os Conselhos de Justiça são o "juiz natural" dos militares que cometem crimes militares, ainda que, posteriormente licenciados ou excluídos, não detenham mais o *status* da Força.

Assim, deve ficar claro que a apreciação monocrática pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União somente ocorrerá quando o Acusado for civil ao tempo da prática do delito ou, naquela condição, for partícipe do ilícito penal,

conforme previsto na Lei nº 8.457/1992 (Lei de Organização da Justiça Militar da União), alterada pela Lei nº 13.774/2018.

Digo, novamente, ainda que a hipótese possa ser absurda, mas é uma possibilidade, que em respeito ao juízo natural, se um civil comete crime da competência da Justiça Militar da União, e, porventura, venha a adquirir o *status* de militar, quando em trâmite da ação penal, esta ação não se deslocará da competência do Juiz Federal Militar para a competência do Conselho de Justiça, para dar prosseguimento, processamento e julgamento. Por que, então, admitir-se o contrário?

Não há de confundir aqueles que sempre foram civis com aqueles que agora são civis, mas outrora foram militares, ocasião em que cometeram delitos.

Ainda, pela regra da *perpetuatio jurisditionis*, contida no art. 43 do Código de Processo Civil, também aplicável em processo penal, a competência firmada inicialmente se perpetua, sendo irrelevante a modificação do estado de fato ocorrida posteriormente, como é a alteração da condição de militar para ex-militar, em caso de licenciamento, por exemplo. Eis o dispositivo:

> Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Desse modo, é irrelevante, para fins de delimitação da competência, o superveniente licenciamento do militar, ou seja, sua nova condição de ex-militar.

A partir da interpretação de que civil é aquele que nunca esteve atrelado às atividades da caserna e aos valores militares, a previsão legal preocupa-se com o momento do cometimento do delito, razão pela qual a alteração do estado de fato do militar – que nesta condição cometeu o crime – para ex-militar não tem o condão de alterar a competência para o juízo monocrático.

Assim, considera-se a condição do agente (militar) no momento do fato, de modo que a posterior alteração de seu *status* não altera a competência. Aquele tempo (o do cometimento do crime) é que rege o fato, e é o critério definidor da organização interna da competência. Essa é a interpretação que deve ser conferida à lei.

Nesse sentido, cito precedentes desta Corte:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. POSSE DE ENTORPECENTE EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. TIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NA

> JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. RECURSO DESPROVIDO. UNANIMIDADE. I - O crime foi cometido ao tempo em que o Denunciado era militar da ativa, vigorando a regra do *perpetuatio jurisdicionis*. A desincorporação do Acusado no transcurso da ação penal não tem o condão de afastar a competência da Justiça Militar da União ou do Conselho Permanente de Justiça. (...) V – Não provimento do recurso. Decisão Unânime (SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Apelação nº 7000092-70.2017.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 17/4/2018, Data de Publicação: 16/5/2018); e
>
> EMENTA: EMBARGOS. JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. POSSIBILIDADE. LICENCIAMENTO DO AGENTE. IRRELEVÂNCIA. COMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. *TEMPUS REGIT ACTUM*. *PERPETUATIO JURISDITIONIS*. Não há de confundir aqueles que sempre foram civis com aqueles que agora são civis, mas outrora foram militares, ocasião em que cometeram delitos. Na espécie, a conduta delitiva foi perpetrada dentro do aquartelamento, ao tempo em que o acusado era militar da ativa e sujeito às leis penais militares. O simples licenciamento do agente não pode acarretar a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o feito, servindo de norte para a delimitação do Órgão Julgador o princípio *tempus regit actum*. Ademais, aplica-se, por analogia, a regra do art. 43 do CPC, que estabelece o princípio da *perpetuatio jurisditionis*, sendo irrelevante, portanto, para fins de delimitação da competência, o superveniente licenciamento das fileiras do Exército. Embargos rejeitados. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000163-83.2014.7.07.0007. Relator(a): Ministro(a) Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Data de Julgamento: 4/11/2016, Data de Publicação: 24/11/2016).

O próprio Ministério Público Militar, em âmbito institucional, emitiu o Enunciado nº 19 - CCR/MPM, de 12 de fevereiro de 2019, sobre o tema, *in verbis*:

> Para aferimento da competência dos Conselhos de Justiça e do Juiz Federal da Justiça Militar, órgãos judiciais da 1ª Instância da Justiça Militar da União, nos termos do art. 27 e art. 30 da LOJM (Lei nº 8.457, de 04/09/1992, com a redação dada pela Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018) deve ser considerada a condição do agente (civil ou militar), no momento do fato, não alterando esta competência a posterior modificação de tal condição.

Cito, ainda, importante julgado referente à Justiça Militar Estadual, que pode ser relacionado ao tema, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. CRIME MILITAR COMETIDO POR POLICIAL MILITAR DO ESTADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL. DEMISSÃO ANTERIOR À INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. IRRELEVÂNCIA. JUÍZO

> NATURAL QUE SE FIXA À ÉPOCA DO FATO. 2. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Crime militar cometido por militar no exercício da função. Em homenagem à garantia do juízo natural, a competência deve ser fixada sempre em relação à qualidade que o recorrente apresentava no momento do cometimento do fato, não podendo ser alterada por conta de alteração fática posterior (exoneração). 2. Recurso a que se nega provimento. (RHC 20.348/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 1º/09/2008).

Portanto, o que se deve fazer é a devida interpretação quanto ao que vem a ser abrangido pelo conceito de *"civis"*, para fins de aplicação da lei, como dito acima.

Desse modo, se for caso de ex-militar, que tenha cometido o delito afeto a esta Justiça Castrense quando ainda detinha a condição de militar, este não está abarcado na alteração legislativa, permanecendo o seu julgamento perante o Conselho de Justiça, preservando-se o grande desiderato da Justiça Militar, que é realizar julgamentos com fulcro na experiência obtida da vivência na caserna, garantindo-se o respeito aos princípios da hierarquia e da disciplina, tendo em vista a grande importância das Forças Armadas, sobretudo para a soberania do país.

Ademais, no meio social, muitos defendem a diminuição das atribuições do Conselho, diante da visão equivocada de que tais órgãos são cortes marciais, ou seja, órgãos de julgamento que integram a estrutura das Forças Armadas. No entanto, é sabido que, no nosso País, as Justiças Militares integram o Poder Judiciário, inexistindo qualquer relação de subordinação ou de submissão às instituições militares. Especificamente, quando na função de julgador, posto à disposição da Justiça Militar, o livre convencimento e a liberdade de entendimento são amplos e irrestritos.

E some-se a isso o fato de que agora o juiz federal é quem preside o Conselho, ou seja, o juiz investido em seu cargo pelas regras constitucionais é o novo centro do colegiado, e não mais o militar da ativa, que é leigo.

Em que pese tal situação já ter sido verificada na prática, a nova estruturação orgânica foi também uma inovação da lei – a meu ver muito acertada –, que une as duas preocupações da sociedade. Confere-se um julgamento pelo Conselho – em que se prepondera a experiência militar –, mas sob a presidência do Juiz Togado – o que confere maior segurança processual, em razão das garantias e do conhecimento técnico da magistratura, garantindo-se também o devido processo legal, com a escorreita aplicação das normas penais e processuais penais, tal como se vê nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri.

Além disso, há vantagem em se ter um órgão coletivo, uma vez que o julgamento da matéria é manifestado pelo grupo, e não isoladamente, como quando se tem um órgão singular na mesma função.

Quanto à presente alteração legislativa, como dito acima, vislumbro o seu caráter processual, sobre as quais vige o princípio do *tempus regit actum*.

Com efeito, a nova lei, por tratar de matéria processual, possui aplicabilidade imediata, impondo que os atos a serem praticados após a sua vigência sejam por ela regulados, nos termos dos arts. 2º do CPP e 5º do CPPM. Confira-se:

> Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.
>
> Art. 5º As normas deste Código aplicar-se-ão a partir da sua vigência, inclusive nos processos pendentes, ressalvados os casos previstos no art. 711, e sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 155-156), em seu *Manual de Direito Penal Militar*, advogam que[174]:

> O art. 2º do Código de Processo Penal comum consagra (...) o princípio do efeito imediato, princípio da aplicação imediata ou princípio do *tempus regit actum*.
>
> O art. 5º do CPPM traz previsão semelhante (...)
>
> Essa previsão permite entender que a regra também é válida para a lei processual penal militar, podendo-se dizer que o CPPM, ao adotar o princípio do *tempus regit actum*, traz como consequência a validade de atos processuais praticados sob a égide da lei processual anterior e a aplicação imediata de todas as normas inauguradas no processo penal militar.
>
> Em outros termos, se houver uma mudança legal, por exemplo, no "processo" especial de deserção (melhor seria procedimento especial da deserção), essa nova previsão será aplicada a partir do momento que a lei entrar em vigor, mesmo nos processos ainda em curso, ou seja, no "meio do caminho" (...) Todavia, os atos processuais já praticados naquele processo serão perfeitamente válidos, não trazendo nulidade ao curso processual.

Nesse sentido, cito também precedentes dos Tribunais, *in verbis*:

> EMENTA: "HABEAS CORPUS" - (...) RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DA OCORRÊNCIA DE DELITO CONTINUADO EM DATA POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 11.689/2008, QUE EXTINGUIU ESSA MODALIDADE RECURSAL - NATUREZA PROCESSUAL DESSE DIPLOMA NORMATIVO, IMPREGNADO DE EFICÁCIA E DE APLICABILIDADE IMEDIATAS - IMPOSSIBILIDADE, PORTANTO, DE UTILIZAÇÃO, APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO REFORMADOR DA DECISÃO DE

[174] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRIMEIRO GRAU, DAS NORMAS RECURSAIS DERROGADAS (CPP, ARTS. 607 E 608), CONSIDERADO O ORDENAMENTO POSITIVO VIGENTE NESSE MOMENTO ("TEMPUS REGIT ACTUM") - DOUTRINA - PRECEDENTES - CONSEQUENTE LEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECISÃO DE NÃO CONHECIMENTO DESTE "HABEAS CORPUS" - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - (...) A Lei nº 11.689/2008, derrogatória dos arts. 607 e 608 do Código de Processo Penal, que disciplinavam o protesto por novo júri, teve sua **natureza processual reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, possuindo tal diploma normativo, por essa razão, eficácia e aplicabilidade imediatas em relação aos procedimentos penais em curso.** Considerada a sucessão de leis processuais no tempo, o tema em referência rege-se pelo critério que considera dominante, em matéria recursal, o ordenamento positivo vigente no momento em que publicada a sentença ou decisão, em face do postulado segundo o qual "tempus regit actum". Doutrina. Precedentes. (STF - HC 124783 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/5/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 17-4-2018 PUBLIC 18-4-2018). (Grifei);

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. ALEGADA PRÁTICA DE CRIMES DE PECULATO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS PELO JUÍZO ENTÃO COMPETENTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. **A modificação superveniente de competência não importa em nulidade dos atos processuais até então praticados. Precedentes. 2. Pelo princípio do *tempus regit actum*, são válidos os atos processuais praticados ao tempo em que o juízo de primeiro grau era competente, dentre os quais o recebimento da denúncia, prosseguindo-se a ação penal a partir da fase processual em que se encontra. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.** (STF - AP 914 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 8/3/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 29-3-2016 PUBLIC 30-3-2016 REPUBLICAÇÃO: DJe-091 DIVULG 5-5-2016 PUBLIC 6-5-2016). (Grifei);

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) ADVENTO DA LEI N. 13.491/2017. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM MANTIDA. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL POSTERIOR AO JULGAMENTO DO RECURSO NOBRE. NULIDADE NÃO VERIFICADA. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO DESPROVIDO. (...) 2. As normas de direto processual penal são regidas pelo princípio do *tempus regit actum*, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal. Assim, iniciado processo penal no Juízo comum, antes do advento de nova lei, não há falar em sua redistribuição nos termos da novel Lei n. 13.491/2017. 3. No caso, tendo a sentença condenatória sido proferida em 18/8/2014 e o acórdão do recurso de apelação prolatado em 25/5/2016, ambos anteriores à entrada em vigor da Lei n. 13.491/2017,

de 13/10/2017, não há que se falar em deslocamento de competência. 4. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente conhecido e, na extensão, desprovido. (STJ - RHC 107.228/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 28/3/2019);

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES PRATICADO POR MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.491/2017. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. SENTENÇA DE MÉRITO NÃO PROFERIDA. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. 1. Hipótese em que a controvérsia apresentada cinge-se à definição do Juízo competente para processar e julgar crime praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei nº 13.491/2017. 2. A Lei nº 13.491/2017 promoveu alteração na própria definição de crime militar, o que permite identificar a natureza material do regramento, mas também ampliou, por via reflexa, de modo substancial, a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual. É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2º, § 1º, do Código Penal Militar e no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, **no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do *tempus regit actum*. 3. Tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar.** 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora Suscitante. (STJ - CC 160.902/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 18/12/2018);

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS. CONDENAÇÕES CONFIRMADAS PELO TRIBUNAL REGIONAL. PLEITO DE NULIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. APROVEITAMENTO DE ATOS PRATICADOS EM JUÍZO INCOMPETENTE. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 567 DO CPP. *WRIT* NÃO CONHECIDO. (...) 4. Em decorrência do princípio *tempus regit actum*, a lei nova aplica-se imediatamente na instrução criminal em curso, evidentemente, respeitando-se a eficácia jurídica dos atos processuais já constituídos. 5. Apesar de as leis processuais

> aplicarem-se de imediato, desde a sua vigência, devem ser respeitados os atos realizados sob o império da legislação anterior, sendo, portanto, plenamente válidos os atos processuais anteriormente praticados e devidamente ratificados pelo Juízo Federal. 6. Esta Corte, examinado o RHC 37.105/PE do corréu, já se manifestou quanto a não ocorrência de vícios no curso do processo. 7. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ - HC 320.638/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017).

Nesse passo, as modificações impostas pela *novatio legis,* de cunho processual, aplicam-se imediatamente, alcançando, também, as ações penais referentes aos crimes ocorridos anteriormente à sua publicação; contudo, desde que o órgão que antes detinha a competência para o processo e o julgamento não tenha ainda proferido Sentença, uma vez que a alteração, *in casu*, refere-se à competência para julgamento.

Ou seja, caso ainda penda o julgamento da ação, a nova distribuição da competência será aplicada, até porque decorre diretamente da lei.

Já tendo sido proferida Sentença, todavia, o ato será considerado válido. Por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento de que o processo é constituído por inúmeros atos. E cada ato deve ser considerado separadamente dos demais, para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele foi praticado. Invoca-se a teoria dos Atos Processuais Isolados.

A lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra (Princípio *tempus regit actum*), mas se respeita a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e a entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma processual, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos. Os atos praticados sob o regramento anterior devem ser respeitados, e prescindem de ratificação ou de renovação no juízo declinado.

Então, havendo Sentença, esta será respeitada, mesmo que exarada pelo órgão judiciário não mais competente; mas, inexistindo tal *decisum*, se for o caso de um Acusado que ostentava o *status* de civil quando do tempo do crime militar, de pronto será considerada a competência monocrática do Juiz Federal da JMU para processamento e julgamento do Réu, na forma do art. 30, inciso I-B, da LOJM porquanto era "civil" naquele momento, sendo esse o real sentido almejado pelo legislador para fins de aplicação da referida lei.

Por essa ótica, tendo a norma natureza processual e, portanto, aplicação imediata, não há que se falar em necessidade de convocação do Conselho de Justiça para que decline da competência para o Juiz Federal da

Justiça Militar julgá-lo monocraticamente, quando for o caso, visto já ter sido essa fixada por força da nova redação dada à LOJM.

Portanto, inexiste a necessidade de submissão da Decisão ao crivo do Conselho, pois a competência para o processamento e o julgamento deixou de ser desse órgão por expressa previsão legal, quando for o caso, de acordo com o entendimento acima exarado.

Vale dizer que, até a modificação da Lei nº 8.457/92, ocorrida no final do ano de 2018, as questões de direito surgidas durante o curso da ação penal militar eram de competência dos Conselhos de Justiça. Contudo, com a alteração promovida, mostra-se desnecessária qualquer deliberação dos membros dos Conselhos pelo fato de que o julgamento de civis, que nessa condição cometeram o crime militar, passou a ser atribuição monocrática do magistrado.

Assim, por ter a alteração da LOJM entrado em vigor em 19 de dezembro de 2018, a partir dessa data sua aplicação é imediata aos processos em andamento, sendo desnecessária a subordinação à deliberação do Conselho nos casos em que deixou este de ser o Juiz Natural, ou seja, nos julgamentos de civis que nunca estiveram atrelados aos princípios militares.

Outrossim, quando os agentes criminosos eram militares à época do delito, mas em seguida perderam essa condição, o processo deve iniciar ou prosseguir perante o escabinato, o qual será convocado ou sorteado, conforme o caso, após o recebimento da Denúncia pelo Juiz togado. **Se assim não for, teríamos, por exemplo, a absurda situação de um civil ser julgado por um crime propriamente militar.**

No mais, apenas para síntese, cabe distinguir a Teoria da Atividade – quanto ao tempo do crime, ou seja, referente à matéria penal (prevista no CPM), atinente ao tempo do fato, da conduta cominada como crime; do Princípio do *tempus regit actum* – quanto aos atos processuais, referente à matéria processual penal (previsto no CPPM). Enquanto a primeira define o momento do crime, que é o tempo que rege o fato, a segunda reflete a regra processual no sentido de que a nova lei processual possui aplicabilidade imediata, impondo que os atos a serem praticados após a sua vigência sejam por ela regulados.

Em que pese a Teoria da Atividade estar afeta ao tempo do crime, ou seja, ao tempo que rege o fato, em meu entendimento, ela possui claro reflexo nas novas regras de organização judiciária militar, introduzidas pela recente lei, porquanto a condição do agente do crime militar, se civil ou militar, deve ser verificada nesse momento.

Assim, a posterior perda da condição de militar do Acusado não altera a competência do Conselho de Justiça, composto também por militares – o que inclusive mantém a razão de existir da Justiça Militar –, pois a situação do

tempo do fato é que deve reger essa distribuição interna de competência, tal como pretendeu a LOJM.

Trata-se da interpretação teleológica dos novos dispositivos legais, os quais não podemos subverter, por ser essa a interpretação mais adequada ao escopo da persecução da ação penal militar, que, por meio da experiência tão cara e única que se adquire com o convívio na caserna, permite que o julgamento pelo Conselho do militar que cometeu o delito privilegie a melhor elucidação dos fatos, a real percepção da situação do Acusado quando do tempo do fato, bem como a melhor proteção dos bens jurídicos envolvidos, ou seja, permite o melhor julgamento para o caso concreto, que é o objetivo da Justiça Militar da União.

Interpretação contrária seria prejudicial aos fins para os quais se destinam a Justiça Militar como um todo.

Cito, por oportuno, interessante exemplo trazido por Cícero Robson Coimbra Neves, em seu artigo "Lei n.13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares"[175], *in verbis*:

> No caso de uma deserção praticada, o autor será militar da ativa no momento do delito, mas com a consumação, em sendo praça não estável, será excluído do serviço ativo. Até este momento, como já ocorre, as deliberações na persecução criminal são de competência do Juiz Federal da Justiça Militar, porquanto ainda não há processo. Capturado o autor do fato, será ele reincluído e o Ministério Público oferecerá a denúncia que, recebida, submeterá o autor à competência do Conselho Permanente de Justiça. Caso no curso da instrução desse processo, cometa nova deserção, será, uma vez mais, excluído, o que, prevalecendo a interpretação contrária, remeteria a primeira deserção à competência monocrática. Caso seja capturado, novamente, será reincluído, firmando a competência para a segunda deserção, se houver denúncia recebida, do Conselho Permanente de Justiça, mas, também e mais importante, restituindo a competência do escabinato para o primeiro processo de deserção, e assim por diante.
>
> Atente-se, assim, que, alternadamente, poderá haver em um mesmo processo, competência colegiada, monocrática, colegiada, monocrática etc., a depender de quantas deserções o autor esteja disposto a praticar, o que trará extrema insegurança jurídica às partes, não só à acusação, mas também à defesa, sem conhecer previamente o órgão de julgamento que pronunciará o decreto condenatório ou absolutório.
>
> Aliás, a instabilidade apontada poderá fomentar o estabelecimento de uma estratégia de escolha do órgão julgador do crime de deserção, voltando-se à lesão ao princípio do juiz natural, sobre a qual acima já se discorreu.

[175] NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Lei n.13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares*. Disponível em: https://blog.grancursosonline.com.br/lei-n-13-774-18/.

Reitero, ainda, que o escabinato integra a estrutura do Poder Judiciário da União, de acordo com a Constituição Federal, em seus arts. 122 a 124. Não, está, portanto, nesse mister, subordinado às instituições militares. Ademais, é presidido pelo Juiz Federal da Justiça Militar, não havendo que se falar em desrespeito às garantias constitucionais.

Por fim, o que se afere para fixar a competência monocrática do Juiz Federal, de acordo com o art. 30, I-B, da LOJM, é o momento em que o crime é cometido, ou seja, o tempo do fato, o qual encontra sua subsunção nos incisos I ou III do art. 9º do CPM. Se civil, a competência será monocrática. Ao contrário, se militar, permanece a competência com o Colegiado militar, não importando que venha a ser, posteriormente, licenciado ou excluído das Forças, pois o tempo do crime é que rege a definição da competência.

Com efeito, o grande objetivo de todas as alterações legislativas sempre foi retirar da competência da Corte Castrense os réus que nunca foram militares, que nunca estiveram subordinados à hierarquia e à disciplina militares. Esses sim são os "civis" para fins da lei. E foi o que se conquistou com as inovações introduzidas pela Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018.

Desse modo, concluo que a competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar só é fixada nos casos em que o civil, nessa condição, for um dos autores ou partícipes do crime, incidindo o art. 9º, I e III, do CPM, definido pela lei como critério para distinguir a competência do Juiz Federal, não se aplicando aos ex-militares, os quais não são considerados civis para fins das alterações implementadas pela LOJM.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do Recurso em Sentido Estrito para, cassando a Decisão hostilizada, reconhecer a competência do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM para o processamento e julgamento da Ação Penal Militar nº 70000031-67.2018. 7.03.0203, determinando a baixa dos autos à instância de origem para o prosseguimento do feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria** de votos, em conhecer e dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, cassando a Decisão hostilizada, reconhecer a competência do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM para o processamento e julgamento da Ação Penal Militar nº 70000031-67.2018.7.03.0203, determinando a baixa dos autos à instância de origem para o prosseguimento do feito.

Brasília, 16 de maio de 2019 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Recurso em Sentido Estrito Nº 000183-92.2019.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, por divergir da douta maioria, na parte meritória, votei conhecendo e negando provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo a Decisão do MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7000031-67.2018.7.03.0203, que deixou de convocar o Conselho Permanente de Justiça para o processamento e julgamento do ex-Sd Ex ALCIDES SOARES FERREIRA, com fundamento na nova redação da Lei nº 8.457/1992 – Lei de Organização da Justiça Militar da União. E, com base no precedente da Suprema Corte (AP 937 QO), firmei o entendimento de que, no âmbito da Justiça Militar da União, após o final da instrução criminal nos processos ordinários, com a publicação do despacho de intimação das partes para apresentação de alegações escritas, na forma do art. 428 do CPPM, as competências dos Conselho Especial de Justiça/Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar ações penais militares (inciso II do art. 9º do CPM), bem como a competência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar civis ou militares processados juntamente com civis (incisos I e III do art. 9º do CPM, c/c o art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457, de 1992), não serão mais afetadas em razão de o militar vir a ser excluído da sua respectiva Força Armada ou o civil passar à condição de militar.

2. Conforme relatado nesta assentada, vale relembrar a situação concreta discutida neste Processo:

a) nos autos da Ação Penal Militar nº 7000031-67.2018.7.03.0203, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª CJM, o ex-Sd Ex ALCIDES SOARES FERREIRA foi denunciado pela prática do crime de Deserção, previsto no art. 187 do CPM (evento 1 do Processo de origem);

b) a Exordial acusatória foi recebida em 13/4/2018, oportunidade em que o juiz togado determinou a citação do Réu e a convocação do CPJ, em observância ao art. 399, alíneas "a" e "b", do CPPM (evento 2 do Processo de origem);

c) em 21/5/2018, o Comandante do Esquadrão de Comando (Uruguaiana/RS) comunicou o licenciamento e a exclusão do Acusado das Fileiras do Exército, a contar de 21/4/2018 (evento 23, documentos 1 e 2, do Processo de origem); e

d) na fase de oitiva de testemunhas e logo após a edição da Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018, em 15/1/2019, o Dr. WENDELL PETRACHIM ARAUJO, Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, chamou o feito à ordem e decidiu afastar a convocação do

Conselho Permanente de Justiça, passando a atuar de forma monocrática, em virtude de o Acusado ter passado à condição de civil, justificando que a atuação do juiz togado se daria na forma da recente alteração legislativa referente à Lei de Organização da Justiça Militar (evento 139 do Processo de origem).

3. Durante a discussão da parte meritória, entendi que não assistia razão ao recorrente. Nesse contexto, verifiquei que a presente pendência envolvia a interpretação das disposições constitucionais e infraconstitucionais, *in litteris*:

> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
>
> Art. 124. 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.
>
> CÓDIGO PENAL MILITAR
>
> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
>
> II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
>
> b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
>
> c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)
>
> d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
>
> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
>
> III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
>
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

(...).

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

Art 399. Recebida a denúncia, o auditor:

Sorteio ou Conselho

a) providenciará, conforme o caso, o sorteio do Conselho Especial ou a convocação do Conselho Permanente, de Justiça;

Instalação do Conselho

b) designará dia, lugar e hora para a instalação do Conselho de Justiça;

(...)

LEI Nº 8.457, DE 4 DE SETEMBRO DE 1992 (LEI DE ORGANIZAÇÃO DA JMU)

Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

(...)

II - Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo juiz federal da Justiça Militar ou juiz federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por 4 (quatro) juízes militares, dentre os quais pelo menos 1 (um) oficial superior. (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)

(...)

Art. 21. O sorteio dos juízes do Conselho Permanente de Justiça é feito pelo juiz federal da Justiça Militar, em audiência pública, entre os dias 5 (cinco) e 10 (dez) do último mês do trimestre anterior, na presença do Procurador e do diretor de Secretaria. (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)

Art. 27. Compete aos conselhos:

(...)

> II - Permanente de Justiça, processar e julgar militares que não sejam oficiais, nos delitos a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> (...)
>
> Art. 28. Compete ainda aos conselhos:
>
> (...);
>
> V - decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento;
>
> (...).
>
> Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> I - decidir sobre recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, de devolução de inquérito e representação;
>
> I-A - presidir os Conselhos de Justiça; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> (...);
>
> VIII - proceder ao sorteio dos conselhos, observado o disposto nos arts. 20 e 21 desta lei;
>
> (...).
>
> Art. 97. Compete ao juiz federal da Justiça Militar: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> I - presidir a instrução criminal dos processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, inclusive;
>
> II - julgar as praças e os civis.

4. Com efeito, levando em consideração as especificidades ligadas à Justiça Militar da União, o primeiro esforço a ser empreendido pelo operador do direito é identificar se determinado fato delituoso é ou não da competência desta Justiça castrense, ou seja, identificar quando se configurará a competência da JMU orientada pela própria divisão dos órgãos jurisdicionais preceituada na Constituição Federal de 1988. Nesse caso, tem-se como suporte a disposição contida no art. 124 da citada Constituição Federal a validar a competência ***ratione materiae*** da Justiça Militar da União, conforme os crimes militares descritos no art. 9º, incisos I, II e III, do CPM.

5. Nesse aspecto, diante das recentes inovações legislativas, especula-se, no primeiro momento, sobre se, ao tempo do crime, houve ou não violação de um bem juridicamente tutelado pelo Direto Penal Militar, conforme os crimes definidos em lei, não se perquirindo ainda se a competência será do Juiz Federal da Justiça Militar ou do Conselho Especial de Justiça/Conselho Permanente de Justiça. Busca-se apenas conhecer a competência material desta Justiça castrense, sendo o delito praticado por militar ou por civil. Daí o motivo pelo qual não pode ser chancelada a assertiva do recorrente, sustentando que a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar crime cometido por militar deve ser firmada ao tempo do crime (***tempus regit factum***), não se permitindo qualquer hipótese de deslocamento interno da competência entre os órgãos judicantes pertencentes à JMU.

6. Nessa linha de raciocínio, cabe a formulação da seguinte indagação: Há possibilidade de deslocamento, **a qualquer tempo**, da competência do Conselho Permanente de Justiça para o Juiz Federal da Justiça Militar, no caso de o crime ter sido praticado por militar da ativa e, no curso do processo, ocorrer seu respectivo licenciamento da Força Armada que lhe é correlata, passando à condição de civil?

7. A resposta evidentemente que deve ser positiva, **porém não será absoluta** como se verá mais adiante, se consideradas as disposições legais transcritas anteriormente, bem como a recente reinterpretação da Suprema Corte sobre a prorrogação de competência em se tratando da questão de "prerrogativa de foro" de parlamentar submetido a processo-crime, mesmo havendo alteração posterior daquela situação jurídica.

7.1 Nesse mote, é válido assegurar que, uma vez firmada a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar crime militar definido em lei ou crime previsto na legislação penal comum (crime militar por extensão – Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017), não há dúvida de que a competência será do Conselho Permanente de Justiça, quando se tratar de crime militar praticado por militar que não seja oficial, salvo quando este for acusado juntamente com civil no mesmo processo, invocando-se aqui a inteligência do art. 9º, inciso II, alíneas "a" a "e", do CPM, c/c o art. 27, inciso II, da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Segundo o recorrente, essa competência do Conselho se perpetuará no tempo, não importando se o militar passará ou não à condição de civil, mediante licenciamento, pois a competência do Conselho julgador foi firmada ao tempo do crime.

7.2 Porém, ressaltando a característica do ordenamento jurídico como um sistema dinâmico, não se pode negar que o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar passaram por uma profunda alteração com a edição da Lei nº 13.491/2017 e da Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018, destacando-se as disposições desta última, a qual promoveu alterações

significativas em relação à distribuição das competências entre os órgãos judicantes da 1ª Instância da JMU, conforme as seguintes proposições:

a) a Lei nº 8.457/1992, na sua redação original, dispunha que o Conselho Permanente de Justiça deveria ser presidido por oficial superior (art. 16, alínea "a"), o que foi alterado pela novel Lei nº 13.774/2018, passando a presidência do referido órgão judicante aos cuidados do **juiz federal da Justiça Militar** (art. 16, inciso II);

b) a redação anterior do inciso II do art. 27 da Lei nº 8.457/1992 dispunha que competia ao Conselho Permanente de Justiça processar e julgar **acusados** que não sejam oficiais, nos delitos previstos na legislação penal militar, enquanto que a nova redação levada a efeito pela Lei nº 13.774/2018 substituiu a expressão "**acusados**" pela expressão "**militares**", sinalizando que o referido colegiado limitar-se-á a julgar militares enquanto estes permanecerem nessa condição. A partir disso, fica demonstrada a fragilidade do argumento do recorrente de que não há possibilidade de deslocamento de competência no caso de o militar ser licenciado durante o curso do processo. Como bem afirmou o magistrado que lavrou a Decisão ora recorrida, **não se aplica ao presente caso a regra da *"perpetuatio jurisdictionis"* prevista no art. 43 do Código de Processo Civil;**

c) nesse mesmo contexto de transformação da JMU, o art. 97 da Lei nº 8.457/1992 preconiza que compete ao juiz federal da Justiça Militar presidir a instrução criminal dos processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, ficando bastante claro que, a partir da publicação da Lei nº 13.774/2018, o juiz togado é que dirigirá o processo, inclusive para submeter ao Conselho, quando for o caso, questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento (art. 28, inciso V, da Lei nº 8.457/1992); e

d) por fim, o art. 30, inciso I-B, da Lei nº Lei nº 8.457/1992, conferiu ao juiz federal da Justiça Militar a competência para julgar, monocraticamente, **civis e militares**, quando estes forem acusados no mesmo processo com aqueles. Nesse ponto, as regras contidas na Lei de Organização Judiciária da JMU integram as disposições que definem a competência da Justiça Militar da União, devendo ser observada a situação jurídica que o acusado ostenta no curso da instrução processual. Daí o motivo pelo qual me alinho à tese de que deverá ser levada em conta a racionalidade de cada órgão para decidir, conforme defendido pelo juiz togado por ocasião da análise do Juízo de retratação, em que foi sustentado que a Lei 13.774/2018 promoveu não apenas uma modificação de competência na Lei de Organização Judiciária da JMU, mas uma verdadeira readequação da **racionalidade decisória para cada órgão de julgamento**. Nessa linha de raciocínio, foi pontuado que, para processar e julgar civis e os que não estão submetidos à hierarquia e disciplina

militar, o órgão julgador deverá ter a **racionalidade judicial da magistratura** e, para processar e julgar militares da ativa e os militares inativos que estão submetidos à hierarquia e disciplina militar, o órgão julgador deverá ter a **racionalidade hierárquico-administrativa**.

7.3 Dessa forma, considerando as novas regras sobre a competência interna dos órgãos de 1ª Instância da JMU, não há plausibilidade jurídica no pedido de reforma da Decisão recorrida, uma vez que o juiz togado, na condução do feito, apenas deu impulso ao processo, dispensando a convocação do Conselho Permanente de Justiça, em virtude de um dos militares ter perdido a condição de militar por meio de licenciamento da Força Armada a que pertencia, **mormente quando ainda se encontrava em curso a instrução criminal**.

7.4 *In casu,* durante a instrução do processo, em cujo contexto já vigorava a Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018, e pendia de realização a audiência para oitiva das testemunhas de Defesa e o interrogatório do réu, o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar decidiu afastar a atuação do Conselho Permanente de Justiça por entender que se tratava de competência singular do juiz togado, ante o licenciamento do Acusado das fileiras das Forças Armadas (evento 23, documentos 1 e 2, do Processo de origem). Nesse particular, não me parece acertada a alegação do recorrente de que o citado magistrado laborou em equívoco, pois já havia convocado o Conselho Permanente de Justiça, nos termos do art. 399, alíneas "a" e "b", do CPPM. Porém, mesmo após a convocação do CPJ, ainda seria possível o deslocamento da competência do citado colegiado para o juiz togado, o que se concretizou pela alteração da situação jurídica do acusado com o seu respectivo licenciamento **antes do encerramento da instrução criminal**.

7.5 Assim, o juiz federal da Justiça Militar fez prevalecer a norma que lhe confere a competência para apreciar e julgar a matéria, singularmente, em observância às disposições legais inseridas na Lei nº 8.457/1992, emprestadas pela Lei nº 13.774/2018, ao verificar que se tratava de ex-militar e que era o caso de deslocamento da competência do órgão colegiado para o juiz togado, recorrendo aos métodos de interpretação das normas, valendo-se, também, das citações extraídas da Decisão proferida pelo Dr. Jocleber Rocha Vasconcelos, nos autos da Ação Penal Militar nº 0000103-13.2017.7.03.0203, conforme consta no evento 151, *in litteris:*

> (...)
>
> Ora, verifica-se claramente que a tese recorrente visa suprir uma aparente lacuna interpretativa com a extensão indevida da competência dos Conselhos de Justiça, mesmo violando o texto da própria lei nos seus incisos I e II, do art. 27, e parágrafo 3º do art. 23, que proíbem taxativamente a hipótese de julgamento de quem não seja militar.

> Se se trata de necessidade interpretativa, deve-se fazê-la por completo, lançando-se mão de todos os métodos: literal, sistemático, teleológico e histórico, e, principalmente, pela filtragem constitucional.
>
> Ocorre que em nenhuma das formas interpretativas é possível estender o julgamento de ex-militares aos Conselhos.
>
> No sentido literal, há proibição expressa no art. 27 da LOJMU para julgar civis. Ademais, não há no texto do referido artigo que se trata de caso de militar, ao tempo da ação ou omissão.
>
> No sentido lógico, vê-se que o Juiz Federal já julga monocraticamente militares quando são processados com civis, de forma que não há qualquer afronta a julgar o ex-militar, que ingressou na vida civil.
>
> Na interpretação teleológica, jamais seria possível conceber um retrocesso legal, diante da clara jurisprudência do STF no sentido de restringir ao máximo a competência da JMU para julgar civis, além dos tratados internacionais de direitos humanos, no sentido de não submeter pessoas sem vínculo com a hierarquia militar ao julgamento por militares, sem as garantias e conhecimento técnico da magistratura.
>
> Na interpretação sistemática, além de conglobar e validar todas as anteriores, vê-se que os termos "acusação" e "acusados", lançados respectivamente nos parágrafo 3º do art. 23 e inciso I-B, do art. 30 da LOJMU, afastam de pronto a possibilidade da tese do tempo do crime e reafirmam que a situação do "acusado" no processo é que deve prevalecer para definir o órgão de julgamento.
>
> Por fim, na interpretação histórica, a única que poderia tentar resgatar o caldo cultural da nossa gloriosa justiça secular, para tentar manter os Conselhos julgando ex-militares, além de encontrar os óbices lógicos decorrentes da interpretação sistemática, encontra um obstáculo hermenêutico pela necessidade de filtragem constitucional, como se demonstrará abaixo, em tópico específico.
>
> Em sentido contrário, todos os métodos de interpretação jurídica levam, tão somente, à competência monocrática do Juiz Federal para processar e julgar ex-militares, que não mais estão submetidos à hierarquia e disciplina.
>
> Ainda que se conceba que houve uma lacuna expressa para o caso do ex-militar, a interpretação remanescente apontaria, sem dúvidas, para o julgamento monocrático.

7.6 Releva notar que, embora a Decisão ora atacada não seja suscetível de nulidade, uma vez que o provimento judicial saneador se deu antes de se findar a instrução criminal, entendo que há um limite temporal para que o juiz togado possa levar a efeito o deslocamento interno da competência entre os órgãos judicantes da 1ª Instância da JMU, tendo como fato gerador o licenciamento do militar **e desde que não tenha havido o encerramento da**

instrução criminal. O contrário também se aplicaria em relação àquela hipótese em que um civil, durante a instrução criminal, passasse à condição de militar, situação que poderia justificar **o deslocamento da competência do juiz federal da JMU** para o Conselho Especial de Justiça **ou para o Conselho Permanente de Justiça, a exemplo do crime de insubmissão,** cujo delito se consuma quando o respectivo agente ostenta a condição de civil, mas o seu processamento exige que seja incluído nas fileiras da respectiva Força Armada, tornando-se possível o oferecimento da Denúncia pelo Órgão ministerial.

7.7 Aliás, o **crime de insubmissão** é um exemplo clássico de que, na data de sua consumação (***tempus regit factum***), verifica-se apenas a certeza da fixação da competência material da Justiça Militar da União, cujo autor do delito só pode ser o civil. Porém, para o devido processamento do citado crime, é condição de procedibilidade a aquisição do ***status*** de militar do agente mediante a sua inclusão nas fileiras da Força Armada, como forma de viabilizar o oferecimento da Denúncia pelo *Parquet* militar e, consequentemente, assegurar o aperfeiçoamento da relação jurídica processual por meio do recebimento da Exordial acusatória e efetiva citação do Réu. Neste momento, com a condição de militar, o acusado será processado pelo seu **juiz natural**, qual seja, o Conselho Permanente de Justiça, estando o juiz togado obrigado a convocar o CPJ por força do art. 399, alíneas "a" e "b", do CPPM. Portanto, a partir da edição da Lei nº 13.774/2018 (***tempus regit actum***) e levando em consideração recente julgado do Pretório Excelso, ficou evidente que a definição do órgão julgador no âmbito da JMU será orientada pelo *status* do acusado até o encerramento da instrução criminal.

7.8 Isso porque a Suprema Corte, ao debater sobre a possibilidade de prorrogação da competência para apreciar e julgar parlamentares que perderam essa condição, assentou o entendimento de que o encerramento da instrução criminal deveria ser o marco para tal fim, **privilegiando o princípio da identidade física do juiz**, ou seja, em virtude de o magistrado ter tido contato com as provas produzidas na Ação Penal. Refiro-me ao julgamento dos autos da Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, *in litteris:*

> **Ementa:** DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. **LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA**.
>
> I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa
>
> 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, *b* e *c* da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 2 (*sic*) suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

III. Conclusão

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e **(ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".**

> 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.
>
> 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância. (AP 937 QO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265, divulgado em 10/12/2018 e publicado em 11/12/2018). (os grifos não são dos originais).

7.9 Vale, ainda, transcrever os itens "48" e "49" do Voto do Relator, nos quais, com muita lucidez, o eminente Ministro Dr. Luís Roberto Barroso arremata, *in litteris:*

> 48. Além disso, o critério do fim da instrução processual, i.e., a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, parece ser adequado a esses objetivos por três razões. **Primeiro, trata-se de um marco temporal objetivo, de fácil aferição, e que deixa pouca margem de manipulação para os investigados e réus e afasta a discricionariedade da decisão dos tribunais de declínio de competência.** Segundo, a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência privilegia, em maior extensão, **o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal**. Por fim, esse critério já foi fixado pela Primeira Turma desta Casa na AP 606-QO, sob minha relatoria, ainda que apenas em relação à renúncia parlamentar abusiva.
>
> 49. Desse modo, esta Corte deve fixar que a partir do fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, prorroga-se a competência do juízo para julgar ações penais em todos os graus de jurisdição, sem que a investidura ou desinvestidura de cargo com foro privilegiado produza modificação de competência. (os grifos não são dos originais).

7.10 E nem se diga que essa regra só seria aplicável perante o STF. Segundo esse precedente do Pretório Excelso, o deslocamento de competência ou a sua prorrogação também se daria no âmbito da Primeira Instância, conforme já foi transcrito no item anterior, dando-se destaque ao seguinte item das razões de decidir do eminente Ministro Dr. Luís Roberto Barroso, *in litteris:*

> 43. Por isso, proponho que a partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, seja prorrogada a competência do juízo para julgar ações penais **em todos os graus de jurisdição**. Desse modo, mesmo que o agente público venha a ocupar outro cargo ou deixe o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo, isso não acarretará modificações de competência. **Caso esse critério tivesse sido aplicado ao presente**

> **processo, por exemplo, o réu teria sido julgado pela 1ª instância e o processo não teria sido deslocado para o STF**. (os grifos não são dos originais).

8. *Mutatis mutandis,* respeitando as especificidades desta Justiça castrense, é escorreito afirmar que, em sede de processos ordinários, não haverá deslocamento interno de competência do Conselho Especial de Justiça/Conselho Permanente de Justiça para o juiz togado ou vice-versa, caso o militar acusado tenha sido excluído das fileiras das Forças Armadas ou, ainda, o civil acusado tenha passado à condição de militar após a publicação do Despacho do magistrado que concedeu abertura de vista para as partes apresentarem suas respectivas alegações escritas, de acordo com o art. 428 do CPPM. Em relação aos processos especiais, penso que valerá o Despacho que designar a audiência de interrogatório do réu, uma vez que o julgamento poderá ser realizado na mesma assentada.

9. Assim, retomando os termos da indagação contida no item 6 deste Voto, não há dúvida de que há possibilidade jurídica de deslocamento da competência do Conselho Especial de Justiça ou do Conselho Permanente de Justiça para o Juiz Federal da Justiça Militar ou vice-versa, no caso de o crime ter sido praticado por militar da ativa ou por civil e, no curso do processo, ocorrer o respectivo licenciamento da Força Armada que é correlata ao primeiro, passando à condição de civil, ou ocorrer a alteração da situação jurídica do segundo, quando este passar a ostentar a condição de militar. Porém não será a qualquer tempo, pois, segundo o precedente da Suprema Corte mencionado nestes autos, isso só seria possível até o fim da instrução criminal, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações escritas pelas partes nos processos ordinários.

10. Enfim, cabe arrematar que a especialidade desta Justiça castrense comporta, de forma sucessiva, o deslocamento interno de competência dos órgãos judicantes da JMU durante a instrução criminal, sem que esse fenômeno possa implicar a admissão de tribunal de exceção. A esse respeito, vale trazer à baila as anotações expendidas pelo constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, na obra *Constituição Federal anotada*, 11ª edição, São Paulo: editora Saraiva, 2015, p. 230/231, ao tecer comentários sobre o princípio do juiz natural insculpido no art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal, *in litteris*:

> (...)
>
> Não se confunda **proibição de tribunal de exceção com justiça especializada**. São coisas totalmente distintas, envolvendo situações antagônicas.

> A garantia do juiz natural exige que todo litígio seja submetido ao juízo a que naturalmente caberia, proscrevendo-se com isso a instituição de juízos *ad hoc*, **sem qualquer censura à benéfica criação das justiças especializadas**.
>
> **Estas são divisões da função jurisdicional, inseridas no quadro geral dos órgãos do Poder Judiciário**, para colaborar na função jurisdicional, inseridas no quadro geral dos órgãos do Poder Judiciário, para colaborar na administração da justiça. O inexcedível Pimenta Bueno já defendia a possibilidade haver justiça especializada, ficando claro que a proibição de tribunais de exceção não a abrange (José Antônio Pimenta Bueno, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1958, n. 584, p. 415). (os grifos não são dos originais).

11. Dessa forma, restam refutadas as teses do recorrente de que compete ao juiz togado decidir, monocraticamente, apenas naqueles casos em que o civil pratica crime militar nas condições dos incisos I e III do art. 9º do CPM, e de que houve clara violação do princípio do juiz natural, conforme preceituam os incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, os quais pretende ver prequestionados. Evidentemente que não se pode falar em violação ao referido princípio, uma vez que o juiz togado está vinculado ao Processo desde o seu nascedouro, **enquanto que o Conselho Permanente de Justiça só será convocado após o aperfeiçoamento da relação jurídico-processual ou terá a sua competência prorrogada após o encerramento da instrução criminal, o que não ocorreu** neste emblemático caso.

12. Além disso, foi a própria Suprema Corte que, no julgamento da AP nº 937, firmou a tese de que "a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência **privilegia**, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal".

13. Com essas considerações e com base nos argumentos constantes da Decisão ora recorrida (evento 139 do Processo de origem) e da Decisão proferida em sede do juízo de retratação (evento 165 do Processo de origem), cujos fundamentos adoto também como razão de decidir, entendo que não há espaço para reforma do *decisum,* cabendo apenas firmar, nesta oportunidade, entendimento sobre o marco para prorrogação de competência para os órgãos judicantes da 1ª Instância da JMU.

Por essas razões, votei para conhecer e negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo a Decisão do MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7000031-67.2018.7.03.0203, que

deixou de convocar o Conselho Permanente de Justiça para o processamento e julgamento do ex-Sd Ex ALCIDES SOARES FERREIRA, com fundamento na nova redação da Lei nº 8.457/1992 – Lei de Organização da Justiça Militar da União. E, com base no precedente da Suprema Corte (AP 937 QO), firmei o entendimento de que, no âmbito da Justiça Militar da União, após o final da instrução criminal nos processos ordinários, com a publicação do despacho de intimação das partes para apresentação de alegações escritas, na forma do art. 428 do CPPM, as competências dos Conselho Especial de Justiça/Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar ações penais militares (inciso II do art. 9º do CPM), bem como a competência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar civis ou militares processados juntamente com civis (incisos I e III do art. 9º do CPM, c/c o art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457, de 1992), não serão mais afetadas em razão de o militar vir a ser excluído da sua respectiva Força Armada ou o civil passar à condição de militar.

Superior Tribunal Militar, 16 de maio de 2019.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7000469-70.2019.7.00.0000

Relator: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorridos: Yuri Galho Campelo e Lorrã Soares dos Santos.

Advogados: Marcelo Oliveira de Moura, Kaielle San Martim Baes, Karen Andreza da Cruz Nunes, Luciano Stumpf Lutz e Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE TORNOU SEM EFEITO A CONVOCAÇÃO DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO ESCABINATO, EM FACE DA PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 13.774/2018. RECURSO PROVIDO. DECISÃO CASSADA EM FACE DA PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA COM O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

I. Decisão do Juiz Federal da Justiça Militar da União que afasta a convocação do Conselho Especial de Justiça, passando a atuar de forma monocrática, em virtude de o Acusado ter passado à condição de civil, tendo em vista a alteração da Lei de Organização da Justiça Militar pela Lei nº 13.774/2018.

II. Em que pese a alteração do *status* do réu, o qual passou à condição de civil, a competência deve ser prorrogada, pois o despacho de desconstituição do escabinato foi exarado após o encerramento da instrução processual, não sendo mais possível o deslocamento da competência do citado colegiado para o juiz togado. A Decisão de deslocamento de competência *interna corporis* entre o escabinato e o juiz togado e vice-versa não pode se dar a qualquer tempo e deve ser cassada, pois, segundo o precedente da Suprema Corte, no julgamento da AP nº 937, "a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência **privilegia**, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal".

Recurso em Sentido Estrito provido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Cezar Luis Rangel Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, nos termos do voto do Relator Ministro José Coêlho Ferreira, e considerando a tese assentada no voto-vista proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 7000198-61.2019.7.00.0000 e com suporte no

precedente oriundo do egrégio Supremo Tribunal Federal (AP 937 QO), deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, para cassar a decisão monocrática de saneamento da Ação Penal Militar nº 0000081-52.2017.7.03.0203, uma vez que a competência do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM para processar e julgar o feito já tinha sido prorrogada com o encerramento da instrução criminal, inclusive com a apresentação das alegações escritas das partes.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros William de Oliveira Barros, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. Ausência justificada dos Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 6/6/2019).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra a Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 22/3/2019, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7000081-52.2017.7. 03.0203/RS, que chamou o feito à ordem, tornou sem efeito convocação de Conselho Especial de Justiça, decidiu pela incompetência do Escabinato e passou a atuar, de forma monocrática, na aludida ação penal militar, em face do licenciamento de um dos réus, LORRÃ SOARES DOS SANTOS, oficial temporário licenciado, 2º Ten da Reserva não remunerada.

2. A Exordial acusatória foi recebida em 25/8/2017, oportunidade em que o juiz togado determinou a citação dos réus (evento 1, doc. 4, Processo de origem), bem como determinou convocação do CEJ, em 7/3/2018, em observância ao art. 399, alíneas “a” e “b”, do CPPM (evento 5 do Processo de origem).

3. Em 5/9/2017, o Comandante do 9º Batalhão de Infantaria Motorizado comunicou o licenciamento e a exclusão do oficial temporário das Fileiras do Exército (evento 1, documento 5, fl. 36, do Processo de origem).

4. A instrução processual foi encerrada com o Despacho do art. 428 do CPPM (evento 137, processo de origem), inclusive a fase de alegações escritas, cujas peças do Ministério Público Militar e das Defesas dos réus já se encontravam acostadas aos autos (eventos 146, 150 e 151, de 26/1, 15 e 22/2, todos de 2019, do Processo de origem).

5. Em 22/3/2019, o Dr. WENDELL PETRACHIM ARAUJO, Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, chamou o feito à ordem e decidiu afastar a convocação do Conselho Especial de Justiça, passando a

atuar de forma monocrática, em virtude de o Acusado ter passado à condição de civil, justificando que a atuação do juiz togado se daria na forma da recente alteração legislativa referente à Lei de Organização da Justiça Militar (evento 184 do Processo de origem).

6. Em suas Razões Recursais, o Ministério Público Militar pugna pela reforma da Decisão, requerendo, preliminarmente, seja declarada a nulidade por omissão de formalidade que constitui elemento essencial ao processo, em virtude de ser competência do Conselho de Justiça apreciar questões de Direito, acrescentando que o não acolhimento dessa preliminar viola o disposto no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal. No mérito, prequestionando a matéria, alega haver clara violação aos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Lei Maior, pleiteando o provimento do recurso para que seja reformada a Decisão monocrática de 1ª Instância, firmando a competência do Conselho Especial de Justiça para processar e julgar o presente feito (evento 1, doc. 2).

7. A Defesa constituída pelo ex-militar, em contrarrazões, sem fazer alusão à preliminar de nulidade arguida pelo recorrente, requer o desprovimento do Recurso interposto pelo MPM, argumentando que a simples leitura da Lei nº 13.774/2018 faz cair por terra a pretensão do órgão acusador (evento 1, doc. 3).

8. A Defensoria Pública da União, atuando na defesa do corréu em contrarrazões, pleiteou seja desprovido o recurso interposto pelo MPM, no que se refere à submissão ao Conselho Especial de Justiça da questão relativa à competência monocrática do Juiz Federal da JMU ou do próprio CEJ, e, no mérito, seja igualmente desprovido o recurso, para reconhecer a competência monocrática do Juiz Federal da JMU para o processamento e julgamento do réu civil (evento 1, doc. 4).

9. O Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos termos do art. 520 do CPPM, manteve a Decisão guerreada e determinou a remessa dos autos a esta Corte.

10. Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo Parecer referente ao evento 6, da lavra do Dr. CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI, Subprocurador-Geral de Justiça Militar, requerendo o provimento do presente Recurso em Sentido Estrito, a fim de que seja declarada nula a decisão hostilizada, sendo fixada a competência do Conselho Especial de Justiça para a Ação Penal Militar nº 7000081-52.2017.7.03.0203, que deve prosseguir atuando até o final julgamento do feito, desimportando, para tanto, o licenciamento do serviço ativo de um dos acusados, qual seja, o ex-2º Tenente do Exército LORRÃ SOARES DOS SANTOS.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido, a parte é legítima, tem interesse em recorrer ante a sucumbência demonstrada nos autos e o recurso é adequado à espécie, portanto, o recurso preenche os seus respectivos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

2. Argui o MPM preliminar de nulidade da Decisão recorrida, considerando que o magistrado, por meio de decisão interlocutória, afastou a competência do Conselho de Justiça e chancelou a sua competência para passar a decidir monocraticamente, o que teria configurado omissão de formalidade que constitui elemento essencial, uma vez que a matéria deveria ser decidida pelo próprio Conselho de Justiça, na forma do art. 28, inciso V, da Lei nº 8.457, de 1992.

3. Com efeito, o recorrente pretende discutir a mesma matéria competencial em sede de preliminar e de mérito, deixando de observar a disposição regimental descrita no art. 79, § 3º, do Regimento Interno do STM: "Quando a preliminar confundir-se com o mérito, não deverá ser conhecida e será apreciada quando do exame do mérito".

4. Portanto, essa preliminar merece uma análise com maior proficiência, o que pode ser feito no mérito, considerando os argumentos trazidos pelo recorrente para obter êxito quanto ao requerimento de declaração de nulidade da Decisão ora hostilizada.

5. O Ministério Público Militar, prequestionando a matéria, alega haver clara violação aos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Lei Maior, pleiteando o provimento do recurso para que seja reformada a Decisão monocrática de 1ª Instância, firmando a competência do Conselho Especial de Justiça para processar e julgar o presente Feito.

6. É do conhecimento desta Corte meu posicionamento no que tange às decisões dos Juízes Federais da Justiça Militar que têm avocado para si a competência para julgar os ex-militares licenciados ao longo do processo, uma vez que decido de acordo com a fase do processo em que se dá o deslocamento da competência. Como se sabe, firmei o entendimento de que a competência deve ser prorrogada, caso o despacho de desconstituição do escabinato seja exarado após a instrução processual. É o caso dos autos.

7. A Decisão de desconstituição do Conselho Especial de Justiça ocorreu em 22/3/2019 (evento 184 do Processo de origem), data em que a instrução processual já havia se encerrado, como se vê do Despacho do artigo 428 do CPPM (evento 137 do Processo de origem). Aliás, no caso, até as Alegações Escritas já haviam sido juntadas aos autos (eventos 146, 150 e 151, de 26/1, 15 e 22/2, todos de 2019, do Processo de origem). Portanto, posterior à instrução da ação penal em questão.

8. Nesse contexto, verifico que a presente pendência envolve a interpretação das disposições constitucionais e infraconstitucionais, *in litteris*:

> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
>
> Art. 124. 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.
>
> CÓDIGO PENAL MILITAR
>
> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
>
> II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)
>
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
>
> b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
>
> c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)
>
> d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
>
> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
>
> III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
>
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
>
> b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
>
> c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
>
> d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de

vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

(...).

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

Art 399. Recebida a denúncia, o auditor:

Sorteio ou Conselho

a) providenciará, conforme o caso, o sorteio do Conselho Especial ou a convocação do Conselho Permanente, de Justiça;

Instalação do Conselho

b) designará dia, lugar e hora para a instalação do Conselho de Justiça;

(...)

LEI Nº 8.457, DE 4 DE SETEMBRO DE 1992 (LEI DE ORGANIZAÇÃO DA JMU)

Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

(...)

II - Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo juiz federal da Justiça Militar ou juiz federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por 4 (quatro) juízes militares, dentre os quais pelo menos 1 (um) oficial superior. (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)

(...)

Art. 21. O sorteio dos juízes do Conselho Permanente de Justiça é feito pelo juiz federal da Justiça Militar, em audiência pública, entre os dias 5 (cinco) e 10 (dez) do último mês do trimestre anterior, na presença do Procurador e do diretor de Secretaria. (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)

Art. 27. Compete aos conselhos:

(...)

II - Permanente de Justiça, processar e julgar militares que não sejam oficiais, nos delitos a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)

(...)

Art. 28. Compete ainda aos conselhos:

(...);

V - decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento;

(...).

> Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> I - decidir sobre recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, de devolução de inquérito e representação;
>
> I-A - presidir os Conselhos de Justiça; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018) (...);
>
> VIII - proceder ao sorteio dos conselhos, observado o disposto nos arts. 20 e 21 desta lei;
>
> (...).
>
> Art. 97. Compete ao juiz federal da Justiça Militar: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)
>
> I - presidir a instrução criminal dos processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, inclusive;
>
> II - julgar as praças e os civis.

9. Com efeito, levando em consideração as especificidades ligadas à Justiça Militar da União, o primeiro esforço a ser empreendido pelo operador do direito é identificar se determinado fato delituoso é ou não da competência desta Justiça castrense, ou seja, identificar quando se configurará a competência da JMU orientada pela própria divisão dos órgãos jurisdicionais preceituada na Constituição Federal de 1988. Nesse caso, tem-se como suporte a disposição contida no art. 124 da citada Constituição Federal a validar a competência *ratione materiae* da Justiça Militar da União, conforme os crimes militares descritos no art. 9º, incisos I, II e III, do CPM.

10. Nesse aspecto, diante das recentes inovações legislativas, especula-se, no primeiro momento, sobre se, ao tempo do crime, houve ou não violação de um bem juridicamente tutelado pelo Direito Penal Militar, conforme os crimes definidos em lei, não se perquirindo ainda se a competência será do Juiz Federal da Justiça Militar ou do Conselho Especial de Justiça/Conselho Permanente de Justiça. Busca-se apenas conhecer a competência material desta Justiça castrense, sendo o delito praticado por militar ou por civil. Daí o motivo pelo qual não pode ser chancelada a assertiva que a competência do Conselho Especial de Justiça para processar e julgar crime cometido por militar deve ser firmada ao tempo do crime (*tempus regit factum*), não se permitindo qualquer hipótese de deslocamento interno da competência entre os órgãos judicantes pertencentes à JMU.

11. Nessa linha de raciocínio, cabe a formulação da seguinte indagação: Há possibilidade de deslocamento, **a qualquer tempo**, da competência do Conselho Especial de Justiça para o Juiz Federal da Justiça Militar, no caso de o crime ter sido praticado por militar da ativa e, no curso do processo, ocorrer seu respectivo licenciamento da Força Armada que lhe é correlata, passando à condição de civil?

12. A resposta evidentemente que deve ser positiva, porém não será absoluta como se verá mais adiante, se consideradas as disposições legais transcritas anteriormente, bem como a recente reinterpretação da Suprema Corte sobre a prorrogação de competência em se tratando da questão de "prerrogativa de foro" de parlamentar submetido a processo-crime, mesmo havendo alteração posterior daquela situação jurídica.

13. Nesse mote, é válido assegurar que, uma vez firmada a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar crime militar definido em lei ou crime previsto na legislação penal comum (crime militar por extensão – Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017), não há dúvida de que a competência será do Conselho Especial de Justiça, quando se tratar de crime militar praticado por oficial, salvo quando este for acusado juntamente como civil no mesmo processo, invocando-se aqui a inteligência do art. 9º, inciso II, alíneas "a" a "e", do CPM, c/c o art. 27, inciso II, da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Segundo o recorrente, essa competência do Conselho se perpetuará no tempo, não importando se o militar passará ou não à condição de civil, mediante licenciamento, pois a competência do Conselho julgador foi firmada ao tempo do crime.

14. Porém, ressaltando a característica do ordenamento jurídico como um sistema dinâmico, não se pode negar que o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar passaram por uma profunda alteração com a edição da Lei nº 13.491/2017 e da Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018, destacando-se as disposições desta última, a qual promoveu alterações significativas em relação à distribuição das competências entre os órgãos judicantes da 1ª Instância da JMU.

15. *In casu,* diferentemente de outros processos em cujo tema me debrucei, já havia sido finalizada a instrução do processo, quando o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar Dr. WENDELL PETRACHIM ARAUJO decidiu afastar a atuação do Conselho Especial de Justiça, por entender que se tratava de competência singular do juiz togado, ante o licenciamento do Acusado das fileiras das Forças Armadas (evento 1, documento 5, fl. 35, do Processo de origem). Nesse particular, não me parece acertada a dissolução do Conselho, por não ser mais possível o deslocamento da competência do citado colegiado para o juiz togado após o **encerramento da instrução criminal**.

16. Isso porque há um limite temporal para que o juiz togado possa levar a efeito o deslocamento interno da competência entre os órgãos judicantes da 1ª Instância da JMU, tendo como fato gerador o licenciamento do militar, que é **o encerramento da instrução criminal**.

17. Portanto, a partir da edição da Lei nº 13.774/2018 (*tempus regit actum*) e levando em consideração recente julgado do Pretório Excelso, ficou evidente que a definição do órgão julgador no âmbito da JMU será orientada pelo *status* do acusado e poderá ser deslocada até encerramento da instrução criminal.

18. Isso porque a Suprema Corte, ao debater sobre a possibilidade de prorrogação da competência para apreciar e julgar parlamentares que perderam essa condição, assentou o entendimento de que o encerramento da instrução criminal deveria ser o marco para tal fim, **privilegiando o princípio da identidade física do juiz**, ou seja, em virtude de o magistrado ter tido contato com as provas produzidas na Ação Penal. Refiro-me ao julgamento dos autos da Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, *in litteris:*

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.
>
> I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa
>
> 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, *b* e *c* da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.
>
> 2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.
>
> 3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

> 4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 2 (*sic*) suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.
>
> II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF
>
> 5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.
>
> III. Conclusão
>
> 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".
>
> 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.
>
> 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância. (AP 937 QO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265, divulgado em 10/12/2018 e publicado em 11/12/2018.)

19. Vale, ainda, transcrever os itens "48" e "49" do Voto do Relator, nos quais, com muita lucidez, o eminente Ministro Dr. Luís Roberto Barroso arremata, *in litteris:*

> 48. Além disso, o critério do fim da instrução processual, i.e., a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, parece ser adequado a esses objetivos por três razões. Primeiro, trata-se de um marco temporal objetivo, de fácil aferição, e que deixa pouca margem de manipulação para os investigados e réus e afasta a

> discricionariedade da decisão dos tribunais de declínio de competência. Segundo, a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência privilegia, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal. Por fim, esse critério já foi fixado pela Primeira Turma desta Casa na AP 606-QO, sob minha relatoria, ainda que apenas em relação à renúncia parlamentar abusiva.
>
> 49. Desse modo, esta Corte deve fixar que a partir do fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, prorroga-se a competência do juízo para julgar ações penais em todos os graus de jurisdição, sem que a investidura ou desinvestidura de cargo com foro privilegiado produza modificação de competência.

20. E nem se diga que essa regra só seria aplicável perante o STF. Segundo esse precedente do Pretório Excelso, o deslocamento de competência ou a sua prorrogação também se daria no âmbito da Primeira Instância, conforme já foi transcrito no item anterior, dando-se destaque ao seguinte item das razões de decidir do eminente Ministro Dr. Luís Roberto Barroso, *in litteris:*

> 43. Por isso, proponho que a partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, seja prorrogada a competência do juízo para julgar ações penais em todos os graus de jurisdição. Desse modo, mesmo que o agente público venha a ocupar outro cargo ou deixe o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo, isso não acarretará modificações de competência. Caso esse critério tivesse sido aplicado ao presente processo, por exemplo, o réu teria sido julgado pela 1ª instância e o processo não teria sido deslocado para o STF.

21. *Mutatis mutandis,* respeitando as especificidades desta Justiça castrense, é escorreito afirmar que, em sede de processos ordinários, não haverá deslocamento interno de competência do Conselho Especial de Justiça/Conselho Permanente de Justiça para o juiz togado ou vice-versa após a publicação do Despacho do magistrado que concedeu abertura de vistas para as partes apresentarem suas respectivas alegações escritas, de acordo com o art. 428 do CPPM. Em relação aos processos especiais, penso que valerá o Despacho que designar a audiência de interrogatório do réu, uma vez que o julgamento poderá ser realizado na mesma assentada.

22. Em outras palavras, admito o deslocamento de competência *interna corporis* entre o escabinato de primeiro grau e o juiz togado e vice-versa, porém ele não será a qualquer tempo, pois, segundo o precedente da Suprema Corte mencionado nestes autos, isso só seria possível até o fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações escritas pelas partes nos processos ordinários.

23. Além disso, foi a própria Suprema Corte que, no julgamento da AP nº 937, defendeu que "a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência **privilegia**, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal".

24. Devem ser observados, no novo julgamento, os limites da pena imposta em primeiro grau, uma vez que se trata de recurso exclusivo da Defesa, sob pena de se ferir o princípio do *non reformatio in pejus*.

Ante o exposto, considerando a tese por mim assentada no voto-vista proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 7000198-61.2019. 7.00.0000 e com suporte no precedente oriundo do egrégio Supremo Tribunal Federal (AP 937 QO), dou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Militar, para cassar a decisão monocrática de saneamento da Ação Penal Militar nº 0000081-52.2017.7.03.0203, uma vez que a competência Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM para processar e julgar o feito já tinha sido prorrogada com o encerramento da instrução criminal, inclusive com a apresentação das alegações escritas das partes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, nos termos do voto do Relator Ministro José Coêlho Ferreira, e considerando a tese assentada no voto-vista proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 7000198-61.2019. 7.00.0000, e com suporte no precedente oriundo do egrégio Supremo Tribunal Federal (AP 937 QO), em dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, para cassar a decisão monocrática de saneamento da Ação Penal Militar nº 0000081-52.2017.7.03.0203, uma vez que a competência Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM para processar e julgar o feito já tinha sido prorrogada com o encerramento da instrução criminal, inclusive com a apresentação das alegações escritas das partes.

Brasília, 6 de junho de 2019 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

Índice de Assunto

A

Abandono de posto

apelação, 157

Agravo interno

segunda deserção, 89

Apelação

competência da Justiça Militar da União, 105-106, 157

dano ao erário, 105

desacato a militar, 194

estelionato, 188

fraude

licitação, 105

pensão militar, 223

homicídio doloso, 246

saque indevido em conta bancária, 223

Aperfeiçoamento profissional

aluno de graduação em Direito, 48

Justiça Militar da União

magistrado, 45-46

servidor, 47

pessoal militar, 47-48

Avaliação fenotípica

mandado de segurança, 429

C

Comitê Gestor do Teletrabalho na JMU (COGEST), 35

Compliance

Direito internacional humanitário, 51

Conta bancária

saque indevido

apelação, 223

Concurso público

mandado de segurança, 428

Confederação do Equador

condenação

mandado de segurança, 395-396

Crime militar

estelionato

apelação, 188

homicídio doloso

apelação, 246

uso de documento falso

recurso em sentido estrito, 441

Constrangimento ilegal

habeas corpus, 307

D

Dano ao erário

apelação, 105

Desacato a militar

apelação, 194

Deserção

agravo interno, 89

habeas corpus, 287

recurso em sentido estrito, 453

Direito internacional humanitário, 52-69

Brasil, 64-69

compliance, 53, 61-62

Convenção de Genebra, 53-64

normas protetivas

Brasil, 64-67

fiscalização, 58-61

prisioneiro de guerra, 57

Organização das Nações Unidas (ONU), 63-64

E

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM)

ações de aperfeiçoamento profissional, 39-49

Forças Armadas, 47-48

magistrados, 45-46

servidores, 47

criação, 42-45

objetivos, 39-41

Estado

responsabilidade

Direito internacional humanitário, 51-70

F

Forças Armadas

aperfeiçoamento profissional, 47-48

H

Habeas Corpus

constrangimento ilegal, 307

deserção, 287

violência contra militar em serviço, 370

J

Justiça Militar da União

competência

apelação, 105-106, 157

recurso em sentido estrito, 495

concurso público

mandado de segurança, 428

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM), 39-49

teletrabalho, 33-36

L

Licitação

fraude

apelação, 105

M

Magistrado

aperfeiçoamento profissional, 45-46

Mandado de segurança

avaliação fenotípica, 429

concurso público, 428

processo de restauração de autos, 395-396

Médico

teletrabalho, 21, 29, 32, 35-36

Militar

pensão por morte

fraude, 223

violência contra, 370

Missão de paz

definição, 73-75

Forças Armadas, 76-78

Haiti, 78-79

N

Nações Unidas

Conselho de Segurança das, 75-78

Direito internacional humanitário, 63-64

missão de paz, 71, 75

negociação diplomática, 74

O

Operação de paz das Nações Unidas ver **Nações Unidas,** missão de paz

Organização das Nações Unidas (ONU) ver **Nações Unidas**

P

Pensão miliar

fraude

apelação, 223

Prejuízo ao erário ver **Dano ao erário**

Processo de restauração de autos

mandado de segurança, 395

R

Responsabilidade do Estado

Direito internacional humanitário, 51-70

Recurso em sentido estrito

deserção, 453

Justiça Militar da União, 495

uso de documento falso, 441

S

Sistema Eletrônico de Informações (SEI), 27

T

Teletrabalho

aspectos jurídicos, 25-29

comitê gestor, 35

definição, 22-23

normalização, 25-26

Justiça Militar da União, 33-36

pessoas com necessidades especiais, 23-24

Poder Judiciário, 29-33

objetivos, 30

vantagens e desvantagens, 23-25

V

Vantagem ilícita

apelação, 223-224

Violência contra militar em serviço

habeas corpus, 370

Impressão e acabamento:
Gráfica do STM

Formato: 17 x 26 cm
Papel do miolo: Sulfite 75g/m²
Papel da capa: Offset 120 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT
Número de páginas: 516
Acabamento: Capa dura laminada