ISSN 2448-3281

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 29
Número 2
Janeiro/2020 a Junho/2020

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 29
Número 2
Jan./2020 a Jun./2020

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

Ficha catalográfica
Nathália Gomes Costa Melo (CRB1-2560)

Índice remissivo
Cosme Fernando Ramalho Sotelino de Moura (CRB1-2458)

Ficha catalográfica

Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 29, n. 2 (jan./jun. 2020). – Brasília, DF : Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2020-.
v.

Semestral.
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 – 2020 (JANEIRO A JUNHO)

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos (*Presidente*)

Ministro Dr. José Barroso Filho (*Vice-Presidente / Corregedor da JMU*)

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

(*Aposentado em 29/5/2020*)

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

(*Aposentado em 14/2/2020*)

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

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

A JMU COMO PROTAGONISTA NA SUSTENTAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL 21
Gen Ex Marco Antônio de Farias

O MOMENTO ADEQUADO PARA A *EMENDATIO LIBELLI* E A PECULIARIDADE DO PROCESSO PENAL MILITAR 31
Dr. Ataliba Dias Ramos
João Batista Fontenele Neto

A INOVAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA INCIDÊNCIA AOS CRIMES MILITARES 51
Dr. Ronaldo João Roth
Vinicius Costa de Moraes
Lucas de Assunção Xavier Gomes

A NATUREZA CONTROVERSA DA CONDIÇÃO DE MILITAR NO PROCESSAMENTO DO CRIME DE DESERÇÃO DE PRAÇA SEM ESTABILIDADE 87
Cap Ex Cirelene Maria da Silva Rondon de Assis

ACERVO HISTÓRICO

Nota Introdutória 117
Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Maria Juvani Lima Borges

APELAÇÃO

Apelação nº 14.882/1946 – FEB – Francolise (Itália) 125
Relator – Dr. Cardoso de Castro

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO INTERNO

7000064-97.2020.7.00.0000 149
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

APELAÇÃO

7000011-19.2020.7.00.0000 159
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

7000515-59.2019.7.00.0000 177
Relator para o Acórdão – Dr. José Barroso Filho

7000758-03.2019.7.00.0000 282
Relator para o Acórdão – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

7000982-72.2018.7.00.0000 309
Relator para o Acórdão – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

7001106-21.2019.7.00.0000 340
Relator – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino

7001250-92.2019.7.00.0000 363
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

7001373-90.2019.7.00.0000 380
Relator para o Acórdão – Gen Ex Marco Antônio de Farias

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

7000186-47.2019.7.00.0000 429
Relatora para o Acórdão – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

7000519-96.2019.7.00.0000 479
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

HABEAS CORPUS

7001245-70.2019.7.00.0000 515
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

7001252-62.2019.7.00.0000 551
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

7001347-92.2019.7.00.0000 561
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira

ÍNDICE DE ASSUNTO 575

Apresentação

Com renovada satisfação, a Comissão de Jurisprudência apresenta aos operadores do Direito e, em especial, para os exegetas da Justiça Militar mais um exemplar de nossa Revista de Doutrina e Jurisprudência. Neste momento, apresentamos a edição do volume 29, número 2, que abrange os acórdãos julgados no período de janeiro a junho de 2020.

Além disso, é com imensa alegria que a nossa Comissão registra, nesta obra, a participação de Ministro, Magistrados e colaboradores da Justiça Militar da União consubstanciada nos artigos a seguir:

a) "A JMU como protagonista na sustentação da soberania nacional" (Ministro MARCO ANTÔNIO DE FARIAS);

b) "O momento adequado para a *emendatio libelli* e a peculiaridade do processo penal militar" (Juiz Federal Substituto da Justiça Militar ATALIBA DIAS RAMOS e Analista Judiciário JOÃO BATISTA FONTENELE NETO);

c) "A inovação do acordo de não persecução penal e sua incidência aos crimes militares" (Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo RONALDO JOÃO ROTH, Oficial formado pela Academia da Polícia Militar do Piauí VINICIUS COSTA DE MORAES e Oficial formado pela Academia da Polícia Militar do Piauí LUCAS DE ASSUNÇÃO XAVIER GOMES);

d) "A natureza controversa da condição de militar no processamento do crime de deserção de praça sem estabilidade" (Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro CIRELENE MARIA DA SILVA RONDON DE ASSIS).

Insta acrescentar que merece, mais uma vez, ser destacada a Seção "BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR", que tem a finalidade de divulgar lançamentos literários voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional do Conflito Armado (DICA) e para a qual concitamos a colaboração dos leitores no sentido de encaminharem sugestões de novos livros publicados, mediante o correio eletrônico jurisprudencia@stm.jus.br. Na mesma esteira, ressalta-se a importância da seção denominada "Acervo Histórico", que se propõe a difundir peças judiciárias da JMU notadamente relevantes para a historiografia nacional.

Por derradeiro, a Comissão de Jurisprudência informa e convida o leitor a acessar outros julgados do STM, que estão disponíveis no endereço eletrônico

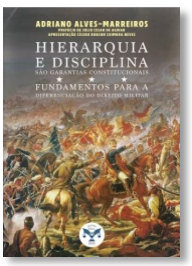
www.stm.jus.br, no *link* “Jurisprudência e Súmulas”. Nesse ensejo, aproveita e informa que os exemplares das publicações de 1992 a 2019 estão disponíveis no sítio do Tribunal, acessando-se, em “Serviços”, o item “Revista de Jurisprudência” e, em seguida, a aba “Edições”.

Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos
Ministro do Superior Tribunal Militar
Presidente da Comissão de Jurisprudência

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR

Lançamentos literários, publicados em 2020, voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)[1]:

OLIVEIRA, Artur Vidigal de. **Uma Década de Magistratura** – Reflexões de uma Trajetória na Justiça Militar da União. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

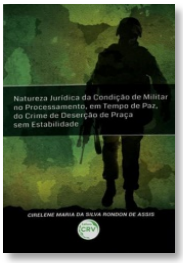


ALVES-MARREIROS, Adriano. **Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais:** Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar. 1. ed. Londrina, PR: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

ASSIS, Cirelene Maria da Silva Rondon de. **A projeção do poder de polícia das Forças Armadas nas áreas adjacentes aos aquartelamentos**. Curitiba: CRV, 2020.

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

ASSIS, Cirelene Maria da Silva Rondon de. **Natureza jurídica da condição de militar no processamento, em tempo de paz, do crime de deserção de praça sem estabilidade**. Curitiba: CRV, 2020.



CARVALHO, Alexandre Reis de; COSTA, Amauri da Fonseca. **Resumo de Direito Processual Penal Militar**. 1. ed. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

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.

A JMU COMO PROTAGONISTA NA SUSTENTAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL

MARCO ANTÔNIO DE FARIAS
General de Exército – Ministro do Superior Tribunal Militar

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa identificar como a prevenção geral e especial, advindas do exercício da competência da Justiça Militar da União (JMU), sustentam os Princípios basilares da Hierarquia e da Disciplina e, por consequência, os serviços prestados pelas Forças Armadas à sociedade. Neste sentido, a JMU revela-se, no contexto da Lei Máxima, como a tutora do meio de proteção mais eficaz de todos os brasileiros, proporcionando a necessária paz social que permite o avanço dos objetivos nacionais.

O mosaico público desenhado permite que a JMU, mediante o rigor e a eficácia de suas decisões, mantenha intactos os Princípios da Hierarquia e da Disciplina, os quais alicerçam e balizam as Forças Armadas – instituições nacionais permanentes e regulares – no trajeto constitucional do cumprimento de suas atribuições garantidoras do Estado Democrático de Direito. Somente dessa forma, a sociedade terá o ambiente favorável para tornar pleno o lema estampado na Bandeira Nacional: "ORDEM E PROGRESSO".

Por isso, a ruptura desavisada ou inconsequente da base principiológica da JMU comprometeria esse importante sustentáculo da soberania do Brasil. Se for despida de sua essência, a JMU sofrerá rachaduras que reverberarão nos pilares da Hierarquia e da Disciplina, com o potencial de desnaturar as Forças Armadas – meio mais eficaz de Defesa Nacional. Em decorrência, tal conjuntura provocaria graves abalos sociais, sendo capazes de obstar o quanto a nação brasileira tem a progredir ao encontro do seu promissor futuro.

Assim, pode-se perceber a propriedade da existência deste ramo especializado – a JMU – e, em face do seu contexto constitucional, a necessidade de haver ordenamento jurídico mais austero, para reger a condução dos processos e dos julgamentos dos crimes castrenses definidos em lei.

2 DESENVOLVIMENTO

No âmbito da JMU, verifica-se que, admitidas algumas exceções pontuais, a legislação e a jurisprudência mostram-se mais rígidas se comparadas à Justiça comum. E não é por acaso. A necessidade se pauta no interesse da Defesa Nacional. É preciso ter-se uma legislação menos leniente para tutelar os meios capazes de garantir a soberania, a lei e a ordem. As Forças Armadas são Instituições regulares e permanentes, belicamente equipadas e que necessitam da tutela jurídica contra os delitos militares praticados dentro, de dentro para fora e de fora para dentro dos seus muros.

Como prova histórica desse aspecto, pode-se citar, por exemplo, a Lei nº 9.099/95 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências –, na qual o seu art. 90-A afasta a sua aplicação no âmbito da JMU, bem como a significativa adequação do Princípio da Insignificância aos primados da esfera castrense, os quais diferem de outros ramos da Justiça. Logo, numa visão sistêmica, o legislador sabia o quê e o porquê estava propondo.

Outra comprovação reside na citação editalícia, especialmente prevista no art. 284 e seguintes do CPPM, sem a prevalência, imprópria, do art. 366 do CPP, nuance a reforçar a celeridade da JMU. A concepção da Legislação Castrense visou à estruturação da JMU para que atenda, com a máxima eficácia possível, a sua enorme incumbência constitucional. A velocidade na tramitação processual será sempre maior do que na Justiça comum. A dinâmica da carreira militar não comporta delongas protelatórias.

Nesse cenário, a citação editalícia contribui para a oportuna resposta célere da JMU. Para ilustrar, o agente que incendeia um carro privado sabe que o processo, na seara Comum, apenas terá seguimento com a sua citação pessoal. Por sua vez, para reforçar o vital interesse público envolvido, no caso de atentados contra a Administração Militar ou de delitos perpetrados contra o seu patrimônio material ou pessoal, no âmbito da JMU os autores seriam processados e julgados mediante citações editalícias. Exemplificando, no caso de incendiarem viaturas militares, as quais seriam usadas na retomada da ordem, nada adianta que se escondam da repressão Estatal: serão citados por edital. Registre-se que o aparato policial e os meios públicos devem estar concentrados nos esforços principais, e não para tentar, muitas vezes infrutiferamente, a citação pessoal de réus que fogem da Justiça.

Em tal contexto menciona-se, ainda, o art. 28 da Lei nº 11.343/06 (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências) e o art. 290 do CPM. No primeiro, há tolerância para com o usuário de drogas, enquanto que, no segundo, a posse de entorpecente em área sob a Administração militar, independentemente da quantidade, assume dimensão penal mais grave e condenável.

A JMU foi concebida para tutelar os serviços que as Forças Armadas prestam à sociedade e à proteção do seu patrimônio. Braço armado, elas detêm o monopólio da violência estatal e são as garantidoras da liberdade e da soberania nacional. Deve-se perceber, então, o motivo de a nação brasileira, consideradas as suas condições, ter optado por manter e investir nesta Justiça Especializada.

Tratando-se de um País gigantesco, rico em recursos hídricos e minerais e, ao mesmo tempo, com desafios imensos na área socioeconômica, as Forças Armadas despontam como essenciais para o exitoso percurso em direção ao futuro. É enorme a cobiça internacional nas riquezas e nos recursos brasileiros. É preciso ter Forças Armadas preparadas e aptas à Defesa Nacional. A segurança jurídica ao seu preparo e emprego é parte integrante da sua aptidão.

Para isso, existe a JMU, pois qualquer ofensa à ultima ratio do Estado pode ser, paulatinamente, fatal para o patrimônio material e humano desta Nação.

Se a verdadeira identidade da JMU, calcada no texto Constitucional, for desfigurada, não haverá tempo, diante de eventual e grave crise, para se moldar, no espírito de militares e de civis, a mentalidade de coesão nacional, a qual resulta da união na manutenção da higidez material e moral das Forças Armadas com a máxima segurança de todos.

A JMU tem características essenciais, das quais duas se destacam: a celeridade, na qual se insere a existência de apenas duas Instâncias (CJM/STM), e a maior rigidez. Tais impositivos se justificam decorrentes de os homens e as mulheres integrantes das Armas serem escravos da grandeza de servir, sendo imprescindível que haja um sistema mais severo em prol da manutenção da Hierarquia e da Disciplina. E quanto aos civis, como eventuais agentes de crimes militares definidos em lei, tal rigor serve para que eles considerem e respeitem aqueles que lhes garantem paz social, soberania, ordem e progresso.

Nos países desenvolvidos, o patriotismo e a elevada educação da população formam as mentes de seus nacionais no sentido de valorizar e de

respeitar as funções constitucionais das Forças Armadas. Basta observar a reação dos civis em face da presença militar em países como os EUA. Quando as Forças Armadas passam, as pessoas colocam a mão no peito e abrem todas as vias de colaboração às suas operações.

No Brasil, ainda convivemos com reconhecido déficit de civismo. Supostas cicatrizes do passado são utilizadas para se criar a ideia de que há dissenso entre as Forças Armadas e a sociedade nacional, o que não é verídico.

Na verdade, as Forças Armadas existem em função da proteção aos civis, independentemente da corrente política ou filosófica que sigam, muito menos em função da etnia, do sexo, da religião ou de qualquer outro aspecto psicossocial de cada brasileiro. Forças Armadas são o povo em armas e não se concebe uma convivência desarmônica entre eles. As Forças Armadas estão dentro da Nação e a Nação está dentro das Forças Armadas.

Por isso tudo, a JMU mostra-se presente e mais dura para com os delitos que ela processa e julga, sejam os réus militares ou civis. É incontestável que os réus temem mais as suas penas, pois a JMU afere as reprimendas conforme a responsabilidade do agente.

Nesse contexto, não remam a favor do interesse público as tentativas de tornar a JMU mais leniente, aproximando-a da Comum. Até porque, se assim fosse, para haver duas Justiças iguais, melhor seria extinguir uma delas, pois não embasaria qualquer lógica de investimento público.

Quanto à dicotomia de pensamento de que civis e militares devem ser submetidos a Justiças diferentes, à vista de um mesmo delito tipificado como militar, não deve prosperar.

O Brasil tem aproximadamente 360.000 (trezentos e sessenta mil) militares e 210.000.000 (duzentos e dez milhões) de civis. Diante de um mesmo crime cometido por civil e por militar contra a Administração Castrense, não há como justificar normas mais rígidas (CPM) apenas para a irrisória parte populacional – os militares, retirando-se delas os civis. O objetivo da existência da JMU é o de, pedagogicamente, introjetar, nos civis e nos militares, o respeito e a preservação material e principiológica das Forças Armadas, educando-os para a sustentação dos fundamentos constitucionais que indicam a consideração afetiva que se deve ter para com elas.

Mediante breve pesquisa da jurisprudência do STM, pode-se inferir que as penas aplicadas aos militares refletem, proporcionalmente, o patamar de responsabilidade e de compromisso legal por eles assumido perante a Bandeira do Brasil. Assim, se consideradas as mesmas circunstâncias fáticas, as reprimendas estabelecidas para os integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são normalmente mais elevadas em relação àquelas impostas aos civis.

Entretanto, a par dessas ponderações, todos os agentes, civis ou militares, devem ser submetidos ao mesmo Diploma Legal – CPM –, o qual está organizado para tornar eficaz e pedagógica a prevenção (geral e especial) mais eficiente possível, sempre focada no impositivo escopo constitucional de tutelar a ultima ratio do Estado.

Nessa senda, não há qualquer senso de lógica, de isonomia e de proporcionalidade estratégica em se aplicar aos crimes militares a Lei nº 9.099/95. Ela foi concebida para amenizar a punição de crimes comuns e não de crimes militares. E, pior ainda, aplicá-la para ambos, civis e militares, retirando a rigidez das decisões que caracterizam o sentido estrutural da JMU.

A Lei nº 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, não preenche os requisitos de tutela das Forças Armadas. Toda a população, militares e civis, deve compreender que eventuais ataques ao bem jurídico "Forças Armadas" jamais será considerado um crime de menor potencial ofensivo. Haverá, para isto, uma Justiça Especializada que julgará o ilícito dentro de critérios mais rígidos e nada lenientes.

Essa óptica apenas terá sucesso se aplicada a todos, pois não visa apenas aos irrisórios 360.000 (trezentos e sessenta mil) militares, quantitativo que representa, aproximadamente, 0,17% da população brasileira, no contexto de 99,83 % de civis. Quando em operações, os fardados precisarão decisivamente dos civis, os quais deverão estar, ao longo do tempo, empenhados em preservar o seu maior e melhor instrumento de segurança.

Mais uma vez, deve-se perceber que as Forças Armadas pertencem mais ao povo brasileiro do que aos próprios militares. Elas têm o sentido de sua existência calcada na Defesa da soberania e da liberdade, na proteção das casas dos civis, dos seus locais de trabalho, das escolas dos seus filhos, das vias de transporte, das grandes usinas, das reservas minerais e hídricas que farão o nosso País o maior de todos.

Se o objetivo é afrouxar as normas penais militares, seja para os civis ou para os integrantes das Forças Armadas, haverá a fragilização dos pilares estruturais que sustentam a existência do Poder Armado: a Disciplina e a Hierarquia. Será um passo insensato que empurrará as tropas para a desobediência, transmudando-as em milícias, como se vê em algumas partes do mundo. O tratamento jurídico leniente repercute, em seu bojo, na desobrigação para com os austeros ritos de procedimento castrense.

Alguém admitiria que a autoridade dos seguranças do seu condomínio residencial fosse, paulatinamente, denegrida, seja por um civil ou por um militar, esvaziando sua possibilidade de intervir na defesa do patrimônio dos condôminos? Por que, então, quando se trata da JMU e das Forças Armadas, essas ideias não são preservadas, referendando-se os serviços prestados por elas à sociedade brasileira?

Senhores, é lamentável reconhecer que, mesmo nos segmentos mais intelectualizados do País, por vezes, os sentimentos patrióticos não foram desenvolvidos com o devido vigor.

Em consequência, corre-se o risco de ferir a derradeira ferramenta capaz de proteger o Estado e a sociedade contra a desordem e a infringência.

A JMU, por ser isenta, não mira o agente, se civil ou militar, mas sim resguarda a ultima ratio do Estado.

As Forças Armadas podem ter seus bens jurídicos, sob a égide da Constituição Federal, ofendidos tanto por militar quanto por civil, devendo ambos ser julgados nos termos das normas especiais – o CPM e o CPPM.

O ponto mais caro desse debate, e pouco destacado, centra-se na seara pedagógica do Direito Penal, em prol da segurança máxima da sociedade. A norma visa educar, mediante a eficácia da competência constitucional da JMU, os agentes, sejam civis ou militares, que ousarem o ataque à ferramenta mais forte de defesa de todos os nacionais.

Para ratificar a exemplificação anterior, enfatiza-se o entendimento de que os danos dolosamente causados, seja por civil ou por militar, a um carro privado não terá o mesmo tratamento se for desferido contra uma viatura do patrimônio castrense.

Sem qualquer conotação corporativista, as normas especiais em comento fazem pairar a advertência de que a eventual ofensa ao derradeiro e mais eficaz meio apto a manter perene o Estado Democrático de Direito jamais poderá ser considerado um ato de menor potencial ofensivo.

Esclareço aos distraídos que a aplicação da Legislação Penal Militar não tem qualquer pecha de desumana. A Lei e os seus aplicadores, à luz dos direitos humanos, jamais teriam por escopo o maltrato aos agentes infratores. Pelo contrário, o mote deste Sistema Penal ruma no sentido de que a visão de humanidade deve ser equilibrada, conforme a conduta delitiva dos autores e os direitos da sociedade à viabilização da Segurança Nacional.

Nesse prisma, a Lei Penal Militar deve ser mais rígida, pois foi concebida para evitar danos maiores às Instituições, as quais devem ser preservadas para a própria paz social e a defesa da soberania nacional. Crimes militares próprios ou impróprios, perpetrados por agentes militares ou civis, respectivamente, ofendem o Estado Democrático de Direito, vítima em 1º grau.

Dessa forma, é lícito concluir que nenhum tipo penal, previsto na Parte Especial do CPM, pode ser abrangido pela Lei nº 9.099/95, pois eles tutelam, na medida certa, os serviços que as Forças Armadas prestam à sociedade,

contorno a rejeitar os conceitos atinentes à classificação de menor potencial ofensivo. Nessa mesma rota, torna-se relevante que o art. 366 do CPP não incida nos processos submetidos à JMU, na qual imperam as regras atinentes à citação por edital – art. 284 e seguintes do CPPM.

Por esse vetor, se o direito maior da sociedade resta protegido pelo Sistema Penal Especial, inexiste qualquer ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CF/88.

Sendo o agente processado e julgado conforme demandam as normas legais e constitucionais, os interesses de segurança da sociedade, mediante a prevenção geral e especial imanentes à JMU, prevalecem e de nenhuma forma desprezam o referido cânone.

Nesta oportunidade, aduz-se breve comentário ao novo contexto legal que aumentou a competência penal da JMU. Com a promulgação da Lei n° 13.491/17 – Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar –, a tipicidade indireta prevista no art. 9º do CPM passou a atrair, além de sua Parte Especial, a do Código Penal comum e as demais Leis Extravagantes.

O Poder Legislativo, por essa inciativa, novamente reconheceu a importância da JMU em face do complexo cenário brasileiro, oferecendo-lhe novas ferramentas normativas, visando ampliar a competência da Justiça Especializada e, dessa forma, aperfeiçoar a tutela dos serviços prestados pelas Forças Armadas à sociedade brasileira.

A nova Lei ampliou a competência da JMU, a qual, além dos crimes militares previstos na Parte Especial do CPM, agora também tratará de outros previstos nas Leis Extravagantes. Todavia, esta complementação competencial não pode ser desvirtuada mediante a substituição de tipos penais, previstos no CPM, por outros da Legislação Extravagante, pois, na dúvida, o Princípio da Especialidade deve prevalecer. Do contrário, haverá grave ataque aos misteres constitucionais da JMU.

A clara intenção do legislador jamais vislumbrou a substituição do CPM por outras leis. O propósito é agregar complementos legais aos vazios materiais da JMU. Trouxe para a sua competência tipos penais que antes não eram submetidos aos seus exclusivos vetores, os quais, ao invés da óptica comum, agora serão guiados pelo Juízo Especializado, conhecedor das peculiaridades próprias do estamento militar.

Nesse quadro, deve-se perceber que caberá à Magistratura castrense, cumprindo com esmero o mister confiado pelo Poder Legislativo, a contextualização dos tipos penais previstos no CP comum e nas Leis Extravagantes aos primados regentes da JMU. Não se mostra concebível que haja, apenas, a importação dos casos, sem a devida passagem pela cortina de adaptação à robusta base principiológica à qual estarão submetidos.

Assim ocorre porque, se antes esses casos eram processados e julgados no âmbito comum, muitos, agora, estarão subsumidos ao art. 9º do CPM, por terem ofendido a mais cara ferramenta de defesa da sociedade, o que altera, no todo, a perspectiva do Princípio da Proporcionalidade.

Por maiores razões ainda, impõe-se à Magistratura Castrense manter incólume a forma especial como ruma a jurisprudência no tocante aos tipos penais previstos na Parte Especial do CPM, para o tempo de paz e de guerra.

No contexto da Lei nº 13.491/17, sobressai extremamente lógico, portanto, que o ordenamento impõe aos operadores do Direito Militar a remodelação, conforme as bases da JMU, dos tipos penais previstos no CP comum e nas Leis Extravagantes. E não o contrário, ou seja, o descalabro técnico de flexibilizar a Parte Especial do CPM aos desconexos comandos da seara comum, os quais, exatamente por serem estranhos à especialidade castrense, reforçam a impositiva perenidade da JMU..

3 CONCLUSÃO

A JMU existe para proteger a integridade da *ultima ratio* do Estado, punindo qualquer militar ou civil que afete as Forças Armadas, as quais não funcionam sem os seus valores e princípios base. Estas não pertencem aos militares, nem são regidas conforme os seus interesses privados. Pelo contrário, devem ter todas as condições para operar, justamente porque estão incumbidas de prover a segurança do País. Os seus integrantes, completamente submetidos ao interesse público, são ferramentas de defesa postas à disposição de todos os brasileiros, inclusive, se necessário, com o sacrifício de suas próprias vidas – art. 31 do Estatuto dos Militares.

Pensar diversamente retrata desconhecimento sobre as atividades castrenses e os reflexos benéficos que trazem para a sociedade. Reflete, ainda, opiniões pessoais para afastar os reais motivos de a CF/1988 ter tutelado, especialmente, as Forças Armadas, as quais, focadas na segurança de todos, principalmente na dos civis, não podem ser gradualmente desconsideradas.

Os integrantes das Forças Armadas, para bem cumprirem os seus encargos, os quais estão a serviço dos próprios civis, precisam da cooperação de todos os brasileiros. A Constituição Federal dispôs estrutura própria à JMU, justamente para respaldar as atividades das Forças Armadas, em prol do patrimônio material, humano e moral do País.

Ao prever a possibilidade de a JMU processar e julgar os civis, o legislador reforçou que eles integram o Sistema de Defesa Nacional, pois também, como os militares, devem respeitar e permitir que a *ultima ratio* do Estado cumpra o seu múnus constitucional, aspecto indispensável para o sucesso das operações, sempre focadas na paz social.

Os segmentos civil e militar, como resultantes da soberania do país, devem permanecer harmônicos, pois a sintonia de ambos influencia no desenrolar das atividades castrenses de grande vulto, em benefício da Defesa dos próprios interesses da sociedade em geral.

O sistema constitucional, declinado à JMU, não visou à categoria dos réus – civis ou militares – mas sim aos valores intrínsecos a serem mantidos para a segurança interna e externa do país.

Ninguém pode ferir o investimento social realizado nas Forças Armadas, em especial a sua credibilidade. Os civis e os militares são submetidos à JMU e ambos à Justiça Comum, logo a isonomia está garantida.

A JMU não se mostra corporativista, tampouco parcial no sentido de amainar a situação penal dos integrantes das Forças Armadas, senão em conformidade com as estritas provas dos autos.

Movidos por comparações descabidas e tomando como referência países que têm estruturas diametralmente dessemelhantes, por vezes sem o garantismo verificado no Brasil, muitos juristas, por iniquidade, embasam a incompetência da JMU para processar e julgar civis.

Os Juízes Federais da JMU, os membros do Ministério Público Militar da União e a Defensoria Pública da União atuam sob nítido respaldo constitucional, e tomam posse somente depois de acirrados concursos públicos.

Não se pode comparar a JMU com as de outros países, nos quais há Cortes Marciais, compostas apenas por militares na função de juízes do colegiado e, em sua maioria, pertencentes ao Poder Executivo. No Brasil, a JMU integra o Poder Judiciário, sendo possibilitada à Defesa a interposição de recursos em todas as instâncias, até mesmo o Extraordinário dirigido ao STF, sem diferenciar autores – militar ou civil – nesse devido processo legal constitucional.

Ademais, a composição do STM está em sintonia com os demais Tribunais – art. 123 da CF/1988.

Nesses termos, num viés democrático e garantista, a submissão de civis à JMU encontra total respaldo constitucional, porque integra o Poder Judiciário, sem nenhum contorno de corte marcial.

Por esse esquadro, o ordenamento penal e processual regente da JMU deve ser mais rígido e adequado, logo consentâneo à premência de suas decisões.

Para a eficácia do exercício da jurisdição da JMU e a otimização dos recursos públicos nela aplicados, os agentes políticos do Estado, universo que inclui os Poderes Constitucionais, devem aprofundar a compreensão do

imensurável valor envolto na questão abordada, a qual diz respeito às riquezas naturais, à proteção e à garantia da democracia, do desenvolvimento do patrimônio humano e material nacionais, enfim, à paz social, ao futuro e à soberania do Brasil, justificando a motivação de sua existência.

Dessa forma, fica bem caracterizada a JMU como protagonista na sustentação da soberania nacional.

Nota sobre o autor

Gen Ex Marco Antônio de Farias

É Oficial-General do Exército Brasileiro, do último posto da hierarquia militar, e Ministro do Superior Tribunal Militar desde março de 2016, contando com mais de 50 (cinquenta) anos de serviço. Ao ser nomeado Ministro, exercia a função de Comandante Logístico do Exército. Como Oficial-General foi Comandante da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), Diretor de Ensino Preparatório e Assistencial/Sistema Colégio Militar do Brasil, Comandante da 1ª Divisão de Exército e Guarnição da Vila Militar do Rio de Janeiro, Primeiro Subchefe do Estado-Maior do Exército e Vice-Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército. Possui os Cursos: de formação de Oficiais da AMAN, da Arma de Infantaria, concluído em 1974; de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército Francês e Brasileiro; de Comando e Estado-Maior do Exército e de Política e Alta Administração do Exército, ambos da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército; e, no Centro de Instrução Paraquedista General Penha Brasil, formou-se nos Cursos Básico Paraquedista, de Salto Livre e de Mestre de Salto. Ao longo da carreira foi agraciado com 34 (trinta e quatro) condecorações, assinalando-se a Medalha Marechal Hermes, bronze, com uma coroa; a Medalha de Corpo de Tropa com um capacete; a Medalha Mérito Aeroterrestre, bronze, com um paraquedas; a Medalha da Ordem do Mérito Naval e Aeronáutico, no Grau de Grande Oficial; e a Medalha da Ordem do Mérito Militar José Maria Córdova – Comendador/Colômbia. É membro da Academia de História Militar Terrestre do Brasil desde dezembro de 2012, onde ocupa a cadeira nº 5 “Marechal Tasso Fragoso”.

O MOMENTO ADEQUADO PARA A *EMENDATIO LIBELLI* E A PECULIARIDADE DO PROCESSO PENAL MILITAR

ATALIBA DIAS RAMOS
Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da União

JOÃO BATISTA FONTENELE NETO
Analista Judiciário da Justiça Militar da União

Sumário: 1 Introdução; 2 *Emendatio Libelli*: breve conceito e diferença entre o processo penal comum e militar; 3 Momento adequado para a *emendatio libelli;* 3.1 Regra: prolação da sentença; 3.2 Exceção: recebimento da denúncia; 4 A peculiaridade do CPPM: mais um caso de *emendatio libelli* por ocasião do recebimento da denúncia; 5 Considerações finais.

RESUMO: Trazemos reflexões sobre o instituto da *emendatio libelli,* abordando seu tratamento jurídico, tanto no processo penal comum quanto no militar. Examinam-se, com lastro na doutrina e na jurisprudência pátria, o conceito e o momento processual adequado para sua aplicação. Constata-se que a *emendatio libelli,* no âmbito castrense, possui uma importante peculiaridade procedimental que a diferencia do instituto correlato na seara comum: a necessidade de requerimento prévio pelo Ministério Público, em fase de alegações escritas, com a superveniente oitiva da Defesa. Tal circunstância, apesar de valorizar garantias constitucionais, como o sistema acusatório, o contraditório e a ampla defesa, pode também gerar um incômodo de ordem prática: a impossibilidade judicial de adotar, de ofício, medidas para corrigir o enquadramento jurídico do fato delituoso, quando restar patente o equívoco classificatório. A situação se mostra nociva, pois, em caso de inércia ministerial, ficaria o julgador vinculado ao tipo penal proposto na exordial acusatória, cabendo-lhe tão somente proferir decisão de absolvição, ainda que em contrariedade com as provas constantes dos autos, em nítida afronta ao princípio do livre convencimento motivado do magistrado e à eficiência processual. A fim de contornar tal celeuma, propõe-se uma solução procedimental que equilibre os princípios em jogo, possibilitando ao juízo a reversão de tal quadro, ao passo que respeita o espírito da legislação adjetiva castrense e a independência funcional do Ministério Público Militar.

PALAVRAS-CHAVES: Direito processual penal militar. *Emendatio libelli*. Art. 437, "a", do Código de Processo Penal Militar. Súmula 5 do Superior Tribunal Militar.

ENGLISH TITLE: THE APPROPRIATE TIME FOR EMENDATIO LIBELLI AND THE PECULIARITY OF THE MILITARY CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT: We bring reflections on the institute of emendatio libelli, addressing its legal treatment, both in the common criminal procedure and in the military. Based on doctrine and domestic jurisprudence, the concept and the appropriate procedural moment for the application of the institute are examined. It appears that the emendatio libelli, in the military scope, has an important procedural peculiarity that differentiates it from the related institute in the common area: the need for prior application by the Public Ministry, with the supervening hearing of the Defense. Such a circumstance, in spite of valuing constitutional guarantees, such as the accusatory system, the contradictory and the broad defense, can also generate a practical inconvenience: the judicial impossibility to adopt, ex officio, measures to correct the legal classification of the criminal fact, when the classificatory mistake remains patent. The situation is shown to be harmful, since, in case of ministerial inertia, the judge would be linked to the penal type proposed in the exordial accusation, being obliged to issue an acquittal decision, albeit contrary to the evidential elements contained in the records, which would mean a clear affront to the magistrate's free motivated conviction and procedural efficiency. In order to circumvent such a problem, a procedural solution is proposed to balance the principles at stake, enabling the judge to reverse this situation, while respects the spirit of the procedural military legislation and the functional independence of the Military Public Ministry.

KEYWORDS: Military criminal procedural law. Emendatio libelli. Art. 437, “a”, of the Military Criminal Procedure Code. Precedent 5 of the Superior Military Court.

1 INTRODUÇÃO

Quando do estudo da sentença penal, saltam aos olhos dois relevantes princípios que orientam os aplicadores do Direito, quais sejam: princípio da consubstanciação e princípio da correlação da sentença.

Pelo princípio da consubstanciação, o réu se defende dos fatos descritos na peça acusatória e não da capitulação do crime que lhe é imputado. Em outras palavras, cabe à Defesa focar nos fatos, pouco importando a classificação (capitulação) criminosa atribuída àqueles.

Por outro lado, o órgão julgador, ao sentenciar, deve se ater aos fatos descritos na inicial acusatória e discutidos no decorrer do processo penal. É o que reza o princípio da correlação da sentença, ou, como preferem alguns, princípio da congruência.

Desse modo, não pode o magistrado condenar o acusado por circunstância fática não trazida aos autos e sobre a qual a Defesa não teve oportunidade de se manifestar. Ainda que tal fato seja verdadeiro, o juiz não pode levá-lo em consideração, sob pena de odiosa violação à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Nessa toada, a inobservância ao princípio da congruência enseja a nulidade absoluta da sentença, porquanto haverá desrespeito a diversos preceitos constitucionais, convencionais e legais, dentre os quais se destacam os já aqui mencionados.

Destarte, os princípios da consubstanciação e da correlação da sentença ganham especial relevância, já que, a partir deles, tornam-se compreensíveis os institutos da *emendatio libelli* e *da mutatio libelli,* conforme será analisado a seguir. No entanto, considerando o escopo deste trabalho, apenas o primeiro instituto merecerá exame mais detido.

2 *EMENDATIO LIBELLI*: BREVE CONCEITO E DIFERENÇA ENTRE O PROCESSO PENAL COMUM E MILITAR

Ocorre a *emendatio libelli* quando o juiz entende mais adequado dar diversa classificação jurídica ("definição jurídica *diversa*") ao fato que lhe foi submetido à análise.

O Código de Processo Penal (CPP) trata do instituto no artigo 383, cujo *caput* apresenta a seguinte redação: "O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

Perceba que, na *emendatio libelli,* o fato delituoso, objeto da sentença penal, permanece o mesmo descrito na exordial acusatória. É mantida inalterada a base fática da imputação. Contudo, em razão de uma classificação mal formulada, caberá ao juiz, de ofício, corrigir a capitulação, subsumindo a conduta delituosa a tipo penal diverso daquele sugerido pelo órgão acusatório.

Outrossim, nada obsta que a nova classificação jurídica seja mais gravosa ao réu, conforme prevê o próprio art. 383 do CPP. Nesta senda, ilustra Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 776):

> Se o promotor descreveu, por exemplo, um furto com fraude (pena de dois anos a oito anos de reclusão), mas terminou classificando como estelionato (pena de um a cinco anos de reclusão), nada impede que o magistrado corrija essa classificação, condenando o réu por furto qualificado – convenientemente descrito na denúncia – embora tenha que aplicar pena mais grave.

É interessante observar que a *emendatio libelli* possui íntima conexão com o princípio da consubstanciação. Isso porque, se o acusado já se defendeu, durante o processo, dos fatos a ele atribuídos, não há falar em prejuízo à Defesa por ausência de observância ao contraditório e à ampla defesa. A capitulação dos fatos, portanto, assume posição secundária. Ademais, o instituto também se mostra compatível com o princípio da correlação da sentença, já que o magistrado não extrapolaria os limites fáticos trabalhados na instrução processual. É dizer, não haveria a condenação do acusado por fatos estranhos aos já discutidos nos autos.

E é, justamente, na questão da obediência às balizas fáticas, que reside a diferença entre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*. Nesta última, surge, no curso da instrução processual, prova de elementar ou circunstância não contida na peça acusatória. Ou seja, surgem novas nuances relacionadas aos fatos delituosos, até então desconhecidas pela acusação.

Nesse sentido, para que não haja prejuízo aos princípios da consubstanciação e da correlação da sentença, determina-se ao Ministério Público, com base no art. 384 do CPP, o aditamento da denúncia ou queixa-crime, para possibilitar ao réu plena manifestação sobre fato criminoso que lhe é imputado.

Cabe mencionar que, no Código de Processo Penal Militar, não há um artigo tratando expressamente da *mutatio libelli*, mas isso não significa que ela não tem aplicabilidade no processo criminal castrense. Aplica-se tal instituto com fundamento no artigo 384 do CPP c/c artigo 3º "a" do CPPM, senão vejamos:

> **Suprimento dos casos omissos**
>
> Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; (...).

Voltemos, no entanto, a tratar da *emendatio libelli* e foquemos, desta vez, na seara castrense, em especial no artigo 437, "a", do CPPM:

> Art. 437. O Conselho de Justiça poderá: a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la;

Desde logo, é possível identificar uma notória diferença de tratamento do instituto entre os diplomas adjetivos comum e militar. É que, neste, exige-se prévia manifestação do Ministério Público, na fase de alegações escritas (artigo 428 do CPPM), no sentido de reclassificar a conduta, ofertando à Defesa oportunidade para manifestação. Por outro lado, no CPP comum, a definição

jurídica diversa pode se dar de ofício, pelo órgão julgador, independentemente de oitiva prévia do acusado.

Acerca do tema, leciona Cícero Robson Coimbra Neves (2018, p. 855):

> Com efeito, não há exata correlação entre o art. 384 do CPP e a alínea *a* do art. 437 do CPPM, contudo, ao consignar a possibilidade de "dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia", o dispositivo muito se aproxima da *emendatio libelli*, já que o fato apreciado não sofreu alteração, mas apenas a definição jurídica. Não vemos, contudo, como haver puramente a sentença com essa nova definição, uma vez que a norma processual militar exige, em nome do princípio da correlação e da sequencial paridade de armas no contraditório, o acréscimo dos argumentos da acusação em alegações escritas seguido de manifestação da defesa.

Assim, quanto à *emendatio libelli,* percebe-se que o CPPM confere ao acusado mais garantias do que o CPP comum, conforme bem observado por Célio Lobão (2010, p. 470):

> Como se vê, antes da Constituição Federal de 1988, o CPPM já dispensava especial atenção à amplitude da defesa. O Conselho de Justiça não podia, como não pode, dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, se a nova definição não for formulada pelo MP em alegações escritas (art. 437, a, do CPPM) e concedida à defesa a oportunidade para respondê-la. Do texto da referida alínea a do art. 437, resulta que, sem a nova formulação do MP e a oportunidade de resposta da defesa, ao julgador era e continua sendo vedado proceder à desclassificação e aplicar, não só pena mais grave, mas também, pena de igual ou de menor gravidade.

Ocorre que, ao trecho escrito pelo ilustre Célio Lobão, cabe apontar uma breve ressalva. É que o Egrégio Superior Tribunal Militar consolidou entendimento no sentido de aceitar a *emendatio libelli* pronunciada de ofício pelo órgão julgador, ou seja, sem manifestação ministerial prévia, quando resulte em benefício para o acusado. Confira-se o teor da Súmula Nº 5 da Corte Castrense:

> A desclassificação de crime capitulado na denúncia pode ser operada pelo Tribunal ou pelos Conselhos de Justiça, mesmo sem manifestação neste sentido do Ministério Público Militar nas alegações finais, desde quando importe em beneficio para o réu e conste da matéria fática.

Vale asseverar que o enunciado sumulado vem sendo regularmente aplicado pelo Superior Tribunal Militar, como bem ilustra o recente julgado abaixo colacionado:

> EMENTA: APELAÇÃO. DPU. USO DE DOCUMENTO FALSO. DESCLASSIFICAÇÃO. *EMENDATIO LIBELLI IN MELLIUS*. POSSIBILIDADE.

> ELEMENTARES PRESENTES. BENEFÍCIO AO RÉU. MATERIALIDADE. DOLO. COMPROVAÇÃO. 1. No presente caso operou-se a *emendatio libelli in mellius*, não sendo necessária a formulação de pedido prévio do MPM para dar aos fatos nova definição jurídica. Inteligência do Art. 437 do CPPM e da Súmula nº 5 do STM. 2. Todas as elementares do crime de uso de documento falso constam na Denúncia, estando preenchidos, portanto, os critérios estabelecidos no art. 437 do CPPM e na Súmula nº 5 do STM. (...) 4. O benefício ao Acusado decorrente da desclassificação delitiva é evidente, uma vez que foi denunciado pela prática do crime de estelionato definido no art. 251, "*caput*", do CPM, que prevê uma pena de reclusão entre 2 (dois) e 7 (sete) anos, enquanto que o Conselho Permanente de Justiça o condenou à pena de 1 (um) ano de reclusão como incurso, por desclassificação, nos art. 315 c/c o art. 312 e com o art. 68, todos do CPM. (...) 6. Recurso desprovido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000841-53.2018.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 28/5/2019, Data de Publicação: 10/6/2019).

Conforme se vê, em caso de, nas palavras do precedente supra, *emendatio libelli in mellius,* isto é, em benefício do acusado, o E. STM faculta ao julgador realizar, no momento da sentença, a desclassificação delitiva sem manifestação do Ministério Público Militar e sem oitiva da Defesa. Destarte, nesse caso, o tratamento jurídico conferido ao instituto é o mesmo previsto no CPP comum, pois permite a atuação *ex officio* do juízo. Lado outro, em caso de *emendatio libelli in pejus,* há claramente uma restrição aos poderes do magistrado na justiça militar em comparação ao magistrado da justiça criminal comum.

3 MOMENTO ADEQUADO PARA A *EMENDATIO LIBELLI*

Compreendido o conceito do instituto jurídico em exame e as diferenças de aplicabilidade entre os processos penais comum e militar, passemos a tratar do momento processual devido para que o órgão judicial o coloque em prática.

3.1 Regra: prolação da sentença

Compreende a doutrina, majoritariamente, que a *emendatio libelli* apenas deve ser feita pelo juiz por ocasião da confecção da sentença. Primeiro, porque o dispositivo que trata do instituto no CPP (art. 383) está alocado no Título que trata da "sentença". Segundo, porque, conforme exaustivamente exposto, o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, pouco relevando a classificação fornecida pelo Ministério Público. Nessa senda, leciona Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 775):

> Portanto, neste artigo, o que o juiz pode fazer, na fase da sentença, é levar em consideração o fato narrado pela acusação na peça inicial

> (denúncia ou queixa), sem se preocupar com a definição jurídica dada, pois o réu se defendeu, ao longo da instrução, dos fatos a ele imputados e não da classificação feita.

Vale também conferir a lição de Edilson Mougenot Bonfim (2017, p. 748):

> Portanto, se o juiz prolatar sentença apenas corrigindo a definição jurídica, e não oferecendo uma nova, temos a figura aqui estudada. Exemplos: a desclassificação de crime de extorsão mediante sequestro para extorsão simples; a desclassificação do estelionato para apropriação indébita etc.

Destarte, domina o entendimento de que a *emendatio libelli* deve ser implementada no momento da sentença.

Seguindo essa corrente, compreendeu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

> Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar (...). (STF, HC 87.324/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento: 10/4/2007, DJ 18/5/2017).

Na seara castrense, fica ainda mais perceptível que o momento de aplicação da *emendatio libelli* é, em regra, a prolação da sentença, uma vez que a alínea "a" do art. 437 do CPPM determina que o requerimento de definição jurídica diversa deve ser formulado pelo *Parquet* em sede de alegações escritas (art. 428 do CPPM). E, como se sabe, após as alegações escritas, concluem-se os autos para o saneamento do feito (artigo 430 do CPPM) e, na sequência, para decisão do processo, seja de forma monocrática (pelo juiz federal da Justiça Militar ou juiz de direito do Juízo Militar) ou de forma colegiada (pelo Conselho de Justiça – Especial ou Permanente).

3.2 Exceção: recebimento da denúncia

Toda regra tem a sua exceção e, desse modo, cresce entre os estudiosos a tese de que, excepcionalmente, a *emendatio libelli* pode e deve ser realizada em momento anterior à sentença. Neste cenário, sustenta Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1660):

> Conquanto prevaleça o entendimento de que o momento adequado para a perfeita qualificação jurídico-penal é o da prolação da sentença, seja por meio da *emendatio libelli,* seja por força da *mutatio libelli,* parece-nos que, em determinadas situações, é perfeitamente possível que o magistrado, no ato do recebimento da exordial acusatória, faça a correção da classificação formulada pelo acusador, sobretudo para

> fins de análise quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória e/ou aplicação de medidas despenalizadoras, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, cuja proposta, evidentemente, deve ser formulada pelo titular da ação penal. Em tais situações, a nosso ver, não fica o juiz vinculado à classificação formulada pela autoridade policial em seu relatório, nem tampouco àquela constante da peça acusatória.

Com efeito, em certas ocasiões, para garantir ao acusado o legítimo gozo de prerrogativas constitucionais e legais, o juiz pode efetivar a adequação típica, já na fase de recebimento da denúncia, quando identifique, de plano, patente equívoco na capitulação proposta pelo órgão acusatório.

Por exemplo, imagine-se que, por escancarado excesso de acusação, seja o réu denunciado por tráfico de drogas, quando, em verdade, resta evidente que apenas portava drogas para consumo pessoal. Imagine-se, ainda, que este acusado estivesse cautelarmente custodiado. Levando-se em consideração que o tráfico de entorpecentes é insuscetível de liberdade provisória (art. 44 da Lei n. 11.343 de 2006), seria razoável que o magistrado determinasse o prosseguimento do feito com a classificação pelo tráfico de drogas, apenas pelo fato de não se admitir a *emendatio libelli* por ocasião do juízo de admissibilidade da exordial acusatória? Para Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2020, n.p.), a resposta é: não! Veja-se:

> Normalmente, a desclassificação pode ocorrer no curso do processo, para fins de modificação de competência, conforme se vê nas hipóteses do art. 74, § 2º e § 3º, CPP. Fora daí, a desclassificação vem no ato da sentença, quando recebe o nome de *emendatio libelli* (art. 383, CPP). No entanto, doutrina e jurisprudência já admitem a modificação imediata da capitulação, unicamente para fins de permitir a concessão de liberdade, na hipótese de haver previsão legislativa proibindo-a em relação ao tipo descrito na denúncia, tal como ocorre na Lei nº 11.343/06 (Tráfico ilícito de substância entorpecente), no que se refere à conduta atinente ao tráfico, propriamente dito (art. 33). (...) o que importa esclarecer é a possibilidade de se dar uma nova definição jurídica do fato, já à saída do processo, unicamente para bem e melhor dar proteção às garantias constitucionais individuais, dentre as quais avulta a liberdade de locomoção.

Ainda no âmbito doutrinário, Aury Lopes Junior (2020, p. 978-979) também advoga, fortemente, pela possibilidade de *emendatio libelli* no recebimento da denúncia:

> Numa dimensão patológica, é cada vez mais comum vermos nos fóruns acusações visivelmente abusivas, com a clara intenção de estigmatizar. Muitas vezes, fazem verdadeiras manobras de ilusionismo jurídico para, por exemplo, denunciar por homicídio doloso (dolo eventual),

> qualificado (recurso que impossibilitou a defesa da vítima?!), o condutor de um automóvel que dirigia em velocidade excessiva ou estava embriagado, por exemplo. É elementar que estamos diante de um crime grave, mas jamais – nem por mágica acusatória – podemos transformar um homicídio culposo (culpa grave, consciente até se quiserem) em doloso e qualificado! Esse absurdo serve para quê(m)? Para criar o rótulo de crime hediondo, com toda a carga que isso representa. Sem falar no que representa o deslocamento de competência para o Tribunal do Júri, com o imenso risco que representa e constitui essa forma de administração da (in)justiça. Em outras situações, para afastar do Juizado Especial e de seus institutos mais benéficos. Ou ainda, para desde logo criar a imagem, com todo significado psicanalítico que isso representa, em relação ao juiz. É o que ocorre, ainda, na acusação por tráfico quando é evidente que se trata de posse para consumo; receptação dolosa quando é claramente culposa; ou ainda tipos qualificados em situações em que a qualificadora inequivocamente não é aplicável. Portanto, ainda que não seja pacífico, sustentamos a possibilidade de aplicação do art. 383 no momento do recebimento da denúncia, com o natural contraditório em relação a essa nova classificação jurídica do fato, que já se dará na resposta à acusação. Inclusive, quanto mais cedo for aplicado o art. 383, melhor, adverte PRADO, pois só assim se garante a máxima eficácia do contraditório e da estrutura acusatória do sistema processual.

Nesse diapasão, cumpre lembrar que a 6ª Turma do STJ (HC 241.206/SP) já compreendeu ser possível ao magistrado, em qualquer fase do processo, por meio da *emendatio libelli,* realizar a correta readequação típica dos fatos narrados na denúncia, a fim de possibilitar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública, decorrentes da reclassificação do crime. Vejamos:

> PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. *EMENDATIO LIBELLI*. DIREITOS PROCESSUAIS OU MATERIAIS. TEMAS DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO POSSÍVEL EM QUALQUER FASE DO PROCESSO. FUNDAMENTAÇÃO COM EXAME DA CORRETA ADEQUAÇÃO TÍPICA. LEGALIDADE. ANULAÇÃO DA DECISÃO FAVORÁVEL À DEFESA SEM RECURSO ACUSATÓRIO. *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. Se a aplicação do direito aos fatos denunciados dá-se em regra pela sentença, mantendo ou não a tipificação indicada pela inicial acusatória - arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, o reconhecimento de incontroversos direitos processuais ou materiais, caracterizados como temas de ordem pública, pode dar-se em qualquer fase do processo, inclusive com fundamentação então necessária de correto enquadramento típico. 3. Nada impede possa o magistrado, mesmo antes da sentença condenatória, evitando a mora e os efeitos de indevida persecução criminal, reconhecer desde logo clara incompetência, prescrição, falta de

> justa causa, direitos de transação, *sursis* processual, ou temas outros de ordem pública, relevantes, certos e urgentes. 4. Válido é o reconhecimento do direito à transação penal, por fatos denunciados que compreende o magistrado claramente configurarem crime de pequeno potencial ofensivo. 5. Inválido o acórdão que em habeas corpus anula essa decisão de primeiro grau, explicitando o efeito de prosseguimento da persecução criminal pelo crime comum originalmente tipificado na denúncia, já que prejudica condição processual assegurada ao acusado em impugnação exclusiva da defesa. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida de ofício a ordem para tornar nulo o acórdão do habeas corpus no Tribunal local, restabelecendo a decisão de 1ª grau que determinou o prosseguimento da persecução criminal por crime de pequeno potencial ofensivo. (STJ, 6ª Turma, HC 241.206/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 11/11/2014, Dje 11/12/2014)

Noutro giro, na seara castrense, o tema ainda é pouco explorado.

Entretanto, há vozes, como a de José da Silva Loureiro Neto (2010, p. 151), sustentando que o Ministério Público Militar não precisa ficar engessado na literalidade do art. 437, "a", do CPPM, podendo, a qualquer tempo, requerer a redefinição jurídica adequada do fato delineado na inicial acusatória. Vejamos:

> Questão que merece comentário também é a hipótese, por outro lado, do Ministério Público aditar a denúncia para mudar a definição jurídica do crime. Pois bem, pergunta-se quando isso pode se dar? Estaria o Ministério Público limitado à fase das alegações escritas, ou não? Inicialmente, é de se dizer que o Ministério Público pode a qualquer momento mudar a definição jurídica do crime, cabendo à Defesa a garantia de poder contrariar aquela medida e oferecer prova para tanto (...). Acreditamos que a norma do art. 437 do Código de Processo Penal Militar não é limitadora à fase das alegações escritas, até porque referida regra vem prevista dentro das disposições do julgamento do escabinato (Seção VII do Título I do Livro II daquele *Code*x), mas o que o legislador quis dizer foi que em havendo alteração da definição jurídica por parte do Ministério Público (e isso pode ocorrer até na própria sessão de julgamento), deve ser garantida à Defesa a oportunidade de poder respondê-la. Dependendo da situação, o réu irá ser reinterrogado, ou mesmo o aditamento não acolhido.

Com base em todos os argumentos analisados, sentimos merecer respeito a tese que defende a aplicação excepcional da *emendatio libelli* na fase de recebimento de denúncia, principalmente, quando estamos diante de nítida ameaça aos direitos e garantias do acusado. Porém, como bem ressalva Renato Brasileiro de Lima (2020), tal situação deve ser aplicada somente quando não depender de dilação probatória, bastando, para tanto, a análise dos fatos na denúncia, *in status assertionis,* para verificar o erro na imputação.

4 A PECULIARIDADE DO CPPM: MAIS UM CASO DE *EMENDATIO LIBELLI* POR OCASIÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Já compreendemos que, por força do art. 437, "a", do CPPM, a *emendatio libelli,* no processo penal militar, em regra, depende de requerimento do *Parquet* Castrense em alegações escritas (art. 428 do CPPM). Pode o órgão julgador, todavia, operá-la, independentemente de requerimento prévio da acusação, caso a nova classificação seja mais benéfica ao acusado, nos exatos termos da Súmula 5 do STM.

Ademais, quanto ao momento da *emendatio libelli,* verificou-se que, em regra, este se dá por ocasião da sentença. Ressalvou-se, no entanto, a existência de forte posicionamento no sentido de, em alguns casos, ser admitida a redefinição jurídica do fato no recebimento da denúncia.

Feita essa breve retrospectiva, cumpre adentrar no ponto central do presente ensaio, com um questionamento: é possível ao magistrado da Justiça Militar, quando do recebimento da denúncia, dar definição jurídica diversa ao fato, operando nova capitulação que seja prejudicial ao acusado?

A princípio, diante da clareza das redações do art. 437, "a", do CPPM e da Súmula nº 5 do STM, responder-se-ia que isso não é possível, pois, mesmo diante da existência daqueles que defendem a possibilidade de *emendatio libelli* na fase de recebimento de denúncia, é certo que, no processo castrense, o instituto apenas pode ser aplicado de ofício quando resulte em benefício ao réu.

A nosso ver, contudo, a resposta a esse questionamento é um pouco mais complexa, merecendo ser construída com cautela.

Iniciemos relatando um caso concreto com o qual nos deparamos na prática, no âmbito da Auditoria da 10ª Circunscrição Judiciária Militar, na cidade de Fortaleza, Ceará.

No caso concreto, o indiciado foi denunciado como incurso no delito de falsidade ideológica (art. 312 do CPM), quando, pelos fatos, argumentos e elementos informativos contidos nos autos, restava evidente que a imputação, em verdade, se amoldava ao crime de falsificação de documento (art. 311 do CPM), cuja pena é mais gravosa.

Desse modo, percebemos o equívoco de capitulação, mas também lembramos que a situação nos deixava imobilizado, já que, a princípio, pela sistemática do CPPM o juiz não opera *emendatio libelli* no recebimento da denúncia e muito menos para piorar a situação do réu (readequando para crime mais grave).

Naquela ocasião, também não vislumbramos uma possibilidade de, no futuro, operar uma desclassificação para outro crime menos grave, caso o MPM insistisse na imputação de falsidade ideológica. É dizer: não havia um "soldado reserva" para, ao menos, viabilizar uma condenação criminal caso o réu fosse culpado.

Tal situação não nos afigurou razoável, razão pela qual tomamos uma medida – que mencionaremos mais à frente – e decidimos desenvolver o presente ensaio com reflexões que a partir de agora traremos ao leitor.

Pois bem.

Vale repetir que o processo castrense não prevê uma solução para a hipótese em que o juiz verifica, de antemão, que a tipificação penal constante da denúncia é equivocadamente benéfica ao acusado. Destarte, fica o magistrado "de mãos atadas", aguardando uma possível correção de capitulação por parte do MPM, promovendo a *emendatio libelli* na fase de alegações escritas (art. 428 do CPPM).

Nessa senda, caso não sobrevenha tal manifestação, ainda que a instrução probatória confirme os fatos sustentados pela acusação, restaria ao órgão decisório apenas absolver o acusado, em virtude da atipicidade penal. É o que expõe Célio Lobão (2010, p. 470):

> Não sendo formulada nova definição jurídica pelo MP nas alegações escritas, vedado ao julgador dar ao fato nova definição, com a justificativa de que a sanção imposta é idêntica. A solução é absolver o réu, "embora esteja o juiz convicto da sua culpabilidade".

Diante desse horizonte tenebroso, caso o Juízo permaneça inerte, corre-se o risco de produzir um processo inócuo, que não atende ao seu principal fim, qual seja, a adequada aplicação do Direito Material. Tratar-se-ia, na lição de Luiz Fux e Bruno Bodart (2019), de uma indesejada "demanda frívola", caracterizada por não acarretar verdadeiros benefícios a quem as ajuíza, mas apenas aborrecimento à parte contrária e mácula ao princípio da economicidade processual.

Haveria, ainda, dispêndio desnecessário de recursos materiais e humanos na construção desse processo improfícuo, em contraste com o Princípio da Eficiência da Administração Pública (art. 37, *caput,* da Constituição Federal), o qual possui como núcleo a "procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional". (CARVALHO FILHO, 2020, n.p.).

Acerca da aplicação do princípio da eficiência ao processo jurisdicional, é digna de nota a lição de Fredie Didier Jr. (2015, p.101):

> i) Esse princípio se relaciona com a *gestão do processo*. O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: *administrador de um determinado processo*. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se o serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público – submetido, pois, às normas gerais do serviço público. Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então, o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo. Essa é a *primeira premissa*: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado "estado de coisas": o processo eficiente. ii) A aplicação do princípio da eficiência ao processo é uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual. Muda-se a denominação, não apenas porque é assim que ela aparece nos textos da Constituição e do CPC, mas, sobretudo, por ser uma técnica retórica de reforço da relação entre esse princípio e a atuação do juiz como um administrador – ainda que administrador de um *determinado* processo. (grifos do autor).

Vê-se que o magistrado, agente público que é, deve observar o Princípio da Eficiência, pautando a condução do processo jurisdicional, com base na produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilização. Logo, deve o órgão judicial evitar o trâmite de um processo penal estéril, que movimenta inutilmente a máquina judiciária, não produzindo o resultado almejado pela sociedade.

Além disso, exigir do juiz postura complacente com um ostensivo equívoco acusatório representaria manifesta afronta ao princípio do livre convencimento motivado (art. 297 CPPM). A respeito da liberdade de convencimento judicial, quando da *emendatio libelli* no processo penal militar, pontifica Guilherme de Souza Nucci (2019, n.p.):

> Independência do juiz para julgar: do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuida-se da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de

> se produzir a acusação e, consequentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la.

Por todo o exposto, não nos parece razoável que o magistrado da Justiça Militar, ao analisar a denúncia, verifique imputação de crime menos grave do que o ideal e fique de braços cruzados, na esperança de um incerto posicionamento ministerial, requerendo a *emendatio libelli* na fase de alegações escritas (art. 428 do CPPM). O juiz seria, de fato, um "mero expectador do processo", ideia que nos parece inapropriada.

Ademais, exigir do magistrado da Justiça Militar uma postura condescendente e passiva, diante de uma tipificação penal inadequada, violaria o princípio da cooperação (art. 6º do Código de Processo Civil), aplicável na seara castrense em virtude do disposto no art. 3º, "e", do CPPM c/c art. 6º do CPC.

Com efeito, pelo citado princípio, todos os sujeitos do processo (incluindo a autoridade judiciária) devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Exige-se do magistrado, portanto, postura proativa, para que o resultado do processo seja o mais justo e condizente com a verdade possível de ser alcançada (já que dizem que a verdade real não existe).

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 15), analisando o princípio em pauta, assenta que é dever do magistrado zelar pela regularidade processual, "apontando às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo como genuíno mecanismo técnico de proteção ao direito material".

Enfim, diante de tudo o que foi expendido, passamos a responder ao questionamento realizado no início deste tópico: "é possível ao magistrado da Justiça Militar, quando do recebimento da denúncia, de ofício, dar definição jurídica diversa ao fato, operando nova capitulação que seja prejudicial ao acusado?"

Em nosso sentir, verificando, de plano, que a denúncia contém equívoco de capitulação típica, em que se imputa um crime menos gravoso ao acusado, poderá o magistrado da Justiça Militar, de ofício, proceder à *emendatio libelli,* com base nos princípios do livre convencimento motivado, da eficiência, da economicidade processual e da cooperação, sendo certo que essa é uma **hipótese peculiar do processo penal militar**, em razão do que preceitua o artigo 437, "a", do CPPM, que poderia deixar o órgão julgador sem aplicar a

justiça ao caso concreto em caso de inércia ministerial na fase de alegações escritas, conforme já explicado.

Com efeito, hodiernamente, à luz do pós-positivismo, vige o entendimento de que os princípios, ao lado das regras, possuem natureza de normas jurídicas, merecendo obediência e aplicação efetiva pelos operadores do Direito. É o que relata Marcelo Novelino (2014, n.p), para quem "característica marcante da doutrina pós-positivista é o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios e de sua importância como critério de decisão, sobretudo na solução de casos difíceis".

Outrossim, como argumento de reforço, cremos que, quanto antes o juiz operar a *emendatio libelli,* melhor poderá o réu exercer o pleno exercício da defesa. Sabe-se que o acusado combate os fatos que lhe são imputados e não, propriamente, a capitulação jurídica. No entanto, não se pode negar que a ciência prévia acerca da correta qualificação jurídica do delito pode orientar a Defesa a construir sua estratégia de forma mais eficaz. Compartilha desse mesmo entendimento, Aury Lopes Jr. (2020, p. 977). Vejamos:

> (...) o processo penal brasileiro não pode mais tolerar a aplicação acrítica do reducionismo contido nos axiomas *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*, pois o fato processual abrange a qualificação jurídica e o réu não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação atribuída pelo acusador. A garantia do contraditório, art. 5º, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento.

Logo, a *emendatio libelli* no processo penal militar*,* efetivada de ofício pelo magistrado, por ocasião do recebimento da denúncia, ainda que seja para recapitular o fato delituoso para tipo penal cuja pena seja mais gravosa, teria também o condão de auxiliar o defensor do réu a melhor arquitetar sua estratégia defensiva ao longo da instrução processual. Por esse prisma, portanto, a proposta defendida neste ensaio também enaltece os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Em conclusão, diante de tantos valores principiológicos em jogo e da peculiaridade do processo penal militar, exaustivamente relatada, nos afigura legítima a intervenção judicial ex *officio*, na fase de recebimento da exordial acusatória, para corrigir o enquadramento jurídico do fato, mesmo que a nova tipificação corresponda a delito cuja sanção penal seja mais gravosa.

Mas não é só.

Antes de operar a *emendatio libelli* imediatamente, parece-nos de bom alvitre que o magistrado da Justiça Militar conceda ao Ministério Público Militar

oportunidade para aditar a Denúncia, aplicando-se, analogicamente, o § 1º do art. 78 do CPPM, pelo qual, antes de rejeitar a exordial, o magistrado pode remeter os autos ao MPM, para que preencha os requisitos faltantes na peça acusatória. Tal iniciativa busca privilegiar o sistema acusatório (art. 129, I, da Lei Maior) e a independência funcional do membro ministerial (art. 127, § 1º, da CF).

E foi exatamente esta a medida adotada no caso concreto por nós vivenciado no âmbito da 10ª CJM: em despacho fundamentado, demonstramos que o caso se tratava, em verdade, de falsidade documental (art. 311 do CPM) e não de falsidade ideológica (art. 312 do CPM) e, invocando os princípios aqui já mencionados, determinamos, com esteio na aplicação analógica do § 1º do art. 78 do CPPM, vistas ao MPM para, no prazo de três dias, realizar o aditamento à denúncia e operar a readequação típica da conduta narrada.

Na sequência, sem apresentar nenhuma objeção, o ilustre membro ministerial (diferente do que oferecera a denúncia) concordou conosco e fez a mencionada adequação.

Todavia, caso o MPM assim não o fizesse, na qualidade de magistrado, com base em tudo aqui exposto, teríamos adotado a seguinte atitude: receberíamos tal exordial acusatória, operando a *emendatio libelli* de ofício.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, vê-se que o tratamento legal conferido à *emendatio libelli,* no processo penal militar, por força do artigo 437, "a", do CPPM, resulta em uma peculiaridade que a difere do instituto correlato no processo penal comum: necessidade de requerimento prévio pelo *Parquet das Armas* na fase de alegações escritas, com a oitiva da Defesa.

Se, por um lado, este tratamento jurídico é elogiável, por privilegiar o sistema acusatório, o contraditório e a ampla defesa; por outro, pode resultar em uma desconfortável situação: o que fazer o magistrado quando identifica, no momento da análise da denúncia, uma falha de subsunção típica, em que se imputa um crime menos gravoso daquele que, efetivamente, fora praticado pelo réu?

Em nosso sentir, não parece apropriado que o magistrado permaneça inerte, pois, mais à frente, na "marcha processual", não havendo a correta capitulação pelo MPM nas alegações escritas, o julgador vai se deparar inevitavelmente com o art. 437, "a", do CPPM, combinado com a Súmula 5 do STM, ficando compelido (caso não haja um crime menos grave para servir de

"soldado reserva") a absolver o acusado, mesmo que isso significasse contrariedade a todas as provas constantes dos autos.

Percebe-se, portanto, que a situação acarretaria um processo judicial inócuo, que não aplica corretamente o Direito Material e, pior, que não satisfaz o anseio social pela escorreita imputação de sanções penais àqueles que cometem delitos.

Ora, é o processo que deve servir ao Direito Material, e não o contrário (princípio da instrumentalização do processo). Assim, é inconcebível que, em virtude de filigranas processuais, o magistrado se veja impedido de exercer o seu livre convencimento motivado e aplicar adequadamente o Direito.

Não obstante, a situação acarretaria desnecessário dispêndio de recursos materiais e humanos da Justiça Militar, violando o princípio da eficiência da Administração Pública.

Nesse cenário, entendemos que o magistrado pode adotar postura proativa, à luz do princípio da cooperação, readequando o fato narrado ao tipo penal correspondente.

Em outras palavras, sustentamos caber ao magistrado da Justiça Militar, de ofício, no momento do recebimento da denúncia, operar a *emendatio libelli*, a exemplo do que ocorre, excepcionalmente, no processo penal comum, quando o instituto é utilizado para permitir ao acusado o usufruto de prerrogativas e liberdades processuais, como a liberdade provisória e/ou a aplicação de medidas despenalizadoras, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

E alertamos que estamos diante de uma hipótese **peculiar do processo penal militar**, em razão do que preceitua o artigo 437, "a", do CPPM, que pode impedir o órgão julgador de aplicar a justiça ao caso concreto, em caso de inércia ministerial na fase de alegações escritas.

Ademais, quanto antes for implementada a correção da subsunção típica do fato, melhor poderá a Defesa arquitetar sua estratégia defensiva. Assim, estariam sendo privilegiados, também, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por derradeiro, antes de operar a *emendatio libelli*, por ocasião do recebimento da denúncia, compreendemos ser de bom alvitre que o magistrado da Justiça Militar, em respeito ao sistema acusatório e à independência funcional do *Parquet das Armas*, possibilite o reparo do equívoco pelo próprio membro ministerial, concedendo-lhe prazo para realizar o aditamento da peça acusatória, pela aplicação analógica do artigo 78, § 1º, do CPPM.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad (...).* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 241.206*. Impetrante: Roberto Podval e Outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª Turma. Brasília, DF, 11 de novembro de 2014. Data da Publicação: 11 de dezembro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200900969&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação nº 70000841-53.2018.7.00.0000*. Apelante: Wilame Ferreira dos Santos. Apelado: Ministério Público Militar. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Brasília, DF, 28 de maio de 2019. Data da Publicação: 10 de junho de 2019. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=ementa&q=S%C3%BAmula+ADJ+5. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.324/SP*. Impetrante:. Impetrado: Paulo Sérgio Leite Fernandes. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma. Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Data da Publicação: 18 de maio de 2007. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20IMPOSSIBILIDADE%20DE%20MODIFICA%C3%87%C3%83O%20DA%20CAPITULA%C3%87%C3%83O%20NO%20RECEBIMENTO%20DA%20DEN%C3%9ANCIA.%20&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 16 out. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense: 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal:* volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Processo penal militar*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOUGENOT, Edilson. *Código de processo penal anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Não paginado.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Não paginado.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Não paginado.

Nota sobre os autores

Dr. Ataliba Dias Ramos

Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da União. Pós-Graduado em Aplicações Complementares às Ciências Militares. Pós-Graduado em Direito Público.

João Batista Fontenele Neto

Analista Judiciário da Justiça Militar da União. Pós-Graduado em Direito e Processo Constitucional.

A INOVAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA INCIDÊNCIA AOS CRIMES MILITARES

RONALDO JOÃO ROTH
Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo

VINICIUS COSTA DE MORAES
Oficial da Polícia Militar do Piauí

LUCAS DE ASSUNÇÃO XAVIER GOMES
Oficial da Polícia Militar do Piauí

SUMÁRIO: 1 Influências remotas da existência do Acordo de Não Persecução Penal; 2 O Acordo de Não Persecução Penal em face das Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior do Ministério Público Militar; 3 Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que inseriu o Art. 28-A do Código de Processo Penal; 4 Da disciplina jurídica distinta do militar em relação ao servidor militar e ao civil; 5 Do hibridismo incompatível das normas. 6 Do não cabimento da analogia no ANPP; 7 Da Conclusão.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade uma breve reflexão sobre a possibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP na justiça militar, considerando as peculiaridades atinentes ao direito castrense, em especial a proteção e atenção aos princípios basilares do direito militar (hierarquia e disciplina), tendo como premissa que o Direito Processual Penal Militar atual é visto como instrumento de Política Criminal para se alcançar os objetivos do Direito Penal Castrense Brasileiro. Antes disso, é imprescindível que se faça uma consideração sobre a origem do supracitado acordo, ou seja, mecanismo utilizado no âmbito do Processo Penal tendente à obtenção de sua maior eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal. Direito Militar. Aplicação.

ABSTRACT: The purpose of this article is a brief reflection on the possibility of application of the Non-Criminal Prosecution Agreement – NCPA in military justice, considering the peculiarities pertaining to Castro Law, in particular the protection and attention to the basic principles of military law (hierarchy and discipline), with the premise that the current Criminal Procedural Law is seen as an instrument of Criminal Policy to achieve the objectives of Brazilian Criminal Law. Before that, it is essential to make a consideration about the origin of the aforementioned agreement, that is, a

mechanism used in the scope of the Criminal Procedure aimed at achieving its greatest effectiveness.

KEYWORDS: Non-Criminal Prosecution Agreement. Military Law. Application.

1 INFLUÊNCIAS REMOTAS DA EXISTÊNCIA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

No Brasil, o Acordo de Não Persecução Penal, primeiramente, teve como adoção o ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 181/17, complementado pela Resolução 183/18. Com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, – denominada Pacote anticrime – ganhou o ordenamento jurídico mais um instrumento de justiça negociada (art. 28-A do Código de Processo Penal) ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95).

Igualmente no ambiente de justiça negociada, a colaboração premiada regulamentada pela nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13) é outro instrumento importante no combate ao crime, pois, por meio do colaborador, legalmente, são alcançados outros infratores delatados.

O Acordo de Não Persecução Penal, ao que parece, teve como inspiração o instituto do *plea bargaining*, existente no sistema norte americano – Common Law – em que suas práticas são desenvolvidas de forma consuetudinárias, tendo nascido em meados do século XIX, utilizado antes do julgamento, como instrumento de acordo processual. (CAMPOS, 2012)

O mecanismo *plea bargaining* consistiria em um processo de negociação através do qual o réu aceitaria confessar sua culpa em contrapartida de concessões e/ou benefícios por parte do Estado, podendo optar pela redução das acusações feitas contra o suposto réu ou reduzir o quantitativo da pena a ser decretada na sentença. (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2008)

No entanto, vale a advertência de Nucci (2020) de que o referido instituto possa ter sua constitucionalidade questionada por violar o devido processo legal, mas, por outro lado, o acordo visa evitar a ação penal, não se tratando de uma transação ao estilo americano, pois é necessário o cumprimento de condições e preenchimentos de determinados requisitos.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM FACE DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério

Público recomenda no seu artigo 13 que, nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o autor e a vítima, o objetivo seja de restauração do convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Por entender que a justiça consensual é criação advinda da Política Criminal, fundamentada na intervenção mínima do direito punitivo, proporcionando uma prevenção geral na utilização do sistema penal, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP editou, em 7 de agosto de 2017, a Resolução nº 181 de caráter geral. Essa resolução, registre-se, disciplinou a instauração e o procedimento investigatório criminal, mais conhecido como "PIC". Neste contexto, o CNMP adotou o Acordo de Não Persecução Penal.

No Brasil, o ANPP, criado pelo CNMP, constitui-se, inegavelmente, um negócio jurídico, em que o *Parquet* poderá deixar de oferecer a Ação Penal, quando preenchidas as seguintes condições para aplicação do Acordo de Não Persecução Penal: a) não ser hipótese de arquivamento; b) crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; c) crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, consideradas aplicáveis ao caso concreto, conforme as súmulas nº 243 do STJ e nº 723 do STF; d) confissão, perante o Ministério Público, pelo investigado da prática de crime, independente da negativa realizada no ato de interrogatório no curso do inquérito; e) por último, acordo seja satisfatório e suficiente, como mecanismo de prevenção da prática delitiva. Difere, no entanto, do instituto norte americano – *plea bargaining* – pois, enquanto aquele ocorre na fase extrajudicial, o segundo ocorre no bojo da ação penal.

Enfim, trata-se o ANPP, como diz Assis (2009), de um instituto de natureza eminentemente penal, que acarreta consequências significativas no *status libertatis* do cidadão, por meio da introdução de um mecanismo próprio do Direito Processual Penal negocial.

Ressalta-se que tais condições previstas na Resolução, por opção do legislador, que muito certamente nela se inspirou, foram alçadas a *status* de norma, através da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que inseriu o Art. 28-A do Código de Processo Penal para tratar do ANPP. Para melhor compreensão da matéria, faz-se necessário transcrever os dois diplomas normativos, dispostos da seguinte maneira:

Quadro 1: Comparativo da Resolução nº 181/2017 do CNMP e a Lei nº 13.964/2019.

Resolução nº 181/2017 do CNMP	Lei nº 13.964/2019
Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não	Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente

persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;	a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma dona forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. § 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;	§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. § 10. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 11. Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução. § 12. As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.	§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada à homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

§ 13. Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.	

Fonte: Elaborado a partir da Resolução do Conselho do Ministério Público e pela Lei nº 13.964/2019.

Antes da aprovação da Lei nº 13.964/2019, devido ao ANPP ser adotado por ato administrativo e não por lei, a Resolução nº 181/17, do CNMP, fora objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma de iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a ADI 5.793, e outra de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a ADI 5.790.

Nas ações propostas, argumentava-se, inicialmente e de forma sintetizada, que havia violação constitucional em razão da matéria trazida pelo art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, por ser de competência privativa de a União legislar sobre normas de direito e processo penal, já que, pelo ANPP, as medidas que são impostas ao réu, na qualidade de colaborador e confesso, seriam pertinentes ao Judiciário, pois muito se assemelham às obrigações (reparação do dano) impostas, por exemplo, pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Além da questão relativa à reserva legal para a matéria de processo penal, a doutrina apontava a inconstitucionalidade do ANPP – instituído por Resolução do CNMP – por criar nova modalidade de despenalização, afetando consideravelmente a competência da União. A despenalização é escolha que cabe ao legislador segundo critérios próprios e que levam em conta diversos aspectos históricos, sociais, culturais, dentre outros. Assim, a referida Resolução do CNMP, ao prever a despenalização para determinado rol de crimes, usurpou do Parlamento a função de iniciativa, debate, aprovação e promulgação de medida dessa natureza. Em síntese: não cabe ao CNMP escolher o que pode ou não ser despenalizado. O artigo 130-A da CF/88 delimita sua função, vedando, inclusive, a interferência na atividade-fim dos membros do Ministério Público. Diga-se que o próprio CNMP possui enunciados assegurando a independência funcional dos membros do MP, não podendo o colegiado desconstituir ou revisar atos por aqueles praticados.

Em relação aos crimes militares, a mencionada Resolução nº 181/17, por força da Resolução 183/18, assim estabeleceu o § 12 no art. 18:

> § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

Por outro lado existe, por parte do Conselho Superior do Ministério Público Militar (CSMPM), a Resolução nº 101, de 26 de setembro de 2018, – que restringe a aplicação do ANPP aos crimes militares intitulados pela norma, como "crime militar por equiparação" – a qual faz alusão expressa ao advento da Lei nº 13.491/17, assim redigida:

> Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público Militar poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, nos casos de crimes militares por equiparação, tal como assim considerados por força da Lei nº 13.491/2017, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente (...).

Esta Resolução nº 101/18 do CSPMPM acabou sendo alterada pela Resolução nº 108/19, excluindo o trecho referente aos novos crimes militares da Lei nº 13.491/17. Assim dispôs a nova redação do art. 18, *caput*:

> Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público Militar poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, ~~nos casos de crimes militares por equiparação, tal como assim considerados por força da Lei nº 13.491/2017~~, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (...).

Em análise minuciosa, Assis (2020) comenta a colisão entre o dispositivo original do art. 18 da Resolução nº 101/18 e a amplitude de aplicação do ANPP, disciplinado originariamente pela Resolução nº 181/17, do CNMP – em face do que dispôs o inciso IX do § 1º do art. 18 da primeira Resolução – não se admitirá a proposta quando o autor do delito for militar da ativa – levando à conclusão de que o instituto restringe-se apenas ao civil que pratica crime militar por equiparação, tal, como assim, considerado por força da Lei nº 13.491/2017. Todavia, pondera que o benefício direcionado ao civil que comete crime militar por extensão não tem sentido, vez que o civil nunca irá cometer crime militar por extensão ou equiparação, porque nunca terá sua conduta delituosa adequada a uma das alíneas do vetor de extensão, que é o inciso II do art. 9º do Código Penal Militar. E conclui Assis (2020):

> Como a referida resolução impede a aplicação do acordo de não persecução penal ao militar da ativa, fácil deduzir que a norma exarada pelo Conselho Superior do Ministério Público Militar não tem aplicação prática e nem lógica possível.
>
> Limitando a aplicação do acordo [melhor seria dizer impedindo], a Resolução 101/CSMPM se apresenta como indevidamente restritiva, já

> que o parâmetro a ser obedecido, ou seja, o § 12, do art. 18, da Resolução 181/CNMP afasta da possibilidade de acordo, apenas os crimes militares que afetem a disciplina e a hierarquia (...).

Aliás, vale registrar que Assis (2020, p. 4) utiliza a denominação de crimes militares por extensão, batizada por Ronaldo João Roth, à nova categoria de crimes militares instituída pela Lei nº 13.491/17 (ROTH, 2018; ROTH, 2017), *in verbis*:

> Portanto, temos que a melhor conceituação desta nova categoria de crimes militares é a que foi dada por Ronaldo Roth, ao conceituá-los de crimes militares por extensão, ou seja, os crimes existentes na legislação comum que, episodicamente, constituem-se crimes militares quando preencherem um dos requisitos do inc. II do art. 9º do CPM. Extensão de quê? Das situações previstas no art. 9º da lei penal castrense.

Desse modo, acredita-se que a conjugação das Resoluções do CNMP e do CSMPM melhor seria aproveitada apenas caso o benefício se direcionasse aos crimes militares cometidos por civis, como tem sido a tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), pelo princípio da isonomia, pois em relação aos militares existem óbices para aplicação desse novel instituto.

Pelas citadas resoluções dos Conselhos, tanto do CNMP quanto do CSMPM, não sendo caso de pedido de arquivamento, o *Parquet* poderá propor ao investigado a aplicação do ANPP quando a prática delitiva seja cominada com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, sem violência ou grave ameaça a pessoa, com a confissão formal do autor, diante de condições acordadas cumuladas ou alternadas, não se admitindo a utilização em face de militar da ativa e, principalmente, nos crimes que afetem a disciplina e hierarquia.

Assim, em relação ao crime militar, no ANPP devem ser excluídos "os delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina" (§ 12 do art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP), bem como os crimes propriamente militares definidos no "inciso I do art. 9º do CPM", quando "autor for militar seja da ativa", e de igual maneira não aplicáveis ao civil, "nos casos de coautoria, ou participação, de militar da ativa" (respectivamente, conforme os incisos VIII, IX e X do § 1º da Resolução 101/18 do CSMPM).

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, ficaram superadas as resistências e as limitações da aplicação do ANPP em relação aos crimes comuns, bem como aos argumentos disciplinados pelas Resoluções do CNMP e do CSMPM, sendo desafiador abordar o cabimento do instituto aos crimes militares, se só aos civis, se só aos militares inativos ou se também aos militares da ativa.

3 LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019, QUE INSERIU O ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Adentrando o âmbito da justiça castrense, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoou a Legislação Penal e Processual Penal, mais conhecida como "Lei Anticrime", promoveu diversas alterações no Código de Processo Penal Comum. Entretanto, no que tange ao Código de Processo Penal Militar, realizou apenas uma alteração, qual seja, o de estabelecer a garantia de nomeação de defensor para os militares investigados em inquéritos policiais militares, para apuração de fatos, no exercício da função quando ocorra uso de força letal – art. 16-A.

Diante dessa única premissa, resta claro que a intenção do legislador foi alterar o CPPM em um único ponto, ou seja, inseriu o artigo 16-A, que trata da garantia aos militares de ter um defensor nos casos do uso da força letal. Caso desejasse instituir o ANPP na Justiça Militar, o teria feito de forma expressa. De tal modo, não se vislumbra uma omissão, mas, sim, um silêncio intencional – o silêncio eloquente – e com a devida interpretação, pode-se extrair que o legislador não quis a aplicação do ANPP na Justiça Militar.

Por sua vez, e colidindo com o art. 28-A do CPP – criado pela Lei nº 13.964/19 "Pacote Anticrime" –, que instituiu o ANPP apenas aos crimes comuns – dispõe a Resolução nº 181/17 do CNMP, que é anterior à disciplina legislativa do instituto, limitar a aplicação daquele aos crimes militares desde que estes não afetem a hierarquia e disciplina da caserna.

Relevante ressaltar, nesse ensejo, que a disciplina legal do ANPP, pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19), silenciou sobre a aplicação do novel instituto aos crimes militares. Logo, a inércia legislativa permite o surgimento de duas correntes de pensamento, de plano: a) a primeira seria interpretar o silêncio como permissão da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal para todos os crimes; b) já a outra interpretação, contraposta, seria um indicativo por parte do legislador que seu silêncio tornaria incompatível o uso do acordo para os crimes militares. Entende-se mais adequado o acolhimento da segunda corrente de pensamento, tendo em vista que o silêncio proposital da Lei nº 13.964/19, em alterar apenas um artigo no CPPM (art. 16-A), e adotar o ANPP aos crimes comuns (art. 28-A), expressa a segurança de que esse instituto não se aplica aos crimes militares.

Em que pese o questionamento da concessão do ANPP na justiça castrense, fica inequívoco que o legislador intencionalmente proíbe benefícios, que são destinados ao civil, ao militar que comete crime militar, como fez, por exemplo, no art. 90-A da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, – Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Militar.

Com isso, institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo não podem ser aplicados no direito castrense. Além disso, a própria Resolução nº 181/17 do CNMP, no seu art. 18, § 12, de forma taxativa proibiu a aplicação para crimes que afetem a disciplina e hierarquia, em consonância com a Lei dos Juizados Especiais.

Os institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo são proibidos para crimes militares, de acordo com o art. 90-A da Lei nº 9.099/95, e tais regimes jurídicos são direcionados para os crimes de menor potencial ofensivo, então o que dirá um Acordo de Não Persecução Penal, disciplinados pelo art. 28-A do CPP, que tem entre os requisitos a aplicação nas condutas que são, em tese, práticas delitivas de crimes mais gravosos em comparação aos beneficiados pela Lei 9.099/95.

Há semelhança entre o Acordo de Não Persecução Penal e a Transação Penal, sendo que ambos são exceções ao Princípio da Obrigatoriedade da ação penal pública, e há diferença em relação à Suspenção Condicional do Processo por ser excepcional ao Princípio da Indisponibilidade da ação penal pública, e por ser oferecida após o recebimento da denúncia. Além do que, é importante não confundir o procedimento do Acordo de Não Persecução Penal com o *Sursis* Processual, sendo que esse é realizado no curso do processo, já aquele é pré-processual entre o órgão ministerial e o investigado, constituindo negócio jurídico celebrado entre as partes.

É sabido que possíveis benefícios em matéria processual são elaborados e efetivados através da aplicação de Políticas Criminais, sendo assim é inequívoco afirmar que o Código de Processo Penal Militar não foi contemplado por livre escolha do legislador, em relação às alterações do Código de Processo Penal Comum, mas no que intencionalmente quis, ou seja, apenas no acréscimo do art. 16-A.

Portanto, se em relação aos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 houve proibição expressa de aplicação à Justiça Militar, por parte do legislador (art. 90-A), por coerência lógica, não há espaço para sustentação de aplicação do ANPP aos crimes militares, vez que, quanto a estes, a Lei nº 13.964/19 os excluiu, propositadamente, ao silenciar qualquer alteração nesse sentido do CPPM, tudo corroborado com a alteração, exclusivamente, no CPP (art. 28-A).

Outro argumento desfavorável à aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no âmbito da Justiça Militar é o fato da violação à natureza Processual Penal, pois usurpa a competência atribuída aos Conselhos de Justiça, além de ferir os alicerces da hierarquia e disciplina afetos aos militares. Assis (2020, p.8-9) assim preceitua:

> Deve ser considerado que a chamada índole do processo penal militar está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e

> obrigações, que sendo inerente aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente. Fazem parte da índole do processo penal militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar (CPM, art. 13); a presidência do Conselho pelo oficial general ou oficial superior (LOJMU, art. 16, letras a e *b*); a prestação do compromisso legal pelos juízes militares (CPPM, art. 400) etc. No entanto, razoável supor que não ofendem a índole do processo penal militar o fato das partes poderem pedir esclarecimentos ao réu quando do interrogatório; nem mesmo a inversão da ordem para a oitiva do réu; nem a utilização do sistema de videoconferência; até mesmo a utilização de embargos de declaração das decisões de primeiro grau (embarguinhos). Obviamente não se pode pretender um transplante em bloco das alterações do diploma processual penal comum para o processo militar, sob pena de se inviabilizar este último. O processo penal militar insere-se dentro do chamado Direito Especial, e, a própria aplicação analógica da legislação comum é razoavelmente restrita.

Note-se que, no âmbito da Justiça Militar Estadual (JME), a Constituição Federal estabeleceu que o processo e julgamento dos crimes militares que não sejam da exclusiva competência do Juiz de Direito será realizado pelo Conselho de Justiça (art. 125, § 5º), o qual é formado pelo Juiz togado e mais quatro Juízes Militares temporários. Os crimes de conhecimento do Juiz de Direito são aqueles praticados contra vítima civil. Em virtude disso, solidificou-se na jurisprudência que crimes contra a administração militar, como, por exemplo, falsidade, concussão, corrupção passiva, prevaricação, condescendência criminosa, e outros, são crimes de competência do Colegiado[2]. Logo, para aqueles que postulam na possibilidade de aplicação do ANPP aos crimes militares, certamente tal prática feriria a índole do processo penal militar (art. 3º do CPPM), que é condição de aplicação subsidiária da legislação comum no caso de omissão no *Codex* Castrense.

Deste modo, é inequívoco que o ANPP fere a índole do Direito Processual Penal Militar, no que concerne principalmente à competência do Conselho de Justiça, tendo em vista que faz parte da essência castrense o

[2] Como são exemplos os julgados do **TJM/SP**: 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 6.751/13 – Rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira – J. 25.03.14; 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 6103/09 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 27.04.10; e do **TJM/MG**: Apelação Criminal nº 0000830-77.2016.9.13.0003 – Rel. Juiz Jadir Silva – J. 24.08.17.

julgamento dos crimes militares serem apreciados por um Colegiado formado por oficiais das forças armadas ou auxiliares, e o novel instituto jurídico retiraria essa possibilidade de apreciação pelo Colegiado castrense.

Pensando contrariamente ao que se defende nesse trabalho, houve o primeiro caso de aplicação do ANPP na Justiça Militar pela 13ª Promotoria de Justiça Criminal do Estado do Mato Grosso, a qual realizou o acordo com um militar da corporação estadual por ter sido indiciado pela prática delitiva de prevaricação. (GORETH, 2019)

Veja-se que, conforme explicitado anteriormente, as resoluções do CNMP e o CNMPM, pela perda da eficácia parcial diante dos termos da Lei nº 13.694/19, que criou o art. 28-A do CPP, não são suficientes para se sobrepor ao silêncio proposital do legislador sobre a não aplicação do ANPP aos crimes militares.

Desse modo, em que pese o posicionamento contrário de aplicação do ANPP aos crimes militares e da disciplina das Resoluções do CNMP e do CSMPM, a Lei nº 13.964/19, ao instituir o art. 28-A no CPP, não deixou espaço para interpretação do ANPP aos crimes militares, quando o militar seja o autor do crime, havendo, por outro lado, quando o autor do crime militar seja civil e possa ser beneficiado com aquele instituto.

Para aqueles que defendem a aplicação do ANPP aos crimes militares, além de argumentar sobre a omissão involuntária do legislador, ponderam que o acordo irá evitar possíveis impunidades do transgressor, tendo em vista que, ao cumprir as obrigações impostas no acordo, o réu não se beneficiará da prescrição, em razão do decurso de tempo do processo.

Enfatizando, ainda mais, a tese daqueles que defendem a aplicação do ANPP, pode-se utilizar dos pressupostos defendidos pelo Pronunciamento Final em Procedimentos de Estudos e Pesquisas do CNMP, que são: a) a celeridade na resolução de casos mais gravosos, evitando-se que os Tribunais Superiores tenham que discutir questões com natureza bagatela; b) a concessão de tempo razoável ao Ministério Público, como também ao Poder Judiciário para que processem e julguem os casos mais significativos e de grande relevância; c) a economia nos recursos públicos; d) e, por último, o desafogamento dos estabelecimentos prisionais, além de outros argumentos utilizados por Lima (2020).

Ocorre que esses argumentos nada dizem em relação à Justiça Militar que já é enxuta, devido a sua especialização nos crimes militares, e é altamente célere, sua principal característica, não possuindo estabelecimento penal com capacidade esgotada, nem se constituindo “estado de coisas inconstitucional” como já reconhecido o sistema penitenciário brasileiro pelo Supremo Tribunal

Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. É evidente que a criação do Acordo de Não Persecução Penal trouxe aumento considerável para as atribuições do Ministério Público, principalmente no âmbito administrativo e na Justiça Comum, diferentemente do que ocorre na Justiça Militar. Além do que, faz-se necessária mudança significativa na mentalidade dos seus membros, por ter na prática o hábito de acusar e oferecer denúncia.

Com relação à aplicação do ANPP na Justiça Castrense, ainda não existem entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), todavia o Superior Tribunal Militar (STM) num primeiro julgado já afastou a aplicação desse novo instituto na Apelação 7001106-21.2019.7.00.0000 – Rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino – J. 20/02/2020, assim ementado:

> APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CERTIFICADO DE REGISTRO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DEVOLUÇÃO AMPLA DA QUESTÃO LITIGIOSA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. NÃO ACOLHIMENTO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. UNANIMIDADE. O Princípio *tantum devolutum quantum appellatum* limita a atuação do Tribunal *ad quem*, condicionando-a à insurgência contida nas razões ou nas contrarrazões recursais. 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. Tendo sido o Acusado denunciado pela prática delituosa prevista no art. 312 do Código Penal Militar, consoante a dicção do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Estatuto Repressivo Castrense, c/c o artigo 30, inciso I-B, da Lei de Organização Judiciária Militar – LOJM, compete a esta Justiça Especializada o processamento e o julgamento do Réu, a ser levado a efeito pelo Juiz Federal da Justiça Militar. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. O alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob pena de violação ao Princípio da Especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense. Somente a falta de um regramento específico possibilita a aplicação subsidiária da legislação comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes

> mais benéficas de cada um deles. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. No delito de falsidade ideológica previsto no art. 312 do Código Penal Militar, o documento se apresenta perfeito em sua forma, porém seu conteúdo intelectual não é verdadeiro. O elemento subjetivo do tipo penal em comento é o dolo consistente na vontade livre e consciente de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade na conduta do Acusado, não merece acolhida a tese de reconhecimento do Princípio *in dubio pro reo*. Apelo defensivo não provido. Decisão por unanimidade.

Ressalte-se que o ANPP é uma espécie de benefício despenalizador equiparado aos criados pela Lei dos Juizados Especiais, inaplicável nos crimes militares próprios, que têm alicerces castrenses – a hierarquia e a disciplina –, como bem já reconheceu o próprio CNMP (Resolução 181/17, complementada pela Resolução 183/18, art. 18, § 12).

Em relação ao disciplinado pelo Conselho Superior do Ministério Público Militar, a Resolução nº 101, de 26 de setembro de 2018, art. 18, traz a possibilidade de aplicação do novel instituto aos crimes militares por extensão, ou seja, aqueles decorrentes da Lei nº 13.491/17. Entende-se que o benefício deve ficar restrito apenas aos civis, que respondem crimes militares no âmbito da Justiça Militar da União (JMU).

No que tange aos crimes impropriamente militares (aqueles que são previstos tanto no Código Penal Militar como no Código Penal Comum), tais como os crimes contra honra (calúnia, difamação e injúria), os crimes patrimoniais (furto, roubo, extorsão etc.) e outros, entende-se que, também, não são aplicáveis aos crimes militares, praticados pelo militar, tendo em vista institutos que guardam proximidade com o ANPP como a transação penal e a suspensão condicional do processo – vide a Lei nº 9.099/95, art. 90-A – serem proibidos pelo próprio legislador, sob pena de, paradoxalmente, admitirmos que crimes mais graves que os crimes de menor potencial ofensivo possam beneficiar o infrator sem a correspondente ação penal e julgamento pela Justiça Militar.

Assim, além dos argumentos indicados, é inegável que, se o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) não contemplou o novel instituto no Código Processual Penal Militar, caracterizando, assim, uma escolha e/ou omissão intencional, é de se reconhecer que o mesmo não é compatível com o ordenamento jurídico militar, assim como o fez o primeiro julgado, acima citado, do STM mencionado, que bem fundamentou a decisão:

> (...) O alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob pena de violação ao Princípio da Especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense. Somente a falta de um regramento específico possibilita a aplicação subsidiária da legislação

> comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles. Preliminar rejeitada. (...).

Analisando a matéria, Foureaux (2020) também reconhece que "a tendência é a não aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no âmbito da Justiça Militar", destinando-se o novel instituto aos civis que cometam crime militar no âmbito da Justiça Militar da União.

4 DA DISCIPLINA JURÍDICA DISTINTA DO MILITAR EM RELAÇÃO AO SERVIDOR MILITAR E AO CIVIL

Em nosso ordenamento jurídico, há uma tendência em se buscar a mesma disciplina legal destinada ao civil para benefício do militar, todavia tal prática esbarra em vários obstáculos jurídicos.

O primeiro deles consiste em não se olvidar o tratamento distinto pela Lei Maior aos militares, tornando esses profissionais numa categoria que não pode ter o mesmo tratamento que o civil. Assim, há as restrições eleitorais (art. 14, § 8º, da Constituição Federal), as proibições do militar de sindicalização e as greves (art. 142, § 3º, inc. IV, da Constituição Federal) enquanto na ativa, como também a não filiação a partido político (art. 142, § 3º, inc. V, Constituição Federal).

O segundo deles é que a Lei Maior estabelece que os militares sejam submetidos ao Código Penal Militar (CPM), quando praticam crime militar (art. 124 e 125, § 4º, Constituição Federal).

Assim, diante de um ordenamento jurídico militar, todo codificado, com um Código Penal Militar (CPM) e com um Código de Processo Penal Militar (CPPM), com disposições díspares em relação aos congêneres comuns, não se pode querer diminuir os espaços de disciplina distintos existentes nessa legislação especializada, sob pena de atecnia.

As diferenças, portanto, de tratamento em nosso ordenamento jurídico são evidentes para os militares e civis não somente em matéria constitucional, mas também em matéria penal.

Ademais, as diferenças entre militares e civis permeiam toda a história da civilização e desde a Grécia Antiga (MARTON, 2019), a Roma Antiga (SILVA, 2018), chegando até os dias atuais, marcadamente pelos Artigos de Guerra do Conde de Lippe (ROTH, 2003), dando origem ao nosso Código Penal Militar – daí a existência de um crime militar que é distinto de um crime comum, contemplado na Lei Maior (art. 124 e art. 125, § 4º, Constituição Federal), como sabido, justificando uma legislação especial ao militar. É por isso da existência de uma codificação penal militar distinta de uma codificação penal comum. Nessa linha, como se disse, diz mais alto a diretriz constitucional.

Nesse escorço, vale a lição de São Tomás de Aquino em sua Suma Teleológica (1265, p. 2037-2040), que já diferenciava a prudência do particular da prudência do militar, no TRATADO SOBRE PRUDÊNCIA e nas "Questões subjetivas da prudência" (Questão 50) que leciona:

> TRATADO SOBRE PRUDÊNCIA
>
> (...)
>
> Questão 50: Questões subjetivas da prudência.
>
> (...)
>
> Art. 4 - Se se deve considerar uma espécie de prudência de ordem militar.
>
> O quarto discute-se assim.
>
> – Parece que a prudência militar não constitui uma espécie particular de prudência.
>
> 1. – Pois, a prudência se divide da arte, por oposição, como diz Aristóteles: Ora, a prudência militar é uma arte relativa às coisas da guerra como está claro no Filósofo. Logo, a militar não constitui espécie particular de prudência.
>
> 2. Demais.
>
> – Assim como a atividade militar está subordinada à política, assim também muitas outras atividades, como a dos mercadores, dos artistas e semelhantes. Ora, a cada atividade própria dos cidadãos não se atribui uma espécie particular de prudência. Logo, também não à atividade militar.
>
> 3. Demais.
>
> – Nas coisas da guerra serve de muito a fortaleza militar. Logo, a prudência militar pertence antes à fortaleza, que à prudência.
>
> Mas, em contrário, a Escritura. A guerra pela boa ordem se maneja, e a salvação achar-se-á onde há muitos conselhos. Ora, aconselhar pertence à prudência. Logo, nas coisas da guerra há sobretudo necessidade de uma espécie particular de prudência, chamada militar.
>
> SOLUÇÃO.
>
> – O que fazemos por arte e pela razão há de ser conforme ao natural, instituído pela razão divina. Ora, a natureza tende para dois fins: primeiro, a ordenar cada ser, em si mesmo, à sua conservação; segundo, a resistir aos perigos extrínsecos que a ameaçam. E por isso, deu aos animais, não somente a potência concupiscível, que os leva ao que lhes é acomodado à conservação, mas também a irascível, pela qual resistem aos obstáculos. Por onde, na ordem racional é, não somente necessária uma prudência política, pela qual dispomos convenientemente o que

> pertence ao bem comum, mas também uma prudência militar, pela qual repelimos os ataques dos inimigos.
>
> DONDE A RESPOSTA À PRIMEIRA OBJEÇÃO.
>
> – Pode ser uma arte a atividade militar, consistente em determinadas regras de acordo com as quais se usam certas coisas exteriores, como, armas e cavalos; mas, enquanto ordenada ao bem comum, tem antes, a natureza de prudência.
>
> RESPOSTA À SEGUNDA.
>
> – A atividade militar se ordena à defesa do bem comum, na sua totalidade; ao passo que as demais atividades, de uma cidade, se ordenam a certas utilidades particulares.
>
> RESPOSTA À TERCEIRA.
>
> – A execução de um plano militar pertence à fortaleza; mas, a direção, sobretudo no atinente ao general do exército, pertence à prudência.

A lição de São Tomás de Aquino na "SUMA TEOLÓGICA" reuniu a filosofia, a teologia e a mística, isto é, o saber humano, a tradição cristã, a ética pessoal e social, a contemplação e união com Deus, tendo sempre como objetivo maior de se alcançar a realização plena do ser humano e da sociedade, em escritos que datam dos anos de 1265 a 1273, e nos permite extrair a diferenciação em seus estudos entre o militar e o particular (civil).

Não devemos olvidar que o militar é o único que presta um compromisso de "sacrificar sua própria vida, se necessário, para a defesa da pátria" (art. 27, inciso I, do Estatuto dos Militares)[3], compromisso esse que se repete no âmbito dos militares estaduais na legislação própria de cada Unidade da Federação, caracterizando o "Tributo de Sangue" (ROSA, 2011).

Nessa linha, vale a citação de Bierrenbach, (2011, p. 360-361):

> O fato é que os integrantes das instituições militares são os únicos seres humanos de quem a lei brasileira exige o sacrifício da própria vida. A nenhum funcionário público, na verdade, a nenhum cidadão, exceto os militares, lei alguma impõe tão radicais deveres que podem implicar a contingência de morrer ou de matar.
>
> (...) Entretanto, para os integrantes das Forças Armadas, para os marinheiros, soldados e aviadores, que prestam o juramento solene perante a Bandeira, e que, em determinados momentos e diante de condições extremas, são obrigados a matar e morrer, há outro valor mais

[3] Estatuto dos Militares (Lei Federal nº 6.880/80), que, em seu artigo 27, inciso I, estabelece: **"Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar: I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida (...)".**

> alto que a vida. Em nome desse valor, muitas vezes, impõe-se o sacrifício da vida. Esse valor é a Pátria, cuja soberania compete aos militares defender, como está na Constituição. E essa circunstância é absolutamente única, singular, especial, incontornável.

Assim, a disciplina própria e diferenciada, bem como a hierarquia rígida a que se submetem os militares, prevista em nossa Lei Maior (art. 42, *caput*, e art. 142, *caput*, da Constituição Federal), materializada na legislação militar, que é especial, daí a existência de um Direito Militar, que é um Direito Especial, não pode ser deixada a segundo plano, quando se discute o crime militar, seja ele de qual natureza for (próprio, impróprio ou por extensão), bem como quando se discute a persecução penal correspondente.

Aliás, cabe aqui a advertência de Rocha (2016, p. 23-26), para quem "há diferenças profundas que extremam civis e militares. Aqueles convivem dentro de relações de horizontalidade, estes integram organizações cujas bases são a hierarquia e a disciplina, ou seja, a verticalidade relacional e o primado do pronto cumprimento do dever".

E continua o jovem doutrinador ao lembrar as sempre oportunas palavras de Albuquerque (2001), Procurador da República, em alentado parecer ofertado nos autos de uma ação de habeas corpus, ao afirmar que:

> Princípios democráticos são muito bons onde há relações sociais de coordenação, mas não são em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles, filhos, soldados ou monges. [...] Da mesma forma que a vocação religiosa implica o sacrifício pessoal e do amor próprio – e poucos são os que a têm por temperamento – a militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores, sem o que vã será a hierarquia, e inócuo o espírito castrense. Seu um indivíduo não está vocacionado à carreira das armas, com o despojamento que ela exige, que procure seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre iniciativa constituem virtudes.

Lembra Rocha (2016) que mesmo na vida civil o acatamento à autoridade legalmente constituída é conduta exigível de todo cidadão; caso contrário, o Código Penal não puniria a desobediência.

Nos quartéis, o tratamento dado à disciplina é bem mais sério. A autoridade conferida ao superior hierárquico lhe permite mandar e ser obedecido. Simples assim.

De tal modo, juridicamente não se pode tratar igualmente o militar em relação ao civil, com base em lei destinada exclusivamente ao civil, e essa situação atende à diretriz prevista na Lei Maior, como verdadeiro princípio inafastável.

No decorrer da construção desse artigo, em meio à pandemia do Coronavírus (COVID-19) – durante a quarentena – enquanto a sociedade encontra-se recolhida nas residências (isolamento social), os militares continuam com suas atividades ininterruptas, na via pública, cumprindo exigências expedidas pelas corporações militares – através dos seus respectivos Centros de Referência e Assistência Integrada à Saúde (2020). Aliás, sempre protegendo a sociedade civil, e dispondo do hospital de Campanha por todo Brasil, de tal sorte que a esses profissionais do Estado, diferenciados, e cujo rigor da legislação existe, de maneira singular, denominam-se militares e que a própria Lei Maior dispensa-lhes tratamento diferenciado, daí não se poder apagar a diferença, concreta, das legislações comum e militar. Nisso tange o Acordo de Não Persecução Penal aqui examinado, o qual não é compatível com a índole da legislação castrense, devendo, pois, ser afastado como fez o próprio legislador não prevendo a sua incidência aos crimes militares.

Imagine-se que o militar – diante dos deveres de ofício que lhe são muitos – deixar de praticá-los, por sentimento ou interesse pessoal, cometendo o delito de prevaricação (art. 319 do CPM, que é igualmente previsto no art. 319 do CP) e, assim, diante da tese que é contrária a aplicação do instituto, vir a se beneficiar do Acordo de Não Persecução Penal, resultaria em um caos. E mais ainda, hipoteticamente, que o militar pratique o crime de desobediência (art. 301 do CPM, que corresponde ao art. 331 do CP); o de corrupção passiva (art. 308 do CPM, que corresponde ao art. 317 do CP); o de peculato (art. 303 do CPM, que corresponde ao art. 312 do CP); o de falsidade (art. 311 do CPM, que corresponde a art. 297 do CP); o de falsidade ideológica (art. 312 do CPM, que corresponde ao art. 299 do CP), dentre outros – todos os crimes impropriamente militares – e o infrator pela benesse legal do ANPP, destinada ao infrator civil (art. 28-A do CPP), não sofrer a devida ação penal militar (art. 29 do CPPM), terá certamente a subversão da disciplina militar e os descumprimentos dos preceitos castrenses.

Supondo mais uma situação em que o policial militar, de serviço na via pública, no seu dia a dia, tem o dever legal de enfrentar o perigo, e resolva, por motivos de sentimento pessoal (receio, medo, temor), não intervir em ocorrência policial, ou não prender o infrator armado, que acaba de praticar um crime (art. 302 do CPP), e caso essa conduta, em seguida, lhe permitir beneficiar-se do ANPP, livrando-se de uma punição penal militar devida, certamente, isso retiraria a eficiência da instituição militar estadual, deixando o cidadão civil desprotegido, e estimularia, como efeito dominó, a repetição da omissão, por todo o território do país, sob o discurso de que, preenchidos os requisitos da benesse voltada ao infrator civil (art. 28-A, CPP), num segundo momento o policial militar infrator se livrará de um processo-crime, por meio da ANPP. Não se tem dúvida de que causará desordem na segurança pública.

Aliás, Assis (2020, p.4) faz a seguinte comparação:

> (...) Assim, segundo o regramento em vigor, não é permitida proposta para crimes de pequena ofensividade, como desobediência (art. 301, CPM, pena: detenção até seis meses), em razão de tal delito estar previsto no Código Penal Militar, enquanto permite-se para aquele que dispensa licitação fora das hipóteses previstas em lei (art. 89, Lei nº 8.666/93, pena: detenção de 3 a 5 anos, e multa).

Como já fora dito, seja o crime militar, qualquer que for sua categoria (próprio, impróprio ou por extensão), há vedação dos benefícios da legislação comum, quando incompatíveis com a legislação militar, tal qual a transação penal e a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) e agora o ANPP, mecanismos esses despenalizadores.

Para aqueles que advogam a necessidade de um tratamento isonômico entre crimes militares impróprios e por extensão à disciplina existente para os crimes comuns, partem certamente de uma premissa falsa, pois, na realidade, os agentes a que se destinam as leis, comuns e militares, são diferentes. Enquanto para os civis há uma série de direitos e benefícios (como, por exemplo, a Lei nº 9.099/95), para o militar, a situação é completamente diferente, pois lhe cabe uma série de deveres, proibições e são submetidos a uma hierarquia e disciplina militares, contempladas pela Lei Maior.

Nessa linha, todo crime militar, inclusive os impropriamente militares, tem como pano de fundo a hierarquia e disciplina militares, que são os valores que mantêm a regularidade de funcionamento das instituições militares, daí o denominado bem jurídico composto. Aliás, Assis (2017, p. 60), citando o magistério de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, assim se manifesta:

> Com razão Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger aduzem que a hierarquia e disciplina foram elevadas a categoria de bem jurídico tutelado pela Carta Maior, e que, além destes pilares, outros bens da vida foram eleitos, tais como a preservação da integridade física, do patrimônio etc.
>
> E afirmam que qualquer que seja o bem jurídico evidentemente protegido pela norma, sempre haverá de forma direta e indireta, a tutela da regularidade das instituições militares.
>
> Com seu raciocínio, os dois autores paulistas chegam ao que denominam de bem jurídico composto como objeto de proteção do diploma penal castrense. É dizer, e.g., o tipo penal do art. 205, sob a rubrica "homicídio", tem como objetividade jurídica, em primeiro plano, a vida humana, porém não se afasta de uma tutela imediata da regularidade das instituições militares.

> O raciocínio está correto. Sendo as Forças Armadas e as Forças Auxiliares constitucionalmente responsáveis pela defesa da Pátria, da garantia dos poderes constitucionais, da garantia da lei e da ordem, e da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, não se pode tolerar – salvo a ocorrência de uma excludente devidamente comprovada – a ofensa a bens jurídicos partindo exatamente daquele que tem a missão constitucional de preservá-los. (...)

Como se vê, há sustentação doutrinária, com base nos renomados autores – Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger – por Assis (2020), no sentido de que até mesmo nos crimes impropriamente militares, sofrem estes, indiretamente, a influência da hierarquia e disciplina militares dos integrantes das instituições militares e que são determinantes para o seu regular funcionamento.

Em consequência, não há sustentação para o mesmo tratamento jurídico do crime militar impróprio e o crime comum, vez que aquele, embora também previsto na legislação comum, é previsto no Código Penal Militar, que tem um papel determinante na proteção dos bens jurídicos militares, em especial da hierarquia e disciplina militares, que são essenciais ao funcionamento das instituições militares.

Assim, a delimitação contida na Resolução nº 181/17 do CNMP (art. 18, § 12) de encampar para o benefício do ANPP para os crimes impropriamente militares, pois excluídos aqueles que afetem a hierarquia e a disciplina, evidencia colisão contra o bem jurídico composto que é adotado pelo Código Penal Militar, permitindo que seja essa discriminação afastada para não aplicação do mencionado benefício no âmbito dos crimes militares, sejam eles quais forem: próprios, impróprios ou por extensão.

5 DO HIBRIDISMO INCOMPATÍVEL DAS NORMAS

A expressão surgiu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e diante da mescla de normas da legislação penal e processual penal comum, tem a Suprema Corte inibido soluções decorrentes de tal prática, reconhecendo o caráter especializado da legislação castrense para, assim, não permitir esse abuso jurídico. Nesse giro, a lição de Romeiro (1994, p. 4):

> O direito penal militar é um direito penal especial, porque a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares.

Desse modo, o ANPP adotado na legislação comum (art. 28-A do CPP), pelos seus reflexos jurídicos, necessita – como a cada instituto novo inserido legalmente no Código de Processo Penal Comum – que seja analisado se ele

não colide com o sistema de normas adotado no ordenamento especializado castrense ou se pode suprir este último.

No âmbito do Direito Penal Militar, o CPM não afasta a analogia *in bonan partem* aplicável, por exemplo, no arrependimento posterior (art. 16 do CP) e no perdão judicial (art. 107, IX, do CP). Todavia, institutos incompatíveis ou que impliquem prejuízo ao réu devem ser afastados, assim como ocorreu com o advento dos crimes militares por extensão onde as penas de multa, advertência, perda do cargo público etc., não previstas na Parte Geral do Código Penal Militar, com o advento da Lei nº 13.491/17 (crimes militares por extensão), são afastadas no caso concreto, com amparo doutrinário, já havendo vários julgados no TJM/SP e no TJM/RS.

No âmbito do Direito Processual Penal Militar, o CPPM estabelece que "os casos omissos neste Código serão supridos pela legislação do processo comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar." (art. 3º do CPPM). Nessa linha Assis (2020, p.7) leciona que: "O processo penal militar insere-se dentro do chamado Direito Especial, e, a própria aplicação analógica da legislação comum é razoavelmente restrita".

Também reconhecendo a impossibilidade de mesclar as leis comum e militar, os Tribunais Superiores têm refutado soluções mistas decorrentes de julgados recorridos àquelas Cortes. Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestaram pela inaplicabilidade dos princípios do CP comum aos crimes previstos no CP Militar, tanto no concurso de crimes (HC nº 48.546-SP, Rel. Min. Félix Fischer – J. 06.12.05) quanto no crime continuado (HC nº 86.854/SP, Rel. Min. Carlos Britto – J. 14.03.06), seja porque não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, gerando um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis, seja porque a aplicação de a analogia presumir, para o seu uso, uma lacuna involuntária, o que muitas vezes não se observa no caso concreto.

Aliás, no referido HC nº 86.854/SP, Rel. Min. Carlos Britto – J. 14.03.06, assim se decidiu:

> STF: (...) Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis.

> Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada.

Outros julgados do STF também repelem o mencionado hibridismo incompatível de se mesclar a legislação comum com a legislação militar:

> A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes. (STF – 2ª T. – HC 113593/AM – Rel. Minª Cármen Lúcia - J. 02.04.13). No mesmo sentido: HC 116090/MG – Rel. Minª Cármen Lúcia – J. 18.03.14 e HC 119.458/AM – Rel. Minª Cármen Lúcia – J. 25.03.14. Idem HC. 121.735 AgR/AM – Rel. Min. Celso de Mello – J. 03.06.14.

Também o STJ decidiu sobre o crime continuado que incabível se afastar regra específica do Código Penal Militar para substituí-la por regra do Código Penal Comum, assim decidindo:

> STJ: (...) 3. O Código Penal Militar é estatuto especial em relação ao Código Penal, cujos tipos penais sujeitam-se às regras nele previstas, segundo o princípio da especialidade.
>
> 4. Inexiste ofensa ao princípio da isonomia nesta hipótese, pois o tratamento diferenciado conferido a organismos diversos, o corpo civil e o militar, possui justificativa constitucionalmente aceitável, imposto pelas circunstâncias peculiares relativas aos agentes e fins jurídicos colimados.
>
> 5. Ordem conhecida em parte e nessa denegada. (STJ – Habeas Corpus – 40.392/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. 02.06.2005) .

Nesse passo, Roth (2013) defendeu que a norma do CPM sobre crime continuado não permite sua substituição pela norma congênere do CP, pois prevalece naquele o princípio da especialidade.

6 DO NÃO CABIMENTO DA ANALOGIA NO ANPP

Assim, no caso dos crimes militares, e diante da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), o ANPP decorrente do art. 2º, inserindo o art. 28-A no CPP e adotando o referido instituto aos crimes comuns, deixou o legislador, inequivocamente, uma lacuna voluntária em relação aos crimes militares, de forma que entendemos incabível o emprego da analogia àquela categoria de crime prevista no Código Penal Militar, com a recente alteração da Lei 13.491/17 (crimes militares por extensão). Logo, não há qualquer dúvida de que a omissão deixada pelo legislador foi voluntária e a consequência disso é a

não aplicação do ANPP aos crimes militares de qualquer espécie: próprios, impróprios e por extensão.

Nota-se que, quisesse o legislador, teria não só incluído a nova norma do art. 16-A no CPPM (à semelhança do que inovou no art. 14-A do CPP), por meio da Lei denominada "Pacote Anticrime", mas também teria adotado o mesmo benefício ao infrator militar do crime militar no CPPM. Nota-se, pois, que o legislador propositalmente silenciou em relação aos crimes militares ao adotar o ANPP apenas para o CPP, isto é, para os infratores do crime comum, e, nas lições de Maximiliano (2000, p.208), até o "silêncio se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo da norma".

Por outro lado, sabido que, quando a omissão não é voluntária, há possibilidade de aplicação analógica, como ocorreu quando a Constituição Federal estabeleceu a competência singular do Juiz de Direito para os crimes militares com vítima civil (art. 125, § 4º, da CF). Nesse caso, havendo a lacuna no CPPM, quanto ao rito procedimental, autoriza o *Codex* castrense expressamente que seja suprida essa lacuna (involuntária) por meio de aplicação subsidiária da legislação comum, pela analogia (art. 3º). Nessa linha, ademais, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) que, na falta de normas procedimentais no Código de Processo Penal Militar, devem ser observadas as regras do Código de Processo Penal Comum, nas quais não há previsão de alegações orais:

> STF: "HABEAS CORPUS" – CRIME MILITAR COMETIDO POR POLICIAL MILITAR CONTRA CIVIL – JUIZ DE DIREITO DO JUÍZO MILITAR ESTADUAL (CF, art. 125, § 5º, acrescido pela EC nº 45/2004) – COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DO MAGISTRADO TOGADO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO, NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR, DE RITO PROCEDIMENTAL REFERENTE AO JUÍZO SINGULAR – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL COMUM (CPPM, ART. 3º, "a") – LEGITIMIDADE – ALEGADA NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DA AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES ORAIS – INEXISTÊNCIA – FASE RITUAL CUJA APLICAÇÃO RESTRINGE-SE AO JULGAMENTO PERANTE ÓRGÃO COLEGIADO (CONSELHO DE JUSTIÇA) – NÃO COMPROVAÇÃO, ADEMAIS, DE PREJUÍZO À DEFESA DO RÉU – "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF" – PEDIDO INDEFERIDO. (STF – 2ª T. – *HC* 93.076/RJ - Rel. Min. Celso de Mello – J. 26.08.08).

Aliás, sobre a analogia diante da lacuna involuntária leciona Mirabete (2008, p. 37):

> A analogia é uma forma de auto-integração da lei. Na lacuna involuntária esta, aplica-se ao fato não regulado expressamente um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. No entender de Bettiol,

> consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto.

Outra hipótese de aplicação analógica, diante da lacuna involuntária, é a que permite a retirada do réu da audiência no caso de este causar ao ofendido constrangimento ou temor, ou mesmo humilhação. Assim, embora o artigo 312 do CPPM não preveja a retirada do acusado, a aplicação da analogia do artigo 217 do CPP é autorizada pelo próprio art. 3º do CPPM, conforme leciona Neves (2014, p.679): "Apesar da previsão estrita da letra da lei, sem possibilitar a retirada do réu para a oitiva do ofendido, entendemos conveniente à aplicação do art. 217 do CPP, diante da omissão do CPPM." Nesse sentido, aliás, o julgado do STM:

> STM: (...) I - O art. 312 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) garante direito ao Acusado em presenciar a oitiva do Ofendido, sem prever a possibilidade ou não de sua retirada da sala de audiência. Prerrogativa que configura desdobramento dos princípios da ampla defesa e do contraditório. II - A ausência de previsão quanto à remoção caracteriza, na verdade, *lacuna* da lei a ser integrada nas formas autorizadas pelo art. 3º do CPPM. Omissão que se supre mediante emprego de analogia com os dispostos no art. 358 e art. 389, ambos do CPPM, e no art. 217 do Código de Processo Penal comum (CPP). III - Dessa forma, no feito regido pelo CPPM, estende-se ao Ofendido a prerrogativa de requerer a retirada do(s) Acusado(s) da sala de audiência, quando pressentir humilhação, temor ou sério constrangimento, devidamente fundamentados, que possam influir na tomada do depoimento, com a garantia da manutenção do Defensor no recinto. (...). (STM – Correição Parcial nº 7001028-27.2019.7.00.0000 – Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz – J. 12.11.19).

Portanto, a contrário senso, quando a lei voluntariamente não previu o instituto jurídico, não é possível sua aplicação, como já decidiu o STJ, em relação à condenação por litigância de má-fé no processo penal: não sendo cabível a imposição de multa por litigância de má-fé, por esta não ser prevista no Código de Processo Penal (STJ - 5ª T. - HC 401.965 – Rel. Min. Ribeiro Dantas - J. 26.09.17).

Da mesma forma, no caso da citação do réu revel na Justiça Militar, diante da norma do artigo 292 do CPPM, o qual estabelece que, se o acusado for citado e deixar de comparecer sem motivo justificado em Juízo, o processo seguirá à revelia, portanto, incabível a aplicação da suspensão do processo, disciplinado pela norma do art. 366 do CPP. Esse é outro caso de lacuna voluntária do legislador, pois somente adotou a inovação ao CPP e não ao CPPM. Nessa linha, já decidiu o Superior Tribunal Militar (STM):

> STM: (...) 3. O art. 366 do Código de Processo Penal não se aplica em detrimento do rito processual castrense, haja vista que há dispositivos no CPPM que disciplinam a matéria e se encontram em plena vigência, não havendo que falar em aplicação suplementar por *lacuna* normativa, nos termos do art. 3º do mencionado *Codex*. Ademais, o princípio da especialidade da legislação castrense também faz frente ao uso da legislação comum. Precedentes do STM. (...). (STM – Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000578-84.2019.7.00.0000 – Rel. p/ acórdão Min. Carlos Augusto de Sousa – J. 19.09.19)

Igualmente, incabível a analogia das medidas cautelares substitutivas, previstas no art. 319 do CPP Comum (sendo outro exemplo de lacuna voluntária do legislador, que somente adotou a inovação ao crime comum, deixando propositalmente de adotar as inovações no CPPM para os crimes militares), diante do sistema fechado do CPPM e norteada pelo princípio da especialidade, para a prisão preventiva, quando decretada para o militar infrator de crime militar, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF): "Aplicabilidade das medidas cautelares previstas na Lei n. 12.403/2011 na Justiça Militar. Não incidência. Princípio da especialidade." (STF – 2ª T. – HC 135047/AM – Rel. Min. Gilmar Mendes – J. 27.09.16). Na mesma linha, decidiu o STM: "(...) Incabível a aplicação de medidas cautelares alternativas constantes no artigo 319 do CPP, pois se trata de normativa penal comum que não encontra situação de *lacuna* no Código de Processo Penal Militar a ensejar sua aplicação subsidiária. (...)" (STM – HC nº 0000244-77.2016.7.00.0000 – Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos – J. 14.12.16). No mesmo sentido: "(...) Conforme a jurisprudência desta Corte Castrense, as medidas cautelares diversas da prisão dispostas no Código de Processo Penal comum não podem incidir na seara da JMU, em face da especialidade dos bens jurídicos por ela tutelados. (...)" (STM – HC nº 7001056-29.2018.7.00.0000 – Rel. Min. Carlos Augusto de Sousa – J. 13.03.19. Também sobre o tema, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJM/SP) afasta a aplicação das medidas cautelares substitutivas do art. 319 do CPP nos crimes militares:

> TJM/SP: (...) 2. Nessa análise inicial não se vislumbra a possibilidade de aplicação analógica do Código de Processo Penal no caso em questão. Conforme preconizado no artigo 3º, *caput*, do Código de Processo Penal Militar, é admissível a aplicação da analogia nos casos em que omissa a lei adjetiva castrense. No entanto, não há qualquer omissão no Código de Processo Penal Militar quanto às hipóteses de decretação da prisão preventiva. O fato da legislação processual penal castrense não estipular a possibilidade de substituição da prisão por medida cautelar alternativa, não significa que ela seja omissa, mas, tão somente, que no âmbito militar aplicam-se as normas em vigência, previstas em regramento próprio. Essas regras, em diversos institutos do Direito Penal Militar e de Processo Penal Militar, são diferentes das normas vigentes na chamada "Justiça Comum".

> Aqui, a aplicação da legislação especializada se impõe com seu devido rigor, tendo em vista a natureza do próprio Direito Militar. O paciente, sendo policial militar, submete-se às disposições do CPM e do CPPM, não se afigurando possível a aplicação híbrida da legislação – ora militar, ora comum – conforme melhor aprouver aos interessados. Sob tal aspecto impertinente, portanto, a concessão da liminar pleiteada. Competente, no mais, a Justiça Militar, nos termos do artigo 9º, do Código Penal Militar. (...). (TJM/SP – 2ª Câmara – HC nº 2.653/17 – Rel. Juiz Cel PM Avialdi Nogueira Junior – despacho monocrático publicado no D.O.E, de 20.10.17, p. 3.);
>
> TJM/SP: (...) Impossibilidade de aplicação de regras do art. 319, do CPP. Lei processual penal militar que não é omissa a respeito. Ausente ilegalidade ou abuso de poder da autoridade apontada como coatora. denegado. Decisão unânime. (TJM/SP – 2ª Câm. – HC 2.785/19 – Rel. Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Junior – J. 16.05.19);
>
> TJM/SP: (...) Impossibilidade de aplicação analógica do CPP, já que não existe omissão na lei adjetiva castrense. O fato de a legislação processual penal militar não estipular a possibilidade de substituição da prisão por medida cautelar alternativa, não significa que ela seja omissa, mas, tão somente, que no âmbito militar aplicam-se as normas em vigência, previstas em regramento próprio. Habeas Corpus denegado. Decisão unânime. (TJM/SP – 2ª Câm. – HC 2.727/18 – Rel. Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Junior – J. 18.10.18);
>
> TJM/SP: Existência de indícios suficientes de envolvimento do paciente com pessoas envolvidas em contravenções penais e crimes, decorrentes de interceptações telefônicas realizadas com autorização judicial. Prisão preventiva legal e devidamente fundamentada, amparada na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na preservação da disciplina e hierarquia militares. Impossibilidade de aplicação de regras do art. 319, do CPP. Lei processual penal militar que não é omissa a respeito. Ausente ilegalidade ou abuso de poder da autoridade apontada como coatora. Habeas Corpus denegado. Decisão unânime. (TJM/SP – 2ª Câm. – HC 2.653/17 – Rel. Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Junior – J. 13.11.17)

Então, conforme demonstrado, a aplicação de inovações do CPP Comum no âmbito militar, diante da não previsão do instituto no CPPM, não implica, por si só, que essa inovação é possível ser aplicada, mas ela deve primeiro ser verificada se não fere o sistema adotado no CPPM, marcado pelo princípio da especialidade (não fere a índole do processo penal militar – art. 3º do CPPM); depois é necessário se verificar se há lacuna voluntária ou involuntária do legislador no CPPM; e, por terceiro, há de se compatibilizar o novo instituto do CPP Comum com o sistema jurídico militar, que tem como diretriz constitucional a hierarquia e disciplina militares (art. 42, *caput*, e 142,

caput), de tal sorte que o que pode se justificar ser bom para o indiciado ou réu, pode não ser para a instituição militar, valor este que incumbe à Justiça Militar zelar como última trincheira.

Cai como uma luva a lição de Reale (2009, p. 296-297) ao tratar sobre a analogia, quando leciona que: "Se um caso reúne, por exemplos, os elementos "a", "b", "c", "d", e surge um outro com esses elementos e mais o elemento "f", é de se supor que, sendo idêntica a razão de direito, idêntica teria sido a norma jurídica na hipótese da previsibilidade do legislador, desde que o acréscimo de "f" não represente uma 'nota diferenciadora essencial'". Essa nota diferenciadora, diz o jurista, na teoria tridimensional, é suficiente para afastar a analogia. E complementa: "Já os romanos advertiam, com sabedoria: 'mínima differentia facti máximas inducit consequentias juris'". Aqui, o fato de o ANPP ser dirigido exclusivamente aos crimes comuns não permite sua aplicação aos crimes militares, por consequência.

No caso da ANPP, nenhum dos três requisitos acima existe, pois: a) não há lacuna nem omissão no CPPM sobre a matéria, pois o CPPM simplesmente não dispôs, voluntariamente, sobre o ANPP para os crimes militares, portanto, incabível a aplicação da legislação comum, pois não há de se falar em omissão do Códex Processual Castrense; b) não há lacuna involuntária no CPP, diante da determinação da Lei nº 13.964/19 (art. 2º), que não adotou o novel instituto jurídico para os crimes militares, apesar de fazer uma única alteração no CPPM inserindo o art. 16-A, revelando, portanto, que a lacuna deixada no CPPM foi voluntária pela não aplicação do ANPP; c) se, *ad argumentandum tantum*, pode-se ver um benefício ao infrator militar que, confessando o crime, não seja processado criminalmente e nem levado a julgamento pela Justiça Militar, certamente tal instituto não é benéfico à instituição militar, pois além de prejudicada diretamente pela prática do crime militar por seu integrante ainda se vê na iminência de ver aquela conduta imitada por outros infratores que não deixarão de se socorrer do precedente para ver o Ministério Público deixar de instaurar a ação penal correspondente.

Ademais, incabível a analogia para beneficiar o infrator militar de crime militar em relação aos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95, diante da própria vedação dessa Lei (art. 90-A), conforme já decidiu o STF – Agr ARE 1229712/RJ – Re. Min. Alexandre de Moraes – J. 05.11.19) e o STM – Apelação nº 0000084-13.2016.7.01.0101 – Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes – J. 29.03.17).

Não se pode deixar de se registrar que, para outros institutos despenalizadores que guardam semelhança com a inovação do ANPP, como a transação penal e a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) – no ambiente da justiça negociada –, o legislador expressamente vedou esses dois últimos benefícios para o crime militar, de qualquer categoria (próprios,

impróprios, ou por extensão). Logo, o recurso à analogia, para aproveitamento do ANPP aos crimes militares, está totalmente afastado, daí a inadequação da norma do art. 18, § 12, da Resolução nº 181/17 do CNMP, alterada pela Resolução nº 183/18, aos crimes militares impróprios, como disciplinado, realidade esta que, com o advento da Lei nº 13.964/19, retirou a eficácia daquele ato administrativo em regulamentar a matéria.

Nessa linha, vale aplaudir o julgado do STM mencionado acima: Apelação 7001106-21.2019.7.00.0000 – Rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino – J. 20/02/2020, o qual repeliu a aplicação do ANPP no âmbito da Justiça Militar, sob o seguinte fundamento:

> O alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob pena de violação ao Princípio da Especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense. Somente a falta de um regramento específico possibilita a aplicação subsidiária da legislação comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles.

Assim, por todas as razões elencadas, a visão é a de não cabimento do ANPP no âmbito da Justiça Militar ao militar infrator, seja qual a categoria de crime militar: próprio, impróprio, ou por extensão.

Não se pode descurar que o tratamento distinto aos crimes militares encontra reconhecimento e amparo no que já decidiu a Suprema Corte. O tratamento mais rigoroso do CPPM em relação ao CPP é constitucional: "1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas." (STF – Tribunal Pleno – *HC* 119567/RJ – Rel. para Acórdão Roberto Barroso – J. 22.05.14).

Além do mais, certo é que a entrada em vigor do artigo 28-A, por força da Lei nº 13.964/19, dirigida aos crimes comuns e que permite ao Ministério Público optar pelo ANPP, como alternativa ao oferecimento da denúncia no caso concreto, não incide sobre os crimes militares, pois não revogou a norma do art. 30 do CPPM, o qual impõe a obrigatoriedade ao *Parquet* do oferecimento da denúncia sempre que houver – a prova do fato que, em tese, constitua crime – os indícios de autoria.

7 CONCLUSÃO

O instituto do ANPP é mais um instrumento para se evitar a ação penal contra o infrator, desde que este confesse o fato praticado e preencha os

demais requisitos legais (Lei 13.964/19), aumentando as alternativas para a justiça negociada.

A Resolução nº 181/17, complementada pela Resolução nº 183/18, do Conselho Nacional do Ministério Público, teve importância para mudar o pensamento dos integrantes do Ministério Público, provocando a justiça negociada, todavia, em face da Lei nº 13.964/19, as referidas Resoluções têm que se ajustar aos limites legais, sob pena de invasão legislativa.

Assim, como a Lei nº 13.964/19 não previu a incidência do benefício da ANPP aos crimes militares praticados pelos militares, de qualquer categoria, próprio, impróprio ou por extensão, entende-se que o art. 18, § 12, da Resolução nº 181/17 do CNMP, complementado pela Resolução nº 183/18 (que estabelecia a aplicação aos "delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina") perdeu sua eficácia no que tange à possibilidade de aplicação aos crimes militares que não afetem a hierarquia e disciplina militares.

Em consequência, ganhou fôlego – eficácia – a Resolução nº 101/18, em seu art. 18 e seu § 1º, inc. IX devido à alteração pela Resolução nº 108/19, do CSMPM, vedando a aplicação do ANPP ao militar da ativa.

O ANPP, excluído sua aplicação aos crimes militares praticados por militares, é cabível ser aplicado aos crimes militares praticados por civis, observando o princípio da isonomia, diante da tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

O ANPP não se aplica aos crimes militares praticados pelos militares, seja ele de que categoria for (próprio, impróprio, ou por extensão), pois por primeiro fere o sistema adotado no CPPM, marcado pelo princípio da especialidade (fere a índole do processo penal militar – art. 3º do CPPM); por segundo não há lacuna involuntária do legislador no CPPM, diante da Lei nº 13.964/19 alterar unicamente o CPPM ao incluir o art. 16-A, nada dispondo, portanto, sobre o novel instituto; e, por terceiro, não há compatibilidade com o sistema jurídico militar, que tem como diretriz constitucional a hierarquia e disciplina militares (art. 42, *caput*, e 142, *caput*), de tal sorte que a repressão pela prática do crime militar fortalece o regular funcionamento das instituições militares.

A legislação militar tem valores próprios e diferenciados da legislação comum, atendendo ao princípio constitucional que distingue o militar do civil e é permeada por deveres, proibições e poucos direitos, tudo sob os pilares da hierarquia e disciplina militares, os quais não podem ser olvidados diante de inovações na legislação comum, pois o que pode ser benéfico ao indiciado ou réu militar não atende aos anseios das instituições militares, portanto, somente

a inovação na legislação comum que equilibre esses dois parâmetros são possíveis de aplicação por analogia.

No âmbito dos crimes militares o princípio da obrigatoriedade da ação penal não foi mitigado diante da norma inalterada do art. 30 do Código de Processo Penal Militar, muito embora tenha ocorrido a inovação do ANPP, para os crimes comuns, pela norma do art. 28-A do Código de Processo Penal Comum.

Dura Lex, Sede Lex.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *Parecer lançado nos autos do HC 2.217/RJ* – TRF/2ª Região – Rel. Des. Federal Sérgio Correa Feltrin – j. em 25.04.2001.

AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica,* p. 2037-2040, escrita nos anos 1265 a 1273. Disponível em: https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

ASSIS, Jorge César de. *Análise das recentes alterações do Código de Processo Penal Comum com a possibilidade de aplicação na Justiça Militar*. Jusmilitaris. 2009. Disponível em: http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/alteracoescppxcppm.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

ASSIS, Jorge César de. *O acordo de não persecução penal e o Ministério Público Militar*. Jusbrasil. 2020. Disponível em: https://j1c2a3.jusbrasil.com.br/artigos/769604349/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-ministerio-publico-militar. Acesso em: 28 mar. 2020.

BIERRENBACH, Flavio F. da Cunha. *A Justiça Militar e o Estado de Direito Democrático, inserto no livro "Direito Militar – Doutrina e Aplicações"*, coordenado por DircêoTorreicillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2107.* Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Centro de Assistência Integrado de Saúde. CAIS/PMPI divulga recomendações de enfrentamento ao COVID-19 para os policiais militares. *Polícia Militar do Piauí,* 2020. Disponível em: http://www.pm.pi.gov.br/noticia.php?id=8163. Acesso em: 6 mar. 2020.

CHEMERINSKY, Erwin.; LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure 2008:* Case and Statutory Supplement. Aspen: Aspen Pub, 2008.

FOUREAUX, Rodrigo. *O acordo de não persecução penal na Justiça Militar.* Revista Jus Navigandi. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/79320/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar. Acesso em: 26 mar. 2020.

GORETH, Clênia. *MPMT celebra 1º acordo de não persecução penal na Justiça Militar.* Mpmt, 2019. Disponível em: http://www.mpmt.mp.br/conteúdo /58/79493/mpmt-celebra-1--acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar. Acesso em: 14 mar. 2020.

LIMA, Maurício Cerqueira. *O Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar.* Belo Horizonte: Observatório da Justiça Militar, 2020, disponível no link: https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/24/O-acordo-de-n%C3% A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-no-%C3%A2mbito-da-Justi%C3%A7a-Militar. Acesso em: 29 mar. 2020.

MARTON, Fabio. *Esparta: viver para a guerra, AH (Aventuras da história).* São Paulo: Grupo Perfil, 2019. Disponível em: https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-esparta-viver-para-a-guerra.phtml. Acesso em: 29 mar. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Luciene Angélica. *O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos.* Revista jurídica Consulex, v. 18, n. 407, jan. 2014. p. 19-20. Disponível em: http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/MENDES_processo_criminal.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Cícero Robson. *Manual de direito processual penal militar:* (em tempo de paz). São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado.* Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis, *Revista eletrônica do Ministério Público Federal,* 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral).* São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Abelardo Julio da. *O Princípio da Colegialidade e o Imperativo de Sessão Pública no Julgamento dos Conselhos de Disciplina*. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, 2016, nov./dez.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Dr. Paulo Tadeu Rodrigues Rosa na Wikipédia a maior enciclopédia da Rede Mundial de Computadores.* 2011. Recanto das Letras. Disponível em: https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3356507. Acesso em: 28 mar. 2020.

ROTH, Ronaldo João. Crime Continuado: A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? Brasília: *Revista do MPM*, 2013, edição nº 23, novembro.

ROTH, Ronaldo João. Os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. Brasília: *Revista do STM*, 2017, Vol. 27, pp.124/145, Disponível em: http://www.amajme-sc.com.br/artigos.php. Acesso em: 20 mar. 2020.

ROTH, Ronaldo João. *Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17).* Belo Horizonte: Observatório da Justiça Militar –

TJM/MG, 2018. Disponível em: https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/08/31/Lei-1349117---Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-o-princ%C3%ADpio-da-especialidade. Acesso em: 20 mar. 2020.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar* e *as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Douglas Pereira da. *A Justiça Militar Romana.* Brasília/DF: Conteúdo Jurídico, 2018, Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52503/a-justica-militar-romana. Acesso em: 20 mar. 2020.

VASQUES, Iremar da Silva. Os crimes militares por extensão: uma solução possível. Florianópolis: *Revista Direito Militar*, 2018, pp. 30/36, Disponível em: https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/10/31/Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-seu-apenamento-uma-solu%C3%A7%C3%A3o-poss%C3%ADvel. Acesso em: 20 mar. 2020.

Nota sobre os autores

Ronaldo João Roth
ronaldoroth@uol.com.br

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação de Direito Militar da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor de Direito Penal Militar na Academia Militar do Barro Branco (APMBB) e Professor de Direito Penal na UNIFIEO.

Vinicius Costa de Moraes
costa.moraes@uol.com.br

Oficial formado pela Academia da Polícia Militar do Piauí. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT). Bacharel em Segurança Pública pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP).

Lucas de Assunção Xavier Gomes
laxgomes@hotmail.com

Oficial formado pela Academia da Polícia Militar do Piauí. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA). Especialista em Direito e

Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Bacharel em Segurança Pública pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Coordenador Adjunto do Curso de Polícia Judiciária Militar (CPJM/PMPI).

A NATUREZA CONTROVERSA DA CONDIÇÃO DE MILITAR NO PROCESSAMENTO DO CRIME DE DESERÇÃO DE PRAÇA SEM ESTABILIDADE

CIRELENE MARIA DA SILVA RONDON DE ASSIS
Capitão QCO – Exército Brasileiro

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O crime de deserção; 3 O imbróglio do procedimento especial de deserção de praça sem estabilidade; 4 Limites da interpretação extensiva do art. 457 do Código de Processo Penal Militar; 5 Antinomias entre o Código de Processo Penal Militar, a Lei do Serviço Militar e o Estatuto dos Militares; 6 Considerações finais.

RESUMO: O presente estudo objetivou revisitar o histórico legislativo do processamento do delito de deserção de praça sem estabilidade e estabelecer o marco do surgimento do requisito da reinclusão do desertor às fileiras da Força da qual se evadiu ilicitamente, como pressuposto para o início da ação penal. A diferença de procedimentos positivados desde a alteração do Código de Justiça Militar de 1926, com o advento do Decreto 24.803, de 14 de julho de 1934, justificou a necessidade de o desertor recobrar a situação de militar quando processado e julgado pelos conselhos de tropa, no entanto, nos dias atuais, se mostra controvertido tal requisito. O assunto tem alcance para além do processo penal, atinge a legislação administrativa castrense. A jurisprudência e a doutrina não são uníssonas sobre a natureza jurídica do ato reinclusório.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal Militar. Direito Administrativo Militar. Crime de deserção. Procedimento especial. Interpretação extensiva.

ENGLISH TITLE: THE CONTROVERSY STRUCTURE OF THE MILITARY CONDITION IN THE LAWSUIT FOR THE DESERTION CRIME COMMITTED BY AN ENLISTED GRADE WITHOUT STABILITY

ABSTRACT: The present study has for objectives to revisit the legislative history of processing the desertion crime committed by an enlisted grade without stability and to establish the milestone of the requisite for deserter's reinclusion into the ranks of the Force from which he illegally evaded, as a precondition for the criminal prosecution to begin. The difference in the positive procedures, since the amendment of the Code of Military Justice of 1926, with the advent of Decree 24.803 of July 14, 1934, justified the need for the deserter to recover the status of military when processed and tried by the troop councils, however, nowadays, this requirement is controversial. The matter

has scope beyond the criminal prosecution, it reaches the military administrative legislation. Jurisprudence and doctrine are not unison about the legal structure of the reinclusive act.

KEYWORDS: Military Criminal Procedure Law. Military Administrative Law. Absent Without Official Leave (*AWOL*). Desertion. Special procedure. Extensive interpretation.

1 INTRODUÇÃO

O processamento do delito de deserção teve tratamento singular no processo penal militar desde 1922 quando foi aprovado o Código de Organização Judiciária e Processo Militar.

Ao lado do procedimento especial objeto do presente estudo, vigem outros dois processos de igual forma *sui generis*, a saber: a deserção de oficial e a de praça com estabilidade.

Dentre os ritos extraordinários, o processamento do delito de deserção de praça sem estabilidade se mostra o mais atípico, considerando que *status* de militar da ativa, nos termos da doutrina e da jurisprudência processual penal castrense, figura como requisito obrigatório para o recebimento da exordial da ação penal, todavia inexistente consenso sobre a necessidade da manutenção dessa condição no curso do processo de conhecimento e, ainda em caso de condenação, na fase executória.

A divergência fomenta inúmeros debates na justiça militar, em especial a da União, pois, em regra, na Especializada Estadual, em razão da inexistência de quadros de praças sem estabilidade nas Forças Auxiliares, não se mostra usual tal procedimento.

Em fomento a discussão, cabe consignar a suposta antítese entre a legislação processual penal castrense e a legislação administrativa militar, no caso, entre o Código de Processo Penal Militar, a Lei do Serviço Militar e o Estatuto dos Militares no tocante às medidas administrativas dispensadas ao acusado de cometimento do delito de deserção. O primeiro, consoante parcela da doutrina e jurisprudência, traz mandatória vinculação do réu à instituição castrense para fins de processo; a segunda norma fomenta ou até mesmo determina a exclusão desse mesmo agente do serviço ativo ao término da obrigação militar e, por fim, a terceira, reforça a incongruência legislativa.

A natureza jurídica dessa imposição legal positivada na Lei dos Ritos é indefinida. Ora tratada no direito material, como causa objetiva de apenação cuja ausência acarretaria a extinção da punibilidade do acusado em qualquer fase do processo; ora no direito processual quando passa a se expressar tanto como condição de procedibilidade – requisito especial da ação –, como de

prosseguibilidade – pressuposto processual. A questão posta é de fato tormentosa, não havendo consenso na doutrina penalista castrense, bem como não é uníssona a jurisprudência, tanto a do Supremo Tribunal Federal como a do Superior Tribunal Militar.

2 O CRIME DE DESERÇÃO

Em que pese o tema proposto para este ensaio encerrar a seara processual penal militar, inviável sua análise sem antes contextualizar o tipo penal que deu ensejo ao procedimento especial castrense ora sindicado.

O Brasil adotou ao longo dos anos em suas diversas Constituições o princípio da nação em armas, assim, primordialmente, a defesa do Estado e das instituições democráticas é incumbência delegada às Forças Armadas.

Nesse escopo, a ordem constitucional estabeleceu a corresponsabilidade do cidadão com a prestação do serviço militar obrigatório, tributo imposto a todo nacional que poderá ser chamado para a incorporação nas Forças Armadas, mesmo em tempo de paz, com a finalidade de receber treinamento militar básico, passando, a seguir, para a reserva mobilizável. Com isso, em situações extremas, esses reservistas poderão ser convocados a pegar em armas (CARVALHO, 2011, p. 1224).

Em resposta ao mandado de otimização constitucional, o legislador tratou de criminalizar condutas que pudessem violar esse dever e, por conseguinte, esvaziar a opção do constituinte originário. Dentre elas, positivou a omissão de ausentar o militar, sem permissão, por mais de 8 dias, do lugar onde serve ou deva permanecer, cuja rubrica marginal é a deserção. Todavia, cabe assinalar que tal tipo repressor não se aplica apenas àqueles que abandonam o serviço castrense obrigatório. Em regra, todo militar em serviço ativo poderá, ao menos em tese, figurar como sujeito ativo do crime de deserção.

O expedito doutrinador Célio Lobão, com bastante propriedade, assevera a tipificação de ações ou omissões violadoras do dever constitucional (2010, p. 495):

> Constituindo dever do cidadão prestar o serviço militar compulsório, a lei penal contempla como crime militar, sob duas modalidades, o fato de o convocado se furtar à prestação do serviço à Pátria. Na primeira modalidade, o convocado alcança, ilicitamente, a não concretização de sua incorporação às Forças Armadas: crime de insubmissão, no qual o convocado permanece na sua consumação, enquanto não ocorrer incorporação coercitiva ou voluntária. Na segunda, antes do término da prestação do serviço militar compulsório, o acusado se ausenta ilicitamente da unidade militar à qual se encontrava incorporado,

> prestando serviço militar: crime de deserção, no qual o convocado, após a incorporação, portanto já integrando as Forças Armadas, permanece na consumação do delito de deserção, enquanto não for capturado ou não se apresentar voluntariamente.

Alinhada ao pensamento do ilustre professor Célio Lobão decidiu a Corte Suprema:

> A norma que se extrai do art. 187 do CP castrense está a serviço da própria obrigatoriedade constitucional da prestação do serviço militar (cabeça do art. 143 da CF de 1988). Esse o motivo pelo qual o STF assentou a natureza permanente do crime de deserção. Delito permanente, esse, que somente cessa com a recaptura do infrator ou, então, com a sua apresentação voluntária. (HC 107.275, rel. Min. Ayres Britto, j. 28.2.2012, 2ª T, *DJE* de 18.6.2012).

No contexto histórico, o delito de deserção aportou na legislação brasileira com o Alvará de 20 de agosto de 1708, no nominado "Regimento Contra Desertores" – arts. 204 a 223[4]. Anos mais tarde, passou a constar do Capítulo 26 do Regulamento de 1763, os nominados Artigos de Guerra do Conde Lippe, por intermédio do art. 14 da Ordenança para os desertores em tempo de paz[5]; de lá para cá, esteve presente em todas as legislações castrenses nacionais, mantendo os elementos constitutivos do tipo penal inalterados desde o Código Penal Militar de 1944 (BADARÓ, 1972, p. 54-57).

Nas lições de Esmeraldino Bandeira (1919, p. 101-102) deserção, em síntese, seria, por excelência, delito de abandono:

> Deserção vem de *desertio* que por sua vez deriva de *deserere* – abandonar, desamparar.
>
> *Deserere exercitum* ou simplesmente *deserere* significa desertar.
>
> Não só nesses vocábulos latinos como nos correspondentes vocábulos gregos, a deserção implica idéia de abandono.
>
> […] é ausência voluntária, prolongada e illegal por parte do militar, do corpo a que pertence.

A doutrina afirma que para a consumação da deserção, não sendo a instantânea, faz-se necessária a concorrência de três condições: i) ausência voluntária; ii) prolongada além do tempo previsto na legislação, pois antes desse interregno a falta ao expediente configurar-se-á apenas transgressão disciplinar; e iii) a ausência seja ilegal (BANDEIRA, 1919, p. 102).

---

[4] ANTUNES. José Ricardo da Costa Silva. *Legislação Penal Militar Portugueza*. Desde 1446 a 30 de junho de 1895. Disponível em: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5604093b.image. Acesso em: 25 ago. 2020.

[5] FREITAS. Giuliano de. *O crime de deserção e suas peculiaridades*. Curitiba: UFPR, 2009. Monografia conclusão de curso. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/48445/M1149.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 jun. 2020.

O professor Esmeraldino Bandeira preleciona que, em tempos pretéritos, a legislação castrense contemplava a modalidade culposa da deserção (1919, p. 120):

> […] a deserção póde distinguir-se, quanto á épocha em que se verifica – *em tempo de paz* e *em tempo de guerra*; quanto á sua natureza – em *dolosa* e *culposa*; quanto á sua fórma – em *própria* e *imprópria*; quanto á sua gravidade em *simples* e *aggravada*; e quanto á sua autoria – em *deserção de offciaes de patente* e *deserção de praças de pret*.

Assente na jurisprudência e na doutrina que o tipo penal da deserção é crime propriamente militar, como tal, previsto apenas no *Codex* castrense e, ainda, exigindo-se a especial condição do autor do delito, qual seja, a de militar da ativa. Portanto, delito funcional, nos dizeres de Marreiros (2015, p. 1084): "A deserção, segundo muitos autores, é o mais militar dos crimes. Segundo qualquer das correntes sobre crimes propriamente militares ela se enquadra como um deles".

Enio Rossetto (2012, p. 588), citando J. Salgado Martins, define o delito de deserção "[…] crime essencialmente militar. Constitui-se pela ausência do militar, sem causa justificada, do corpo ou estabelecimento militar, por mais de 8 dias".

Do teor do art. 187 do Código Penal Militar (CPM) vigente extrai-se o tipo penal fundamental, contemplando apenas a modalidade dolosa: "Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias: Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada".

Neves e Streinfinger (2014, p. 930-955) esmiúçam com maestria os elementos constitutivos do tipo penal em comento, leia-se:

> **Objetividade jurídica**: no tipo penal em estudo tutela-se o serviço militar afetado pelo fato de o agente não estar presente. Protege-se, ademais, o dever militar, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão.
>
> **Sujeitos do delito**: o sujeito ativo é o militar (federal ou estadual), que deve ser compreendido, nos termos do art. 22 do CPM, como o militar em situação de atividade. O marco que habilita a pessoa a cometer deserção, portanto, é o ato de incorporação à Força Militar, ou ato equiparado, que inicie o vínculo de ligação com a Instituição Militar, ainda que de formação de militares da reserva, como muito bem observa Célio Lobão. [...]
>
> **Elementos objetivos**: a conduta nuclear é "ausentar-se", que significa afastar-se, furtar-se de estar no lugar em que devia por imposição do dever e do serviço militar, obrigação constituída sob a forma de escala ou sob forma de ordem específica (escrita ou oral). […]. Esse afastamento

> deve ser injustificado, sem licença, constituindo, assim, um elemento normativo a ser explorado pelo operador do Direito Penal Militar. […]
>
> **Consumação**: o delito se consuma quando se completar mais de oito dias inteiros [de ausência], […] protrai-se no tempo (crime permanente) […].
>
> **Tentativa:** por ser crime unissubsistente, é impossível.
>
> **Crime propriamente militar.**
>
> **Tipicidade indireta**: como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militares da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, deve-se verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para a subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial.
>
> **Ação penal**: é pública incondicionada (grifo no original).

Ao comentar o art. 187 do CPM, Lobão *apud* Assis (2012, p. 388) traça interessante comparativo entre o abandono do cargo por servidor civil e o abandono do serviço militar por agente público militar da ativa. Veja-se:

> Se a lei penal comum considera como crime o fato de o funcionário público civil abandonar o cargo, **com maior razão o Direito Penal Militar contempla, no elenco dos fatos delituosos, a ausência do militar por mais de oito dias, sem a devida autorização, levando em conta a relevância do cargo exercido pelo funcionário público militar,** bem como a necessidade de preservar a disciplina que sofreria dano sério, com o afastamento injustificado dos militares, a seu bel-prazer, das unidades em que servem, afetando, inclusive, a própria segurança do organismo militar e mesmo da própria Nação. (grifo nosso).

3 O IMBRÓGLIO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL DE DESERÇÃO DE PRAÇA SEM ESTABILIDADE

Historiando o procedimento especial da deserção, cabe aqui a transcrição de fragmentos do Alvará Real de 9 de abril de 1805, que estabeleceu competência ao conselho de disciplina para proceder o sumário de culpa da deserção, hoje equivalente à Instrução Provisória de Deserção (IPD), leia-se:

> TITULO V
>
> O que se ha de praticar antes de se averbar a Deserção no Livro do Registo.
>
> ARTIGO UNICO
>
> Logo que a falta de qualquer individuo de hum Corpo exceder os prazos determinados no Artigo unico do Titulo I, será convocado o Conselho de Disciplina, e sobre a accusação por escrito do Commandante da Companhia de que for o Réo, sendo perguntadas testemunhas, se ordenará hum Summario aonde será julgado Desertor

> com as circumstancias que acompanharem a deserção, o qual Summario servirá de titulo á nota do Livro de Registo, e de corpo de delicto **para ser processado o Réo, quando voltar ao Regimento.** (grifo nosso).

Para o processo e julgamento do desertor foi mantida a competência do Conselho de Guerra:

> TITULO VI
>
> A quem pertence impor as penas nos casos de Deserção.
>
> ARTIGO UNICO
>
> Os crimes de Deserção serão julgados por hum Conselho de Guerra, e confirmada a Sentença pelo Supremo Conselho de Justiça, do mesmo modo que actualmente se pratíca.

O Poder Executivo recebeu delegação do Legislativo nos termos do art. 5º, § 1º, do Decreto 149, de 18 de julho de 1893, para editar normas de processo penal militar. Mediante subdelegação o então Supremo Tribunal Militar, em 16 de julho de 1895, baixou o Regulamento Processual Criminal Militar. No entanto, cabe assinalar que esse compêndio foi silente quanto ao procedimento especial da deserção e os desertores continuaram a ser julgados pelo Conselho de Guerra.

Coube ao Código de Organização Judiciária e Processo Militar, aprovado pelo Decreto 14.450, de 30 de outubro de 1920, a inovação sobre o procedimento especial para o crime de deserção (arts. 236 a 244). Naquela ocasião, inclusive, estabeleceu-se diferenciação no que tange ao procedimento para deserção de oficiais e de praças, todavia não havia menção a exclusão ou reinclusão do desertor no serviço ativo para se ver processar. Em 26 de agosto de 1922, o Decreto 15.635 alterou o Código de Processo Penal Militar então vigente, sem, contudo, promover alterações significativas no procedimento especial ora estudado (arts. 246 a 254).

É factível concluir que o imbróglio no procedimento de deserção, no tocante a determinação legal da reinclusão de desertor ao serviço ativo para se ver processar, provavelmente, teve sua origem no Decreto 17.231-A, de 26 de fevereiro de 1926, em especial no art. 256, § 6º, do Código de Justiça Militar, que determinava a exclusão da praça desertora do serviço ativo, após a consumação do delito. No entanto, a omissão quanto à reintegração às Forças de mar ou de terra (art. 257, § 2º, e art. 258) gerou dúvidas no procedimento como se observa no julgado abaixo transcrito (PRATES, 1939, p. 291):

> Nula a praça de um soldado, por vício substancial e insanável, volta o mesmo à sua situação de civil e, nesta qualidade, não poderá ficar sujeito à jurisdição militar, competente somente para processar e julgar os militares de terra e mar e os indivíduos como tais considerados. O critério "ratione loci" só se aplica aos civis, em tempo de guerra. (Ac. de 29.6.1927 – Bol. Ex. 406, de 20.9.1927, p. 292).

O ilustre processualista Homéro Prates (1939, p. 281) relatou a inovação do malsinado Decreto 24.803 de 14 de julho de 1934, que, dois dias antes da promulgação da Constituição daquele ano, ao alterar o Código Judiciário Militar de 26, criou os conselhos de justiça dos regimentos e lhes atribuiu competência para processar e julgar os delitos de deserção e insubmissão quando o réu fosse praça, mediante a inserção do § 3º no art. 8º daquele *Codex*. Não satisfeito, o Decreto determinou a alteração dos arts. 257 a 259, com a inclusão de um parágrafo criando a famigerada reinclusão do desertor para se ver processar, no entanto, tal medida era restrita aos julgamentos que ocorriam nos conselhos de justiça da tropa:

> § 1º Reincluido que seja o desertor, se este fôr praça, o comandante nomeará o Conelho de que trata o § 3º do artigo 8, o qual por seu presidente requisitará da Secrearia os respectivos autos e do comandante da sub-unidade a que pertencer o réu as razões de defesa, testemunhas e provas que queira apresentar.

Naquele contexto, tal rito processual era justificável, isso considerando que a justiça militar não pertencia ao Poder Judiciário, não podendo ela, ao menos em tempo de paz, processar e julgar civis, no caso, o ex-militar excluído do serviço castrense pela consumação da deserção.

A esta legislação sobreveio Código de Justiça Militar aprovado pelo Decreto-Lei 925, de 2 de dezembro de 1938, revogado pelo atual Código de Processo Penal Militar (CPPM) no ano de 1969. Editado logo após a Constituição Federal (CF) de 34 ter inserido a Justiça Militar no Poder Judiciário (art. 63, "c") e estendido a competência da Justiça castrense para processar e julgar civis (art. 84, *in fine*). Até então o Supremo Tribunal Militar e sua organização, em que pese constituir o foro especial dos militares nos delitos castrenses (art. 77 da CF/1891), não integrava o Poder Judiciário (arts. 55 a 62, todos da CF de 1891).

Ora, considerando que a Justiça Militar até 1934 não era competente para processar e julgar civis, em tempo de paz, necessário, naquele contexto, que o desertor recobrasse a condição de militar para então responder à ação penal castrense.

No entanto, em que pese a migração da Justiça Militar para o Judiciário, o legislador ordinário de 38 optou por manter o processo e julgamento de grupos de praças do Exército (cadete, sargento, graduado ou soldado) no âmbito do Executivo, mais especificamente perante os conselhos de justiça dos corpos de tropa ou da unidade, que funcionavam dentro das organizações militares. Competência essa que perdurou até o ano de 1991.

Cabe a transcrição do teor do art. 5º do Código de Justiça Militar de 1938:

> Art. 5º. Tres são as categorias de conselhos:

> a) Conselho Especial de Justiça, nas auditorias, para processo e julgamento de oficiais, excetuados os generais;
>
> b) Conselho Permanente de Justiça, nas auditorias, para processo e julgamento de acusados que não sejam oficiais;
>
> **c) Conselho de Justiça, nos corpos, formações e estabelecimentos do Exército, para processo de desertores e de insubmissos**. (grifo nosso).

Interessante colacionar aqui a composição daquele colegiado que prestava jurisdição estatal no âmbito do Poder Executivo:

> Art. 18. Os conselhos de justiça nos corpos, formações ou estabelecimentos do Exército, para julgamento de desertores ou de insubmissos, serão constituídos por um capitão, como presidente, e dois oficiais, de preferência de patente inferior à do presidente, sendo relator o que se seguir em graduação ou antiguidade a este. Servirá de escrivão um sargento designado pela autoridade que houver nomeado o conselho.
>
> § 1º. A esses conselhos que funcionarão por um trimestre, serão submetidos, sucessiva e separadamente, os processos de réus de deserção ou insubmissão que tiverem sido capturados ou se tiverem apresentado.
>
> § 2º. Os juízes dos conselhos, para os processos crimes de deserção ou de insubmissão, serão nomeados segundo escala previamente organizada pelos respectivos comandantes de unidades ou chefes de estabelecimento. Os conselhos, para esse fim organizados, funcionarão na unidade ou no estabelecimento em que servir o acusado.
>
> § 3º. Caso não haja na unidade ou no estabelecimento oficiais em número suficiente para a formação do conselho, nos termos deste código, será o desertor ou o insubmisso julgado na unidade ou no estabelecimento mais próximo, em que puder ser formado o conselho, a critério do comandante da Região; para esse efeito o réu será transferido ou mandado adiar a essa unidade ou esse estabelecimento até ser julgado afinal.
>
> § 4º. Qualquer dos juízes, que funcione em conselho de deserção ou de insubmissão, poderá ser substituído pela autoridade nomeante, quando o exigirem os interesses do serviço militar e mediante a necessária justificação.

Ao tratar do procedimento especial de deserção, o Código Judiciário Militar de 1938 houve por bem separar o regramento especial: nos arts. 263 a 265 cuidou do procedimento de deserção de praças do Exército, processadas e julgadas dentro das organizações militares e, nos arts. 266 a 267, o processamento da deserção das praças da Armada (Marinha), que era afeto ao Judiciário. Embora a consumação do delito em tela provocasse igual efeito exclusório dos desertores em ambas as Forças (art. 263, § 3º e art. 266, § 4º), uma sutil diferença era a questão da reinclusão para fins de processo. No Exército era exigida tal medida, para a Marinha não. Veja-se:

> Art. 264. O comandante do corpo ou autoridade competente que tiver lavrado o termo de deserção, fa-lo-á arquivar acompanhado de cópia do boletim e de um extrato dos assentamentos contendo as datas de nascimento, praça, engajamento, promoção, ausência e alterações que possam influir no julgamento.
>
> § 1º **Reincluido que seja o cadete, sargento, graduado ou soldado, desertor,** o comandante da unidade respectiva providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, sobre a remessa dos papéis e mais documentos relativos à deserção ao conselho competente de que trata este código.[...]
>
> Art. 267. O comandante ou autoridade que tiver lavrado o termo de deserção remetê-lo-á em seguida, acompanhado do inventário, boletim ou detalhe de serviço ao auditor competente.
>
> § 1º. O auditor, recebendo os papéis, mandará, autuá-los pelo escrivão e abrir vista ao promotor pelo prazo de cinco dias.
>
> § 2º O promotor verificará se foram cumpridas, pela autoridade militar as exigências legais; se alguma formalidade ou exigência indispensavel ao processo tiver sido omitida, requererá ao auditor providências para que a mesma seja satisfeita. Nada tendo a requerer, **pedirá a citação do réu, se apresentado ou capturado, para se ver processar e julgar** na conformidade deste código, transcrevendo-se, no mandado de citação, o termo de deserção. (grifo nosso).

Possivelmente a opção legislativa guarda lógica com o fato de que a deserção de praças do Exército era julgada *interna corporis* e não pelo Judiciário, com isso, patente a necessidade de o desertor recobrar sua condição de militar para ser, então, submetido a uma espécie de "corte marcial", no caso, os conselhos de justiça do corpo de tropa. Naquele desenho de competências tal medida fazia todo sentido.

No entanto, não andou bem o legislador de 1969 ao inserir no Capítulo IV do Título II do novo CPPM a determinação de se observar igual ato de reinclusão nos procedimentos de deserção de praças da Marinha e da Aeronáutica, processadas e julgadas pelo Poder Judiciário (art. 462 do CPPM). Evidente que não haveria necessidade de o desertor ser militar para se processar perante o conselho de justiça instituído dentro do próprio Estado judicante. Para complicar a situação, a reforma do CPPM, em 1991, inverteu a lógica e revogou o procedimento especial previsto para o julgamento das praças desertoras da Marinha e da Aeronáutica e adotou como regra um procedimento que apenas fazia sentido para o julgamento nos conselhos de tropas do Exército, além de inserir outros requisitos de ordem administrativa, ao que parece divorciados da matéria processual penal militar.

Esse foi o percurso legislativo até o vigente art. 457, § 1º, do CPPM ponto nevrálgico do processamento do delito de deserção quando perpetrado por praça sem estabilidade:

> Art. 457. Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.
>
> **Inspeção de saúde**
>
> § 1º O desertor **sem estabilidade** que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, **será reincluído.** (grifo nosso).

De uma simples leitura comparativa do § 1º do art. 457 na redação antiga e na atualmente vigente desde 1991, podem ser observadas, nitidamente, duas inovações: i) a menção a desertor "sem estabilidade"; e ii) a determinação da "reinclusão" do desertor desde que considerado apto em inspeção de saúde. Importante aclarar que o CPPM, provavelmente, menciona o ato de nova vinculação, em função do positivado no parágrafo § 4º do art. 456, considerando que um dos efeitos imediatos da consumação da deserção pela praça sem estabilidade é a sua exclusão do serviço ativo*, in verbis:*

> Art. 456. Vinte e quatro horas depois de iniciada a contagem dos dias de ausência de uma praça, o comandante da respectiva subunidade, ou autoridade competente, encaminhará parte de ausência ao comandante ou chefe da respectiva organização, que mandará inventariar o material permanente da Fazenda Nacional, deixado ou extraviado pelo ausente, com a assistência de duas testemunhas idôneas (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)
>
> […]
>
> **Exclusão do serviço ativo, agregação e remessa à auditoria**
>
> § 4º **Consumada a deserção de praça especial ou praça sem estabilidade, será ela imediatamente excluída do serviço ativo**. Se praça estável, será agregada, fazendo-se, em ambos os casos, publicação, em boletim ou documento equivalente, do termo de deserção e remetendo-se, em seguida, os autos à auditoria competente. (grifo nosso).

Cabe aqui transcrever os ensinamentos de Célio Lobão (2006, p. 306), ao comentar a alteração do CPPM trazida no ano de 1991, quando todos os crimes de deserção passaram a ser processados e julgados pela Justiça Militar, *in litteris:*

> O Código de Processo Penal Militar adotou procedimento especial no julgamento do crime de deserção, visando a maior celeridade à prestação jurisdicional. Havia três espécies de procedimentos especiais: a) para o crime de deserção de praças do Exército, da Polícia Militar e do

> Corpo de Bombeiros Militares; b) para o delito de deserção de praça da Marinha e da Aeronáutica; c) para o crime de deserção de oficiais da Marinha Exército, Aeronáutica, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros.
>
> Com a alteração introduzida pela Lei nº 8.236, de 20.09.91, os procedimentos foram reduzidos a dois, um para crimes de deserção de praças da Marinha, do Exército, da Aeronáutica, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares, mantido o de deserção de oficiais das instituições militares federais e estaduais acima citadas. Todos os efeitos são, agora, julgados no Juízo Militar, mediante denúncia do Ministério Público (129, I, da CF).

O processamento pelo Judiciário do crime de deserção cometido pelas praças do Exército remonta data recente, apenas se deu com o advento da Lei nº 8.236, de 20 de setembro de 1991, que revogou a alínea "b" do art. 13 do Decreto-Lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969, que tratava da Lei da Organização Judiciária Militar e que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, autorizava o julgamento de crime de deserção daqueles militares pelos conselhos de justiça da unidade (corpos de tropa). A aludida norma estabelecia, assim, um juiz natural diferente do previsto na legislação adjetiva castrense para o mesmo delito quando perpetrado por militares da Marinha e da Aeronáutica, considerando que todos os desertores dessas duas Forças eram processados e julgados perante a Justiça Militar da União, leia-se Poder Judiciário.

No Voto-Vista proferido pelo ilustre Ministro Artur Vidigal de Oliveira na Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301/RJ, julgada em 11.12.2012, na qual veiculava a insurgência do Ministério Público Militar nos autos de ação penal especial de deserção de praça sem estabilidade, restou consignado o resgate de importante histórico legislativo do processamento e julgamento do delito de deserção, o qual é crucial para o estudo da natureza jurídica da reinclusão do desertor às instituições militares para se ver processar.

Naquela ocasião, o douto Magistrado relatou que, no caso analisado, o juízo *a quo*, mediante sentença terminativa, extinguiu o feito sem resolução do mérito sob o argumento de que encontrava prejudicado um dos pressupostos válidos e regulares do processo, qual seja, a legitimidade *ad processum* do acusado, considerando sua exclusão do serviço ativo, após o recebimento da denúncia. Inconformado, o Ministério Público Militar impugnou a decisão que extinguiu prematuramente o procedimento especial de deserção.

No Aresto, o nobre Ministro mencionou a literalidade do art. 87 do revogado Código de Justiça Militar, Decreto-Lei 925/1938, cuja vigência permaneceu até outubro de 1969, da qual se extrai que, naquela época, a regra geral de competência do foro militar não sofria alteração pela exclusão do acusado do serviço ativo, veja-se:

> Art. 87. A reforma, a transferência para a reserva, a suspensão do exercício das funções, a demissão, a exclusão e a expulsão do serviço militar, reguladas por leis e regulamentos especiais, **não extinguem a competência do foro militar para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço** (grifo nosso).

O dispositivo revogado era categórico ao expressar que, caso o acusado viesse perder a condição de militar da ativa no decorrer da ação penal, tal medida não afetaria o processo em curso, independentemente da forma de sua exclusão do serviço ativo. Assim, para que se fixasse a competência da Justiça Militar da União, bastaria que o pretenso autor perpetrasse o crime castrense quando ostentasse a condição de militar da ativa, nenhum outro requisito era imposto para o regular processo e julgamento. Cabe assinalar que a única restrição imposta no Código castrense revogado era a vedação do julgamento a revelia do insubmisso ou desertor (art. 203).

O mandamento congênere ao art. 87, acima citado, veio sempre reproduzido na legislação processual castrense desde o Código de Organização Judiciária e Processo Militar aprovado pelo Decreto 15.635, de 26 de agosto de 1922 (art. 108), e no Anexo ao Decreto 17.231-A, de 26 de fevereiro de 1926 (art. 88). No entanto, lastimável a omissão da reprodução de tal disposição no CPPM de 1969.

Como argumento da Decisão, o eminente Ministro Vidigal apontou a existência do processo e julgamento do delito de deserção pelo Poder Executivo, ou seja, nos conselhos de justiça dos corpos de tropa do Exército, muito embora, desde 1988, a Constituição Federal tenha determinado a competência da Justiça Militar, Poder Judiciário, para processar e julgar os crimes militares (art. 124):

> Essa norma estatuía dois processos especiais para o julgamento desse tipo de delito, sendo um específico para o Exército e outro para a Marinha. Convém lembrar que naquela época não existia a Aeronáutica como Força Singular.
>
> O processo específico para o Exército determinava a exclusão da praça do serviço ativo, quando do cometimento do delito de deserção, conforme os arts. 263 e 264 do Código da Justiça Militar, competindo ao comandante da unidade militar aguardar a captura ou a apresentação voluntária do desertor, bem como a reinclusão, para se iniciar o processo e o julgamento da prática ilícita.
>
> Apresentado voluntariamente ou capturado, o desertor do Exército era recolhido ao xadrez da organização militar, e o processo era encaminhado aos Conselhos de Justiça das Unidades Militares, permanecendo o acusado preso até o julgamento final.
>
> […]

> Por outro lado, em relação às praças desertoras da Marinha, a ritualística processual trilhava o mesmo caminho, sendo diferente, apenas, quanto à competência para o processo e o julgamento, que ficava afeta aos Conselhos Permanentes de Justiça nas Auditorias. […].

Repise-se no procedimento que, no caso da Força de terra, o legislador entendeu necessária a reinclusão do desertor para deflagrar a ação penal, no entanto não se exigiu tal medida para os feitos idênticos para os desertores da Armada. A explicação para tal opção legislativa parece bastante lógica: inviável que os conselhos de justiça dos corpos de tropa, colegiado composto exclusivamente por militares dentro da estrutura do Exército, processasse e julgasse um civil. Isso considerando que teria sido o desertor excluído do serviço ativo em consequência da consumação do delito de abandono.

Evidente que tal impasse não existia nos processos de deserção de praça sem estabilidade perante o Poder Judiciário que sempre teve competência para processar e julgar os civis como autores de delitos militares. Sobre o tema, oportuna a leitura dos arts. 263 ao 265 em cotejo com os arts. 266 e 267, todos do revogado Decreto-Lei 925, de 2 de dezembro de 1938.

Consoante já mencionado, o CPPM vigente, na sua redação original, mantinha a diferenciação quanto aos processos de deserção de praça sem estabilidade para o Exército (arts. 456 a 459) e para a Marinha e Aeronáutica (arts. 460 a 462). No entanto, ao que parece, equivocadamente, determinou-se a aplicação do famigerado art. 457 do CPPM aos procedimentos especiais de deserção de praça da Marinha e da Aeronáutica, muito embora esses acusados fossem processados e julgados perante o Poder Judiciário.

Após a reforma de 1991, com o advento da Lei 8.236, o Código de Processo Penal Militar, estranhamente, adotou o rito que era destinado aos feitos que tramitavam aos conselhos de justiça dos corpos de tropa e, assim, restou mantido o emblemático instituto da reinclusão da praça sem estabilidade para se ver processar pelo crime de deserção, sem contudo apresentar uma justificativa para tanto.

Ao longo de vários anos, o Superior Tribunal Militar adotou o entendimento de que a ausência da condição de militar, em qualquer fase do procedimento de deserção, levaria à extinção do feito. Tal posicionamento era veementemente rechaçado pela corrente até então minoritária.

Nos autos da Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301/RJ, o diligente representante do Ministério Público Militar laborou de forma bastante objetiva e cirúrgica em suas razões recursais e atestou a repercussão do posicionamento do magistrado *a quo*, no seu entender equivocado, na sorte da ação penal em questão:

> É claro que em virtude de entendimento de política criminal foram adotadas decisões nesse sentido, ou seja, exigir-se a condição de militar

> até o trânsito em julgado da ação, e até mesmo na fase de execução, pois o delito de deserção, como crime tipicamente militar, afeta frontalmente a disciplina e hierarquia, podendo inviabilizar a operacionalidade de uma Unidade Militar.
>
> Todavia, **essa interpretação, até por ser de política criminal, vem trazendo, hoje, transtornos insuperáveis à Justiça e às Unidades Militares.**
>
> Primeiro porque a Justiça não pode ignorar que em determinados casos os réus no crime de deserção já deveriam ter sido licenciados, e não o são por conta de uma ação penal, o que não encontra amparo legal.
>
> […] Além desses aspectos teóricos jurídicos, temos questões de fato que vêm causando, como dito, grande transtorno à Justiça e às Organizações Militares.
>
> O fato das Unidades Militares terem que manter réus acusados de deserção após o cumprimento de seus compromissos com a nação – serviço militar obrigatório – ou compromisso com a Força Armada, só causa dificuldades para ambas as partes.
>
> O denunciado não pode resolver sua vida, pois vinculado ao serviço militar contra a sua vontade, o que lhe traz grande insatisfação e ausência de qualquer motivação para realizar qualquer tarefa.
>
> A Unidade Militar não pode atribuir a este indivíduo qualquer trabalho relevante, pois sabe que não será bem executado e trará problemas, bem como ter uma ou mais vagas de seu quadro de militares comprometidos, uma vez que não pode substituir aquele militar que não tem mais nenhum interesse em atender ao serviço militar e a hierarquia de disciplina. (grifo nosso).

Desde 28.5.2015, com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84-86.2015. 7.00.0000/AM, de relatoria do Ministro Marcus Vinicius de Oliveira Santos, o Superior Tribunal Militar alterou seu entendimento e fixou a tese de que a condição de militar é exigida apenas para a deflagração da ação penal. Não interferindo na sorte do processo já deflagrado a perda superveniente da condição de procedibilidade. No decorrer desses últimos anos tem sido essa a posição majoritária da Corte Castrense.

> A reinclusão é condição de procedibilidade para o oferecimento da exordial acusatória, mas não há qualquer previsão legal de que essa configure obstáculo à prosseguibilidade do feito executório regularmente processado. Assim, **é possível ao desertor responder ao processo penal militar de conhecimento ou executório, mesmo tendo sido licenciado pela Administração Castrense**. Recurso rejeitado. Decisão por maioria (Embargos Infringentes e de Nulidade 7000604-82.2019.7.00.0000, Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 05.09.19. Dje 26.09.19). (grifo nosso).

> II- **A perda do *status* de militar posteriormente ao Recebimento da Denúncia não tem o condão de obstar a regularidade da persecução criminal, tampouco impede a execução da sentença condenatória**. III- Embora o Supremo Tribunal Federal (STF) possua alguns precedentes em sentido contrário, o posicionamento da Primeira Turma, firmado em diversos julgados, é de que a condição de militar do agente deve ser aferida somente no momento do recebimento da Denúncia. IV- Em interpretação sistemática, ressalto que os §§ 1º a 3º do art. 457 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), o art. 187 do Código Penal Militar e o enunciado 12 de Súmula deste Tribunal indicam, como condição de procedibilidade, somente a legitimidade passiva quando do recebimento da Denúncia, sem menção a qualquer condição de prosseguibilidade após essa fase. V- **A construção jurisprudencial firmada por este Tribunal Militar em tempo pretérito está em desacordo com a atual sistemática processual de ampla efetividade da prestação jurisdicional e máximo aproveitamento dos atos processuais.** VI- Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada. Decisão majoritária (*Habeas Corpus* 7000068-37.2020.7.00.0000, Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiróz, j. 30.04.20. DJe 22.05.20). (grifo nosso).

Muito embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha pacificado a questão, a Primeira Turma tem adotado o entendimento hoje majoritário no Superior Tribunal Militar, qual seja: a condição de militar do desertor sem estabilidade tem natureza jurídica de condição de procedibilidade, veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). *STATUS* DE MILITAR DA ATIVA. CONDIÇÃO PARA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIENTE EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. IRRELEVÂNCIA, PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. 1. A ação penal que trata de deserção (CPM, art. 187) somente poderá ser instaurada contra militar da ativa, constituindo, portanto, condição de procedibilidade; isto é, **o *status* de militar é exigido somente na fase inicial do processo**, como pressuposto para deflagração da ação penal, sendo irrelevante, para fins de prosseguimento da instrução criminal ou do cumprimento da pena, a posterior exclusão do agente do serviço ativo das Forças Armadas. Inteligência do art. 456, § 4º, e do art. 457, § 1º e § 2º, do CPPM. Precedentes. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento (1ª Turma. AG. REG. no HABEAS CORPUS 168.390/SP. Rel. Min. Alexandre de Moraes; j. 24.4.2019). (grifo nosso).

O douto Ministro Luiz Roberto Barroso no HC 158.143/RS, julgado em 18.6.2019, ao negar seguimento ao *writ*, acompanhou o novel posicionamento da Turma e consignou, em síntese:

> O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência mais recente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que **a condição de militar do agente deve ser aferida no momento do recebimento da denúncia**. Entendimento que me parece reforçar o

> art. 143 da CF/88, ao assentar que "O serviço militar é obrigatório nos termos da lei." (grifo nosso).

Como argumento, o culto Magistrado invocou as palavras do eminente Ministro Alexandre de Moraes proferidas por ocasião do julgamento do HC 124.639, cuja relatoria coube ao ilustre Ministro Marco Aurélio, julgado em 01.08.2017, leia-se:

> […] Aqui no caso, como bem disse Vossa Excelência, o paciente desertou das Forças Armadas uma primeira vez, e estava sendo processado. A partir daí, desertou uma segunda vez. **Ora, ao corroborarmos essa tese, nós passaríamos a seguinte mensagem: para extinguir a punibilidade da primeira deserção, basta cometer o crime de novo e praticar uma segunda deserção**. Não é possível, logicamente, ao meu ver, com todo respeito às posições em contrário, esse entendimento. No momento em que vai ser julgado, o réu pratica um novo crime de deserção. Aí acaba o primeiro. Então, ele começa o segundo. Quando vai ser julgado o segundo, ele vai desertar de novo. O que a jurisprudência desta Casa – não só em relação a policiais militares, como a militares – consagra como condição de prosseguibilidade é o final do vínculo, de forma definitiva, não pelo cometimento de um novo crime de deserção. (grifo nosso).

Naquela ocasião, o Ministro Alexandre de Moraes apontou a fragilidade da interpretação sustentada pela corrente minoritária do Superior Tribunal Militar ao permitir que o réu decida quando e como extinguir a sua própria punibilidade, cabendo ao Judiciário apenas atestá-la, considerando a perda da condição de militar do agente pela nova deserção. Compactuar com esse entendimento seria inviabilizar por completo o processo e o julgamento do crime de deserção. A impunidade poderá vir a fragilizar a disciplina e o dever militar.

Em reforço à tese majoritária, oportuno consignar que o licenciamento não possui o condão de alçar o militar, ainda que temporário, à condição de civil, considerando que ele passará a integrar a corpo mobilizável da Força, ostentando, portanto, a condição de militar da reserva não remunerada e não de civil ou ex-militar.

Tal assertiva extrai-se da leitura do art. 3º, § 3º, combinado com os arts. 94, § 1º, e 121, § 4º, todos do Estatuto dos Militares, e ainda do parágrafo único do art. 8º da LC 97/1999, nesses termos, uma vez incorporado às Forças Armadas e tendo regularmente cumprindo seu tributo constitucional, ao ser licenciado, o militar temporário será incluído na reserva mobilizável. Tão somente deixará de ostentar essa condição quando for excluído daquele grupo por algum motivo superveniente, como é o caso do implemento da idade.

Assim, resta evidente que o licenciado não pode ser considerado civil para as Forças Armadas. Cabe aqui assinalar que permanece com as obrigações perante as instituições militares nos termos da Lei do Serviço Militar, ônus não

imposto ao cidadão civil. Como exemplo, os deveres do reservista positivados no art. 65 da citada norma.

Exatamente por ser integrante da reserva não remunerada que o licenciamento do militar que responde por delito castrense cometido quando se encontrava no serviço ativo não pode atrair a competência monocrática do juiz federal da Justiça Militar. Uma vez que esse acusado, embora fora do serviço ativo, não pode ser considerado civil, continua, portanto, carregando o *status* militar reservista com as obrigações inerentes, ainda que nada receba dos cofres públicos. Eis a razão de ter por seu juiz natural o Conselho de Justiça. Não é outra a razão de ser do termo "civil puro" cunhado pelo ilustre Ministro Marco Antônio de Farias no Mandado de Segurança 7000594-38.2019. 7.00.0000, julgado em 22.10.2019.

Também nessa esteira foi fixada tese vinculativa no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 7000425-51.2019.7.00.0000, cuja relatoria coube ao douto Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Sobre o assunto, cabe citar ainda a Súmula 17 do Superior Tribunal Militar: "Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça processar e julgar acusados que, em tese, praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas".

Fato é que o ato administrativo de que trata o § 1º do art. 457 do CPPM não foi adjetivado pelo legislador, portanto, a afirmação de o desertor será reincluído "no serviço ativo" é doutrinária e jurisprudencial, mas não legal.

Nesse sentido, importante o cotejo da qualificação da reinclusão na modalidade "serviço ativo", com as medidas administrativas elencadas no art. 82, VIII, da Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), desencadeadas em relação ao desertor sem estabilidade. No caso, em sentido oposto ao defendido pela doutrina e jurisprudência, a norma estatutária é categórica em afirmar que o militar nessa condição será "afastado temporariamente do serviço ativo". Veja-se:

> Art. 82. O militar será agregado quando for **afastado temporariamente do serviço ativo** por motivo de:
>
> […]
>
> VIII – como desertor, ter-se apresentado voluntariamente, ou ter sido capturado, e reincluído a fim de se ver processar; (grifo nosso).

O ato administrativo a ser exarado, nos termos do art. 128, § 3º, do Estatuto dos Militares, de constitucionalidade duvidosa, prescreve: "O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar."

No entanto, assente que a ordem constitucional vigente não contempla a readmissão no serviço público sem a submissão a novo concurso, nesse

aspecto, o mandamento constitucional alcança quaisquer espécies de vinculação ainda que tenha natureza temporária. A única hipótese, em tese, permitida seria o caso do militar em serviço obrigatório, considerando que a sua reinclusão no serviço ativo decorre diretamente do tributo previsto no art. 143 da Norma Republicana.

O eminente magistrado aposentado Célio Lobão (2010, p. 398) assevera a não recepção do §1º do art. 128 da Lei 6.880/1980 com pálio na ausência de contraditório e da ampla defesa no ato exclusório. Em sua defesa, invoca Acórdão da lavra do Ministro Néri da Silveira prolatado nos autos do Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 76.098, julgado pela Corte Suprema em 16.11.1999, cuja ementa transcreve-se:

> Recurso de Habeas Corpus. 2. Lei n.º 6.880/80, Estatuto dos Militares, arts. 82, VIII e 128. Era o militar demitido, com a deserção, e reincluído e agregado para se ver processar, se se apresentasse voluntariamente ou fosse capturado. 3. Após a Constituição de 1988, veio a Lei nº 8.236/91, alterando o art. 454, § 1º, do Código de Processo Penal Militar. 4. Não há mais a figura da demissão *ex officio* da Lei nº 6.880/1980, com posterior reinclusão. Logo, não seria mais possível conferir, de novo, nesse regime legal, a condição de militar ao paciente. Este inclusive obtivera, segundo se alega, Certificado de Reservista, após sua demissão *ex officio*. 5. Acórdão do Superior Tribunal Militar que, anulando o processo, a partir da denúncia, inclusive, por preterição de formalidade essencial, ressalvou a possibilidade de oferecimento de nova denúncia. 6. Recurso de *Habeas Corpus* provido para determinar a exclusão da cláusula final do acórdão – "ressalvada a possibilidade de oferecimento de nova Denúncia".

Todavia, conforme dito alhures, ao que parece o § 3º do art. 128 da Norma Estatutária dos militares, de igual forma, não encontrou acolhida na ordem constitucional vigente.

Outra controvérsia que confere robustez ao nó górdio do procedimento especial da deserção é a incongruência entre ser "militar da ativa" para submissão ao processo, como requer a doutrina e jurisprudência e a imediata agregação – que gera a inatividade temporária, para fins processuais. Como poderia o desertor ser reintegrado ao "serviço ativo" (CPPM) e, logo após, afastado desse mesmo "serviço ativo" para se ver processar (Estatuto dos Militares)? No mínimo paradoxal tal incidência normativa.

Ao que parece, a doutrina e a jurisprudência, ao interpretarem extensivamente o § 1º do art. 457 do CPPM, não levando em consideração a legislação administrativa castrense, acabaram por criar um conflito aparente entre essas normas.

O requisito ora analisado no presente estudo está circunscrito ao estabelecimento não apenas da natureza jurídica da vinculação do desertor às

instituições militares para fins de se ver processar, mas, primordialmente, da condição de tal vinculação: na atividade ou inatividade. Cabe assinalar, mais uma vez, que inexiste na legislação processual penal militar a exigência do retorno ao serviço ativo, há apenas a menção ao ato de reinclusão.

Fato é que, afastando-se da regra geral de hermenêutica prevista no art. 2º do CPPM, a interpretação extensiva doutrinária e jurisprudencial causou e causa transtornos ao regular processamento do desertor quando praça sem estabilidade.

4 LIMITES DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 457 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

Consoante já explanado anteriormente, o legislador ordinário, ao tratar da condição especial da ação nesse rito especial, qual seja, o requisito da praça desertora, sem estabilidade, ostentar o *status* de militar no momento do oferecimento e recebimento da denúncia, o fez apenas para esse instante processual, configurando assim, sem sombra de dúvida condição de procedibilidade da ação penal no crime de deserção.

Notadamente, essa discussão não é recente, data do início dos anos 90, inclusive, culminou com a edição da Súmula 12 do STM, de 27.1.97, cujo verbete reafirma que a natureza jurídica de condição de procedibilidade, *litteris:*

> A praça sem estabilidade **não pode ser denunciada** por deserção sem ter readquirido o *status* de militar, **condição de procedibilidade** para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo. (sem grifo original).

Todavia, em que pese o positivado na norma processual castrense e o disposto na súmula, surgiu, por interpretação extensiva dos §§ 1º e 2º do art. 457 do *Codex* adjetivo castrense, corrente de entendimento inovadora que criou o pressuposto objetivo de desenvolvimento da ação penal de deserção, qual seja: a necessidade de o regularmente acusado pelo crime de deserção ser mantido no serviço ativo durante todo o processo de conhecimento e, bem como, durante a execução de eventual sentença condenatória. Dessa maneira, surgiu a chamada condição de prosseguibilidade da ação penal no procedimento especial da deserção de praça sem estabilidade.

No entanto, em que pese o *status* atual, cabe consignar que o legislador ordinário, em face da natureza especial do processo penal militar, criou regramento específico para a interpretação daqueles dispositivos adjetivos; não é outro o teor do art. 2º do CPPM:

> Art. 2º **A lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões**. Os têrmos técnicos hão de ser entendidos em sua acepção especial, salvo se evidentemente empregados com outra significação.

> Interpretação extensiva ou restritiva
>
> 1º **Admitir-se-á a interpretação extensiva** ou a interpretação restritiva, **quando fôr manifesto, no primeiro caso, que a expressão da lei é mais estrita** e, no segundo, que é mais ampla, **do que sua intenção**.
>
> Casos de inadmissibilidade de interpretação não literal
>
> 2º **Não é, porém, admissível qualquer dessas interpretações, quando:**
>
> a) cercear a defesa pessoal do acusado;
>
> **b) prejudicar ou alterar o curso normal do processo, ou lhe desvirtuar a natureza;**
>
> c) desfigurar de plano os fundamentos da acusação que deram origem ao processo. (sem grifo original).

A toda evidência, diferente do disposto no Código de Processo Penal comum, que admite como regra a interpretação extensiva (art. 3º), o Parlamento adotou como regra a interpretação literal da lei processual militar. Admitiu, no entanto, a interpretação extensiva quando for manifesta que a intenção do Legislativo seria mais ampla do que restou dito no texto da lei. Ainda assim, no intuito de preservar a especialidade do processo penal militar, o citado dispositivo cuidou de vedar tal exegese em algumas situações.

A regra hermenêutica nesses casos é proibitiva, ou seja, embora manifestamente presente a intenção do legislador em estender o alcance da norma, há vedação expressa do intérprete de assim proceder. Não é outro o teor do § 2º do art. 2º do CPPM acima transcrito.

Ante o mandamento legal hermenêutico, cabe a análise da viabilidade ou não do resultado da interpretação extensiva dos §§ 1º e 2º do art. 457 do CPPM, objeto central do presente estudo, no formato atualmente adotado pela doutrina e jurisprudência especializadas. Nesse sentido cabem algumas indagações, a primeira delas: i) há manifesta intenção do legislador em exigir a condição de militar da ativa da praça sem estabilidade para além do recebimento da denúncia? ii) a interpretação extensiva do dispositivo em comento, criando verdadeira condição de prosseguibilidade da ação penal, prejudica ou altera o curso normal do processo ou lhe desvirtua a natureza?

Notadamente, nesses termos, qualquer exegese do texto legal para ser válida deverá passar pelo crivo desses questionamentos. Considerando que a regra do CPPM é a interpretação literal do dispositivo, para dela se desvencilhar o exegeta deverá, necessariamente, apontar a intenção extensiva do legislador e, além disso, a interpretação somente estará autorizada, caso não altere o curso ou a índole do processo penal castrense. A técnica interpretativa ampliativa apenas atingirá uma norma válida caso supere esses dois pressupostos legais estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 2º do CPPM. Caso

contrário, o dispositivo em questão deverá ser lido sob o crivo do *caput* do art. 2º do mencionado *Codex*, ou seja, interpreta-se o texto na sua literalidade.

Desnecessários maiores esforços para concluir que a leitura ampliativa do alcance do termo "reincluído", previsto na parte final do § 1º do art. 457, que do texto extrai o mandamento do retorno do desertor "ao serviço ativo" para se ver processar, cria, via hermenêutica, uma norma cuja natureza jurídica é de condição da ação ou de pressuposto processual. Evidente que a norma, produto de tal exegese, terá o condão de alterar o curso do processo penal militar, inclusive, podendo a ele pôr termo precocemente. Dito isso, indene de dúvidas que tal interpretação encontra óbices no próprio CPPM.

Sobre as especiais regras de hermenêutica castrense, importantes os ensinamentos de Miguel e Coldibelli (2011, p. 16-18):

> Embora a interpretação seja, por norma, literal, permite o legislador castrense que o hermeneuta ou o aplicador da lei amplie ou restrinja o sentido de suas expressões para alcançar a intenção do legislador, através da interpretação extensiva (a expressão da lei diz menos) ou restritiva (a expressão da lei diz mais). [...] Tanto a interpretação extensiva como a restritiva não são admitidas, quando ocorrerem as hipóteses previstas no § 2º do art. 2º [...] Prejudicar ou alterar o curso normal do processo é não prestar obediência ao rito ou solenidade processual militar, fazendo das exceções, as regras gerais.

De uma leitura perfunctória dos §§ 1º e 2º do art. 457 do CPPM, não se extrai obscuridade ou manifesta intenção do legislador castrense em ampliar o alcance do requisito de militar da ativa para um momento posterior ao do recebimento da denúncia.

Mesmo que assim não fosse, resta evidente que a ampliação do alcance do dispositivo para as fases de instrução e execução penal certamente altera o curso do processo penal militar, uma vez que cria, mediante exegese, condição objetiva de desenvolvimento válido do processo, que poderá, inclusive, levar à extinção precoce do feito e levar à impunidade do acusado.

Ainda na mesma esteira, a criação dessa condição de prosseguibilidade traz consigo a possibilidade da suspensão do processo, sem a existência de previsão legal, nos casos em que o regularmente acusado pelo delito venha cometer, no curso da ação penal, nova deserção. Nesse caso, além de inverter a lógica do rito especial com o desvirtuamento da natureza célere do procedimento, inaugurará uma crise de instâncias, ou seja, uma paralisação do procedimento sem, contudo, suspender a fluência da prescrição.

Nesse sentido, cabe colacionar algumas decisões da Corte Castrense:

> APELAÇÃO. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO. *STATUS* DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. **O licenciamento de militar que responde processo**

> **na Justiça Castrense prejudica a prosseguibilidade da *persecutio criminis*, uma vez que, além de existir vedação expressa no art. 145 do Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 (Regulamento da Lei do Serviço Militar), ele não pode mais voltar à atividade.** Preliminar acolhida, ensejando a concessão de Habeas Corpus de ofício, para anular a sentença penal condenatória recorrida e determinar o arquivamento do feito. Decisão majoritária. (STM - AP: 83920147110211 DF) (sem grifo original).
>
> APELAÇÃO. DESERÇÃO. NOVA AUSÊNCIA DO MILITAR NO CURSO DO PROCESSO. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. SOBRESTAMENTO DA APELAÇÃO. I - Estando em curso processo relativo ao crime de deserção, ainda que em fase recursal, **a superveniência de novo crime de deserção, implicando na perda da condição de militar do agente, prejudica o prosseguimento do processo em curso, devendo esse ser sobrestado até sua reinclusão do desertor/apelante às fileiras da Força a qual serve**. II - Preliminar de sobrestamento suscitada, de ofício, pelo Revisor. Decisão majoritária. (STM - AP: 293020137090009 MS) (sem grifo original).

Cabe consignar que, para o ilustre doutrinador Jorge César de Assis, (2012, p. 28) nos casos em que a interpretação do exegeta violar o disposto no art. 2º do CPPM, se estaria, inclusive, diante de um *error in procedendo*, sanável via correição parcial.

Com efeito, nunca é demais lembrar que as regras de hermenêutica não autorizam a usurpação da competência constitucional do Parlamento, para em nome da exegese atuar como legislador positivo, criando verdadeiras normas de processo penal militar, a saber: pressuposto processual objetivo de desenvolvimento válido. Pelo contrário, nesse agir, patente a afronta da tripartição dos Poderes, por violação direta do art. 22, inciso I, da Constituição Federal. Nesse caso, cumprido os demais requisitos, entende-se que o meio de impugnação adequado seria o Recurso Extraordinário por afronta direta ao texto constitucional.

5 ANTINOMIAS ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR, A LEI DO SERVIÇO MILITAR E O ESTATUTO DOS MILITARES

É premente para o deslinde da questão ora estudada perquirir se há conflito aparente de normas entre o CPPM e a Lei do Serviço Militar e o Estatuto dos Militares. Em que pese tenham campos de incidência distintos, o primeiro na seara processual e os outros dois na ordem administrativa castrense. No caso em estudo, a natureza jurídica do ato de reinclusão do acusado nos quadros da instituição da qual desertou, há nítida correlação entre o ato administrativo e suas consequências na ação de rito especial. Ou seja, assinalando que haveria, em tese, aparente choque entre os dois diplomas legais, isso considerando a interdependência do ato a ser exarado pela administração militar com a esfera processual penal castrense.

Nunca é demais lembrar que o licenciamento do serviço ativo se dá por término do tempo imposto para sua prestação, ou seja, a conclusão da obrigação legal. Inexistindo, assim, espaço para a interpretação do licenciamento como forma de interrupção do serviço castrense inicial. Não se pode interromper o que já foi concluído. Licenciamento é o ato de exclusão do militar temporário do serviço ativo de uma Força Armada, após o término do tempo de serviço, com a sua inclusão na reserva não remunerada (ASSIS, 2019, p. 290).

Cabe consignar que a não se discute a obrigação constitucional prevista no art. 143 da Carta Republicana, caso ocorra a deserção nesse interregno, deverá o desertor ser incluído no serviço ativo para que quite seu tributo. Contudo tal regramento se mostra incompatível com aquele incorporado que já concluiu o serviço militar obrigatório, como bem lecionam Miguel e Cruz (2013, p. 123), *verbis:*

> Não podemos confundir uma questão processual com uma administrativa. Se, por exemplo, o recruta completa o serviço militar obrigatório e responde ao processo de deserção, não se pode impedir seu licenciamento, pois isso constitui uma ilegalidade. Se o prazo de seu compromisso com as Forças Armadas se encerrou, um processo que corre junto à Justiça Militar não pode interferir nessa questão meramente administrativa.

Ao que parece, não há quaisquer antinomias entre dispositivos processuais castrenses e a norma que trata do serviço militar, em que pese cuidarem do mesmo assunto: a deserção. Tais normativos possuem incidência em campos distintos do direito, um busca efetivar o *jus puniendi* advindo com a lesão ao dever militar, o outro busca, da mesma forma, concretizar o direito do Estado ao exigir o cumprimento integral da obrigação constitucional para com o serviço militar. Não havendo que falar em dupla incidência de normas *in casu*.

A toda evidência, não se pode confundir o escopo da mantença do incorporado que presta o serviço obrigatório vinculado às Forças Armadas com a continuidade da ação penal de deserção, tal possibilidade aniquilaria por completo o postulado da independência das instâncias. A administrativa, notadamente, se veria subjugada à processual penal.

Cabe por fim assinalar que, em dezembro de 2019, a Lei 13.954 incluiu o art. 34-A na Lei 4.375/1964, contemplando naquela legislação a tese já fixada pela Advocacia-Geral da União no Parecer nº AM-07, de 31 de maio de 2019, veja-se:

> Art. 34-A. Os militares temporários indiciados em inquérito policial comum ou militar ou que forem réus em ações penais de igual natureza, inclusive por crime de deserção, serão licenciados ao término do tempo de serviço, com a comunicação à autoridade policial ou judiciária competente e a indicação dos seus domicílios declarados.

Nesses termos, resta evidente que inexistem espaços para se perquirir a possibilidade ou não da administração pública castrense licenciar o militar desertor que responde à ação penal por crime de deserção. Indubitavelmente, será esta a medida a ser adotada. No entanto, cabe assinalar que tal ato administrativo não o despe do *status* de militar, considerando que passará, ao menos até a sua condenação definitiva, à condição de reservista não remunerado, nos termos do art. 121, § 4º, parte final, do Estatuto dos Militares.

A interpretação do termo "reinclusão" previsto no § 1º do art. 457 do CPPM que melhor coaduna com o *jus puniendi* estatal, bem como com o princípio da indisponibilidade da ação penal e, ainda, com a discricionariedade da administração pública militar em licenciar do serviço ativo a praça sem estabilidade, seria a de que o ato de vinculação exigido na norma processual é apenas aquele que estabelece relação entre o denunciado ou acusado e a Força da qual se ausentou, pouco importando se nos quadros da ativa ou da reserva não remunerada. O que a lei processual contempla é que ele readquira a condição de militar, o que ocorre tanto como militar da ativa quanto da reserva, ainda que não remunerada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pesem as diversas teorias sobre a natureza jurídica do *status* de militar de praça sem estabilidade para se ver processar pelo crime de deserção, importa ressaltar que as condições da ação, os pressupostos processuais e as condições objetivas de punibilidade devem ser criados mediante intervenção do Parlamento, ou seja, mediante lei. Não se admite conceber criação desses requisitos via hermenêutica extensiva das normas processuais por constituir afronta ao devido processo legal procedimental traçado pelo Parlamento.

Inexistem vedações legais ao prosseguimento da ação penal contra o acusado que perdeu a condição de militar da ativa durante o processo, da mesma forma não há óbice ao cumprimento da pena imposta na sentença condenatória por aquele réu que se encontra na reserva mobilizável na condição de reservista, ainda que nada receba dos cofres públicos. Ao contrário, mostra-se ser essa a interpretação mais harmônica da condição legal imposta no CPPM aliada ao regramento previsto na Lei do Serviço Militar e no Estatuto dos Militares.

Destarte, a correta exegese das normas processuais castrenses e das normas que tratam do serviço militar deve guardar lógica com a unidade do sistema jurídico, sempre com filtragem constitucional, perpassando pela malha principiológica com foco na dignidade da pessoa humana aliada à concretização do Estado Democrático de Direito. Sobretudo no que demanda a existência das instituições responsáveis pela defesa do Estado e da democracia, sendo certo que as Forças Armadas foram eleitas pelo constituinte originário com esse fim. Em razão do que tais instituições, para seu pronto

emprego, dependem da formação da reserva mobilizável que se dá mediante prestação do serviço militar obrigatório.

Contudo, o fato de o desertor sem estabilidade perder a condição de militar da ativa no processo penal já deflagrado não repercute nesse procedimento de recrutamento, não havendo impropriedades, considerando que aquele que já estiver em dia com suas obrigações constitucionais, leia-se, com serviço militar obrigatório, ao ser condenado pelo delito doloso de deserção, será expulso das fileiras da Força e isento do serviço castrense.

Nesse sentido, ao que parece, o legislador cuidou para que as Forças Armadas não viessem a contar em sua reserva mobilizável, para emprego em tempo de conflito, com aquele que abandou a tropa em tempo de paz.

Importa ressaltar que não é lícito olvidar do direito do cidadão, que já cumpriu seu dever com a Pátria e prestou regularmente o serviço militar obrigatório em sua inteireza, trilhar seu destino profissional fora da caserna, no seu livre arbítrio. Assim sendo, não seria razoável exigir que alguém seja obrigado a manter um vínculo com o Estado apenas para se ver processar. Entender diferente seria compactuar com a antecipação da imposição de penas restritivas de direitos, que sequer estariam previstas no preceito secundário do tipo penal em comento, antes mesmo da prolação da sentença condenatória.

Ademais, não se pode olvidar que a existência de tal mandamento da reinclusão do desertor para fins meramente processuais se mostra anacrônico nos tempos atuais, exatamente por guardar raízes com a época dos conselhos de justiça dos corpos de tropa do Exército, medida legítima naquele procedimento, no entanto hodiernamente divorciada do contexto processual penal e administrativo castrense.

Não é outra a razão da dificuldade ou até mesmo da inviabilidade de se estabelecer a natureza jurídica do *status* de militar no processamento e julgamento do crime de deserção de praça sem estabilidade: condições da ação, pressuposto processuais, condição de punibilidade etc.

A punição do desertor reflete diretamente na disciplina militar. A regular e célere resposta do Judiciário é essencial para mantença das Forças Armadas.

O pronto restabelecimento do bem jurídico lesado, no caso o serviço e o dever militar, fortalece as instituições castrenses calcadas nesses valores. No entanto, o processo penal castrense, ainda que célere, há de ser justo.

Cabe ao Judiciário, ao aplicar as regras procedimentais, alinhá-las aos direitos fundamentais do acusado no sentido de que o processo *in* concreto não seja mais gravoso do que aquele traçado pelo legislador. Aos operadores do Direito não é lícito compactuar com o amesquinhamento da dignidade da pessoa

humana, ao contrário, têm o dever de cooperar para o engrandecimento e a concretização desse princípio maior no curso de toda ação penal.

Nessa senda, não se mostra lícito exigir que o acusado, contra sua vontade e sem expressa imposição legal, permaneça vinculado ao serviço ativo da Força da qual desertou, tão somente para se ver processar. Admitir tal interpretação seria o mesmo que compactuar com apenação *extra legis* impingida àquele contra quem ainda vigora a presunção de inocência. O ônus processual deve ser obra do legislador e não do interprete. A segurança jurídica demanda que a criação de condições da ação, de pressupostos processuais e de condições objetivas de punibilidade deve decorrer apenas por obra da lei.

Em matéria processual, a atividade hermenêutica deve trilhar apenas no curto espaço deixado pelo legislador. Somente estará autorizada a transposição dessas balizas para a proteção do leque de direitos humanos, quando a aplicação fria da norma os colocar em risco de alguma mácula.

Tal qual positivado na Constituição Federal, o devido processo é um direito e uma garantia. No primeiro caso, o princípio do devido processo pode ser visto como procedimento dotado de regras formais elaboradas com razoabilidade, representa para toda pessoa um direito; na segunda vertente constitui uma garantia de relevância vital para a proteção dos direitos fundamentais, para a tutela das partes no processo, bem como para a própria legitimação do exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito.

O processo penal, inclusive o militar, para ser devido necessita ser justo, para tanto, demanda a fiel observância dos procedimentos positivados na legislação adjetiva, sob pena de incorrer nulidade por patente ofensa às garantias processuais fundamentais previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar* - Teoria Crítica e Prática. São Paulo: Método, 2015.

ANTUNES, José Ricardo da Costa Silva. *Legislação Penal Militar Portugueza.* Desde 1446 a 30 de junho de 1895. Disponível em: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5604093b.image. Acesso em: 25 ago. 2020.

ASSIS, Jorge César de (org.). *Estatuto dos Militares Comentado.* Curitiba: Juruá, 2019.

ASSIS, Jorge César de. *Código de processo penal militar anotado: artigos de 1º a 383.* 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969 (Parte Especial)*. v. 2, São Paulo: Juriscredi, 1972.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, Justiça e Processo Militar*. v. 2, 2. ed., Rio de Janeiro:Livraria Francisco Alves, 1919.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional:* Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar.* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LOBÃO, Célio. *Direito penal processual militar.* São Paulo: Método, 2011.

MIGUEL, Claudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de Direito Processual Penal Militar.* 3. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIGUEL, Claudio Amin; CRUZ, Ione de Souza. *Elementos de Direito Penal Militar.* Parte Especial. São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar.* São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar (Em Tempo de Paz)*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRATES, Homéro. *Código de Justiça Militar* comentando, anotado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Militar. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1939.

ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Nota sobre a autora

Cap QCO Ex Cirelene Maria da Silva Rondon de Assis

Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro. Especialista em Direito Penal e Processual Penal Militar. Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Ciências Militares.

ACERVO HISTÓRICO

NOTA INTRODUTÓRIA

PROCESSO DA FEB: JUSTIÇA MILITAR EM TEMPO DE GUERRA

CRIME DE TRAIÇÃO – Caso Margarida

Apelação nº 14.882/STM Francolise (Itália)

A justiça militar, em todo o mundo, possui uma característica peculiar: atua em campanha, integrando-se às tropas no Teatro de Operações, definido como "delimitação do espaço físico necessária à realização de operações militares"[6]. A presença de órgãos e pessoal de Justiça é considerada fundamental para apurar, processar e julgar os crimes ocorridos na zona de operações bélicas. É modelo existente desde os primórdios dos exércitos, nas legiões romanas, dando origem ao termo justiça castrense ou justiça dos acampamentos. Constitui fator de manutenção das normas de hierarquia e disciplina, obediência às leis internacionais da Guerra e, enfim, a humanização das condutas dos envolvidos nos conflitos. Sabendo que poderá ser investigado, processado e julgado imediatamente, o integrante das forças em operações, ou civil, tem consciência de que a lei certamente o alcançará se cometer desvio de conduta tipificado como crime.

Nesse contexto, o pessoal judiciário integra o Serviço de Justiça, seus membros e auxiliares são comissionados em postos e graduações militares. Na guerra não há espaço para civis, exceto a nova categoria de contractors[7]. De

---

[6] COSTA, Luiz Paulo da Silva. Artigo "Teatro de Operações Militares Conjunto: Definição de Espaço Geográfico", *Revista Coleção Meira Mattos*, RJ, v. 8, n. 33, p. 195-203, set./dez. 2014.

[7] Contractor: nova modalidade de prestador de serviços bélicos por empresa de segurança privada. Atuam geralmente em serviços de segurança, transporte e outros, junto das tropas em operações. Não integram as Forças Armadas e são considerados civis. Desde 2008, estão sujeitos às leis penais militares no Código Uniforme para as Forças Armadas dos Estados Unidos (UCMJ). Não há regulamentação na lei brasileira. Estima-se que há, em todo o mundo, cerca de 100.000 *contractors* atuando em zonas de conflito armado.

acordo com o Direito de Genebra, há dois grupos de pessoas na guerra: combatentes e não combatentes. Neste último também estão incluídos jornalistas, religiosos e profissionais de saúde, dentre outros.

A aplicação da Justiça Militar divide-se "em tempo de paz" e "em tempo de guerra", desde as primeiras legislações de Portugal (1640 – Conselho de Guerra). Assim, os Códigos Penais e de Processo Penal, além da Lei de Organização, inserem tais divisões.

A última atuação das forças militares brasileiras em campo de batalha deu-se na 2ª Guerra Mundial, integrando a força aliada contra a Alemanha hitlerista e tendo o território peninsular como teatro de operações.

A participação do Brasil na 2ª Guerra Mundial deu-se por um curto período de tempo. Teve início em meados de 1944, quando o Presidente Getúlio Vargas normatizou a participação do país na Guerra e terminou em setembro de 1945, com o embarque do último escalão de volta ao Brasil. A atuação dos militares brasileiros, no teatro de operações da Itália, foi significativa para a vitória final na Europa, uma vez que impingiu dura resistência às tropas alemãs, que se reorganizavam para proteger sua fronteira e reforçar a frente de combate francesa após os desembarques na Normandia. Pouco mais de 25 mil soldados brasileiros foram enviados para a campanha da Itália, divididos em 5 escalões, que embarcaram entre julho de 1944 e fevereiro de 1945.

Para acompanhar a Força Expedicionária Brasileira – FEB, organizou-se a Justiça Militar em Tempo de Guerra, com duas Auditorias na 1ª Instância e um Conselho Superior de Justiça como órgão de 2ª instância. Isto porque, em tempo de conflito, o Superior Tribunal Militar deixa de ter jurisdição acometida para um Tribunal Especial. Essa tradição vem desde o Império, com as Juntas de Justiça Militar. À época estava vigente o novo Código Penal Militar de 1944 (Decreto-Lei 6.227, de 24.1.1944).

A 1ª Auditoria e o Conselho Superior de Justiça Militar saíram do Brasil rumo à Itália em julho de 1944, e a 2ª Auditoria partiu como 2º escalão em setembro do mesmo ano. Durante o período em que permaneceram na Itália, as Auditorias mudaram-se constantemente, seguindo o movimento das tropas brasileiras. Funcionaram nas cidades de Pisa, Pistoia, Pavana, Vignola, Alessandria, Francolise, Bagnoli, Tarquinia e Vada, segundo os relatórios dos Auditores, em condições precárias na maioria das vezes.

Considerando o elevado interesse histórico, publica-se extrato da Apelação nº 14.882, originada da Ação Penal nº 45/1945 – FEB, autuada em 7 de julho de 1945, na 2ª Auditoria da 1ª Divisão de Infantaria Expedicionária, pouco antes da volta do contingente brasileiro. A 2ª Auditoria estava então sediada na cidade de Francolise (Itália), pequena comuna da região da Campania, província de Caserta.

O Tenente-Coronel Eugênio Carvalho do Nascimento era Auditor de Guerra e o Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, Promotor Militar, que depois ingressou na magistratura militar de carreira e tornou-se Ministro do STM (1963-1967). Ademais, era irmão de Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, Ministro do STF (1946-1967).

A Apelação 14.882 de 1946 refere-se aos réus Margarida Hirschmann e Emílio Baldino, cidadãos brasileiros acusados dos crimes de traição – artigos 265 e 269 do Código Penal Militar de 1944 –, que previa a pena mínima de 20 anos de reclusão e a máxima era a pena de morte, a ser executada por fuzilamento[8].

Os referidos Réus foram acusados por serem locutores da chamada "Rádio AuriVerde", que produzia emissões radiofônicas diárias para as tropas brasileiras, fazendo propaganda contrária aos interesses bélicos e estimulando o enfraquecimento do moral.

A notícia do crime havia sido notificada pelo IV Corpo de Exército dos Estados Unidos em junho de 1945, mediante comunicação escrita do Coronel Blanchard W. Bates sob o título "Operational propaganda directed by Fascists to Brasilian troops", anexada ao Inquérito, junto com vários folhetos da "Estação FEB – Rádio Auriverde" e outros, dirigidos aos Soldados Brasileiros. O Comandante da 1ª DIE, General de Divisão João Batista Mascarenhas de Morais, estacionado em Alessandria-Itália, determinou a abertura de um Inquérito Policial Militar em 13 de junho de 1945, designando para conduzi-lo o Major Hélio Peres Braga.

A investigação foi concluída em 29 de junho de 1945, com representação do Oficial Encarregado para que fosse decretada a prisão preventiva dos Indiciados, bem como do italiano Felicio Mastrangelo. Também estava envolvido nas transmissões o Soldado brasileiro Antônio Ribeiro da Silva, capturado pelo Exército Alemão e feito prisioneiro de guerra. Nesse período houve deslocamento da Divisão, sendo que o Oficial Encarregado necessitou ouvir testemunhas em Stoffoli, distante 800 km de Alessandria.

A Denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Militar – MPM em 7 de julho daquele ano, e recebida na mesma data. Apresentava rol de seis testemunhas. O MPM, acolhendo o Relatório do Inquérito, deixou de denunciar o Soldado brasileiro, por considerar que estava na condição de cativo, e o italiano, por sua nacionalidade, pois interpretou que suas condutas estavam justificadas. Considerado estado de necessidade e coação irresistível.

---

[8] Art. 265. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil. Pena - morte, grau máximo, reclusão, de vinte anos, grau mínimo.
Art. 266. Favorecer ou tentar favorecer o inimigo, prejudicar ou tentar prejudicar o bom êxito das operações militares; comprometer ou tentar comprometer a eficiência militar.

Relata a Inicial que "nos meses de janeiro a abril do corrente ano, diariamente, das 13 às 14 horas, em Fino Monasco, próximo a Como, na Lombardia italiana, os acusados tomaram parte no programa de irradiações chamado AuriVerde, dirigido aos expedicionários brasileiros, fazendo propaganda desmoralizante do nosso governo e das nossas autoridades, procurando quebrar o moral das nossas tropas em combate, e aliciar as praças à deserção, recebendo para tanto estipêndio e prestando desta forma serviço às forças armadas alemãs, pois a estação de rádio referida era pertencente ao Exército Alemão e dirigida por oficiais dessa nação". Classificou as condutas no *crime de traição*.

A ré Margarida Hirchmann, nascida em São Paulo, havia emigrado para a Alemanha em 1939 e tinha também nacionalidade alemã, foi taquígrafa e locutora da Rádio Berlim, quando aceitou o emprego na Rádio Fino-Mônaco, dirigida por Oficiais do Reich. Já o acusado Emílio Baldino era gaúcho e, antes da guerra, gozava de alto prestígio social em Porto Alegre.

O programa era produzido pelo italiano Felício Mastrangelo e tinha como auxiliar o Pracinha brasileiro Antônio Ribeiro da Silva, prisioneiro do Exército Alemão.

A Guerra terminou em 8 de maio de 1945. O retorno dos primeiros pracinhas da FEB ao país começou em 18 de julho do mesmo ano. Com a edição do Decreto-Lei nº 8.443, de 26 de dezembro de 1945, que extinguiu os órgãos da Justiça Militar organizada pelo Decreto-Lei nº 6.396, de 1º de abril de 1944, estipulou-se o destino de todos os processos inconclusos, dos inquéritos e dos documentos relativos ao crime, que seriam remetidos ao auditor da 1ª Auditoria da 1ª Região Militar, que os distribuiria de conformidade como Art. 90 do Código Penal Militar de 1944. Por isso, os documentos apresentados trazem as várias autuações por onde passou o processo.

A Ação Penal nº 45/1945 – FEB foi redistribuída para a 3ª Auditoria da 1ª Região Militar (RJ), sendo Auditor Ranulfo B. Cunha e Promotor Paulo Whitaker. Incumbiu-se da defesa o Advogado Evandro Lins e Silva. A Sentença foi proferida em 13 de junho de 1946, absolvendo os Acusados com fundamento no *estado de necessidade* para Margarida Hirchmann, e *coação irresistível* para o corréu Emílio Baldino. Determinou-se a soltura de ambos, os quais haviam sido presos na Itália e repatriados com o Contingente.

O Código de Processo Penal Militar vigente previa apelação obrigatória pelo Promotor em caso de absolvição, subindo os autos para o Superior Tribunal Militar – STM, uma vez já dissolvido o Conselho Supremo de Justiça. Pela Procuradoria-Geral oficiou o Procurador-Geral Waldemiro Gomes Ferreira,

manifestando-se favorável à "pena máxima", isto é, pena capital. Funcionou como Relator o eminente Ministro Dr. Cardoso de Castro, oriundo da magistratura de carreira, e como Revisor Washington Vaz de Mello, ex-Procurador-Geral da Justiça Militar. Por maioria, o Tribunal reformou a Sentença absolutória e condenou os Apelados à pena de 20 anos de reclusão. O Acórdão sofreu Embargos Infringentes. Também por maioria, a Corte manteve a Decisão condenatória. Em 1948, Margarida requereu indulto, recebendo Parecer contrário do Conselho Penitenciário. Contudo, foi anistiada pelo Vice-Presidente Nereu Ramos.

Publicam-se, nesta edição, em homenagem aos 75 anos de término da 2ª Guerra Mundial, peças principais do processo que a imprensa denominou "Caso Margarida", e suscitou intensa polêmica na imprensa, no judiciário e na classe política, a favor e contra, no contexto da *quinta-coluna*, da fragilidade das provas de acusação e, enfim, da crescente oposição ao Presidente Getúlio Vargas.

Os crimes de traição e favor ao inimigo estão previstos no atual Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969), respectivamente nos artigos 355 e 356, com a mesma redação do Código Penal Militar de 1944. Também não houve modificação da pena: morte no grau máximo e reclusão de 20 anos no grau mínimo.

Estes crimes estão previstos em todas as legislações modernas: Estados Unidos (U.S. Code, título 18, capítulo 115, seção 2381); França (Código Penal Militar, art. 106); Itália (Código Penal Militar, art. 62); México (Código de Justiça Militar, art. 203); Chile (Código de Justiça Militar, art. 244); Canadá (Código Criminal, art. 46); dentre outros países do mundo ocidental.

O tempo de guerra, "para efeitos da lei penal militar, começa com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra", e termina quando cessam as hostilidades. Processo similar ocorreu com a nipo-americana Iva Toguri, locutora conhecida como Rosa de Tókio. Em emissões de ondas radiofônicas por meio da Rádio de Tóquio (Japão), "com voz suave, num inglês perfeito, conclamava os soldados americanos a desertarem, transmitia notícias sobre falsas batalhas – vencidas naturalmente, pelos japoneses – e sobre a derrota dos Aliados" (O Globo, 01.10.1949, p. 3). Técnicos japoneses conseguiam invadir as faixas da BBC de Londres e da "Voz da América", divulgando mensagens derrotistas e falsas dirigidas aos soldados aliados. Uma Corte dos Estados Unidos a condenou a 10 anos de prisão, dos quais cumpriu 6 e pagou multa de 10 mil dólares. Em 1976, foi anistiada e recuperou a cidadania norte-americana[9].

---

[9] SANTOS, Álvaro Luiz dos. *Vozes femininas da Guerra*. v. 155, n. 1, Revista do Exército Brasileiro, 2019. Disponível em: www.ebrevistas.eb.mil.br. Acesso em: 6 out. 2020.

O inteiro teor da Apelação nº 14.882/1946 pode ser acessado a partir do sítio do STM, no endereço stm.jus.br, no *link* Difusão da Memória da JMU (aba Informação).

Anexos:

1) Capa da Apelação.
2) Capa do Processo na FEB.
3) Denúncia.
4) Instauração do IPM.
5) Relatório do IPM.
6) Despacho de Prisão Preventiva.

   Primeira Folha do Acórdão Ap. (Fls. 206).
7) Parecer da Procuradoria-Geral nos Embargos (Fls. 450).
8) Primeira Folha do Acórdão nos Embargos (Fls. 463).

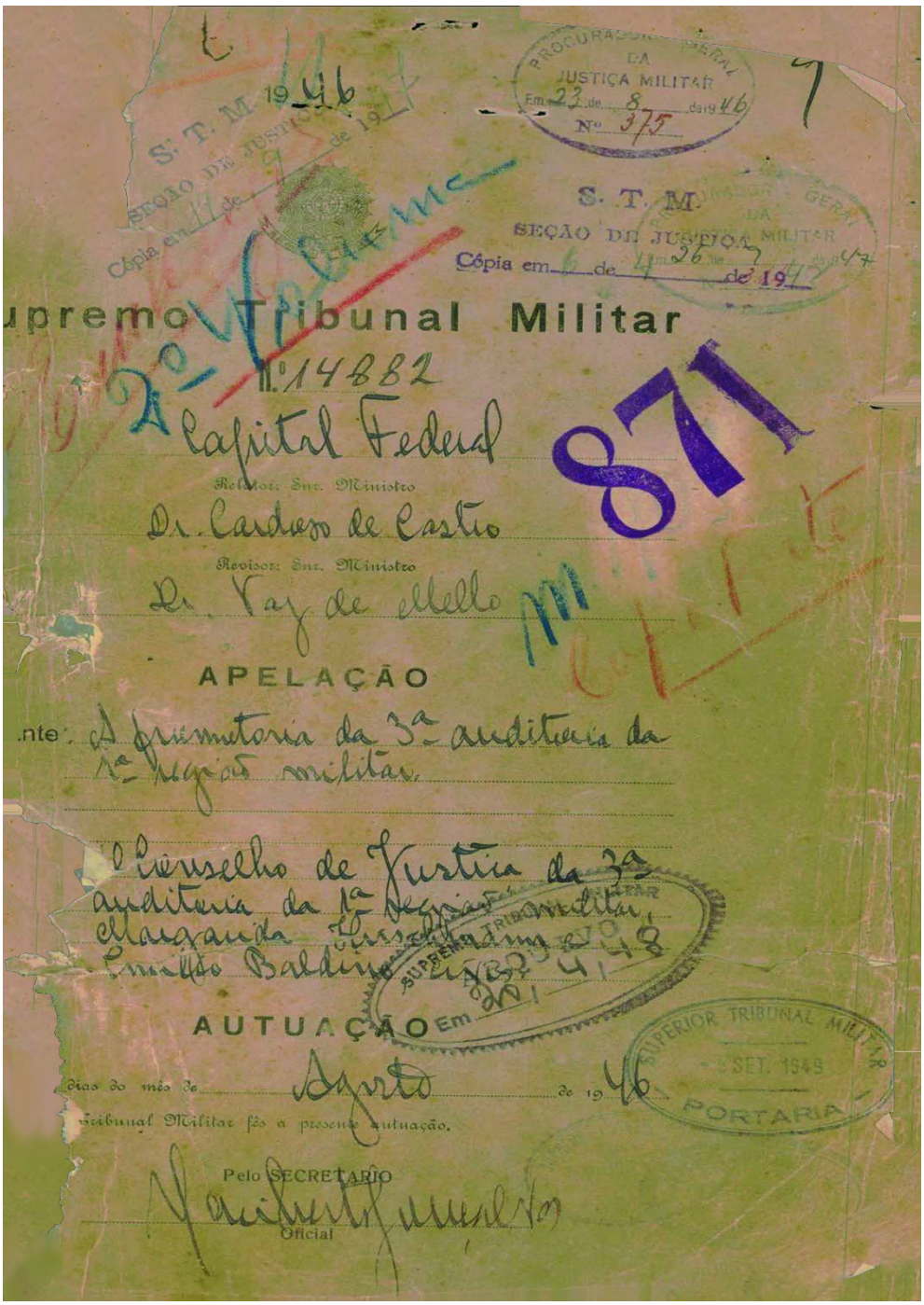
Dr. Péricles Aurélio L. de Queiroz

Ministro do STM

Maria Juvani Lima Borges

Diretora de Documentação e Gestão do Conhecimento (STM)

Apelação Nº 14.882/1946



PROCURADOR GERAL DA JUSTIÇA MILITAR
Em 23 de 8 de 1946
Nº 375

S. T. M.
SEÇÃO DE JUSTIÇA
Cópia em 6 de 4 de 1947

S. T. M. 1946
SEÇÃO DE JUSTIÇA
Cópia em 11 de 9 de 1947

Supremo Tribunal Militar

Nº 14882

Capital Federal

Relator: Snr. Ministro
Dr. Cardoso de Castro

Revisor: Snr. Ministro
Dr. Vaz de Mello

871

APELAÇÃO

Ante: A promotoria da 3ª auditoria da 1ª região militar.

O Conselho de Justiça da 3ª auditoria da 1ª região militar, Margarida Tuschtmann e Emilio Baldino Lima

SUPREMO TRIBUNAL MILITAR
Em 20/4/48

AUTUAÇÃO

dias do mês de Agosto de 1946

Tribunal Militar fês a presente autuação.

Pelo SECRETARIO
Oficial

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
5 SET. 1949
PORTARIA

F 1 B

Fôrça Expedicionária Brasileira

JUSTIÇA MILITAR

2a. AUDITORIA DA 1.ª D. I. E.

N. 91 19 45

Auditor: Eugênio Carvalho do Nascimento, Ten.Cel.

Escrivão: Walter Bello Faria, 2º Tenente

Promotor: Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, Promotor

Acusado s: MARGARIDA HIRSCHMANN e EMÍLIO BALDINO, civís

Crime: arts.265 e 269, c.c.art.66, § 2º, e art.314, tudo do C.P.M.

AUTUAÇÃO

Aos sete dias do mês de julho do ano de mil novecentos e quarenta e cinco, em Francolise, Itália autuo o processo que adiante se segue; do que, para constar, lavro este têrmo.

Walter B. Faria, 2º Tenente

ESCRIVÃO

2
ut

Exmo. Snr. Dr. Auditor da 2a. Auditoria da 1a. D.I.E.

A., á conclusão.
Em 7-VII-945
E. Cor. Vasconcellos

O representante do Ministério Público nesta Auditoria, no exercicio das suas atribuições e com fundamento nos inclusos autos, vem apresentar denúncia contra:- MARGARIDA HIRSCHMANN, natural do Estado de São Paulo, solteira, filha de José Hirschmann e Madalena Hirschmann, com 25 anos de idade e EMILIO BALDINO, natural do Rio Grande do Sul, solteiro, filho de Pedro Baldino e Philomena Salatino, com 40 anos de idade, como incursos na sanção dos arts. 265 e 269 c.c. art. 66 § 2º do C.P.M., pelo que passa a expôr:- Durante os mêses de Janeiro, Fevereiro, Março e Abril do corrente ano, diariamente, das 13 ás 14 horas, em Fino Bonasco, proximo á Como, Itália, os acusados tomaram parte no programa de irradiações chamado Auri Verde, dirigido aos Expedicionários Brasileiros, fazendo propaganda desmoralisante do nosso governo e das nossas autoridades, procurando quebrar o moral das nossas forças em combate, e aliciar as praças á deserção, recebendo para tanto, estipendio e prestando desta fórma serviço ás forças armadas alemãs, pois a estação radio referida era pertencente ao Exercito Alemão e dirigida por oficiais dessa Nação. O crime foi praticado com a agravante da letra n, do nº II, do art. 59 do C.P.M.

Assim, para que sejam processados e, afinal jul-

espera esta Promotoria vêr recebida e autuada a presente denúncia, para dar logar a instrução criminal em dia e hora previamente designados, sendo citados os denunciados, sob pena de revelia, intimadas as testemunhas arroladas, pena de desobediencia, e cumpridas as formalidades legais.

Ról de testemunhas:

1a.) Antonio Ribeiro da Silva - Soldado 6º R.I.

2a.) Jayme Marques de Figueredo Filho - 2º Ten.-S.F. do Q.G. da 1a. D.I.E.

3a.) Rubem Pereira de Argollo - 2º Ten. - Q.G. da 1a.D.I.E.

4a.) Jorge Eduardo Xavier - Cap. - Cia. do Q.G. da 1a.D.I.E.

5a.) Alfredo de Almeida Faria - 2º Sgt. - 1a. Cia. de Transmissões

Informantes:

1a.) Felicio Mastrangelo - Locutor de Rádio - Via Lanza, 3 Milão

Francolise, 7 de Julho de 1945
Orlando Martinho Ribeiro da Costa
Prom.

AUTUAÇÃO

1945.

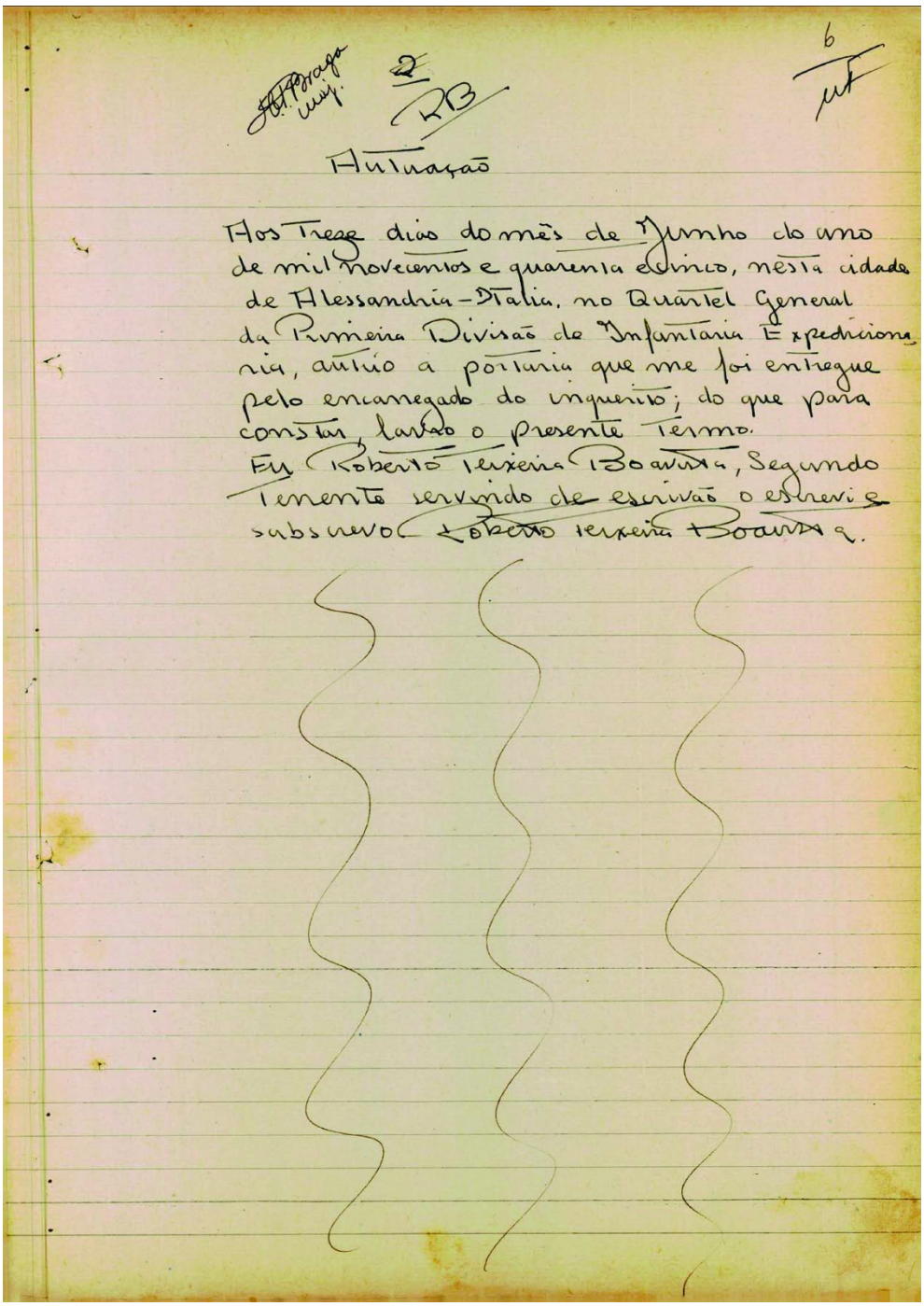
Alessandria - Italia, Quartel General da Primeira Divisão de Infantaria Expedicionaria

Inquerito Policial - Militar.

Encarregado
Helio Peres Braga
Major

Escrivão
Roberto Teixeira Boavista
Segundo Tenente

Indiciados - Margarida Hirschmann e outros.



Autuação

Aos Treze dias do mês de Junho do ano de mil novecentos e quarenta e cinco, nesta cidade de Alessandria - Italia, no Quartel General da Primeira Divisão de Infantaria Expedicionaria, autuo a portaria que me foi entregue pelo encarregado do inquerito; do que para constar, lavro o presente termo.
Eu Roberto Teixeira Bonança, Segundo Tenente servindo de escrivão o escrevi e subscrevo. Roberto Teixeira Bonança.

V EXÉRCITO
IV CORPO
Q.G. da la. D.I.E.
SECÇÃO DE INSPEÇÃO
Nº 227 I.G.
P O R T A R I A

Alessandria, 13 de Junho de 1945

Do Gen. Cmt. da la. D.I.E.
Ao Sr. Major Helio Peres Braga

Assunto: I.P.M. (Instauração de)

I - Tendo chegado ao meu conhecimento que MARGARIDA HIRSCHMANN, cidadã brasileira, durante o período de operações de guerra falava pelo rádio, do território ocupado pelo inimigo e em benefício deste, fazendo propaganda para os elementos da F.E.B., determino que seja, na forma do artigo nº 114, letra a, do C.J.M., com a máxima brevidade, instaurado a respeito o competente inquérito policial militar, delegando-vos, para esse fim, as atribuições policiais que me competem.

JOÃO BATISTA MASCARENHAS DE MORAIS
Gen. Div. Cmt. da la. D.I.E.

PORTARIA

Tendo o Exmo. Snr. Gen. JOÃO BATISTA MASCARENHAS DE MORAIS, Comandante da 1a. D.I.E. me delegado as atribuições policiais que lhe competem, para apurar o fato atribuido à MARGARIDA HIRSCHMANN a que se refere a Portaria nº 227 I.G.; determino que se procedam os necessários exames e diligências para esclarecimento da verdade. O snr. escrivão proceda à autuação da presente com os documentos que a acompanham, juntando, a seguir, as peças que forem acrescendo.

ALESSANDRIA, 13 de Junho de 1945

Helio Peres Braga
Major, encarregado do I.P.M.

H. P. Braga
Maj.

~~4 17~~
RB

9
mt

I.º Exército
IV.º C. Ex.
1.ª D. I. E.

Alessândria, 13 de Junho de 1945

Do Maj. Helio Peres Braga
Ao Exmo. Snr. General Cmt. da 1.ª D.I.E.

Assunto: Pede a nomeação de escrivão para I.P.M.

I - De acordo, nomeie-se
II - Publique-se
Em 13-VI-45
[illegible]

Tendo recebido delegação de poderes de V. Excia. para presidir um inquérito policial-militar nos termos do § 2.º, do artigo 115 do C.J.M. proponho para escrivão do referido inquérito o 2.º Tenente Roberto Teixeira Boavista, que serve no Quartel General da D.I.E.

Helio Peres Braga
Major.

RELATÓRIO

EXAMINANDO-SE ATENTAMENTE O PRESENTE INQUERITO POLICIAL MILITAR, VERIFICA-SE:

1) - QUE durante o período de operações em território italiano, funcionou em Fino Monasco, próximo à Milão, uma estação rádio emissora que se annunciava como "RÁDIO AURI VERDE".

2) - QUE a referida emissora ESTAVA A SERVIÇO DO EXÉRCITO E GOVERNO ALEMÃO e sua direção era exercida por um oficial da S. S., auxiliado por outros elementos militares alemães (depoimentos de folhas 12, 16, 25, 26, 27 e 28).

3) - QUE o programa irradiado pela citada emissora era ESPECIALMENTE DEDICADO ÀS FORÇAS EXPEDICIONÁRIAS BRASILEIRA e visava, na opinião unânime dos depoentes, ABATER O MORAL DO EXPEDICIONÁRIO BRASILEIRO E ABALAR O SEU ESPIRITO DE COMBATIVIDADE.

4) - QUE, no decorrer das irradiações, particularmente nos "sketch" finais, foram feitas REFERÊNCIAS DESAIROSAS AO BRASIL E AS SUAS AUTORIDADES e CRITICAS DESTRUTIVAS ÀS RELAÇÕES ENTRE O NOSSO PAÍS E OS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, fazendo-se crêr ser a nossa participação na guerra uma imposição dos americanos (depoimentos de folhas 7v, 8v, 29, 30v).

5) - QUE na emissora em questão prestaram serviços os seguintes brasileiros: MARGARIDA HIRSCHMANN, EMILIO BALDINO e o soldado brasileiro, prisioneiro dos alemães, ANTONIO RIBEIRO DA SILVA, e ainda o italiano FELICIO MASTRANGELO.

6) - QUE Margarida Hirschmann servia como datilógrafa e locutora, mantendo um CONTRATO com a rádio que lhe PAGAVA MENSALMENTE A IMPORTANCIA DE OITO MIL LIRAS. Sabia, como esclarece no seu depoimento de folhas 25, que a EMISSORA ESTAVA A SERVIÇO DO EXÉRCITO E GOVERNO ALEMÃO e que o seu OBJETIVO ERA DESMORALIZAR O COMBATENTE BRASILEIRO. Tomava parte na elaboração do programa, traduzia e irradiava as noticias vindas da Alemanha e era muito bemquista dos oficiais alemães. No seu depoimento de folhas 13 RECONHECE QUE TEM CULPA, quando declara que "deixa de alegar inocencia por haver de fato trabalhado na Rádio Auri Verde" (depoimentos de folhas 7v, 9v, 12, 13, 14, 18, 25, 28v e 30).

7) - QUE Emilio Baldino trabalhou na mesma estação rádio, PERCEBENDO PELO SEU TRABALHO A IMPORTÂNCIA MENSAL DE QUINZE MIL LIRAS. Sabia, como se verifica no seu depoimento de folhas 20 que a EMISSORA ESTAVA AO SERVIÇO DO EXÉRCITO E GOVERNO ALEMÃO. Participava da organização dos programas irradiados, auxiliava a redigir os "sketch" finais e neles tomava parte como locutor (depoimentos de folhas 7v, 8, 12, 14, 16, 26 e 30v).

8) - QUE Felicio Mastrangelo, cidadão italiano com cincoenta anos passados no Brasil, prestou tambem serviços na estação rádio, tomando parte na organização dos programas e participando dos "sketch", juntamente com Baldino e outros dois alemães. RECEBIA PELO SEU TRABALHO A IMPORTÂNCIA DE SEIS MIL LIRAS MENSAIS (depoimentos de folhas 12, 14, 16 e 27).

9) - QUE Antonio Ribeiro da Silva, soldado brasileiro, prisioneiro dos alemães em Barga, foi levado inicialmente para Mantua e depois para Fino Monasco e obrigado a servir como ordenança dos oficiais alemães, FAZENDO ATÉ SERVIÇOS INCOMPATIVEIS COM A SUA SITUAÇÃO DE PRISIONEIRO DE GUERRA. Ainda forçado pela sua condição de prisioneiro, foi obrigado a trabalhar por varias vezes na discoteca da emissora no transporte e arrumação de discos (depoimentos de folhas 16, 25, 26 e 28v).

34
123

38

DA EXPOSIÇÃO FEITA CONCLUE-SE:

1) - QUE MARGARIDA HIRSCHMANN e EMILIO BALDINO PRESTARAM SERVIÇOS REMUNERADOS AO INIMIGO, TRAINDO, PORTANTO, TODOS OS SEUS COMPROMISSOS PARA COM A PÁTRIA.

2) - QUE FELICIO MASTRANGELO, esquecendo os cincoenta anos de vida fácil no Brasil, PARTICIPOU DAS IRRADIAÇÕES DIRIGIDAS CONTRA O SEU POVO E AUTORIDADES.

3) - QUE, finalmente, o soldado ANTONIO RIBEIRO DA SILVA, a TANTO FOI OBRIGADO PELA SUA SITUAÇÃO DE PRISIONEIRO DE GUERRA.

O FATO APURADO, em consequência, constitue em relação à Margarida e Baldino CRIME DE COMPETENCIA DOS TRIBUNAIS MILITARES, deixando o encarregado do inquérito de se manifestar em relação a Mastrangelo, por se tratar de cidadão estrangeiro. Quanto ao soldado Ribeiro nenhum crime encerra a sua conduta.

Pelos motivos acima devem estes autos, na conformidade do paragrafo 20 do artigo 117 do Codigo de Justiça Militar ser remetidos à autoridade Judiciaria Militar competente para fins de direito.

No interesse da justiça convem ainda que seja determinada a PRISÃO PREVENTIVA de Margarida e Baldino e MANTIDA A PRISÃO de Mastrangelo, até que sobre esta última se manifeste a Promotoria

O PRESENTE INQUERITO não poude ser preparado dentro do prazo previsto em lei, pelos seguintes motivos:

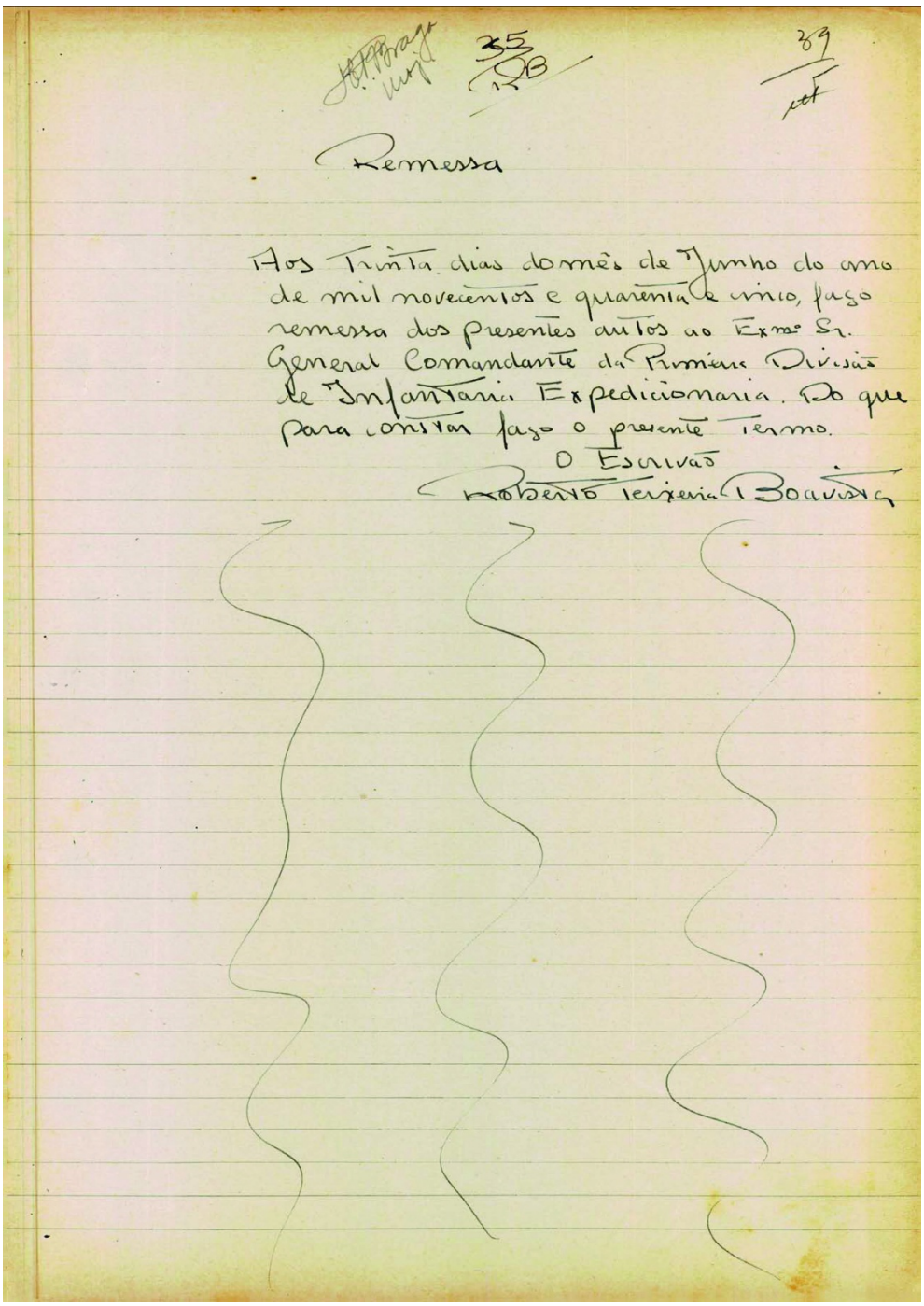
1) - Estar o local onde se encontravam os elementos do fato - cidade de Milano - muito distante da então séde da 1a. D.I.E. - cidade de Alessándria.

2) - Ficarem as diligências para o esclarecimento de certos assuntos na dependência de autoridades estrangeiras (folhas 6 e 19).

3) - Processar-se o inquerito na época de deslocamento da Divisão, o que obrigou o encarregado a reinquirir os indiciados em Staffoli, e ouvir duas testemunhas em Francolise (cerca de 800 Kms. de Alessándria.

Acampamento em FRANCOLISE, 29 de Junho de 1945.

Helio Peres Braga
HELIO PERES BRAGA - Major
Encarregado do I.P.M.
Major.



35
RB

39

Remessa

Aos Trinta dias do mês de Junho do ano de mil novecentos e quarenta e cinco, faço remessa dos presentes autos ao Exmo Sr. General Comandante da Primeira Divisão de Infantaria Expedicionaria. Do que para constar faço o presente Termo.

O Escrivão

Roberto Teixeira Boavista

40

Solução

Pela conclusão das averiguações policiais que mandei proceder, verifica-se que o fato apurado constitue crime da competencia da Justiça Militar. Determino, pois, que sejam os presentes autos remettidos, com a possivel urgencia, ao Snr. Ten. 1º Auditor da 2ª Auditoria da D.F.E., para os fins de direito. Publique-se. Bm

Francolise, 30-VI-945

Gen. J. Mascarenhas de Moraes
Com.te

43

D E S P A C H O

O Major Encarregado do Inquérito, ao concluir seu Relatório a fls. 38, opinou pela prisão preventiva dos Indigitados, no interesse da Justiça. No mesmo sentido se pronunciou o Dr. Promotor a fls. 41.

Efetivamente, trata-se de crime de traição, e essa delinquência dos dois Denunciados se acha positivada não só pela prova testemunhal, como pela confissão que êles fizeram no inquérito a fls. 16, 18, 29 e 30.

Sendo êles civís, facilmente poderiam fugir à ação penal, se ficassem soltos em país estrangeiro.

Decreto, pois, a prisão preventiva de MARGARIDA HINSCHMANN e de EMILIO BALDINO, no interesse da Justiça, ex-vi do artigo 149 do Código da Justiça Militar, combinado com o artigo 47 do Decreto-Lei nº 6.396, de 1.IV.1944.

Comunique-se, e intime-se.

Francolise, Itália, 7 de Julho de 1945.

Eugênio Carvalho do Nascimento
Ten.Cel., Auditor

206

Apelação nº 14 882 - Capital Federal.

Crime de traição. Constitue crime de traição, no conceito legal, prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra com o Brasil, como tal considerado o de rádio difusão em estação sob a direção do govêrno e do exército inimigo. Questões de defesa - dupla nacionalidade, coação irresistível e estado de necessidade.

Relator : Ministro Dr. Cardoso de Castro.
Revisor : Ministro Dr. Vaz de Mello.
Apelante: A Promotoria da 3a. Auditoria da 1a. R.M.
Apelados: O Conselho de Justiça da 3a. Auditoria da 1a. R.M., Margarida Hirschmann e Emílio Baldino, civis.

Vistos e relatados êstes autos dêles se verifica o seguinte:

Quando as forças expedicionárias brasileiras estavam em operações de guerra na Italia existia em funcionamento a estação de rádio instalada em Fino Monasco.

Havia sido organizado um programa intitulado Hora Auri Verde, destinado às mesmas forças "tanto que ao anunciá-lo, diziam-no: "Dedicado aos Expedicionários Brasileiros na Italia" (fls. 12v.). Os seus locutores nêsse programa falavam a lingua portuguêsa.

O sentido e o objetivo das irradiações dêsse programa estão qualificados pelos que lá estiveram em serviço de guerra:

Disse um oficial:

> "que o programa constava normalmente de música regional brasileira, noticiário de guerra e de um "sketch" final - - - - e no qual se faziam referências desairosas às relações políticas entre o Brasil e seus aliados e se ridicularizava a atuação das forças brasileiras na Italia; que durante êsses "sketchs" teve ocasião de ouvir referências como estas: "Ser o Brasil um papagaio enjaulado na

458

PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA MILITAR

RIO DE JANEIRO, D. F.

Nºs 317/314

1 9 4 6

A P E L A Ç Ã O (EMBARGOS)

CAPITAL FEDERAL

Nº 14 882

Embargante - MARGARIDA HIRSCHMANN.

Embargado - O acórdão do Superior Tribunal Militar, de 2 de dezembro de 1946.

PRELIMINARMENTE

O decreto-lei 8 443, de 26 de dezembro de 1945, extinguiu (art. 1º) os órgãos da Justiça Militar organizada junto à Força Expedicionária Brasileira, determinando, do mesmo passo, que suas atribuições passariam a ser exercidas, em primeira instância, pelas auditorias da 1ª Região Militar, e, em segunda, pelo Superior Tribunal Militar,

> na forma do decreto-lei 6 396, de 1 de abril de 1944.

Duas modificações foram introduzidas, no sistema processual, pelo citado decreto-lei 8 443 :

> A distribuição dos processos e o julgamento da apelação, no Tribunal, reger-se-iam pelas normas estabelecidas em seu Regimento Interno (parágrafo único do art. 1º),

e

2

459

> A composição do Conselho de Justiça de que trata o art. 6º do decreto-lei 6 396, na parte referente aos juizes militares, sería feita mediante sorteio, nos termos do art. 12 do Código da Justiça Militar.

O art. 39 do decreto-lei 6 369 estatui :

> As sentenças proferidas pelo Conselho Supremo de Justiça Militar, como tribunal de segunda instância, não são suscetíveis de embargos.

As atribuições que competiam ao Conselho Supremo passaram a ser desempenhadas pelo Tribunal. As sentenças, pois, que êste proferir, em substituição daquêle, não comportam, evidentemente, o remedium juris em causa.

O decreto-lei 8 443 não revogou, implicita ou explicitamente, o questionado art. 39; ao revés, manteve-o, em toda a plenitude, ao prescrever, no art. 1º, in-fine :

> na forma do mesmo diploma (decreto-lei 6 369),

salvante, é óbvio, as alterações que assinalei, em outro lance.

Penso, assim, que o Tribunal não deve conhecer dos embargos a fls. 454 do 2º vol., por incabiveis, na hipótese.

DE MERITIS

A quaestio facti e a questio juris ficaram esgotadas, no julgamento anterior. Tanto a defesa, pela palavra eloquente de seu patrono, como a acusação, por meio intermédio, empregaram, a primeira com mais brilho que a ultima, todos os recursos para tornar vitoriosa a tése que sustentavam, no prélio jurídico que se desenvolveu no terreno da doutrina e da exegese dos textos. Nada tenho a acrescentar ao que escrevi, nos autos, e falei da tribuna. Reporto-me, assim, aos

460

fundamentos do parecer de fls. 193 a 203 do 2º vol., opinando pela rejeição dos embargos.

Rio de Janeiro, 2 de Outubro de 1947.

Waldemiro Gomes Ferreira

WALDEMIRO GOMES FERREIRA

Procurador Geral.

P/P/P.

463

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Apelação Nº 14 882 - (EMBARGOS) - Capital Federal.

EMBARGOS - Admissibilidade do recurso de embargos nos casos de julgamento em 2a. instancia de processos atribuidos a competencia do antigo Conselho Supremo da Justiça Militar. Improcedencia do recurso que repete materia já apreciada e julgada.

Relator : Ministro Dr. Cardoso de Castro.
Revisor : Ministro Dr. Vaz de Mello.
Embargante: MARGARIDA HIRSCHMANN.
Embargado : O acórdão do Superior Tribunal Militar, de 2 de dezembro de 1946.

ACORDAM, em Tribunal, preliminarmente, admitir os embargos, e, de meritis, confirmar o acórdão embargado que condenou MARGARIDA HIRSCHMANN a pena de vinte anos de prisão, ex-vi do art. 265 do Código Penal Militar, regeitando, assim, ditos embargos.

1 - Os crimes praticados em zonas de operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupados por forças brasileiras, eram julgados pela Justiça Militar junto ás Forças Expedicionarias, atribuido o julgamento em 2a. instancia ao Conselho Supremo da Justiça Militar.

A forma de processo era especial, cabendo apelação para esse Conselho, não havendo o recurso de embargos, nem o de revisão, nem o de habeas corpus.

Transferiu-se a competencia do Conselho Supremo da Justiça Militar para este Superior Tribunal.

Ocorreu que surgiu duvida sobre a constituição deste Superior Tribunal para o julgamento deste feito.

Segundo a forma do processo, mandado adotar para o julgamento perante o Conselho Supremo, não havia restrição alguma,

Jurisprudência

Agravo Interno

AGRAVO INTERNO Nº 7000064-97.2020.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Agravante: Marco Antônio Farias Sabetta.

Agravado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

AGRAVO INTERNO QUE REITERA PEDIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STF NO TOCANTE À REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REJEIÇÃO. ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. DECISÃO UNÂNIME.

Pretensão defensiva de que a Decisão monocrática do Presidente desta Corte Castrense, que inadmitiu o Recurso Extraordinário com base no art. 1.030, inciso I, alínea "a", do CPC, e do art. 6º, inciso IV, do RISTM, seja revista pelo Plenário.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há repercussão geral na tese de afronta ao princípio do devido processo legal, quando necessário o exame de normas infraconstitucionais, por caracterizar mera ofensa reflexa, como se verifica no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 748371/RG. Com efeito, para que aquela Corte analisasse o

eventual cerceio, ter-se-ia que adentrar em apreciação de normas diversas da Constituição Federal.

No caso, observa-se que a verificação da alegada ofensa ensejaria, pelo STF, o exame da aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal comum por esta Justiça Especializada, o que, além de terminantemente vedado em sede extraordinária, contraria entendimento pacífico da Suprema Corte sobre não ser possível se mesclar os regimes penais comum e castrense, sob pena de se gerar um hibridismo normativo, incompatível com o princípio da especialidade.

Enfim, caberia ao Agravante confrontar a aplicação do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 748371/RG ao caso concreto, de modo a demonstrar que a tese firmada pelo STF no referido precedente não se aplica ao feito.

Agravo Interno rejeitado. Decisão Unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência e Relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou o Agravo Interno, mantendo íntegra a Decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento para o Supremo Tribunal Federal.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. Ausência justificada do Ministro Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 23/4/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela ilustre Defensoria Pública da União, contra Decisão deste Presidente, proferida em 12 de dezembro de 2019, que não admitiu o Recurso Extraordinário e negou-lhe seguimento ao Supremo Tribunal Federal, **à luz do art. 1.030, incisos I, alínea "a", e V, do**

Código de Processo Civil[10], e do art. 6º, inciso IV, do Regimento Interno do STM[11] (autos nº 1275-08.2019, evento 9).

Consta dos autos que o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 3ª CJM, em 7 de agosto de 2018, **por unanimidade**, julgou procedente a Denúncia para condenar o civil MARCO ANTÔNIO FARIAS SABETTA pela prática do crime de desacato, capitulado no artigo 299 do CPM[12], à pena de 8 (oito) meses e 2 (dois) dias de detenção.

Por se tratar de condenado reincidente e que se encontrava foragido do Presídio de Jaguarão/RS, não foi concedida a suspensão condicional da pena, tendo sido fixado o regime inicial semiaberto, mas com o direito de apelar em liberdade (autos nº 133-82.2016.7.03.0203, evento 39). Inconformada, a DPU apelou (evento 47).

Em 19 de junho de 2019, os Ministros desta Corte Castrense, **por unanimidade**, não conheceram da preliminar de amplitude do efeito devolutivo da Apelação; **por unanimidade**, rejeitaram a segunda preliminar, de incompetência da Justiça Militar da União; **por unanimidade**, rejeitaram a terceira preliminar de julgamento monocrático pelo Juiz Federal da Justiça Militar; **por maioria**, rejeitaram a quarta preliminar de ausência de citação válida, arguida, de ofício, pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora). No mérito, **por unanimidade**, negaram provimento ao Apelo defensivo, para manter íntegra a Sentença recorrida, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro GEN EX LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES (autos nº 964-51.2018, evento 46).

Irresignada, a DPU opôs Embargos Infringentes e de Nulidade, requerendo a reforma da Decisão colegiada para que fosse acolhida a

---

[10] **Art. 1.030.** Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:
I - negar seguimento:
a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;
(...)
V - realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal (...).

[11] **Art. 6º** São atribuições do Presidente:
IV - decidir sobre a admissibilidade de Recurso Extraordinário, observado o disposto nos arts. 131 a 134;

[12] **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.

preliminar de nulidade por ausência de citação válida, decretando a suspensão do processo e da prescrição da pretensão punitiva (evento 60).

Em 19 de setembro de 2019, os Ministros desta Corte, **por maioria**, rejeitaram os Infringentes, para manter irretocável o Acórdão recorrido, nos termos do voto do Relator para o Acórdão, Ministro Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA (autos nº 578-84.2019, evento 35).

No dia 7 de novembro de 2019, a DPU apresentou Recurso Extraordinário (evento 49).

Em suas razões, requereu o deferimento e o processamento do RE, para reformar os Acórdãos emanados no STM nos autos da Apelação nº 7000964-51.2018.7.00.0000 e dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000578-84.2019.7.00.0000, por ofensa aos princípios do devido processo legal, do juiz natural e da isonomia, em decorrência da alegada incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o Acusado; e por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em virtude da inaplicabilidade do art. 366 do CPP[13], pugnando pela suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, com a consequente anulação de todos os atos processuais a partir da citação (autos nº 1275-08.2019, evento 1).

Em contrarrazões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, representada pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, pronunciou-se pela inadmissibilidade do Recurso Extraordinário e, no mérito, pelo seu desprovimento (evento 6).

Em 12 de dezembro de 2019, proferi Decisão não admitindo o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento para o STF, em relação à pretensa **violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa**, **à luz do artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do novo Código de Processo Civil,** e do artigo 6º, inciso IV, do Regimento Interno do STM.

Quanto aos **princípios do juiz natural e da isonomia**, a negativa de seguimento foi fundamentada no **artigo 1.030, inciso V, do CPC**, e no mesmo inciso IV do artigo 6º do RISTM (evento 9).

É contra tal decisão de inadmissibilidade que se insurge a Defesa. Nas razões do presente Agravo, pugna que "seja reconhecida a incompetência do Conselho Permanente de Justiça e, no consequente, a reforma do Acórdão recorrido para que, com fundamento no 'devido processo penal legal/constitucional', nos Princípios do Juiz Natural e da Isonomia, a

[13] **Art. 366.** Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

apreciação do processo e julgamento seja pelo Juiz Federal da JMU, nos termos da Lei 13.774/2018.".

Afirma que a jurisprudência utilizada na Decisão que inadmitiu o RE, no que tange aos princípios do juiz natural e da isonomia, não condiz com a pretensão da Defensoria Pública da União, que versa sobre a aplicação, ao presente caso, da Lei nº 13.774/2018, que alterou a organização da Justiça Militar da União.

Ao final, requer, em plano inicial, o juízo de retratação da Decisão monocrática; mantida a Decisão, pugna que o presente Agravo Interno seja conhecido e provido pelo Plenário desta Corte, para que seja determinada a subida do Apelo Extremo ao Supremo Tribunal Federal (autos nº 64-97.2020, evento 1).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, representada pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. ANTÔNIO PEREIRA DUARTE, apresentou as contrarrazões em 4 de março de 2020, pugnando pelo conhecimento do Agravo e, no mérito, pelo seu desprovimento (evento 10).

É o Relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e atende ao requisito do art. 1.030, § 2º, do CPC[14], e do art. 118, inciso III, do RISTM[15].

Pretende a Defesa que a Decisão agravada seja revista pelo Plenário deste STM, de modo a admitir o Recurso Extraordinário interposto.

Entretanto, mantenho a Decisão impugnada.

Em que pesem os argumentos do Agravante, nada há a reparar nos fundamentos do *Decisum* vergastado. Da Decisão recorrida, extraem-se os seguintes trechos:

> (...) No que tange à alegada afronta ao **princípio do devido processo legal**, (...) o Plenário Virtual do STF, por meio do julgamento do ARE 748.371 RG, entendeu pela inexistência de repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada

[14] **Art. 1. 030.** Recebida a petição (...) os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:
(...)
§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

[15] **Art. 118.** Cabe Agravo Interno:
(...)
III - contra decisão do Presidente que aplica a sistemática da repercussão geral na admissibilidade do Recurso Extraordinário.

aplicação de normas infraconstitucionais, como na espécie, em que se discute a interpretação dada em 1ª e 2ª instâncias da Justiça Militar da União à Lei nº 13.774/2018 e inaplicabilidade do art. 366 do CPP por esta Corte nos Acórdãos combatidos. Eis o teor do referido tema:

> Tema 660:
>
> Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e **do devido processo legal**. **Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.** Rejeição da repercussão geral (ARE 748371 RG, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 06/06/2013) (Grifos nossos).

De outro lado, é pacífico o entendimento desta Corte em relação à inaplicabilidade do artigo 366 do CPP comum à Justiça Militar. A incidência do Código de Processo Penal comum se dá somente de forma subsidiária, sendo cabível apenas nos casos de lacuna na lei. Induvidoso que a legislação especial é clara quanto à situação do revel, não se justificando a utilização do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Pretório Excelso, *in verbis*:

> PROCESSO PENAL MILITAR - ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA - IMPROPRIEDADE. Ante norma especial contida no Código de Processo Penal Militar, a revelar que a citação editalícia possui eficácia e validade, impróprio é evocar o disposto na regra geral, ou seja, no artigo 366 do Código Penal. Precedente: habeas corpus nº 108.420/PE, relator o ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 16 de agosto de 2011, Diário da Justiça de 31 de agosto de 2011 (HC 126.082, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 10-05-2017 PUBLIC 11-05-2017).
>
> EMENTA: PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 366 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. 7. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade da aplicação subsidiária do artigo 366 do CPP no âmbito da Justiça Militar. Isto porque "O artigo 292 do Código de Processo Penal Militar[16] dispõe a propósito da decretação da revelia quando o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado. (...). No julgamento do HC nº 86.854, a 1ª Turma desta Corte decidiu não ser possível mesclar os regimes penais comum e castrense, de modo a selecionar o que cada um

[16] **Art. 292.** O processo seguirá à revelia do acusado que, citado, intimado ou notificado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado.

> tem de mais favorável ao réu, sob pena de se gerar um hibridismo normativo, incompatível com o princípio da especialidade." (HC 91.225, Rel. Min. Eros Grau). (...). (RHC nº 130.235. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento: 3/11/2015).

Como se verifica, o STF decidiu que não há repercussão geral quanto à matéria relativa ao reconhecimento do princípio do devido processo legal quando for necessária a apreciação de normas diversas da Constituição Federal, como na hipótese.

Ademais, caberia ao Agravante demonstrar que a tese firmada pelo STF no referido precedente não se aplica ao presente feito.

Nesse sentido, o seguinte trecho do voto do Ministro CELSO DE MELLO, Relator do Agravo na Reclamação nº 30.867, julgado pela Segunda Turma em 6/5/2019, que bem explicita a matéria:

> (...) **a interposição do agravo interno objetiva viabilizar a formulação de juízo de retratação pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido ou a reforma da decisão agravada pelo órgão colegiado previsto em seu regimento interno, ensejando-se ao recorrente, desse modo, a possibilidade de demonstrar a eventual existência de distinção entre a controvérsia jurídica versada no caso concreto e a tese firmada no paradigma invocado como fundamento para negar trânsito ao apelo extremo.**

Tem-se, portanto, que os fundamentos do Agravo deveriam afastar a tese de que, para aferir se houve de fato ofensa ao princípio do devido processo legal, necessário o reexame das normas infraconstitucionais e a aplicação que lhes foi dada pelo Tribunal Castrense.

E, ao longo da petição de Agravo, não se vislumbra qualquer tentativa da Defesa de demonstrar que a hipótese apresentada não se subsome perfeitamente ao precedente citado (*Agravo em Recurso Extraordinário nº 748371/**RG**),* de modo a justificar a reforma da Decisão monocrática proferida por este Presidente.

Ao revés, o Agravante insiste nas mesmas teses apresentadas no Apelo Extremo, nada trazendo de novo a alterar o entendimento que não o admitiu com base na alínea "a" do inciso I do art. 1.030 do CPC.

Quanto aos demais argumentos defensivos para afastar os fundamentos da Decisão agravada, a Parte deveria ter se insurgido por meio de Agravo em Recurso Extraordinário, ônus do qual não se desincumbiu, não merecendo, tais argumentos, apreciação no presente momento.

Logo, acertada a Decisão agravada ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário, tendo em vista o adequado enquadramento da questão debatida àquela descrita na jurisprudência e no entendimento sumulado pela Egrégia Corte.

Ante o exposto, rejeito o Agravo Interno, mantendo íntegra a Decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário negando-lhe seguimento para o Supremo Tribunal Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar o Agravo Interno, para manter na íntegra a Decisão que, com base no art. 1.030, inciso I, alínea "a", do CPC, e do art. 6º, inciso IV, do RISTM, não admitiu o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento para o Supremo Tribunal Federal.

Brasília, 23 de abril de 2020 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

Apelação

APELAÇÃO Nº 7000011-19.2020.7.00.0000

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

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: Marcílio Abreu de Lima.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFESA. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ARTIFÍCIO FRAUDULENTO. VANTAGEM INDEVIDA. ELEMENTO SUBJETIVO. CARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. APELO DESPROVIDO.

A observância ao princípio acusatório se perfaz com o oferecimento da Denúncia. O pedido de absolvição formulado pelo MPM não vincula o Órgão julgador, conforme o art. 437, "b", c/c o art. 297, ambos do CPPM.

Inexiste o dever legal, senão moral, de o familiar comunicar o óbito de pensionista ao órgão pagador, não se incriminando a simples omissão na comunicação do falecimento à Administração Militar. Ao se conjugar a referida omissão com a ação, por parte do Acusado, de efetuar saques indevidos na conta de pessoa já falecida, mantendo a Administração Militar em erro, fica caracterizada a fraude típica do delito de estelionato. O artifício fraudulento utilizado para a obtenção da vantagem ilícita, hábil a manter a Administração em erro, se perfez com a movimentação da conta de pensionista sabidamente falecida, cumulado com a não comunicação do seu óbito à Administração Militar, configurando o silêncio "conveniente e malicioso", caracterizador

do elemento subjetivo do delito de estelionato. O Réu tinha ciência de tratar-se de valores depositados mensalmente pela Marinha do Brasil a título de pensão e, portanto, que os saques eram indevidos.

A tipicidade do delito de estelionato ficou comprovada pela conduta do Acusado que, de maneira livre e consciente, conjugou condutas omissiva e comissiva, para manter a Administração em erro, mediante meio fraudulento, visando e obtendo vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar.

A Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda não tem aplicação no âmbito desta Justiça Castrense. Ademais, o grau de reprovabilidade da conduta, a expressiva lesão jurídica provocada e a ofensa ao sistema de pagamento dos militares e pensionistas da Marinha obstam o reconhecimento da insignificância e da consequente atipicidade material no caso concreto.

Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão majoritária.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Edmar Jorge de Almeida, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença recorrida, nos termos do voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Os Ministros José Coêlho Ferreira (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Artur Vidigal de Oliveira conheciam e davam provimento ao recurso interposto pela defesa para, reformando a r. sentença, absolver Marcílio Abreu de Lima com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros William de Oliveira Barros, 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. O Ministro José Coêlho Ferreira (Revisor) fará voto vencido. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 25/6/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União contra a Sentença do Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM, que condenou o civil MARCÍLIO ABREU DE LIMA à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, com direito ao *sursis* e de recorrer em liberdade, sendo fixado o regime inicialmente aberto para o caso

de cumprimento efetivo da reprimenda. O Apelante foi denunciado pelo Ministério Público Militar, nos termos seguintes (Processo Originário-PO [APM nº 7000175-02.2019.7.07.0007, Evento 1, DENUNCIA1):

> (…) Narram os autos que, por desconhecer o falecimento ocorrido em 13 de agosto de 2016 da ex-pensionista SEVERINA ABREU DE MEDEIROS, vinculada ao Serviço de Veteranos e Pensionistas do Comando do 3º Distrito Naval, a Administração Militar da Marinha do Brasil depositou, indevidamente, na conta-corrente de titularidade da pensionista falecida, os proventos de pensão militar referentes aos meses de setembro de 2016 a janeiro de 2017.
>
> A Marinha do Brasil tomou conhecimento do óbito da pensionista por meio do Sistema Informatizado de Controle de Óbitos (SISOBI) em 15 de fevereiro de 2017, 42 (evento 1, fls.19), providenciando o bloqueio do pagamento no mesmo mês.
>
> Os autos demonstram que, após o falecimento, a Administração Militar depositou indevidamente, entre os meses de setembro de 2016 e fevereiro de 2017, na conta bancária da ex-pensionista, a título de proventos, a importância originária de R$ 15.393,59 (quinze mil, trezentos e noventa e três reais e cinquenta e nove centavos), e que houve reversão bancária no valor de R$ 2,48 (dois reais e quarenta e oito centavos) (evento1 - fls. 36/39, 62/67, 113/115).
>
> Apurou-se que o denunciado, filho da ex-pensionista, realizou as retiradas indevidas dos proventos creditados na conta bancária da falecida, após o óbito, até fevereiro de 2017, conforme **confissão e declarações da sua irmã**, MÁRCIA ABREU DE LIMA MELO, constantes dos depoimentos colhidos na fase inquisitorial **(Evento 1, fls. 43/50, 70, 93 e 99)**.
>
> **Constatou-se que o denunciado era o único responsável pela movimentação da conta bancária da falecida genitora, e sacou a pensão depois do falecimento da titular, durante os seis meses subsequentes ao falecimento.**
>
> Assim, os elementos de convicção constantes do presente inquérito policial militar apontam que **o denunciado se omitiu dolosamente, deixando de comunicar o falecimento da sua mãe ao Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha, para induzir a administração militar em erro, a fim de que continuasse a creditar os proventos na conta-corrente de titularidade da ex-pensionista, mesmo depois do seu óbito**.
>
> Ademais, aproveitou-se do desconhecimento pelo Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha em relação ao falecimento da sua mãe, sacou os valores correspondentes aos proventos creditados pela Marinha entre setembro de 2016 e fevereiro de 2017.
>
> **O laudo de avaliação do prejuízo calculou que o dano provocado à Administração Militar totaliza a quantia de R$ 17.177,45**

> **(dezessete mil, cento e setenta e sete reais e quarenta e cinco centavos), corrigidos em fevereiro de 2018 (Evento 1, fls. 105/108).** (…). (Grifos no original).

Consta nos autos do Inquérito Policial Militar nº 139-57.2019.7.07.0007, instaurado através da Portaria nº 27, de 1º/4/2019, do Sr. Comandante da Escola de Aprendizes-Marinheiros de Pernambuco (Evento 1, PORT3), os seguintes documentos, dentre outros:

- Notícia de Fato nº 115.2019.000041, tramitada na 5ª Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro: incluso o Processo de Recuperação de Ativos nº 20180118023, procedido pelo Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha - SVPM (Evento1, PROCADM8);

- Certidão de Óbito da Sra. SEVERINA ABREU DE MEDEIROS (Evento1, PROCADM8, fl. 16 [numeração relativa aos autos eletrônicos]);

- Termo de Confissão de Dívida perante a Marinha do Brasil, subscrito pelo Acusado MARCÍLIO ABREU DE LIMA, em 22/5/2019 (Evento1, OUT15); e

- Laudo de Avaliação do Prejuízo e Demonstrativo de Débito, confeccionados no curso do IPM (Evento1, LAU18).

- Certidões de Antecedentes Criminais do Acusado (PO, Eventos 4/5 e 29/30).

A Denúncia foi recebida em 15/8/2019 (PO, Evento 1, REC_DENUNCIA2).

O Acusado foi regularmente citado em 22/8/2019 (PO, Evento 8).

Em 5/9/2019, a DPU informou não ter testemunhas a arrolar (PO, Evento 15).

Em 8/10/2019, foi ouvida a testemunha (informante) arrolada pelo MPM MÁRCIA ABREU DE LIMA DE MELO. Na mesma Sessão foi realizado o interrogatório do Acusado MARCÍLIO ABREU DE LIMA. As partes nada requereram em relação à fase do art. 427 do CPPM (PO, Eventos 21/22).

Em Alegações Escritas, o *Parquet* Castrense, entendendo existir dúvida acerca do dolo do Acusado em cometer delito contra a Administração Militar, opinou pela absolvição do Réu (PO, Evento 25).

Na mesma fase processual (PO, Evento 28), a DPU requereu: a absolvição do Acusado, em respeito ao Princípio Acusatório, ante o pedido absolutório formulado pelo MPM; bem como em face da atipicidade da conduta por ausência da comprovação quanto ao dolo do delito de estelionato, tendo, ainda, em vista à manifesta impossibilidade de se atribuir ao Agente a conduta realizada para a obtenção da vantagem ilícita, a utilização de

artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento, bem como a ausência da intenção na manutenção ou indução da Administração Militar em erro; e, subsidiariamente, na hipótese de condenação, a aplicação da pena em seu mínimo legal e a concessão do *sursis*.

Em 26/11/2019, o Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 7ª CJM julgou procedente o pedido formulado na Denúncia e CONDENOU o Acusado MARCÍLIO ABREU DE LIMA à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, concedido ao Réu o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante as condições previstas no artigo 626 do CPPM (exceto a alínea "a"), além do comparecimento trimestral na sede do Juízo da Execução ou de outro que lhe fosse designado; foi fixado o regime inicial aberto para eventual cumprimento da pena e assegurado o direito de apelar em liberdade (PO, Evento 47).

A DPU apresentou tempestivo Recurso de Apelação, recebido pelo Juízo *a quo* na mesma data em que interposto (PO, Eventos 48, 50 e 52).

Em suas Razões de Apelo (Evento 1, 2-RAZAPELA), a DPU requer, *in verbis*:

> a. **A REFORMA DA SENTENÇA para a ABSOLVIÇÃO de MARCÍLIO ABREU DE LIMA, ante o pedido absolutório do Ministério Público Militar**, em respeito ao princípio acusatório (art. 129 da Constituição Federal);
>
> b. **No mérito, ante a inexistência de conjunto probatório suficiente a comprovar que tenha o apelante agido dolosamente para o crime descrito na denúncia, ante a ausência de dolo**, e, por conseguinte, a inafastável aplicação dos **princípios do *favor rei*** e do ***in dubio pro reo*, a REFORMA DA SENTENÇA, para que seja decretada sua ABSOLVIÇÃO, com fundamento no art. 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar**;
>
> c. Na hipótese de não ser acolhida a tese anteriormente exposta, requer-se, **REFORMA DA SENTENÇA** para a **ABSOLVIÇÃO** do apelante com fulcro no artigo 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar, em razão da atipicidade material da conduta decorrente da necessidade de aplicação do **Princípio da Insignificância e do Princípio da Intervenção Mínima** do Direito Penal ao caso em apreço; (Grifos no original).

Em Contrarrazões (Evento 1, 3-CONTRAZ), o MPM requereu que o Recurso de Apelação seja conhecido e provido, para **absolver** o Apelante das imputações do delito do art. 251 do CPM, com fulcro no art. 439, "e", do CPPM.

A SEJUD certificou que nada consta naquela Secretaria em relação ao Acusado (Evento 4).

A PGJM, em parecer da lavra do Dr. ANTÔNIO PEREIRA DUARTE, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, manifestou-se pelo conhecimento e **provimento** do Recurso de Apelação. (Evento 6).

É o Relatório.

VOTO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União contra a Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União da Auditoria da 7ª CJM, de 26/11/2019, que condenou MARCÍLIO ABREU DE LIMA à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso no art. 251, *caput*, do CPM.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Em suas Razões recursais, a DPU alega, em resumo, que: o Réu deve ser absolvido em virtude do pedido absolutório formulado pelo MPM, a teor do princípio acusatório; o elemento subjetivo do tipo exige a consciência de que se tratava de vantagem ilícita, bem como o fim especial de agir contido na expressão "para si ou para outrem"; o Acusado acreditava ser automática a ciência do óbito pela Marinha e confiava serem devidas as quantias sacadas; os valores sacados não foram utilizados em benefício próprio; a intenção do Réu em ressarcir os valores sacados indevidamente demonstraria a boa-fé e ausência de dolo; e a conduta seria materialmente atípica, à luz dos vetores que balizam a aplicação do Princípio da Insignificância.

Em Contrarrazões, o *Parquet Milicien*, pugnando pela absolvição do Apelante, aduziu, em resumo, que: não se poderia afastar de plano as alegações do Acusado, no que se refere à crença sobre a licitude dos saques e quanto à não utilização dos valores em proveito próprio; a tipificação do estelionato exige que a Administração sofra um ardil, utilizado para mantê-la em erro, a fim de que se perpetue o pagamento do benefício; no caso, não foi apresentado nenhum documento falso ou interposta pessoa para que o benefício tivesse continuidade; desde o início, o Acusado demonstrara interesse na reparação do dano; e as quantias auferidas indevidamente pelo Sr. MARCÍLIO poderiam ser avaliadas e cobradas na esfera cível.

Com a devida vênia aos argumentos da combativa Defesa e do Órgão Ministerial, os autos demonstram que a Sentença de piso não merece reparos.

Inicialmente, cabe destacar o entendimento segundo o qual o pedido de absolvição formulado pelo MPM não vincula o Órgão julgador, nos termos

do art. 437, "b", c/c o art. 297, ambos do CPPM. Essa, aliás, é a exegese adotada de forma pacífica no âmbito desta Corte Castrense, como se vê no seguinte Aresto:

> (...) *In casu*, a Decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário se debruçou sobre a recepção do art. 437 do CPPM, ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à não vinculação do Poder Judiciário ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, fruto do princípio do livre convencimento motivado, citando, inclusive, decisões daquela Corte que considerou Constitucional o art. 385 do CPP, que tem como correlato no CPPM, o art. 437, alínea "b". (...) Agravo Rejeitado. Decisão unânime. (Agravo Interno nº 0000015-60.2016.7.11.0211. Rel. Min. José Coêlho Ferreira. Julgamento: 7/6/2018).

Ademais, a observância ao princípio acusatório se perfaz com o oferecimento da Denúncia, momento em que o *Parquet* deduz a pretensão punitiva. Por ocasião do julgamento, o Magistrado não está vinculado à manifestação das partes, devendo, em atenção ao princípio da verdade substancial, julgar fundamentado no Direito, no caso concreto, nos fatos e provas apresentadas nos autos. Nesse passo, como bem pontuou a Sentença *a quo*, a tese de vinculação da Sentença ao pedido ministerial "é temerária, por tornar possível uma absolvição contrária aos autos e ao Direito, o que também é uma injustiça, por fragilizar o ordenamento jurídico e trazer consequências de difícil mensuração".

Não há, portanto, como acolher o pleito defensivo de absolvição do Acusado, ante o pedido formulado em Alegações Finais pelo Ministério Público Militar, não havendo, tampouco, que se falar em afronta ao art. 129 da Constituição Federal.

Quanto ao mérito, propriamente, está bem esclarecido nos autos que, em 13/8/2016, houve o falecimento da pensionista civil Sra. SEVERINA ABREU DE MEDEIROS, contudo, diante da ausência de informações sobre o óbito, a Marinha do Brasil continuou realizando os créditos bancários relativos à pensão até o pagamento de JAN/17. Isso porque o Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha só tomou conhecimento do óbito da pensionista em 15/2/2017 por meio do Sistema Informatizado de Controle de Óbitos (SISOBI), razão pela qual bloqueou o pagamento e instaurou o Processo de Recuperação de Ativos (PRA) nº 20180118023. Nas diligências realizadas no mencionado procedimento, o SVPM localizou e notificou o Sr. MARCÍLIO ABREU DE LIMA que, por meio de mensagens eletrônicas, contatou o referido Serviço, tendo admitido que os valores foram utilizados para pagar o aluguel da casa onde a ex-pensionista morava, junto com a irmã do Acusado (Sra. Márcia). Na ocasião, indicou interesse em ressarcir o Erário, mencionando, porém, a inviabilidade de realizar

o pagamento no curto prazo estabelecido pela Marinha (30 dias), por se tratar de um valor alto para quem recebia um salário por mês e tinha um lar para sustentar (IPM, Evento 1, PROCADM8).

A materialidade delitiva está comprovada: pela Certidão de Óbito da Sra. SEVERINA ABREU DE MEDEIROS (IPM, Evento1, PROCADM8, fl. 16); pelo Laudo de Avaliação do Prejuízo e Demonstrativo de Débito (Evento1, LAU18), confeccionado por peritos da Marinha no curso do IPM, precisando que os valores líquidos depositados, considerados apenas os dias posteriores ao falecimento da ex-pensionista no mês do óbito (AGO/17), corresponderam ao valor líquido de R$ 14.877,82 (quatorze mil, oitocentos e setenta e sete reais e oitenta e dois centavos), do qual foram revertidos R$ 2,48 (dois reais e quarenta e oito centavos), perfazendo o **valor total da dívida líquida em R$ 14.875,34** (quatorze mil, oitocentos e setenta e cinco reais e trinta e quatro centavos), que, **corrigido até 15/4/2019, atinge o montante de R$ 17.651,28** (dezessete mil, seiscentos e cinquenta e um reais e vinte e oito centavos); e pelo Termo de Confissão de Dívida (Evento1, OUT15).

A autoria delitiva também restou comprovada, na medida em que o Acusado MARCÍLIO ABREU DE LIMA reconheceu ter sacado os valores depositados pela Marinha do Brasil após o óbito de sua mãe, fato corroborado pelo depoimento da Sra. MÁRCIA ABREU DE LIMA, irmã do Réu.

A Defesa pondera não haver prova quanto ao elemento subjetivo exigido pelo tipo, eis que o Acusado não teria agido com o dolo e o especial fim de agir característicos do delito de estelionato.

Sem embargo, os argumentos defensivos não prosperam, diante do que há nos autos. Senão, vejamos.

O tipo penal inserto no art. 251 do CPM consiste em 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.

Na lição do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de direito penal, 3: parte especial. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273), a configuração do crime de estelionato exige a presença dos seguintes requisitos fundamentais: "1) emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento; 2) induzimento ou manutenção da vítima em erro; e 3) obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio (do enganado ou de terceiro)".

De fato, o delito em tela só existe na modalidade dolosa, exigindo-se, para a sua configuração, a intenção, a vontade livre e consciente de obter a vantagem ilícita, para si ou para outrem, causando prejuízo alheio, com o

induzimento ou manutenção de alguém em erro, mediante o emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

No presente caso, contudo, não se coaduna com as provas dos autos o argumento de que o Acusado não teria consciência de que obtinha vantagem ilícita com a retirada dos valores, eis que, supostamente, confiava serem devidos à sua genitora.

Em seu Interrogatório (PO, Evento 21, VIDEO1/2), quando indagado pelo Magistrado *a quo* sobre o porquê de achar que teria direito aos valores sacados, o Acusado limitou-se a ponderar que pensava que os valores eram de sua falecida mãe porque o dinheiro estava na conta dela, sendo que sequer teve a curiosidade de perguntar a quem pagava, no caso a Marinha. Por outro lado, colhe-se dos autos que, mesmo antes do falecimento, era o Réu quem sacava os valores na conta da sua genitora, e os administrava junto com a irmã, de maneira que sabia tratar-se de valores depositados mensalmente pela Marinha do Brasil a título de pensão.

Dessa forma, mostra-se acertada a análise feita pelo Magistrado *a quo*, ao consignar que "restou evidenciado que o réu sabia que não fazia jus aos valores depositados em nome de sua falecida mãe e, mesmo assim, permaneceu sacando até que a própria Marinha suspendesse o pagamento (...)".

Ainda no sentido de afastar o elemento subjetivo do tipo, a Defesa argumenta que os valores sacados não teriam sido utilizados em proveito próprio do Sr. MARCÍLIO, mas nos dispêndios decorrentes do falecimento, com funeral e outros custos que eventualmente surgiram, além das despesas com alimentação e moradia de sua irmã, Sra. MÁRCIA. Para corroborar o raciocínio, indica precedente desta Corte Castrense (EI nº 7000146-65.2019.7.00.0000, Rel. Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Julgamento: 21/8/2019) que reconheceu a ausência do elemento subjetivo em relação ao delito de estelionato previdenciário, na qual os saques indevidos realizados na conta do pensionista falecido foram utilizados apenas para custear as despesas pendentes deixadas pelo beneficiário.

Ora, não se desconhece haver na jurisprudência desta Corte casos de estelionato previdenciário em que este Plenário reconheceu não evidenciado o elemento subjetivo do tipo quando demonstrado que o Acusado não agiu com a intenção de se apropriar dos valores sacados. Contudo, tal entendimento deve ser aplicado com a devida cautela, sob pena de se banalizar conduta delituosa de alta lesividade, mesmo porque diversas circunstâncias devem balizar a análise relativa ao dolo característico do delito em questão.

Assim, mostra-se possível o reconhecimento da ausência de dolo, ou de dúvida quanto a sua ocorrência, em situações limítrofes, quando conjugados alguns fatores chega-se ao convencimento de que o Agente não tinha a intenção de se apropriar dos valores sacados ou não agiu com *animus fraudandi*, podendo-se citar, como exemplos: curto lapso temporal dos saques, um ou dois meses após o falecimento; reduzido valor do desfalque; utilização dos valores para custear despesas prementes, decorrentes do próprio óbito; informação espontânea do óbito à Administração Militar, em prazo razoável; movimentação em conta conjunta, quando há a possibilidade de confusão entre valores; crédito realizado mesmo após o familiar ter informado o óbito à Administração, o que pode levar à crença de que o valor seria um pagamento residual; dentre outros fatores que podem ser sopesados em cada contexto.

Ocorre que, no presente caso, em que pese a argumentação defensiva, os autos evidenciam que os valores indevidamente sacados da conta da falecida pensionista verteram em proveito próprio do Acusado e também de terceiro, no caso a sua irmã, Sra. MÁRCIA.

In casu, extrai-se do conjunto probatório, com a necessária clareza, que a falecida não deixou dívidas contraídas em vida e se havia algumas contas pendentes essas seriam de pequena monta. Ademais, as alegadas dívidas não foram minimamente comprovadas, de maneira que os sucessivos saques na conta da falecida não encontram arrimo nessa suposta justificativa. Veja-se que até mesmo os alegados dispêndios com o funeral da Sra. SEVERINA mostram-se incertos, pois o Acusado diz tê-los pago com parte dos valores sacados, contudo não apresentou comprovante que confirme o referido gasto, sequer sabendo precisar o seu valor.

Tais conclusões restam evidenciadas pelo próprio contexto dos depoimentos prestados pela Sra. MÁRCIA e pelo Acusado, mormente nos seguintes trechos:

MÁRCIA ABREU DE LIMA DE MELO (PO, Evento 21, VIDEO1)

Indagada pelo MPM: sobre em que era gasto esse dinheiro, respondeu que:

> era para me ajudar né, assim, na alimentação, né, e no aluguel mesmo; e sobre se a falecida tinha gastos no final da vida, se havia deixado dívidas, respondeu "ela deixou, assim, algumas dívidas né e a gente ia pagando também com esse dinheirinho né, mas não era muita dívida não, porque a gente não fazia não, dívida não, porque assim, quem 'coisava' mais o dinheirinho dela era nós dois né, aí a gente não fazia assim essas dívidas não".

MARCÍLIO ABREU DE LIMA (PO, Evento 21, VIDEO1/2)

> Indagado pelo Magistrado, o Acusado informou que dava a sua irmã uma "parte dos valores sacados, para ela pagar o aluguel e fazer as compras e que outra parte ficava com ele (interrogando)". Em resposta às perguntas do MPM: o Acusado afirmou ter pago o funeral da Sra. SEVERINA, mas não recordava o valor, nem tinha comprovante daquela época; que não adquiriu bens com os valores sacados; que a falecida não deixou gastos altos decorrentes de farmácia; que era ele (depoente) quem recebia o valor da pensão e pagava as contas da ex-pensionista; e que, após o falecimento, ficaram algumas despesas que ele tinha de pagar e por isso mesmo recebia e ficava pagando as contas que ficaram da época que a sua genitora estava viva.

Frise-se que o fato de o Sr. MARCÍLIO não ter comprado bens de valor elevado com o dinheiro não afasta a realidade de que obteve vantagem ilícita (para si e para terceiro) em prejuízo da Administração Militar. A vantagem, aliás, foi considerável, pois, consoante se levantou no Laudo de Avaliação, os valores líquidos indevidamente sacados orçaram mais de R$ 14.000,00 (quatorze mil reais).

Na verdade, os valores da pensão, sacados indevidamente durante seis meses, foram usados para prover despesas correntes, do dia a dia, da Sra. MÁRCIA nos meses subsequentes ao óbito, como aluguel e alimentação, e do próprio Apelante que admitiu que ficava com parte dos valores.

Assim, vê-se que o Magistrado *a quo* avaliou corretamente os fatos ao concluir que "(...) ambos estavam vivendo do recebimento dessa renda, inclusive porque o esposo de MÁRCIA deixou de receber o valor da pensão que recebia do INSS (depoimento supra)", destacando ser "(…) imperioso esclarecer que a baixa renda não pode ser usada como motivo ou razão para o cometimento de delitos. (…)".

De fato, problemas financeiros não constituem motivo imperativo para excluir a tipicidade, a ilicitude ou a culpabilidade nos delitos de cunho patrimonial. Diante da dificuldade financeira enfrentada, ante a diminuição da renda familiar em razão da morte da sua genitora, com a consequente extinção da pensão que ela recebia, o Apelante poderia e deveria ter adotado conduta diversa de sacar indevidamente os proventos erroneamente depositados na conta da "de cujus". Era-lhe, ao contrário, exigível buscar alternativas conforme o direito para a solução de seus problemas pessoais, posto que, como é cediço, as dificuldades econômicas atingem a maioria da população brasileira, que, no entanto, não lança mão da prática de condutas contrárias ao direito para resolvê-las.

As assertivas de que o Acusado acreditava ser automática a informação do óbito e de que a Marinha não teria atuado com a necessária diligência para cessar os repasses financeiros também não têm o condão de elidir a sua responsabilidade criminal.

Sabe-se inexistir dever legal, senão moral, do familiar comunicar o óbito de pensionista ao órgão pagador, sendo certo não se incriminar a simples omissão na comunicação do falecimento à Administração Militar. Porém, quando se conjuga a referida omissão com a ação, por parte do Acusado, de efetuar saques indevidos na conta de pessoa já falecida, mantendo a Administração Militar em erro, a situação muda de figura, restando caracterizada a fraude típica do delito de estelionato.

A esse respeito, é pedagógico e esclarecedor o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, na Apelação nº 3-21.2014.7.05.0005/PR, julgada em 21/6/2018, *in verbis*:

> (...) não há fraude alguma em, sendo o representante legal, receber a pensão destinada a uma pessoa que está viva. Também não há fraude quando um pensionista falece e não se comunica o fato à Unidade pagadora (comportamento omissivo). Porém, não se pode admitir o mesmo raciocínio quando se conjuga a morte de um pensionista com as correspondentes omissão (não comunicação do óbito) e ação (saques efetuados indevidamente) por parte do acusado.
>
> (...) A vantagem se torna ilícita pelo simples fato de a pensionista falecer, o que automaticamente faz cessar o repasse do benefício pensional, e os depósitos continuarem a ser sacados. E a fraude está caracterizada por uma conduta omissiva, qual seja, a de não comunicar o óbito ao órgão responsável pelo pagamento, conjugada com a conduta comitiva de sacar indevidamente os valores, mantendo a administração em erro.

Atente-se que o fato de o Acusado não ter apresentado nenhum documento falso ou interposta pessoa perante a Administração Militar para que o benefício tivesse continuidade, como ponderou o *Parquet Milicien*, não afasta o dolo característico do estelionato no presente caso.

Na espécie dos autos, o artifício fraudulento utilizado para a obtenção da vantagem ilícita, hábil a manter a Administração Militar em erro, se perfez com a movimentação da conta de pensionista sabidamente falecida, como se aquela estivesse viva, cumulado com a não comunicação do seu falecimento à Administração Militar, configurando o silêncio "conveniente e malicioso", caracterizador do elemento subjetivo do delito de estelionato.

Aliás, o simples fato de realizarem-se saques na conta de uma pessoa falecida, por si só, já se mostra incompatível com a tese de ausência do *animus*

fraudandi. No caso dos autos, a situação é ainda mais latente, na medida em que o Acusado realizou os saques indevidos por 6 (seis) meses e sequer cogitou informar o falecimento à Administração Militar. Pelo contrário, os pagamentos indevidos somente cessaram porque a Administração teve conhecimento do óbito por meio do sistema SISOBI, de modo que, se não fosse esse meio de controle, o alcance seria ainda maior.

Corroborando o entendimento aqui exposto, há vigorosa jurisprudência desta Corte Castrense, da qual se destacam os seguintes julgados:

> (…) Mesmo sem a exigência de notificação de óbito ao órgão pagador, o dolo está configurado ante o silêncio malicioso de ludibriar a Administração e obter vantagem ilícita por meio de saques em conta corrente de falecida beneficiária, mediante o uso de cartão e senha. (...) Reformada a Sentença para reduzir a pena ao mínimo legal. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime. (Apl nº 24-05.2015.7.03.0203. Rel. Min. Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Julgamento: 6/11/2018).
>
> (…) 4. O saque bancário dos proventos de pessoa sabidamente falecida, mediante o uso de cartão e/ou Procuração, valendo-se de silêncio no tocante à comunicação do óbito, perfaz o meio fraudulento para a obtenção de vantagem, hábil para induzir a Administração Militar em erro, configurando-se o elemento subjetivo do tipo do delito de estelionato. Recurso provido. Decisão por maioria. (STM, Apl nº 52-96. 2013.7.05.0005. Rel. Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias. Julgamento: 2/8/2018).
>
> (...) No crime de estelionato, o ato de não declarar o falecimento do pensionista à Administração castrense constitui omissão maliciosa. O interessado continua agindo como se vivo estivesse o beneficiário, utilizando de seu cartão bancário e de sua senha para locupletar-se de quantias depositadas indevidamente a título de pensão. (…). No mérito, recurso não provido. Decisão unânime. (Apl nº 73-11.2015.7. 08.0008/PA. Rel. Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgamento: 17/8/2017).

Afigura-se, pois, perfeitamente caracterizada a tipicidade do delito de estelionato, diante da presença do elemento subjetivo do tipo, eis que o Acusado, de maneira livre e consciente, conjugou condutas omissiva e comissiva, para manter a Administração em erro, mediante meio fraudulento, visando e obtendo vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar, não havendo sequer a possibilidade de aplicar em seu favor o *in dubio pro reo,* diante dos elementos de prova contidos nos autos.

O fato de o Apelante ter demonstrado interesse em ressarcir os valores indevidamente sacados não é suficiente para descaracterizar o dolo na sua

conduta. No caso, a verdadeira demonstração de boa-fé se daria se ele tivesse deixado de sacar os valores depositados mensalmente na conta de sua falecida mãe e informado oportunamente o óbito à Administração Militar, o que jamais foi por ele cogitado.

A tese de que as quantias auferidas indevidamente poderiam ser avaliadas e cobradas oportunamente na esfera cível também não afastam a responsabilidade penal do Acusado. No caso concreto, nem mesmo a atenuação da pena, prevista no art. 253 c/c o art. 240, § 2º, ambos do CPM, pode ser concedida, eis que para a sua aplicação a lei penal militar exige a reparação do dano antes de instaurada a ação penal militar, o que, a toda evidência, não ocorreu.

Por fim, é de se afastar a tese de atipicidade material da conduta diante da suposta presença dos vetores inerentes à aplicação do Princípio da Insignificância.

Nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte, a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, que determina o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), não tem aplicação no âmbito desta Justiça Castrense para fins de aferição do Princípio da Insignificância. Nesse sentido:

> (...) Embora o prejuízo suportado pela Administração Militar seja inferior ao limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido pela Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda, essa norma administrativa circunscreve-se ao âmbito do Direito Tributário. (...). Recurso não provido. Unanimidade. (Apl 7000077-33.2019.7.00.0000. Rel. Min. Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino. Julgamento: 8/5/2019).

Ademais, o grau de reprovabilidade da conduta, a expressiva lesão jurídica provocada e a ofensa ao sistema de pagamento dos militares e pensionistas da Marinha obstam o reconhecimento da insignificância e da consequente atipicidade material no caso concreto.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo defensivo, mantendo íntegra a Sentença recorrida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por maioria**, em negar provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença recorrida.

Brasília, 25 de junho de 2020 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Apelação Nº 7000011-19.2020.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, por divergir da douta maioria, votei vencido, no que fui acompanhado pelos Eminentes Ministros MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, para conhecer e dar provimento ao recurso interposto pela defesa para, reformando a r. sentença, absolver MARCÍLIO ABREU DE LIMA com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, conforme as razões que passo a expor.

2. A Defesa pleiteava a reforma da r. sentença, tendo em vista o pedido absolutório do Ministério Público Militar, em respeito ao princípio acusatório e pela inexistência de provas suficientes que demonstrassem que o apelante agiu com dolo, nos termos do art. 439, "b", do CPPM. E, uma vez não acolhidas as hipóteses anteriores, requereu a aplicação do princípio da insignificância para absolver o apelante com fulcro no art. 439, alíneas "b" ou "d", do CPPM (Evento 1, doc. 2).

3. Em contrarrazões, o *Parquet* das Armas também requereu fosse o presente recurso de apelação conhecido e **provido**, para absolver o apelante das imputações do delito do art. 251 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM (Evento 1, doc. 3).

4. A Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em Parecer da lavra do Dr. Antônio Pereira Duarte, Subprocurador-Geral, opinou pelo conhecimento e **provimento** do feito (Evento 6).

5. O crime de estelionato exige, para ser caracterizado, que se comprove a presença de seus elementos constitutivos, quais sejam, o artifício fraudulento; o induzimento da vítima em erro; o prejuízo por esta sofrido; o correspondente enriquecimento ilícito dos agentes e o dolo na conduta. Assim, afirma Jorge César de Assis que, para se caracterizar o crime de estelionato, é necessário que se comprove a presença de seus elementos constitutivos, quais sejam:

> (...) o artifício fraudulento; o induzimento, por meio dele, das vítimas em erro; o prejuízo por estas sofrido; o correspondente locupletamento ilícito dos agentes e o dolo. (ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 564.)

6. Não restam dúvidas de que a Administração Militar sofreu prejuízo, conforme consta no Laudo de Avaliação do Prejuízo, que concluiu que os valores líquidos depositados corresponderam ao montante de R$ 14.877,82 (catorze mil, oitocentos e setenta e sete reais e oitenta e dois centavos), que,

corrigido até abril de 2019, totalizou a quantia de R$ 17.651,28 (dezessete mil, seiscentos e cinquenta e um reais e vinte e oito centavos) (Evento 1 - doc. 18 - fls. 107/108, Proc. nº 7000139-57.2019.7.07.0007).

7. Entretanto, além do dano causado, deve ser analisado se o apelante agiu com o dolo de, mediante artifício fraudulento, induzir o Erário em erro, uma vez que se trata de tipo penal genuinamente doloso. E é justamente isso que não se conseguiu demonstrar no presente caso.

8. Conforme se observa no interrogatório (Evento 21, vídeos 1 e 2, Proc. nº 7000175-2.2019.7.07.0007), o apelante confirmou que fez os saques porque entendia que os valores pagos pela Marinha do Brasil ainda eram devidos à sua genitora. Explicou que a quantia foi utilizada para o pagamento do funeral da Sra. Severina Abreu de Medeiros, pensionista falecida, e para despesas do dia a dia, como aluguel e alimentação, especialmente de sua irmã, Sra. Marcia Abreu de Lima de Melo, que cuidava da ex-pensionista antes do óbito, o que foi confirmado por ela (Evento 21, vídeo 1, Proc. nº 7000175-2.2019.7.07.0007).

9. Ressalta-se, inclusive, que ambos afirmaram que, desde o início, o apelante tem a intenção de devolver os valores, inclusive se dispondo a utilizar o seu FGTS. Ademais, confirmaram que o apelante não teve nenhum tipo de enriquecimento durante o período dos saques, compreendido entre setembro/2016 e janeiro/2017.

10. Diante disso, verifica-se que, no caso em comento, o apelante não demonstrou vontade livre e consciente de manter a Administração Militar em erro. Portanto, não se comprovou o dolo por sua parte, que consiste na vontade livre e consciente de praticar determinada conduta. O apelante confirmou que efetuou saques da conta da falecida pensionista, porém argumentou que acreditava que fazia jus ao recebimento do provento depositado.

11. Ademais, no tocante ao engano, característica essencial do estelionato, o próprio *Parquet Milicien* reconheceu não haver indícios de fraude, engodo ou ardil, ou de que o apelante tinha vontade de manter a Administração em erro.

12. Portanto, entendo que não é possível sustentar a presença de dolo na conduta do apelante, afastando-se, assim, a consumação do crime a ele imputado. Neste sentido se manifestou a PGJM, conforme se depreende do trecho a seguir:

> Por outro lado, com razão a Defensoria Pública da União, ao afirmar que não houve dolo na conduta praticada, apesar da prova testemunhal.

> Com efeito, há nos autos elementos capazes de afastar o intento doloso do apelante, ao se considerar todas as despesas médicas e medicamentos as empregadas na saúde da Sra. Severina Abreu de Medeiros, bem como em outras despesas, tais como moradia, alimentação e o próprio funeral, ônus demasiado difícil de suportar, quando se tem em conta a dedicação integral da Sra. Márcia Abreu de Lima de Melo em despender esforços nos cuidados com sua genitora.
>
> (...)
>
> Demais disso, extrai-se que o apelante se comprometeu, desde o início, e quando possível, ressarcir o dano causado, utilizando seu saldo em conta Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS).
>
> Assim, as quantias auferidas "indevidamente" pelo Sr. Marcílio podem ser avaliadas e cobradas oportunamente, na esfera cível, não sendo o melhor caminho considerar o apelante estelionatário, devendo-se afastar o fato âmbito penal.
>
> Em vista do exposto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifesta-se pelo conhecimento e provimento do presente Recurso de Apelação. (Evento 6).

13. Por fim, como também apontou o Parecer supramencionado, é importante destacar que a manifestação ministerial, em sede de alegações escritas (Evento 25, Proc. nº 7000175-2.2019.7.07.0007), no sentido de absolvição do ora apelante não impõe ao Órgão Julgador a obrigatoriedade de decidir naquele sentido, como quer fazer crer a defesa, uma vez que não há vinculação imposta entre a opinião do *Parquet* e os fundamentos de decidir do magistrado, nos termos do art. 54 c/c o art. 297 do CPPM.

14. De igual maneira, apenas para fins de registro, caso fosse confirmado o dolo do apelante, o que se admite apenas por apego ao debate, não se poderia, como pretende a DPU, aplicar o princípio da insignificância ao caso em tela. A uma, porque a Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda é norma administrativa referente à inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela PGFN. E, a duas, porque o caso não preenche as condições já amplamente reconhecidas pela jurisprudência, quais sejam, *i)* mínima ofensividade da conduta do agente, *ii)* ausência de periculosidade social da ação, *iii)* grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e *iv)* inexpressividade da lesão jurídica provocada.

15. Contudo, como visto inicialmente, diante da ausência de comprovação do dolo em relação à conduta do apelante, característica essencial ao crime previsto no art. 251 do CPM, deve ser reformada a r. sentença com a consequente absolvição do apelante, reconhecendo-se a

aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, nos termos do art. 439, alínea "b", do CPPM.

16. Neste sentido é o entendimento deste Superior Tribunal Militar:

> Apelação. Estelionato. Absolvição. Inconformismo do Órgão ministerial. Autoria e Materialidade incontestes. Culpabilidade. Potencial consciência da ilicitude não comprovada. *In dubio pro reo*. Desprovimento. A autoria e a materialidade dos crimes descritos na Denúncia restaram sobejamente comprovadas, à luz das provas acostadas aos autos. Contudo, há dúvidas quanto à culpabilidade do Acusado, mormente no tocante a sua potencial consciência do caráter ilícito do fato. É de se reconhecer que os fatos examinados são típicos, **porquanto o dolo – que é natural –, segundo a teoria finalista da ação, deixou de fazer parte da culpabilidade para se alojar na tipicidade**, consoante a teoria normativa pura da culpabilidade, desenvolvida por Hans Welzel, havendo, pois, a prática de condutas delituosas por parte do Acusado. Os fatos *sub examine*, também, são ilícitos, porquanto existiu o fato típico que é indiciário da ilicitude, ocorrendo lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo descrito na Denúncia, não havendo quaisquer causas legais ou supralegais de exclusão da antijuridicidade**. *In casu*, aplica-se o princípio *in dubio pro reo*, tendo em vista que não restou demonstrado nos autos a prova plena da culpabilidade, no seu elemento constitutivo da potencial consciência da ilicitude do fato. Apelo desprovido.** Decisão unânime. Apelação nº 260-67.2013.7.01.0401. Relator Ministro José Barroso Filho. Julgado em 7/2/2017). (Grifos inseridos).

Por essas razões, votei vencido para conhecer e dar provimento ao recurso interposto pela defesa para, reformando a r. sentença, absolver MARCÍLIO ABREU DE LIMA com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 25 de junho de 2020.

José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 7000515-59.2019.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

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

Relator para o Acórdão: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelantes: Ministério Público Militar e Caio Queiroz de Souza.

Apelados: Ministério Público Militar e Caio Queiroz de Souza.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. ART 187 CPM. CRIME DE DESERÇÃO. PRELIMINAR DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE SUSCITADA PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. SENTENÇA. CONDENAÇÃO. DELITO CARACTERIZADO. PRESENÇA DE ELEMENTARES. EXCLUDENTE DE ESTADO DE NECESSIDADE AFASTADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍNEA *A* DO INCISO II DO ART. 88 DO CPM E DA ALÍNEA *A* DO INCISO II DO ART. 617 DO CPPM. INEXISTENTE. PRECEDENTES STM E STF. RÉU EX-MILITAR. EXCLUSÃO DA APLICAÇÃO DO ART. 59 DO CPM. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE DESERÇÃO. INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. NEGADO APELO DO MPM. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DA DEFESA. DECISÃO POR MAIORIA.

Preliminar de falta de condição de prosseguibilidade para a ação penal, suscitada pela Defensoria Pública da União, tendo em vista que o Réu foi licenciado das fileiras do Comando da Aeronáutica.

Inexiste na legislação adjetiva castrense qualquer dispositivo que estabeleça o arquivamento do feito em virtude de licenciamento do Réu.

Tal situação não impede o prosseguimento do feito perante a JMU, porquanto o Réu era militar no momento do fato delitivo, considerando "neutro o fato de o autor estar licenciado". Precedente do STF: Habeas Corpus nº 132847/MS, do Rel. Ministro Marco Aurélio (Informativo nº 908 do STF).

Preliminar rejeitada por ausência de previsão legal. Decisão por maioria.

Estado de necessidade exculpante. Tampouco assiste razão à DPU quando pugna pela absolvição, sob o argumento de que o Réu agiu sob o estado de necessidade exculpante.

Os requisitos do estado de necessidade, ínsitos no art. 39 do CPM, consubstanciados no perigo atual ou iminente, inevitável,

não provocado pelo agente, denotam ser medida excepcional o sacrifício do bem tutelado; razão pela qual, além da aludida situação de perigo, deve estar presente a inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, dispondo o agente de outros meios, já não há de se falar em excludente de culpabilidade sob o pálio do estado de necessidade.

Não obstante haja alegações da Defensoria Pública nesse sentido, também importa realçar que a conduta do Réu não está albergada em quaisquer das causas excludentes da antijuridicidade ou de ilicitude, previstas no art. 42 do CPM (estado de necessidade justificante, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal).

Concessão da suspensão condicional da pena ao Réu condenado pelo crime do art. 187 do CPM. A suspensão condicional da pena não se aplica ao crime de deserção, por força do art. 88, inciso II, alínea *a*, do CPM, inexistindo qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, da alínea *a* do inciso II do art. 88 do CPM e da alínea *a* do inciso II do art. 617 do CPPM. A regra contida nesses dispositivos está em perfeita consonância com a Carta Magna de 1988. Precedente da Corte - Habeas Corpus nº 85-47.2010.7.00.0000, j. em 1º de julho de 2010. Rel. Ministro José Coêlho Ferreira.

Também, a jurisprudência no Supremo Tribunal Federal aponta inexistir conflito entre o art. 88, inciso II, alínea *a*, do Código Penal Militar e a Constituição Federal de 1988. Precedentes: ARE nº 758.084, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE nº 646.091, Rel. Min. Luiz Fux; AI nº 778.604, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

No caso de Réu ex-militar, a jurisprudência recente da Corte admite a suspensão condicional da pena, pois não mais se justifica a incidência da vedação legal.

Consoante um critério de individualização da pena, socialmente adequado à ressocialização do sentenciado, não seria razoável negar ao Réu, condenado por um crime propriamente militar, agora ex-militar, o direito subjetivo que poderia ser concedido a qualquer civil, igualmente condenado pela Justiça Militar, nos termos do art. 84 do CPM, c/c o art. 606 do CPPM.

Impelir um ex-militar, condenado por deserção, a cumprir sua pena em estabelecimento prisional comum viola os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e da Legalidade. Na condição de civil, os efeitos complementares da proibição de suspensão condicional da pena não coexistem, sendo juridicamente

plausível afastar a vedação legal em questão. Precedente: Apelação nº 11-03.2014.7.01.0201.

Sendo o Réu ex-militar, a Sentença deve ser reformada para excluir a conversão da pena de detenção em prisão, *ex vi* do disposto no art. 59 do CPM.

Apelo ministerial. Reforma da Sentença *a quo* para fixar o regime fechado como inicial para o cumprimento da pena, evitando incorrer em afronta aos dispositivos legais do art. 33, § 2º, alínea *c,* e § 3º, bem como do art. 59, inciso III, todos do Código Penal comum.

O Órgão Ministerial insurgiu-se contra o fato de o Juízo *a quo* ter fixado na Sentença o regime aberto para o início do cumprimento de pena, por entender ser o Réu reincidente na prática do crime de deserção.

A questão controvertida está adstrita à classificação do crime de deserção, se permanente ou instantâneo de efeitos permanentes, o que influenciará no reconhecimento ou não da situação de reincidência do Réu.

O momento de consumação do delito se dá "quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal" (Art. 30, inciso I, do CPM e art. 14, inciso I, do CP comum).

No que tange à classificação dos crimes, nesse ponto, refere-se ao momento em que o crime se consuma. No crime de deserção, a consumação se dá no exato momento cujo período de ausência do militar é superior a 8 (oito) dias. É o que se extrai da literalidade do art. 187 do CPM, não havendo que falar em crime permanente.

Após a lavratura do Termo de Deserção, o trânsfuga é excluído das Forças Armadas. Caso o delito fosse permanente, consoante tal situação, seria bizarro sustentar a tese de que um civil (ex-militar) estaria desenvolvendo atos de consumação do crime de deserção cujo sujeito ativo é somente o militar.

Destarte, à luz de interpretação sistêmica e literal dos dispositivos mencionados, impõe-se a classificação do crime de deserção como sendo instantâneo de efeitos permanentes.

Negado apelo do MPM e parcialmente provido apelo da Defesa. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Giovanni Rattacaso, representante do Ministério Público, na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro

José Barroso Filho, após o voto do Ministro William de Oliveira Barros (Relator), que conhecia e dava provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, para reformar a r. Sentença condenatória e fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena; e dava provimento parcial ao Apelo da Defesa, para conceder ao Apelado/Apelante o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos, nas condições fixadas no Acórdão, adotando-se medida de política criminal, tendo em vista a superveniente condição de civil do apenado, e mantendo os demais termos da Sentença recorrida; e da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), que negava provimento a ambos os Apelos, e mantinha inalterada a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Os Ministros Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino acompanhavam o voto do Ministro-Relator. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos e Francisco Joseli Parente Camelo aguardam o retorno de vista. Os Ministros José Coêlho Ferreira e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento. Ausência justificada dos Ministros Alvaro Luiz Pinto, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 27/2/2020).

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, prosseguindo no julgamento interrompido na sessão de 27 de fevereiro de 2020, após o retorno de vista do Ministro José Barroso Filho, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, rejeitou a preliminar defensiva, de falta de condição de prosseguibilidade, por ausência de previsão legal. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e Marco Antônio de Farias acolhiam a preliminar, para anular a Sentença, por falta de condições de prosseguibilidade da Ação Penal Militar e, de ofício, concediam **Habeas Corpus** para trancá-la, determinando o seu arquivamento. Em seguida, no mérito, o Tribunal, **por maioria**, conheceu e negou provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, e, **por maioria**, deu provimento parcial ao Apelo da Defensoria Pública da União para, reformando a Sentença recorrida, excluir do ***Decisum*** a conversão da pena em prisão, e conceder ao Réu Caio Queiroz de Souza o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 (dois) anos, ***ex vi*** do art. 84 do CPM, com as condições estabelecidas no art. 626, ***caput***, parte final, do CPPM, à exceção da alínea "a", atribuindo ao Juízo da execução a presidência da audiência admonitória, nos termos do art. 611, ***in fine***, do CPPM, mantendo-se os demais termos da Sentença, nos termos do voto-vista do Ministro José Barroso Filho. Os Ministros William de Oliveira Barros (Relator), Luis Carlos Gomes Mattos, Odilson

Sampaio Benzi, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino conheciam dos apelos e davam provimento ao recurso do Ministério Público Militar, para reformar a r. Sentença condenatória e fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e, em relação ao apelo defensivo, davam-lhe provimento parcial para, adotando medida de política criminal, e tendo em vista o superveniente licenciamento do Apelante/Apelado, concediam o benefício do ***sursis*** nos termos fixados no presente Acórdão, mantendo inalteradas as demais disposições da Sentença recorrida. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) e Artur Vidigal de Oliveira negavam provimento aos Apelos, e mantinham na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acompanharam o voto-vista os Ministros José Coêlho Ferreira, Lúcio Mário de Barros Góes, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Relator para Acórdão Ministro José Barroso Filho. Os Ministros William de Oliveira Barros (Relator) e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) farão votos vencidos. O Ministro Marco Antônio de Farias fará declaração de voto quanto à preliminar. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 28/5/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso dúplice de Apelação, interposto pelo Ministério Público Militar e pela Defensoria Pública da União, em patrocínio do ex-Sd Aer Caio Queiroz de Souza, contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 4ª Auditoria da 1ª CJM.

O ora Apelante foi condenado, por unanimidade, como incurso no art. 187 do Código Penal Militar, à pena de 6 (seis) meses de detenção, convertida em prisão, detraídos os 60 (sessenta) dias, sem direito ao *sursis* por expressa vedação legal, com o direito de recorrer em liberdade (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 49, DISP SENT1).

O Órgão Ministerial ofertou Denúncia em desfavor do Acusado, como incurso no art. 187, c/c o art. 189, inciso II, ambos do CPM, com base na IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, pelos fatos descritos a seguir.

> Segundo consta nos autos da instrução provisória de deserção, o Soldado da Aeronáutica Caio Queiroz de Souza, ora denunciado, faltou ao expediente do dia 30 de junho de 2017, conforme parte de ausência de militar juntada às antigas fls. 6 (item 2 do evento 1).
>
> Iniciada a contagem do prazo de graça em 30 de junho de 2017, o denunciado, de forma dolosa, livre e consciente, ausentou-se do Terceiro Comando Aéreo Regional, Organização Militar da Aeronáutica em que servia, por mais de 8 (oito) dias, configurando a ausência típica do crime

> militar de deserção no dia 9 de julho de 2017, conforme termo de deserção juntado às antigas fls. 2 (item 2 do evento 1).
>
> Em 15 de janeiro de 2018, o denunciado apresentou-se voluntariamente na ALA 11, conforme documento juntado às antigas fls. 43 (item 3 do evento 1).
>
> Submetido à inspeção de saúde para fins de reinclusão às Fileiras da Aeronáutica, o denunciado foi considerado "apto" e reincluído ao serviço ativo, conforme parecer de 17 de janeiro de 2018 (item 2 do evento 25).
>
> Por fim, foi reincluído ao serviço ativo da Aeronáutica, a contar de 15 de janeiro de 2018, conforme Boletim Interno Ostensivo nº 52, do Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro, de 28 de março de 2018 (item 2 do evento 25).
>
> Por todo o exposto, o Ministério Público Militar requer que a presente exordial acusatória seja recebida, com a convocação do Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica para processar o Soldado da Aeronáutica Caio Queiroz de Souza e, ao final, condená-lo como incurso nas penas do artigo 187 c/c artigo 9º, inciso I, 2ª parte, do CPM (deserção) (...) (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 1, DENUNCIA1).

O Trânsfuga apresentou-se, voluntariamente, no dia 15 de janeiro de 2018. Na oportunidade, foi recolhido à prisão (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 1, DILIGÊNCIAS3, fl. 43).

Considerado apto em inspeção de saúde, foi reincluído às fileiras da Força Aérea Brasileira, a contar de 15 de janeiro de 2018 (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 25, OUT2).

No dia 23 de janeiro de 2018, a Juíza Federal Substituta concedeu menagem ao Desertor (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 1, DILIGÊNCIAS3, fl. 45), e, no dia 15 de março de 2018, cessou a menagem concedida, por ter extrapolado o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 453 do CPPM (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 1, DILIGÊNCIAS3, fl. 52).

Recebida a Denúncia, em 14 de setembro de 2018, o Réu foi regularmente citado no dia 28 seguinte (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 2, REC_DENÚNCIA1).

De relevante, vieram aos autos os seguintes documentos:

- Termo de Deserção (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 1, IPD_TERMO2, fl. 2);

- Parte de Ausência nº 1852/1ª CINFA (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 1, IPD_TERMO2, fl. 6);

- Ata da Inspeção de Saúde (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 25, OUT2); e

- Boletim de reinclusão do militar às fileiras da Força (IPD nº 14-95.2018.7.01.0401, Evento 25, OUT2).

O Acusado foi qualificado e interrogado no dia 26 de novembro de 2018 (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 38, INTERR1). A Defesa não arrolou testemunhas (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 40, ATA1).

No dia 26 de novembro de 2018, após o interrogatório do Réu e alegações das partes, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica (CPJ/Aer) resolveu, por unanimidade, julgar procedente a pretensão punitiva do Estado e condenar o Réu nas sanções previstas no art. 187 do CPM, à pena de 6 (seis) meses de detenção, tornando-a definitiva em virtude da ausência de circunstâncias agravantes, atenuantes e de causas de aumento e diminuição de pena, convertendo-a em prisão, na forma do art. 59, inciso II, detraindo-se os 60 (sessenta) dias, de acordo com o art. 67, ambos do CPM, regime inicial aberto, vedado o *sursis* e o direito de apelar em liberdade (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 46, SENT1).

Na oportunidade, foi designada a audiência de leitura da Sentença para o dia 4 de dezembro de 2018, bem como a intimação das partes (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 40, ATA1).

Posteriormente, a DPU solicitou a aplicação do instituto do indulto natalino ao caso em comento (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 44, APELAÇÃO1), tendo sido tal pleito indeferido pelo juízo conforme Decisão constante do evento 59 (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, DEC1).

O Ministério Público Militar foi intimado no dia 5 de dezembro de 2018 (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 52) e interpôs recurso de Apelação na mesma data (Processo Originário nº 7000672-36.2018.7.01.0001, Evento 54, APELAÇÃO1).

Em suas razões, apresentadas em 24 de janeiro de 2019 (e-Proc, Evento 1, 3-RAZAPELA), pugnou pela reforma da Sentença e fixação do regime de cumprimento da pena inicialmente fechado.

Em 17 de dezembro de 2018, a Defesa interpôs o presente recurso de Apelação (e-Proc, Evento 1, 4- APELAÇÃO). Em suas razões (e-Proc, Evento 1, 5-RAZAPELA), requer, preliminarmente, a amplitude do efeito devolutivo. No

mérito, pugna pela absolvição do réu, com base no art. 439, alínea *d*, do CPPM. Para tanto, alega a existência de causa de exclusão de culpabilidade, estado de necessidade, além de alegar a condição de arrimo.

Ainda, no mérito, pugnou, em sede de controle difuso de constitucionalidade, pela não recepção do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, e do art. 617, inciso II, alínea *a*, do CPPM, pela Constituição Federal, sob alegação de ofensa aos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, com a consequente análise dos requisitos para o gozo da benesse ao apelante.

Por fim, prequestionou todas as teses e princípios constitucionais elencados no presente recurso.

Em contrarrazões, o Ministério Público Militar rechaça, pontualmente, as questões levantadas pela Defesa e pugna pela manutenção da sentença condenatória, com a confirmação da parte que indeferiu a aplicação do *Sursis*, com fulcro no art. 88, inciso II, alínea *a*, do CPM (e-Proc, Evento 1, 6-CONTRAZ).

Em contrarrazões, a Defensoria Pública da União, preliminarmente, pugna pela amplitude do efeito devolutivo. No mérito, rechaçou o pedido ministerial de reforma da Sentença referente ao regime inicial de cumprimento da pena.

Para tanto, alega não haver reincidência no caso em comento, pois o processo nº 142-41.2015.7.01.0201, o qual tramitou junto à 2ª Auditoria da 1ª CJM, somente transitou em julgado em 13 de novembro de 2017, momento posterior ao cometimento do delito em questão, a saber, 9 de julho de 2017. E no que se refere ao processo nº 46-35.2015.7.01.0101 da 1ª Auditoria da 1ª CJM, não houve Sentença.

Subsidiariamente, caso entenda que o recorrido não faz jus ao regime inicial aberto de cumprimento de pena, requereu a fixação do regime semiaberto, nos termos da Súmula 269 do STJ.

Nesta instância, a Secretaria Judiciária certificou constar em nome do acusado os seguintes processos (Evento 5):

- **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** nº 7000478-66.2018.7.00.0000 (Baixado), RELATOR: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ.

- **APELAÇÃO** nº 142-41.2015.7.01.0201 (Arquivado) RELATOR: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Vice-Procurador-Geral, Dr. Roberto Coutinho, manifesta-se pelo conhecimento e pelo provimento do presente recurso do Ministério Público Militar e parcial provimento do Apelo da Defesa no tocante à questão da concessão do *sursis*, mantendo-se inalterada nos demais pontos a sentença proferida pelo juízo *a quo* (Evento 6, 1-PAREC_MP).

A Ministra-Revisora teve vista dos autos.

O feito foi afetado ao Plenário, com julgamento iniciado em 27 de fevereiro de 2020 (processo principal, evento 22), e interrompido em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Dr. José Barroso Filho.

Ao ser intimada da data para o prosseguimento do julgamento, a Defensoria Pública da União arguiu a preliminar de nulidade arguindo falta de condição de prosseguibilidade, tendo em vista o licenciamento do apelante em 8 de novembro de 2019, embora esta Corte tenha sido informada oficialmente somente em 14 de abril de 2020 (processo originário, eventos 22, 31 e 40).

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE

Não obstante o entendimento perfilhado nesta Corte de considerar preclusa a arguição de nulidade apresentada quando o processo já se encontra em mesa para julgamento, salvo quando se tratar de matéria de ordem pública, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório, examina-se o pleito defensivo de falta de condição de prosseguibilidade.

Importa observar ter sido o Apelante licenciado da Força Aérea Brasileira em 8 de novembro de 2019, e a comunicação só chegou a esta Corte em 14 de abril de 2020 (processo principal, evento 40), após o início do julgamento do feito, o qual foi sobrestado em função do pedido de vista formulado pelo Ministro Dr. José Barroso Filho na Sessão de 27 de fevereiro de 2020 (processo principal, evento 22).

Por um longo período, adotou-se nesta Corte o entendimento de que o licenciamento de um acusado do crime de deserção acarretava a extinção do processo devido à falta de condição de prosseguibilidade da ação. A perda do *status* de militar no mencionado crime propriamente militar gerava o desfecho do processo em virtude da ausência de legitimidade passiva do agente.

Esse entendimento baseava-se no art. 457, § 2º, do CPPM, o qual convém destacar:

> § 2º A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.

O referido raciocínio era adotado nos demais casos de licenciamento do acusado das Forças Armadas, considerando-se a falta de interesse de punir o desertor que viesse a ostentar, no decorrer do processo, a condição de civil. Nessa toada, foi editada, por este Tribunal, a Súmula nº 8, abaixo transcrita:

> O desertor sem estabilidade e o insubmisso que, por apresentação voluntária, forem julgados em inspeção de saúde, para fins de reinclusão ou incorporação, incapazes para o Serviço Militar, podem ser isentos do processo, após o pronunciamento do representante do Ministério Público.

Atualmente, esta Corte Castrense possui o entendimento majoritário de que a perda posterior do *status* de militar não possui o condão de extinguir o processo de deserção. A condição de militar deve ser considerada tão somente para fins de instauração da ação penal. Assim, uma vez iniciado o processo de rito especial, o fato de o acusado ser licenciado das fileiras da Força não prejudicará o seu prosseguimento ou a sua execução.

Nesse sentido, cito:

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. DESERÇÃO. *STATUS* DE MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. ACÓRDÃO MANTIDO. EMBARGOS REJEITADOS. 1. A história mundial e a brasileira do crime de deserção e seu processamento, seja em tempo de guerra ou em tempo de paz, sempre conferiram elevada importância ao instituto e em nenhum momento se consagrou qualquer condição de prosseguibilidade para a ação penal. 2. Em interpretação sistemática, ressalto que os §§ 1º a 3º do art. 457 do Código de Processo Penal Militar, o art. 187 do Código Penal Militar, o inciso VIII do art. 82 do Estatuto dos Militares e o Enunciado 12 de Súmula deste Tribunal indicam como condição de procedibilidade somente a legitimidade passiva quando do recebimento da Denúncia, sem menção a qualquer condição de prosseguibilidade após essa fase. Trata-se de verdadeiro silêncio eloquente e não eventual omissão do legislador. 3. Embargos rejeitados. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7001126-12.2019. 7.00.0000. Relator para o Acórdão: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 12/12/2019. Data de Publicação: 20/12/2019.)

No mesmo norte, é a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso, *in verbis*:

> Ementa: PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (CRIME PREVISTO NO ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA EXIGIDA APENAS NA FASE INICIAL DO PROCESSO. POSTERIOR EXCLUSÃO DO AGENTE DO SERVIÇO ATIVO DAS FORÇAS ARMADAS. FATO IRRELEVANTE PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. No crime de deserção previsto no art. 187 do Código Penal Militar, a condição de militar do agente deve ser aferida no momento do recebimento da denúncia, pouco importando a posterior exclusão do agente do serviço das forças armadas para fins de prosseguimento da instrução penal. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 152740 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 24-10-2019 PUBLIC 25-10-2019).

Outro ponto a ser destacado é a teoria da atividade adotada pelo Código Penal Militar, em seu art. 5º, segundo a qual se considera praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o do resultado. Por sua vez, o § 2º do art. 457 do CPPM emerge o entendimento no sentido de que, atendido ao requisito da legitimidade passiva, ensejando o início do processo, inviável se torna frustrar o seu curso pelo advento do *status* de civil do acusado.

Nesse sentido, trago à colação o entendimento desta Corte, *in verbis*:

> EMENTA: APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO MILITAR. EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE DOLO. 1. Em observância à Teoria da Atividade, adotada pelo Código Penal Militar, o fato de o agente ter sido licenciado das fileiras das Forças Armadas, durante o curso da Ação Penal, em nada modifica a sua condição de militar no momento em que perpetrou o crime de deserção. 2. Ausente o elemento volitivo consistente no dolo, indispensável à configuração do tipo, a manutenção da absolvição é medida que se impõe. Preliminar de falta de condição de prosseguibilidade para a Ação Penal Militar rejeitada. Decisão por maioria. Recurso conhecido e não provido. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000069-56.2019.7.00.0000. Relator para o Acórdão: Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 11/6/2019. Data de Publicação: 2/7/2019).

Assim, por não existir previsão legal da condição de prosseguibilidade advinda no curso da ação penal de deserção, cujo requisito somente é exigido para sua instauração, nenhuma irregularidade se vislumbra no prosseguimento da execução penal, mesmo diante da superveniente perda da condição de militar do agente.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de falta de condição de prosseguibilidade por ausência de previsão legal.

MÉRITO

FUNDAMENTAÇÃO

Apelo da Defesa

A princípio, a Defensoria Pública da União postula pela existência de causa de exclusão de culpabilidade, característica do estado de necessidade, decorrente de ser o Apelante arrimo de família, dando ensejo à exclusão da culpabilidade e consequente absolvição, nos termos do art. 39 do CPM c/c o art. 439, alínea *d*, do CPPM.

No tocante ao pleito da DPU, verifica-se que a tese absolutória, realmente, deve ser rejeitada, tendo em vista ser o fato imputado ao Réu típico, ilícito e culpável, sem quaisquer causas legais ou supralegais de exclusão do crime.

A autoria do ilícito ficou comprovada também pelo depoimento do Réu quando, em Juízo, reconheceu a consumação do crime.

A materialidade está caracterizada pelo Termo de Deserção, absolutamente válido, bem como pelos demais documentos que compõem a instrução provisória de deserção (parte de ausência, inventário, cópias de assentamentos, certificado de alistamento militar, ficha de entrevista do desertor etc.).

Quanto à tipicidade, o fato em análise se subsome à conduta típica insculpida no art. 187 do CPM. Além da tipicidade formal, o fato se reveste da tipicidade material, tendo em vista que o ato delinquente do réu provocou lesão ao bem jurídico tutelado pela norma supracitada.

No tocante à análise do elemento subjetivo do tipo, verifica-se que o Réu, livre e conscientemente, ausentou-se, sem licença, da unidade em que servia, por mais de 8 (oito) dias. O dolo está presente e perfeitamente caracterizado, o que afasta a suposta atipicidade subjetiva da conduta (por ausência de dolo).

A defesa não logrou êxito em provar a presença de qualquer elemento apto a pôr em dúvidas a livre manifestação de vontade do Réu em praticar o crime de deserção.

Não obstante haja alegações da Defensoria Pública nesse sentido, também, importa realçar que a conduta do Réu não está albergada em quaisquer das causas excludentes da antijuridicidade ou de ilicitude, previstas no art. 42 do CPM (estado de necessidade justificante, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal).

A conduta mostrou-se perfeitamente contrária ao ordenamento jurídico, desamparada de qualquer excludente que pudesse afastar a ilicitude a ela inerente.

Ao Réu era exigível conduta diversa daquela ora praticada, tendo em vista que sabia das implicações jurídicas que poderiam advir do seu ato. Optou pelo caminho do crime.

Tampouco assiste razão à Defensoria Pública da União quando pugna pela absolvição, sob o argumento de que o Réu agiu sob o estado de necessidade exculpante.

A adequação da conduta praticada pelo Réu ao art. 39 do CPM exigiria a presença inconteste de todas as suas elementares.

Segundo a dicção do aludido dispositivo legal.

> 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.

Os requisitos do estado de necessidade, ínsitos no art. 39 do CPM, consubstanciados no perigo atual ou iminente, inevitável, não provocado pelo agente, denotam ser medida excepcional o sacrifício do bem tutelado, devendo ser autorizado somente como último recurso; razão pela qual, além da aludida situação de perigo, deve estar presente a inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, dispondo o agente de outros meios, já não há de se falar em excludente de culpabilidade sob o pálio do estado de necessidade.

A análise do artigo denota que o Réu não pode se colocar em posição criminosa e valer-se desse fato para exculpar sua conduta penalmente relevante no Direito Penal Militar. O "perigo" não poderia ter sido provocado pelo próprio Réu, como fica claro no art. 39 do CPM.

Ao agir assim, o Réu adota comportamento contraditório, não podendo utilizar-se do fato prévio para exculpar sua conduta. O processo penal militar não se compraz desses comportamentos contraditórios. É importante destacar o princípio geral de direito *venire contra factum proprium*, ou *nemo potest venire contra factum proprium*, cujo brocardo latino significa "vir contra seus próprios atos", "ninguém pode comportar-se contra seus próprios atos".

Como arremate ao argumento, incide, no caso, a Súmula nº 3 do STM, que assim estabelece, *in verbis*:

> Súmula nº 3 - Não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas.

Em síntese, à míngua de provas que comprovem as alegações do Réu, fica afastada a tese de estado de necessidade exculpante. ***Dessa forma, conclui-se que descabe a absolvição por quaisquer dos fundamentos do art. 439, alínea d, do CPPM***.

Por segundo, em argumento remanescente que constitui verdadeiro pedido subsidiário, no caso de manutenção da condenação, a Defesa postula pela aplicação do direito subjetivo do Réu à suspensão condicional da pena.

Nesse sentido, argui que seja concedida a suspensão condicional da pena ao Réu, condenado pelo crime do art. 187 do CPM, depois de afastada, por inconstitucionalidade, a vedação legal prevista nos arts. 88, inciso II, alínea *a,* do CPM e 617, inciso II, alínea *a*, do CPPM.

O art. 187 do CPM está inserido no Capítulo II (**Deserção**) do Título III (Dos crimes contra o serviço e o dever militar) do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar.

Obviamente, por sua topologia, a ele se aplica a vedação contida no art. 88, inciso II, alínea *a*, parte final, do CPM, bem como a do art. 617, inciso II, alínea *a*, do CPPM.

Quanto ao pleito pela declaração de inconstitucionalidade, esta Corte tem se posicionado, de forma reiterada, pela manutenção da regra contida no art. 88, inciso II, alínea *a*, do CPM, por se encontrar em perfeita consonância com a Carta Magna de 1988, como se depreende do seguinte julgado da relatoria do Ministro José Coêlho Ferreira (Habeas Corpus nº 85-47.2010. 7.00.0000/RJ, julgado em 1º de julho de 2010), *in verbis*:

> EMENTA: PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). DECISÃO DO TRIBUNAL AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO.
>
> (...)
>
> II - É pacífico o entendimento no âmbito desta Corte Castrense no sentido de que a suspensão condicional da pena não se aplica ao crime de deserção, por força do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, não havendo qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Isso porque, no caso de crime propriamente militar, como é o caso da deserção, a prisão mostra-se harmônica como o disposto no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal, conforme já se pronunciou o Eg. Supremo Tribunal Federal no HC nº 85.330-1/RJ.

Consoante entendimento jurisprudencial do Excelso Pretório inexiste conflito aparente entre a lei penal castrense, considerando a sua natureza legislativa especial, e as disposições e os princípios contidos na Carta Magna de 1988.

Tal entendimento tem arrimo em Decisão do STF, de 6 de outubro de 2011, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando se pronunciou no Habeas Corpus nº 99.743/RJ, afirmando que o art. 88, inciso II, alínea **a**, do CPM exclui a suspensão condicional da pena em diversos crimes, entre os quais está a deserção e os seus casos assimilados.

Segundo o ilustre Ministro, a norma e o dispositivo questionado configuram "opção política normativa", estando em perfeita conformidade com o art. 142 da Constituição Federal de 1988, o qual define a organização das Forças Armadas com base na hierarquia e na disciplina (HC nº 99743/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 6/10/2011).

Em outro precedente, tendo por relator o Min. Luís Roberto Barroso (ARE nº 674.822, julgado em 8/10/2013. Primeira Turma), o Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, assim decidiu, *in verbis*:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO PENAL MILITAR. *SURSIS*. CONCESSÃO. VEDAÇÃO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não existe conflito entre o art. 88, II, a, do Código Penal Militar e a Constituição Federal. Precedentes: ARE 758.084, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 646.091, Rel. Min. Luiz Fux; AI 778.604, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 76.411, Rel. Min. Nelson Jobim; e HC 79.824, Rel. Maurício Corrêa. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Em seu voto, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso enfatiza que a Constituição Federal de 1988 instituiu um regime diferenciado e específico para as Forças Armadas e os valores da hierarquia e da disciplina, no que diz respeito às Forças Armadas, "têm dimensão específica e valiosa, consagradas constitucionalmente", considerando uma política legítima.

Também, no julgamento do Habeas Corpus nº 119567, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Plenário da excelsa Corte, por maioria, declarou recepcionadas pela Carta Magna de 1988 a alínea *a* do inciso II do art. 88 do CPM e a alínea *a* do inciso II do art. 617 do CPPM, entendendo ser incabível a concessão do benefício do *sursis* aos condenados por crimes de deserção e casos assimilados.

Por fim, como se depreende, há razão e sentido para se vedar, completamente, a concessão do benefício da suspensão condicional da pena

ao condenado por crime de deserção e casos assimilados, alinhados com o entendimento da Suprema Corte, sem que se constitua qualquer mácula aos princípios da dignidade da pessoa humana, individualização da pena e da proporcionalidade.

Assim, descabe a declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, da alínea *a* do inciso II do art. 88 do CPM e da alínea *a* do inciso II do art. 617 do CPPM.

Todavia, há precedentes recentes desta Corte que, tão somente no caso de Réu ex-militar, a suspensão condicional da pena pode ser concedida, pois não mais se justifica a incidência da vedação legal.

Tal entendimento se consolidou, particularmente, a partir do acórdão proferido pelo ilustre Ministro Relator Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, nos autos da Apelação (FO) nº 0000006-20.2007.7.05.0005, da qual se extrai o seguinte fragmento, *in verbis*:

> O quadro fático presente nos autos expõe a situação do Réu, como sendo de ex-militar e revel.
>
> Por óbvio, no atendimento à exigência de índole constitucional, da individualização da pena, a aplicação do *sursis*, em se tratando de ex-militar, legalmente impossibilitado de readquirir tal situação, não afronta o *mens legislatores* que, ao tipificar a conduta, teve o intuito de proteger a autoridade e a disciplina militares.
>
> Logo, consoante um critério de individualização da pena, socialmente adequado à ressocialização do sentenciado, não seria razoável negar ao Réu, condenado por um crime propriamente militar, agora ex-militar, um direito subjetivo que poderia ser concedido a qualquer civil, igualmente condenado pela Justiça Militar, nos termos do art. 84 do CPM, c/c o art. 606 do CPPM.

Do mesmo modo, também na Apelação nº 11-03.2014.7.01.0201, por crime de deserção, quando esta Corte, ao constatar que se tratava de réu ex-militar, manteve o benefício anteriormente concedido.

Para perfeita compreensão da *quaestio*, transcreve-se trecho do voto condutor do Relator p/ o Acórdão do processo supracitado, eminente Ministro Artur Vidigal de Oliveira, *in verbis*:

> Todavia, há de ser considerado que o ora Apelado não permanece na situação de militar; assim, logicamente, sua condenação implica o cumprimento da pena em estabelecimento civil.
>
> Impelir um ex-militar, condenado por deserção, a cumprir sua pena em estabelecimento prisional comum viola os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e da Legalidade.

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

Nesse norte, foi o entendimento deste Tribunal na Apelação nº 37-34.2011.7.03.0303/RS, sob a Relatoria do Ministro José Coêlho Ferreira, in verbis:

> (...) Ademais, mesmo que assim não entendesse o que se admite apenas por hipótese, o Apelante ainda faria jus à concessão do benefício da suspensão condicional da pena, uma vez que ele foi licenciado das fileiras do Exército, conforme Boletim Interno nº 006, de 06/01/2012, readquirindo o seu *status* de civil, situação jurídica que lhe confere a concessão do *sursis*. Esse é o entendimento dessa Corte que, por razões de política criminal, orienta no sentido de que, em se tratando de ex-militar, não se aplicam as vedações contidas no art. 88, inciso II, alínea *a* e *b*, do CPM, bem como a restrição prevista no art. 617, inciso II, alíneas *a* e *b*, do CPPM. (...)

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

> (...) Quanto à concessão do *SURSIS*, a despeito da regra proibitiva do art. 88, inciso II, alínea *b*, do CPPM, parecem razoáveis e justos os fundamentos jurídicos constantes da Sentença recorrida, assim *expressos (fls.* 256/257):
>
> Se ainda estivesse no Serviço Ativo, sua condenação implicaria no cumprimento da pena em prisão militar, ambiente reconhecidamente diverso das Penitenciárias comuns. A obrigatoriedade de cumprimento da pena em ambiente prisional refletiria a gravidade do crime praticado. Não mais sendo militar, entretanto, não pode ser recolhido à prisão militar, mas também não deverá ser recolhido à prisão civil, e nem mesmo, assim o entendemos, ser submetido a uma prisão albergue ou estabelecimento afim, pois sujeitá-lo a essas situações violaria princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (...).
>
> Sendo o Acusado civil, os efeitos complementares da proibição de Suspensão Condicional da Pena não mais se fazem presentes, sendo juridicamente razoável afastar da presente condenação a mencionada proibição para, tendo em vista ser o Acusado primário e de bons antecedentes, a dois (02) anos, mediante o respeito das condições a final fixadas.

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

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

Portanto, quanto ao pleito da DPU de concessão do benefício do *sursis*, verifica-se ser possível, em consonância com a jurisprudência desta egrégia Corte. Nesse sentido, outro precedente recente, *in verbis*:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 187 DO CPM. DESERÇÃO. PRELIMINAR. EXTINÇÃO DO FEITO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR DO ACUSADO APÓS A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. REJEIÇÃO POR MAIORIA. MÉRITO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 3 DO STM. PROVIMENTO PARCIAL. ACUSADO EX-MILITAR. EXCLUSÃO DA ALÍNEA "A" DO ART. 626 DO CPPM. CONDENAÇÃO MANTIDA. UNANIMIDADE.
>
> 1. Integrando o acusado regularmente o serviço militar ativo, à época do recebimento da denúncia, a sua posterior exclusão das Forças Armadas não tem aptidão de interferir no prosseguimento da ação penal militar. Preliminar rejeitada por maioria.
>
> 2. O estado de necessidade deve ser comprovado por provas idôneas e contundentes de modo que, consoante a Súmula nº 3 do STM, meras alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas não constituem excludentes.
>
> 3. O controle de constitucionalidade de súmulas encontra óbice no art. 97 da Constituição Federal, que dispõe que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Desse modo, não há que falar em inconstitucionalidade, considerando que enunciados de súmulas não se inserem no conceito de Lei ou ato normativo, sobretudo porque são despidos de normatividade, ou seja, não têm caráter vinculante mas consistem em entendimento jurisprudencial uniformizado acerca de determinado tema.
>
> 4. O STM apreciou a questão acerca da legalidade e de eventual existência de vício de inconstitucionalidade reflexa do enunciado da súmula nº 3 do STM e firmou entendimento no sentido de que o referido Enunciado não representa ofensa aos princípios da presunção de inocência e do livre convencimento motivado, estando em total harmonia com a Carta Magna. Precedentes do STM.
>
> 5. **Embora a concessão do *sursis* seja vedada àqueles que cometem o crime de deserção, nos termos do art. 88, II, alínea "a", do CPM, e do art. 617, II, alínea "a", do CPPM, o STM tem relativizado a questão e entendido que não figuraria razoável a manutenção da**

> **prisão daquele que não mais ostenta a condição de militar, a fim de evitar que seja ele submetido aos rigores do estabelecimento prisional comum. Precedentes do STM.**
>
> Apelo conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime. (Apelação nº 7000254-94.2019.7.00.0000, Rel. Min. Carlos Augusto de Souza, 13/8/2019) (Grifo nosso).

Embora a reprimenda tenha que ser mantida na íntegra, vê-se que no *Decisum* houve a conversão da pena de detenção para prisão, conforme o disposto no art. 59 do CPM.

Todavia, o Réu já foi licenciado do serviço ativo, motivo pelo qual a Sentença deve ser, nesse ponto, também reformada, para excluir a conversão da pena em prisão.

Desse modo, pelas razões expostas, impõe-se a concessão da suspensão condicional da pena imposta ao ora Apelante, ex-militar. Assim, deve-se conceder o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, *ex vi* do art. 84 do CPM, com as condições estabelecidas no art. 626 do CPPM, à exceção da alínea ***a***, atribuindo ao Juízo da execução a presidência da audiência admonitória, nos termos do art. 611, *in fine*, do CPPM.

Apelo do MPM

O Ministério Público Militar requer que o Superior Tribunal Militar dê provimento à presente Apelação, para reformar a Sentença *a quo*, estabelecendo o início do cumprimento da pena fixada para o sentenciado Caio Queiroz de Souza em regime fechado.

O Órgão Ministerial entende que a sentença merece ser reformada para fixar o regime fechado como inicial para o cumprimento da pena. Caso contrário, haverá uma afronta aos dispositivos legais do art. 33, § 2º, alínea *c,* e § 3º, bem como do art. 59, inciso III, todos do Código Penal comum.

Conforme apresentou o insigne Ministro-Relator deste processo, durante a sessão de julgamento, o Réu consumou o delito de deserção no dia 9 de julho de 2017, **tendo se apresentado, voluntariamente, em 15 de janeiro de 2018**.

No entanto, é possível verificar nos autos a ocorrência do trânsito em julgado da sentença que o condenou por outra deserção anterior, **em 13 de novembro de 2017.**

Devido a tal situação, isto é, caso se dê concretude à tese do Órgão Ministerial e se reconheça a classificação do crime de deserção como sendo de natureza permanente, a consumação do crime de deserção teria ocorrido – *em* ***15 de janeiro de 2018*** – após o trânsito em julgado da sentença que o condenou por outra deserção anterior – ***em 13 de novembro de 2017.***

Nos crimes permanentes, a consumação se alonga no tempo por vontade do agente. Portanto, enquanto durar a permanência, não corre prescrição, *ex vi* do art. 111, inciso III, do CP comum; e pode ser efetuada a prisão em flagrante, uma vez que o crime se encontra em fase de consumação, visto que o está praticando.

Nesse caso, ainda segundo a tese ministerial, o Apelante seria reincidente, nos termos do art. 63 do CP comum, *in verbis*:

> **Reincidência**
>
> Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

O MPM afirma que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena como aberto, pressupõe-se como pré-requisito legal a inexistência de condenação anterior, ou seja, não ser o condenado "reincidente", em sentido técnico, tendo em vista o disposto no art. 63 do CP comum.

Como corolário lógico da situação de ser o Réu reincidente, o Órgão Ministerial insurgiu-se contra o fato de o Juízo *a quo* durante a individualização da pena ter fixado na sentença o regime aberto para o início do cumprimento de pena.

O entendimento exposto pelo douto Representante do MPM tem por supedâneo a jurisprudência do Excelso Pretório.

No entanto, em que pesem as decisões do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso, por inúmeras vezes, a Suprema Corte tem privilegiado a gênese especializada da Justiça Militar da União, no sentido de considerar a prevalência da jurisprudência majoritária deste Tribunal.

Certamente, falece razão ao pleito do nobre Representante do MPM, pois, consoante a jurisprudência majoritária desta e. Corte, o crime de deserção deve ser classificado como sendo INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES.

À guisa de exemplo, traz-se a lume esse valioso precedente.

> **EMENTA**: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESERÇÃO. **CRIME INSTANTÂNEO COM EFEITOS PERMANENTES**. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. TRÂNSFUGA. ART. 132 DO CPM. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DO LIMITE ETÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE.
>
> **A figura típica do art. 187 do Código Penal Militar previu o momento consumativo da deserção ao estatuir que o prazo de ausência do militar deve ser superior a 8 dias, não havendo que falar em crime permanente**. (Grifo nosso).

> Ainda que escoado o prazo indicado no art. 125, inciso VI, c/c o art. 129, ambos do CPM, para declarar-se a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição, estando o desertor foragido, obrigatoriamente, há de se observar o requisito etário contido no art. 132 do mesmo *Code*x.
>
> Com efeito, trazendo à comparação as normas geral e especial relativas à prescrição, não se verifica desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, já que regulam situações diversas, cada qual com suas características próprias.
>
> Recurso provido. Decisão unânime. (Recurso em Sentido Estrito nº 0000033-20.2008.7.03.0103, Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 13/10/2011).

A princípio, como se depreende, a questão controvertida no presente Feito está adstrita à classificação do crime de deserção, se permanente ou instantâneo de efeitos permanentes, o que influenciará no reconhecimento ou não da situação de reincidência do Réu.

No que tange à classificação dos crimes, nesse ponto, leciona Cleber Masson[17], *in verbis*: "**A classificação se refere ao momento em que o crime se consuma**.

Quanto ao momento de consumação do delito, não se olvida que a consumação se dá "**quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal"** (Art. 30, inciso I, do CPM e art. 14, inciso I, do CP comum).

Nesse sentido, o ilustre mestre e Ministro aposentado deste Tribunal Dr. Jorge Alberto Romeiro assim ensinava quanto ao momento de consumação do crime militar[18], *in verbis*:

> 58. **Crime consumado e tentativa**
>
> O crime, em geral, se realiza, através de um caminho percorrido pelo agente (*iter criminis*), com as seguintes etapas: cogitação (*cogitatio*), que é a só ideia do crime e a resolução de praticá-lo; preparação de meios (*conatus remotus*); execução (*conatus proximus*); e consumação (*meta optata*).
>
> "Diz-se o crime consumado", dispõe o inciso II do art. 30 do CPM, "quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal".
>
> Irrelevante é, portanto, para a consumação do crime, que o agente haja obtido o que mirava com ele. Isso caracteriza o crime exaurido ou esgotado, que pressupõe o crime consumado, com o qual pode ou não coincidir. Consuma-se, *in exemplis*, o crime de concussão (art. 305) com a só exigência pelo agente de vantagem indevida, segundo sua definição legal, independentemente da obtenção da vantagem, que, apenas,

---

[17] MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado* – Parte geral. vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

[18] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar:* Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 100.

> exauriria o crime. Já no crime de homicídio (art. 205) coincidem sua consumação e exaurimento.

Denominam-se ***crimes instantâneos* ou de estado** aqueles cujo resultado fica logo definido e encerrado, são aqueles que se completam num único instante, como o homicídio (art. 205), em que a consumação ocorre num só momento, ou como no furto (art. 240), ambos do CPM, que se consuma e termina com a subtração.

Já no ***crime instantâneo de efeitos permanentes***, cujos efeitos subsistem após a consumação, independentemente da vontade do agente, as consequências do crime instantâneo são duradouras, com efeitos irreversíveis, e não podem mais ser alteradas pelo próprio agente, como ocorre no homicídio (art. 121 do CP comum).

Crimes permanentes são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo por vontade do agente. A consumação, embora já realizada, continua acontecendo e se renovando sem fim, prolongando-se no tempo até que o agente resolva interrompê-la. O ordenamento jurídico é agredido reiteradamente, razão pela qual a prisão em flagrante é cabível a qualquer momento, enquanto perdurar a situação de ilicitude.

O **sequestro**, por exemplo, consuma-se com o arrebatamento da vítima, prolongando-se o processo consumativo indefinidamente, até a libertação da mesma. O crime de Associação Criminosa, da mesma forma, consuma-se com a formação do bando e se prolonga pelo tempo, até que se desfaça a associação (art. 288 CP comum).

Desse modo, com esteio nesses entendimentos doutrinários, inexistem dúvidas de que o crime de deserção se consuma no momento em que o desertor se ausenta, sem licença, da unidade em que serve, permanecendo como trânsfuga por mais de 8 (oito) dias; é o que se extrai da literalidade do art. 187 do CPM.

Acresce-se, ainda, a essa conclusão, a formalização da conduta ilícita, a partir da lavratura do Termo de Deserção imediatamente após a sua consumação, consoante o disposto no art. 451 do CPPM, *in verbis*:

> Art. 451. **Consumado o crime de deserção**, nos casos previstos na lei penal militar, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente, ou ainda autoridade superior, fará lavrar o respectivo termo, imediatamente, que poderá ser impresso ou datilografado, sendo por ele assinado e por duas testemunhas idôneas, além do militar incumbido da lavratura. (Grifo nosso).

Por oportuno, impende realçar a inexistência de qualquer dispositivo normativo que estabeleça a consumação do crime de deserção em momento posterior, ou seja, quando da apresentação voluntária ou da captura do desertor.

Outro argumento importante, cabe destacar, traduz-se no fato de que após a lavratura do Termo de Deserção o desertor é excluído das Forças Armadas.

Portanto, consoante tal situação, **seria bizarro sustentar a tese de que um civil (ex-militar) estaria desenvolvendo atos de consumação do crime de deserção, cujo sujeito ativo é somente o militar;** por óbvio, tal conduta deveria ser considerada como totalmente nula em termos penais, quanto ao disposto no art. 187 do CPM.

No mesmo sentido, cita-se o fragmento do percuciente voto proferido pela eminente Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha no julgamento dos Embargos de Declaração nº 111-29.2010.7.07.0007, *in verbis*:

> Se o desertor é excluído das Forças Armadas, no caso de praça especial ou sem estabilidade, como poderia, ao adquirir o *status* de civil estar cometendo tal delito? Por se tratar de crime propriamente militar, no qual se exige para sua prática a qualidade de militar do agente, **como falar-se em crime permanente se, no momento em que estaria ocorrendo tal permanência, o agente não mais ostenta condição essencial para a prática delitiva?** (Grifo nosso).

Conquanto no presente Feito seja pleito do Órgão Ministerial, aparenta ser curioso que, compulsando a magnífica obra desenvolvida por doutos representantes do MPM, verifica-se o seguinte entendimento sobre a classificação do crime de deserção ***como crime instantâneo de efeitos permanente***[19], *in verbis*:

> Reiteramos: **entendemos que essa consumação não se protrai, não se prolonga no tempo**. **Todas as descrições típicas da deserção – inclusive as dos arts. 187, 188 e 192 combinadas com a forma de contagem do Código de Processo Penal Militar indicam que a consumação se exaure naquele instante preciso já demonstrado**. Não há nada que se prolongue. **Os efeitos dessa consumação é que são permanentes**: a falta do agente que deveria ter se tornado militar. E por que razões entendemos que o crime não é permanente? Em diversos momentos o legislador deixou claro que tratou o crime como instantâneo. (Grifo nosso).

Ademais, a prisão do desertor é *ex vi legis* (art. 243 do CPPM[20]), ou seja, não precisou o legislador atribuir a natureza de crime permanente ao crime de deserção, para autorizar a sua prisão em flagrante.

---

[19] ALVES-MARREIROS, Adriano. *Direito Penal Militar* – Teoria Crítica & Prática. Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha, Ricardo Freitas. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 1100.

[20] Art. 243. Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja, encontrado em flagrante delito.

No que tange à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que todos os casos em que aquela Corte entendeu ser o crime de deserção de natureza permanente, ficou evidente nas decisões que o escopo interpretativo tinha por objeto afastar a prescrição da pretensão punitiva.

Ocorre que nem mesmo esse viés interpretativo justifica tal conclusão, inclusive, pelo fato de ter deixado de existir o curso da prescrição entre o FATO (consumação do delito) e o RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

Destarte, à luz de interpretação sistêmica e literal dos dispositivos mencionados, leva-se à conclusão de ser o crime de deserção instantâneo de efeitos permanentes.

Em decorrência, no presente caso, não há que se falar em reincidência, porquanto o Réu consumou o crime de deserção em exame no dia 9 de julho de 2017 e o trânsito em julgado por outra deserção ocorreu em 13 de novembro de 2017, **devendo ser mantido o regime inicial aberto para o cumprimento da pena imposta na Sentença**.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nego provimento ao apelo do Ministério Público Militar e dou provimento parcial ao apelo da DPU, para, reformando a Sentença recorrida, excluir do *decisum* a conversão da pena em prisão, e conceder ao Réu Caio Queiroz de Souza o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, *ex vi* do art. 84 do CPM, com as condições estabelecidas no art. 626, *caput*, parte final, do CPPM, à exceção da alínea *a*, atribuindo ao Juízo da execução a presidência da audiência admonitória, nos termos do art. 611, *in fine*, do CPPM, mantendo-se os demais termos da Sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por maioria**, em rejeitar a preliminar defensiva, de falta de condição de prosseguibilidade, por ausência de previsão legal. Em seguida, no mérito, **por maioria**, em conhecer e em negar o provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, e, **por maioria**, em dar provimento parcial ao Apelo da Defensoria Pública da União para, reformando a Sentença recorrida, excluir do *Decisum* a conversão da pena em prisão, e conceder ao réu Caio Queiroz de Souza o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, *ex vi* do art. 84 do CPM, com as condições estabelecidas no art. 626, *caput*, parte final, do CPPM, à exceção da alínea *a*, atribuindo ao Juízo da execução a presidência da audiência admonitória, nos termos do art. 611, *in fine*, do CPPM.

Brasília, 28 de maio de 2020 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS
Apelação Nº 7000515-59.2019.7.00.0000

Na sessão de julgamento eletrônico, realizada no período de 25 a 28 de maio de 2020, divergi de meus eminentes Pares em relação ao pedido de mérito do recurso do Ministério Público Militar, ao qual dei total provimento, conforme os fundamentos adiante elencados.

O Ministério Público Militar recorreu da r. Sentença no tocante ao direito concedido ao desertor de iniciar o cumprimento da pena em regime aberto.

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, a concessão do regime aberto para o início do cumprimento da pena está vinculada à ausência da condição de reincidência do sentenciado. No caso, em sendo o crime de deserção de natureza permanente, importa frisar que a consumação ocorreu em 15 de janeiro de 2018, quando o agente se apresentou voluntariamente, ou seja, em período posterior ao trânsito em julgado da condenação por outra deserção, ocorrido em 13 de novembro de 2017. Assim, não há como sustentar a manutenção do regime aberto para o ora Apelante/Apelado, o qual ostenta a condição de reincidente, situação que o desfavorece, nos termos do dispositivo citado.

Colaciono entendimento da Suprema Corte neste sentido:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. **REINCIDÊNCIA**. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONVERSÃO DE PENA CORPORAL EM RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INDEVIDO *BIS IN IDEM*. IMPROCEDÊNCIA. 1. **A circunstância especial de o agente ser reincidente constitui fundamento idôneo para a imposição de regime mais severo (semiaberto), medida que se mostra adequada e necessária para a repressão e prevenção do crime e atende ao disposto no art. 33 do Código Penal. Conforme já decidiu esta CORTE, "surge correta decisão na qual, ante a reincidência, afasta-se o regime aberto"** (HC 127.071, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 4/4/2017). 2. As particularidades do caso concreto apuradas pelas instâncias ordinárias, que levaram à conclusão de não ser a substituição da pena socialmente recomendável, constituem fundamentação idônea para o afastamento da medida, em consonância com o § 3º do art. 44 do CP. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (HC 175433 AgR, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232, DIVULG 24/10/2019, PUBLIC 25/10/2019.). (Grifos nossos.)

Merece reparo a Sentença proferida pelo juízo *a quo* no ponto em que estabelece o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, devendo ser alterado para o regime inicial fechado.

A Defesa, preliminarmente, requer a amplitude do efeito devolutivo no presente recurso, a fim de vê-lo analisado integralmente nas questões arguidas no juízo *a quo* e nas posteriores, levantadas nesta instância superior. Por se tratar de questão meritória, será analisada neste contexto.

A apelação possui tanto o efeito suspensivo quanto o devolutivo. Este último, via de regra, encontra-se em todos os recursos e possibilita ao Judiciário o conhecimento da matéria impugnada.

Na esfera criminal, o efeito devolutivo do recurso é amplo, o que significa que a instância *ad quem* pode avaliar matéria não analisada pelo juízo *a quo*, desde que respeitados os limites dos pedidos arguidos pela parte e por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

A exceção se encontra nas matérias de ordem pública, que, independentemente de provocação, podem ser conhecidas a qualquer tempo.

É entendimento deste Tribunal que os pedidos extemporâneos, ou seja, aqueles apresentados fora das razões do apelo, serão alcançados pela preclusão consumativa.

Assim, há de ser analisada na íntegra a matéria contida nas razões do recurso, ainda que não examinadas pelo juízo *a quo*.

Inicialmente a Defesa requer a absolvição do réu ante a ocorrência do estado de necessidade exculpante.

O instituto do estado de necessidade como excludente da culpabilidade, previsto no art. 39 do CPM, exige análise cuidadosa dos elementos produzidos na instrução criminal para o seu reconhecimento.

Extrai-se dos autos que o Apelante ausentou-se da OM, sem a devida autorização, no dia 30 de junho de 2017, consumando a deserção em 9 de julho de 2017, e apresentou-se, voluntariamente, no dia 15 de janeiro de 2018.

Nesse período relatou ter se ausentado da Organização Militar no intuito de prestar assistência à sua filha menor, que passava por dificuldade financeira no meio familiar após o óbito de sua mãe, além da perda da casa onde residia.

Entretanto, não foi juntado pela Defesa qualquer documento que possa comprovar a veracidade de tais alegações e, por conseguinte, o estado de necessidade exculpante.

Embora exista a alegação de que o Apelante tenha passado por dificuldades, era exigível conduta diversa da adotada.

Assim, pela ausência de provas no bojo processual, não há como acolher a tese da excludente de culpabilidade, conforme determina a Súmula 3 deste Tribunal, haja vista a possibilidade de o desertor ter agido de modo diverso à prática delitiva. Nesse norte, cito decisão deste Tribunal:

> Ementa: APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187, "CAPUT", C/C O ART. 189, INCISO I, PARTE FINAL, DO CPM). ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONCESSÃO DO *SURSIS*. IMPOSSIBILIDADE.
>
> **1. O ônus da prova é de quem alega o fato, cabendo à Defesa demonstrar a excludente de culpabilidade prevista no art. 39 do CPM.**
>
> 2. Não há elementos que demonstrem que a ausência do militar ocorreu em situação capaz de excluir a sua culpabilidade com supedâneo no estado de necessidade. Relação de causalidade e inexigibilidade de conduta diversa não demonstradas.
>
> **3. O simples fato de o Apelante ter alegado como causa da deserção a situação de dificuldade familiar, sem a apresentação de provas, não é suficiente para afastar a ilicitude do delito praticado. Inteligência da Súmula nº 3 do STM.**
>
> 4. Impossibilidade de concessão do "sursis" por expressa vedação legal. Precedentes. (...)
>
> 6. Apelo desprovido. Decisão unânime. (STM. Apelação nº 166-41.2015.7.09.0009/MS. Decisão: 0/8/2017. Ministro Relator: Lúcio Mário de Barros Góes. Ministro Revisor: Artur Vidigal de Oliveira. Data da Publicação no DJE: 14/8/2017.) (Grifo nosso).

Trazer para os autos prova de uma alegação não viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que não é uma obrigação, mas uma faculdade dada à parte para ser exercida em proveito próprio, objetivando tornar crível a versão apresentada perante a autoridade judiciária. Nesse sentido, é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

> (...) Ônus não é dever em sentido específico, pois este é uma obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação. (...). (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais, 2013. fl. 295).

No processo penal, cabe ao Órgão Ministerial demonstrar autoria e materialidade delitivas, inexistindo a obrigação de comprovar a inexistência de excludente levantada pelo acusado. Novamente, recorro aos ensinamentos do nobre doutrinador, *in verbis*:

> (...) Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar para si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até por que terá esta menos recursos para isso, pois o

> fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados antes pelo órgão acusatório. (...). (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais, 2013. fl. 296).

Também pugna a Defesa pela declaração, em sede de controle difuso de constitucionalidade, da não recepção pela Constituição Federal do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, e do art. 617, inciso II, alínea "a", do CPPM, por ofenderem os princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, suscitando a consequente análise dos requisitos do *sursis* para beneficiar o apelante.

Carece de razão o pleito defensivo. Impende ressaltar que o Código Penal Castrense foi recepcionado pela Constituição Federal com força de lei, estando, portanto, em consonância com a seriedade pertinente ao dever militar. Nesse sentido, a não concessão do benefício do *sursis* ao ora Apelante não se contrapõe aos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

Em que pesem os princípios da hierarquia e da disciplina também serem tutelados na esfera administrativa disciplinar militar, é imprescindível a sua observância na esfera penal. O crime de deserção reveste-se de extrema gravidade, por violar o serviço e o dever militares. Tem seu objetivo voltado à regularidade e à continuidade das atividades militares. A quebra desses preceitos redunda em inequívoco prejuízo às instituições castrenses e na violação dos princípios basilares do militarismo.

A concessão do *sursis* tem sido reiteradamente vedada por esta Corte Castrense no caso de o sentenciado se encontrar em situação de atividade. Por oportuno, colaciono jurisprudência do eminente Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo nesse sentido:

> EMENTA: APELAÇÃO. **DESERÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DESERÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA 3 DO STM. *SURSIS*, IMPOSSIBILIDADE.** APELAÇÃO DESPROVIDA À UNANIMIDADE. O tipo incriminador previsto no art. 187 do CPM não configura ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade ou da dignidade da pessoa humana, tampouco aos arts. 6º, 143, § 1º, 227 e 229, da Lei Maior. A norma penal proibitiva coaduna-se com o estado democrático de direito e com a Constituição da República, tornando-se imprescindível diante da importância do cumprimento do múnus militar. Precedentes desta Justiça Especializada. A Defesa não comprovou o estado de necessidade do apelante, hábil a justificar a sua ausência ao quartel, devendo incidir a Súmula nº 3 do STM. Esta Corte já assentou reiteradamente que o enunciado da referida Súmula não representa ofensa aos princípios da presunção de inocência e do livre convencimento motivado, encontrando-se em sintonia com a Constituição da República. As provas trazidas aos autos revelam a autoria, a materialidade e o nexo

> de causalidade, evidenciando que a conduta se reveste de todas as elementares objetivas e subjetivas do tipo, ausentes as causas de exclusão de antijuridicidade ou de culpabilidade. **A proibição da concessão do *sursis* aos sentenciados pelo crime de deserção alinha-se perfeitamente à ordem constitucional vigente. O Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 119.567/RJ) reconheceu a constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso às condutas delituosas tipificadas no art. 187 do CPM e consignou que o art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, bem como o art. 617, inciso II, alínea "a", do CPPM, foram recepcionados pela CF/1988.** Excepcionalmente, esta Corte tem admitido a concessão do benefício do *sursis* por razões de política criminal ao autor do crime de deserção que vier a ser licenciado do serviço militar, o que não ocorreu no presente caso. Apelação desprovida. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000713-33.2018.7.00.0000. Relator: Ministro FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 24/4/2019, Data de Publicação: 3/5/2019) (Grifos nossos).

Em que pese ter este Relator tomado ciência acerca do desligamento do Apelante/Apelado das fileiras da Aeronáutica, por meio do sistema *e-Proc* da Primeira Instância da JMU, a contar de 8 de novembro de 2019, conforme se verifica no Processo nº 7001335-48.2019.7.01.0001, evento 44, em curso na 3ª Auditoria da 1ª CJM, não vislumbro razão para o trancamento do recurso, conforme entendimento firme deste Tribunal quanto à regularidade do trâmite processual nesses casos. Dessa forma, não há falar em falta de condição de prosseguibilidade, em razão do mero licenciamento do Apelante/Apelado do serviço militar.

Considerando a natureza de crime permanente atribuído à deserção, na esteira do entendimento majoritário deste Plenário, a consumação se prolongou até a apresentação voluntária do agente, em 15 de janeiro de 2018, ou seja, posterior ao trânsito em julgado da sua condenação por outra deserção, ocorrido em 13 de novembro de 2017, nos autos da Apelação nº 7000142-41.2015.7.01.0201. Assim, com a devida vênia à corrente divergente, que considera a deserção crime instantâneo e de efeitos permanentes, o pedido defensivo não merece prosperar.

No tocante ao *sursis*, o art. 84, inciso I, do CPM veda expressamente a concessão do benefício ao sentenciado que haja sofrido no país ou no estrangeiro condenação irrecorrível por outro crime à pena privativa de liberdade. Sendo assim, a situação de reincidente do ora Apelante/Apelado impede a concessão do *sursis*, conforme enunciado *in verbis*:

> APELAÇÃO. DEFESA. FURTO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE BAGATELA. **CONCESSÃO DO "SURSIS". IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA.** MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. UNANIMIDADE. 1. O crime de furto não é afastado com a justificativa do réu de estar passando por dificuldades financeiras. Não se pode confundir a excludente de ilicitude do estado de necessidade com os motivos que

> ensejaram a prática do delito, além disso, o fato de o crime ter sido praticado em continuidade delitiva, no período entre Junho a Agosto de 2015, e o valor da *Res* furtiva de R$ 2.609,00 (dois mil, seiscentos e nove reais), são suficientes para a não caracterização do crime de bagatela. **2. A concessão da suspensão condicional da pena (*sursis*), não é possível, em virtude da reincidência do apelante e da pena aplicada pelo juízo *a quo*, 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, assim, não há como se conceder o benefício do "sursis", por vedação expressa, *ex vi*, do art. 84 do CPM**. Recurso desprovido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000001-16.2016.7.03.0303. Relator: Ministro ODILSON SAMPAIO BENZI. Data de Julgamento: 4/4/2017, Data de Publicação: 24/4/2017). (Grifos nossos).

Não obstante a sua expressa vedação legal, entendo ser cabível a concessão do *sursis* ao reincidente em face das peculiaridades deste feito. Apesar de reincidente, é possível a adoção de política criminal à espécie, tendo em vista o Apelante não mais ostentar a condição de militar, podendo gozar do benefício conforme o entendimento desta Corte. É de se frisar que a pena imposta, por si só, já serve como resposta estatal eficiente em relação ao ato praticado, servindo de exemplo não apenas para a tropa, mas para a sociedade de um modo geral.

Ademais, trata-se de crime propriamente militar, cujos reflexos da condenação se fazem mais presentes no âmbito castrense, razão pela qual se tem por desproporcional o cumprimento de pena inferior a 1 (um) ano em regime totalmente fechado, se o apenado não mais integra as fileiras das Forças Armadas. Essa medida converge com os preceitos da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade na imposição da pena. Por essa razão, a concessão do benefício se mostra plausível. Nesse sentido, cito unânime decisão desta Corte, lançada nos autos da Apelação nº 7000254-94.2019. 7.00.0000, de relatoria do Ministro Carlos Augusto de Sousa:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 187 DO CPM. DESERÇÃO. PRELIMINAR. EXTINÇÃO DO FEITO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR DO ACUSADO APÓS A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. REJEIÇÃO POR MAIORIA. MÉRITO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 3 DO STM. PROVIMENTO PARCIAL. ACUSADO EX-MILITAR. EXCLUSÃO DA ALÍNEA "A" DO ART. 626 DO CPPM. CONDENAÇÃO MANTIDA. UNANIMIDADE. 1. Integrando o acusado regularmente o serviço militar ativo, à época do recebimento da denúncia, a sua posterior exclusão das Forças Armadas não tem aptidão de interferir no prosseguimento da ação penal militar. Preliminar rejeitada por maioria. 2. O estado de necessidade deve ser comprovado por provas idôneas e contundentes de modo que, consoante a Súmula nº 3 do STM, meras alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas não constituem excludentes. 3. O controle de constitucionalidade de súmulas encontra óbice no art. 97 da Constituição Federal, que dispõe que somente pelo

> voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Desse modo, não há que falar em inconstitucionalidade, considerando que enunciados de súmulas não se inserem no conceito de Lei ou ato normativo, sobretudo porque são despidos de normatividade, ou seja, não têm caráter vinculante mas consistem em entendimento jurisprudencial uniformizado acerca de determinado tema. 4. O STM apreciou a questão acerca da legalidade e de eventual existência de vício de inconstitucionalidade reflexa do enunciado da súmula nº 3 do STM e firmou entendimento no sentido de que o referido Enunciado não representa ofensa aos princípios da presunção de inocência e do livre convencimento motivado, estando em total harmonia com a Carta Magna. Precedentes do STM. **5. Embora a concessão do *sursis* seja vedada àqueles que cometem o crime de deserção, nos termos do art. 88, II, alínea "a", do CPM, e do art. 617, II, alínea "a", do CPPM, o STM tem relativizado a questão e entendido que não figuraria razoável a manutenção da prisão daquele que não mais ostenta a condição de militar, a fim de evitar que seja ele submetido aos rigores do estabelecimento prisional comum. Precedentes do STM.** Apelo conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000254-94.2019.7.00.0000. Relator: Ministro CARLOS AUGUSTO DE SOUSA. Data de Julgamento: 13/8/2019. Data de Publicação: 26/8/2019). (Grifo nosso).

Em virtude da excepcionalidade apontada, fixo o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos, estabelecendo as condições impostas no art. 626, com exceção da alínea "a", do CPPM. Nos termos do art. 611, designo o Juiz Federal da Justiça Militar da União da 4ª Auditoria da 1ª CJM para presidir a audiência admonitória.

Demonstrados à saciedade a autoria, a materialidade e o nexo de causalidade, a condenação deve ser mantida, alterando-se apenas o regime prisional fixado na Sentença, de forma a observar as vedações impostas no CPM.

São essas as razões pelas quais este Relator conhecia dos apelos e dava provimento ao recurso do Ministério Público Militar, para reformar a r. Sentença condenatória e fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e, em relação ao apelo defensivo, dava-lhe provimento parcial para, adotando medida de política criminal, e tendo em vista o superveniente licenciamento do Apelante/Apelado, conceder o benefício do *sursis* nos termos fixados no presente Acórdão, mantendo inalteradas as demais disposições da Sentença recorrida. Na ocasião, brindaram-me com seus votos, os eminentes Ministros LUIS CARLOS GOMES MATTOS, ODILSON SAMPAIO BENZI, PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ e CARLOS VUYK DE AQUINO.

Superior Tribunal Militar, 28 de maio de 2020.

Ten Brig Ar William de Oliveira Barros
Ministro-Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 7000515-59.2019.7.00.0000

Em sessão de julgamento eletrônico, datada de 28/5/2020, divergi da maioria dos Ministros deste tribunal quanto ao pedido de mérito da Defesa sobre a concessão do benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, ao ex-Sd CAIO QUEIROZ DE SOUZA, consoante as razões jurídicas expostas.

PRELIMINAR DE AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO

A Defensoria Pública da União requereu, preliminarmente, a devolução plena de toda a matéria discutida em primeiro grau de jurisdição.

Em que pese o argumento defensivo, não o acolho.

Sem embargo, todo recurso possui como principal característica o efeito devolutivo, que consiste na transferência do conhecimento da matéria impugnada, bem como a que possa ser conhecida *ex officio*, à instância superior, visando ao seu reexame.

Todavia, na medida em que os recursos possuem como característica principal a voluntariedade, sua existência vincula-se à manifestação da vontade da parte sucumbente. Assim, cabe ao recorrente o ônus de delimitar a matéria a ser reapreciada pelo órgão jurisdicional competente e, considerando o brocardo do *tantum devolutum quantum appellatum*, o Tribunal irá conhecer especificamente o conteúdo impugnado, que condiz com o mérito recursal.

Acerca do tema, assevera Renato Brasileiro de Lima:

> Em regra, a devolução do conhecimento da matéria impugnada é feita para órgão jurisdicional de hierarquia superior distinto daquele que prolatou a decisão impugnada. (...) Por isso, aliás, é que a doutrina costuma dizer que **todo recurso é dotado de efeito devolutivo, que vara apenas em sua extensão e profundidade.**
>
> A extensão (ou dimensão horizontal) da devolução é fixada a partir da matéria impugnada pelo recorrente, podendo o recurso ser total ou parcial. O conhecimento do Tribunal encontra-se **condicionado, portanto, à matéria impugnada pelo recorrente**. Se o recurso for total, todas as questões poderão ser objeto de reexame. Lado outro, se o recurso for parcial, a análise do Tribunal só terá por objeto a matéria impugnada pelo recorrente.
>
> (...)
>
> Quanto à profundidade (ou dimensão vertical) do recurso, entende-se que, uma vez delimitada a extensão da devolução, estabelece-se a devolução automática ao Tribunal, **dentro dos limites fixados pela extensão, de todas as alegações, fundamentos e questões referentes à matéria devolvida.** Portanto, fixada a extensão do recurso, a

> profundidade do conhecimento do Tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo que for relevante para a nova decisão. (...).[21] (Grifo nosso).

Assim, convém destacar que, conquanto o recurso de Apelação devolva ao órgão judicante o teor integral da matéria debatida na demanda, o intitulado "efeito devolutivo amplo", por certo, sofre limitações, respeitando-se as matérias de ordem pública.

Na espécie, caberá o conhecimento integral, apenas, das questões debatidas do *Decisum* exarado pelo CPJ e as de ordem pública porventura impugnadas.

Ante o exposto, rejeito a preliminar defensiva de amplitude do efeito devolutivo da questão litigiosa.

PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE

A Defesa, após confirmar ciência de que o processo estaria em pauta para a continuidade do seu julgamento, requereu desta Corte castrense a apreciação da ausência de condição de procedibilidade/prosseguibilidade, tendo em conta que o então Sd Caio Queiroz de Souza foi desincorporado do serviço ativo em 8/11/2019, e não mais ostenta a condição de militar, circunstância que o impossibilita de figurar no polo passivo da presente ação penal militar.

Passo então à análise.

Como já expus nos julgamentos das Apelações nº 25-46.2012.7.01.0301 e nº 143-81.2010.7.01.0401, entendo ser plenamente possível ao desertor responder ao processo penal militar, mesmo tendo sido licenciado pela Administração Castrense.

Convém destacar que, em 14/9/2018, data do recebimento da Denúncia pelo Juízo *a quo*, todas as condições da ação mostravam-se idôneas, em especial, a legitimidade passiva *ad causam*, uma vez que, na ocasião da instauração da Ação Penal, o réu possuía a condição de militar (evento 2 da APM).

Certo é que, para o início da relação jurídica processual, não havia a inexistência de tal condição, sendo procedida a regular reinclusão do agente em 15/1/2018 (evento 25, documento 2, da IPD), providência indispensável para o oferecimento da competente Denúncia.

O art. 457, § 2º, do CPPM, preceitua, *in litteris*:

> § 2º A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de

[21] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal:* volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 1656-1657.

> incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.

Ora, o dispositivo citado determina que o desertor seja isento do processo quando a incapacidade definitiva for constatada, inexistindo qualquer relação com as infrações anteriormente cometidas. Igual raciocínio aplica-se àquele regularmente processado, e, posteriormente, licenciado do serviço ativo (evento 40).

Tal como colocado, a Súmula nº 12 deste Superior Tribunal encontra-se em perfeita consonância com o entendimento por mim esposado, porquanto exige a condição de militar **somente para a propositura da Ação Penal, e não para seu seguimento**, em virtude da desnecessidade de tal *status* para a continuidade do processo. Observe-se:

> STM. SÚMULA Nº 12 - (PRAÇA COM E SEM ESTABILIDADE - DENÚNCIA POR DESERÇÃO - POSSIBILIDADE - *STATUS* DE MILITAR - CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A *PERSECUTIO CRIMINIS*)
>
> A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção **sem ter readquirido o *status* de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão**. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.

Ressalte-se que esta Corte Militar, em recentes julgados, tem se posicionado a favor de a condição de militar do réu **somente afigurar-se imprescindível para o recebimento da exordial acusatória**. A propósito, destaco o seguinte excerto:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 187 CPM. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. EXCLUSÃO DAS FFAA. ANULAÇÃO. Militar condenado por deserção que é licenciado após o trânsito em julgado de Acórdão condenatório desta Corte, quando já iniciados os procedimentos para execução da pena. Decisão do Juízo *a quo* que, acolhendo pleito defensivo, manda recolher mandado de prisão e extingue a punibilidade por ausência de condição de prosseguibilidade em razão da exclusão do Apenado das fileiras das Forças Armadas. **Esta Corte tem reiteradamente assentado que o licenciamento do militar que responde ao delito de deserção, se ocorrido após o recebimento da Denúncia, não obsta o prosseguimento da ação penal, tampouco, constitui causa extintiva da execução da pena. A perda superveniente da condição de militar não é obstáculo para o prosseguimento da ação penal ou do processo executório, isto é, o *status* de militar é exigido somente na fase inicial do processo, como pressuposto para deflagração da ação penal, sendo irrelevante, para fins de prosseguimento da instrução criminal ou de cumprimento da pena, a posterior exclusão do agente do serviço ativo das Forças Armadas**. Precedentes do STF. A deserção é um delito que afronta não só a hierarquia e a disciplina, mas também o próprio serviço militar seja

> obrigatório ou voluntário, e assim, compete ao Estado, de forma geral, e ao Poder Judiciário, de maneira específica, a execução do poder punitivo estatal quando esses bens são ameaçados ou violados. E quando a norma penal, *ultima ratio*, elege o bem, é dever do Judiciário a proteção deste bem, sob pena de incorrer na violação ao princípio da proporcionalidade no viés da proibição da proteção deficiente. A mudança de entendimento iniciada nesta Corte, que hoje também é acompanhada pela maioria do Supremo Tribunal Federal, vem ao encontro da decisão do Estado Brasileiro de possuir Forças Armadas permanentes e regulares, insculpida nos preceitos da Constituição Federal, expressão maior do povo. Recurso ministerial a que se dá provimento para determinar o prosseguimento na execução da pena imposta por esta Corte. Habeas Corpus de ofício para conceder ao Apenado, agora civil, o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, designando-se o Juízo de Execução Comum para o estabelecimento das condições de cumprimento. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar, Relator: Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Data de Autuação: 13/8/2018, Data de Julgamento: 23/10/2018, Data de Publicação: 8/11/2018.) (Grifo nosso).

Sobre o tema, transcrevo **atual** entendimento delineado pela Suprema Corte Federal, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, *in verbis*:

> [...] **não se pode concluir que o licenciamento do paciente das fileiras do Exército, com o consequente retorno dele à vida civil, seja óbice ao prosseguimento da instrução criminal ou à execução da pena**. E é nesse sentido que a Súmula 12 do Superior Tribunal Militar assenta que a condição de militar somente deve ser considerada para a deflagração da ação penal contra o desertor.
>
> Em verdade, também **não se pode ignorar que a objetividade jurídica do crime em questão é a proteção do serviço e deveres militares. Assim, caso prevalecesse a tese defensiva, a efetividade da tutela desses bens jurídicos certamente ficaria comprometida, transmitindo-se, ainda, a indesejável ideia de imunidade penal, sobretudo nas hipóteses em que o acusado está submetido ao serviço militar obrigatório, cujo vínculo com o organismo militar, em parcela significativa, é temporário**.
>
> Na espécie, **portanto, a perda superveniente da condição de militar não é obstáculo para o prosseguimento da ação penal**, tendo em vista que, segundo consta dos autos, o paciente foi licenciado do serviço militar ativo em 27/04/2018, isto é, após o recebimento da denúncia, ocorrido em 13/04/2018. (AG. REG. HC 167.640/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29/3/2019.) (Grifo nosso).

Observa-se, pois, ser o *status* de militar exigido somente na fase inicial do processo, pressuposto para sua deflagração, sendo irrelevante, para fins de prosseguimento da instrução criminal ou de cumprimento da pena, a posterior exclusão do agente do serviço ativo das Forças Armadas. Tal interpretação se dá em virtude de ser a deserção um delito que afronta não só a hierarquia e a

disciplina, mas também o próprio serviço militar, seja obrigatório ou voluntário. Daí, compete ao Estado, de forma geral, e ao Poder Judiciário, de maneira específica, a execução do poder punitivo estatal quando esses bens são ameaçados ou violados.

Como salientei alhures, a condição de procedibilidade nos delitos de deserção é a reinclusão do trânsfuga. Tal *conditio*, a despeito de resultar na concessão do *status* de militar ao agente, com ele não se confunde, e é a única exigência feita pela norma, inexistindo a necessidade de o réu mantê-la para o feito persistir, por não configurar pressuposto de prosseguibilidade.

Pontuo justificar-se o procedimento de reinclusão pela necessidade de a Administração Castrense tomar conhecimento do motivo que levou o desertor a ausentar-se, haja vista a possibilidade de ele, entre outras situações, encontrar-se acometido de grave doença, ou mesmo ter falecido.

Trata-se, na realidade, de medida de política criminal adotada pelo legislador que não se imiscui com o tipo penal ou nele interfere. Desse modo, cometido o delito por quem é detentor da condição de militar, não se cogita *ilegitimatio ad partem* por perda desta qualidade, uma vez que a superveniência da condição de civil do denunciado não afeta o crime consumado.

Caso o desertor seja licenciado por ter cumprido integralmente o período de serviço militar obrigatório, fosse ele engajado ou não, o andamento do feito correrá normalmente, sem eventuais ataques de índole processual.

Tal como exposto, indubitável ser a reinclusão a única condição de procedibilidade para o oferecimento da Denúncia, não se verificando qualquer previsão legal de que a perda do *status* de militar configure obstáculo à prosseguibilidade de feito já regularmente processado.

Ante o exposto, rejeito a preliminar defensiva.

MÉRITO

Insurgiram-se o *Parquet* castrense e o Órgão defensório em face da sentença, que condenou o ex-Sd Aer CAIO QUEIROZ DE SOUZA à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no crime de deserção, previsto no art. 187 do Código Penal Militar, com o direito a apelar em liberdade, negando-se-lhe o benefício do *sursis*, com fulcro no art. 88, II, "a", do CPM c/c o art. 110 da Lei de Execuções Penais.

O apelo do MPM cinge-se à irresignação quanto ao regime aberto para início de cumprimento da pena, sustentando a vedação consubstanciada no § 2º da alínea "c" e § 3º do artigo 33, bem como no art. 59, ambos do Código Penal.

De outro giro, a DPU encampa 2 (duas) teses defensivas:

a. A existência de causa de exclusão de culpabilidade diante da ocorrência do estado de necessidade exculpante, haja vista ser o desertor arrimo de família e, por isso, faz jus à absolvição nos termos do art. 439, "d", do CPPM; e

b. O direito à suspensão condicional da pena em face da não recepção pela Constituição da República de 1988 do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM e do art. 617, II, alínea "a", do CPPM, por ofensa aos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

Inicialmente, verifico ser a conduta do agente típica e antijurídica, enquadrando-se perfeitamente ao tipo penal insculpido no art. 187 do *Codex* Penal Militar.

A autoria e a materialidade restaram sobejamente comprovadas pela Parte de Ausência (evento 1, documento 2, fl. 6, da IPD), pelo Termo de Deserção (evento 1, documento 2, da IPD), pelo Ofício nº 34/SIJ/783, informando a apresentação voluntária do desertor em 15/1/2018 (evento 1, documento 3, fl. 30, da IPD); e pelo próprio interrogatório do acusado, que, além de confirmar a prática delituosa, **não demonstrou com aptidão a existência de elementos que sustentem as alegações a seu favor**.

O elemento subjetivo é a vontade livre e consciente de ausentar-se da Unidade Militar onde serve ou do lugar em que deve permanecer, sem autorização do superior hierárquico, por prazo acima de 8 (oito) dias, o que aqui restou evidenciado pelo réu.

Acerca dos bens jurídicos tutelados pelo art. 187 do Códex Castrense, lecionam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger[22], *in verbis*:

> [...] no tipo penal em estudo tutela-se o **serviço militar** afetado pelo fato do agente não estar presente. Protege-se, ademais, o **dever militar**, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão. (Grifo nosso).

Para além, o ato de desertar ofende sobremaneira os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, sobre os quais se fundam as instituições militares, consoante entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE DESERÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RAZOÁVEL GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. (...) III - **O crime de deserção ofende aos princípios da hierarquia e da disciplina,**

[22] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 930.

> **preceitos constitucionais sobre os quais se fundam as Forças Armadas, constituindo a ausência injustificada de militares ilícito penal, na medida em que a ofensa ao bem jurídico tem impacto direto sobre o efetivo militar e as bases de organização das Forças Armadas**. (...) V - Ordem denegada. (HC 118.255, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 3/12/2013). (Grifo nosso).

Passo, então, à análise dos argumentos do Órgão acusatório.

Segundo o Órgão ministerial, o estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena como aberto pressupõe-se como pré-requisito não ser o condenado reincidente e, no caso, alega que CAIO QUEIROZ DE SOUZA já foi condenado duas vezes pelo delito de deserção, e, por tal motivo, não preencheria o requisito legal.

Consoante observado pela Defesa, em sede de Contrarrazões de Apelação, *in casu,* **não há que se falar em reincidência**.

Compulsando-se os autos, verifiquei que o sujeito ativo responde a outros 2 (dois) processos de deserção, a saber: Ação Penal nº 142- 41.2015. 7.01.0201(arquivado), junto à 2ª Auditoria da 1ª CJM, tendo a condenação **transitada em julgado em 13/11/2017**, ou seja, **após a consumação do delito em questão, ocorrido em 9/7/2017**; e a Ação Penal nº 0000046-35.2015. 7.01.0101, junto à 1ª Auditoria da 1ª CJM, tendo a Sentença, **que extinguiu a punibilidade do ora apelante em razão da prescrição punitiva pela pena em perspectiva, transitado em julgado em 11/7/2019** (evento 70 do Processo Originário nº 0000046-35.2015.7.01.0101).

Da leitura catalogada no art. 71 do *Codex* Milicien adverte-se, *in verbis*: *Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime,* ***depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior***.

Assim, observa-se que o trânsito em julgado, quanto ao processo que resultou na condenação penal do agente, sobreveio **em data posterior à consumação delitiva ora analisada**, não caracterizando, portanto, a reincidência.

Desse modo, escorreito e preciso foi o *Decisum* exarado pelo colendo Conselho Permanente de Justiça para Aeronáutica quando da análise da fixação ou dosimetria da pena, conforme se observa, *in verbis*:

> DA FIXAÇÃO OU DOSIMETRIA DA PENA
>
> Na primeira fase, analisando e sopesando os artigos 69 e 77, ambos do CPM, verifica-se **serem as circunstâncias judiciais favoráveis (ou positivas para) ao Acusado**; razão pela qual se fixa a pena-base no mínimo legal de 6 (seis) meses de detenção.

> Na segunda fase, não se constatam, à exaustão, circunstâncias legais agravantes e/ou atenuantes.
>
> Ressalta-se que, ainda que Réu tenha afirmado – em audiência – que respondeu a outro processo de deserção, ou mesmo conste na certidão criminal pertinente**, esta circunstância legal agravante (reincidência) não teria ficado devidamente esclarecida, não tendo – inclusive – o MPM se pronunciado no concernente**, motivo pelo qual resulta a pena intermediária/provisória de 6 (seis) meses de detenção.
>
> Na terceira fase, anota-se que inexistem causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, tornando-se definitiva a pena provisória/intermediária – em 6 (seis) meses de detenção.

Ressalto ainda que, diante da inexistência de previsão no CPM acerca de fixação de regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, razão pela qual, considerando ser necessária a observância do princípio da individualização da pena, solidificado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, deve-se aplicar o Código Penal comum naquilo que for pertinente.

Com efeito, em casos como o da presente *quaestio*, o regime inicial para cumprimento da pena encontra-se definido na alínea "c" do § 2º do artigo 33 do Código Penal comum, *in verbis*:

> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
>
> § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
>
> a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
>
> b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
>
> **c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.** (Grifo nosso.)

Destarte, tendo o Juízo *a quo* diligentemente fundamentado a Sentença pelo regime aberto, nos exatos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum, **rejeito a pretensão acusatória de fixação do regime prisional fechado para o cumprimento inicial da pena.**

No tocante à tese esposada pela Defesa, visando à absolvição do réu, com suporte na existência de causa de exclusão de culpabilidade ante a ocorrência do estado de necessidade exculpante, razão não lhe assiste.

Quando interrogado (evento 38, documento 1, da APM), o agente declarou que estava passando por problemas relacionados à perda de sua residência, razão pela qual deixou de ir ao quartel. Além disso, alegou que passava por dificuldades financeiras, tendo, no período de ausência, trabalhado no ramo da construção civil. Por fim, afirmou que teria ficado desanimado por causa de seus problemas e, por isso, ausentou-se do quartel.

Sobreleva notar a fragilidade de tais argumentos, haja vista a inexistência, nos autos, de quaisquer provas (testemunhal ou documental) que corroborem as alegações proferidas pelo agente em Juízo.

Para além, o fato de não ter feito qualquer comunicação sobre os problemas vivenciados a seus superiores hierárquicos, bem como, durante a ausência, ter se ocupado em atividade laboral diversa da qual exercia na caserna, com o propósito de manter seu sustento, demonstra total descompromisso do apelante/apelado com o Serviço Militar.

Por tais razões, como mencionado alhures, a conduta do acusado é típica e antijurídica, ofendendo diretamente os bens jurídicos tutelados pelo legislador castrense: o serviço militar e o dever militar, não havendo qualquer causa excludente de culpabilidade do agente.

Assim, **era exigível do sujeito ativo conduta diversa da por ele praticada**, tendo em vista que ainda poderia ter buscado ajuda **junto aos seus superiores hierárquicos**.

Observa-se então da instrução criminal que a Defesa **não conseguiu produzir prova suficiente para confirmar a situação de estado de necessidade exculpante do apelante/apelado**.

Conveniente evocar o teor do Verbete da Súmula nº 3 do Tribunal, que dispõe*:* ”Não constituem excludente de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhado de provas.”.

Nesse mesmo sentido, em sede de Contrarrazões (evento 80 da APM), o Órgão Acusatório pontuou, com precisão, a inexistência do Estado de Necessidade Exculpante na presente *quaestio*, *in verbis*:

> [...] ao contrário do que alega a defesa, **não existem provas nos autos que corroborem a tese defensiva e que demonstrem ter o apelante atuado acobertado por causa excludente da culpabilidade**. E não havendo provas da existência dessa excludente, resta impossível o reconhecimento da inexistência de crime.
>
> Sobre esse tema, o Superior Tribunal Militar assim dispôs na Súmula nº 3: “não constituem excludente da culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de prova”.

> **Inexistindo prova quanto aos fatos pessoais alegados pelo apelante, não se pode acolher a tese defensiva e acolher o pleito de reconhecimento da excludente de culpabilidade**, em razão inexigibilidade de conduta diversa.
>
> Por outro lado, mesmo que as alegações do apelante fossem verdadeiras, este Órgão do *Parquet Miliciens* entende que **não poderia ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que o militar poderia e deveria ter agido conforme o direito, levando ao conhecimento de seus superiores os problemas de ordem familiar que enfrentava, os quais, sem sombra de dúvidas, não deixariam de prestar o devido amparo ao militar** [...]. (Grifo nosso).

Em suma, as questões supracitadas não têm o condão de embasar um decreto absolutório ou eximir o apelante/apelado do cumprimento de deveres e de obrigações castrenses, pois ele podia e devia atuar de outra forma. Desertou por livre arbítrio e sem amparo em qualquer excludente de culpabilidade.

Comprovada a prática delituosa e caracterizado, no bojo processual, o elemento subjetivo do crime de deserção (dolo), **rejeito o pleito absolutório insculpido no art. 439, alínea "d", do Código Processual Penal Militar.**

Referente à alegação da Defesa sobre a incompatibilidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, o qual prevê a vedação do *sursis*, com a Constituição Federal, importa frisar que tanto a Suprema Corte como este Tribunal já se debruçaram sobre a questão em repetidas ocasiões, consolidando o entendimento de que o citado dispositivo penal foi inteiramente recepcionado pela Carta Magna, conforme se verifica, *in verbis*:

> EMENTA: Direito Penal Militar. Vedação do *sursis*. Crime de deserção. Compatibilidade com a Constituição Federal. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. Nesse sentido, há o precedente que cuida da suspensão condicional do processo relativo a militar responsabilizado por crime de deserção (HC nº 99.743, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Com efeito, no próprio texto constitucional, há discrímen no regime de disciplina das instituições militares. Desse modo, como princípio de hermenêutica, somente se deveria declarar um preceito normativo conflitante com a Lei Maior se o conflito fosse evidente. Ou seja, deve-se preservar o afastamento da suspensão condicional da pena por ser opção política normativa. 3. Em consequência, **entende-se como recepcionadas pela Constituição as normas previstas na alínea "a" do inciso II do artigo 88 do Código Penal Militar e na alínea "a" do inciso II do artigo 617 do Código de Processo Penal Militar.** 4. Denegação da ordem de habeas corpus. (HC nº 119567, Relator Ministro Dias Toffoli,

> Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014.). (Grifos nosso).

Nesse sentido, não assiste razão ao Órgão defensório, haja vista a plena recepção do citado artigo do Código Penal Castrense pela Constituição Federal, em virtude de a Justiça Militar ser balizada pelo princípio da especialidade, e ser o delito de deserção revestido de extrema gravidade por violar o Serviço Militar.

Por outro lado, após consulta processual realizada em sede de 1ª instância, por meio do Sistema de Processo Judicial Eletrônico (e-proc), verifiquei a informação de que o acusado, além de responder a outra Ação Penal, **não mais ostenta a condição de militar, porquanto foi licenciado, *ex officio*, do serviço ativo das fileiras da Força Aérea Brasileira a contar de 24/9/2019** (evento 44 do Processo originário nº 7001335-48.2019.7.01.0001).

Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, por questão de política criminal, em tais hipóteses, o Tribunal tem se manifestado favorável à concessão da suspenção condicional da pena, a despeito da vedação contida no art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM.

Contudo, embora não seja considerado reincidente, há nos autos deste processo registros que demonstram ter o réu sofrido condenação irrecorrível pela prática de crime anterior de deserção, circunstância impeditiva quanto à concessão da suspensão condicional da pena, conforme expressa vedação legal disposta no art. 84, inciso I, do Código Penal Militar[23].

Por fim, ressalte-se que os dispositivos levantados a título de prequestionamento não foram inobservados nesta *"persecutio criminis"*. O agente esteve, a todo tempo, albergado pelos preceitos constitucionais questionados, a saber: o acesso à ordem jurídica justa, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Todas as decisões emanadas neste processo foram públicas e devidamente fundamentadas.

Diante do exposto, votei pelo conhecimento e pelo desprovimento dos Apelos Ministerial e Defensivo, para manter íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 28 de maio de 2020.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

---

[23] Art. 84. A execução da pena privativa da liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) anos a 6 (seis) anos, **desde que**:
I - **o sentenciado não haja sofrido no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade**, salvo o disposto no § 1º do art. 71;
II - os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Gex Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS
Apelação Nº 7000515-59.2019.7.00.0000

Faço a presente Declaração de Voto, em sede da preliminar, para que conste dos autos, nos termos dos §§ 8º e 9º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

O réu foi desligado da Força Aérea Brasileira, conforme o Ofício nº 27/CPFATDGSDRJ, de 8.11.2019 (Apelação nº 7000515-59.2019.7.00.0000 – Evento 40).

Em 28.5.2020, o Plenário do STM, por maioria, rejeitou a preliminar de falta de condição de prosseguibilidade da Ação Penal Militar (APM).

Os Ministros JOSÉ COÊLHO FERREIRA, LUIS CARLOS GOMES MATTOS, LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES e este signatário acolhíamos a preliminar, para anular a Sentença, por falta de condições de prosseguibilidade da APM e, de ofício, concedíamos Habeas Corpus para trancá-la, determinando o seu arquivamento.

Naquela assentada, votei vencido, divergindo da douta maioria dos meus Eminentes Pares.

Passa-se a apresentar os fundamentos pelos quais pautei o meu posicionamento naquela ocasião.

I - Abordagem Inicial

A fundamentação a seguir apresentada coaduna-se com o entendimento minoritário do Tribunal, ao qual me filio. Está focada na análise do caso concreto – consoante o teor do Relatório apresentado –; no histórico do tema em discussão; na tutela da Defesa e da Mobilização Nacionais; na legislação pertinente (incluídas as normas referentes ao Serviço Militar); e na jurisprudência consolidada, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal (STF).

Está em evidência questão eminentemente de índole processual (condição de prosseguibilidade).

Sendo a deserção crime propriamente militar, diferindo dos demais de mesma natureza, faz-se necessário, desde a instauração do processo, que o agente atenda à condição de militar da ativa. A propósito, tal exigência não fica adstrita aos primórdios da ação penal, pois se estende a todo interregno do processo, bem como à execução de pena.

Trata-se de requisito objetivo de procedibilidade para a instauração da APM, a qual é sucedida pela condição de prosseguibilidade para o desenrolar do processo e com alcance para a execução penal. A perda da qualidade de militar da ativa compromete o desenvolvimento do feito, uma vez que o

acusado, no meu modo de ver, deixa de integrar legitimamente o polo passivo da relação processual quando passa à situação de civil.

Nessa esteira, passo a expor o embasamento jurídico, pelo qual se entende indispensável o *status* de militar, como condição de prosseguibilidade, para que o agente responda regularmente pelo crime de deserção.

1 Histórico sobre a Condição de "Prosseguibilidade"

De início, consigno que as normas pertinentes ao tema encontram-se transcritas em tópico próprio denominado "LEGISLAÇÃO". A despeito disso, entendo oportuno, desde logo, posicionar as leis e as normas aplicáveis conforme o direito temporal, visando contribuir para uma melhor compreensão histórica sobre a chamada condição de "prosseguibilidade".

Assim, a Lei do Serviço Militar (LSM) nº 4.375, datada de 17.8.1964; o Regulamento da LSM (RLSM) – o Decreto nº 57.654, datado de 20.1.1966 –; o Código Penal Militar (CPM) e o Código de Processo Penal Militar (CPPM), respectivamente, Decretos-Lei nº 1.001 e 1.002, ambos datados de 21.10.1969; o Estatuto dos Militares (E1) – Lei nº 6.880, datada de 28.8.1979; a Constituição Federal (CF), promulgada em 1988; a Lei nº 8.239, datada de 4.10.1991 – Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório –; e a Lei (LOJM) nº 8.457, datada de 4.9.1992 – Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares – compõem, dentre outros diplomas, o arcabouço legal sobre o assunto.

Acrescente-se, ainda, o Decreto-Lei nº 1.003, datado de 2.10.1969 – antiga Lei de Organização Judiciária Militar –, no qual havia a previsão dos Conselhos de Justiça da Unidade (CJUs), com a seguinte competência:

> Art. 13. Os Conselhos de Justiça têm as seguintes categorias:
>
> a) Conselho Especial de Justiça, para processar e julgar oficiais, exceto oficiais generais;
>
> b) Conselho Permanente de Justiça, para processar e julgar os acusados que não sejam oficiais, exceto o disposto no art. 40, nº IX, letras *b* e *c*, e na letra seguinte dêste artigo;
>
> **c) Conselho de Justiça nos corpos, formações e estabelecimentos do Exército, para o julgamento de deserção de praças e de insubmissos.** (grifei e sublinhei).

No período de funcionamento dos CJUs (hoje extintos), os julgamentos de praças por deserção encerravam-se no prazo de 60 (sessenta) dias, em conformidade com o disposto no art. 453 do CPPM, *in verbis*:

> Art. 453. **O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias**, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, **será**

> **posto em liberdade,** salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo. (grifei).

Naquela época, a prisão provisória, estabelecida pelo citado dispositivo, não sofria questionamentos judiciais.

Com a promulgação da Lei nº 8.236, datada de 20.9.1991 – Altera disposições do Código de Processo Penal Militar e da Lei da Organização Judiciária Militar (Decreto-Lei nº 1.003/69) – houve a supressão dos CJUs, permanecendo, tão somente, os Conselhos Especial e Permanente de Justiça (CEJ e CPJ), recaindo sobre o CPJ a competência para o processo e o julgamento dos insubmissos e dos acusados, em geral, ressalvados os oficiais.

Na vigente Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM) – Lei nº 8.457, de 4.9.1992 –, permanecem as disposições contemplando o funcionamento, tão somente, do CPJ e do CEJ, as quais estabelecem:

> Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:
>
> a) **Conselho Especial de Justiça**, constituído pelo Juiz-Auditor e 4 (quatro) juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade;
>
> b) **Conselho Permanente de Justiça**, constituído pelo Juiz-Auditor, por 1 (um) oficial superior, que será o presidente, e 3 (três) oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão. (grifei).

Conforme visto, a competência para o julgamento dos crimes de deserção de praças e insubmissos foram absorvidos pelo Conselho Permanente de Justiça, instalado na Justiça Militar da União (JMU), e não mais na Administração Militar.

Todavia, com a extinção dos CJUs, verifica-se que a temática, quanto aos crimes de deserção, tomou proporções indesejadas, fruto basicamente da falta de celeridade da primeira instância da JMU para julgá-los, bem como por haver agentes em liberdade durante a tramitação da APM – a despeito da prisão cautelar prevista no art. 453 do CPPM.

Nesse passo, surgiram inúmeros problemas em relação ao crime de deserção: o prazo de 60 (sessenta) dias, em regra, não é cumprido; as prisões, na maioria das vezes, são revogadas pela autoridade judiciária antes desse período; e os agentes processados, diante desse panorama, passaram a cometer as chamadas "deserções sucessivas", sem sequer haver o julgamento relativo ao primeiro delito.

Visando resolver a questão, o STM editou, em 1997, a Súmula nº 12, a qual reza:

> A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o *status* de militar, condição de procedibilidade para

> a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo (DJ 1 Nº 18, de 27.01.97).

Embora o texto da súmula devesse prever a expressão condição de "prosseguibilidade", e não apenas a de "procedibilidade", ver-se-á – a partir de decisões desta Corte e da jurisprudência do STF – que a intenção foi abrangente.

Cumpre esclarecer que, à luz de entendimento consolidado na Suprema Corte brasileira, a condição de "procedibilidade" é aquela exigida para o recebimento da denúncia e a de "prosseguibilidade" para todo o decurso processual.

Nesse sentido, se o *status* de militar é condição de "procedibilidade" para a *persecutio criminis*, não apenas pela leitura da citada súmula, a qual poderia ter melhor redação, por lógica, alcança todo o processo, inclusive a execução criminal.

Reforço que os julgados do STF sobre o tema sempre confirmaram a exigência da condição de militar para a "prosseguibilidade" do feito, aí incluído o julgamento e a execução da pena relativa a agentes desertores. No mesmo rumo, até pouco tempo atrás, esta Corte também exigia que o agente fosse militar para o consequente processamento e julgamento pelo crime de deserção, tudo em harmonia com o entendimento da Corte Constitucional.

Atualmente, a questão referente à deserção bifurca-se neste Tribunal, formando 2 (duas) correntes, ambas com intuito de evitar a impunidade provocada pelas "deserções múltiplas". Não obstante, apenas a que me filio exige a presença da "utilidade" em decorrência de eventual condenação.

2 A Tutela da Defesa e da Mobilização Nacionais

A APM, no caso de trânsfuga – réu foragido durante a sua tramitação –, deve ser sobrestada. Por sua vez, havendo licenciamento do réu das fileiras da Força Armada ou anulação de sua incorporação, ou, ainda, se diagnosticada, em inspeção de saúde, incapacidade temporária ou definitiva para o Serviço Militar, a ação penal deverá ser declarada extinta, sem julgamento do mérito, com a consequente concessão de HC de ofício para sustar eventual condenação imposta em primeira instância.

Isso porque a APM, nos casos acima descritos, carece da condição de "prosseguibilidade". Registre-se que a motivação para isso não reflete apenas a tradição jurisprudencial sobre o tema, até pouco tempo vigente no STM e pacífica no STF, mas também, como se verá mais adiante, encontra respaldo lógico e legal.

Nesse contexto, aspectos jurídicos sobressaltam no sentido de encorpar a corrente a que me filio – também chamada de "tradicional" –, a qual se

encontra devidamente alinhada à jurisprudência consolidada na Suprema Corte brasileira.

Nessa senda, apresento situações em subtópicos, acompanhadas de considerações quanto aos possíveis reflexos perante a Administração Castrense, caso adotado o entendimento da corrente atualmente prevalente no Tribunal.

a. Do Licenciamento, Desincorporação ou Anulação da Incorporação do Réu

Para a atual corrente prevalente nesta Corte, o agente que tenha sido licenciado – estando com o seu Certificado de Reservista, documento este que atesta que o Serviço Militar foi cumprido, possibilitando a eventual mobilização –, ainda assim, a condenação teria lugar. Igual compreensão, pelo visto, alcança aqueles que, hipoteticamente, foram licenciados a bem da disciplina, os quais obtêm o Certificado de Isenção do Serviço Militar.

A despeito desse entendimento, estando preservado o bem jurídico tutelado – o dever e o Serviço Militar –, entendo que o Estado não mais poderá condená-lo por tal crime. Isso porque o processo de deserção apenas faz sentido se estiver pendente o cumprimento do Serviço Militar da praça sem estabilidade. Se a Administração Militar ou mesmo a Justiça Federal Comum, em nome do "Estado uno", decidiram que o réu cumpriu integralmente com o seu dever, a persecução penal, esteja baseada numa prevenção especial ou geral, perde o seu escopo. Semelhantemente, ao expulsar alguém de suas fileiras por motivos disciplinares, a Força Armada está declarando não ter qualquer interesse no reingresso daquela pessoa ao seu contingente, ainda que pendente a integralização do Serviço Militar previsto.

Ressalte-se que o réu, caso seja licenciado apto para o Serviço Militar, recebe o correspondente Certificado de Reservista como prova do cumprimento de seu dever constitucional, podendo ser mobilizado tão logo acionado. Com efeito, se a finalidade do Serviço Militar Obrigatório é possibilitar a formação da Reserva Mobilizável, com respaldo no art. 143 da CF/1988 e na Lei nº 8.239/91, a emissão do respectivo documento atesta a ausência de lesão ao bem jurídico tutelado. Significa dizer, <u>falta tipicidade material</u>, já que o agente nada deve ao Estado. Igualmente, ausente a prefalada tipicidade, quando a situação pessoal do réu perante a Força Armada tem como desfecho a expedição do Certificado de Isenção.

Dessa forma, se o Estado declara, mediante a entrega dos respectivos documentos, que o dever constitucional foi cumprido e/ou inexiste interesse na permanência do indivíduo compondo seu contingente militar, a justa causa para a APM estará ausente – ante a falta da condição de "prosseguibilidade". Mesmo nos casos em que a Administração Militar erra ao licenciar o réu submetido a processo de deserção, declarando-o apto e que bem cumpriu o Serviço Militar, a quebra da presunção de legitimidade desse certificado

somente será possível por meio da tempestiva anulação do ato de exclusão do serviço ativo.

Se isso não bastasse, outro equívoco desponta nesse universo, qual seja, os precipitados e indevidos licenciamentos de agentes, a partir de consultas de Juízes-Auditores junto a Comandantes inexperientes, os quais não apresentam interesse em manter na ativa o chamado "militar-problema". Esquecem-se essas autoridades de que a lei tutela o Serviço Militar, sendo questionável o ato de o Comandante licenciar o agente, pois se apresenta despido de qualquer suporte legal, desnaturando bem juridicamente indisponível. Ademais, esses expedientes, requisitos da obrigatoriedade e da eficácia para embasar o licenciamento do agente, ainda em débito com o Serviço Militar.

Cabe registrar que esses licenciamentos indevidos não consideram, no cômputo do tempo do Serviço Militar, o seguinte dispositivo do E1:

> Art. 137. "Anos de serviço" é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos:
>
> (...)
>
> § 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo:
>
> (...)
>
> c) passado como desertor;
>
> (...)
>
> e) decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena, (...). (grifos nossos).

Reforço que o processo de deserção apenas faz sentido se estiverem pendentes o dever e o cumprimento do Serviço Militar. Assim, se a Administração Militar, como maior interessada na preparação daqueles que integrarão sua reserva mobilizável, institucionalmente representando o Estado, efetua o licenciamento ou a desincorporação – ou, ainda, a anulação da incorporação – de militar da fileira da Força Armada (seja qual for a motivação exposta), produz situação intransponível para a persecução penal – frise-se, apenas no tocante à deserção.

Ora, se o Estado é uno, deve pautar-se pela adoção de medidas coerentes.

Portanto, apresenta-se contraditório conceder o licenciamento, a desincorporação ou, ainda, a anulação da incorporação por uma via e, por outra, dar prosseguimento à APM na qual se pretende infligir sanção àquele agente que cometera uma deserção anteriormente.

Impende salientar que o grau de ofensa produzido pela conduta, a motivação para a prática ilícita e o momento de sua ocorrência, no interregno do Serviço Militar, servem de lastro para o estudo da emissão dos correspondentes certificados. Assim, a documentação comprobatória da situação militar, na forma do art. 75 da LSM e do art. 209 do RLSM, compatibilizando cada caso concreto, dará ensejo à emissão do correspondente Certificado de Isenção do Serviço Militar, de Dispensa de Incorporação ou de Reservista de 1ª ou de 2ª categoria.

Assim, se o agente recebeu o correspondente certificado, está física e moralmente apto a compor o contingente destinado à Mobilização Nacional. Diante disso, carece de lógica a atuação do Estado se o bem jurídico – inicialmente tido como ofendido – não sofreu ataques, o que resultará na atipicidade material desse fato.

b. Da Inspeção de Saúde

No tocante à aptidão em inspeção de saúde, o raciocínio é o mesmo.

Observe-se que um civil ou um militar, respondendo por vários crimes de deserção, acaso seja considerado incapaz definitivamente em inspeção de saúde em qualquer desses processos, deverá, segundo a compreensão da corrente a qual me filio, ficar isento de todos os processos instaurados em relação a esse tipo penal (deserção), ainda que não esteja acobertado pelo art. 48 do CPM:

> Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Isso devido a falta de sua "utilidade" para o Serviço Militar, uma vez que, sendo atestada a sua incapacidade, não comporá a Reserva Mobilizável a teor do que dispõe o E1, o RLSM e a LSM. Em outras palavras, o processamento e o julgamento de "civis", nessas condições, não trará resultado útil para o Estado.

Ocorre que esse não é o entendimento adotado pela atual corrente prevalente nesta Corte. Segundo fundamentam, é exigível que o agente seja militar ao tempo da infração e do recebimento da denúncia, pouco importando se foi considerado inapto para o Serviço Militar durante o transcurso do processo.

A acepção acima apresentada, no tocante ao tema, mostra-se inadequada. Conforme sustento, é justamente pela inexistência da "utilidade" do agente para o Serviço Militar que o Estado o isenta do processo, nos termos do art. 457, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do CPPM, *in verbis*:

> Art. 457. Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.
>
> Inspeção de saúde
>
> § 1º O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído.
>
> § 2º **A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.**
>
> § 3º Reincluída que seja a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à Auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao **procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia**, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.
>
> § 4º Recebida a denúncia, determinará o Juiz-Auditor a citação do acusado, realizando-se em dia e hora previamente designados, perante o Conselho Permanente de Justiça, o interrogatório do acusado, ouvindo-se, na ocasião, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. A defesa poderá oferecer prova documental e requerer a inquirição de testemunhas, até o número de três, que serão arroladas dentro do prazo de três dias e ouvidas dentro de cinco dias, prorrogáveis até o dobro pelo Conselho, ouvido o Ministério Público. (grifei).

Embora o referido dispositivo faça referência à isenção do processo apenas para aquele que, logo após ser capturado ou apresentado voluntariamente, seja declarado incapaz em inspeção de saúde, há que compreender sua intenção, qual seja, isentar de processo penal aqueles agentes que não poderão compor uma Reserva Mobilizável, finalidade do Serviço Militar (sobretudo o Obrigatório).

A partir dessa premissa, há que estender a extinção do processo para abarcar outras hipóteses, como, por exemplo, aqueles que foram atestados inaptos no decorrer do processo, ainda que não estejam respaldados pelo art. 457, § 2º, do CPPM. É o caso de deserção em que o agente é reincluído

(após apto em inspeção de saúde) e, mais à frente – durante o transcorrer do processo – restou considerado incapaz para o Serviço Militar, sendo em seguida excluído do Serviço Ativo (licenciamento, desincorporação etc.).

Registre-se que essa incapacidade não é aquela prevista no art. 457, § 2º, do CPPM, realizada logo após a captura ou a apresentação voluntária, muito embora seja utilizada a mesma "concepção" do dispositivo para também extinguir o processo penal. Todavia, o respaldo não se encontra no referido dispositivo, e, sim, na falta de "utilidade" para o Serviço Militar.

Na conjuntura da compreensão prevalente do Tribunal, no que tange à temática, ainda que, posteriormente, o agente seja considerado incapaz definitivamente para o Serviço Militar, deve-se prosseguir com o processo. Nesse rumo, o STM, em 11.6.2015, ao julgar a Apelação nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, condenou o agente incapaz para o Serviço do Exército. Durante o citado julgamento, entendeu-se que, sendo militar ao tempo do crime e do recebimento da peça pórtico, a perda posterior dessas condições [capacidade (aptidão para o Serviço Militar) e propriamente o *status* de militar] não representaria óbice para o prosseguimento do processo.

Não obstante, a meu sentir, com respaldo na jurisprudência do STF, quando o agente, praça sem estabilidade, adquire alguma incapacidade para o Serviço Ativo durante o transcurso do processo, a solução final é a mesma conferida para o licenciado, o desincorporado – ou com incorporação anulada – e para o "civil" trânsfuga (sobrestamento), qual seja, <u>não prosseguir com o feito</u>. Assim como a perda da condição de militar da ativa – superveniente ao recebimento da denúncia – justifica a ausência de condição de "prosseguibilidade", a incapacidade do agente, detectada em inspeção de saúde posterior à sua reinclusão, arrasta o processo também à sua extinção.

É de se notar que a incapacidade superveniente, após o recebimento da denúncia, iguala-se, quanto à falta de condição de "prosseguibilidade", com as situações de réu licenciado, desincorporado – ou com incorporação anulada – (extinção do processo) ou, ainda, de civil trânsfuga (sobrestamento do feito).

Situação interessante ocorre com as chamadas deserções "sucessivas", ultimamente corriqueiras. Nesse passo, quando a primeira, a segunda, a terceira e a quarta deserções estiverem próximas, ocorreria grande incongruência – adotando-se o entendimento da atual corrente prevalente – se nas 3 (três) primeiras deserções o agente fosse considerado apto em inspeção de saúde e reincluído – oportunidade em que seria processado e julgado, podendo, inclusive, vir a ser condenado –, enquanto na última deserção, caso considerado inapto, seria isento de processo. Vale dizer, muito embora tenha sido considerado incapaz no último processo (quarta deserção) – sendo, por essa razão, isento do processo nos termos do art. 457, § 2º, do CPPM –, os demais processos prosseguiriam, estando o agente sujeito à condenação.

Penso que falta razoabilidade para resultados tão díspares em relação a fatos semelhantes.

Foi o que ocorreu em 4.4.2013, no julgamento da Apelação nº 32-46.2010.7.03.0303/RS, em que esta Corte, por maioria, entendeu, equivocadamente, que os 3 (três) primeiros processos deveriam prosseguir, mormente diante da incapacidade (inaptidão) do agente, em relação ao Serviço Militar.

Com efeito, independentemente de o agente, ao tempo do crime de deserção, tiver sido considerado apto, quando constatada a incapacidade posterior, essa não se limita apenas ao procedimento em trâmite, pois irradiaria efeitos para o Serviço Militar, este entendido como bem indivisível.

Ainda, em relação ao último exemplo apresentado, oportuno notar que para as primeira, segunda e terceira deserções praticadas, essa incapacidade atestada retira a "utilidade" do processo para a eventual exigência de complementação do Serviço Militar. No entanto, quanto ao último evento (4ª deserção), como o agente nem foi reincluído, além da falta de "utilidade", há isenção específica prevista no art. 457, § 2º, do CPPM.

Diante do panorama apresentado, devem-se diferenciar as hipóteses: (1) "civil" considerado incapaz no momento das medidas administrativas dirigidas à potencial reinclusão, quando é isento do processo – nos termos do art. 457, § 2º, do CPPM; (2) militar considerado incapaz durante o prosseguimento do feito, em nova inspeção de saúde; e (3) militar licenciado, desincorporado ou com incorporação anulada durante o transcurso do processo. Embora as soluções para esses casos não estejam amparadas pelo mesmo dispositivo legal, o que têm em comum é o fato de inexistir "utilidade" nesses processos penais, pois nada adiantará ao Estado compeli-los a integralizar um Serviço Militar impossível de ser cumprido.

Como ressaltado, não se pode dizer que todos esses agentes tornam-se isentos do processo com base no art. 457, § 2º, do CPPM, pois esse artigo embasa apenas a incapacidade adquirida no momento de sua reinclusão – situação 1 –, não açambarcando as demais situações diagnosticadas durante o andamento do processo, as quais serão regidas pela conjugação do E1, da LSM e do RLSM. De fato, se fossem considerados apenas os dogmas associados ao tempo do crime, sendo aptos e da ativa quando da prática do delito de deserção, esses réus poderiam ser processados e julgados, mesmo estando nas referidas situações, o que criaria enormes distorções.

Essa situação demonstra bem o princípio da "utilidade" no crime de deserção, pois, mesmo que o agente ao tempo do crime e do recebimento da denúncia seja militar da ativa e capaz, a incapacidade superveniente, durante o transcurso do processo, ou mesmo o licenciamento, desincorporação ou

anulação da incorporação, retira-lhe a "utilidade" para o Serviço Militar e para a Reserva Mobilizável.

Sob outro giro, no trato entre oficiais e praças sem estabilidade, ambos supostamente na condição de desertores, não se poderia criar outra desproporção, pois aqueles nunca seriam julgados à revelia. Isso porque a denúncia contra o oficial é recebida, aguardando-se a captura ou a apresentação voluntária – art. 454, §§ 2º e 4º, do CPPM (alterado pela Lei nº 8.236/91, que revogou, tacitamente, segmentos do art. 128 do E1). Por essa razão, o oficial e as praças com estabilidade são agregados, não deixando de serem militares, ainda que foragidos, embora não recebam "remuneração" durante a situação de trânsfuga. Nesse contexto, independentemente de suas capacidades laborais após a reversão, serão processados e julgados, tanto assim que os arts. 456, § 4º, e 457, §§ 2º e 3º, ambos do CPPM, sequer exigem a inspeção de saúde. Por sua vez, para a praça sem estabilidade, a exigência da inspeção de saúde, repise-se, está prevista no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM.

Assim, a inspeção de saúde dos oficiais e de praças estáveis não interfere na sua condição de militar. Por isso, quando se apresentam voluntariamente ou são capturados (após a deserção), ao invés de reincluídos, são revertidos. Sendo praças estáveis ou oficiais, as suas carreiras têm amplo conceito, englobando detalhes morais e funcionais, incluído nesse rol o respeito para com o Serviço Militar.

Eventual deserção cometida por esses militares tem repercussão muito mais nociva do que em relação à praça sem estabilidade. Nesses termos, não se pode admitir que o Estado seja mais benevolente logo com quem tem responsabilidade imensamente maior – oficiais e praças com estabilidade.

c. Condenação à Revelia

O assunto tem relevância, pois a atual corrente prevalente no Tribunal preconiza o processo e o julgamento do "civil" revel, ou seja, do trânsfuga desertor.

Imagine a situação hipotética em que o militar, sem estabilidade, tenha cometido sua primeira deserção. Ao ser capturado, sendo inspecionado pela junta de saúde e considerado apto, restou reincluído e denunciado. Durante o transcurso do processo, voltou a desertar. Excluído em razão da segunda deserção, este agente, agora "civil", poderia ser condenado na primeira deserção – pois era militar por ocasião da denúncia – sem o Estado saber de sua real situação de saúde (incapaz temporária, definitivamente ou apto), uma vez que estaria na condição de trânsfuga.

Como argumento, afirmam que eventual incompatibilidade entre o julgamento à revelia e a incapacidade superveniente adquirida pelo agente, praça sem estabilidade, após o respectivo licenciamento, desincorporação ou

incorporação anulada seria resolvida mediante a interposição de Revisão Criminal, focando-se em uma prevenção geral e especial exagerada e sem justa causa.

Não tenho dúvida de que essa condenação firma-se sobre parâmetros questionáveis.

Impende frisar que o erro judiciário suportado (condenar um incapaz em virtude de sua revelia) teria o potencial de ensejar pedidos de indenizações. Isso porque ao agente impor-se-ia condenação nas penas do art. 187 do CPM, tendo sido, em alguma fase do processo, desprezada a sua eventual incapacidade temporária ou definitiva.

Tal conduta não me parece alinhada à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais. Tampouco adéqua-se ao conceito de se fazer Justiça.

A isso se acrescem outros equívocos.

Suponha-se que desertores (um condenado à revelia e o outro condenado após o licenciamento, desincorporação ou com incorporação anulada) apresentem inspeções de saúde (supervenientes a essas condições, porém anteriores ao julgamento) demonstrando a sua incapacidade para o Serviço Militar. Por que motivo não deveríamos tratá-los do mesmo modo que o militar diagnosticado incapaz durante o processo ou o "civil" incapaz no momento de sua potencial reinclusão, esta última prevista no art. 457, § 2º, do CPPM? Qual a justificativa para não se isentar ou extinguir o processo em relação a todos esses agentes? Embora não se possa igualar a incapacidade superveniente à constatada no momento da potencial reinclusão – esta última com previsão no art. 457, § 2º, do CPPM –, pois diferem no tempo, há que se reconhecer o princípio da "utilidade" para extinguir aqueles processos não amparados pelo citado artigo.

Consoante a atual corrente prevalente no STM acerca do tema, como se verifica nas Apelações nº 32-46.2010.7.03.0303/RS e nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, o incapaz "civil" deve ser processado e julgado, ainda que sobressaiam as mencionadas condições. Contudo, o próprio STF, desde 8.2.2000, manifesta-se de forma contrária a esse posicionamento, conforme se pode extrair do seguinte julgado:

> EMENTA: DESERÇÃO - **INCAPACIDADE DEFINITIVA** - CONSEQUÊNCIA. **Uma vez verificada a incapacidade definitiva do desertor, fica ele isento do processo** (...), **devendo o fato ser levado em conta ainda que se esteja em fase recursal** (...). ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, **por unanimidade de votos**, em deferir o habeas corpus, nos termos do voto do Relator. (STF. HC nº

> 79.531-5/RJ, Ministro Relator MARCO AURÉLIO - 2ª Turma/STF, julgado em 8.2.2000. Coator: Superior Tribunal Militar). (grifei).

Ora, se a atual corrente prevalente no STM admite julgar e processar o "civil" por deserção, mesmo à revelia, então, por coerência, assim se comportará diante dos crimes de insubmissão. Vale dizer, se o civil (insubmisso) fosse incluído – art. 463, § 2º, do CPPM – e desertasse logo após, poderia, na visão dessa corrente, ser processado e julgado à revelia por ambos os crimes.

Logo, observe-se que o princípio da "utilidade" é aplicável também ao crime de insubmissão. Para ser processado e julgado pelo crime de insubmissão, o agente deve ser incluído e mantido como militar da ativa ao longo do processo, ou seja, ser aproveitável (verificar a presença da tipicidade material) para o Serviço Militar, não bastando apenas ter praticado as elementares do tipo penal previsto no art. 183 do CPM (tipicidade formal).

d. Do *Sursis*

Mantendo o entendimento da atual corrente prevalente, sério impasse será criado no tocante à aplicação do *sursis*. Os arts. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, e 617, inciso II, alínea "a", do CPPM, expressamente vedam a suspensão condicional da pena nos crimes de deserção.

Esses dispositivos foram declarados em harmonia com a Constituição Federal pelo Pleno do STF, *in verbis*:

> **EMENTA**: Direito Penal Militar. **Vedação do *sursis*. Crime de deserção. Compatibilidade com a Constituição Federal.** 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. Nesse sentido, há o precedente que cuida da suspensão condicional do processo relativo a militar responsabilizado por crime de deserção (HC n º 99.743, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Com efeito, no próprio texto constitucional, há discrímen no regime de disciplina das instituições militares. Desse modo, como princípio de hermenêutica, somente se deveria declarar um preceito normativo conflitante com a Lei Maior se o conflito fosse evidente. **Ou seja, deve-se preservar o afastamento da suspensão condicional da pena por ser opção política normativa. 3. Em consequência, entende-se como recepcionadas pela Constituição as normas previstas na alínea "a" do inciso II do artigo 88 do Código Penal Militar e na alínea "a" do inciso II do artigo 617 do Código de Processo Penal Militar**. 4. Denegação da ordem de habeas corpus. (STF. HC nº 119.567/RJ, Relator para o Acórdão Ministro ROBERTO BARROSO - Tribunal Pleno, julgado em 22.5.2014 e publicado em 30.10.2014. Decisão por maioria). (grifei).

Não obstante, a jurisprudência do STM, conforme decisões recentes, tem admitido, em caráter excepcional, a concessão do *sursis*, suplantando as

vedações trazidas nos dispositivos legais acima mencionados. Exigível, contudo, nesses casos, que o agente ostente a condição de "civil".

Nesse contexto, haverá desertores "civis" cumprindo *sursis* na JMU e outros, militares, por ainda estarem na ativa – até mesmo engajados – cumprindo a pena de prisão. Portanto, na mesma OM e turma de incorporação, 2 (dois) companheiros, um ainda militar e outro licenciado, desincorporado ou, ainda, com incorporação anulada, terão tratamentos distintos no tocante ao cumprimento da pena do crime "mais militar" da história castrense – a deserção.

Ademais, sendo condenado como civil, inexistirá efeito prático, pois o crime propriamente militar não gera reincidência – art. 64, inciso II, do CP Comum. No mesmo giro, o sentenciado não cumprirá pena em estabelecimento civil, podendo o Juízo de Execução aplicar os dispositivos da legislação processual penal comum, inclusive concedendo-lhe o *sursis*.

e. Das Provas

Outro problema atinente ao julgamento de "deserções sucessivas" diz respeito à apuração de provas. É frequente haver desertores (com respeito aos militares sem estabilidade) que cometem nova deserção logo após a sua reinclusão e o recebimento da peça acusatória, retornando imediatamente à condição de "civil" (em face de sua exclusão do Serviço Ativo, em razão da nova deserção).

A atual corrente prevalente no Tribunal tem afirmado que a reinclusão seria apenas para verificar se está "acobertado por alguma causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, encontrar-se acometido de doença grave ou, mesmo, ter falecido" (Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301/RJ - Declaração de Voto) ou, ainda, "tem por único objetivo oportunizar à Administração Militar verificar se aquele que foi considerado desertor (...) não tenha falecido" (Apelação nº 32-46.2010.7.03.0303/RS – Declaração de Voto). Tais argumentos não se apresentam sólidos, uma vez que isso poderia ser realizado, mesmo o agente não sendo reincluído, por meio da realização de diligências pelo encarregado da Instrução Provisória de Deserção (IPD) ou pelo Juízo Castrense.

Nesses casos, não seria prudente dar continuidade à APM contra o réu "civil", mas, sim, sobrestá-la, pois a "utilidade" da eventual condenação apenas poderia ser aferida depois de esclarecidos os reais motivos de ordem moral para a prática do crime, bem como seria atestada, de forma responsável, a aptidão do agente para o Serviço Militar. Aliás, para o Estado não é direito julgar sem antes embasar os fundamentos de sua decisão – art. 93, inciso IX, da CF/1988.

Para se compelir o agente ao cumprimento do Serviço Militar e à composição da Reserva Mobilizável, o decreto condenatório ou absolutório deve considerar a realidade moral e confirmar a aptidão do réu para o Serviço Militar.

Conforme a situação, o Estado poderá, depois de ter condenado o réu à revelia, concluir não apenas pela sua inaptidão (moral ou física) para o Serviço Militar, mas também torná-lo adverso a qualquer esforço nacional de Mobilização. Portanto, o fiel da balança para sobrestar tais APMs reside, além de conferir fidedignidade às decisões, na falta de "utilidade" da eventual condenação.

Mesmo diante desses argumentos, para a atual corrente prevalente no STM, nenhum problema há em se condenar o "civil" à revelia por deserção.

f. O "Tempo de Serviço Militar" do Desertor

Para a atual corrente prevalente, quando o desertor for capturado ou se apresentar voluntariamente, exige-se, para o processo e o julgamento, apenas que se encontre "apto" e que seja "reincluído" ao serviço ativo por ocasião do recebimento da denúncia – condição de "procedibilidade". Nessa ótica, quando o réu, militar sem estabilidade, completar 1 (um) ano de serviço ativo, levanta-se a possibilidade de ser licenciado por término do seu compromisso constitucional.

Como se verá adiante, há relativo descompasso entre o cumprimento do Serviço Militar Inicial (SMI) e a expressão "tempo de serviço militar" do desertor. Isso porque, se o próprio agente criminoso produz transtornos ao seu programa de instrução militar, este será remodelado no tempo no tocante aos meios, monitores e instrutores. Por exemplo, se o desertor estiver na condição de trânsfuga por ocasião da instrução de tiro do canhão 90 mm de dotação de carro de combate, somente tempo depois essa instrução poderá ser reestruturada, ministrada e recuperada, tudo devido à própria conduta do réu.

Assim, o tempo regular de SMI, caso seja alterado pelo próprio agente, passa a não ser 12 (doze) meses corridos. Esse detalhe não difere da realidade dos cursos acadêmicos das mais diversas faculdades, pois o aluno, ao se ausentar por um semestre, por exemplo, deverá ajustar-se ao conteúdo programático do período vindouro, para recuperar o conteúdo faltante das disciplinas. Não lhe adiantará pleitear na Justiça Federal comum o certificado de conclusão de curso, diante de pendências com relação a algumas cadeiras, em face das excessivas faltas, as quais lhe impingiram prejuízo no aprendizado.

Aliás, por encontrar-se imbricado com a Defesa e a Mobilização Nacionais, o tema torna-se ainda mais sensível, exigindo toda técnica e cuidado, às vezes não observados por leigos no campo das ciências militares. A

demora em relação ao trânsito em julgado dos processos não pode ser resolvida à custa da desconstrução dos Sistemas de Serviço Militar e de Mobilização, muito bem idealizados pelo legislador de outrora e que foram encorpados pela CF/1988.

Licenciamentos prematuros deixam em dúvida o nível de instrução alcançado pelo militar desertor, pois, pelas circunstâncias já descritas, dificilmente teria atendido o mínimo padrão necessário.

Excepcionalidades surgem, por exemplo, nas hipóteses em que há cometimento de deserção no seu interregno. Sobre o tempo de Serviço Militar, os arts. 135 a 137 do E1 dispõem que:

> Art. 135. Na apuração do tempo de serviço militar, será feita distinção entre:
>
> I - tempo de efetivo serviço; e
>
> II - anos de serviço.
>
> Art. 136. Tempo de efetivo serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de ingresso e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento em conseqüência da exclusão do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.
>
> (...)
>
> Art. 137. "Anos de serviço" é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos:
>
> (...)
>
> § 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo:
>
> (...)
>
> c) passado como desertor;
>
> (...)
>
> e) decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena, quando, então, o tempo correspondente ao período da pena será computado apenas para fins de indicação para a quota compulsória e o que dele exceder, para todos os efeitos, caso as condições estipuladas na sentença não o impeçam. (sublinhei).

Nesses moldes, o tempo de SMI não ficaria adstrito ao período de 12 (doze) meses corridos, sendo o prematuro licenciamento de réus desertores, ainda não prontos (inabilitados) para compor a Defesa Nacional, carecedor de respaldo legal.

g. Do Sobrestamento

Mantendo-se a atual corrente prevalente, poderemos verificar, ainda, a situação de Juízes-Auditores e Ministros sobrestando processos e outros pondo em mesa para julgamento, algo com o potencial de gerar decisões conflitantes, inclusive destinadas aos integrantes da mesma OM. Vale dizer, total insegurança jurídica e enorme prejuízo à imagem da JMU.

Sendo a deserção "crime propriamente militar", diferindo dos demais de mesma natureza, faz-se necessário – desde a instauração do processo – que o agente mantenha a condição de militar. Tal exigência não fica adstrita apenas aos primórdios da APM, pois se estende a todo interregno do processo, bem como à eventual fase de execução de pena, conforme já decidiu o STF.

Assim, se o desertor for reincluído (apto e militar da ativa, sem estabilidade, portanto, satisfazendo as condições de "procedibilidade" – art. 457, § 2º, do CPPM), e logo após o recebimento da denúncia praticar nova deserção, nenhuma prova será apurada. Nessa situação, não há outra solução senão sobrestar o processo, pois a falta de condição de militar da ativa no crime de deserção, seja qual for o motivo, resulta prejudicial não somente à "procedibilidade", mas também à "prosseguibilidade" da APM.

A compreensão desse tema, conforme acima exposto, coaduna-se com posicionamentos mais antigos deste Tribunal, *in verbis*:

> **EMENTA**: Correição Parcial. É prescindível a presença do advogado para sustentar todo requerimento por escrito por ele protocolado diante do Conselho, sendo lícito, desde que fundamente por escrito a decisão e presentes os seus membros, analisar e julgar os requerimentos elaborados pelas partes sem que estes sejam intimados para a sessão, como ocorre no juízo criminal comum. A exclusão do militar ausente injustificadamente por mais de oito dias não implica em licenciamento da Força, mas sujeita-o à prisão e a processo por deserção, tudo em conformidade com a norma constitucional vigente. **Estando em curso o processo de deserção e incorrendo o militar em nova ausência delituosa, o feito ficará suspenso até que o acusado venha a ser reincluído**. Precedentes. Indeferida a Correição Parcial. Unânime. (Correição Parcial nº 182-64.2011.7.08.0008/PA, Relator Ministro Alte Esq Marcos Martins TORRES, julgado em 24.4.2012 e publicado em 18.5.2012) (grifei).

> **EMENTA**: APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. CRIME DE DESERÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOTÍCIA DE CONCESSÃO DE INDULTO AO APELANTE E DE QUE ESSE PRATICOU NOVA DESERÇÃO. COLOCAÇÃO DOS AUTOS EM PAUTA DE JULGAMENTO ANTES DA DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA DO MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO ARGUIDA DE OFÍCIO. ACOLHIMENTO. I - **Conforme precedente desta Corte, não se admite a colocação em pauta de processo de desertor foragido enquanto não definida a sua situação administrativa** (Correição Parcial

> nº 1-91.1990.7.05.0005/PR). II - **Acolhe-se a preliminar, arguida de ofício, de sobrestamento do feito, por falta de condição de prosseguibilidade, até a captura ou apresentação voluntária do desertor**. Preliminar de sobrestamento acolhida. Decisão majoritária. (Apelação nº 55-96.2011.7.09.0009/MS, Revisor e Relator para o Acórdão Ministro Dr. José COÊLHO Ferreira, julgado em 22.3.2012 e publicado em 30.4.2012). (grifei).
>
> **EMENTA**: Correição Parcial - Impossibilidade de colocação em pauta de processo de desertor foragido. Permanência dos autos em cartório até a captura ou apresentação voluntária. I- Preliminar de não conhecimento do pedido de Correição Parcial rejeitada por decisão majoritária. II- No mérito: a) **Decisão do Conselho Permanente de Justiça que coloca em pauta processo de deserção suspenso por nova deserção constituiu "error in procedendo", uma vez que os autos devem permanecer em cartório até a captura ou apresentação voluntária do desertor.** b) Constitui "error in procedendo" a aplicação da regra geral da prescrição do art. 125 do CPM quando o desertor está foragido, sendo o cânon aplicado o do art. 132 do mesmo Diploma Legal. c) Pedido Correicional conhecido e deferido para desconstituir-se a Decisão questionada, determinando-se o retorno dos autos à Auditoria de origem para aguardarem a captura ou a apresentação voluntária do desertor. III- Decisão unânime. (Correição Parcial nº 1-91.1990.7.05.0005/PR. Relator Ministro Gen Ex FERNANDO Sérgio Galvão, julgado em 2.12.2011 e publicado em 15.2.2012). (grifei).

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

Nesse caso, o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral representada pela condenação do desertor.

Vale lembrar que, nos demais crimes propriamente militares (*v.g.*, o art. 195 do CPM – abandono de posto), o réu, ao tempo em que responde à APM, participa, normalmente, da instrução castrense. Isso porque, não sendo desertor, inexiste período de trânsfuga. Logo, o agente continuará em sua OM cumprindo normalmente a programação do SMI, sem maiores prejuízos. Ao chegar ao final do SMI, será excluído do serviço ativo e incluído na Reserva, pois terá integralizado todas as etapas de instrução. Não obstante, continuará respondendo, na condição de "civil", ao processo instaurado pelo crime propriamente militar.

Diversamente é o caso de deserção, pois o que se pretende com o processo, transitado em julgado e com a sentença executada, que o agente, sem estabilidade, retorne à atividade de ensino militar obrigatório e permaneça funcionalmente nas Forças Armadas para obter, conforme a programação do SMI, a correspondente instrução castrense e a qualificação compatível aos misteres das Armas, assegurando a sua inclusão na Reserva Mobilizável.

Na verdade, a problemática cinge-se à formação de uma reserva mobilizável das Forças Armadas. De cada integrante se exige a qualificação mínima e satisfatória, além de compromisso pessoal em relação à nação brasileira e aos seus valores de patriotismo. Por isso, para se condenar o réu pelo crime de deserção, é necessário conhecer os exatos motivos de ordem física e moral de sua conduta, algo somente possível se mantida a condição de militar durante todo o processo.

Nesse passo, havendo uma segunda deserção, logo após a reinclusão, a juntada de provas restará prejudicada, pois, durante a ausência do réu "civil", não se terá qualquer certeza sobre a sua aptidão de saúde para o Serviço Militar.

Nas situações graves de Mobilização, estando o agente incapaz, melhor é concitá-lo ao esforço de guerra, em outro setor da zona de interior, a condená-lo sem finalidade, em nítido desincentivo no tocante à Mobilização.

Note-se, ainda, que a prescrição incidente em deserções anteriores, foco de preocupação para quem se debruça na impunidade é, em suma, responsabilidade do Estado, o qual não pode recuperar sua omissão condenando réus "civis" à revelia, podendo, inclusive, estarem incapazes para o Serviço Militar.

Para o Estado, na busca do cumprimento do Serviço Militar, o que interessa é a condenação de desertores, mas em segundo plano. Isso ocorre porque a finalidade da tipificação do crime de deserção não é apenas reprimir a sua prática numa prevenção geral e especial, mas, também, fazer cumprir a finalidade do SMI – formar as reservas mobilizáveis para as Forças Armadas.

Se algumas das deserções sucessivas praticadas pelo agente "civil" correm o risco de prescrever, melhor do que criar tese para condená-lo à revelia seria focar no último processo e, após a sua captura ou apresentação, recuperá-lo física, técnica e moralmente para ser mobilizável em eventuais necessidades do Estado, seja em tempo de paz ou de guerra. Frise-se, numa sequência de deserções, mais importante do que a condenação por todas, embora isso seja indisponível e devido, é manter o foco no adestramento e na recuperação do militar ainda capaz de voltar restabelecido às Forças Armadas.

No campo da deserção, o legislador, entre pesos e medidas, fez prevalecer a condição de "prosseguibilidade", com base na falta de "utilidade" de eventual condenação à revelia do "civil" trânsfuga, devendo, nessas hipóteses, ser sobrestado o feito.

3 A Legislação

No tocante à legislação, por questão de ordem – e ao contrário do que já foi argumentado pela atual corrente prevalente em Plenário –, ressalta-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), redação dada

pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010, não estabelece qualquer valorização, prevalência ou diferença entre leis penais, processuais ou, ainda, administrativas. Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, a CF/1988, no seu art. 59, prevê como leis tão somente as complementares (LC), as ordinárias (LO) e as delegadas (LD).

Da mesma forma, não cabe dizer que as LO, referentes à LSM e ao E1, dizem respeito a outro ordenamento jurídico. Todas (LSM, E1, CPM, CPPM e LOJM etc.) integram o ordenamento jurídico brasileiro. Logo, a LSM, o E1, o CPM e o CPPM, por exemplo, são LO recepcionadas pelo CF/1988. Assim, não há que falar em prevalência do CPM e do CPPM sobre as demais LO, pois devem ser interpretadas sistematicamente conforme impõe a LINDB. Nessa hermenêutica, ressalta-se que pode haver dispositivos revogados tácita ou expressamente, valendo, no tocante ao direito temporal, a aplicação da LINDB.

Mesmo analisando texto específico de uma determinada LO, deve-se considerar que há dispositivos genéricos e outros especiais, e estes poderão afastar a aplicação daqueles. Nesses aspectos, transcreve-se trecho pertinente da LINDB:

> Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.
>
> (...)
>
> § 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.
>
> § 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.
>
> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
>
> § 1º **A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.**
>
> **§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.**
>
> § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (grifei).

À guisa de exemplo, o art. 31, § 3º, da LSM, determina a expulsão por condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso. Todavia, quanto à deserção, há outros dispositivos especiais, nessa própria lei, que afastam essa norma genérica:

> Art. 31. O serviço ativo das Forças Armadas será interrompido:
>
> a) pela anulação da incorporação;

b) pela desincorporação;

c) pela expulsão;

d) pela deserção.

§ 1º A anulação da incorporação ocorrerá em qualquer época, nos casos em que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionados com a seleção em condições fixadas na regulamentação da presente Lei.

§ 2º A desincorporação ocorrerá:

a) por moléstia em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, hipótese em que será excluído e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei;

b) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação, obedecidas as disposições de regulamentação da presente Lei;

c) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; - o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar;

d) por condenação irrecorrível, resultante de prática de crime comum de caráter culposo; o incorporado nessas condições será excluído, entregue à autoridade civil competente e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei.

§ 3º A expulsão, ocorrerá:

a) por condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso;

b) pela prática de ato contra a moral pública, pundonor militar ou falta grave que, na forma da Lei ou de Regulamentos Militares, caracterize seu autor como indigno de pertencer às Forças Armadas;

c) pelo ingresso no mau comportamento contumaz, de forma a tornar-se inconveniente à disciplina e à permanência nas fileiras.

§ 4º O incorporado que responder a processo no Fôro Comum será apresentado à autoridade competente que o requisitar e dela ficará à disposição, em xadrez de organização militar, no caso de prisão preventiva. Após passada em julgado a sentença condenatória, será entregue à autoridade competente.

§ 5º O incorporado que responder a processo no Fôro Militar permanecerá na sua unidade, mesmo, como excedente. (grifei).

Ora, caso fosse obrigatória essa expulsão, então aqueles arredios à Defesa Nacional teriam encontrado uma forma para não empunhar as armas em prol da segurança do país. Por isso, a condição de militar da ativa, durante o processo, julgamento e execução de pena pelo crime de deserção são

essenciais para a integralização do SMI e até para que se conheça a verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado – o Serviço e o Dever militares.

Há outro detalhe importante, qual seja, não confundir licenciamento com desincorporação e com exclusão a bem da disciplina. O primeiro, em regra, é ato discricionário da Administração Militar, enquanto que o segundo e o terceiro são vinculados. A despeito disso, frequentemente são tratados como sinônimos, causando sérios danos à hermenêutica do tema.

Note-se que o art. 94 do E1 posicionou a desincorporação e o licenciamento em incisos diversos e, nos seus arts. 121 e 124, esclareceu que o primeiro pode ser discricionário, diferentemente do segundo, que é vinculado:

> Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos:
>
> I - transferência para a reserva remunerada;
>
> II - reforma;
>
> III - demissão;
>
> IV - perda de posto e patente;
>
> **V - licenciamento;**
>
> VI - anulação de incorporação;
>
> **VII - desincorporação;**
>
> VIII - a bem da disciplina;
>
> IX - deserção;
>
> X - falecimento; e
>
> XI - extravio.
>
> Art. 121. O licenciamento do serviço ativo se efetua:
>
> I - **a pedido**; e
>
> (...)
>
> Art. 124. A anulação de incorporação e a desincorporação da praça resultam na **interrupção do serviço militar com a conseqüente exclusão do serviço a**tivo.
>
> Parágrafo único. A legislação que trata do serviço militar estabelece os casos em que **haverá anulação de incorporação ou desincorporação** da praça. (grifei).

Essa distinção também se encontra presente no RLSM:

> Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento são estabelecidos os seguintes conceitos e definições:
>
> (...)

> 9) **desincorporação** - **Ato de exclusão** da praça do serviço ativo de uma Força Armada:
>
> a) **antes de completar** o tempo do Serviço Militar inicial, **ressalvados os casos de anulação de incorporação, expulsão e deserção**. Poderá haver inclusão na reserva, se realizadas as condições mínimas de instrução, exceto quanto aos casos de isenção por incapacidade física ou mental definitiva;
>
> (...)
>
> 18) **exclusão** - Ato pelo qual a praça deixa de integrar uma Organização Militar.
>
> (...)
>
> 24) **Licenciamento** - Ato de exclusão da praça do serviço ativo de uma Força Armada, após o término do tempo de Serviço Militar inicial, com a sua inclusão na reserva. (...). (grifei).

É de se observar que, mesmo na desincorporação, o ato vinculado é diverso do licenciamento. O RLSM se preocupou em disciplinar a situação dos desertores arrimos e daqueles com mais de trinta anos. Nesse aspecto, reproduzo o art. 140 do referido Decreto, *in verbis*:

> Art. 140. A desincorporação ocorrerá:
>
> 1) por moléstia, em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, durante a prestação do Serviço Militar inicial;
>
> 2) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar;
>
> 3) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação;
>
> 4) por condenação irrecorrível, resultante da prática de crime comum de caráter culposo;
>
> 5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou
>
> 6) por moléstia ou acidente, que torne o incorporado temporàriamente incapaz para o Serviço Militar, só podendo ser recuperado a longo prazo.
>
> (...)
>
> § 5º No caso do nº 5 deste artigo, o insubmisso ou desertor será desincorporado e excluído, quando:
>
> 1) tenha adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou deserção, e depois de absolvido ou do cumprimento da pena. Fará jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, conforme o grau de instrução alcançado; ou
>
> 2) tenha mais de 30 (trinta) anos de idade e desde que haja sido absolvido, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de

> Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado. Se, contudo, condenado, após o cumprimento da pena prestará o Serviço Militar inicial, na forma do parágrafo único do art. 80, deste Regulamento. (sem grifos no original).

Ao contrário do que alega a atual corrente prevalente, verifica-se que, mesmo no caso de desincorporação (ato vinculado), por ser arrimo após o crime ou ter o agente mais de trinta anos, o RLSM exige, antes de sua exclusão do serviço ativo, que o processo seja concluído, com a absolvição ou com o cumprimento de pena.

Note-se, o RLSM exige a manutenção no serviço ativo do militar que adquiriu a condição de arrimo após o crime ou tenha mais de trinta anos e, se condenado, até o cumprimento de pena (fase de execução). **Logo, se assim exige dos arrimos, naturalmente que a norma não é mais benevolente em relação àqueles sem tal ônus social, devendo também o universo dos demais desertores (não arrimos) permanecer na ativa até o término de eventual execução de pena.**

Sendo assim, qual seria a finalidade desse dispositivo? O art. 140, nos itens "5)", § 5º, "1)" e "2)", do RLSM visa apenas resguardar, no caso da condição de arrimo adquirida pelo réu após o crime ou de agente com mais de trinta anos absolvido, o tipo de certificado ao qual fará *jus*, diminuindo, mas não retirando, o espectro de discricionariedade da Administração Militar, fruto da condição social envolvida nessas hipóteses. Para essas situações, o RLSM estabelece a entrega do certificado de reservista, conforme o grau de instrução adquirido, ou até mesmo de dispensa de incorporação.

Os demais réus desertores (aqueles que não adquiriram a condição de arrimo após o crime e que não tenham mais de trinta anos) deverão cumprir integralmente o SMI, com permanência na ativa ao longo do processo, inclusive na fase de execução de pena, destacando-se que, diferentemente do art. 140, nos itens "5)", § 5º, "1)" e "2)", do RLSM, a Administração Militar terá amplo espectro de discricionariedade quanto à concessão do certificado, quando serão considerados, após o trânsito em julgado da APM, sobretudo, aspectos de ordem moral.

Deve-se alertar que, mesmo sendo o agente declarado arrimo de família, essa situação não conduz, por si só, ao estado de necessidade. Os requisitos para ser declarado arrimo são de ordem administrativa e não coincidem com os do estado de necessidade *exculpante*, este último pertencente ao Direito Penal Militar.

Nos demais casos de desincorporação, como, por exemplo, devido a problemas de saúde ou por ter adquirido a condição de arrimo antes da prática do crime de deserção, o militar será excluído da Força Armada. Portanto, há motivos fatais (ato vinculado) para isso, os quais estão previstos na LSM e no

RLSM. Isso porque falta a "utilidade" nesses casos, pois o agente não mais poderá compor o serviço ativo das Forças Armadas, mas apenas a Mobilização Nacional em outro esforço civil da zona de interior. Nesse ponto, estabelece o art. 31 da LSM:

> Art. 31. **O serviço ativo das Forças Armadas será interrompido**:
>
> a) pela anulação da incorporação;
>
> b) pela **desincorporação**;
>
> c) pela **expulsão**;
>
> d) pela deserção.
>
> (...)
>
> § 2º A desincorporação ocorrerá:
>
> a) por moléstia em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, hipótese em que será excluído e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei;
>
> b) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação, obedecidas as disposições de regulamentação da presente Lei;
>
> c) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; - o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar;
>
> d) por condenação irrecorrível, resultante de prática de crime comum de caráter culposo; o incorporado nessas condições será excluído, entregue à autoridade civil competente e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei. (grifei).

No mesmo sentido, dispõe o RLSM:

> Art. 140. **A desincorporação ocorrerá**:
>
> 1) por moléstia, em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, durante a prestação do Serviço Militar inicial;
>
> 2) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar;
>
> **3) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação;**
>
> 4) por condenação irrecorrível, resultante da prática de crime comum de caráter culposo;
>
> 5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou
>
> 6) por moléstia ou acidente, que torne o incorporado temporariamente incapaz para o Serviço Militar, só podendo ser recuperado a longo prazo. (grifei).

Com respeito à expulsão do incorporado ao Serviço Militar, a bem da disciplina, vale destacar as seguintes diretrizes normativas que respaldam a medida administrativa, nos termos estabelecidos no art. 141 do RLSM, conforme se vê:

> Art. 141. A expulsão ocorrerá:
>
> 1) por condenação irrecorrível resultante da prática do crime comum ou militar de caráter doloso;
>
> 2) pela prática de ato contra a moral pública, pundonor militar ou falta grave, que, na forma da lei ou de regulamentos militares, caracterize o seu autor como indigno de pertencer às Fôrças Armadas; ou
>
> 3) pela prática contumaz de faltas que tornem o incorporado, já classificado no mau comportamento, inconveniente à disciplina e à permanência nas fileiras.
>
> § 1º O expulso será considerado isento do Serviço Militar e a sua reabilitação obedecerá ao estabelecido no parágrafo 6º do Art. 110, deste Regulamento.
>
> § 2º No caso do número 1, do presente artigo, em se tratando de crime comum, o expulso será entregue à autoridade competente e, nos casos dos números 2 e 3, será apresentado, com ofício informativo da causa da expulsão, à autoridade policial local.
>
> § 3º A autoridade militar que reabilitar um expulso, na forma do parágrafo 1º deste artigo, deverá informar da reabilitação à autoridade policial competente. (destaquei).

De acordo com a normatização transcrita, com destaque ao item "3" do art. 141, do RLSM, a expulsão do incorporado decorre da inconveniência de sua permanência no Serviço Militar, por ter comportamento destoante daquele esperado, no tocante aos aspectos disciplinares.

Sobre a possibilidade de prorrogação do SMI, a LSM dispõe em seu art. 33:

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

Como se depreende, a prorrogação, em regra, somente poderá ser efetivada se requerida pelo próprio militar. Contudo, caso tenha praticado o crime de deserção, mesmo sem a respectiva solicitação, permanecerá na condição de militar durante todo o processo, a fim de completar o SMI, sendo vedada a sua inclusão na Reserva antes do término da fase de execução da pena.

Assim, quando o agente deserta e, após, é reincluído à Força Armada, deve permanecer na ativa durante todo o processo, até a execução da pena (no caso de sua condenação). Essa situação não tem qualquer relação com a prorrogação do Serviço Militar. Trata-se, na verdade, de observar dispositivos de LO que determinam a permanência na ativa do agente, até o conhecimento dos reais motivos e do grau de ofensividade da conduta (aspectos morais). Isso somente é possível, à luz do princípio da presunção de inocência e com o trânsito em julgado da APM, quando a Administração castrense puder definir a adequada solução: complementação do SMI ou exclusão do agente do serviço ativo.

Embora a jurisprudência do STM e do STF tenha batizado o tema de condição de "prosseguibilidade", claro está que essa expressão reflete o previsto nas LO(s) correlatas. Nesses termos, a obrigação de se manter o agente desertor na ativa, ao longo de todo o processo, está prevista em LO, tais como, por exemplo, no E1, na LSM e, também, no RLSM. Observem-se as LO(s) nesse sentido, as quais devem ser lidas de forma sistêmica com o CPM e com o CPPM e, conforme a LINDB, sem qualquer prevalência hierárquica nesse conjunto, resultando na mais pura e equilibrada hermenêutica relativa ao Serviço Militar.

Destaco que o Serviço Militar é imperativo constitucional nos termos do art. 143 da CF/1988:

> Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.
>
> § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar (...).

A Lei nº 8.239, datada de 4.10.1991 – Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório –, dispõe que:

> Art. 2º O Serviço Militar Inicial tem por finalidade a formação de **reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas** no que se refere aos encargos relacionados com a **defesa nacional**, em caso de mobilização. (grifei).

O dispositivo citado evidencia a importância do Serviço Militar para a formação da Reserva e para eventual Mobilização Nacional. Nesse sentido, resta cristalina a necessidade de os desertores, por mais "problemáticos" que sejam, concluírem o Serviço Militar e permanecerem na ativa até que se conheça a real ofensa a esses sistemas. Ou seja, a sociedade necessita integralizar, também, a formação dos desertores moralmente aproveitáveis.

A Lei nº 4.375, datada de 17.8.1964 – Lei do Serviço Militar –, fixa:

> (...) Art. 1º O Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas – Exército, Marinha e Aeronáutica – e compreenderá, na **mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional**.
>
> Art. 31. O serviço ativo das Forças Armadas será **interrompido**:
>
> a) pela anulação da incorporação;
>
> b) pela desincorporação;
>
> c) pela expulsão;
>
> **d) pela deserção.** (grifei).

Como se observa, a deserção é o único motivo de interrupção no qual o Serviço Militar é retomado após a captura ou apresentação voluntária do agente.

O Decreto nº 57.654, datado de 20.1.1966 – *Regulamenta a Lei do Serviço* Militar –, estabelece:

> Art. 10. Na mobilização, o Serviço Militar abrangerá a prestação de serviços:
>
> (...)
>
> 2) decorrentes das necessidades militares, correspondentes aos **encargos de mobilização** (...)
>
> Art. 80. Os insubmissos e desertores, quando se apresentarem ou forem capturados, serão obrigatoriamente **incorporados ou reincluídos, se julgados aptos para o Serviço Militar, em inspeção de saúde**. A incorporação ou reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar para que haviam sido anteriormente designados.
>
> Parágrafo único. Os absolvidos nos processos e os condenados que tenham cumprido pena **completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial**, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do Art. 140, deste Regulamento. (...)
>
> Art. 138. O serviço ativo das Forças Armadas será interrompido:
>
> 1) pela anulação da incorporação;
>
> 2) pela desincorporação;
>
> 3) pela expulsão;
>
> 4) **pela deserção.** (...)
>
> Art. 145. <u>O incorporado que responder a inquérito policial militar ou a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço, prevista neste Capítulo</u>. (grifei e sublinhei).

Fruto da deserção, o agente, após a sua reinclusão, deverá completar ou prestar o Serviço Militar. Diante disso, o Serviço Militar desse desertor pode não corresponder a 12 (doze) meses, pois o período de ausência interfere diretamente no programa de instrução da OM. Repise-se que esse transtorno para a Administração Militar é provocado pelo próprio desertor, o qual afeta o normal andamento de sua formação militar.

Por sua vez, a Lei nº 6.880, datada de 9.12.1980, – *Dispõe sobre o Estatuto dos Militares* – também LO, como o CPM e o CPPM, assim estabelece:

> (...) Art. 82. O militar será agregado quando for afastado temporariamente do serviço ativo por motivo de:
>
> (...)
>
> VII - ter-se esgotado o prazo que caracteriza o crime de deserção previsto no Código Penal Militar, se oficial ou praça com estabilidade assegurada;
>
> VIII - como desertor, ter-se apresentado voluntariamente, ou ter sido capturado, e reincluído **a fim de se ver processar**; (...)
>
> (...) Art. 128. **A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar** (...) ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.
>
> (...)
>
> § 2º A praça sem estabilidade assegurada será automaticamente excluída após oficialmente declarada desertora.
>
> § 3º O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido (...) excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, **agregado para se ver processar** (...) (grifei).

Portanto, o E1 expressamente ordena a permanência do desertor na ativa durante o processo, reproduzindo a jurisprudência histórica do STF. Vale reiterar que não haveria sentido em agregar o militar para se ver processar, diante da hipotética possibilidade de, logo após, ser excluído do serviço ativo.

Suponha-se que a deserção ocorra faltando apenas 15 (quinze) dias para o licenciamento do réu. Apresentando-se um mês depois da deserção e sendo agregado para se ver processar, esse agente poderia, na sequência imediata, ser licenciado porque o seu tempo de Serviço Militar Obrigatório de 12 (doze) meses havia sido cumprido? A resposta naturalmente é negativa. Se o agente pudesse ser licenciado tão logo concluísse o Serviço Militar, a ordem legal de ser agregado para se ver processar seria desprezada. Quando se ordena a agregação para se ver processar, isso inclui até mesmo a fase de execução da pena, aspecto este destacado pela jurisprudência do STF.

Assim, no concerto das LO(s) transcritas, nenhuma dúvida remanesce no sentido da necessária aplicação da condição de "prosseguibilidade" aos processos instaurados para apurar crimes de deserção.

4 A Jurisprudência

No tocante à jurisprudência, vê-se que, à exceção da atual corrente prevalente, o STF, o TRF 1 e o TRF 3 têm julgados alinhados ao entendimento a que ora me filio.

Para iniciar, apresento uma linha do tempo sobre o tema nesta Corte.

a. Do STM

O Pleno do STM, em especial, desde a edição da Súmula 12, em 1997, até julgados recentes, sempre considerou necessária a presença da comentada condição de "prosseguibilidade" para a continuidade da APM:

> **EMENTA:** DESINCORPORAÇÃO DO MILITAR. ARGUIÇÃO, DE OFÍCIO, DE NÃO CONHECIMENTO. **AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL MI**LITAR. FALTA DO PRESSUPOSTO SUBJETIVO PARA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA A CAUSA E PARA O PROCESSO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL MILITAR. **I - A simples verificação de que o apelante foi desincorporado das fileiras do Exército Brasileiro suprime a condição de procedibilidade da ação penal militar, mesmo estando em trâmite recurso de apelação nesta Instância superior**. II - Acolhe-se a preliminar de não conhecimento do Apelo defensivo, tendo em vista a ausência superveniente do pressuposto subjetivo para admissibilidade do recurso, ensejando inclusive a perda do objeto da Apelação por ilegitimidade de parte, haja vista que o apelante passou a ostentar o status de civil. III - Concede-se habeas corpus de ofício, para trancar a ação penal militar, com fundamento nos arts. 466 e 467, alínea "c", tudo do CPPM, por falta de justa causa. Preliminar de não conhecimento acolhida e trancamento da ação penal militar por habeas corpus de ofício. **Decisão majoritária**. (Apelação nº 172-60.2012.7.12.0012/AM, Relator Ministro Dr. José COÊLHO Ferreira, julgado em 22.4.2015 e publicado em 19.5.2015). (grifei).

> **EMENTA**: APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). PROCESSO EM CURSO NA 2ª INSTÂNCIA. ACUSADO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR PELO LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO DO EXÉRCITO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE SUPERVENIENTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO E ARQUIVAMENTO DO FEITO**. Informação aportada aos autos, oriundas do Juízo *a quo*, noticiando que o Apelante não ostenta mais o *status* de militar, em face de licenciamento por término do serviço militar obrigatório. Impõe-se a extinção do processo pela falta de condição de procedibilidade da ação penal. A condição de militar do Acusado é indispensável para a persecução penal no crime de deserção. Precedentes nesse sentido.** Preliminar de não conhecimento do Recurso acolhida e concedido, de ofício, habeas corpus para trancar a Ação Penal Militar por falta de justa causa, determinando-se o seu arquivamento.

Decisão majoritária. (Apelação nº 91-93.2013.7.05.0005/PR, Relator Ministro Gen Ex LÚCIO Mário de Barros Góes, julgado em 7.5.2014 e publicado em 20.5.2014). (grifei).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL *IN* EMBARGOS INFRINGENTES. DESERÇÃO. ABSOLVIÇÃO. LICENCIAMENTO DO ACUSADO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. **Segundo a inteligência do art. 457, § 2º, do CPPM, é indispensável ao regular curso da ação penal militar o acusado pelo crime de deserção ostentar a condição de militar da ativa, do contrário será isento do processo. Logo, a superveniência de licenciamento da Força faz do denunciado pela prática de deserção um cidadão do povo, suprimindo-lhe o *status* de militar, o que impede o processamento de eventual recurso, em face de absoluta impossibilidade jurídica do pedido (carência de ação)**. Embargos infringentes rejeitados por falta de condição de prosseguibilidade. Agravo regimental desprovido. **Decisão por maioria**. (Agravo Regimental nº 40-63.2008.7.01.0201/DF, Relator Ministro Ten Brig Ar JOSÉ AMÉRICO dos Santos, julgado em 18.3.2014 e publicado em 9.4.2014). (grifei).

EMENTA: DESERÇÃO. ART. 187 DO CPM. APELO DEFENSIVO. APELANTE LICENCIADO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL. **FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE**. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Apelante licenciado das fileiras do Exército por determinação judicial do TRF da 4ª Região, em sede liminar, mantida por Sentença de mérito, após renúncia de prazos, tanto pela AGU quanto pelo MPF. **O licenciamento é ato administrativo que esta Justiça Castrense não pode modificar, e afeta casos como o dos autos, pois, nos termos do art. 457, §§ 2º e 3º, do CPPM, para que haja condições de prosseguibilidade do processo, quando se trata de crime de deserção**, o acusado necessita estar apto e reintegrado ao serviço militar. E nos termos da Súmula nº 12 do STM, a qualidade de militar da ativa constitui condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*. Apelo Defensivo prejudicado por falta de condição de prosseguibilidade para a ação penal, em face da condição de civil do Acusado, com a concessão de habeas corpus de ofício para anular a condenação e determinar o arquivamento do feito, conforme reiterada jurisprudência do STM. **Maioria**. (Apelação nº 69-57.2011.7.03.0103/RS, Revisor e Relator para o Acórdão Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS Oliveira dos Santos, julgado em 12.2.2014 e publicado em 28.2.2014). (grifei).

EMENTA: Apelação. Crime de Deserção. Condição de Procedibilidade. Inconformismo do MPM diante da absolvição de Réu denunciado como incurso nas penas do delito de Deserção. **Preliminar suscitada pela PGJM no sentido do não conhecimento do Apelo, por perda do requisito de procedibilidade da própria Ação Penal. O Acusado foi licenciado das fileiras do Exército, o que é suficiente para**

subtrair-lhe a indispensável condição de ser militar da ativa para figurar no polo passivo da demanda. Feito irremediavelmente prejudicado, em face da supressão de uma das suas condições de procedibilidade, qual seja, a de ostentar o Réu a qualidade de militar da ativa. Acolhimento da Preliminar. Não conhecimento do Apelo. **Decisão majoritária**. (Apelação nº 44-56.2012.7.05.0005/PR, Relator Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes MATTOS, julgado em 13.8.2013 e publicado em 2.9.2013). (grifei).

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. LICENCIAMENTO DO MILITAR DO SERVIÇO ATIVO. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ACOLHIDA. RECURSO PREJUDICADO. MAIORIA. **O licenciamento do serviço ativo de militar respondendo a processo de deserção constitui ausência superveniente de pressuposto de admissibilidade, ensejando a perda do objeto do presente recurso**. Acolhida a preliminar de não conhecimento do feito por falta da condição de procedibilidade para o prosseguimento do feito, conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal Militar. **Decisão unânime**. (Apelação nº 7-16.2012.7.01.0401/RJ, Relator Ministro Ten Brig Ar Cleonilson NICÁCIO Silva, julgado em 8.5.2013 e publicado em 22.5.2013). (grifei).

EMENTA: Apelação. Deserção. Preliminar. Perda da condição de militar. Recurso prejudicado. Preliminar de ausência de condição essencial ao prosseguimento do exercício da Ação Penal. A norma incriminadora contida no art. 187, associada ao art. 22, ambos do CPM, dispõe que a deserção é delito cuja autoria somente poderá recair sobre militar da ativa. **O delito de deserção exige a reinclusão do militar no serviço ativo da Força, como condição especial da ação penal. Essa condição deve estar presente no momento da instauração do processo e durante todo o seu curso,** de modo que o feito reúna imprescindíveis condições de procedibilidade ou prosseguibilidade, no tocante à pessoa do agente passivo. O Acusado, no momento em que foi licenciado das fileiras do Exército, perdeu o *status* de militar, comprometendo, irremediavelmente, o desenvolvimento do presente feito, pois, ao passar à situação de civil, ele perdeu a legitimidade passiva, deixando de ser parte na relação processual penal militar. Prejudicado o presente recurso ministerial por carecer de condição essencial de prosseguibilidade da Ação Penal. Preliminar acolhida. **Decisão unânime**. (Apelação nº 98-40.2011.7.02. 0102/SP, Ministro Relator Gen Ex Raymundo Nonato de CERQUEIRA Filho, julgado em 30.8.2012 e publicado em 20.9.2012). (grifei).

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. 1. A qualidade de militar da ativa deve estar presente não só para o início, como durante

> todo o processo instaurado por crime de deserção, subsumindo em verdadeira condição de procedibilidade e de prosseguibilidade. **2. Sendo o Acusado licenciado das fileiras do Exército (...) readquirindo a qualidade de civil, dá-se a impossibilidade de prosseguimento da ação penal, devendo ser de plano arquivado o feito. Preliminar de ofício de não conhecimento do recurso por ausência de condição de prosseguibilidade acolhida**. **Decisão unânime**. (Apelação nº 255-25. 2011.7.01.0301/RJ, Relator Ministro Dr. Artur VIDIGAL de Oliveira, julgado em 13.6.2012 e publicado em 29.6.2012). (grifei).
>
> **EMENTA**: Apelação. Crime de Deserção. Acusado licenciado das fileiras do Exército. Habeas Corpus. Concessão de ofício. Trancamento da Ação Penal Militar. **A qualidade de militar da ativa é condição de procedibilidade nos crimes de Deserção. Tendo sido o Acusado licenciado das fileiras do Exército, encontra-se o feito irremediavelmente prejudicado.** Não conhecimento do Apelo. Concessão, de ofício, de Habeas Corpus para trancar a Ação Penal Militar, determinando-se o seu arquivamento. **Decisão unânime**. (Apelação nº 46-37.2011.7.09.0009/MS, Relator Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes MATTOS, julgado em 17.5.2012 e publicado em 18.6.2012). (grifei).

Devo destacar que, em 24.3.2015, o Pleno do STM confirmou a aplicação da condição de "prosseguibilidade" devido ao licenciamento do réu, em meio ao período de debates entre as 2 (duas) correntes – Apelação nº 34-59.2013.7.12.0012/AM. Naquela oportunidade, foi reconhecida a falta de condição de "prosseguibilidade" com base na aplicação da Súmula 12 do STM. Esse é o caso mais clássico a dividir as mencionadas correntes, o que se explica pela importância e a complexidade do tema, razão pela qual transcrevo a ementa do referido julgado:

> **EMENTA**: APELAÇÃO. DESERÇÃO. PRELIMINAR. LICENCIAMENTO. *STATUS* DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. **O licenciamento definitivo de militar, no curso de processo em que responde pelo crime de deserção, prejudica a prosseguibilidade da *persecutio criminis*.** Preliminar acolhida, ensejando a concessão de Habeas Corpus de ofício, para anular a sentença penal condenatória recorrida e determinar o arquivamento do feito. **Decisão majoritária**. (Apelação nº 34-59.2013. 7.12.0012/AM, Relator Ministro Alte Esq ÁLVARO Luiz Pinto, julgado em 24.3.2015 e publicado em 13.4.2015). (grifei).

Em recente julgamento, ocorrido em 31.3.2016, o Tribunal acolheu a preliminar arguida pela DPU e julgou prejudicada a Apelação por falta de condição de "prosseguibilidade" para a APM nº 27-89.2015.7.09.0009, concedendo HC de ofício para anular a condenação do agente, sendo lavrada a seguinte ementa:

> **EMENTA**. APELAÇÃO. PRELIMINAR. LICENCIAMENTO. *STATUS* DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.

> HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. **O licenciamento definitivo de militar, no curso de processo em que responde pelo crime de deserção, prejudica a prosseguibilidade da *persecutio criminis*. Preliminar acolhida, ensejando a concessão de Habeas Corpus de ofício, para anular a sentença penal condenatória recorrida e determinar o arquivamento do feito**. Decisão majoritária. (Apelação nº 27-89.2015. 7.09.0009/MS, Relator Ministro Alte Esq ALVARO Luiz Pinto, julgado em 31.3.2016 e publicado em 4.5.2016) (grifei).

Essa situação bem demonstra a insegurança jurídica causada pela atual dupla concepção acerca do tema, a qual se estrutura em correntes distintas no Tribunal. Dá-se ensejo à eventual anulação de julgamentos em decorrência da inobservância desse requisito imprescindível, o qual reflete a necessidade de a condição de militar do agente estar presente durante todo o transcurso da APM (incluída a fase recursal e a execução criminal).

À evidência, no tocante ao delito em análise, a condição de militar assume indispensável requisito não só para a instauração da APM, como, de modo mais amplo, para a *persecutio criminis* até o seu término.

Nesse ponto, o enunciado nº 12 da Súmula do STM estabelece:

> A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o *status* de militar, condição de procedibilidade para a "persecutio criminis", através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.

Os arestos que deram sustentáculo ao mencionado enunciado foram: Apelação nº 47.495-7/RJ; Apelação nº 47.424-4/RJ; HC nº 32.966-8/PR; HC nº 33.069-0/RJ; HC nº 33.129-8/RJ e Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ. Registro que os precedentes abrangeram circunstâncias diversificadas, dentre os quais se destaca caso de negativa de prosseguimento da APM, porquanto o desertor não fora reincluído às fileiras da Força Armada por incapacidade física definitiva (HC nº 1993.01.032.966-8/PR), enquanto outro dá conta de nulidade do processo em decorrência de ter sido julgado após sua exclusão do Serviço Ativo Militar, devido à prática de novo crime (Apelação nº 1995.01.047424-4/RJ).

Extrai-se do verbete sumular ser a qualidade de militar condição essencial para a *persecutio criminis*. Assim, uma vez perdida a relação funcional, não remanesce interesse em recompor a violação contra o serviço e contra os deveres militares.

Tal qualidade constitui condição de "prosseguibilidade" para o processo penal, não podendo o recorrente permanecer no polo passivo da relação processual.

Destaco que o surgimento da atual corrente prevalente ocorreu em 2012, quando foi trazida a posição do STJ ao julgar o RHC nº 24.607. Desde

então, esse Acórdão do STJ foi mencionado nos votos da atual corrente prevalente e nas petições de várias Ações Civis Públicas, conforme se verá adiante.

b. Do STF

Apesar de o tema encontrar-se subdividido em 2 (duas) correntes no STM, verifica-se que ambas as Turmas do STF têm reconhecido a comentada condição de "prosseguibilidade" como imperativo para a continuidade da persecução criminal, no tocante ao crime de deserção. Não obstante, a atual corrente prevalente no STM tem apresentado (*v.g.* Apelação nº 25-46.2012. 7.01.0301/RJ), como base para seus argumentos, a seguinte Decisão constante de Informativo do STF:

> **INFORMATIVO Nº 525** ... **TÍTULO** Deserção e Condição de Militar ... A Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de militar, em que se pleiteava a extinção ou o arquivamento de instrução provisória contra ele instaurada, a fim de que não fosse preso sem que houvesse ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente. Alegava-se, em suma, que o paciente fora excluído das Forças Armadas e, portanto, seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da instrução provisória de deserção. Ademais, pela mesma razão, não mais lhe seria aplicável a ressalva contida na parte final do inciso LXI do art. 5º da CF ("ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei."). Asseverou-se que o crime de deserção atribuído ao paciente fora praticado quando este, ainda, ostentava a condição de militar. Destarte, tal circunstância permitiria tanto a instauração de instrução provisória de deserção quanto a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial, conforme a ressalva do aludido dispositivo. **Salientou-se, ademais, que a instrução provisória de deserção não se confunde com a ação penal, sendo certo que a condição de militar obsta apenas o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, o início da ação penal** (CPPM, art. 457, § 3º). (HC nº 94.367/RJ, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA - Segunda Turma/STF, julgado em 21.10.2008. Decisão unânime) (grifei).

No entanto, deve-se advertir que a redação constante do Informativo supracitado não reflete a Ementa do referido julgado:

> **EMENTA**: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. DESERTOR EXCLUÍDO DO SERVIÇO MILITAR. **INSTAURAÇÃO DE INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO** E PRISÃO INDEPENDENTEMENTE DE ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. A prática do crime de deserção quando o paciente ainda ostentava a qualidade de militar autoriza a instauração de instrução provisória de deserção, assim como a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial (art. 5º, LXI, da Constituição). A exclusão do desertor do serviço militar obsta apenas o

> ajuizamento da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º), que não se confunde com a instauração de instrução provisória de deserção. **Ademais, mesmo a ação penal poderá ser ajuizada após a recaptura ou apresentação espontânea do paciente, quando então este será reincluído nas forças armadas, salvo se considerado inapto depois de submetido à inspeção de saúde (CPPM, art. 457, § 1º)**. Ordem denegada. Decisão unânime. (HC nº 94.367/RJ, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA - Segunda Turma/STF, julgado em 21.10.2008. Decisão unânime). (grifei).

Como se depreende, a Instrução Provisória de Deserção (IPD) não é sobrestada pela exclusão do agente, pois a APM não se confunde com essa peça inquisitória/instrutória em sede administrativa, a qual tem equivalência com o IPM. Constata-se, por simples leitura, que os trechos em negrito (Informativo e Ementa) não se harmonizam.

Para afastar qualquer dúvida sobre a posição da Segunda Turma do STF, transcreve-se parte da fundamentação redigida no referido HC nº 94.367. É de se notar que a intenção do julgador foi dizer que a falta da condição de militar da ativa não obsta o andamento da IPD, mas apenas o oferecimento da denúncia e o início da ação penal, as quais ficariam prejudicadas enquanto trânsfuga o agente. Com efeito, o foco estava na análise da IPD e não no prosseguimento do processo, pois este, como a fase ainda era administrativa, sequer existia na data desse julgamento, consoante se depreende do caso ressaltado, outrora submetido à análise do STF. Nesse passo, seguem trechos pertinentes do Voto do Relator Ministro Dr. JOAQUIM BARBOSA, *in verbis*:

> (...) Ademais, como bem anotou a Procuradoria-Geral da República, **a instrução provisória de deserção não se confunde com a ação penal**, sendo certo que a condição de militar obsta apenas o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, o início da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º), **não impedindo, por outro lado, a instauração do prévio procedimento de instrução provisória**. (...) (grifei).

Para dirimir dúvida quanto à posição do Relator, basta examinar como votou noutros processos. Dessa forma, destaco os HC nº 79.531, 90.672, 90.838 e 115.754, estes 3 (três) últimos votados após o mencionado HC nº 94.367.

Extrai-se de Acórdãos do STF a posição fundamentada no sentido de ser a condição de militar elemento estruturante do delito de deserção e que a sua ausência repercute no processamento da APM, inviabilizando o prosseguimento da persecução penal. Impede, inclusive, a execução de sanção porventura imposta a desertor, quando o agente passe, durante essa fase, a ostentar a qualidade de civil.

Para ilustrar, reproduzo outras Decisões do STF sobre a questão:

> **EMENTA**: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSO PENAL MILITAR. **CORREIÇÃO PARCIAL**. PRAZO DE CINCO DIAS PARA

APRESENTAÇÃO. ART. 498, § 1º, DO CPPM. INTEMPESTIVIDADE. CRIME DE DESERÇÃO. **AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.** ORDEM CONCEDIDA. I - Esta Corte firmou o entendimento de que o prazo para a correição parcial é de cinco dias entre a conclusão dos autos ao juiz-auditor corregedor e o protocolo da representação no Superior Tribunal Militar. Precedentes. **II - A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Precedentes.** III – Ordem concedida para cassar o acórdão do Superior Tribunal Militar que deferiu a correição parcial e determinar a **extinção definitiva da ação penal**. (HC nº 115.754/RJ, Relator Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma/STF, julgado em 19.3.2013 e publicado em 11.4.2013. Decisão unânime)** (grifei).

DECISÃO: Vistos. Ministério Público Militar interpõe agravo visando impugnar decisão (fl. 189 a 191) que não admitiu recurso extraordinário, assentado em contrariedade ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Insurge-se no apelo extremo contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar no Agravo Regimental nº 222-73.2010.7.05.0005/PR, assim do: "DESERÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO DA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO CONTRA MONOCRÁTICA DE **SOBRESTAMENTO DE APELAÇÃO. NOVA DESERÇÃO COMETIDA PELO APELANTE**. ALEGADA VIOLAÇÃO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE APENAS PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. O legislador processual penal castrense estabeleceu uma condição de procedibilidade para o processo de deserção, exigindo a reinclusão do foragido capturado ou que se apresente voluntariamente para a propositura da ação penal. Tal regra encontra-se prevista no art. 457, §§ 1º e 3º, do CPPM, a qual é válida para os processos em grau de recurso, além de convergir como o ordenamento jurídico constitucional vigente. Embora haja entendimentos diversos, o atacado refletiu o pensamento majoritário desta Corte, razão pela qual merece ser mantido. Agravo rejeitado. **Decisão unânime**" (fl. 153). (...) **A irresignação não merece prosperar.** Sobre eventual transgressão ao art. 129, inciso I, da Carta da República, forçoso concluir que a Corte Castrense ao decidir a questão se ateve ao exame da legislação infraconstitucional, notadamente aquelas previstas no Código de Processo Penal Militar. Portanto, a violação, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não enseja recurso extraordinário. (...) (AI nº 696.428 - AgR/SP, Primeira Turma, DJe de 6/8/10). Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. (ARE 674.299/PR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI - 2ª Turma/STF, julgado em 27.2.2013 e publicado em 5.3.2013). (grifei).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR).

LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. **I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção.** Precedentes. II - Ordem concedida de ofício. (HC nº 108.197/PR, Relator Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI - 2ª Turma/STF, julgado em 13.12.2011 e publicado em 5.2.2012. Decisão unânime)** (grifei).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. **DESERÇÃO**. PACIENTE CONDENADO PELA JUSTIÇA CASTRENSE POR DUAS VEZES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DO PROLONGAMENTO ILEGAL DO SERVIÇO MILITAR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. SOLTURA DO PACIENTE. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprovam, nos autos, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. Expedido alvará de soltura em decorrência de decisão proferida no julgamento de apelação criminal, fica prejudicado, no ponto, o presente habeas corpus. 3. **É inviável a desincorporação de praça não estável que esteja "sub judice", o que justifica o prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar**. Precedentes. 4. Ordem parcialmente prejudicada e, na parte conhecida, denegada. (HC nº 99.445/RS, Relatora Ministra **CÁRMEN LÚCIA - Primeira Turma/STF, julgado em 28.9.2010 e publicado em 24.5.2011. Decisão unânime)** (grifei).

EMENTA: HABEAS CORPUS - POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) - DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO - RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL - **ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DOUTRINA - CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO** - INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL - **EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL** INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO. (HC nº 103.254/PR, Relator Ministro **CELSO DE MELLO - Segunda Turma/STF, julgado em 29.6.2010 e publicado em 13.4.2011. Decisão unânime.** Coator: Relator do RHC nº 24.607 do STJ) (grifei).

EMENTA: HABEAS CORPUS. Processo penal militar. Deserção (art. 187 do código penal militar). Incapacidade para o serviço militar. Causa

> preexistente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Extinção da punibilidade. I - Com o reconhecimento da incapacidade preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM**, não há justa causa para a execução.** II - Ordem concedida. (**HC nº 90.672/SP,** Relator Ministro Dr. **JOAQUIM BARBOSA - Segunda Turma/STF, julgado em 3.2.2009 e publicado em 20.3.2009. Decisão unânime**). (grifei).
>
> **EMENTA**: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. **PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA.** 1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, **que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação**. 2. Ordem concedida. (**HC n º 90.838/SP,** Ministra Relatora **CÁRMEN LÚCIA - Primeira Turma/STF, julgado em 14.10.2008 e publicado em 22.5.2009. Decisão por maioria**) (Observação: a PGR asseverou que "o paciente passou à condição de civil, ocorrendo assim a superveniente perda do *status* de militar, o que impõe o trancamento da ação penal") (grifei).

Nos mesmos termos anteriormente observados, o eminente Ministro Dr. RICARDO LEWANDOWSKI, no julgamento do HC nº 115.754, citou a doutrina do professor CÉLIO LOBÃO (*Direito Processual Penal Militar* - 2ª Edição/RJ Forense, 2010, p. 387):

> **se o desertor (...) perder a qualidade de militar da ativa (...) retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. (...) extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado**.
>
> Se o desertor (...) perder a qualidade de militar da ativa, requisito indeclinável, para o exercício da pretensão punitiva, falta justa causa para propositura da ação penal, para prosseguimento do processo condenatório ou executório. (...)
>
> Irrelevante o motivo determinante da perda da condição de militar da ativa. (fls. 5/6) (grifei).

Nesse remédio heroico, assim se manifestou a Procuradoria-Geral da República: "a condição de civil obsta o processamento do feito, em qualquer fase que se encontre, por ausência de justa causa para a ação penal".

Destaco outras importantes decisões, exaradas durante expressivo período – 2003 a 2016 –, todas no mesmo rumo, sendo algumas monocráticas.

Ressalta-se que abrangem o entendimento de quase a totalidade dos eminentes ministros do STF:

> **EMENTA**: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA O SERVIÇO MILITAR. CAUSA PREEXISTENTE À CONDENAÇÃO. Com o reconhecimento da incapacidade definitiva preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, **não há justa causa para a execução**. Recurso provido. (**RHC nº 83.030/RJ. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Segunda Turma/STF. Julgamento: 10.6.2003. Publicação 1.8.2003. Decisão unânime)** (grifei).
>
> **DECISÃO:** HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO ANTE A INOCORRÊNCIA DA PRÁTICA DE CRIME. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA PELO JUIZ-AUDITOR. DESARQUIVAMENTO DOS AUTOS MEDIANTE PROCEDIMENTO DE CORREIÇÃO PARCIAL INSTAURADO VIA REPRESENTAÇÃO FORMALIZADA PELO JUIZ-AUDITOR CORREGEDOR. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MAGISTRADO E DE OFENSA À COISA JULGADA, BEM ASSIM DE NÃO RECEPÇÃO ARTIGO 498, ALÍNEA "a", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. PRECEDENTE DESTA CORTE NO SENTIDO DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CORREIÇÃO PARCIAL SOMENTE QUANDO SE CUIDAR DE *ERROR IN PROCEDENDO*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Decisão: Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar, proferido na Correição Parcial n. 0000221-68.2011.7.11.0011-DF (...) É o relatório. Decido. (...) *In casu*, a decisão proferida pelo Juiz-Auditor, que acolheu a proposição do Ministério Público Militar, tem como fundamento a não concretização, pelo paciente, do tipo previsto no artigo 187 do Código Penal Militar – Crime de Deserção –, e, por isso, não se tem em conta a existência de *error in procedendo*, o que impede o desarquivamento do inquérito policial militar. É dizer, a correição parcial não se presta à correção de eventual *error in judicando*. **Nesse sentido, o parecer do Ministério Público Federal, o qual transcrevo, como reforço argumentativo: No caso não há qualquer *error in procedendo* a ser sanado, encontrando-se a decisão que determinou o arquivamento em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a condição de militar da ativa é condição necessária não só para a consumação do crime de deserção mas, também, para o processo e julgamento do delito e, em caso de condenação, da execução da pena que for imposta, como resulta do art. 457, § 3º, do Código de Processo Penal Militar. Portanto, a perda da condição de militar, em razão da exclusão do paciente do serviço ativo no período de graça (ainda que por erro da administração),**

impede o prosseguimento da persecução penal, por falta de condição objetiva de procedibilidade. No caso, como bem observou o Ministério Público Militar, não há justa causa para o oferecimento da ação penal, pois o paciente foi excluído um dia antes do término do prazo de ausência injustificada para a consumação do delito (12 de junho de 2011). Em resumo, não mais ostentando o paciente a qualidade de militar, cabe concluir que não há "condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes". [...] Esse também é o entendimento de Célio Lobão: "na deserção, a qualidade de militar da ativa é condição específica de procedibilidade. Se o desertor perder essa qualidade, passando para inatividade ou retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. A ação penal não será proposta, se o for, extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado." *Ex positis*, concedo parcialmente a ordem, para que se restabeleça a decisão que determinou o arquivamento do inquérito policial militar. **(HC nº 113.088 MC/DF. Julgamento: 17.4.2012. Publicação: 22.5.2012. Relator Ministro LUIZ FUX.**) (grifei).

DECISÃO: Agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Superior Tribunal Militar, assim do: "AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. **1. Licenciado o militar que responde a processo por crime de deserção, a ação penal é considerada prejudicada, por manifesta perda da condição de procedibilidade, pelo que deve ser determinado o seu arquivamento em definitivo sem renovação, com base na Súmula nº 12 desta Corte.** 2. O recurso de embargos de declaração que não atende ao pressuposto essencial disposto no art. 542 do CPPM não deve ser conhecido. Agravo Regimental não acolhido. **Decisão unânime**. (fl. 181) No apelo extremo, interposto com base no artigo 102, inciso III, alínea 'a', do permissivo constitucional, sustenta-se que o acórdão recorrido violou o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Em suas razões, o Ministério Público Militar alega que denunciou o recorrido pela suposta prática do crime de deserção, tipificado no art. 187, *caput*, do Código Penal Militar. **No entanto, o Juízo do primeiro grau, ao ter notícia do licenciamento do suposto desertor, julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, em razão da ausência da condição de procedibilidade da ação penal.** Sustenta-se que o Superior Tribunal Militar, ao manter a decisão extintiva do processo, em razão da perda da qualidade de militar da ativa, violou o princípio da obrigatoriedade e exclusividade da ação penal pública, previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, **porque criou condição de propositura não prevista na legislação processual penal militar.** Pugna, finalmente, pela reforma do acórdão e consequente prosseguimento da ação penal intentada contra o recorrido. **(...) É o**

relatório. Decido. Não assiste razão ao agravante. Verifico que, na espécie, a Corte castrense decidiu a controvérsia de acordo com a jurisprudência deste Supremo Tribunal que se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Nesse sentido, entre inúmeros precedentes, cito os seguintes: HC 90.838/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 22.5.2009; HC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.8.2003; e HC 108.197/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012, restando este último assim ementado: "HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. **Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção.** Precedentes. II - Ordem concedida de ofício". Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, II, "b", do CPC). (ARE nº 705.741/DF. Julgamento: 21.2.2013. Publicação: 26.2.2013. Ministro Relator GILMAR MENDES). (grifei).

DECISÃO: Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário criminal. (...) O agravo está prejudicado. (...) **a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito e, existindo condenação, a execução da reprimenda imposta** (...). Nessa esteira, colaciono o seguinte julgado desta Corte: "(...) **HC 103.254/PR**, Rel. Min. Celso de Mello." No mesmo sentido, menciono, ainda, os seguintes precedentes: **HC 90.672/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 79.531/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; RHC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 98.038/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; e HC 108.197/PR, de minha relatoria**. (...) **Ante o exposto, concedo habeas corpus, de ofício, para tornar insubsistente a condenação e determinar a extinção definitiva da ação penal.** Por consequência, julgo prejudicado o agravo (art. 21, IX, do RISTF). (ARE 721.320/DF. Julgamento: 18.4.2013. Publicação 23.4.2013. Ministro Relator: RICARDO LEWANDOWSKI.) (grifei).

DECISÃO: Trata-se de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Superior Tribunal Militar, assim ementado: "(...) Agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar contra Decisão de sobrestamento do processo pertinente a crime de deserção, até restabelecimento da condição de militar da ativa do Apelante. (...)". No apelo extremo (...)

sustenta-se que o acórdão recorrido violou o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. **O membro do Ministério Público alega que a orientação do Superior Tribunal Militar, no sentido de sobrestar o recurso quando, durante a sua tramitação, o desertor venha a ser desligado do serviço militar obrigatório, cria uma verdadeira causa de desadequação típica** (...) **Argumenta, ainda, que a legislação castrense prevê que a condição de militar deve estar presente quando da propositura da ação penal, e não durante todo o curso do processo.** (...) **Não assiste razão ao agravante.** (...) **destaco que este Supremo Tribunal possui jurisprudência assentada no sentido que a qualidade de militar é elemento do tipo penal de deserção, de forma que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito.** Nesse sentido, colho alguns julgados: HC 90.672, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 19.3.2009; HC 108.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.2.2012; HC 115.754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.4.2013; HC 103.254, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.4.2011 (...) Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, II, "b", do CPC). (ARE 726.942/SP. Julgamento: 25.7.2013. Publicação: 1º.8.2013. Relator: Ministro GILMAR MENDES). (grifei).

DECISÃO: AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIME DE DESERÇÃO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. **DECISÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL.** AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (...) O recurso extraordinário foi interposto contra julgado do Superior Tribunal Militar: "EMBARGOS INFRINGENTES. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. (...) **Consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal Militar, respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, o licenciamento do serviço ativo de militar respondendo a processo de deserção constitui ausência superveniente de pressuposto de admissibilidade, ensejando a perda do objeto do recurso pela falta de condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação penal militar**". 2. **O Agravante (...) Argumenta que "o STM, sem apoio em qualquer dispositivo legal, seja no CPM, ou mesmo no CPPM, determinou (...) o não conhecimento do recurso, pela perda de objeto, em virtude da ausência da condição de procedibilidade da ação penal pela perda posterior da condição de militar**, bem assim pela falta de pressuposto subjetivo para admissibilidade do recurso, ante a ilegitimidade do Apelado" (...) DECIDO. (...) 6. **A decisão recorrida está em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, no sentido de que a condição de militar é condição de procedibilidade para processamento do feito no crime de deserção**: (HC 108.197, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012). (...) (HC 90.838, de

minha relatoria, Primeira Turma, DJe 22.5.2009). No mesmo sentido: HC 90.672, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 19.3.2009; HC 115.754, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.4.2013; HC 103.254, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.4.2011. 7. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (...). (ARE 778.166 / DF. Julgamento: 6.11.2013. Publicação: 12.11.2013. Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA.) (grifei).

DECISÃO: Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Erivelton Diogo Sampaio dos Santos contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que deu provimento ao agravo regimental na Apelação 25-50.2012.7.05.0005. O Ministério Público Militar denunciou o paciente pela suposta prática do delito de deserção, tipificado no art. 187, *caput*, do Código Penal Militar. Em 15.02.2012, o Juízo Castrense da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar recebeu a denúncia. Encerrada a instrução criminal, o magistrado de primeiro grau condenou o paciente, soldado do exército, à pena de 06 (seis) meses de detenção, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade. Em 19.4.2012, foi publicada a sentença, que transitou em julgado para a acusação em 30.4.2012. **Em 18.4.2013, tendo em vista nova deserção perpetrada pelo paciente, o Ministro Relator do Superior Tribunal Militar, em sede de apelação, determinou o prosseguimento do feito, uma vez que, anteriormente, havia sido concedido seu sobrestamento até posterior captura ou apresentação voluntária do paciente. Interposto agravo regimental, a decisão anterior foi mantida pelos próprios fundamentos, submetendo o recurso à apreciação do Plenário. Em decisão colegiada, o Superior Tribunal Militar acolheu o agravo, para desconstituir a decisão anterior e determinar o sobrestamento da Apelação até a captura ou apresentação voluntária do desertor.** Neste *writ*, a Impetrante alega, em suma, que o Superior Tribunal Militar não se manifestou acerca da prescrição da pretensão punitiva do delito de deserção. Assevera que se trata de matéria de ordem pública, e, portanto, deve ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Argumenta que o paciente nasceu em 05.8.1992, e que, à época dos fatos descritos na exordial (13.02.2012), era menor de 21 (vinte e um) anos de idade. Requer, em medida liminar e no mérito, a declaração da extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e a expedição de salvo conduto a seu favor. É o relatório. Decido. Insurge-se a Impetrante contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que deu provimento ao agravo regimental na Apelação 25-50.2012.7.05.0005. Eis o teor da "AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. DESERÇÃO. TRÂNSFUGA. RECORRENTE DPU. DE PROSSEGUIMENTO DO CURSO DA APELAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ A CAPTURA OU APRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA. 1. **No caso de nova deserção, perde-se a condição de procedibilidade da Ação Penal Militar e, consequentemente, a de prosseguibilidade do Recurso de Apelação, por perda da qualidade de**

militar, devendo esta ser sobrestada até a captura ou apresentação voluntária do desertor, *ex vi* Súmula nº 12 do STM. 2. AGRAVO REGIMENTAL ACOLHIDO. DECISÃO POR MAIORIA". **Da leitura do ato coator, observo que, em um primeiro exame, foram apresentadas as razões de convencimento da Corte pelo sobrestamento da ação penal militar.** (...) Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar. (HC nº 119.641/PR. Julgamento: 19.11.2013. Publicação: 4.12.2013. Relatora Ministra ROSA WEBER). (grifei).

DECISÃO: AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE DESERÇÃO. **PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DECISÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL.** AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra decisão de inadmissão de recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra julgado do Superior Tribunal Militar: "EMBARGOS INFRINGENTES. MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO. **AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.** RECURSO PREJUDICADO. **A condição de militar é pressuposto do prosseguimento da ação penal pelo crime de deserção. O licenciamento do militar do serviço ativo, afeta a sua legitimidade para ocupar o polo passivo da relação processual. Se o Estado-Administração, através da discricionariedade que lhe é peculiar, renunciou ao direito de impor ao soldado que cumpra o serviço militar obrigatório, demonstra a ausência de interesse de que seja preservado o bem jurídico tutelado pela norma que se subsume ao art. 187 do CPM.** Embargos rejeitados. Maioria". 2. O Agravante afirma que o Tribunal de origem teria contrariado o art. 129, inc. I, da Constituição da República. Argumenta que "o acórdão violou o princípio da obrigatoriedade e exclusividade da ação penal pública, previsto no artigo 129, inciso I, da Lei Maior, **ao transformar uma condição de propositura da ação penal em condição de prosseguibilidade** [sic] da sua tramitação, sem qualquer amparo legal" (fl. 286). 3. (...) **7. Ademais, a decisão recorrida harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, no sentido de que a condição de militar é condição de procedibilidade para processamento do feito no crime de deserção: "HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício" (HC 108.197, Relator o**

Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012). "EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA. 1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação. 2. Ordem concedida" (HC 90.838, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 22.5.2009). No mesmo sentido: HC 90.672, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 19.3.2009; HC 115.754, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.4.2013; HC 103.254, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.4.2011. 8. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, alínea *a*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (ARE nº 788.708/DF. Julgamento: 18.2.2014. Publicação: 24.2.2014. Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA.). (grifei).

DECISÃO: Recurso ordinário interposto contra acórdão não unânime do Superior Tribunal Militar, da Relatoria do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, assim do: HABEAS CORPUS. PACIENTE LICENCIADO POR FORÇA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO PELA JUSTIÇA FEDERAL. PROCESSO DE DESERÇÃO EM CURSO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL. O Impetrante postula em sede liminar o trancamento da Ação Penal em curso. No mérito pede a confirmação da liminar e o arquivamento do feito**. Com o cumprimento da medida liminar concedida ao Paciente pela Justiça Federal, ele foi imediatamente licenciado da Força, com a consequente perda da condição de prosseguibilidade da ação penal militar.** Portanto, prudente aguardar o trânsito em julgado da Decisão do Mandado de Segurança, pois, em que pese os efeitos emanados da Decisão liminar serem imediatos, possuem caráter precário. Ordem de habeas corpus concedida tão somente para sobrestar a ação penal a que o Paciente responde pelo crime de deserção. Maioria. 2. O Paciente foi denunciado pelo crime de deserção (art. 183 do CPM), por fato praticado em janeiro de 2013. Realizada diligências, o réu foi capturado e recolhido à prisão no dia 28 de fevereiro de 2013. 3. O Conselho Permanente de Justiça para o Exército decretou a preventiva no dia 15 de abril de 2013. Após 14 dias, foi determinada a expedição de alvará de soltura. 4. O recorrente foi licenciado do serviço ativo do Exército em 29 de agosto de 2013, em decorrência de liminar proferida em Mandado de Segurança. Foi então impetrado habeas corpus no Superior Tribunal Militar para o trancamento da ação penal, tendo a Corte Militar concedido parcialmente a ordem para sobrestar a tramitação do processo penal até a

decisão definitiva do mandado de segurança. 5. Desse acórdão a Defensoria Pública da União interpôs Recurso Ordinário Habeas Corpus em que pleiteia o trancamento da ação penal por entender que, independentemente do trânsito em julgado da decisão proferida em sede de mandado de segurança, o recorrente já ostentaria a condição de civil. Decido. **6. Em análise preliminar, observo que a tese sustentada pelo recorrente está alinhada com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (vg HC 115.754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).** Contudo, proferida sentença no mandado de segurança determinando a liberação em definitivo do Paciente do serviço militar obrigatório, foi interposto recurso pela Advocacia-Geral da União, ainda pendente de apreciação. (...) (MS 5006236-11.2013.404.7102). (RHC nº 120.427 MC/RS, Ministro Relator ROBERTO BARROSO, julgado em 7.5.2014 e publicado em 13.5.2014. Decisão do Relator). (grifei).

DECISÃO: (...) Ministério Público Militar interpõe agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário (...) Insurge-se (...) contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar, assim ementado: "EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CRIME CAPITULADO NO ART. 187 DO CPM. LICENCIAMENTO SUPERVENIENTE DO MILITAR. INCONFORMISMO COM O ACÓRDÃO QUE DECLAROU A PERDA DO OBJETO COM A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA TORNAR SEM EFEITO A SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. I- Em se tratando de licenciamento militar condenado por crime de deserção, perante a Primeira Instância da Justiça Militar, justifica-se a perda do objeto do recurso de apelação, tendo em vista a falta de condição de procedibilidade da ação, cabendo a concessão de habeas corpus de ofício para tornar sem efeito a Sentença condenatória. (...)" (...) No caso, **o inconformismo não merece prosperar, haja vista que o acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, assentada no sentido de ser causa de procedibilidade da ação penal no crime de deserção a condição de militar da ativa.** Perfilhando esse entendimento, destaco: (...)(HC nº 108197, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/2/12). No mesmo sentido, colaciono as seguintes decisões: ARE nº 788.708/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24/2/14; ARE nº 726.942/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/8/13; e ARE nº 721.320/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski (...) Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. (ARE 806.807 / DF. Julgamento: 1º.9.2014. Publicação: 18.9.2014. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI.). (grifei).

DECISÃO: (...) o Supremo Tribunal Federal (...) delegou expressa competência ao Relator da causa para, em sede de julgamento monocrático, denegar ou conceder a ordem de habeas corpus, "ainda que de ofício", **desde que a matéria versada no *writ* em questão constitua "objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal"** (...)

Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal Militar, encontra-se consubstanciada em acórdão assim ementado: "EMENTA. APELAÇÃO. DESERÇÃO. REJEITADA A PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. (...) **Rejeitada a Preliminar de Extinção do processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva. (...) Decisão Unânime.**" (...) **entendo que a ação penal proposta contra o ora paciente deve ser extinta, nos termos da orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, que reconhece a qualidade de militar da ativa como condição de procedibilidade do crime de deserção** (HC 79.531/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - HC 90.672/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA HC 103.254/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 117.754/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.) (...) (HC 108.197/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - grifei) Esse entendimento jurisprudencial é também corroborado por CÉLIO LOBÃO (*Direito Processual Penal Militar*, p. 380, item n. 28.1, 2009, Gen/Método)(...) Igual percepção do tema é revelada por CLAUDIO AMIM MIGUEL e NELSON COLDIBELLI (*Elementos de Direito Processual Penal Militar*, p. 172, 3ª ed., 2008, Lumen Juris) (...) **Sendo assim, em face das razões expostas, concedo, de ofício, a ordem de habeas corpus para determinar a extinção definitiva da Ação Penal Militar nº 574/09-9, proposta contra o ora paciente perante a 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar** (...) (HC nº 108.160 / RJ. Julgamento: 31.10.2014. Publicação: 5.11.2014. Relator: Ministro CELSO DE MELLO.) (grifei).

DECISÃO: PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. DESLIGAMENTO DO PACIENTE DAS FILEIRAS DO EXÉRCITO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. (...) Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado de acórdão do STM cuja ementa transcrevo: "Embargos. Deserção. Preliminar vencida, suscitada pelo Relator, na Apelação, de falta de condição de prosseguibilidade, por perda do objeto. (...) Em se tratando do crime de deserção, art. 187 do CPM, a condição de militar do Réu é imprescindível somente para o início do processo penal, com o recebimento da Denúncia. (...) Embargos rejeitados. Decisão por maioria." A impetrante sustenta, em síntese, não haver condição de procedibilidade da ação penal militar, pois o paciente não é mais militar. Por isso, diz não haver justa causa para a ação penal. Requer, liminarmente, a suspensão da ação penal militar n. 104-69.2013.7.09.0009. No mérito, pede a extinção da referida ação penal. (...) **De fato, a condição de militar é elemento estrutural dos crimes militares próprios, razão pela qual o desligamento do paciente das fileiras das Forças Armadas impede o prosseguimento da ação.** Nesse sentido, o STF tem reconhecido a falta de condição de procedibilidade dos crimes de deserção quando o réu é desligado das forças armadas (...) Portanto, o processo penal militar deve ser extinto, por ausência de condição de procedibilidade, em razão do

licenciamento e desligamento do paciente do Exército Brasileiro (...) (**HC nº 130.661/MS. Julgamento: 5.10.2015 . Publicação:** 7.10.2015. **Relator: Min. LUIZ FUX.**) (grifei).

DECISÃO: Penal militar. Habeas corpus. Deserção. (...) perda da condição de militar. Ordem concedida. 1. Trata-se de habeas corpus originário, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra acórdão majoritário do Superior Tribunal Militar, da Relatoria da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, assim ementado: "(...) Notícia de o Apelante não ostentar mais o *status* de militar, em face do licenciamento por término do tempo de serviço, não inviabiliza o prosseguimento do Feito. Não se discute as condições de procedibilidade, uma vez que o processo já teve início, mas, sim, de prosseguibilidade do Feito, e não se vislumbrar na Lei Adjetiva Castrense, qualquer dispositivo que iniba o prosseguimento no julgamento do Recurso. (...) Preliminar rejeitada. Decisão majoritária. (...)" (...) 4. Neste habeas corpus, a parte impetrante afirma que, no curso do processo-crime, o paciente deixou de ostentar a condição de militar, pois licenciado por término do tempo de serviço, em 28.02.2015. Considerando que a qualidade de militar é "condição de prosseguibilidade" para a imputação do crime de deserção, postula a concessão da ordem para que seja extinta a ação penal que resultou na condenação do paciente. (...) 6. A ordem deve ser concedida. **7. O acórdão impugnado diverge da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito e, existindo condenação, a execução da reprimenda imposta"** (HC 108.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Vejam-se, nessa linha, o RHC 120.427, de minha relatoria, o HC 108.160, Rel. Min. Celso de Mello, e o HC 90.838, da relatoria da Min. Cármen Lúcia (...) 8. Diante do exposto, com fundamento no art. 192 do RI/STF, acolho o parecer do Ministério Público Federal para conceder a ordem, julgando extinto o processo-crime instaurado contra o paciente. (**HC nº 130.112/DF. Julgamento: 9.12.2015. Publicação** 1º.2.2016. **Relator: Ministro ROBERTO BARROSO**) (grifei).

DECISÃO: Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Bruno de Lima Maciel, em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar (STM), que deu parcial provimento à Apelação n. 107-55.2014.7.03. 0203/RS. (...) O paciente insurge-se contra a decisão que denegou o pedido de extinção da ação penal, porquanto ausente a condição de procedibilidade em razão do licenciamento do militar desertor. **Acerca do tema ressalto que a jurisprudência deste Supremo Tribunal se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito**. Nesse sentido, entre inúmeros precedentes, cito os seguintes: HC 90.838/SP, Rel. Min.

Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 22.5.2009; HC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.8.2003; e HC 108.197/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (...) Ante o exposto, com base no art. 192, *caput*, do RISTF, concedo a ordem para determinar a extinção definitiva da Ação Penal Militar n. 0000107-55.2014.7.03.0203, em curso perante a 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar de Bagé/RS. **(HC nº 132.146/RS. Julgamento: 18.12.2015 . Publicação:** 1º.2.2016. **Relator: Ministro GILMAR MENDES**) (grifei).

DECISÃO: Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal Militar. Narra o impetrante que: a) o paciente foi condenado em decisão recorrida pelo crime de deserção; (...) c) o paciente perdeu a condição de militar (...) **No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento**, na medida em que funciona como sucedâneo de instrumento recursal constitucionalmente previsto, qual seja o recurso extraordinário. 2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício: Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício. **Calha enfatizar que tal providência tem sido tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos**, em que "a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) **a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF**" (HC 95009, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, grifei). (...) 3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto: No caso dos autos, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto. (...) "A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Precedentes." (HC 115754, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013) "Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes." (HC 108197, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011) (...) Acerca do caso concreto, pontuou o Ministério Público (sem grifo no original): "Consta dos autos o Ofício nº 052- Jus/SI/1º D Sup do Exército Brasileiro, o qual informa que o paciente foi submetido à Inspeção de Saúde para fins de reinclusão em 08.06.15, sendo considerado incapaz definitivamente para o serviço militar. **A condição de militar da ativa é condição necessária não só para a consumação do crime de deserção, mas também para o processo e julgamento do delito e, em caso de condenação, da execução da pena que for imposta**, como resulta do art. 457, § 3º, do Código de Processo Penal Militar.

Portanto, a perda da condição de militar impede o prosseguimento da persecução penal, por falta de condição objetiva de procedibilidade." (...) Posto isso, com fulcro no art. 192 do RISTF, não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício para o fim de determinar o trancamento da ação penal em curso. (HC nº 130.945/RJ. Julgamento: 4.5.2016. Publicação: 17.5.2016. Relator: Ministro EDSON FACHIN) (grifei).

DECISÃO: 1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão, proferido no âmbito do Superior Tribunal Militar. Narra o impetrante que: a) o paciente foi condenado pela suposta prática do crime previsto no artigo 290 do Código Penal Militar (...); b) o paciente foi licenciado das fileiras do Exército (...) 2. No caso dos autos, a apontada ilegalidade não pode ser aferida de pronto. 2.1. **Quanto à extemporânea alegação de licenciamento do agente, tenho que constitui causa de extinção da ação penal de aplicação restrita ao delito de deserção, na medida em que se trata de condição especial de procedibilidade, à qual o STF tem dado interpretação ampliativa para o fim de, repita-se, apenas nos delitos de deserção, alcançar ações penais em curso ou já solucionadas (é por isso que, para alguns, tem sido considerada condição de prosseguibilidade, já que alcança não apenas a instauração, mas também o prosseguimento da ação penal).** (...) Essa lógica, contudo, não se transplanta, de modo automático, a todos os delitos propriamente militares. Assim não fosse, graves delitos tipicamente militares praticados em tempo de guerra, e punidos até mesmo com pena de morte, restariam obviamente esvaziados, pois bastaria a exclusão das fileiras militares para que a possibilidade de responsabilização penal restasse severamente desconstituída. Assim compreender, ao fim e ao cabo, retiraria, sem previsão legal, a imperatividade das normas incriminadoras que compõem os tipos penais militares. Na mesma linha: "Crime praticado pelo Paciente quando ainda era militar. Irrelevância da posterior perda do vínculo com a corporação. Competência fixada considerada a situação quando cometido o crime." (HC 134108, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 31/05/2016, grifei) 2.2. A Lei do Serviço Militar (Lei 4.375/64) não autoriza conclusão diversa. Com efeito, o art. 31, § 5º, prescreve que "o incorporado que responder a processo no Fôro Militar permanecerá na sua unidade, mesmo, como excedente." Conforme se observa a partir da própria leitura do dispositivo, trata-se de norma dirigida ao incorporado, ou seja, a membro das Forças Armadas que se encontra na ativa, condição subtraída após a exclusão do serviço ativo, conforme inteligência dos artigos 3º, "a" II e 128, ambos da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares). **Mesmo que assim não fosse, a norma não condiciona o exercício da persecução penal em juízo à manutenção da condição de militar. Trata-se, unicamente, de preceito que dispõe acerca da relação jurídico-administrativa quanto à impossibilidade de movimentação do agente, tendo como norte a facilitação do desenrolar do processo pendente de solução. Não há, portanto, exceto nos casos de deserção,**

> **previsão legal que autorize a extinção superveniente da ação penal como desdobramento da perda da condição de militar.** (...) 3. **Destarte, como não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF** (...) nego seguimento ao habeas corpus. (HC nº 139.046 / AM. Julgamento: 12.12.2016. Publicação: 1º.2.2017. Relator: Ministro EDSON FACHIN) (Observação: no mesmo sentido, cita-se o HC 135.294/DF. Julgamento: 27.6.2016. Publicação: 1º.8.2016. Relator: Ministro EDSON FACHIN). (grifei).

Assim, o STF não admite que um civil seja processado e julgado pelo crime de deserção. Diante do licenciamento, da desincorporação, da expulsão ou, ainda, da anulação da incorporação, a Suprema Corte entende pela extinção do processo sem julgamento de mérito, e, porventura, em situações caracterizadoras de deserções sucessivas, diante da revelia do acusado (quanto ao processo instaurado), posiciona-se pelo sobrestamento do feito, nos termos sustentados pela corrente a que ora me filio.

c. Do TRF da 1ª Região

A matéria relativa ao licenciamento de desertor e à condição de "prosseguibilidade" foi amplamente abordada no "X Encontro de Magistrados da JMU", realizado na cidade de Salvador, em maio de 2014. Naquela oportunidade, foram apresentados, detalhadamente, os equívocos da Ação Civil Pública (ACP) nº 18725-37.2012.4.01.3400, a qual tramitou na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Nessa ACP (tutela antecipada decidida em 14.5.2012 e Sentença exarada em 12.12.2012), foi determinado que os Comandos Militares não se abstivessem de desincorporar os militares arrimos de família e de licenciar ou expulsar militares das Forças Armadas, residentes no DF, em face de estarem respondendo a processo de deserção. A parte dispositiva da Sentença ficou assim redigida:

> Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC para determinar a ré que se abstenha de impedir a desincorporação ao arrimo de família, o licenciamento e a expulsão de militares das Forcas Armadas, residentes no Distrito Federal, tão somente pelo fato de estarem respondendo a processo penal militar por deserção, bem como proceda a entrega do certificado de incorporação de dispensa ou reservista. Mantenho a limitação territorial, nos termos da decisão de fls. 134/140.

Com efeito, os precedentes do STJ, mencionados na fundamentação da referida Decisão, referem-se a militares estaduais que ostentam a qualidade de profissionais. Por sua vez, o julgado do STM (também expresso na fundamentação) refere-se à situação que – por transcrição de trecho isolado – causou distorção da compreensão estabelecida naquele Aresto, transmutando o

seu contexto (ficou em descompasso com o que realmente tratava o Acórdão do STJ).

A Sentença da Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do DF, julgou procedente a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400, salientando que o STJ, em decisão proferida em caso semelhante, já havia se manifestado no sentido de ser desnecessária a manutenção do militar nessa condição até o encerramento do processo criminal, sob o fundamento de que a sua posterior exclusão do Serviço Militar não acarretaria a superveniente ausência de condição de "procedibilidade". E apresentou como precedente do STJ o julgado cuja Ementa tem o seguinte teor:

> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. POLICIAL MILITAR. DESERÇÃO. POSTERIOR EXCLUSÃO DAS FILEIRAS MILITARES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. **1.** Segundo o art. 187 do Código Penal Militar, comete o crime de deserção o militar que se ausentar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. **2.** Na hipótese, quando da consumação do delito e do oferecimento da denúncia, o recorrente ostentava a condição de militar, podendo, assim, ser sujeito ativo do crime de deserção. **3.** A superveniente exclusão das fileiras militares, por fatos diversos, não dá azo ao trancamento da ação penal, sob a alegação de ausência de condição de procedibilidade. **4.** "A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu quando já estava consumado o crime de deserção. (...) Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito. (...) Não há a alegada falta de justa causa" (Precedente do Superior Tribunal Militar). **5.** Recurso a que se nega provimento. (RHC nº 24.607/PR, Relator Ministro OG FERNANDES - Sexta Turma/STJ, julgado em 23.3.2010 e publicado em 12.4.2010. Decisão unânime).

Contudo, o Juízo de primeira instância da Justiça Federal Comum e o STJ não detectaram que o caso concreto, julgado no RHC nº 24.607, tratava do agente desertor submetido à instauração da IPD, procedimento integrante da esfera administrativa.

Conforme preconizam os regulamentos e as leis, em especial o art. 456, § 4º, do CPPM, o desertor sem estabilidade deve ser excluído do serviço ativo, mas isso apenas enquanto não se apresentar ou não for capturado. Logo, durante o período em que o agente for trânsfuga, nada impede o desencadear de providências administrativas, nelas incluída a instauração de IPD. Portanto, inexistem razões para se trancar a IPD, a qual equivale ao IPM ou ao IP, mesmo que o agente desertor ainda esteja na situação de trânsfuga.

Quanto à APM, a situação é diversa, pois, instaurado o processo, a condição de militar da ativa, à luz da histórica jurisprudência do STF, é exigida durante todo o feito, incluída a execução de pena.

Nesse exato rumo, o precedente do STM referiu-se à impossibilidade de ser trancada a IPD – fase administrativa –, ou seja, tratou-se de agente trânsfuga, foragido, sem qualquer afirmação, nesse sentido, em relação à eventual APM, a qual, naquela específica ocasião, nem estava em curso.

Essa decisão do STM foi equivocadamente utilizada pelo STJ no RHC nº 24.607/PR e na ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400:

> **EMENTA**: HABEAS CORPUS - DESERÇÃO. **TRANCAMENTO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO**. REGULAR LAVRATURA DO TERMO DE DESERÇÃO. EXCLUSÃO DO MILITAR POSTERIOR À CONSUMAÇÃO DA DESERÇÃO. LIMINAR INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 1. Impetração que pede trancamento da Instrução Provisória de Deserção sob o argumento de que se apura fato que não constitui crime militar. 2. **A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu quando já estava consumado o crime de deserção.** 3. **Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito.** 4. **Não há a alegada falta de justa causa**. 5. Denegada a ordem. (HC nº 2005.01.034010-6/RS, Ministro-Relator Dr. Flavio Flores da Cunha BIERRENBACH, julgado em 16.3.2005 e publicado em 31.5.2005) (grifei).

O efeito indesejado e distorcido sobre o tema é que essa Decisão do eminente Ministro do STJ Dr. OG FERNANDES tem sido citada não apenas em sede desta ACP, mas também em muitas outras ações cíveis propostas perante a Justiça Federal comum, quando os autores (desertores) pedem o seu prematuro licenciamento das fileiras de sua Força Armada.

Inclusive, no STM, essa Decisão do STJ, por vezes, compõe a argumentação escrita ou oral da atual corrente prevalente, como, por exemplo, no julgamento da Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301/RJ, julgada em 11.12.2012.

Além dos aludidos equívocos, a referida Decisão do STJ, na data em que a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF foi proposta (2012), já havia sido reformada pelo STF, mediante a impetração do HC nº 103.254. Para enfatizar o presente aspecto, transcreve-se, novamente, a Decisão do Pretório Excelso, cuja Ementa descreve:

> **EMENTA**: "HABEAS CORPUS" - POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) - DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL - **ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DOUTRINA - CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO**

> **CONSTRANGIMENTO** - INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL - **EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL** INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO. (HC nº 103.254/PR Relator Ministro CELSO DE MELLO – Segunda Turma/STF, julgado em 29.6.2010 e publicado em 13.4.2011. Coator: Relator do RHC nº 24.607 do STJ. Decisão unânime). (grifei).

No julgamento do HC nº 103.254, o eminente Relator destacou as manifestações do Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA e da impetrante, as quais, respectivamente, seguem transcritas:

> A condição de militar é necessária não só para a consumação do crime de deserção mas, também, para o processo, julgamento e execução da condenação de praça. (fls. 6/7).
>
> (...) a falta da condição de militar da ativa nos crimes de deserção e insubmissão, seja qual for a motivação, traz prejuízo à procedibilidade e prosseguibilidade da ação penal militar. (fl. 4).

Lamenta-se que os apontados equívocos ainda tenham o potencial de influenciar a Justiça Federal comum e a Militar da União. Contudo, o TRF - 1ª Região julgou improcedente a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF, mostrando bem conhecer os interesses de Defesa Nacional envolvidos na questão. Segue a Ementa do Acórdão exarado pelo TRF - 1ª Região:

> **EMENTA: MILITAR. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO ÀS FORÇAS ARMADAS DE QUE NÃO SE ABSTENHAM DE LICENCIAR PRAÇAS QUE RESPONDEM AÇÕES PENAIS, AO FUNDAMENTO DE QUE O LICENCIAMENTO NÃO É CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. SENTENÇA QUE VIOLA REGRAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES QUE DISPÕEM SOBRE AS FORÇAS ARMADAS, O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E O PROCESSO PENAL MILITAR. SENTENÇA REFORMADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REVOGADA.** 1. As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, e o serviço militar é obrigatório, nos termos da lei (arts. 142 e 143, *caput*, da Constituição). 2. A lei nº 4.375, 1964 (Lei do Serviço Militar) dispõe que o incorporado que responder a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente; o Decreto nº 57.654, de 1966 (Regulamento da Lei do Serviço Militar), dispõe que ao incorporado não será aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço (art. 145), e que, se tiver adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou a deserção, só depois de absolvido ou do cumprimento da pena, é que poderá ser desincorporado ou excluído do serviço ativo (art. 140, § 5º, nº 1). A Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares) declina que a deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a consequente demissão *ex officio*, para o oficial, ou a exclusão do serviço

ativo, para a praça (art. 128, *caput*), e o § 3º, desse mesmo artigo, que o militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar. 3. Essas prescrições legais e regulamentares afinam-se ao princípio constitucional da disciplina a que se submetem os militares, e à obrigatoriedade da prestação do serviço militar, por isso que o militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, havendo prorrogação do prazo do serviço militar obrigatório, para não frustrar a aplicação da lei penal. 4. A condição de arrimo de família de quem é convocado à prestação do serviço militar é causa de dispensa de incorporação, nos termos do art. 30, alínea "f", da Lei do Serviço Militar, e também de desincorporação, se adquirida posteriormente essa condição (art. 31, § 2º, alínea "b", da mesma lei). Porém, a desincorporação é ato da autoridade militar e não pode ser admitido que o próprio militar, invocando essa condição, deserte do serviço, porque isso constitui crime e viola os princípios da hierarquia e da disciplina. **5. Para o Supremo Tribunal Federal é inviável a desincorporação de praça não estável que esteja "sub judice", o que justifica o prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar. Precedentes. (HC nº 99445, relatora Ministra CARMEN LÚCIA), e para o Superior Tribunal Militar a praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o *status* de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão.** Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo (Súmula nº 12). 6. A jurisprudência não é pacífica entre tribunais de competências diversas sobre a prosseguibilidade ou não da ação penal após a exclusão do serviço ativo. A solução adotada pela sentença recorrida tomou partido de uma linha de entendimento jurisprudencial, que não é a do Superior Tribunal Militar, competente para julgar, originariamente ou em grau de recurso, os crimes praticados por militares das Forças Armadas, nem é a do Supremo Tribunal Federal. **7. A sentença proferida em Ação Civil Pública que determina às Forças Armadas que se abstenham de negar licenciamento a militar que responde ação penal, afronta princípios e regras que regem as Forças Armadas, estimulando a indisciplina e a quebra de hierarquia, pilares sobre os quais são organizadas, e subvertendo o sistema constitucional de distribuição de competências entre os órgãos jurisdicionais, com indevida e determinante interferência da Justiça Federal sobre a Justiça Militar da União, ao alterar a situação jurídica do militar das Forças Armadas ao qual se imputa prática do crime de deserção, e cuja situação de militar da ativa constitui condição não apenas para a instauração da ação penal, mas também para seu prosseguimento, segundo jurisprudência do Superior Tribunal Militar, integrante do ramo do Poder Judiciário competente para ações penais da espécie.** 8. Embora pareça ter algum conteúdo humanitário, em favor dos militares que venham posteriormente a tornar-se arrimo de família, a sentença finda por invadir território próprio da supremacia estatal de dotar-se de forças militares no

> interesse nacional, limitando o poder de manutenção dos jovens do sexo masculino na prestação do serviço militar obrigatório, nos termos do art. 43, *caput*, da Constituição, e de aplicar as sanções penais pela deserção dos incorporados às Forças Armadas. 8. **Apelação da União a que se dá provimento, para julgar improcedente o pedido da Defensoria Pública da União, e imediata revogação da antecipação de tutela. 9. Apelação da Defensoria Pública da União a que se julga prejudicada e pela qual se pretendia ampliar os efeitos da sentença proferida na ação civil para alcançar potenciais militares que servem em outras unidades da Federação.** (ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF, Relator Juiz Federal convocado JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA - 1ª Turma/TRF 1, julgada em 26.11.2014). (grifei).

Nesse Voto, que se encontra alinhado aos interesses da Defesa e da Mobilização Nacionais, há importantes fundamentos:

> (...) a determinação de não obstar o licenciamento não tem repercussão meramente civil, mas interfere diretamente na persecução penal, ao alterar a situação jurídica do militar, pois a manutenção ou a reinclusão do militar no serviço ativo, para o processo pelo crime de deserção, encontram-se absolutamente autorizadas em lei (...). (fls. 4/7).
>
> (...) a permanência ou reinclusão do militar no serviço ativo, como agregado ou excedente à sua unidade, é exigência legal para o processo penal por crime de deserção. (...) (fls. 6/7).
>
> (...) o militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal (...) (fls. 7/7).

Nesses termos, o TRF da 1ª Região, em sede dessa ACP, fundamentou que a pretensa liberação de militares desertores, antes do trânsito em julgado do processo e da aplicação de eventual pena, contraria a lei e a jurisprudência, sendo indevida qualquer interferência da Justiça Federal comum, quanto ao tema, nesta esfera especializada (JMU).

d. Do TRF da 3ª Região

A DPU propôs a ACP nº 18827-82.2014.403.6100/SP perante a 13ª Vara Federal, da Seção Judiciária de São Paulo, semelhante à analisada ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF. O Juízo da 13ª Vara Federal - SP sequer concedeu a antecipação de tutela requerida, o que gerou o Agravo de Instrumento pela DPU. A Decisão do TRF - 3ª Região foi consolidada na seguinte Ementa:

> **EMENTA**: PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MILITAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA DPU - DETERMINAÇÃO ÀS FORÇAS ARMADAS EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL DE QUE SE ABSTENHA DE IMPEDIR A DESINCORPORAÇÃO AO ARRIMO DE FAMÍLIA, LICENCIAR PRAÇAS PELO TÉRMINO DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E DE EXPULSAR

MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS QUE RESPONDEM A PROCESSO PENAL MILITAR POR CRIME DE DESERÇÃO - **PRETENSÃO QUE A PRINCÍPIO VIOLA REGRAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES QUE DISPÕEM SOBRE AS FORÇAS ARMADAS, O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E O PROCESSO PENAL MILITAR** - AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO - DECISÃO ORA HOSTILIZADA MANTIDA. 1- As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, e o serviço militar é obrigatório, nos termos da lei (arts. 142 e 143, *caput*, da Constituição), por isso que, a princípio, a pretensão da DPU/embargante que por força de decisão judicial visa forçar as Forças Armadas a que se abstenham de negar licenciamento a militar pelo término do período obrigatório e a expulsão dos militares que respondem a ação penal militar por suposto crime de deserção prevista apenas no CPM - art. 187; afronta princípios e regras que regem as Forças Armadas, estimulando a indisciplina e a quebra de hierarquia, pilares sobre os quais são organizadas. 2- Além disso, a reforma da decisão recorrida subverte o sistema constitucional de distribuição de competências entre os órgãos jurisdicionais, com acentuada e determinante interferência da Justiça Federal sobre a Justiça Militar da União, ao alterar a situação jurídica do militar ao qual se imputa prática do crime de deserção, e cuja **situação de militar da ativa constitui condição não apenas para a instauração da ação penal, mas também para seu prosseguimento, segundo jurisprudência do Superior Tribunal Militar, órgão competente para processar e julgar os militares das Forças Armadas, em grau de recurso ou originariamente.** 3- A condição de arrimo de família de quem é convocado para a prestação do serviço militar é causa de dispensa de incorporação, nos termos do art. 30, alínea *f*, da Lei do Serviço Militar, e também de desincorporação, se adquirida posteriormente essa condição (art. 31, § 2º, alínea *b*, da mesma lei). Porém, a desincorporação é ato da autoridade militar e não pode ser admitido que o próprio militar, invocando essa condição, deserte do serviço, porque isso constitui crime e viola os princípios da hierarquia e da disciplina. A solução, em casos assim, deve ser buscada por outras vias, mesmo as judiciais, mas só depois da desincorporação estará o arrimo de família liberado da obrigação imposta a todos os brasileiros; se a condição de arrimo for adquirida após a deserção, só depois da absolvição ou cumprimento da pena haverá a desincorporação ou exclusão do serviço ativo (art. 140, § 5º, nº 1, do RLSM). 4- Embora pareça ter cunho humanitário em favor dos militares que venham posteriormente a tornar-se arrimo de família, a concessão da antecipação da tutela nesta fase de cognição sumária, tal como pretendida pela DPU/agravante, acaba por invadir território próprio da supremacia estatal de dotar-se de forças militares no interesse nacional, limitando o poder de manutenção dos jovens do sexo masculino na prestação do serviço militar obrigatório, nos termos do art. 143, *caput*, da Lei Maior, e de aplicar as sanções penais pela prática do delito de deserção dos incorporados às Forças Armadas. 5- Assim, num primeiro momento, o militar que responde a processo

> penal **não pode ser desincorporado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal, não havendo ilegitimidade ou inconstitucionalidade na prorrogação do prazo do serviço militar obrigatório, e ainda que venha o militar a se tornar arrimo de família só depois de absolvido ou do cumprimento da pena, é que poderá ser desincorporado ou excluído do serviço ativo, conforme comandos do art. 140, § 5º, nº 1, do RLSM.** 6- No que tange a pretensão da DPU de que a concessão da liminar em agravo e a sentença definitiva na Ação Civil Pública tenham efeitos para além dos limites da competência territorial do órgão julgador (em todo o território nacional), há recentes julgados do C. STJ no sentido de que faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a nova redação conferida pela Lei nº 9.494/97. 7- Agravo de instrumento da DPU/agravante a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº 0029908-92.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - 2ª Turma/ TRF 3, julgado em 26.4.2015) (grifei).

Como se observa, o TRF - 3ª Região, nos contornos do TRF - 1ª Região, mostrou-se afeto à magnitude da questão posta à apreciação, que tem consequências marcantes no âmbito da organização administrativa do Serviço Militar, com sérios reflexos na Defesa e na Mobilização Nacionais. Entendeu-se que a concessão de certificado de reservista é ato essencial, devendo, quanto aos desertores, ser analisada e decidida, tão somente, após o trânsito em julgado dos processos de deserção, quando se poderá conhecer, detalhadamente, a dimensão dos supramencionados valores infringidos.

Vale ressaltar que os bens jurídicos inerentes à esfera das Forças Armadas e previstos na lei penal militar, para serem efetivamente tutelados, exigem do Estado grande cuidado, além de apurada técnica quanto ao exato alcance dos valores castrenses. Por isso, há ramo especializado no Poder Judiciário incumbido da competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, a saber, a Justiça Militar da União.

II - Conclusão

Os oficiais desertores são agregados e assim permanecem durante todo o trâmite processual. Nesse sentido, a exordial acusatória é recebida e o processo sobrestado até a apresentação voluntária ou a captura do agente – art. 454, §§ 3º e 4º, do CPPM. As praças com estabilidade desertoras também são agregadas – art. 456, § 4º, do CPPM – e, após a apresentação voluntária ou a captura, são revertidas à Força respectiva. Sendo a peça pórtico recebida, assim permanecem até o trânsito em julgado do processo e o cumprimento de eventual pena – art. 457, § 3º, do CPPM. Assim, durante o período de trânsfuga, os desertores, oficiais e praças com estabilidade, continuam militares da ativa e, nessa condição, respondem aos ditames dos respectivos regulamentos disciplinares e ao CPM.

Por outro lado, a praça sem estabilidade é excluída do serviço ativo, quando perpetrar a ausência caracterizadora, em tese, da deserção. É requisito essencial que, após a sua capturada ou a sua apresentação voluntária, readquira o *status* de militar da ativa – art. 457, §§ 1º, 2º e 4º, do CPPM –, para ser processado. Assim, se iguala, no tocante a essa condição, em relação aos demais agentes oficiais e praças com estabilidade (sobre o ilícito em questão). Para isso, impõe-se a sua aptidão para o Serviço Militar em inspeção de saúde, pois não se poderia condenar a praça sem estabilidade na condição de civil, uma vez que seria desproporcional na escala de responsabilidade traçada pelo legislador de outrora. Com efeito, a Lei Penal Militar tratou a praça sem estabilidade desertora – em relação aos oficiais e praças com estabilidade e quantos aos aspectos ressaltados – de forma específica e proporcional.

Ademais, há de se considerar o princípio de "utilidade" no crime de deserção, verdadeira condição da ação, na espécie de interesse em agir do Estado. Em quase todos os crimes propriamente militares (*v.g.* a Insubordinação – art. 166 do CPM – e o Abandono de Posto – art. 195 do CPM), ninguém questiona que se possa condenar o agente, militar na data dos fatos, mas civil na do julgamento. Todavia, na deserção é diferente. Isso porque, se a legislação processual e a penal militar são especiais em relação à Comum, no que concerne à deserção é ainda mais peculiar.

Isso ocorre em razão de o CPPM, apenas no caso de deserção, exigir a aptidão para o Serviço Militar e a presença na ativa do agente não estável. O Estado quer, além da punibilidade, a "utilidade" da persecução penal acoplada à efetividade administrativa, ou seja, poder exigir do agente, apto em inspeção de saúde, o cumprimento do restante do Serviço Militar que lhe competia.

Os demais crimes propriamente militares não têm esse nexo de dependência em relação ao Serviço Militar. A tipificação do crime de deserção é mais ampla, pois não se limita à conduta do agente, exigindo o seu aproveitamento para o Serviço Militar. Essa condição – encontrar-se apto para cumprir o seu dever constitucional para com o Serviço Militar – inexiste ao se condenar nos demais crimes propriamente militares.

A exigência legal da aptidão e da condição de militar da ativa inexiste por preciosismo do legislador ou do Poder Judiciário, e não pode ser reduzida, sem explicação plausível, ao momento do recebimento da denúncia.

O condenado por deserção e sem condições de servir – inapto ou foragido – não traz resultado útil ao Estado. Não haveria qualquer sentido de o CPPM exigir a reinclusão à ativa apenas para receber a denúncia, e não para o prosseguimento do processo. Fosse assim, então inexistiria nexo em criar norma tão peculiar somente para a deserção e a sua principal "utilidade" não teria efeito – o cumprimento do restante do Serviço Militar. O objetivo é bem

mais amplo do que se fixar efeitos nesse isolado ato processual – o recebimento da denúncia –, como sustenta a atual corrente prevalente.

Numa visão de "utilidade", a aptidão em inspeção de saúde e a presença do desertor sem estabilidade têm por fim tornar exigível a conclusão do Serviço Militar, alcançando a eficiência do Poder Executivo – Forças Armadas.

A medida envolve interesse da Defesa e da Mobilização Nacionais.

Reforço que a finalidade da tipificação do crime de deserção difere dos demais, pois o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral da condenação, havendo requisito mais estratégico: "fazer o agente completar o Serviço Militar e compor a Reserva Mobilizável".

Seguindo-se a corrente "tradicional" nas referidas ações, pelo menos permanece o termo de deserção que autoriza a captura, até o limite da idade – art. 132 do CPM –; evita-se a condenação de réus civis à revelia, sem conhecer as respectivas aptidões para o Serviço Militar; o agente fica impedido de obter o certificado, o qual atesta o cumprimento das obrigações constitucionais, incluídos outros direitos decorrentes; a prescrição da pretensão executória não ganha espaço; e, ao ser submetido a processo, ainda poderá cumprir pena.

Ademais, se o termo de deserção contiver longa data, isso servirá de instrumento coativo aos demais jovens ao observarem que, mesmo decorridos anos, o trânsfuga poderá ser preso para cumprir o seu dever, sem que o Estado suporte a indesejada prescrição da pretensão executória.

Essa opção do legislador e da jurisprudência, consolidada no STF, tem sentido, pois se encaixa perfeitamente aos momentos cruciais de Mobilização. O Estado não pode, mesmo sem estar em guerra, dispender meios para processar e julgar réus civis inaptos para o Serviço Militar ou os possuidores de Certificado de Reservista ou de Isenção. Pelo contrário, deve-se incentivá-los ao invés de submetê-los a um processo por deserção, o qual apenas teria sentido se aquele réu estivesse sendo compelido a cumprir o seu dever ainda pendente, ou seja, integralizar a sua formação no SMI.

Detecta-se, muitas vezes, inexistir interesse da Administração Militar em manter desertores "problemáticos" na ativa enquanto respondem ao processo (acusados). Contudo, essa visão é imediatista, sem considerar a complexidade do Serviço Militar, da Defesa e da Mobilização Nacionais. Os desertores permanecem nos seus quartéis até o trânsito em julgado (no caso de provável absolvição), ou até o cumprimento de eventual pena para, então, serem conhecidos os aspectos morais envolvidos na deserção. O tipo de certificado expedido será conforme essa avaliação de mérito.

Consolidado o entendimento da atual corrente prevalente no STM, há muitas variáveis indesejáveis que se mostrarão com o tempo, redundando em discussões jurídicas e administrativas intermináveis. Sabe-se que o legislador de

outrora, sistematicamente, redigiu as normas de forma a evitar casuais desvirtuações.

Vale lembrar que o bem jurídico tutelado abrange o Dever e o Serviço Militares e uma provável sanção penal imposta pela JMU tornar-se-á inócua, pois não atenderá ao fim legal previsto, bem como se iniciarão alguns percalços acerca da pretensa execução da pena.

Foca-se, muitas vezes, na questão de se condenar o agente e de evitar, sob o aspecto da prevenção (especial e geral), a impunidade, enquanto que, para o escopo da lei, o real interesse, apenas nesse crime, é ter o agente criminoso condenado, mas, também, apto a cumprir integralmente o SMI, em consonância com o disposto no art. 80 do RLSM. Afastam-se da tutela penal, nessa esteira de "condenação útil", os incapacitados, os licenciados e os trânsfugas – estes últimos enquanto houver pendência quanto à sua captura ou à apresentação voluntária. Assim, a chave mestra que revela o tipo penal da deserção é o agente ainda ser mobilizável e não apenas ser condenado.

Observe-se que são fatores inconciliáveis às OMs abrirem mão desses soldados (desertores), ainda que problemáticos, e a correspondente persecução penal pelos crimes de deserção conduzida pelo Órgão Ministerial. A Administração Militar é legalmente obrigada a suportar a presença de indivíduos arredios ao Serviço Militar, justamente por considerar a vastidão continental do país, o qual, envolvido em situação de real embate bélico, necessitará de todos os mobilizáveis disponíveis.

Há um *plus*, pois o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral da condenação. Existe, também, o requisito estratégico – impelir o agente a completar o Serviço Militar e, por conseguinte, compor a Reserva Mobilizável.

Enquanto foragido (o militar sem estabilidade), as condições de aproveitamento para o Serviço Militar, não apenas físicas, mas também morais, não são conhecidas. Daí porque o certificado, se for o caso, será discricionariamente concedido depois do trânsito em julgado da APM. O fato de o agente ser condenado ou absolvido não define o certificado a ser recebido, mas sim os fundamentos da Decisão judicial e os dados disponíveis para a Administração Militar.

No tocante ao caso concreto em análise, a exclusão cria óbice ao prosseguimento da Execução em apreço, impondo o seu retorno à condição de civil. Ademais, na visão da Administração Militar, assinala-se estar resolvida a situação do nominado cidadão com respeito ao Serviço Militar. Diante disso, há contrassenso em concluir que houve ultraje ao bem tutelado em espécie, a saber, o Serviço e o Dever Militares.

Por essas razões, alinho-me às decisões históricas do STM e do STF, pois entendo inadmissível processar e julgar réus "civis" pelo crime de deserção à revelia, licenciados, excluídos ou desincorporados – ou, ainda, com a incorporação anulada –, muito menos se definitivamente incapazes para o Serviço Militar.

À luz de tudo o que foi explanado e pela leitura de decisões do STF, todas harmônicas até a atualidade – sem qualquer oscilação – verifica-se que os elementos para a aprovação de uma súmula vinculante encontram-se presentes. Cabe aos constitucionalmente legitimados – art. 103-A, §§ 1º, 2º e 3º, da CF/1988 –, em prol da segurança jurídica, provocar a referida súmula vinculante, apaziguando questão tão importante para a sociedade, as Forças Armadas e a JMU.

Ante o exposto, acolhia a preliminar, para anular a Sentença, por falta de condições de prosseguibilidade da Ação Penal Militar e, de ofício, concedia Habeas Corpus para trancá-la, determinando o seu arquivamento.

Superior Tribunal Militar, 28 de maio de 2020.

Gen Ex Marco Antônio de Farias
Ministro do STM

_____

APELAÇÃO Nº 7000758-03.2019.7.00.0000

Relator: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Revisor e Relator para o Acórdão: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Apelante: Lucas Roberto Dias Rocha.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DPU. DENÚNCIA COM BASE NO CRIME DE HOMICÍDIO. CONCURSO DE PESSOAS. CONDENAÇÃO NAS PENAS DO DELITO DE LESÃO CORPORAL GRAVE POR DESCLASSIFICAÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA MONISTA. INCONFORMISMO DA DEFESA. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. O Sargento e dois Soldados do Exército Brasileiro estavam em serviço de patrulhamento, ocasião em que se depararam com um veículo que havia furado bloqueio realizado pela Polícia Militar.

Após não obedecer à ordem de parar, determinada pelos integrantes da Força Terrestre, foram feitos disparos pelos militares contra os ocupantes do automóvel, no momento em que os infratores, com vontade livre e consciente, investiram na direção da tropa, vindo a óbito apenas o motorista.

Em decorrência dessa investida dos criminosos, restaram confirmados o atropelamento de ambos os soldados e mais a tentativa de atropelamento do graduado.

A versão apresentada pelo Réu de que não teve a intenção de praticar o crime a ele imputado, junto com o comparsa falecido, destoa dos demais elementos de prova encartados aos autos, os quais corroboram o concurso de agentes.

Segundo a teoria monista ou unitária, que foi adotada pelo CPM, em seu art. 53, havendo pluralidade de agentes e convergência de vontades para a prática da mesma infração penal, como se deu no presente caso, todos aqueles que contribuem para o crime incidem nas penas a ele cominadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Comprovadas a autoria e a materialidade delitivas das lesões corporais graves causadas nos dois soldados e da tentativa de lesão igualmente grave, com dolo eventual, no sargento.

Apelo negado provimento. 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**, negou provimento ao Apelo defensivo, para manter a Sentença ***in totum***, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Revisor Ministro Odilson Sampaio Benzi. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Relator) conhecia e dava provimento parcial do Recurso Defensivo, para manter a condenação do civil Lucas Roberto Dias Rocha pela prática do delito inserido no art. 209, § 1º (duas vezes), combinado com o art. 70, inciso II, alínea "d", e art. 72, inciso I, na forma do art. 79, todos do CPM, em face do concurso formal, bem como pelo crime disposto no art. 209, § 1º, na forma tentada, combinado com o art. 72, inciso I, e art. 79, também do CPM, em concurso material com os dois primeiros e reformar a pena imposta para 5 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e determinava a detração em decorrência da prisão preventiva cumprida pelo Apelante no curso da Ação Penal Militar, com a consequente progressão de regime, a ser aplicada pelo Juízo competente para a execução criminal.

Acompanharam o voto do Revisor os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, José Barroso Filho, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino. Relator para Acórdão Ministro Odilson Sampaio Benzi (Revisor). O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Relator) fará voto vencido. O Ministro Francisco Joseli Parente Camelo não participou do julgamento. Ausência justificada dos Ministros Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. O Ministro José Coêlho Ferreira encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 20/2/2020).

RELATÓRIO

Examina-se Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União (DPU), com vistas a reformar a Sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), que condenou o civil Lucas Roberto Dias Rocha à pena de 9 (nove) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do crime de lesão corporal grave – art. 209, § 1º, do Código Penal Militar – por 3 (três) vezes, em concurso formal e material.

O *Parquet* das Armas ofereceu Denúncia contra o Acusado pelo delito inserido no art. 205, § 2º, IV, do CPM – *homicídio* – por 3 (três) vezes. Narrou que, no dia 27.12.2017, o Terceiro Sargento Alcebíades Moura da Silva Sobrinho, junto com os Soldados Aslei Souza dos Santos e Luiz Felipe Barbosa da Silva, todos do Exército, encontravam-se de serviço de Patrulha na Avenida Duque de Caxias, na cidade do Rio de Janeiro-RJ, quando o primeiro sofreu

uma tentativa de abalroamento e os dois soldados foram atropelados por veículo ocupado pelo Acusado e um comparsa, Klinton Lucas da Silva Alves.

Descreve, ainda, na Peça Inicial, que o fato ocorreu após os ocupantes do automóvel furarem bloqueio determinado pela Guarnição de serviço. Por fim, asseverou o culto Representante do Ministério Público Militar (MPM) que, com vistas a resguardar a integridade física dos militares, foram efetuados disparos, em face do veículo, necessários a impedir a progressão da ação criminosa, os quais resultaram na morte do civil Klinton.

Anexaram-se aos autos os seguintes documentos, entre outros: Auto de Prisão em Flagrante; Boletim de Ocorrência lavrado pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro; Exame de Corpo de Delito referente às vítimas Sd Ex Aslei Souza dos Santos e Sd Ex Luiz Barbosa da Silva; Laudo Pericial; Laudo de Exame de Corpo de Delito de Necropsia referente a Klinton Lucas da Silva Alves; e Relatório de Análise Residuográfica.

Após aditamento, que retificou a capitulação do crime, a Denúncia foi recebida por Decisão datada de 14.6.2018. Em 19.6.18, o Apelante foi devidamente citado, oportunidade na qual informou necessitar da assistência judiciária da DPU.

Por meio de Petição de 10.7.2018, a Defesa requereu a liberdade provisória do Réu. O pedido foi indeferido pelo Conselho de Justiça, que manteve a custódia cautelar.

Na Sessão do dia 9.7.2018, deu-se início à oitiva dos ofendidos e das Testemunhas arroladas pelo MPM. A primeira vítima, 3º Sgt Alcebíades Moura da Silva Sobrinho, relatou que se encontrava no Posto de Bloqueio 2, na Vila Militar, embaixo do Viaduto da TransOlímpica, quando recebeu a informação, via rádio, de que uma Ecosport branca não havia obedecido à ordem de parada, emitida no Posto de Bloqueio 1. Em decorrência, narrou que foi realizado o procedimento de fechamento da via, e acrescentou que o mencionado veículo não obedeceu à sinalização, assim ingressou na faixa de contramão em alta velocidade, na direção do militar, oportunidade na qual verificou que o para-brisas já estava danificado.

Declarou que um dos soldados tentou acionar um dispositivo chamado “fura-pneu”, porém não obteve sucesso. Dessa forma, mencionou que, como o carro progredia para lhe atingir, efetuou o primeiro disparo, seguido por tiros efetuados pelos demais integrantes da guarnição, somente após os quais o automóvel parou. Quanto à posição ocupada pelo Réu no veículo, o Ofendido descreveu que o Acusado se localizava agachado embaixo do porta-luvas, na altura da “posição do carona”. Asseverou, por fim, que, dentro do carro, foram encontrados dois armamentos, uma munição calibre 762 e alguns explosivos.

O Sd Ex Luiz Felipe Barbosa da Silva, segundo Ofendido a ser ouvido, aduziu que estava de serviço de patrulha, próximo ao Banco Santander, com o Sd Ex Aslei Souza dos Santos, quando recebeu, via rádio, a informação de que uma Ecosport branca se movimentava na direção de seu posto, em alta velocidade. Afirmou que o Soldado Aslei Souza dos Santos tentou abordar o veículo, quando foi atropelado. Mencionou que, logo em seguida, enquanto pensava como proceder, também foi atingido pelo carro. Destacou que, em razão do atropelamento, ficou 17 (dezessete) dias em coma, e ainda enfrenta sequelas físicas e psicológicas graves.

O Sd Ex Samuel Porto Barreto, Testemunha arrolada pelo MPM, narrou que estava de serviço de patrulha na data dos fatos, próximo ao Batalhão Escola de Comunicações, quando o Comandante da Guarnição, 3º Sgt Alcebíades, recebeu uma informação por rádio e determinou o fechamento da via. Logo em seguida, avistou um veículo Ecosport, em alta velocidade, na contramão. Ressaltou que foi dada ordem para que o automóvel parasse, mas esta não foi obedecida. Em decorrência, confirmou que, como o carro se deslocava na direção do 3º Sgt Alcebíades, foram efetuados disparos pelos militares, a fim de que nenhum integrante da Força Terrestre fosse atropelado. Descreveu acreditar que a intenção dos civis era a de atropelar o Comandante da Guarnição.

O Sd Ex Aslei Souza dos Santos, terceiro Ofendido, ouvido no dia 19.9.2019, ratificou os fatos. Declarou que estava de serviço de patrulha junto com o Sd Ex Luiz Felipe Barbosa da Silva, quando, por volta das 20h30, receberam, por rádio, a informação de que uma Ecosport branca havia furado o primeiro bloqueio e se aproximava do local onde se encontravam, em alta velocidade. Em seguida, descreveu que fez sinais para que o veículo parasse, de modo que pudesse realizar a abordagem, mas que foi surpreendido pelo motorista, o qual, a despeito de ter reduzido inicialmente a velocidade, acelerou o veículo e o atropelou, assim como, em sequência, o outro soldado.

Destacou que, mesmo após serem atingidos, o carro não fez menção de parar e manteve a velocidade alta. Completou que, em razão do atropelamento, teve sua perna ferida, razão pela qual foi submetido a duas cirurgias no joelho, com expectativa de realização de uma terceira.

A DPU não arrolou testemunhas.

Diante da desistência da oitiva do ex-Sd Ex Igor Apolinário Dias do Prado pelo MPM, no dia 6.11.2018, foi realizado o interrogatório do Acusado. Na oportunidade, o Réu confirmou que, na data dos fatos, se encontrava no interior veículo Ecosport conduzido por Klinton Lucas da Silva Alves, e que o condutor efetivamente furou os bloqueios determinados por militares na Avenida Brasil. No entanto, negou que teria participado de qualquer conduta delitiva prévia, ou que tivesse o controle da situação. Mencionou que teria encontrado com o civil Klinton mais cedo e que este o teria convidado para

"dar uma volta" no veículo pela região de Bangu. Não obstante, negou que teria a finalidade de realizar roubos, e ressaltou que não tinha conhecimento das pretensões do *de cujus*. Revelou que, após o primeiro bloqueio, solicitou, por diversas vezes, que o motorista parasse o automóvel, mas não foi atendido. Esclareceu que o condutor foi atingido por disparos de arma de fogo efetuados pela Polícia Militar e, posteriormente, por integrantes do Exército – estes iniciados após o furo dos bloqueios e o atropelamento dos soldados de serviço –, ocasião em que o Apelante teve sua mão alvejada. Para além, sinalizou que um terceiro ocupante do veículo, identificado pela alcunha "Dora", saltou do carro em movimento, antes do ingresso na área protegida pela Força Terrestre.

Na fase do art. 427 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a Defesa e o MPM nada requereram.

Por conseguinte, nos termos do art. 428 do CPPM, foi determinada a intimação das partes para a apresentação de Alegações Escritas.

Na oportunidade, o *Parquet* se manifestou pela condenação do Denunciado pela prática do delito previsto no art. 205, § 2º, IV, do CPM, por 3 três vezes, sob o argumento de que o ilícito restou configurado em todos os seus elementos, bem como pela sustentação de que a ação criminosa foi premeditada e realizada em coautoria com o condutor do veículo.

Por sua vez, na mesma fase, a DPU suscitou a preliminar de nulidade do feito, em razão da não aplicação do rito do júri à Justiça Militar da União, com a consequente remessa dos autos à Justiça Comum. No mérito, requereu a absolvição do Réu, diante da inexistência de provas suficientes à condenação penal, nos termos do art. 439, "e", do CPPM.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.774/2018, o nobre Juiz Federal Substituto da Justiça Militar proferiu Despacho em 16.1.2019, no qual avocou a competência monocrática para o julgamento da Ação Penal Militar, em virtude de o Acusado ser civil, e determinou a intimação das partes, para apresentarem complementação às Alegações Escritas e sobre a necessidade de manutenção da realização da audiência de julgamento.

O MPM insistiu pela procedência da Denúncia. Por outro lado, a DPU reiterou os pedidos já consolidados em sede de Alegações Escritas, e apresentou, alternativamente, pedido de adoção do rito previsto nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal comum, caso se entenda pela competência da Justiça Militar da União para julgar o feito.

Intimado a se manifestar sobre as preliminares suscitadas pela DPU, o *Parquet* das Armas se posicionou contrário aos argumentos defensivos suscitados. Após nova concessão de vista às partes, concluiu o culto Magistrado de 1º grau pela desnecessidade de realização da Sessão de Julgamento.

Apesar do Despacho monocrático referente à avocação da competência monocrática, em 28.2.2019, o Juiz Federal Titular da Justiça Militar chamou o feito à ordem e determinou a convocação do Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para deliberar sobre sua competência para atuar nos autos.

Na data de 18.3.2019, o Escabinato se declarou incompetente, razão pela qual o Órgão Julgador de 1º grau decidiu atuar monocraticamente nos autos, nos termos do art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457/1992, incluído pela Lei nº 13.774/2018.

Em Sentença proferida e publicada no dia 25.4.2019, decidiu o Juízo monocrático por rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela DPU. No mérito, após desclassificar a conduta de *homicídio* (art. 205 do CPM) para *lesão corporal grave* (art. 209, § 1º, do CPM), julgou procedente a pretensão punitiva, para condenar o civil Lucas Roberto Dias Rocha à pena de nove anos, nove meses e dez dias de reclusão, como incurso no art. 209, § 1º (por duas vezes), c/c o art. 70, II, "b" e "d", e o art. 72, I, na forma do art. 79, em face do concurso formal; e, ainda, no art. 209, § 1º, na forma tentada, c/c o art. 70, II, "b", e no art. 72, todos do CPM.

Na oportunidade, decidiu o culto Magistrado de 1ª instância que foram comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, tanto das lesões graves causadas nos soldados Aslei Souza dos Santos e Luiz Felipe Barbosa da Silva, como da tentativa perpetrada em face do 3º Sgt Alcebíades Moura da Silva Sobrinho. Destacou que a versão apresentada pelo Réu, de que não teria a intenção criminosa, não se consubstancia com os demais elementos encartados aos autos, os quais corroboram o concurso de agentes.

Irresignada, a Defensoria Pública da União apresentou, tempestivamente, Recurso de Apelação. Devidamente intimada em duas oportunidades, 8.5.2019 e 6.6.2019, o Órgão de Defesa não juntou o arrazoado recursal. Após o encaminhamento dos autos a esta Instância sem a manifestação defensiva, em 7.8.2019, determinei o retorno do feito ao Juízo *a quo*, para que fosse dado cumprimento a Despacho proferido por aquele Magistrado, que designou a nomeação de defensor dativo para arrazoar o Recurso.

O feito retornou a este Superior Tribunal Militar em 11.9.2019, com as devidas Razões e Contrarrazões do Apelo, produzidas, respectivamente, pela DPU e pelo MPM de 1ª instância.

Na sua manifestação, a Defesa requereu, inicialmente, o reconhecimento da devolução plena de toda a matéria discutida em 1º grau de jurisdição. No mérito, insurgiu-se pela reforma da Sentença, de modo a absolver o civil Lucas Roberto Dias Rocha, nos termos do art. 439, "e", do CPPM, em virtude da ausência de provas suficientes sobre a participação do Apelante na cadeia delitiva. Alternativamente, mantida a condenação, suscitou

a revisão da dosimetria da pena e a consequente progressão do regime de seu cumprimento, aplicada a detração em decorrência da custódia cautelar.

Em sede de Contrarrazões, o *Parquet* das Armas protestou pelo desprovimento do Apelo Defensivo, sob o argumento de que estariam comprovadas a materialidade e a autoria, esta consubstanciada pela teoria monista, pela qual o Acusado teria aderido à ação do condutor do veículo na execução do crime. Argumentou, também, pela correta dosimetria da pena.

A Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em Parecer da lavra do insigne Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Clauro Roberto de Bortolli, opinou pela manutenção da Sentença condenatória recorrida, *in verbis*:

> Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifesta-se pelo conhecimento do apelo e pelo seu desprovimento, para que seja mantida a Sentença de piso, que condenou o civil Lucas Roberto Dias Rocha à pena de 09 (nove) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do crime de lesão grave (art. 209, § 1º, c/c art. 79, ambos do Código Penal Militar), por 03 (três) vezes, sendo 02 (duas) vezes na forma consumada e 01 (uma) na forma tentada, sem o direito de recorrer em liberdade e com fixação do regime inicial fechado, para o início do cumprimento da reprimenda.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo, cabível e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de Apelação interposta pela defesa do civil LUCAS ROBERTO DIAS ROCHA, atualmente preso, contra sentença que o condenou à pena de 9 (nove) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, como incurso, por 3 (três) vezes – sendo 2 (duas) vezes na forma consumada e 1 (uma) na forma tentada – nas sanções do crime de lesão corporal grave, "ex vi" do art. 209, § 1º, c/c art. 79, ambos do Código Penal Militar, em regime inicial fechado.

Nas razões, a Defesa pede a absolvição com base no art. 439, alínea "e", do CPPM, por não existirem provas suficientes para a condenação penal ou, subsidiariamente, que seja revista a dosimetria da pena, a fim de que o cálculo decorra da mensuração de todas as circunstâncias judiciais e legais existentes, acarretando na aplicação de uma sanção em conformidade com a individualização da conduta do apelante e, consequentemente, na sua transferência para o regime semiaberto.

No entanto, após análise dos autos, verificou-se que não merecem prosperar as pretensões defensivas, pois a ação do apelante, com seu comparsa, demonstrou audácia e ousadia ao desobedecer à ordem de parar, "furar" o bloqueio dos militares e jogar, deliberadamente, o veículo em cima da tropa.

Aliás, faço minhas as palavras do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI, que, em Parecer, afirmou:

> **a Sentença** condenatória **se mostrou branda**, frente à conduta praticada pelo ora Recorrente, **ao desclassificar** a imputação de **tentativa de homicídio qualificado** (art. 205, § 2º, incisos IV, c/c o inciso II do art. 30, ambos do Código Penal Militar), conforme consta da denúncia (...) **para lesão corporal grave** (art. 209, § 1º, do Código Penal Militar). (...) jogar um automóvel, em alta velocidade, por sobre os militares e atropelá-los, **é hipótese típica de quem "quis o resultado" morte, "ou assumiu o risco de produzi-lo"**, nos exatos termos do inciso I do art. 33 do Código Penal Militar.
>
> Em outras palavras, **mesmo que se aceite**, para argumentar, **que não tenha ocorrido troca de tiros com os militares do Exército**, **o automóvel também pode ser considerado uma arma**, notadamente quando é utilizado como tal, **contra as pessoas**.
>
> **Não são poucos os casos de morte por atropelamento**, mesmo quando o veículo esteja em baixa velocidade, **bastando apenas a força física do impacto do carro**, contra o **corpo da vítima**. Tanto é que, no caso dos autos, **a vítima Luiz Felipe Barbosa da Silva somente sobreviveu porque foi socorrido às pressas**, pois **não respirava e sofria risco de morte no local do crime**, ficando em **coma de "Glasgow" por 17 (dezessete) dias**, com **sequela de trauma de crânio**. (Grifo nosso.)

Ademais, sendo o recurso exclusivo da defesa, não há como reformar a sentença para majorar a reprimenda penal nos termos do crime de homicídio qualificado, previsto no art. 205, § 2º, inciso IV, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM – cuja pena mínima é de 12 anos de reclusão – sob pena de ferir o princípio do "non reformatio in pejus".

Noutro giro, tudo leva a crer que os meliantes portavam armas e explosivos no dia dos fatos e o veículo que eles conduziam vinha na contramão da via pública e em alta velocidade, colocando em risco a segurança e a integridade física de todos que por eles passavam.

Por isso, como o carro não obedeceu à ordem de parar, foram feitos disparos pelos militares contra ambos, no momento em que os infratores investiram, dolosamente, na direção da tropa, vindo a óbito apenas o motorista – civil KLINTON LUCAS DA SILVA ALVES.

Como consequência dessa investida dos criminosos, restou um saldo de dois atropelamentos – soldados ASLEI SOUZA DOS SANTOS e LUIZ FELIPE BARBOSA – mais uma tentativa de atropelamento do Sgt ALCEBÍADES MOURA DA SILVA SOBRINHO. E mais, a considerar as provas dos autos, é plenamente possível inferir que os três militares só não faleceram por circunstâncias alheias à vontade dos meliantes.

Basta lembrar que restaram comprovadas na espécie duas lesões corporais graves. Segundo o Relatório Médico da Clínica Neurocirúrgica, consta que o militar Luiz Felipe Barbosa da Silva foi internado com trauma de crânio em 27/12/2017 e só foi receber alta em 2/3/2018; que do Relatório Médico Ortopédico do militar Aslei Souza dos Santos consta que ele sofreu "fratura exposta da patela direito", sendo submetido a "desbridamento cirúrgico e lavagem mecânico-cirúrgica"; que o paciente permaneceu em observação pós-operatória até o dia 5/1/2018, quando recebeu alta (Ev. 2 - fl. 4 - APF).

Isso sem contar na tentativa de lesão igualmente grave, com dolo eventual, praticada contra o Sargento Alcebíades, que só não foi atingido pelo veículo em que estavam os meliantes devido à pronta atuação dos Soldados que acompanhavam o graduado na missão, conforme depoimento do próprio sargento e da testemunha Soldado Samuel Porto Barreto.

Por certo, caso tivesse sido atropelado, talvez viesse a sofrer as mesmas lesões graves das demais vítimas. Como se vê, o denunciado, junto com o comparsa, ao proceder da forma como procedeu – com vontade livre e consciente – lançou o veículo contra os militares em serviço, praticando, dessa forma, o crime de lesão corporal grave, tendo em vista que sua conduta produziu, de forma dolosa, perigo de vida, bem como causou a incapacidade por longo período de pelo menos um militar, para exercer suas ocupações habituais na caserna.

O crime perpetrado contra a tropa enquadra-se, perfeitamente, no art. 9º, inciso III, alínea "d", o qual prevê que:

> **os crimes praticados (...) 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:
>
> **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**. (Grifo nosso).

É digno de ressaltar que, segundo os autos, foram encontrados no interior do veículo usado pelos meliantes contra os militares um cartucho de fuzil calibre 7,62 intacto, usado no fuzil AK47. Além disso, foi possível constatar resquícios de pólvora em uma das mãos do ora apelante LUCAS ROBERTO, tendo em vista que a outra foi amputada, devido ter sido atingido por disparo de arma de fogo, como também foram encontrados resquícios de pólvora nas mãos do condutor do veículo KLINTON LUCAS, que veio a óbito.

Nesse diapasão, como bem ressaltou o Juízo "a quo" ao sentenciar:

> Obviamente, planejaram e estavam executando delitos na região. Por certo, como frequentadores daquele local, sabiam que se, por ventura,

> fossem abordados por autoridades policiais, como efetivamente ocorreu, teriam que buscar, a qualquer custo, uma forma de impedir qualquer ação policial.
>
> Dessa forma, não restam dúvidas do liame subjetivo entre todos os ocupantes do veículo, seja para a prática dos delitos de natureza comum, seja para a forma de empreender fuga.
>
> Com isso, ainda que o acusado não estivesse na condução do veículo, deve ser responsabilizado pelos resultados produzidos.

Complementando esse entendimento, trago outro trecho do Parecerista Dr. CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI:

> Sopesadas essas nuanças, chega-se a fácil conclusão de que a conduta do ora apelante não resume-se a um ato de "mero azar", ao entrar "em um carro errado", mas, sim, que suas atitudes, juntamente com demais comparsas, estavam voltadas ao preparo e execução de delitos, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, no curso dos quais acabaram por serem perseguidos por Policiais Militares e, em fuga, depararam-se com o bloqueio empreendido pelo Exército Brasileiro, o que culminou com a prática dos crimes militares imputados na denúncia.

Ressalte-se que o Juízo de primeiro grau, ao sentenciar, consignou que, antes de jogarem o carro em cima dos militares da Força Terrestre em questão, o ora apelante LUCAS ROBERTO e o civil KLINTON LUCAS já tinham trocado tiros com Policiais Militares, conforme depoimentos dos Policiais Militares – 1º Sargento Marcelo Brito e Cabo Rodrigo Esteves de Souza – na fase inquisitorial.

Consta ainda na sentença que:

> (...) um ofendido e o acusado afirmaram que havia três elementos no veículo. Não ficou esclarecido o momento exato que o terceiro ocupante saiu do veículo, mas deve ter levado, consigo, o armamento utilizado para trocar tiros com a Polícia Militar, visto que a perícia encontrou simulacros de armas no interior do veículo, mas, também, cartuchos deflagrados. Cite-se, por oportuno, relatório técnico de análise residuográfica, onde os senhores peritos concluíram no mesmo sentido.
>
> Ultrapassada essa questão, a reprodução simulada dos fatos constante no Evento 101, demonstra a dinâmica do ocorrido:
>
>> De acordo com o relato das testemunhas e APFD, um veículo Ecosport havia passado por um primeiro bloqueio no início da Vila Militar (Patrulha 1), na Avenida Duque de Caxias, frente ao Banco Itaú e proximidades do quartel 20º Batalhão Logístico Paraquedista, seguindo em trajetória de fuga sentido Magalhães Bastos. Uma dupla de Soldados da Polícia do Exército (PE) posicionou-se em frente ao Quartel do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado Escola para interceptar. O veículo em fuga, ato contínuo o condutor do veículo não obedeceu à ordem de parada, vindo a atropelar os dois militares que tentaram abordá-lo. O veículo continuou em fuga e a 730m a sua frente existia o segundo Posto de Bloqueio e Controle de Vias Urbanas (PBCVU), localizado

> abaixo da Transolímpica (Patrulha 2), mediações do 25º Batalhão Logístico (Escola), que foi organizado para conter o veículo em fuga. O condutor do veículo mais uma vez não atendeu a ordem de parada e foi alvejado por projéteis de arma de fogo, sendo então imobilizado. (fl. 03 Laudo Pericial).

Assim, diante das razões apresentadas, torna-se irrelevante saber quem era o motorista, quem era o carona e quem estava no banco de trás do veículo naquela ocasião, tendo em vista que as provas contidas na espécie dão conta de que houve comunhão de vontades entre todos os meliantes que ali se encontravam, para praticarem crimes.

Nessa toada, o STF, ao enfrentar caso semelhante, decidiu:

> **EMENTA: Habeas Corpus. Direito Penal e Processual Penal. Concurso de pessoas. Reconhecimento de delito em modalidades de consumação distintas para co-réus que praticaram o mesmo fato criminoso em unidade de desígnios. Impossibilidade. Aplicação da teoria monista.** (grifo do original)
>
> Tratando-se de concurso de pessoas que agiram com unidade de desígnios e cujas condutas tiveram relevância causal para a produção do resultado, é inadmissível o reconhecimento de que um agente teria praticado o delito na forma tentada e o outro, na forma consumada.
>
> **Segundo a teoria monista ou unitária, havendo pluralidade de agentes e convergência de vontades para a prática da mesma infração penal, como se deu no presente caso, todos aqueles que contribuem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (CP, art. 29),** ressalvadas as exceções para as quais a lei prevê expressamente a aplicação da teoria pluralista. Ordem concedida. **(HC nº 97.652, Ministro JOAQUIM BARBOSA, Julg. em 4/8/2009.)** (grifo nosso).

Assim também este Tribunal, quando julgou a matéria, entendeu que:

> FURTO QUALIFICADO PELO ARROMBAMENTO DE OBSTÁCULO - RECEPTAÇÃO - RECEPTAÇÃO CULPOSA - CONCURSO DE AGENTES - DEMONSTRAÇÃO DE AUTORIA E MATERIALIDADE.
>
> Inexistência de dúvidas quanto à consumação do delito de furto qualificado, haja vista a apreensão da *res* furtiva na residência dos acusados, restando demonstradas a inversão e a tranquilidade da posse.
>
> Nos termos do artigo 240, §§ 2º e 7º, do CPM, o benefício da devolução espontânea dos bens furtados, ao qual independe do valor estimado da *res*, autoriza tão somente a diminuição da pena, jamais a sua extinção.
>
> Para demonstração da qualificadora do furto mediante arrombamento de obstáculo, o mero relatório pericial não supre o competente laudo se não se revestiu das formalidades processuais reguladoras da perícia.

> **A simples adesão de um agente à conduta do outro, ainda que no ato da execução do delito, enseja a circunstância qualificadora do concurso de pessoas no crime de furto.** Provimento parcial do Apelo. Decisão unânime. **(Apel. nº 2004.01.049622-0, Ministro Ten Brig Ar MARCUS HERNDL, Julg. em 6/12/2004.)** (Grifo nosso).

Destarte, o meio utilizado e a circunstância com que a violência foi empregada contra os militares do Exército Brasileiro demonstram que o apelante não estava no banco do carona daquele veículo no dia dos fatos por mero acaso. Pelo contrário, há provas suficientes, na espécie, em condições de demonstrar a participação dolosa do mencionado réu na senda criminosa, tornando-se insustentável a negativa de autoria alegada pela defesa, bem como a aplicação do princípio do "in dubio pro reo".

Conforme ressaltou o MPM, em contrarrazões:

> O fato é que a questão nuclear da culpabilidade no caso concreto é a incidência da teoria monista, onde os dois aderem à conduta na execução do crime, não havendo como se cogitar de reponsabilidade penal objetiva e sim subjetiva e conjunta, razão pela qual a sentença prolatada deve ser mantida em todos os seus termos incluindo a dosimetria da pena, devendo o apelo ser julgado improcedente na direção da correta prestação jurisdicional contemplada.

Aliás, o próprio CPM adotou a Teoria Monista, a qual está prevista no art. 53, e dispõe que, *quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas*.

Importante lembrar, também, o depoimento do apelante em Juízo, o qual declarou em síntese que:

> que Klinton havia o chamado para dar um volta de carro; que eram amigos; que o carro, aparentemente, era daquele; que, quando entrou no carro, havia outra pessoa no interior do veículo chamada Dora; que achava que daria apenas uma volta; que entrou no carro em Bangu; que morava em Santa Cruz; que estava em Bangu com um amigo; que Klinton estava no volante, o Dora, estava no carona e o ora apelante, no banco de atrás; que a Polícia Militar mandou parar, mas o civil Klinton não obedeceu a ordem; que, em seguida, entraram na Vila Militar; que os militares atiraram e atingiram também o réu, na perna; que o carro parou em seguida; que o Dora pulou antes de entrar na vila militar e o réu foi para o banco da frente; que o depoente e o civil KLINTON não atiraram nos militares; que, "aparentemente", não viu armas no interior do carro; que não praticaram roubos no caminho; que não pararam em lugar nenhum; que viu o impacto no vidro do carro; que o Klinton dizia que sabia o que estava fazendo (Ev. 131).

A considerar a prova dos autos, verifica-se que esse depoimento do apelante, em Juízo, não se sustenta, porque destoa completamente do que foi apurado. Senão vejamos.

Ele afirmou que havia encontrado, por acaso, um amigo que não via há muito tempo. Esse amigo estava dirigindo um veículo Ecosport aparentemente novo, e, até que se prove o contrário, incompatível de ser de propriedade de um jovem de 18 (dezoito) anos. Disse que moravam na cidade carioca de Santa Cruz e se encontraram, por acaso, em Bangu. Em seguida, saíram para dar uma volta nas imediações da Vila Militar.

Então há de se perguntar, como se explica a troca de tiros relatada pelos Policiais Militares em sede de IPM? Se não deviam nada, por qual motivo não pararam quando os Policiais Militares determinaram? Por fim, e não menos importante, por que não estavam portando a documentação do veículo, que, além de obrigatório, é algo esperado de quem possui, ao menos, a posse de determinado veículo?

Conclui-se, então, que a verdade contida no conjunto probatório caminha no sentido de que ambos os criminosos planejaram cometer crimes na região, naquele fatídico dia.

Assim, diante das razões apresentadas, entendo que a sentença condenatória encontra-se proporcional ao crime imputado ao apelante e, por conseguinte, merece ser mantida da seguinte forma:

> como incurso nas sanções do artigo 209, § 1º (duas vezes), combinado com o artigo 70, inciso II, alíneas "b" e "d", e artigo 72, inciso I, tudo do Código Penal Militar, na forma do artigo 79 do Código Penal Militar, face o concurso formal.
>
> E, ainda, o artigo 209, § 1º, na forma tentada, combinado com o artigo 70, inciso II, alínea "b", e artigo 72, inciso I, tudo do Código Penal Militar.
>
> Aplica-se, mais uma vez, o artigo 79 do Código Penal Militar, em face do concurso material entre o primeiro evento onde ocorreram as efetivas lesões corporais graves e o segundo onde ocorreu a tentativa de lesão corporal grave.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo defensivo, para manter a sentença "in totum" 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 maioria**, em negar provimento ao Apelo defensivo, para manter a Sentença ***in totum*** por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 20 de fevereiro de 2020 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Apelação Nº 7000758-03.2019.7.00.0000

Na Sessão do dia 20.2.2020 votei vencido na Apelação 7000758-03.2019.7.00.0000 interposta pela Defensoria Pública da União (DPU), com vistas a reformar a Sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), que condenou o civil Lucas Roberto Dias Rocha à pena de 9 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão pela prática do crime de *lesão corporal grave* – art. 209, § 1º, do Código Penal Militar (CPM) – por três vezes, em concurso formal e material.

O *Parquet* das Armas ofereceu Denúncia contra o Acusado pelo delito inserido no art. 205, § 2º, IV, do CPM – *homicídio* – por três vezes. Narrou que, no dia 27.12.2017, o Terceiro Sargento Alcebíades Moura da Silva Sobrinho, junto com os Soldados Aslei Souza dos Santos e Luiz Felipe Barbosa da Silva, todos do Exército, encontravam-se de serviço de patrulha na Avenida Duque de Caxias, na cidade do Rio de Janeiro-RJ, quando o primeiro sofreu uma tentativa de abalroamento e os dois soldados foram atropelados por veículo ocupado pelo Acusado e um comparsa, Klinton Lucas da Silva Alves.

Descreve, ainda, na Peça Inicial, que o fato ocorreu após os ocupantes do automóvel furarem bloqueio determinado pela Guarnição de serviço. Por fim, asseverou o culto Representante do Ministério Público Militar (MPM) que, com vistas a resguardar a integridade física dos militares, foram efetuados disparos, em face do veículo, necessários a impedir a progressão da ação criminosa, os quais resultaram na morte do civil Klinton.

Foram anexados aos autos os seguintes documentos, entre outros: Auto de Prisão em Flagrante; Boletim de Ocorrência lavrado pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro; Exame de Corpo de Delito referente às vítimas Sd Ex Aslei Souza dos Santos e Sd Ex Luiz Barbosa da Silva; Laudo Pericial; Laudo de Exame de Corpo de Delito de Necropsia referente a Klinton Lucas da Silva Alves; e Relatório de Análise Residuográfica.

Após aditamento, que retificou a capitulação do crime, a Denúncia foi recebida por Decisão datada de 14.6.2018. Em 19.6.18, o Apelante foi devidamente citado, oportunidade na qual informou necessitar da assistência judiciária da DPU.

Por meio de Petição de 10.7.2018, a Defesa requereu a liberdade provisória do Réu. O pedido foi indeferido pelo Conselho de Justiça, que manteve a custódia cautelar.

Na Sessão do dia 9.7.2018, deu-se início à oitiva dos Ofendidos e das Testemunhas arroladas pelo MPM. A primeira vítima, 3º Sgt Alcebíades Moura da Silva Sobrinho, relatou que se encontrava no Posto de Bloqueio 2, na Vila

Militar, embaixo do Viaduto da TransOlímpica, quando recebeu a informação, via rádio, de que uma Ecosport branca não havia obedecido à ordem de parada emitida no Posto de Bloqueio 1.

Em decorrência, narrou que foi realizado o procedimento de fechamento da via e acrescentou que o mencionado veículo não obedeceu à sinalização, assim ingressou na faixa de contramão em alta velocidade, na direção do militar, oportunidade na qual verificou que o para-brisas já estava danificado.

Declarou que um dos soldados tentou acionar um dispositivo chamado "fura-pneu", porém não obteve sucesso. Dessa forma, mencionou que, como o carro progredia para o atingir, efetuou o primeiro disparo, seguido por tiros efetuados pelos demais integrantes da guarnição, somente após os quais o automóvel parou. Quanto à posição ocupada pelo Réu no veículo, o Ofendido descreveu que o Acusado se localizava agachado embaixo do porta-luvas, na altura da "posição do carona". Asseverou, por fim, que dentro do carro foram encontrados dois armamentos, uma munição calibre 762 e alguns explosivos.

O Sd Ex Luiz Felipe Barbosa da Silva, segundo Ofendido a ser ouvido, aduziu que estava de serviço de patrulha, próximo ao Banco Santander, com o Sd Ex Aslei Souza dos Santos, quando recebeu, via rádio, a informação de que uma Ecosport branca se movimentava na direção de seu posto em alta velocidade. Afirmou que o Soldado Aslei Souza dos Santos tentou abordar o veículo, quando foi atropelado. Mencionou que, logo em seguida, enquanto pensava como proceder, também foi atingido pelo carro. Destacou que, em razão do atropelamento, ficou 17 dias em coma e ainda enfrenta sequelas físicas e psicológicas graves.

O Sd Ex Samuel Porto Barreto, Testemunha arrolada pelo MPM, narrou que estava de serviço de patrulha na data dos fatos, próximo ao Batalhão Escola de Comunicações, quando o Comandante da Guarnição, 3º Sgt Alcebíades, recebeu uma informação por rádio e determinou o fechamento da via. Na sequência, avistou um veículo Ecosport, em alta velocidade, na contramão. Ressaltou que foi dada ordem para que o automóvel parasse, mas esta não foi obedecida. Em decorrência, confirmou que, como o carro se deslocava na direção do 3º Sgt Alcebíades, foram efetuados disparos pelos militares, a fim de que nenhum integrante da Força Terrestre fosse atropelado. Descreveu acreditar que a intenção dos civis era a de atropelar o Comandante da Guarnição.

O Sd Ex Aslei Souza dos Santos, terceiro Ofendido, ouvido no dia 19.9.2019, ratificou os fatos. Declarou que estava de serviço de patrulha junto com o Sd Ex Luiz Felipe Barbosa da Silva, quando, por volta das 20h30, receberam por rádio a informação de que uma Ecosport branca havia furado o primeiro bloqueio e se aproximava do local onde se encontravam em alta

velocidade. Em seguida, descreveu que fez sinais para que o veículo parasse, de modo que pudesse realizar a abordagem, mas que foi surpreendido pelo motorista, o qual, a despeito de ter reduzido inicialmente a velocidade, acelerou o veículo e o atropelou, assim como, em sequência, o outro soldado.

Destacou que, mesmo após serem atingidos, o carro não fez menção de parar e manteve a velocidade alta. Completou que, em razão do atropelamento, teve sua perna ferida, razão pela qual foi submetido a duas cirurgias no joelho, com expectativa de realização de uma terceira.

A DPU não arrolou testemunhas. Diante da desistência da oitiva do ex-Sd Ex Igor Apolinário Dias do Prado pelo MPM, no dia 6.11.2018, foi realizado o interrogatório do Acusado. Na oportunidade, o Réu confirmou que, na data dos fatos, encontrava-se no interior do veículo Ecosport conduzido por Klinton Lucas da Silva Alves, e que o condutor efetivamente furou os bloqueios determinados por militares na Avenida Brasil. No entanto, negou que teria participado de qualquer conduta delitiva prévia, ou que tivesse o controle da situação.

Mencionou que encontrou com o civil Klinton mais cedo e que este o teria convidado para "dar uma volta" no veículo pela região de Bangu. Não obstante, negou que teria a finalidade de realizar roubos e ressaltou que não tinha conhecimento das pretensões do *de cujus*. Revelou que, após o primeiro bloqueio, solicitou, por diversas vezes, que o motorista parasse o automóvel, mas não foi atendido.

Esclareceu que o condutor foi atingido por disparos de arma de fogo efetuados pela Polícia Militar e, posteriormente, por integrantes do Exército – estes iniciados após o furo dos bloqueios e o atropelamento dos soldados de serviço – ocasião em que o Apelante teve sua mão alvejada. Para além, sinalizou que um terceiro ocupante do veículo, identificado pela alcunha "Dora", saltou do carro em movimento antes do ingresso na área protegida pela Força Terrestre.

Na fase do art. 427 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a Defesa e o MPM nada requereram. Por conseguinte, nos termos do art. 428 do CPPM, foi determinada a intimação das partes para a apresentação de Alegações Escritas.

Na oportunidade, o *Parquet* se manifestou pela condenação do Denunciado pela prática do delito previsto no art. 205, § 2º, IV, do CPM, por três vezes, sob o argumento de que o ilícito restou configurado em todos os seus elementos, bem como pela sustentação de que a ação criminosa foi premeditada e realizada em coautoria com o condutor do veículo.

Por sua vez, na mesma fase, a DPU suscitou a preliminar de nulidade do feito, em razão da não aplicação do rito do júri na Justiça Militar da União,

com a consequente remessa dos autos à Justiça Comum. No mérito, requereu a absolvição do Réu, diante da inexistência de provas suficientes à condenação penal, nos termos do art. 439, alínea "e", do CPPM.

Com a entrada em vigor da Lei 13.774/2018, o nobre Juiz Federal Substituto da Justiça Militar proferiu Despacho em 16.1.2019, no qual avocou a competência monocrática para o julgamento da Ação Penal Militar, em virtude do Acusado ser civil, e determinou a intimação das partes para apresentarem complementação às Alegações Escritas e sobre a necessidade de manutenção da realização da audiência de julgamento.

O MPM insistiu pela procedência da Denúncia. Por outro lado, a DPU reiterou os pedidos já consolidados em sede de Alegações Escritas e apresentou, alternativamente, pedido de adoção do rito previsto nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal (CPP), caso se entenda pela competência da Justiça Militar da União para julgar o feito.

Intimado a se manifestar sobre as preliminares suscitadas pela DPU, o *Parquet* das Armas se posicionou contrário aos argumentos defensivos suscitados.

Após nova concessão de *Vistas* às partes, concluiu o culto Magistrado de 1º grau pela desnecessidade de realização da Sessão de Julgamento.

Apesar do Despacho monocrático referente à avocação da competência monocrática, em 28.2.2019, o MM. Juiz Federal Titular da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar chamou o feito à ordem e determinou a convocação do Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para deliberar sobre sua competência para atuar nos autos.

Na data de 18.3.2019, o Escabinato se declarou incompetente, razão pela qual o Órgão Julgador de 1º grau decidiu atuar monocraticamente nos autos, nos termos do art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457/1992, incluído pela Lei 13.774/2018.

Em Sentença proferida e publicada no dia 25.4.2019, decidiu o Juízo monocrático por rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela DPU. No mérito, após desclassificar a conduta de *homicídio* (art. 205 do CPM) para *lesão corporal grave* (art. 209, § 1º, do CPM), julgou procedente a pretensão punitiva para condenar o civil Lucas Roberto Dias Rocha à pena de 9 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, como incurso no art. 209, § 1º (por duas vezes), c/c o art. 70, II, "b" e "d" e art. 72, I, na forma do art. 79, em face do concurso formal; e, ainda, no art. 209, § 1º, na forma tentada, c/c o art. 70, II, "b" e art. 72, todos do CPM.

Na oportunidade, decidiu o culto Magistrado de 1ª instância que foram comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, tanto das lesões graves causadas nos Soldados Aslei Souza dos Santos e Luiz Felipe Barbosa da Silva, como da tentativa perpetrada em face do 3º Sgt Alcebíades Moura da Silva

Sobrinho. Destacou que a versão apresentada pelo Réu de que não teria a intenção criminosa não se consubstancia com os demais elementos encartados aos autos, os quais corroboram o concurso de agentes.

Irresignada, a Defensoria Pública da União apresentou tempestivamente Recurso de Apelação. Devidamente intimada em duas oportunidades, 8.5.2019 e 6.6.2019, o Órgão de Defesa não juntou o arrazoado recursal. Após o encaminhamento dos autos a esta Instância sem a manifestação defensiva, em 7.8.2019 determinei o retorno do feito ao Juízo *a quo* para que fosse dado cumprimento a Despacho proferido por aquele Magistrado que designou a nomeação de defensor dativo para arrazoar o Recurso.

O Processo retornou a este Superior Tribunal Militar (STM) em 11.9.2019, com as devidas Razões e Contrarrazões do Apelo, produzidas, respectivamente, pela DPU e pelo MPM de 1ª instância.

Na sua manifestação, a Defesa requereu, inicialmente, o reconhecimento da devolução plena de toda a matéria discutida em 1º grau de jurisdição. No mérito, insurgiu-se em favor da reforma da Sentença, de modo a absolver o civil Lucas Roberto Dias Rocha, nos termos do art. 439, "e", do CPPM, em virtude da ausência de provas suficientes sobre a participação do Apelante na cadeia delitiva. Alternativamente, mantida a condenação, suscitou a revisão da dosimetria da pena e a consequente progressão do regime de seu cumprimento, aplicada a detração em decorrência da custódia cautelar.

Em sede de Contrarrazões, o *Parquet* das Armas protestou pelo desprovimento do Apelo Defensivo, sob o argumento de que estariam comprovadas a materialidade e a autoria, esta consubstanciada pela teoria monista, pela qual o Acusado teria aderido à ação do condutor do veículo na execução do crime. Argumentou, também, pela correta dosimetria da pena.

A Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em Parecer da lavra do insigne Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Clauro Roberto de Bortolli, opinou pela manutenção da Sentença condenatória recorrida, *in verbis*:

> Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifesta-se pelo conhecimento do apelo e pelo seu desprovimento, para que seja mantida a Sentença de piso, que condenou o civil Lucas Roberto Dias Rocha à pena de 09 (nove) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do crime de lesão grave (art. 209, § 1º, c/c art. 79, ambos do Código Penal Militar), por 03 (três) vezes, sendo 02 (duas) vezes na forma consumada e 01 (uma) na forma tentada, sem o direito de recorrer em liberdade e com fixação do regime inicial fechado, para o início do cumprimento da reprimenda.

Foi aberta *Vista* dos autos ao ilustre Ministro-Revisor, Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Logo, deve ser conhecido.

No mérito, assiste parcial razão à Defesa.

Foi imputado ao Apelante o tipo previsto no art. 205 do CPM – *homicídio* – o qual teria sido praticado na modalidade tentada por três vezes. Contudo, em Sentença, decidiu o MM. Juiz Federal da Justiça Militar por desclassificar o fato para o art. 209, § 1º, do *Codex* material castrense, na forma do art. 79 do mesmo diploma, os dois primeiros em concurso formal e o terceiro no material.

Justificou-se a ausência de *animus necandi* em virtude da conduta do Acusado e dos demais ocupantes do veículo de não engajar em troca de tiros com os militares durante o caminho percorrido, desde a primeira determinação de parada até a situação final, que culminou no óbito do condutor do automóvel.

Nesse norte, em que pese a argumentação do insigne Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. Clauro Roberto de Bortolli, acerca da "brandura" da Sentença, nos cabe convergir com o raciocínio encartado no brilhante Parecer Ministerial, quando descreve:

> Feito o registro, anoto que, infelizmente, não houve recurso do *Parquet* Militar de 1ª instância, pelo que a correção da reprimenda não poderá ser feita em recurso manejado exclusivamente pela defesa, em razão do princípio da *non reformatio in pejus*.

Portanto, os fatos serão analisados à luz da argumentação recursal defensiva, referente à condenação do Réu pela prática de lesão corporal grave, nas formas consumada e tentada, em concurso formal e material, por ausência do Apelo acusatório acerca da desclassificação da conduta.

A ação delitiva está delineada no art. 209, § 1º, do CPM. Consiste na apenação com até cinco anos de reclusão daquele que ofende a integridade corporal ou a saúde de outrem e produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias.

Trata-se de crime militar impróprio, uma vez que tem previsão similar no art. 129, § 1º, do Código Penal comum. Historicamente, foi disposto no art. 152 do Código Penal da Armada, com a seguinte redação:

> Art. 152. Todo individuo ao serviço da marinha de guerra que offender physicamente seu camarada, produzindo-lhe dôr ou alguma lesão no corpo, embora sem derramamento de sangue:
>
> Pena - de prisão com trabalho por seis mezes a um anno.

> § 1º Si da lesão resultar mutilação, amputação, deformidade ou privação permanente de algum orgão ou membro, ou qualquer enfermidade incuravel e que prive para sempre o offendido de poder exercer o seu trabalho:
>
> Pena - de prisão com trabalho por dous a seis annos.
>
> § 2º Si resultar incommodo de saude com inhabilitação do paciente para o serviço activo por mais de trinta dias:
>
> Pena - de prisão com trabalho por um a quatro annos.

O fato também é tipificado na legislação penal militar estrangeira. O CPM da Itália, no seu art. 224, sanciona com pena de 2 a 7 anos de reclusão a *Lesione personale grave*, e com 5 a 12 anos a gravíssima. Outros, como o CPM colombiano e o uruguaio, apenam os delitos previstos nas normas penais comuns, desde que praticados por militares. Ressalte-se que, em tais países, à Justiça Militar não compete o julgamento de civis.

Ao adentrar na análise do caso concreto, nota-se que a autoria e a materialidade delitiva estão evidenciadas nos autos.

A materialidade é descrita nos Exames de Corpo de Delito das vítimas Luiz Felipe Barbosa da Silva e Aslei Souza dos Santos, realizados, respectivamente, em 26.2.2018 e 6.2.2018. Em ambos, os médicos peritos do Hospital Central do Exército (HCE) atestaram que os militares sofreram ofensa à sua integridade corporal por meio de instrumento contundente, que resultou incapacidade para as suas ocupações habituais por mais de 30 dias. Ao primeiro Ofendido, ainda acrescentou o laudo a ocorrência de perigo de vida.

Sobre o 3º Sgt Alcebíades Moura da Silva Sobrinho, em que pese não ter sido alcançado pelo veículo, tanto a Vítima como a Testemunha Sd Ex Samuel Porto Barreto afirmaram que o automóvel Ecosport branco seguia, em alta velocidade, na contramão e em direção ao Ofendido, o qual só não foi atingido em virtude de ter efetuado disparos de arma de fogo, seguido por outros tiros deflagrados pelos demais integrantes da Guarnição, que acertaram o motorista.

O próprio Acusado, em seu depoimento, embora negue a comunhão de desígnios com o condutor do veículo, ratificou que os fatos narrados na Denúncia são verdadeiros. Transcreva-se trecho do interrogatório:

> Estava o Klinton no volante, o Dora na parte do lado, na parte do lado do carona e eu atrás. Ai, fomos embora, saímos na Avenida Brasil e a viatura da Polícia Militar deu ordem para ele parar, ele não parou. [...] Foi indo, foi indo embora, chegou um pouco mais lá na frente e ele foi atingido e mesmo assim continuou no volante. [...] Ai, foi chegando mais lá na frente, ele não parou, continuou, persistiu em continuar. Ai, entrou na Vila Militar, que foi onde eu vi que ele já tinha sido atingido. [...].

Destaque-se que o Sd Ex Luiz Felipe Barbosa da Silva permaneceu 17 dias em coma e ainda apresentava, no momento em que prestou seu depoimento, diversas sequelas decorrentes do delito. O Sd Ex Aslei Souza dos Santos, na mesma fase, narrou a necessidade de ser submetido a cirurgias para corrigir lesão no joelho.

Porquanto indiscutível a materialidade delitiva, indispensável à análise da autoria, a qual é objeto de questionamento do Apelo defensivo.

Argumentou a DPU pela inexistência de prova concreta nos autos referente à participação do Apelante na cadeia delitiva. Descreveu que, muito embora o Réu estivesse no interior do veículo, não o conduzia, e nem tinha o domínio do fato. Destacou que as Testemunhas ratificaram que o Acusado não conduzia o automóvel, além de ressaltarem que não houve troca de tiros entre os militares e os integrantes do carro.

Dessa forma, afirmou que o Denunciado não poderia ser considerado culpado apenas por estar no interior da Ecosport branca, sob pena de se caracterizar a responsabilidade penal objetiva, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Ressaltou a ausência de enquadramento da atitude do Réu no art. 53 do CPM, uma vez que ele não teria atuado como autor direto ou mediato.

Não obstante, a argumentação não merece prosperar.

O art. 53 do CPM, ao tratar sobre concurso de agentes, estabelece:

> Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas.

Cléber Masson, ao tratar sobre o instituto, o conceitua como "a colaboração empreendida por duas ou mais pessoas para a realização de um crime ou de uma contravenção penal." (*In Direito Penal Esquematizado*: parte geral - vol. 1. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. p. 566).

Na mesma obra, o estudioso professor prevê cinco requisitos para a configuração da codelinquência: pluralidade de agentes culpáveis; relevância causal das condutas para a produção do resultado; vínculo subjetivo; unidade de infração penal para todos os agentes; e existência de fato punível. Cícero Coimbra e Marcello Streifinger, ao citarem o jurista Mirabete, estabelecem como requisitos: a pluralidade de condutas; a relevância causal de cada uma das ações; o liame subjetivo entre os agentes; e a identidade do fato. (*In Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 449).

A pluralidade de agentes está efetivamente comprovada nos autos, pois o Acusado teria aderido à conduta do civil Klinton Lucas da Silva Alves, o qual conduzia o veículo que atingiu as duas primeiras Vítimas e tentou abalroar o terceiro ofendido.

A relevância causal das condutas compreende dizer que deve ser apenado aquele que concorre para a infração "de qualquer modo", "expressão que precisa ser compreendida como uma contribuição pessoal, física ou moral, direta ou indireta, comissiva ou omissiva, anterior ou simultânea à execução." (MASSON, Cléber. *Op. cit*. p. 568). Nota-se que o Apelante se encontrava no lado esquerdo do veículo, na posição do carona, o que denota a sua participação delitiva.

Por sua vez, o vínculo subjetivo também está atestado. Traduz-se na existência de um concurso de vontades, também denominado de nexo psicológico entre os agentes. Essa intenção deve ser convergente e não depende de prévio ajuste entre os envolvidos. Dessa forma, no momento em que o Acusado aceitou ingressar no veículo, o qual sabidamente era incompatível com a situação econômica do *de cujus*, já são demonstrados os indícios da intenção delitiva.

A identidade do fato também está presente, eis que foi imputado, inicialmente, o homicídio tentado, o qual, *a posteriori*, foi desclassificado para lesão corporal grave, na forma consumada e tentada, em concurso formal e material.

Ressalte-se, nesse ponto, que o ordenamento jurídico pátrio adotou, no que toca ao concurso de agentes, a teoria monista (monística ou unitária), "pela qual o crime é sempre único e indivisível, tanto no caso de unidade de autoria, quanto no de co-participação", diante da equivalência dos antecedentes causais (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar:* Parte Geral. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 155).

Não obstante não ter o civil Lucas Roberto Dias Rocha praticado a conduta referente ao núcleo do tipo, consistente no verbo "ofender", as provas coligidas apontam para sua efetiva participação delitiva, eis que aderiu ao crime praticado pelo condutor do veículo desde a sua origem.

Em confuso depoimento, embora negue o cometimento de infração penal prévia, o Réu dá indícios de que o civil Klinton planejava o cometimento de crimes:

> [...]
>
> É, mas na verdade até hoje não sei se era dele, se era roubado ou se era de outra pessoa, sendo que ele me chamou ai quando eu fui entrar no carro tinha outra pessoa, que também já não conheço o nome, só que se chamava Dora. Ai, entrei no carro e a gente foi. Fomos e ai teve um momento que saímos no Deodoro e fomos para a Avenida Brasil**, sendo que eu não imaginava que um amigo que me acompanhou, sabia minha índole, sabia que não ia fazer umas coisas que jamais ia me chamar e eu ia sair pra fazer, sabendo coisa que eu não sabia o que era**. Me chamou, fui, achei que era só dar uma volta mesmo. (Grifo nosso).

Conforme Laudo Pericial 58/17 - Ch Pol, da Chefia de Polícia da 1ª Divisão de Exército, de 4.6.2018, a informação passada pelo Acusado pode ser ratificada pela presença dos seguintes materiais no interior do veículo: dois simulacros de arma de fogo; uma munição de calibre 7,62x39 mm não deflagrada, utilizada em fuzis AK-47 e variações; sete estojos de cartuchos calibre 9 mm, os quais não correspondem àqueles acautelados pela equipe de serviço.

Outrossim, o Relatório Técnico de Análise Residuográfica, de 13.8.2018, assinado por professor do Instituto Militar de Engenharia, constatou a presença de resquícios de pólvora na mão do Apelante, bem como do condutor do automóvel. Outra não é a conclusão obtida no Parecer do ilustre Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. Clauro Roberto de Bortolli:

> Sopesadas essas nuanças, chega-se a fácil conclusão de que a conduta do ora apelante não resume-se a um ato de "mero azar", ao entrar "em um carro errado", mas, sim, que suas atitudes, juntamente com demais comparsas, estavam voltadas ao preparo e execução de delitos, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, no curso dos quais acabaram por serem perseguidos por Policiais Militares e, em fuga, depararam-se com o bloqueio empreendido pelo Exército Brasileiro, o que culminou com a prática dos crimes militares imputados na denúncia.

A Sentença de mérito proferida pelo culto Juiz Federal da Justiça Militar Dr. Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira também é esclarecedora ao refutar os argumentos lançados pelo Apelante no seu interrogatório:

> O apresentado no interrogatório é totalmente inconsistente. Encontrou, por acaso, um amigo que não via há muito tempo? Esse amigo estava dirigindo um veículo Ecosport que, pelas fotos, parece novo e, a princípio, incompatível de ser de propriedade de um jovem de 18 (dezoito) anos? Moradores em Santa Cruz, se encontraram, por acaso, em Bangu e saíram para dar um volta nas imediações da Vila Militar? Como se explica a troca de tiros relatada pelos Policiais Militares em sede informativa? Por que não pararam quando os Policiais Militares solicitaram? Por que não estavam portando documentação do veículo? Certamente a verdade passa longe de sua versão.

A jurisprudência pátria, em casos similares, decidiu no mesmo sentido:

> **Ementa:** APELAÇÕES. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. INSURGÊNCIAS DEFENSIVAS. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ERRO OU INJUSTIÇA NA FIXAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA. Da decisão contrária à prova dos autos. Hipótese em que não merece acolhimento a alegação de que as condenações impostas pelo Conselho de Sentença se encontram manifestamente contrárias às provas dos autos. A prova testemunhal é suficiente para indicar a participação direta dos dois réus na grave cena delitiva. A perícia constatou que no momento da colisão, o para-choque dianteiro da D-20 atingiu a roda traseira da motocicleta, que fez com que a vítima caísse ao chão e fosse brutalmente atropelada. A prova revela,

> com suficiência, também, que o caroneiro do veículo participou do crime ao prestar apoio moral à empreitada criminosa; *a contrario sensu*, a defesa não logrou comprovar, de modo cristalino, que o corréu "em nada participou do suposto ilícito". [...] RECURSOS IMPROVIDOS. UNÂNIME. (TJRS. AP 70079991154. Segunda Câmara Criminal. Relatora Des. Rosaura Marques Borba. Julgado em 31.1.2019).

Assevera-se que a ausência de troca de tiros entre os integrantes do veículo e os militares não configura, por si só, a ausência da intenção criminosa, a qual restou evidentemente ratificada pelos demais elementos encartados aos autos.

Comprovadas, portanto, a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade e ausentes as respectivas causas excludentes, inclusive não alegadas pela Defesa, imperiosa a manutenção da condenação do Réu por seus próprios e jurídicos fundamentos. É inviável se falar em aplicação do art. 439, alínea "e", do CPPM, diante da ausência de dúvidas sobre a prática do delito pelo Acusado.

Subsidiariamente, requereu a DPU a revisão da dosimetria da pena. Destacou que a sanção final cominada ao Apelante é desproporcional e incidiu em violação das regras constantes do CPM e do CP, sobretudo no que concerne ao *bis in idem* referente à aplicação das circunstâncias judiciais, agravantes, causas de aumento da parte geral e da parte especial.

Sobre a primeira fase, afirmou que a majoração da pena-base em 1/2 incide em dupla sanção pelo mesmo fato, eis que a gravidade da lesão já encontra amparo no tipo incriminador – art. 209, § 1º, do CPM – que tipifica a lesão corporal grave. Questionou, também, a fração designada para o aumento.

No que toca à regra sobre o concurso formal de delitos, manifestou-se pela incidência do art. 70 do Código material comum e sua regra da exasperação de 1/6 até a metade, com a incidência do aumento em 1/5, por terem sido aferidos três crimes. O argumento tem por base o princípio da razoabilidade, do devido processo legal e da individualização da pena.

Como alternativa, suscitou a possibilidade de aplicação da regra do cúmulo material e a soma das sanções aplicadas individualmente a cada um dos fatos típicos praticados pelo Acusado.

Na segunda fase, rechaçou a possibilidade de compensação entre a atenuante da menoridade e a agravante da alínea "b" do art. 70 do Código Penal comum. Aduziu que não há provas de que o Apelante tenha praticado o fato típico anterior que visava ocultar.

Quanto à pena referente ao delito praticado em face do 3º Sgt Alcebíades, requereu que fosse desconsiderada a circunstância de que a conduta teria colocado em risco a vida de outros militares, em razão do princípio da proporcionalidade e do *non bis in idem*.

Por fim, aduziu pela necessidade de detração do período em que o Réu esteve preso, desde o flagrante e durante toda a instrução criminal, o que não foi efetivado na Sentença.

Da análise atenta dos argumentos elencados, bem como da fundamentação encartada na Sentença, assiste parcial razão ao pleito defensivo. Para a análise da fundamentação recursal, indispensável a apreciação da aplicação da pena efetivada pelo Magistrado de 1ª instância.

No que toca ao concurso formal de crimes referentes às lesões corporais causadas nos Soldados Luiz Felipe Barbosa e Aslei Souza dos Santos, na primeira fase da aplicação da pena devem ser reconhecidas como negativas as circunstâncias de tempo e de lugar, uma vez que o delito foi praticado em via pública e que o veículo utilizado para a prática do crime era conduzido em alta velocidade.

Quanto à extensão do dano, julgo que assiste parcial razão à Defesa, uma vez que considerada como elementar do tipo penal de lesão corporal grave. Contudo, ela abrange, também, o perigo de dano, referente aos demais transeuntes e veículos que trafegavam na via.

Ressalte-se que, muito embora a doutrina e a jurisprudência apontem pela utilização do critério fracionário para a fixação da reprimenda inicial, ao ampliar o *quantum* em 1/8 por cada circunstância presente, Ricardo Augusto Schimitt reconhece que, em determinadas circunstâncias, não só é possível, como indispensável, a fixação com fundamento em outros argumentos, a fim de alcançar o princípio da proporcionalidade e o da isonomia:

> Em verdade, o que se revela árduo é estabelecermos critérios para a fixação da pena-base, a partir da valoração individualizada das circunstâncias judiciais. Sem dúvida, este é o ponto crucial, pois, conforme tratamos em linhas pretéritas, o julgador exercerá o seu poder discricionário, de natureza subjetiva, para a análise de cada circunstância judicial.
>
> Trata-se, portanto, de uma tarefa reservada ao campo estritamente subjetivo do juiz sentenciante.
>
> É exatamente por essa razão que não é possível estabelecermos um critério único, definitivo e absolutamente engessado para a dosimetria da pena-base. [...]
>
> No entanto, o critério ideal de valoração das circunstâncias judiciais (1/8) poderá ser alterado para mais ou para menos. O que deverá nortear a possibilidade de alteração do quantitativo ideal de 1/8 (um oitavo) é a concretude do fato, ou seja, a mensuração da gravidade em concreto do delito e as reais condições pessoais do condenado. (In *Sentença Penal Condenatória*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p.185 e 194).

Dessa forma, o *quantum* inicial da dosimetria deve ser fixado em 2 anos e 6 meses, determinado o aumento da pena-base na fração de duas vezes e meia.

Na segunda fase de aplicação da pena, não obstante os indícios de cometimento de delito anterior pelo Acusado e seus comparsas, os quais supostamente tentavam ocultar, as provas coligidas aos autos não são suficientes para ratificar as suspeitas apresentadas. Muito embora tenha citado os depoimentos dos policiais militares, estes foram prestados em sede investigativa prévia, sem a submissão aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse norte, merece ser descartada a agravante prevista no art. 70, II, alínea "b", do CPM.

Consequentemente, compensada a atenuante da menoridade com a agravante inserida no art. 70, II, "d", do mesmo Código, é imperiosa a manutenção da pena provisória em 2 anos e 6 meses.

Por fim, ausentes causas de aumento e de diminuição, torno a sanção definitiva e aplico a regra do art. 79 do CPM, em concurso formal, de maneira que, em relação aos dois primeiros delitos perpetrados em face dos Soldados Luiz Felipe Barbosa e Aslei Souza dos Santos, deverá ser aplicada a pena de 5 anos de reclusão.

É inviável a adoção do art. 70 do Código Penal comum em virtude da existência de regra própria na normatização castrense, a qual é entendida proporcional pela jurisprudência desta Corte.

Quanto à conduta praticada em face do 3º Sgt Alcebíades Moura da Silva Sobrinho, deverá a pena-base ser fixada em 1 ano e 3 meses de reclusão, pelos motivos citados pelo culto Julgador *a quo*, diante do risco causado a civis e à equipe de serviço, a qual teve que se utilizar de disparos de armas de fogo para impedir a progressão da conduta típica. Nesse aspecto, não há que se falar em ofensa ao *non bis in idem*, eis que se trata de conduta autônoma, bem como considera o risco a outras pessoas, e não à vítima do delito tentado.

Na segunda fase, diante da impossibilidade da imposição da agravante referente ao art. 70, II, "b", como já considerado na análise do primeiro fato típico, é viável a atenuação da pena em 1/5 pela menoridade do Apelante, na forma do art. 72, inciso I, ambos do CPM, pelo que torno a pena provisória em 1 ano, 2 meses e 15 dias de reclusão.

Na terceira fase, a redução referente à tentativa, constante no parágrafo único do art. 30 da codificação material castrense, deve ser aplicada no mínimo de 1/3, uma vez que a conduta apenas não se consumou em virtude da ação da Vítima e dos demais militares da guarnição de serviço, que atiraram no veículo, o que culminou no óbito do condutor. Dessa forma, a pena definitiva deve ser de 9 meses e 20 dias.

Anote-se o equívoco da Sentença, que não fundamentou a existência de agravantes que aumentassem a pena provisória, mas fixou a definitiva em 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão, não obstante a existência de minorante.

Diante do concurso material com os dois primeiros crimes e o terceiro, aplicada a regra do art. 79 do CPM, a pena unificada deve ser cominada em 5 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão.

O Juízo responsável pela execução da sanção criminal deverá considerar o período em que o Acusado permaneceu preso preventivamente no curso do processo, para efeitos de detração penal, com a consequente progressão de regime para o aberto.

Todavia, considero que não estão mais presentes os requisitos para a segregação cautelar. A prisão preventiva foi determinada em razão da garantia da aplicação da lei penal militar e conveniência da instrução criminal. Ocorre que o Réu já cumpriu mais de dois anos da sanção provisória privativa de liberdade. Ademais, a instrução criminal já foi encerrada. Não vislumbro, da mesma forma, a necessidade de custódia para a garantia da aplicação da lei penal militar, sobretudo porque o Apelante é primário e não possui antecedentes. Os indícios de que integra organização criminosa não foram ratificados da colheita probatória.

Dessa forma, revogo a prisão preventiva decretada pelo Juízo de 1ª instância, por não estarem preenchidos os requisitos do art. 255 do CPPM.

Ante o exposto, **Votei vencido pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso Defensivo,** para manter a condenação do civil Lucas Roberto Dias Rocha pela prática do delito inserido no art. 209, § 1º (duas vezes), combinado com o art. 70, inciso II, alínea "d" e o art. 72, inciso I, na forma do art. 79, todos do CPM, em face do concurso formal, bem como pelo crime disposto no art. 209, § 1º, na forma tentada, combinado com o art. 72, inciso I, e o art. 79, também do CPM, em concurso material com os dois primeiros e **reformar a pena imposta para 5 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão**, determinada a detração em decorrência da prisão preventiva cumprida pelo Apelante no curso da Ação Penal Militar, com a consequente progressão de regime, a ser aplicada pelo Juízo competente para a execução criminal.

Superior Tribunal Militar, 20 de fevereiro de 2020.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro-Relator

APELAÇÃO Nº 7000982-72.2018.7.00.0000

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

Revisor: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Relator para o Acórdão: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Apelante: Caio de Souza Soares.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogadas: Dra. Vanessa Lima Teixeira e Dra. Christiane Rose Guedes Corrêa.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFESA. MÚLTIPLAS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMAS DE FOGO. AÇÃO DE GRUPO CRIMINOSO CONTRA FORÇAS DE SEGURANÇA. TESE RECURSAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA RESISTÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. *ANIMUS NECANDI*. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DISPARO PELO RÉU. IRRELEVÂNCIA. AÇÃO CONJUNTA DE TODOS OS INTEGRANTES. DESDOBRAMENTO CAUSAL PREVISÍVEL DA CONDUTA ANTERIOR. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. PRISÃO PREVENTIVA. REEXAME. REVOGAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO POR MAIORIA.

I - A ação de um grupo de pessoas em disparar com armas de fogo de grosso calibre contra militares do Exército, que estavam em regular atividade, configura crime de tentativa de homicídio, e não simples resistência. A qualificadora do art. 205, § 2º, inciso V, do Código Penal Militar (CPM) se impõe, uma vez que foi constatado que era carregada uma grande quantidade de armas irregulares dentro do veículo em que trafegavam os envolvidos.

II - Embora não comprovada a relação mantida pelo Réu com os demais meliantes, que ou morreram no confronto, ou escaparam do local e não foram identificados, isso não elide sua participação nas tentativas de homicídio. Conforme demonstrado pelas provas, o Apelante carregava algumas das armas consigo, bem como se encontrava livre e posicionado dentro do veículo, circunstâncias que afastam a alegação de seu eventual sequestro, bem como atestam que, a princípio, optara, livre e conscientemente, por estar no carro naquela oportunidade.

III - Mais que isso, as mesmas circunstâncias também demonstram o conluio com os demais passageiros e, consequentemente, seu aceite dos riscos envolvidos na empreitada criminosa de transporte ilegal das armas. Nessa linha, torna-se irrelevante que não tenha efetuado qualquer disparo, pois a ação dos comparsas era um desdobramento causal previsível da conduta

ilícita menos gravosa de portar o armamento apreendido. Condenação mantida como incurso, por cinco vezes, no art. 205, § 2º, V, c/c o art. 30, II, ambos do CPM, em concurso formal, art. 70 do Código Penal comum.

IV - Embora ausente pedido expresso da Defesa, possível que se proceda de ofício à correção da dosimetria da pena, caso fixada em patamar além do devido. Fixado na origem o *quantum* de 20 anos de reclusão, esse se mostrou desproporcional em face das provas constantes nos autos. Reduzida a pena para 9 anos, após se efetuar nova análise às circunstâncias do art. 69 do CPM, incidente na primeira fase; se retirar a agravante genérica de motivo torpe (art. 70, II, "a", CPM) por haver a Sentença incidido em *bis in idem* com a qualificadora; e se aumentar a fração da redução pela tentativa, eis que as armas usadas apresentaram risco aumentado, porém inocorrente qualquer tipo de lesão às Vítimas.

V - Prisão preventiva reanalisada de ofício, conforme autorizado pelo art. 257, parágrafo único, do Código de Processo Penal Militar (CPPM). O Condenado é civil, de forma que responderá segundo os consectários da legislação comum, inclusive no que concerne à progressão de regime. Considerada sua redução de pena e que se encontra preso continuamente há mais de 2 anos e meio, restou forçosa a libertação, visto que já teria progredido de regime, caso estivesse em cumprimento da pena.

VI - Ademais, não constatada a subsistência das causas de decretação: ausência de demonstração, concretamente, de que exista risco à ordem pública; ou que possa interferir na instrução criminal, pois já finalizada; ou que possua periculosidade acentuada, pois não detém antecedentes; ou que não se conseguirá aplicar a lei penal militar em caso de sua soltura. Prisão preventiva revogada na forma do art. 257, parágrafo único, do CPPM.

VII - Recurso conhecido, por unanimidade. No mérito, por maioria, parcialmente provido para reformar a Sentença *a quo*, com a manutenção da condenação, mas com a redução da pena imposta de 20 anos para 9 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, com o direito de recorrer em liberdade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Barroso Filho, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, 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 conhecia e dava provimento ao recurso defensivo para absolver o civil Caio de Souza Soares com fulcro no artigo 439, alínea "c" do CPPM. O Ministro Francisco Joseli Parente Camelo (Revisor) acompanhava o voto da Relatora e fará

declaração de voto. Os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Carlos Vuyk de Aquino aguardam o retorno de vista.

O Ministro Marco Antônio de Farias não participou do julgamento. Ausência justificada dos Ministros Alvaro Luiz Pinto e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 16/12/2019).

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, prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão de 16 de dezembro de 2019, após o retorno de vista do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu da Apelação interposta e, **por maioria**, deu provimento parcial ao Recurso defensivo para, ao reformar a Sentença recorrida, condenar o Civil Caio de Souza Soares à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por incurso, cinco vezes, em concurso formal (art. 70, ***caput***, do CP), na prática do crime de homicídio qualificado na forma tentada, conforme art. 205, § 2º, inciso V, c/c art. 30, inciso II, ambos do CPM; e, em seguida, revogou a prisão preventiva por compreender não subsistirem motivos para sua manutenção, consoante autoriza o art. 257, ***caput*** do CPPM, com o consequente direito do Apelante de continuar a recorrer em liberdade, *vide* art. 527 do CPPM, conforme a prolação do voto de vista. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), Francisco Joseli Parente Camelo (Revisor), José Coêlho Ferreira e Artur Vidigal de Oliveira conheciam e davam provimento ao recurso defensivo para reformar a Sentença e absolver o Civil Caio de Souza Soares, com fulcro no artigo 439, alínea "c", do CPPM.

Acompanharam o voto-vista os Ministros William de Oliveira Barros, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino. Relator para Acórdão Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. A Ministra Relatora fará voto vencido. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 21/5/2020).

RELATÓRIO

Cuida-se de **Apelação** interposta por Caio de Souza Soares, civil, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército (CPJ/Ex) da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, que o condenou à pena de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, com a manutenção de sua prisão preventiva, pela prática do crime de *homicídio qualificado* – art. 205,

§ 2º, inciso V, do Código Penal Militar –, na forma tentada, por 18 vezes, em concurso formal (art. 70, *caput*, do Código Penal comum – CP).

Na Denúncia, narrou o Ministério Público Militar (MPM) que, entre a noite do dia 17.11.2017 e a madrugada do dia seguinte, na Cidade do Rio de Janeiro-RJ, o 1º Batalhão de Infantaria Motorizada Escola e o Arsenal de Guerra do Rio de Janeiro montaram um "Posto de Bloqueio e Controle de Vias Urbanas (PBCVU)", formado por três pontos: "um próximo entrada da Vila Militar São Lázaro, outro em frente ao portal nobre do Arsenal de Guerra do Rio de Janeiro, e o terceiro próximo ao portão do Corpo da Guarda do Arsenal de Guerra do Rio de Janeiro".

Por volta das 3h40 da madrugada do dia 18.11.2017, o Acusado e outros indivíduos foram parados no citado bloqueio, quando trafegavam todos em um veículo automotor "marca Honda HR-V, placa LSA-2149, de São Paulo". Não obstante, os integrantes do carro resistiram à ordem, ao passo que o automóvel foi arremessado contra alguns dos militares que guarneciam o primeiro ponto, bem como se perceberam disparos de arma de fogo provenientes de dentro do carro.

Em face desse cenário, por entenderem que estavam a ser injustamente agredidos, os militares revidaram com emprego de seu armamento, inicialmente, contra as rodas do automóvel e, posteriormente, em direção ao corpo desse. Por força do confronto, o motorista do carro perdeu o controle e veio a colidir em um poste. Nesse instante, alguns dos indivíduos se evadiram do carro e da cena, com a efetuação dos últimos disparos contra a tropa.

O Acusado, findo o tiroteio, foi localizado no porta-malas do automóvel, na posse de armas. Além dele, dois corpos, o do motorista e o de um carona, foram encontrados dentro do carro, enquanto o restante dos integrantes escapou com sucesso, logo após o sinistro do veículo. Ainda, apreendeu-se uma grande quantidade de armas de fogo, bem como algumas granadas de fabricação caseira e determinada quantidade de droga ilícita.

Assim, compreendeu o *Parquet* que o Réu, em conluio com os demais indivíduos que se encontravam no automóvel, praticou os crimes de *resistência mediante ameaça ou violência* (art. 177 do CPM), *desobediência* (art. 301 do CPM) e tentativas de *homicídio qualificado* (art. 205, § 2º, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM), tanto *por motivo torpe* (§ 2º, inciso II), quanto para assegurar a execução dos crimes relacionados ao tráfico de armas e de drogas (§ 2º, inciso V). Imputou também que tais práticas se deram em concurso (art. 79 do CPM), observado que houve incursão no delito do art. 301 do CPM, por duas vezes, e no do art. 205, por 18 vezes.

Houve a prisão em flagrante do Apelante na oportunidade. O respectivo auto foi homologado pela autoridade judicial, a qual também converteu o aprisionamento em preventiva, na forma autorizada pelo art. 254

do Código de Processo Penal Militar, observados os requisitos dispostos no art. 255 do mesmo Diploma. Desde então (18.11.2017), o Flagranteado se encontra cautelarmente preso.

Citado o Réu, intimadas e requisitadas as Vítimas e as Testemunhas arroladas pela Acusação, realizou-se audiência una, na forma do art. 400 do Código de Processo Penal (CPP) comum.

Foram ouvidos, na qualidade de Ofendidos, o 3º Sargento do Exército (3º Sgt Ex) Yuri Silva de Souza Vasconcellos; os Cabos do Exército (Cb Ex) Matheus Jorge da Cunha Euphemio e Thayrone Augusto Gomes da Silva; e os Soldados do Exército (Sd Ex) Breno Vieira da Silva, Jonathan Costa Pires, Bartolomeu Angelo da Silva, Robson da Conceição Damas, Renan Tomé de Souza, Felipe Machado Costa, Eduardo Fernandes da Silveira Júnior, Everton Oliveira de Jesus, Caio Felipe de Carvalho Barboza, Thadeu Andrade de Araújo, Bruno de Alcântara Angelo, Luis Felipe Cavalcante Carneiro, Lorran da Silva Dias, Alexandre dos Santos Fernandes e Marcos Marins Campos.

Como testemunhas numerárias do MPM, prestaram depoimento o 2º Tenente do Exército (2º Ten Ex) Phelipe Menezes Maia, o 3º Sgt Ex Natan Roberto Lopes da Fonseca e o Sd Ex Carlos Eduardo do Nascimento Oliveira. Pela Defesa, ninguém foi arrolado. Ao fim, efetuaram-se a qualificação e o interrogatório do Réu, que, após prestados seus dados pessoais, fez uso do seu direito ao silêncio.

Alcançada a fase do art. 428 do CPPM, o MPM compreendeu terem sido "comprovadas a materialidade e autoria delitivas, bem como a presença da culpabilidade do réu, o que corrobora a imputação contida na peça pórtico". Logo, requereu a condenação na forma como postulada na Denúncia.

Por sua vez, a Defesa destacou, em suas Alegações Escritas, que não restou provado que o Réu tivesse efetuado disparo contra a tropa, o que lhe retiraria o *animus necandi*, ou seja, de que tenha querido matar algum dos militares. Em reforço, aponta que o indivíduo foi encontrado no porta-malas, a pedir por ajuda, e que alguns dos testemunhos fornecidos afirmaram que ele sequer estaria armado. Quanto à resistência, ao passo que não conduzia o veículo, compreende que não adveio dele o dolo em desobedecer a ordem dos militares. Assim, postulou a integral absolvição.

Designada data para a Sessão de Julgamento, após colhidas as manifestações orais da Acusação e da Defesa em audiência, o Conselho de Justiça deliberou e, então, decidiu, por unanimidade, em julgar procedente a Denúncia, para condenar o Acusado à pena de 20 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática, por 18 vezes, do crime de *homicídio qualificado* (art. 205, § 2º, V, do CPM), na sua forma tentada (art. 30, II, do CPM), em concurso formal (art. 70, *caput*, do CP), sem direito de apelar em liberdade, pois mantida sua prisão preventiva.

Intimadas as partes, somente a Defesa ofertou Apelação.

Nas Razões Recursais, o Apelante sustentou que a condenação se fundamentou em uma narrativa dos fatos sobre a qual não se pode ter certeza. Em que pese o carro, no qual se encontrava, tenha desobedecido à ordem de parada, além de alguns dos ocupantes terem efetuado disparos contra a tropa que compunha o bloqueio, seria forçoso reconhecer que não se demonstrou intenção sua e dos demais em efetivamente matar ou sequer atingir os militares.

Dessa forma, compreende que há uma insuficiência de provas para determinar que tenha agido com *animus necandi*. Ao máximo, sua ação poderia ser desclassificada para o crime de *resistência*, prevista no art. 177 do CPM, eis que plausível o enquadramento das condutas no tipo. Subsidiariamente, caso seja mantida a condenação, requer que seja reanalisada a dosimetria efetuada, visto que a fixação da pena-base em 20 anos, bastante acima do mínimo de 12 anos, demonstrar-se-ia demasiada e injustificada.

O Ministério Público Militar, em Contrarrazões, sustentou a suficiência do lastro probatório para manutenção da Sentença na íntegra. Nesta instância, por meio do douto Subprocurador-Geral Dr. Clauro Roberto de Bortolli, a Procuradoria-Geral de Justiça Militar manifestou-se pela redução da pena para 16 anos de reclusão, com parcial provimento do Apelo defensivo.

É o Relatório.

VOTO

Conforme relatado, cuida-se de Apelo em favor do condenado Caio de Souza Soares, com o fim de alcançar a desclassificação de sua conduta, inicialmente enquadrada como homicídio qualificado tentado, por 18 vezes, para resistência, ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* condenatório para parâmetros mais razoáveis.

No caso dos autos, consoante se revelou das provas produzidas, na madrugada do dia 18.11.2017, o Acusado se encontrava dentro de um veículo Honda HR-V, placa LSA 2149 - São Paulo, em conjunto com outras pessoas, que veio a ser parado em um bloqueio do 1º Batalhão de Infantaria Motorizada Escola e do Arsenal do Rio de Janeiro, localizado na Rua Monsenhor Manoel Gomes, no Caju, Rio de Janeiro-RJ.

Apesar dos avisos para que parassem, ligassem as luzes internas e baixassem o vidro, para então se identificarem, o motorista do veículo passou a dirigir de modo errático, ao acelerar e brecar continuamente. Ato contínuo, com a aproximação de militares, optou por lançar o carro na direção deles, quase os atropelando, para então tentar escapar.

O referido bloqueio era composto de três pontos distintos: o primeiro próximo à entrada da Vila Militar São Lázaro, o segundo em frente ao portal

nobre do Arsenal de Guerra e o último junto ao portão do Corpo da Guarda do Arsenal de Guerra.

Vencido o posto na entrada da Vila Militar, intentou-se forçar a parada do veículo com o uso do instrumento conhecido como "jacaré", o equivalente a uma barreira móvel, adequada para o dilaceramento de pneus. Entretanto, o militar encarregado de "puxar o jacaré" não conseguiu, porque novamente o motorista lançou o veículo na direção dos combatentes.

Nesse instante, como relataram as Vítimas e as Testemunhas ouvidas, efetuaram-se disparos contra os pneus e o motor do veículo, o que fez o piloto perder o controle e colidir com um poste de luz mais à frente. Durante essa situação, ou a partir dela (os depoimentos são conflitantes quanto ao início desta etapa), houve uma troca de tiros, iniciada por alguns dos indivíduos que estavam dentro do automóvel.

Findo o tiroteio, dois dos ocupantes morreram, um deles o motorista, e o outro um carona que se encontrava imediatamente atrás desse. Outros ocupantes, em número que não se soube precisar, fugiram do local, momento em que um deles ainda efetuou mais dois disparos a esmo. Ao fim dessa ocorrência, o Acusado foi localizado na região do porta-malas do automóvel, lesionado e a clamar por ajuda.

Segundo narrado por algumas das Vítimas, entre elas os Cabos Matheus Jorge da Cunha Euphemio e Thayrone Augusto Gomes da Silva, além dos Soldados Felipe Machado e Renan Tomé de Souza, o Réu, encontrado no porta-malas, portava, ao menos, uma pistola em sua cintura e um fuzil atravessado entre suas pernas. Alguns ainda visualizaram ele lançar outro fuzil e mais uma pistola pelo vidro traseiro, que estava quebrado.

Essa parte da narrativa foi expressamente confirmada por duas das três testemunhas, 2º Tenente Felipe Menezes Maia e 3º Sargento Nathan Roberto Lopes da Fonseca. Eles também acrescentaram que os bancos traseiros estavam rebatidos, isto é, com os encostos derrubados, de modo a tornar o chão do porta-malas um só espaço com os assentos traseiros.

Em especial, após questionamento de um dos Juízes Militares, o 2º Ten Maia destacou que a disposição daquela forma dos bancos traseiros permitia uma completa ligação com o porta-malas, sem qualquer restrição. Isso também possibilitava aos ocupantes melhor se posicionarem para efetuar disparos, pois, nas palavras da testemunha, essa área do veículo fora transformada em uma "plataforma de tiro".

Embora não tenha fornecido qualquer tipo de explicação em seu interrogatório, consta depoimento do Réu em audiência de custódia. Nessa fala, contrariamente à tese acusatória, explicou que, mais cedo naquela madrugada, ou na noite do dia anterior, foi feito refém pelos indivíduos que

estavam no carro, ao ser confundido com um integrante de uma facção criminosa rival. Logo, não possuiria ligação com aquelas pessoas, nem quis participar dos delitos que praticavam.

A despeito dessa explicação, bem como de que o silêncio do Acusado não será valorado em seu desfavor, é notável que cai em descrédito a narrativa defensiva de que fora feito cativo pelos demais integrantes do automóvel, ou mesmo que simplesmente não os conhecesse, enquanto a tese acusatória é suficientemente reforçada pelas provas produzidas.

Conforme relatado por vários dos militares presentes na ocorrência, tanto Testemunhas, quanto Vítimas, o Apelante portava consigo, no mínimo, uma pistola e um fuzil, ao passo que a arma menor estava em sua cintura, e a maior, no seu colo. Além disso, o espaço em que fora encontrado, o porta-malas, não estava mais apartado do resto do veículo, mas sim ligado a todo o restante por meio do "rebate" dos encostos traseiros.

Dessa forma, torna-se crível que conhecia aqueles que estavam no carro; que matinha contato com esses; e que estavam todos associados para fins ilícitos. Nesse sentido, em face da falta de uma explicação, é totalmente ilógico crer que um refém pudesse portar consigo as armas dos seus captores, ainda mais ilícitas, ou que transitasse pelo veículo de forma desimpedida, sem estar algemado, amordaçado, ou de outra forma reprimido.

Reforça-se tal leitura com base na disposição dos bancos de trás, que permitiram a livre passagem do porta-malas, bem como a partir da relevância do armamento, que torna absolutamente irrazoável que o Acusado não compreendesse a ilicitude do que se estava a praticar. Quanto ao apreendido, cabe transcrever trecho da Sentença em que se listou o relevante arsenal encontrado, tanto de armas, quanto de munições:

> [...] pontue-se o material apreendido, que demonstra a alta periculosidade dos envolvidos, obviamente, integrantes de organização criminosa: **05 (cinco) fuzis**; [...]; **02 (duas) Pistolas**; **06 (seis) granadas**; **32 (trinta e dois) carregadores de fuzil**; **05 (cinco) carregadores de pistola**; **89 (oitenta e oito) cartuchos de 9mm**; **250 (duzentos e cinquenta) cartuchos 7,62mm**; **260 (duzentos e sessenta) cartuchos 7,62mm**; **799 (setecentos e noventa e nove) cartuchos 5,56mm comum**; [...]. (Grifo nosso).

Logo, compreendo restar nítido que o Réu, voluntariamente e conscientemente, quisera estar no carro naquela noite; que optou em portar consigo, no mínimo, uma pistola e um fuzil, obviamente ciente da ilegalidade nisso; e que, a partir dessas duas conclusões, escolheu se associar aos outros meliantes para o porte e o transporte ilícito das armas, bem como para o que porventura empreendessem com elas.

Quanto a essa última colocação, o enquadramento como tentativa de homicídio qualificado se mostra um inevitável desenrolar das ações anteriores.

Não é aceitável que o Apelante e os comparsas carregassem tantas armas e munições – claramente carregadas, visto que as usaram contra os militares –, e não buscassem empregá-las caso surgisse a oportunidade ou a necessidade, inclusive para matar alguém, com o intento de saírem impunes com esse delito que praticavam.

Nessa senda, as constatações técnico-periciais de que nenhuma das armas encontradas no veículo disparou, tampouco aquelas que o Recorrente fora visto portando, não detêm condão de infirmar as conclusões acima. O fato de não haver disparado é incapaz de isentá-lo das ações que seus colegas praticaram, pois admitira o risco de que eles, enquanto grupo, empregassem o armamento que portavam.

Como dito, isso era um desdobramento causal previsível ao Recorrente. Uma vez que o agente concordou com uma conduta inicialmente menos gravosa, acerca da qual lhe era possível antever os riscos maiores provenientes, torna-se irrelevante que ele não tenha atirado, pois era presumível que qualquer um deles, enquanto grupo, pudesse vir a usar o armamento, inclusive para tentar matar alguém para esconder esse crime.

Tal interpretação encontra pleno respaldo na jurisprudência dos Tribunais pátrios:

> [...]. 2. **Demonstrados nos autos que era plenamente previsível a ocorrência do crime mais grave** (latrocínio em vez de roubo), **pois o réu anuiu com a possibilidade do resultado morte (dolo eventual de matar – *animus necandi*), ao se associar com o adolescente para a prática do crime de roubo, sabendo que ele portava uma arma de fogo**, e ajudá-lo a empreender fuga do local do crime, logo após o menor disparar um tiro contra a vítima a fim de lhe subtrair o aparelho celular, deve ser mantida a condenação do réu pela prática de latrocínio tentado, **razões pelas quais são inviáveis o reconhecimento da participação dolosamente distinta**, prevista no § 2º, do artigo 29, do Código Penal, bem como o pretendido pleito absolutório. 3. **Por restar caracterizada a divisão de tarefa, típica da coautoria, no crime de latrocínio respondem pelo resultado morte (ou tentativa) todos os que**, **mesmo não tendo de mão própria realizado o disparo**, **planejaram**, **consentiram** e **auxiliaram na fuga do local do crime, assumindo o resultado mais grave durante a ação criminosa**. Assim, comprovada a prática do latrocínio tentado, ainda que a vítima não tenha sido lesionada, por circunstâncias alheias às vontades dos agentes, não prospera o pleito de desclassificação do crime de latrocínio tentado para o crime de roubo circunstanciado. [...]. (TJDFT. Acórdão 1194341, 20171610079168APR. Rel. Des. Demetrius Gomes Cavalcanti. 3ª Turma Criminal. Julgado em 15.8.2019. Publicado no DJe de 19.8.2019; grifo nosso);

> [...]. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. Não se pode cogitar de participação dolosamente distinta

> para o réu J.C.G., pois **o indivíduo que, mediante prévio acerto de vontades, opta por participar de delito, na companhia de agente que porta um artefato bélico, ao menos adere e assente com a ocorrência de resultado mais gravoso**, **previsível no desdobramento causal da conduta delitiva**. Além disso, o réu J.C.G., que conduzia o veículo, deu lastro moral e apoio a toda a ação delitiva, facilitando a investida sobre o patrimônio e o corpo de L.C.Z., já que L.K.S.P. gozava de plena liberdade dentro do veículo, enquanto subjugava a vítima. Evidente que J.C.G. detinha ciência do modus operandi do comparsa L.K.S.P. e anuiu com a conduta daquele. [...]. (TJRS. Apelação Criminal 70083398966. 8ª Câmara Criminal. Rel. Des. Isabel de Borba Lucas. Julgado em 11.3.2020; grifo nosso);
>
> [...]. - Se houve divisão de tarefas entre o apelante e demais acusados, e a conduta de cada um foi de fundamental importância para o sucesso da empreitada criminosa, revelada está a hipótese verdadeira de coautoria, e não de participação de menor importância. - **Inexistindo dúvidas de que o apelante**, agindo em unidade de desígnios com os demais agentes, **aderiu ao plano de subtração patrimonial**, **mediante grave ameaça consistente no emprego de simulacro arma de fogo**, **não há que se falar em desvio subjetivo da conduta**, não havendo que se falar em desclassificação para delito menos grave. [...]. (TJMG. Apelação Criminal 1.0024.18.082831-1/001. Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo. 7ª Câmara Criminal. Julgado em 17.7.2019. Publicado em 26.7.2019; grifo nosso);
>
> [...]. **Comprovado que todos os envolvidos sabiam da existência de um vigilante no local e que teriam que se valerem de força para aplacar sua resistência**, utilizando-se, para tanto dos adolescentes indicados na denúncia, **tem-se que todos os acusados, sem sombras de dúvidas, aceitaram e assumiram o risco de violência e suas consequências, devendo portanto responderem pelo latrocínio**. [...]. A conduta do agente, dando cobertura durante o roubo, em autêntica divisão de tarefas, concretiza coautoria no crime, e não simples participação de menor importância, forte, para tanto, na teoria do domínio do fato [...]. (TJSC. Apelação Criminal 0009307-79.2017.8.24.0020. Rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli. 4ª Câmara Criminal. Julgado em 5.3.2020; grifo nosso).

Além disso, cabe acrescer que, da mesma forma que não se pôde estabelecer se o Acusado optou conscientemente em não disparar contra a tropa, igualmente se desconhece se isso não decorreu de uma circunstância impeditiva externa, como, por exemplo, ter sido alvejado antes que pudesse se posicionar na "plataforma" que era o porta-malas.

Frise-se que não se está a valorar negativamente o silêncio do Interrogado, porém a falta de um mínimo de explicação também impossibilita

que se presumam cenários favoráveis à absolvição, até mesmo porque esses não possuem lastro probatório.

Dessa forma, em face do todo acima delineado, é forçosa a manutenção da condenação imposta ao Recorrente por cinco tentativas de *homicídio qualificado* (art. 205, § 2º, inciso V, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM), executadas em conjunto com os demais cúmplices, contra militares do 1º Batalhão de Infantaria Motorizada, na madrugada do dia 18.11.2017, com o fim de evitar que fossem presos pelo ilícito que praticavam ao portar e transportar o armamento ilegal.

Entretanto, não merece a pena ser mantida no patamar em que fora fixada, uma vez que não se mostra razoável o *quantum* de 20 anos pelo que efetivamente praticou o Condenado, razão pela qual passo a uma nova dosimetria.

Na primeira fase, compreendeu o Conselho sentenciante que o Réu seria, "obviamente, [...] integrante de organização criminosa". Quanto a isso, ainda que se deva valorar negativamente a gravidade do crime praticado, não se retira dos autos embasamento para uma leitura desfavorável a respeito da personalidade do Acusado, visto que nada se apurou sobre sua pessoa, além de ele não possuir antecedentes.

No que toca à determinação da sua identidade dentro do bando, é válido apontar que a investigação policial não envidou esforços em busca de outros meios de provas para apurar as razões que levaram o Apelante a estar naquele carro, nem se buscou descobrir quem eram os integrantes que conseguiram escapar.

Forte nessa defasagem injustificada da apuração, é necessário que se valore positivamente, ou ao menos não de forma depreciativa, a personalidade do Réu, pois não há como estabelecer, com certeza, que era integrante de uma facção criminosa, ou que função poderia deter na ação que empreendiam.

Ademais, não se constatou uma atitude insensível ou indiferente dele em face do delito que praticaram. Ao contrário, logo após o término do tiroteio, ainda que não tenha confessado sua participação, merece ser sobrepesado o clamor de ajuda do Acusado aos militares, instante no qual existia a possibilidade de emprego das armas que portava, mas que, pelo que se retira dos autos, optou por se entregar, arrepender-se e não resistir.

Não obstante, como antes dito, merece ser valorada negativamente a gravidade do crime em alguns pontos. No que concerne à intensidade do dolo e ao perigo de dano criado, esses se mostram relevantes a partir do instante que o grupo criminoso disparou contra as Forças de Segurança sem justificativa, nem consideração com o que pudesse ocorrer.

Quanto aos meios empregados e ao modo de executar as ações, esses se mostram intrinsecamente ligados ao emprego do forte armamento e à resistência posta contra os militares, circunstâncias as quais fogem à conduta criminosa comum.

Já pelas questões atinentes ao tempo e ao lugar, nada sobressai de mais relevante, até porque o momento escolhido para a prática do crime não se demonstrou pensado ou apropriado para a obtenção do sucesso, pois se tratava de blitz do Exército bem posta, preparada e capaz.

No que se refere aos motivos determinantes, embora as tentativas de homicídio tenham se dado para que os meliantes não fossem pegos no porte e no transporte ilícito de armas, é crível que essa questão se confunde com a qualificadora do inciso V do § 2º do art. 205. Logo, a majoração da pena-base por essa circunstância configuraria indevido *bis in idem*, o que motiva seu afastamento.

Por consequência, é compreensível que a primeira fase, das oito circunstâncias listáveis, duas sejam positivas ao Réu, pela falta de antecedentes e pela sua rendição logo após o crime, porém quatro recaem negativamente e as demais são neutras. Dessa forma, observado o mínimo de 12 anos para o delito em questão e o respectivo ponto médio de 21 anos, incrementa-se a pena-base para 14 anos e 3 meses, aumentada em 2/8 (dois oitavos) da diferença de 9 anos que há entre os dois limites.

À segunda fase, a Sentença consignou compensação entre a atenuante da menoridade ao tempo do fato (art. 72, inciso I, do CPM) e a agravante do motivo torpe (art. 70, inciso II, alínea "a", do CPM). Em relação à agravante, expôs que ela deveria ser "reconhecida pelo fato de estarem transportando verdadeiro arsenal para armar e municiar as facções criminosas atuantes na área". Entretanto, esse arrazoado demonstra verdadeiro *bis in idem*.

Como destacou o ilustre *custos legis* oficiante, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, Subprocurador-Geral de Justiça Militar, a fundamentação de que o transporte de tais armas configura motivação torpe nitidamente se confunde com a razão da qualificadora do delito, que remete à tentativa em praticarem os homicídios para se ocultar o porte e o transporte do armamento ilícito.

Assim delineou o membro de 2ª instância do *Parquet*:

> Como se vê, **o fato de estarem os criminosos**, dentre os quais o ora apelante, **portando grande quantidade de armamento e munição**, inclusive de calibres restritos às forças de segurança, **com a finalidade de armamento/municiamento de facções criminosas**, **foi usado para caracterizar o motivo torpe**, utilizado – como agravante – na 2ª fase da dosimetria de pena. **Mas**, ao nosso sentir**, tal situação**, **antes de configurar-se como motivo agravante**, **já havia sido utilizado para a própria classificação do delito qualificado** (inciso V do § 2º do art. 205

> do CPM: tentativa de homicídio cometido para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime), **ficando evidenciado o *bis in idem*, em situação desfavorável ao condenado**. (Grifo nosso).

Nessa senda, é necessário que se afaste a citada agravante, a qual não se pode resgatar com outros argumentos, uma vez que somente a Defesa recorreu. Isso impossibilita que se reconheçam novas agravantes ou mesmo novos fundamentos para manter aumentos incorretamente embasados, sob pena de desrespeito ao princípio do *non reformatio in pejus*.

Não suficiente, ainda que se mantivesse a agravante, é forçoso reconhecer que não cabe ao Acusado responder na mesma proporção da conduta daqueles que tenham disparado. Confirmado pela prova pericial que não fez disparos naquela ocorrência, é compreensível que sua participação foi de somenos importância nos desdobramentos daquela noite, bem como não se demonstrou o quanto possa ter influído para o sucesso da empreitada. Assim, incidente a atenuante genérica do art. 57, § 3º, do CPM.

Dito isso, nessa segunda fase, resta somente aplicar as duas redutoras, as quais, na falta de motivos que justifiquem seu emprego em outro nível, merecem ser consideradas na fração máxima de 1/3 (um terço), conforme baliza o art. 73 do CPM.

Portanto, reduz-se a pena-base de 14 anos e 3 meses para os 12 anos, mínimo previsto no § 2º do art. 205 do CPM, uma vez que nessa fase ainda é obrigatória a observância dos limites cominados no tipo penal.

Passado à terceira fase, dado que se cuida de um delito na sua forma tentada, é essencial a incidência da respectiva causa de diminuição. Em 1ª instância, aplicou-se ela no mínimo de 1/3 (um terço), consideradas "a quantidade de ofendidos e a extrema possibilidade de o crime aproximar-se da consumação". Respeitada essa posição, ela não se mostra totalmente adequada às provas constantes nos autos.

Conforme se retira do produzido na investigação, nenhum militar foi alvejado ou de outra forma ferido. Além disso, somente se determinou com certeza que cinco disparos foram realizados de dentro do veículo para fora, pelos criminosos contra as Forças de Segurança. Sobre esses, os laudos periciais não determinaram onde atingiram, de forma que também não se sabe o quanto se aproximaram de acertar as Vítimas.

Ainda assim, não se pode afastar a letalidade do armamento usado pela quadrilha, que detinha, além de outras armas menores, vários fuzis de calibres 5,56mm e 7,62mm. Ou seja, não se tratava de armas de fogo comuns, como pistolas e revólveres de baixo calibre, mas sim de armamento capaz de ocasionar danos sérios.

Logo, é necessário que se aplique a causa de diminuição em um patamar maior, pois não vislumbrado que o Acusado, em conluio com seus colegas, tenha se aproximado de concretizar quaisquer das tentativas de homicídio. Porém, não se descarta que tais disparos possuíam letalidade superior à encontrada em quadros fáticos mais comuns, razão pela qual se aplica a minorante em ½ (metade), o que rebaixa a pena para 6 anos.

Por fim, ao se tratar de múltiplas tentativas de homicídio, incorreu o Recorrente em causa de aumento de pena referente ao concurso formal das condutas, pois, embora vários os disparos, o contexto fático demonstrou se tratar de uma só ação. Nesse ponto, o Conselho Julgador seguiu mesma compreensão ao argumentar que "o evento, apesar de ter sido revestido de vários atos, constituiu, considerando as peculiaridades do caso, uma única conduta", e aplicou a majorante em ½ (metade), conforme art. 70, *caput*, do Código Penal comum.

Posto isso, correto o Órgão Judicante *a quo*, uma vez que, como dito, confirmaram-se somente cinco disparos de dentro para fora do carro e, portanto, ao máximo, cinco possíveis tentativas de homicídio. Dessa forma, em que pese não se possa assegurar quanto cada disparo se aproximou de alvejar um militar, é igualmente impossível afirmar que não fossem letais, dado que, acerca da intenção dos atiradores, determinou-se que eles quiseram resistir, até mesmo matar os combatentes.

Assim, com o aumento de ½ (metade) sobre os 6 anos, alcança-se a pena final de 9 anos de reclusão, que deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, consoante dita o art. 33, § 2º, alínea "a", do CP. O *sursis* se nega pelo não cumprimento dos requisitos legais.

Quanto à manutenção da prisão preventiva, o Réu se encontra acautelado desde a data do fato, dia 18.11.2017, quando fora preso em flagrante, a qual foi convertida em preventiva no dia seguinte. A Decisão que decretou a prisão provisória fundamentou que a liberdade do Indiciado trazia risco à ordem pública (art. 255, alínea "a", do CPPM), bem como à instrução penal (alínea "b"), além de que o indivíduo seria perigoso (alínea "c") e que seu acautelamento visava assegurar a aplicação da lei penal militar (alínea "d").

Não obstante, deve ser considerado que se trata de civil que praticou crime militar, fato que o fará cumprir a pena em estabelecimento comum (art. 62, *caput*, do CPM), sob as regras de progressão do CP e da Lei de Execuções Penais (LEP), entre elas a de progressão de regime quando cumprido um 1/6 (um sexto) da pena, conforme redação do art. 112 da LEP, que vigia ao tempo do fato.

Assim, observado que se encontra aprisionado há 2 anos e 6 meses; que o Acórdão está a adequar o patamar de sua pena para 9 anos de reclusão; e que detém direito à detração do *quantum* cumprido em prisão provisória (art. 42 do CP), é visível que, se o Réu estivesse a cumprir a condenação, haveria,

muito possivelmente, progredido de regime e, portanto, não estaria em situação análoga ao regime fechado.

Além disso, não se constata que continuem a subsistir os fundamentos da prisão preventiva (art. 254 do CPPM) alegados pelo Juízo *a quo,* pois não se percebe, concretamente, que haja um risco à ordem pública; ou que possa ele interferir na instrução criminal, visto que já finalizada; ou que possua periculosidade acentuada, pois não detém antecedentes; ou que não se conseguirá aplicar a lei penal militar em caso de sua soltura.

Por esses motivos, na forma autorizada pelo art. 257, parágrafo único, do CPPM, **revogo a prisão preventiva por não vislumbrar a manutenção das condições que a justificavam. Assim, vale este Acórdão, desde logo, como mandado de soltura, caso o Recorrente não esteja preso por outro motivo.**

Pelo todo exposto, **voto por conhecer e dar parcial provimento ao Apelo defensivo, para, ao reformar a Sentença recorrida, condenar o civil Caio de Souza Soares à pena de 9 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso, por cinco vezes, pela prática do crime de *homicídio qualificado* na forma tentada, conforme art. 205, § 2º, inciso V, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM, em concurso formal (art. 70, *caput*, do CP).**

Voto também pela revogação da prisão preventiva por compreender não subsistirem motivos para sua manutenção, consoante autoriza o art. 257, parágrafo único, do CPPM, com o consequente direito do Apelante de continuar a recorrer em liberdade, conforme preconiza art. 527 do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão de 16 de dezembro de 2019, após o retorno de vista do Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer a Apelação interposta; e, **por maioria**, em dar provimento parcial, para, ao reformar a Sentença recorrida, condenar o civil Caio de Souza Soares à pena de 9 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso, por cinco vezes, pela prática do crime de homicídio qualificado na forma tentada, conforme art. 205, § 2º, V, c/c o art. 30, II, ambos do CPM, em concurso formal (art. 70, *caput*, do CP); e, em seguida, em revogar a prisão preventiva por não subsistirem motivos para sua manutenção, consoante autoriza o art. 257, parágrafo único, do CPPM, com o consequente direito do Apelante de continuar a recorrer em liberdade, conforme art. 527 do CPPM.

Brasília, 21 de maio de 2020 – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 7000982-72.2018.7.00.0000

Votei vencida, por divergir da maioria, para dar provimento ao recurso defensivo e absolver o civil CAIO DE SOUZA SOARES com fulcro no art. 439, alínea "c" do CPPM, pelos fundamentos que passo a expor. O cerne do inconformismo recursal é a desclassificação da conduta do apelante para o crime de resistência mediante ameaça ou violência. Com tal intuito, sustenta a Defesa, basicamente, não restar comprovado o *animus necandi* na conduta praticada pelo agente. Assiste-lhe razão.

Da leitura da Denúncia ofertada pelo MPM extrai-se o seguinte relato, *in litteris*:

> (...) o denunciado e outros 06 (seis) indivíduos, todos a bordo do veículo marca Honda HR-V, placa LSA-2149, de São Paulo, desobedeceram por duas vezes a ordem legal de parar o veículo, respectivamente, no primeiro e no segundo pontos, culminando por resistir ao cumprimento da respectiva ordem legal, jogando o veículo contra os militares que se encontravam na parte central da rua. Diante desta injusta agressão, os militares realizaram disparos de armas de fogo contra os pneus do veículo, na tentativa de fazê-lo parar, ocasião em que o motorista perdeu o controle da direção e colidiu com um poste. Logo após a colisão, o acusado e alguns comparsas desembarcaram rapidamente do veículo e, ato contínuo, em comunhão de ações e desígnios e com *animus necandi*, bem como por motivo torpe, consubstanciado no menosprezo pela autoridade do Estado e de seus agentes em promover a segurança e o bem-estar da sociedade e com a finalidade de assegurar a execução e a impunidade do crime de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito que praticavam naquele local, os criminosos passaram a efetuar vários disparos de arma de fogo contra os militares que, sem terem outra opção diante da injusta agressão que sofriam e do altíssimo risco de morte a que estavam expostos, fizeram uso de suas armas letais, trocando tiros com seus agressores. Após a intensa troca de tiros, 02 (dois) comparsas do réu, posteriormente identificados como Charles Lucas Lima Ferreira e Edinilson Alves da Silva de Sales, morreram no local atingidos por disparos efetuados pela tropa, enquanto que os demais conseguiram fugir levando consigo várias armas empregadas no confronto. Porém, o acusado foi capturado, uma vez que foi alvejado e com ele foram apreendidos: 05 (cinco) fuzis; 06 (seis) granadas de fabricação caseira; 02 (duas) pistolas; 32 (trinta e dois) carregadores de fuzil; 05 (cinco) carregadores de pistola; 89 (oitenta e nove) munições de 9mm; 250 (duzentos e cinquenta) munições de 7,62mm; 260 (duzentos e sessenta) munições de 7,62mm; 799 (setecentos e noventa e nove munições de 5,56mm; 03 (três) rádio-transmissor; 02 (duas) notas de 10 reais em espécie; 01 (um) caderno com anotações de vendas; 01 (um) carregador de bateria portátil; 04 (quatro)

> celulares; 01 (uma) mira a laser; 01 (um) colete tático; 01 (um) óculos; 01 (uma) chave de carro Honda; 01 (uma) bermuda; 02 (dois) trituradores de maconha e 02 (dois) chapéus.

Afirmou, portanto, o MPM que, após desobedecerem a ordem dos militares para pararem o carro, os ocupantes do veículo jogaram o automóvel contra os militares que se encontravam na parte central da rua e, em face de tal conduta, eles realizaram disparos contra os pneus, na tentativa de fazê-lo parar.

Vários foram os ofendidos escutados, inexistindo conformidade entre a totalidade dos seus relatos, porém a maioria seguiu a mesma linha narrativa de forma a possibilitar extrair-se deles como os fatos ocorreram.

Com relação à abordagem inicial de os militares, no sentido de terem ordenado aos civis que parassem o carro e observassem os procedimentos de praxe e a ordem haver sido por eles descumprida, não há que se questionar.

Por igual, no que tange à intenção dos civis agredirem os militares arremessando o automóvel contra os que se encontravam na rua, outrossim inconteste, uma vez que o simples fato de furar o bloqueio e seguir adiante em via, onde o entrave estava montado no centro, demonstra a possibilidade de atropelamento de qualquer pessoa que nela se encontrasse, restando evidenciado o dolo dos civis, ainda que eventual, no tocante à prática de violência. Afinal, após desobedecerem, resistiram.

Nesse sentido, o ofendido Sd Ev Alexandre dos Santos Fernandes, que estava na primeira abordagem, aclarou que o veículo ameaçou parar, mas não o fez. Seguiu brecando. Daí porque ele saiu da sua frente. Naquele momento não houve disparos de arma de fogo pelos civis com o fito de furar o bloqueio.

Do mesmo modo, o ofendido Sd Eduardo da Silveira Júnior, presente na primeira tropa, aduziu que o automóvel avançou sobre o Sd Ev Alexandre dos Santos Fernandes e seguiu em direção do Batalhão de Infantaria. Semelhantemente, o ofendido Sd Ep Everton Oliveira de Jesus pontuou ter o carro desobedecido a ordem de parar, sendo arremessado contra o Sd Ev Alexandre dos Santos Fernandes e seguido acelerado e furando o bloqueio.

As contradições exsurgem nos relatos referentes aos disparos efetuados pelos militares e civis cuja clareza não restou evidenciada, porquanto alguns ofendidos apresentaram narrativas divergentes da maioria acerca do momento no qual foram realizados os primeiros disparos e de quem partiram inicialmente. No total de 5 (cinco) testemunhas e 18 (dezoito) ofendidos ouvidos, mostraram-se congruentes os seguintes relatos:

O ofendido 3º Sgt Yuri Silva Souza de Vasconcellos asseverou que fazia parte da patrulha composta por 10 (dez) militares e que, ao ser ordenado ao veículo para encostar, ele não parou e saiu “cantando pneu”; ato contínuo, um soldado fez os procedimentos de segurança. Nisso, o Sd Jesus gritou alertando

que o carro furava o bloqueio. Disse acreditar que, no momento em que o automóvel passou embaixo do passadiço, seus integrantes podem ter se assustado com o numeroso efetivo do pessoal da infantaria e, por isso, acelerou.

Aludiu ter pedido para puxarem o "jacaré", mas o carro passou muito rápido, quase os atropelando. Por este motivo, considerando que houve um atentado à segurança dos militares, houve um disparo em direção aos civis que revidaram, tendo os tiros acertado o veículo, um deles na roda, razão pela qual perderam o controle e bateram em um poste, parando.

O Sd Ep Ewerton Oliveira de Jesus disse que o automóvel não atendeu à ordem de parar, tendo o motorista jogado o carro em cima do Sd Alexandre e seguido acelerando até ultrapassar o bloqueio. Que os militares efetuaram disparos para pará-lo, quando, então, o pneu furou e o veículo subiu no quebra-molas, acertando um poste. Aduziu não ter visto nenhum civil atirando. Por seu turno, o Sd Caio Felipe de Carvalho Barboza sustentou ter visto o 3º Sgt Yuri, o Sd Ev Carneiro e o Sd Lorran efetuarem disparos contra os civis.

Já o Sd Ep Jonathan Pires declarou que, quando os civis pararam o carro, saíram correndo, atirando contra a tropa. Que o primeiro disparo foi feito pelos militares, tendo o pneu como alvo. Que os demais foram efetuados em direção à tropa diversa da sua, composta por aproximadamente 6 (seis) militares.

A testemunha 3º Sgt Natan da Fonseca aludiu que se encontrava na segunda abordagem, atirou contra o pneu do carro quando este foi jogado em cima da tropa. Que os civis perderam o controle da direção e, logo após, alguns dos ocupantes evadiram-se do local atirando na patrulha que lá estava. Não soube informar, contudo, se eles efetuaram disparos antes da colisão no poste, mas nitidamente o fizeram após o acidente. Que os tiros disparados pelos civis foram contra aproximadamente quatro militares e pôde visualizar um deles atirando durante a fuga.

Ora, dos depoimentos retrocitados é possível observar que os militares foram os primeiros a efetuarem disparos contra o veículo ocupado pelo recorrente e que, somente após vários tiros desferidos, quando já parado o automóvel em virtude da colisão, seus ocupantes atiraram contra a tropa, visando efetuar fuga.

Esclarecedora a oitiva do Sd Ev Luiz Felipe Carneiro, que aclarou estar na última abordagem quando ouviu alguém gritar: "furaram o bloqueio". Que o colega iria "puxar o jacaré", mas, se fizesse, seria jogado para o alto, então, o Sargento ordenou executar o golpe e atirar no veículo. Que eles dispararam em direção aos ocupantes do automóvel, e que não viu os civis revidarem, viu apenas as marcas na parede quando a perícia chegou.

Aludiu que, após os tiros desferidos pelos militares, o carro capotou e fugiram 5 (cinco) pessoas, uma delas armada, quem atirou. Disse, ainda, que eles só efetuaram disparos depois, tendo o próprio depoente dado uns quinze tiros.

Merece atenção a narrativa da testemunha numerária Sd Ev Carlos Eduardo Oliveira, que asseverou estar de serviço na guarda de sentinela, no segundo piso, no dia dos fatos, quando viu o Sd Carvalho tentar "colocar o jacaré" e não conseguir porque o carro foi jogado para cima dele. Que o veículo seguiu em frente e o Sargento comandou o golpe no fuzil, dando o tiro, oportunidade em que o depoente acionou o PDA do Quartel para todos e efetuou dois tiros lá de cima, na frente do carro.

Afirmou que do alto conseguia visualizar todo o ocorrido e que somente viu os civis atirando depois do carro ter rodado e virado de frente, quando alguém saiu de dentro, portando um fuzil e atirando em direção à guarda. Que só um atirou e foram apenas dois disparos, referentes a dois projéteis, contra o arsenal de guerra postado no último bloqueio.

Outrossim, o Sd Ep Breno Vieira da Silva assentou que o primeiro disparo foi feito pelos militares e os ocupantes do veículo só revidaram depois da parada. Ainda no tocante aos disparos, o ofendido Sd Ev Alexandre dos Santos Fernandes narrou que o automóvel passou pela guarnição do BI e não se deteve, pelo que os militares começaram a atirar.

Diante de todos esses relatos, estou segura que os primeiros disparos partiram dos militares e, diferentemente do que entendeu o Juiz *a quo*, as provas dos autos não são irrefutáveis nem aptas a demonstrar ter restado evidente que os militares agiram em legítima defesa porque dispararam primeiro contra os pneus do carro e só depois revidaram em munição contra os civis devido ao início de injusta ação após estes terem iniciado agressão (Evento 1, Volume 7, do processo originário).

Inolvidável existirem no processo narrativas destoantes, algumas no sentido de os tiros iniciais terem partido dos civis e outras no inverso. E, diante de relatos incongruentes, é possível observar que as versões não são uníssonas.

Do aduzido pelo Sd Robson da Conceição Damas, que, logo após a abordagem, iniciaram-se os disparos contra ele, o Cb Matheus Euphemio e o Sd Ep Bartolomeu, verifico uma total dissonância com a oitiva dos dois citados que se encontravam no primeiro bloqueio.

Noutro norte, o Sd Ep Bartholomeu pontuou ter o veículo ultrapassado o bloqueio e acelerado em cima da calçada e do último bloqueio. Sequencialmente, os civis ouviram o tiro no pneu e revidaram contra os militares, razão pela qual estes últimos abriram fogo. Que o tiro disparado

pelos civis foi um avulso contra a última tropa em resposta ao disparo efetuado no pneu.

Outro ofendido, o Sd Ep Renan Tomé de Souza, afirmou que os ocupantes do automóvel primeiro aceleraram, jogando-o contra a equipe do AGR, e após contra a sua tropa, sendo então realizado um disparo no pneu, oportunidade na qual os civis atiraram para poder fugir.

O Sd Ev Alexandre dos Santos Fernandes, sobre o momento em que os tiros foram disparados, pontuou inicialmente ter sido dada ordem para colocar munição na câmara dos armamentos e o veículo seguir brecando, passando pela guarnição do BI sem parar, por isso a guarnição começou a atirar. Que não viu os civis atirando, somente posteriormente lhe disseram. Que eles arremessaram o automóvel em cima dele e não o viu em cima de mais nenhum outro militar. Que o carro não disparou para furar o bloqueio.

Assim sendo, não procede a alegativa do MPM de que o acusado resolveu "atirar em um grupo de militares porque foi abordado para revista".

Após análise apurada dos depoimentos dos 18 (dezoito) ofendidos e das 5 (cinco) testemunhas, é possível concluir que os disparos advindos dos ocupantes do veículo foram efetuados porque intencionavam fugir, logo após terem resistido à ordem de parar dos militares.

Nesse conspecto, o ofendido Cb Thayrone aduziu que os "elementos" saíram do carro desesperados e correndo. O Sd Ep Renan Tomé de Souza, inclusive, afirmou que eles dispararam a esmo, com o intuito de fugir.

Substancial o depoimento do Sd Ep Bartholomeu de Souza, que estava no bloqueio do meio, ao aclarar terem os civis desferido um tiro avulso contra a tropa em resposta ao disparo dado no pneu, sendo que o disparo efetuado pelo último civil que abandonou o carro foi dado sem direção, com o intuito de fugir e na expectativa de retrair os militares que estavam espalhados.

Do mesmo modo, o Sd Ev Lorran da Silva Dias alegou encontrar-se na última abordagem, especificamente na rua, quando escutou o pessoal da primeira falando que haviam furado o bloqueio e tentado atropelar um soldado que estava na via. Declarou que o automóvel passou e ele começou a ouvir os disparos dos colegas, quando o carro estava na sua frente, que não deu para ouvir os civis disparando, mas encontraram marcas de tiros advindos dos civis na parede. Que os disparos que ouviu não sabe precisar se foram provenientes do interior do carro, porque o veículo estava com os vidros fechados. Seguro estava de tê-los ouvido depois que o carro capotou, quando os militares haviam parado de atirar, que ele próprio efetuou 4 (quatro) disparos.

Outra conclusão não se pode chegar, portanto, senão a de que os ocupantes do veículo não agiram com *animus necandi*, eles resistiram, pois tinham a pretensão de empreender fuga com os armamentos e munições que levavam.

Aliás, quanto às armas, munições e outros objetos apreendidos no automóvel, algumas considerações devem ser feitas.

Inicialmente, o Laudo Pericial nº 48/2017, relativo ao local da morte, realizado por 3 (três) peritos do 1º Batalhão de Polícia do Exército Brasileiro, Pelotão de Investigações Criminais, em seu item 2.1 - Identificação e descrição do local, traz a informação de que, *litteris*:

> **o local encontrava-se inidôneo**, devido a uma grande (sic) de armas, munições, granadas, dentre outros materiais, que foram retirados do local e levados para o interior do Arsenal de Guerra pelos militares que atuavam na localidade naquele momento. (Grifei).

Importa, assim, considerar que o Laudo do local de morte foi realizado sem deter consideração sobre as posições nas quais se encontravam as armas apreendidas, mas apenas os estojos de munições deflagradas pelos ocupantes do veículo. E sobre tais estojos, mais objeções devem ser colocadas.

Na conclusão do Laudo restou certificado ter sido encontrado um total de 15 (quinze) tiros no veículo, sendo 10 (dez) de fora para dentro, e 5 (cinco) de dentro para fora.

Sobre os registros constantes do retrocitado documento – o Laudo nº 48, do Local da Morte –, cumpre ressaltar que constam duas imagens, uma referente a 4 (quatro) estojos de munições, circulados na fotografia e encontrados abaixo do carpete na posição do motorista (foto nº 55), e outra relativa aos cartuchos deflagrados entre o banco do motorista e o banco traseiro do automóvel (foto nº 56). Tais imagens encontram-se na fl. 22 do referido Laudo.

Ocorre que a fl. 21 informa terem sido achados 7 (sete) estojos de munição abaixo do tapete da posição do motorista, a despeito, repita-se, de a fotografia correspondente mostrar apenas 4 (quatro), a demonstrar uma enorme discrepância entre as evidências e a descrição registrada no documento oficial.

A despeito de tal incompatibilidade, importa notar que, acorde dito, não foram encontrados cartuchos deflagrados na mala do carro, apenas embaixo do carpete, na posição do motorista e entre o banco deste e o banco traseiro do automóvel (Evento 27, Laudo Pericial, fl. 25 do Proc. originário).

Indo além, o Laudo Pericial nº 48, na alínea "j", do item 2.4, fotografia 169, relativo aos trajetos e trajetórias no automóvel, registrou que o único orifício da parte traseira do automóvel resultou de um disparo de dentro para fora do veículo. Transcrevo:

> (...) um trajeto perpendicular, de dentro para fora do veículo**, da frente para retaguarda**, resultando em um orifício de saída com bordos evertidos, localizado na porção posterior direita, em seu terço médio.

> Não foi encontrado o objeto, tal como outro impacto produzido pelo mesmo. (Grifei).

Ora, há possibilidades de o disparo ter sido desferido por alguém que não se encontrava no porta-malas, mas, sim, na parte traseira ou dianteira do veículo.

Aliás, é o que se extrai do mesmo laudo, quando trata do vestígio nº 32, onde se lê que foi encontrado 1 (um) estojo de munição calibre 223 Remington da empresa CBC no assoalho do veículo, em sua parte de trás.

Já no exame pericial complementar ao Laudo Nº 48, em resposta ao 2º quesito, que buscava esclarecer se alguns dos projéteis encontrados no local do confronto partiram de algumas das armas apreendidas com os criminosos, respondeu-se que:

> Prejudicado. Os armamentos, os estojos recolhidos no interior do veículo juntamente com os fragmentos dos projéteis do local da ocorrência, deverão ser encaminhados pelo encarregado de Diligências complementares para o INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA CARLOS ÉBOLI (ICCE), com a finalidade de realização do EXAME PERICIAL DE COMPARAÇÃO BALÍSTICA, tendo em vista que o Pelotão de Investigações Criminais, desta Organização Militar de Polícia do Exército, não possui o equipamento que possibilite aos peritos signatários a confecção do referido exame.

Realizado o EXAME PERICIAL DE COMPARAÇÃO BALÍSTICA (Evento 34, volume 2, processo originário), foram evidenciadas as seguintes compatibilidades entre as armas apreendidas, os estojos de munição recolhidos no interior do carro e os fragmentos dos projéteis do local da ocorrência:

> Alínea "e": Resultou positivo o exame microcomparativo entre o estojo EQ1 e os estojos-padrão colhidos da pistola Taurus PT 92 AF, calibre nominal 9mm Luger (9x19mm), número de série TIM26404.
>
> Alínea "f": Resultou positivo o exame microcomparativo entre os estojos EQ4 e EQ12 e os estojos-padrão colhidos do Fuzil COLT, modelo MATCH TARGET LIGHTWEIGHT, calibre nominal 223 Remington (5,56x45 mm), número de série CSL 011904.
>
> Alínea "h": resultou positivo o exame microcomparativo entre PQ2 e projetis-padrão colhidos do Fuzil SPIKE'S TATICAL, modelo ST 15, calibre nominal 223 Remington (5,56x45 mm), número de série SBR85770.

De tais soluções, depreende-se que de todos os 21 (vinte e um) estojos, projéteis e revestimentos enviados para análise apenas 4 (quatro) deles foram compatíveis com as armas utilizadas pelos civis, sendo que mais um projetil e um fragmento de revestimento mostraram-se compatíveis com o cano de uma mesma arma que não foi atribuída a nenhuma das apreendidas, podendo,

por conseguinte, ter sido deferido pelo único civil que fugiu armado e levou-a consigo.

Trata-se exatamente do vestígio RQ1, titulado "CARRO LADO DIREITO" e do vestígio PQ1, cuja alínea "i" do Laudo, considerou ter resultado: "positivo o exame microcomparativo realizado entre RQ1 e PQ1, conforme suficientes coincidências encontradas entre seus microvestígios, porquanto expelidos pelo cano de uma mesma arma."

Ressalte-se que o vestígio RQ2, relativo a um suposto revestimento metálico encontrado no porta-malas, não foi relacionado às armas e projetis apreendidos no veículo, consoante descrito à fl. 13 do Laudo de Confronto de Balística.

Nesse sentido, especificou o Laudo, no item "j", *in litteris*, que "resultaram inconclusivos os exames de microcomparação entre RQ2, RQ1 e PQ1 e projéteis padrão colhidos dos fuzis descritos no presente laudo (...)".

Repise-se, então, o revestimento de munição enviado para exame de confronto de balística como relativo ao porta-malas do carro (o que é de se estranhar porque no Laudo nº 48 não se fez menção a nenhum revestimento encontrado naquele local) não se mostrou positivo para nenhuma das armas apreendidas no veículo.

Tal circunstância descortina-se relevante para o deslinde da *quaestio* porque demonstra não existirem provas no sentido de que o acusado tenha atirado, uma vez que, a despeito do MPM ter narrado em sua Denúncia que "(...) após a colisão, o acusado e alguns comparsas desembarcaram rapidamente do veículo e, ato contínuo, (...) passaram a efetuar vários disparos de arma de fogo contra os militares (...)", todos os ofendidos e testemunhas afirmaram que ele foi encontrado no porta-malas do veículo.

Inevitável lamentar a ausência de exame de resíduo de disparo que poderia ter sido realizado no réu, sabido que referida prova por si só revelar-se-ia apta a solucionar a dúvida acerca de ele ter ou não atirado.

Há de se esclarecer, ademais, que não houve a discriminação da maior parte do material enviado para análise, não se sabendo onde foi efetivamente encontrado, se fora ou dentro do veículo.

Por igual, também é possível extrair-se que, se apenas 5 (cinco) disparos mostraram-se compatíveis com as armas encontradas no automóvel, incluindo o efetuado pelo indivíduo que fugiu, inaceitável qualquer declaração de que o civil que desceu do carro atirando efetuou duas rajadas contra a tropa.

Por outro lado, há de ser considerado o depoimento dos militares que afirmaram ter apenas um deles disparado arma, que foram dois disparos, equivalentes a dois projéteis.

Tal como exposto, a comprovada ausência de *animus necandi*, agrega-se a inexistência de provas nos autos de que o réu tenha atirado contra a tropa de militares. Por decorrência, impossível atribuir-lhe a prática de tentativa de homicídio, ainda se considerado que tinha, na ocasião, à sua disposição, uma arma e um fuzil, consoante narrado pelo MPM em sua Denúncia.

Passo, então, a análise da prática do delito de resistência por parte do ora recorrente.

Preambularmente, quanto à materialidade delitiva, não há o que questionar, restando evidenciado em todos os depoimentos processuais, bem como nas demais provas acostadas aos autos, que o veículo furou o bloqueio e o motorista se opôs à ordem de "parar, acender a luz interna e abrir os vidros". Ao revés, acelerou e foi para cima dos militares que se encontravam a sua frente.

Não obstante, quanto à autoria delitiva de CAIO DE SOUZA SOARES, penso que ela não foi demonstrada. Veja-se:

Não se pode desconsiderar que em audiência de custódia CAIO DE SOUZA SOARES afirmou ter saído de uma festa chamada "festa na fruta", onde estava com sua namorada, quando os civis o sequestraram por achar ser ele de uma facção rival. Ameaçaram-no com assertivas como: "vai morrer! Você é alemão! Vai morrer!".

Na abordagem da tropa, todos os militares afirmaram que ele se encontrava na mala do carro e pedia socorro.

Concernente a estar ou não armado, os testemunhos mostraram-se destoantes, coincidem apenas ter lhe sido ordenado que jogasse as armas, que lá se encontravam, para fora do veículo.

Nesse conspecto, o ofendido 3º Sgt Yuri Silva Souza de Vasconcellos sustentou que o réu permaneceu no carro, na parte de trás onde o banco estava abaixado, ferido, e que lá tinha armas e munição suficiente para suprir um arsenal, bem como artefatos de bomba caseira e que ele tentou fugir.

O ofendido Sd Ep Bartholomeu de Souza aduziu desconhecer se o réu efetuou algum disparo, permanecendo quieto, por estar em estado muito grave.

O ofendido Sd Ep Renan Tomé de Souza, por sua vez, disse que o sujeito ativo estava no porta-malas com uma arma na cintura e outra cruzada no corpo, jogando mais duas para fora do veículo, o ofendido Cb Matheus Euphemio aduziu que o acusado encontrava-se sentado no porta-malas, com uma pistola, sendo que os fuzis foram jogados para fora. Já o ofendido Sd Felipe Machado Costa afirmou que o agente estava com um fuzil no colo pedindo ajuda. O Sd Ep Everton Oliveira de Jesus, também ofendido, disse que o réu estava no porta-malas, mas não sabe se ele estava armado. A testemunha

numerária 2º Ten Phelipe Menezes Maia, no comando do pelotão no dia dos fatos e que acompanhava o GC no segundo posto, aduziu estar o agente armado, tendo lançado a arma para fora do veículo após ser ordenado pelos militares.

A testemunha 3º Sgt Natan da Fonseca pontuou que o acusado estava armado com um fuzil, tendo jogado dois outros e uma pistola para fora do veículo, sem falar nada, só pedindo socorro.

Alfim, o Sd Ev Eduardo da Silveira Júnior, quem relatou com maior detalhamento o corpo de delito, aduziu que, ao chegar próximo ao carro, encontrou o motorista com um fuzil do lado esquerdo do volante e uma pistola, um rádio transmissor e um fuzil preto na parte de trás do carro escrito P U. Sendo que o acusado não estava armado, apenas portava um radiotransmissor. Que na hora ele pediu para ter calma que ele ia falar.

As declarações não se encaixam e deixam dúvidas acerca de o réu realmente portar armas no momento em que foi encontrado ou apenas ter jogado para fora aquelas que se encontravam próximas a ele quando os militares se aproximaram do veículo.

A despeito de terem sido ouvidas 5 (cinco) testemunhas e 18 (dezoito) ofendidos, não há qualquer afirmação de que o réu disse conhecer os integrantes que estavam no veículo, bem assim qualquer outra declaração que levasse ao entendimento de terem agido em comunhão de desígnios. A única prova concreta que vincula o acusado aos demais ocupantes do automóvel é o fato de lá estar no momento da prática delitiva.

Noutro vértice, impende considerar que o recorrente não possui antecedentes criminais, constando declaração de escolaridade expedida pela Secretaria de Estado de Educação do Rio de Janeiro no sentido de que CAIO DE SOUZA SOARES frequentou o 1º ano do Ensino Médio no ano letivo de 2017, sendo desistente da vaga, sem especificar a data (Evento 57, Volume 2, do processo originário).

Há ainda uma declaração de residência do réu, subscrita pelo Presidente da Associação de Moradores "Pró-Melhoramento do Parque União/AMPU", bem como outra subscrita pelo Senhor Marcelo Cavalcanti Bezerra de que o acusado trabalhava em sua oficina denominada "Ponte dos Amigos", como ajudante de mecânica, cumprindo horário das 8h às 17h, de segunda a sábado, com ganho mensal de um salário mínimo.

Apesar de tais documentos não constituírem provas elucidativas, esclareça-se que também não são as demais acostadas aos autos. Nesse conspecto, os próprios peritos, ao elaborarem o Laudo do Local do Crime, afirmaram que o local era inidôneo devido a uma grande quantidade de armas, munições, granadas, dentre outros materiais, terem sido retiradas "(...) do local

e levadas (sic) para o interior do Arsenal de Guerra pelos militares que atuavam na localidade naquele momento.".

Ora, diante da indevida manipulação dos materiais encontrados no local do crime por pessoas diversas dos peritos, impossível não reconhecer a quebra da cadeia de custódia.

Mesmo que se reconheça a probabilidade de estar o réu diretamente ligado aos civis que desceram do carro atirando e aos que foram mortos no confronto, não se pode rejeitar ter sido ele sequestrado por gangues que entenderam fazer ele parte de uma facção rival. Sem embargo de ser ínfima a hipótese da inocência, vetada a condenação diante do princípio do *in dubio pro reo*.

Aliás, não se pode fundar a condenação por tentativa de homicídio ou a prática de resistência por parte do recorrente, tão somente em razão da enorme quantidade de armas e munições encontradas no veículo e de um caderno com anotações referentes ao controle de venda de entorpecentes.

Pontue-se que, exatamente em virtude de tal apreensão, o apelante foi autuado em flagrante (APF 253-065/2017) na Justiça Comum pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, sendo o procedimento arquivado, consoante registros de seus antecedentes que, repise-se, revelam ser ele réu primário.

Por derradeiro, mas não menos importante, chama-se atenção a atuação dos militares no caso em tela, uma vez que evidente o excesso e desproporção nas ações adotadas durante o procedimento.

Da leitura do processo, extrai-se que toda a tropa se encontrava exercendo o bloqueio e o controle em via urbana quando o automóvel arrancou. Declarações uníssonas dos próprios militares atestaram ser impossível verificar quem estava dentro do carro, sendo a quantidade de armas e munições encontradas uma surpresa para os soldados, que, independentemente de quem estava no veículo ou da razão pela qual desobedeceram a ordem de parar, efetuaram inúmeros disparos com armas de fogo, com o intuito de abater seus ocupantes.

Agiram com total desrespeito às regras de engajamento previstas para a atuação da força, as quais se assentam na observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade.

A propósito da atuação das Forças Armadas nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, o Ministério da Defesa editou a Portaria Normativa Nº 186/MD, de 31/1/2014, na qual se dispôs o que segue, *in litteris*:

> 3.2.3.2 Regras de Engajamento (RE) deverão ser expedidas em cada nível e para cada operação e tipo de atuação visualizada. Levarão em consideração a necessidade de que as ações a serem realizadas

> estejam de acordo com as orientações dos escalões superiores e que observem os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade. Deve-se ter em mente, também:
>
> 1. a definição de procedimentos para a tropa, buscando abranger o maior número de situações;
>
> 2. a proteção, aos cidadãos e aos bens patrimoniais incluídos na missão; e (...).

O item 4.2.3.2 orienta no sentido de que: "O uso da força nas Op GLO, em princípio, será progressivo. Deverá ser priorizada a utilização de munição não-letal e/ou de equipamentos especiais de reduzido poder ofensivo.".

In casu, todas as cautelas foram descumpridas. Desde os procedimentos a serem adotados diante das situações previstas, uma vez que, ao se realizar bloqueio, a desobediência à ordem é ocorrência previsível, até o uso de força realizada pela tropa.

Conforme relatado pelos ofendidos e testemunhas, não havia arma não letal com os militares, o que é esperado quando se faz inspeção de automóveis em via pública, ou não se está a tropa em operação repressiva ou em confronto em local ou situação que se sabe de antemão ser arriscada.

Mais, diante da ultrapassagem ocorrida no primeiro bloqueio de três existentes, o posicionamento do "jacaré" no último deles era medida possível de se realizar. A impossibilidade demonstra, no mínimo, despreparo na atuação daqueles militares na situação ora em exame.

Não houve compatibilidade entre meios e fins nas medidas adotadas pelos soldados, mas ações praticadas sem comedimento e moderação.

Penso que o equilíbrio, a proporcionalidade na atuação e a observância das regras de engajamento foram gravemente descumpridos.

Segundo se extrai das oitivas dos próprios militares, os civis não atiraram para furar o bloqueio, mas para garantir sua fuga. Só.

A ação resultou em duas mortes e uma pessoa gravemente ferida, sumariamente justificada pelo pedido de arquivamento do MPM, sob a consideração de terem os militares agido em legítima defesa, mesmo diante de declarações de terem eles atirado antes dos civis.

O órgão acusatório alegou na sua Denúncia que o réu saiu do veículo e efetuou disparos contra a tropa, a despeito de 18 (dezoito) ofendidos e 5 (cinco) testemunhas terem afirmado que ele foi encontrado na mala do carro, com os bancos abaixados para poder proporcionar maior espaço aos ocupantes.

A despeito da enorme quantidade de munição e armamento achados na ação, mister lembrar que tal situação não era conhecida pelos militares, os quais atiraram sem saber se havia criança, família ou qual o motivo da fuga.

Anote-se que os tiros não foram desferidos apenas contra os pneus do automóvel. O testemunho do Sd Ev Carlos Eduardo Oliveira assevera ter efetuado ele disparos lá de cima, na dianteira do carro.

Como resultado, o Laudo de necropsia de um dos civis mortos descreve terem sido identificados:

> Orifícios de entradas e saídas de projéteis de arma de fogo que vão, no esquema, discriminados por setas a saber: seta A1-A-2 entrada na região clavicular direita e saída na região torácica inferior esquerda na altura da linha axilar.

Os tiros foram, pois, disparados pelos militares com o intuito de alvejar as pessoas que estavam no interior do carro. Tanto é que foram dois mortos e um gravemente ferido. Atente-se que as armas utilizadas pelos soldados eram fuzis.

Ora, a conduta dos civis combatida pela ação dos ora ofendidos, a saber, furo ao bloqueio, não guarda paridade com a atuação perpetrada pelos militares, que dispararam vários tiros contra o veículo, até então meramente suspeito e cujo interior era impossível enxergar, e de onde não haviam sido desferidos tiros contra os soldados.

E os disparos foram tantos que o Sd Thadeu de Araújo aduziu ter atirado agachado para não tomar tiro dos militares do 1º BI.

A desproporção é gritante, todavia entendeu o órgão ministerial que se tratou de justa legítima defesa.

Ocorre que tal entendimento baseou-se em versão dos fatos diversa da lastreada em depoimentos e documentos aqui coligidos. Na realidade, o acusado foi vítima do excesso praticado pelos militares e só não teve o mesmo destino dos demais que faleceram, porque não foi atingido em órgão vital.

Nesse conspecto, não exsurge do acervo probatório segurança de que o recorrente efetivamente fazia parte do grupo, e sua versão, aduzida na audiência de custódia, ser inverídica, sobretudo diante de um Laudo do local do crime realizado em corpo de delito inidôneo, diante da ausência de antecedentes criminais do réu e de nenhuma testemunha declarar ser ele traficante ou membro de facção criminosa.

Mais, ainda que o réu integre outra facção do crime, como afirmado em sua audiência de custódia, e tivesse sido sequestrado por adversários delinquentes, sua condição seria a de vítima, razão pela qual não poderia responder pelo delito de resistência.

Concluir de maneira diversa e imputá-lo como traficante por encontrar-se dentro do veículo abordado configura entendimento baseado em conceitos prévios, desprovidos de análise fática e jurídica, tal qual a realizada pela tropa que presumiu serem os ocupantes do veículo marginais, cabendo-lhes, por isso, executá-los.

Não se condena com base em probabilidades, mas, ao revés, absolve-se quando houver a mínima possibilidade da acusação não proceder.

Aqui vislumbro dúvida.

Acrescente-se que o silêncio do recorrente não lhe pode ser desfavorável, nomeadamente quando há a possibilidade concreta de ele pertencer a facção criminosa rival e seu depoimento constituir prova contra si.

Alfim, esclareço que, a despeito da Defesa não ter pleiteado a absolvição do Apelante, o fez quando das Alegações Escritas, de maneira que a questão foi abordada no decorrer processual, não se tratando de matéria nova.

Agregue-se que, sendo o recurso exclusivo da Defesa, não há vedação à absolvição. Trago à baila lição de Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 2020, 1232 p.) donde se extrai, *litteris:*

> Em matéria recursal, vinculada ao efeito devolutivo está a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, que, em linhas gerais, significa que tanto se devolve quanto se apela, ou seja, ao tribunal é devolvido o conhecimento da matéria objeto do recurso. É uma espécie de correlação recursal, mas que sofre muitas mitigações pelas especificidades do processo penal. Vincula-se aos limites do efeito devolutivo, mas que, no processo penal, encontra um campo limitado de incidência, pois deve ser pensado à luz da vedação da *reformatio in pejus* e da possibilidade da *reformatio in mellius*, o que faz com que acabe sendo bastante relativizado. (...) Ou seja, o *tantum devolutum quantum appellatum* é, acima de tudo, uma limitação recursal ao acusador.

In specie, apesar de o causídico não ter postulado a absolvição em sede recursal, somente a desclassificação, entendo que ela se impõe, com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*.

Ex positis, votei vencida para conhecer e dar provimento do Recurso defensivo e absolver o civil CAIO DE SOUZA SOARES.

Superior Tribunal Militar, 21 de maio de 2020.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO
Apelação Nº 7000982-72.2018.7.00.0000

Em sessão de julgamento, realizada no dia 21 de maio de 2020, o Tribunal decidiu, por maioria, dar parcial provimento ao recurso defensivo para condenar o civil CAIO DE SOUZA SOARES à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por incurso, cinco vezes, na prática de homicídio qualificado na forma tentada, conforme art. 205, § 2º, inciso V, c/c art. 30, inciso II, ambos do CPM, e, em seguida, revogar a prisão preventiva por entender não mais subsistirem motivos para sua manutenção.

Coadunei-me com a corrente minoritária que dava provimento ao recurso defensivo para reformar a sentença e absolver o Acusado, com fulcro no art. 439, alínea c, do CPPM.

Com efeito, da leitura da Denúncia ofertada pelo MPM extrai-se que os militares ordenaram que o veículo onde estava o Acusado parasse e, após desobedecer à ordem, o veículo foi direcionado aos militares que realizaram disparos de armas de fogo contra os pneus visando parar o veículo.

Tal fato é confirmado nos autos, nos depoimentos dos ofendidos Sd Ev Alexandre dos Santos Fernandes, o ofendido Sd Eduardo da Silveira Júnior, e do ofendido Sd Ep Everton Oliveira de Jesus.

O Laudo nº 048, constante dos autos, aponta que foram encontrados: 1 (um) estojo deflagrado de munição sobre o carpete do lado dianteiro direito (carona); e 3 (três) cartuchos deflagrados de calibre .7,62 x 39mm coletados do lado esquerdo, atrás do banco do motorista. Não foi encontrado cartucho algum na mala do carro, local onde se encontrava o Apelante.

O Laudo aponta, como única evidência encontrada onde estava o Réu, um orifício produzido por um projétil disparado de dentro para fora do veículo, descrevendo assim, *in verbis*:

> (...) um trajeto perpendicular, de dentro para fora do veículo, da frente para retaguarda, resultando em um orifício de saída com bordos evertidos, localizado na porção posterior direita, em seu terço médio. Não foi encontrado o objeto, tal como outro impacto produzido pelo mesmo.

Entendo que tal evidência não é suficiente para sustentar a condenação, uma vez que não comprova quem foi o autor do disparo. Ademais, não foi encontrado estojo deflagrado na parte em que CAIO estava e nenhuma outra prova foi produzida no sentido de comprovar que o Réu efetuou disparo.

Somam-se a esse fato os testemunhos colhidos nos autos em que, expressamente, os militares presentes ao fato afirmaram não ter visto o Acusado efetuar disparo.

Desse modo, não é possível atribuir ao Apelante a prática de tentativa de homicídio, ainda que, dentro do carro, verificou-se estar à sua disposição uma pistola e um fuzil.

Sobre esse fato, os testemunhos mostram que lhe foi ordenado jogar as armas que se encontravam no interior do carro, contudo as versões divergem quanto se o Acusado as portava ou não.

Quanto a esse ponto: os ofendidos Sd Ep Renan Tomé de Souza, Cb Matheus Euphemio e Sd Felipe Machado Costa e o 2º Ten Phelipe Menezes Maia e 3º Sgt Natan da Fonseca disseram que o Acusado portava uma pistola e um fuzil.

Já o Sd Ep Everton Oliveira de Jesus disse que o Réu estava no porta-malas, mas não sabe se ele estava armado, e o ofendido Sd Ev Eduardo da Silveira Júnior, que deu maiores detalhes sobre a situação, aduziu que, ao chegar próximo ao carro, viu que o Acusado não estava armado, apenas com um radiotransmissor.

Portanto, há dúvidas quanto ao fato de o Réu realmente portar armas no momento ou apenas ter jogado para fora aquelas que se encontravam próximas a ele.

Quanto ao delito de resistência, verifica-se presente a materialidade delitiva uma vez que os depoimentos constantes dos autos, corroborados pelas demais provas, apontam que o veículo furou o bloqueio, que o motorista se opôs à ordem de parar e acelerou o carro em direção aos militares.

A problemática se apresenta no tocante à autoria delitiva. Obviamente o Apelante não era o condutor, pois, conforme os próprios ofendidos, o Réu se encontrava na mala do carro e pedia socorro.

A única prova concreta que liga o Acusado aos demais ocupantes do automóvel é o fato de ele lá se encontrar no veículo quando do momento da prática delitiva.

Dessa forma, firme nesta convicção e discordando da maioria de meus pares e da Sentença, entendo ser imperiosa a absolvição do Acusado por ausência de provas da concorrência para a infração penal.

Essas foram as razões que me levaram a divergir da douta maioria, por entender que restou carente de provas a participação do acusado civil CAIO DE SOUZA SOARES, impondo-se, ao meu entender, a absolvição, com fulcro no art. 439, "c", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 21 de maio de 2020.

Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo
Ministro-Revisor

APELAÇÃO Nº 7001106-21.2019.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino.

Revisor: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Apelante: Jefferson Daniel da Silva.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CERTIFICADO DE REGISTRO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DEVOLUÇÃO AMPLA DA QUESTÃO LITIGIOSA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. NÃO ACOLHIMENTO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. UNANIMIDADE.

O Princípio *tantum devolutum quantum appellatum* limita a atuação do Tribunal *ad quem*, condicionando-a à insurgência contida nas razões ou nas contrarrazões recursais. 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.

Tendo sido o Acusado denunciado pela prática delituosa prevista no art. 312 do Código Penal Militar, consoante a dicção do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Estatuto Repressivo Castrense, c/c o artigo 30, inciso I-B, da Lei de Organização Judiciária Militar – LOJM, compete a esta Justiça Especializada o processamento e o julgamento do Réu, a ser levado a efeito pelo Juiz Federal da Justiça Militar.

Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

O alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob pena de violação ao Princípio da Especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense.

Somente a falta de um regramento específico possibilita a aplicação subsidiária da legislação comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles.

Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

No delito de falsidade ideológica previsto no art. 312 do Código Penal Militar, o documento se apresenta perfeito em sua forma, porém seu conteúdo intelectual não é verdadeiro.

O elemento subjetivo do tipo penal em comento é o dolo consistente na vontade livre e consciente de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade na conduta do Acusado, não merece acolhida a tese de reconhecimento do Princípio *in dubio pro reo*.

Apelo defensivo não provido. 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 a preliminar de nulidade por incompetência da Justiça Militar da União, suscitada pela Defensoria Pública da União; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, de aplicação do acordo de não persecução penal. No mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Vuyk de Aquino.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Ausência justificada dos Ministros Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. O Ministro José Coêlho Ferreira encontra-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 Seção de Julgamento, 20/2/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União contra a Sentença prolatada pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 16 de setembro de 2019, que condenou o ex-Cabo PM JEFFERSON DANIEL DA SILVA à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 312 do Código Penal Militar, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O *Parquet* Militar ofereceu Denúncia em 30 de novembro de 2018, nos seguintes termos:

> (...) A presente investigação iniciou-se através de um ofício encaminhado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo ao Comando da 2ª Região Militar, no qual foi comunicada uma suposta irregularidade no processo de concessão de Certificado de Registro (CR) do ex-Cabo PM Jefferson Daniel da Silva, documento expedido pela Força que lhe autoriza a operar produtos controlados, no caso, armas de fogo.
>
> Segundo consta dos autos, Jefferson teria protocolado um pedido de concessão de CR junto ao Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados (SFPC-2), ocasião em que declarou ser Policial Militar e anexou ao processo cópias de sua carteira funcional e de um contracheque em seu nome.
>
> Ocorre que, segundo informado pela própria Polícia Militar do Estado de São Paulo, Jefferson havia sido expulso daquela corporação na data de 07 de abril de 2017, sem que houvesse efetuado a devolução de sua carteira funcional, alegando ter sido esta extraviada em 12 de abril de 2017, conforme consta no Boletim de Ocorrência nº 562923/2017.
>
> Após a análise do processo de concessão de CR protocolizado sob o nº 0057482017, datado de 03 de maio de 2017, verificou-se que o denunciado declarou falsamente perante a 2ª RM ainda ser Policial Militar, bem como anexou cópia de sua carteira funcional, que deveria ter sido devolvida por ocasião de seu desligamento no mês anterior, o que de fato não ocorreu haja vista ter alegado o extravio da mesma.
>
> Ressalte-se, por oportuno, que ao apresentar-se como Policial Militar e juntar ao processo uma identidade funcional, Jefferson beneficiou-se de diversas prerrogativas concedidas aos militares nos processos administrativos no âmbito do SFPC-2, tais como a inexigibilidade de apresentação de certidões criminais, de laudo psicológico e de filiação a clube de tiro, tornando assim o processo muito mais célere e simplificado. De se destacar, ainda, que teria problemas para demonstrar a necessária idoneidade para manuseio de produtos controlados, já que há nos autos informações de que o ora acusado responde a processo penal pelo crime de peculato.

> Dessa forma, conclui-se que, ao declarar-se falsamente como Policial Militar perante o Exército Brasileiro, quando já havia sido expulso da corporação, e apresentar uma identidade funcional que não era mais válida, com o intuito de gozar indevidamente de prerrogativas inerentes à condição de militar nos processos de concessão de Certificado de Registro, o denunciado, livre e conscientemente, praticou o crime de falsidade ideológica, tipificado no artigo 312 do CPM.
>
> Por todo o exposto, requer o Ministério Público Militar seja recebida e autuada a presente denúncia, com a citação de JEFFERSON DANIEL DA SILVA como incurso no artigo 312, do Código Penal Militar, para se ver (sic) processar e julgar, com final condenação, observadas as formalidades legais. (...).

Constam dos autos os seguintes documentos:

1) Boletim de Ocorrência, de 24 de abril de 2017, lavrado perante o 6º DP de Santo André – SP, em que o Acusado registrou "PERDA/EXTRAVIO DE DOCUMENTOS" no dia 12 de abril de 2017;

2) Requerimento dirigido ao Comando da 2ª Região Militar, protocolado pelo Acusado em 3 de maio de 2017, nos seguintes termos:

> (...) Exmo Sr. Comandante da 2ª Região Militar, JEFFERSON DANIEL DA SILVA, (...) POLICIAL MILITAR, portador da carteira de identidade nº 25.719.925-1 - SSP/SP, BRASILEIRO, natural de SANTO ANDRÉ, (...), vem pelo presente requerer a V. Exª. a Concessão de Certificado de Registro para as atividades TIRO DESPORTIVO, de acordo com o Decreto nº 3.665, de 20 Nov 2000, e legislação complementar.
>
> Nestes termos,
>
> Pede Deferimento. (...);

3) Declaração de Segurança do Acervo (DSA), de 25 de abril de 2017, nos seguintes termos:

> (...) Eu, JEFFERSON DANIEL DA SILVA, nascido em 15/06/1977, (...) POLICIAL MILITAR, portador da carteira de identidade nº 25.719.925-1 - SSP/SP, BRASILEIRO, natural de SANTO ANDRÉ (...), DECLARO, para fim de CONCESSÃO, na categoria pessoa física ATIRADOR DESPORTIVO, que meu acervo/PCE será sempre mantido em local seguro. (...);

4) Termo de Ciência, Compromisso e Responsabilidade, de 25 de abril de 2017, nos seguintes termos:

> (...) Eu, JEFFERSON DANIEL DA SILVA, nascido em 15/06/1977 (...) POLICIAL MILITAR, portador da carteira de identidade nº 25.719.925-1 - SSP/SP, BRASILEIRO, natural de SANTO ANDRÉ, (...).
>
> DECLARO, para fim de CONCESSÃO de Certificado de Registro no Exército Brasileiro, na categoria pessoa física ATIRADOR DESPORTIVO, que os produtos controlados adquiridos serão de uso

> exclusivo para a atividade pleiteada e que tenho conhecimento técnico para o exercício da atividade e ciência das obrigações inerentes, dos preceitos legais e regulamentares, particularmente:
>
> 1) Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento): Capítulo IV - Dos Crimes e das Penas (art. 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18); e
>
> 2) Decreto nº 3.665/00 (R-105 Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados): Capítulo III - Irregularidades Cometidas no Trato com Produtos Controlados (Infrações, art. 238 e Faltas Graves, art. 239)
>
> DECLARO, AINDA, que assumo o compromisso de aceitar, obedecer e cumprir as determinações legais, regulamentares e normativas e me subordinar à fiscalização do Exército e que assumo a responsabilidade de todo e qualquer ato e fato relativo à minha pessoa ou sobre os produtos controlados sob minha posse e guarda (...);

5) Lista de Verificação de Documentos para concessão de Certificado de Registo – CR, de 3 de maio de 2017;

6) Certificado de Registro, de 5 de junho de 2017, emitido pelo Comandante da 2ª Região Militar Gen Div Adalmir Manoel Domingos;

7) Ofício nº 6BPMM-037/04/18, de 12 de março de 2018, no qual o Comandante do 6º Batalhão de Polícia Militar de São Bernardo do Campo-SP comunicou as supostas irregularidades no processo de concessão de CR ao Comandante da 2ª Região Militar do Comando Militar do Leste;

8) DIEX nº 4467-SFPC-JUR/SFPC/2RM, de 27 de março de 2018, encaminhado pelo Chefe do Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados/2ª RM à Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da 2ª Região Militar do Comando Militar do Leste, nos seguintes termos:

> (...) 1. A Polícia Militar do Estado de São Paulo, por intermédio do Ofício nº 6BPMM-037/04/18, datado de 12 de março de 2018, comunicou suposta irregularidade acerca da concessão de Certificado de Registro ao ex-cabo PM JEFFERSON DANIEL DA SILVA, possuidor do CR Nº 145136.
>
> 2. Além disso, informou que JEFFERSON foi expulso daquela corporação, em 07 de abril de 2017, e que não entregou sua identidade funcional quando de sua exclusão, alegando ter sido extraviada em 12/04/2017, conforme Boletim de Ocorrência de autoria desconhecida, nº 562923/2017.
>
> 3. Em consequência dessa denúncia, resgatou-se o processo de concessão do CR, protocolizado sob o nº 0057482017, datado de 03/05/2017, onde foi verificado que no requerimento JEFFERSON prestou a informação falsa de ser Policial Militar, acostou cópia da identidade da PM e cópia de contracheque daquela corporação.
>
> 4. Importante ressaltar que, ao apresentar uma identidade funcional falsa, JEFFERSON levou a administração a crer que se tratava de

> Policial Militar, assim, o administrado deixou de apresentar as certidões criminais para comprovar sua idoneidade, laudo psicológico e filiação a clube de tiro.
>
> 5. Ante o exposto, solicito a Vossa Senhoria abertura do competente Inquérito Policial para apuração da conduta do administrado, quanto às informações prestadas e documentação apresentada (...);

9) Termo de Inquirição de Indiciado, de 5 de junho de 2018, relativo ao Inquérito Policial Militar instaurado no âmbito da 2ª Região Militar do Comando Militar do Leste.

A Denúncia foi recebida em 4 de dezembro de 2018, sendo citado o Acusado no dia 10 de janeiro de 2019.

O Ministério Público Militar não arrolou testemunhas.

A Defesa Pública arrolou como testemunha:

1) Civil Maria Aparecida da Silva (Despachante), que afirmou:

> (...) Perguntado sobre como se procedeu ao Pedido de Certificado de Registro por parte do Acusado, respondeu que o Acusado foi na loja pedir informações sobre como tirar o CR. Perguntado sobre a data, disse que não sabe, mas que foi em 2017. Disse que a documentação do CR fica com ela e que o processo no Exército é demorado e é "quase que uma loteria" para conseguir. Disse que tem certeza que após o Acusado levar a documentação na loja, tudo ficou parado lá por um tempo. Perguntando se ela trabalha na loja até o momento, disse que sim. Disse que o Acusado não foi fardado à loja. Perguntado se o Acusado se apresentou como Policial Militar disse que sim, porque a documento que ele deu a ela era de Policial. Que ela tem cópias da documentação apresentada. Que o pedido era para concessão de CR. Que o Acusado apresentou apenas cópias, pois não eram documentos originais nem autenticadas. Que o Acusado deu cópias da identidade funcional, do RG e do comprovante de residência, que é o que o Exército pede. Disse que o pedido do Acusado teve seguimento em maio. Que geralmente processo demora 3 (três) ou 4 (quatro) meses para ficar pronto. Perguntado se o Acusado tratou com ela pessoalmente sobre o processo, disse que na primeira vez sim, quando levou a documentação, depois voltou para assinar e aguardou até sair. Perguntado se o Acusado comentou algo sobre a Polícia Militar, se ele falou algo sobre ser expulso, disse que não (...).

O Acusado foi Qualificado e Interrogado em 26 de fevereiro de 2019, tendo declarado:

> (...) Perguntado se de fato aconteceram os fatos conforme descritos, disse que não. Disse que no final de março do ano de 2017 foi até a loja da "Dona Maria" e se informou sobre como se procederia para poder retirar a documentação das suas armas, tendo em vista que já respondia a processo. Que foi pessoalmente até a loja e se informou dos

> custos e que pagou um valor. Perguntando se entregou a documentação à despachante, disse que sim. Que tirou cópias da documentação, comprovante de residência, da funcional e de mais alguma coisa que não se recorda. Perguntado sobre quanto tempo depois ele foi expulso da Polícia Militar, disse que não se recorda. Perguntando se ele se recorda de quando foi a data do protocolo, disse que não se recorda da data. Perguntando se em algum momento teve a intenção de praticar o crime de falsidade ideológica, disse que não. Perguntado sobre o Boletim de Ocorrência, se os fatos narrados naquele documento são verdadeiros, disse que sim, mas que ele foi tratado com um cidadão comum quando saiu sua expulsão. Que quando chegou no quartel com o material para devolução todo em mãos, não houve nenhuma conferência desse material. Que passadas algumas horas ele recebeu uma ligação do Sargenteante informando que sua funcional não estava junto ao material devolvido, e ele informou que entregou no P4. Que no outro dia foi uma equipe na casa dele e procurou a funcional, mas não encontrou, pois ele já havia procedido a entrega. Que foi orientado pelo Sargenteante que ele deveria fazer um Boletim de Ocorrência. Que diante do fato, registrou o Boletim de Ocorrências no próprio Batalhão porque eles pediram para ser feito. (...) Perguntado se foi ele que assinou a documentação do pedido protocolado, disse que sim. Perguntando se a data dos documentos foram preenchidas por ele, disse que a letra é dele, mas que não se recorda se foi ao cartório autenticar ou se foi a despachante. Perguntado novamente se a letra que preenche a data é a letra dele, disse que a letra é dele. Perguntando se ele tinha consciência de que caso não estivesse na condição de militar teria que mudar os documentos, disse que não sabia. Perguntado se ele achava que seria expulso após o ocorrido, disse que não, pois o advogado o informou que seria no máximo uma punição administrativa (...).

Na fase do art. 427 do Código de Processo Penal Militar, o *Parquet* das Armas requereu "(...) ao juízo seja oficiada a Justiça Militar estadual solicitando cópia da sentença do processo indicado na certidão indicada no evento 3 item 7 do e-proc, a fim de se saber o exato teor das acusações a que respondeu o acusado e levaram à exclusão da força policial (...)". Requereu, ainda, "(...) seja oficiada a Corregedoria da Polícia Militar para que encaminhe ao juízo cópia do ato decisório final do processo administrativo que culminou na expulsão do acusado dos quadros da corporação (...)".

Na mesma fase, a Defesa Pública nada requereu.

Em Alegações Escritas, o Ministério Público Militar pugnou pela condenação do Acusado "(...) como incurso artigo 312 do Código Penal Militar, por ser medida de Justiça (...)".

A Defensoria Pública da União, por sua vez, requereu preliminarmente "(...) a declaração da nulidade desde o nascedouro do processo por

incompetência da Justiça Militar (...)". No mérito, pugnou pela absolvição do Acusado, "(...) ante a ausência de dolo (ou, ao menos, a sua comprovação, à luz da presunção de inocência), tampouco do especial fim de agir, ou, quando menos, pela dúvida razoável (...) por força do princípio *in dubio pro reo*, nos termos do artigo 439 alíneas 'b' e 'e', respectivamente, do Código de Processo Penal Militar (...)".

Em 16 de setembro de 2019, o Juiz Federal da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 2ª CJM julgou procedente a Denúncia e condenou o ex-Cabo PM JEFFERSON DANIEL DA SILVA à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 312 do Código Penal Militar, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

A Sentença foi tornada pública nessa mesma data, dela sendo intimada a Defensoria Pública da União em 17 de setembro de 2019, sendo interposto, tempestivamente, o presente Recurso em 20 de setembro de 2019.

O Decreto condenatório transitou em julgado para a Acusação em 2 de outubro de 2019.

Em suas Razões, o Órgão de Defesa, preliminarmente, requereu "(...) a declaração da nulidade desde o nascedouro do processo por incompetência da Justiça Militar (...)", sob o argumento segundo o qual:

> (...) percebe-se inexistir qualquer razão para a tutela dos valores da hierarquia ou disciplina, pois os civis não estão sujeitos a esse regime e às especificidades e rigores da vida na caserna, tampouco há qualquer exemplo a ser dado à tropa.
>
> Ademais, nem toda atividade desenvolvida pelas Forças Armadas está diretamente relacionada com suas funções próprias. Um exemplo, que pode ser aplicado analogicamente ao presente caso, estaria na Súmula Vinculante 36 do Egrégio STF.
>
> (...)
>
> Vê-se, assim, que, tratando-se de atividades subsidiárias, ainda que desenvolvidas pelas Forças Armadas, a exemplo de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), não há que se falar em funções constitucionalmente vinculadas às Forças Armadas, tampouco competência da Justiça Militar da União.
>
> (...)
>
> Neste contexto (...) mostra-se inadmissível que haja processamento e julgamento de um civil por uma imputação que não ofende diretamente a instituição militar ou aos militares em sua função típica, tampouco é capaz de ensejar lesão ou ameaça de lesão a qualquer bem jurídico tutelado pela legislação penal castrense (...).

No mérito, O Órgão de Defesa pugnou pela absolvição do Acusado "(...) ante a ausência de dolo (ou, ao menos, a sua comprovação, à luz da presunção de inocência), tampouco do especial fim de agir, ou, quando menos, pela dúvida razoável (...) por força do princípio *in dubio pro reo*, nos termos do artigo 439 alíneas 'b' e 'e', respectivamente, do Código de Processo Penal Militar (...)", argumentando para tanto que:

> (...) faz-se absolutamente necessária a demonstração de que o agente teve vontade livre e plena consciência da falsidade da declaração e também do especial fim de agir de "prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.
>
> (...)
>
> A responsabilidade penal é sempre subjetiva, não admitindo qualquer exceção. Assim, apenas aquele que é comprovadamente o autor do crime pode ser condenado por sua prática, sendo necessário, ainda, verificar o elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa). Sem tal elemento subjetivo, não há tipicidade e, assim, não há crime.
>
> (...)
>
> Destarte, a moldura fática do presente caso é incompatível com a conduta livre e consciente exigida pelo tipo incriminador em questão. Ora, muito mais grave do que absolver um possível culpado é condenar um inocente. Considerando a presunção de inocência, erigida a norma fundamental pela CF de 1988, exsurge o *in dubio pro reo* (...).

Em Contrarrazões, o Órgão Ministerial requereu "(...) seja improvido o presente recurso, a fim de que seja mantida a r. sentença condenatória (...)".

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, manifestou-se para que "(...) a preliminar não seja acolhida. No mérito, a Apelação deve ser julgada improcedente, para manter a sentença atacada em seus próprios e fundamentos jurídicos".

O Exmo. Sr. Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso estão preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

A propósito do conhecimento, a Defensoria Pública da União, em sede de Manifestação Judicial, afirmou que:

> (...) É notável o "efeito devolutivo" da Apelação. Investe o julgador de 2º grau de irrestritos poderes de análise de todas as questões de fato e

> de direito que gravitam em torno do *thema decidendum*. O Tribunal coloca-se, exatamente, nas mesmas condições em que se encontrava o juiz no momento de decidir.
>
> A cognição plena pelo Tribunal autoriza que se afirme que a Apelação é recurso de instância reiterada.
>
> O Tribunal exerce cognição (conhecimento) de forma mais vertical do que *a quo*. E, por isso, lhe é lícito conhecer que sequer foram apreciadas em 1º grau (...).

É cediço que o enfrentamento de teses em sede de Apelação é consectário do primado do *tantum devolutum quantum appellatum*, segundo o qual a análise pelo Juízo *ad quem* fica limitada à insurgência descrita no Recurso.

Acerca do tema, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, ao comentarem o art. 599 do Código de Processo Penal comum, afirmam que (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 4. ed. Atlas. 2012. p. 1.161):

> (...) As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele (...) A matéria objeto do presente dispositivo está relacionada também diretamente à questão do princípio *tantum devolutum quantum appelattum*. <u>É dizer: a matéria que será submetida à revisão será unicamente aquela objeto de impugnação (pedido)</u>, independentemente dos fundamentos utilizados (que não vinculam o órgão revisional) (...). (Grifo nosso).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se nesse sentido, conforme se verifica no julgamento do Habeas Corpus nº 71.822/DF, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello (DJ: 04/11/1994), segundo o qual "O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* condiciona a atividade processual dos Tribunais em sede recursal (...)".

Conclui-se, pois, que o Princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* direciona à Corte *ad quem* apenas a apreciação dos temas abordados no Recurso de Apelação e nas suas respectivas Razões.

Feitas essas considerações, passo à análise do Recurso.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

A Defensoria Pública da União suscitou preliminar requerendo o reconhecimento da "(...) incompetência da Justiça Militar da União, não se subsumindo nas taxativas hipóteses legais deste ramo especializado do Judiciário (...)", uma vez que "(...) nem toda atividade desenvolvida pelas

Forças Armadas está diretamente relacionada com suas funções próprias (...)", argumentando para tanto que:

> (...) percebe-se inexistir qualquer razão para a tutela dos valores da hierarquia ou disciplina, pois os civis não estão sujeitos a esse regime e às especificidades e rigores da vida na caserna, tampouco há qualquer exemplo a ser dado à tropa.
>
> (...) Ademais, nem toda atividade desenvolvida pelas Forças Armadas está diretamente relacionada com suas funções próprias. Um exemplo, que pode ser aplicado analogicamente ao presente caso, estaria na Súmula Vinculante 36 do Egrégio STF;
>
> (...) Vê-se, assim, que, tratando-se de atividades subsidiárias, ainda que desenvolvidas pelas Forças Armadas, a exemplo de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), não há que se falar em funções constitucionalmente vinculadas às Forças Armadas, tampouco competência da Justiça Militar da União (...).

Não assiste razão ao Órgão defensivo.

Como cediço, a competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, mas para o julgamento dos crimes militares definidos no Código Penal Militar, como decorrência do art. 124 da Constituição Federal, segundo o qual "(...) À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei (...)", que também dispôs, em seu parágrafo único, que "A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar".

A análise do mencionado dispositivo constitucional revela que o legislador constituinte atribuiu à lei ordinária dispor não somente sobre a definição dos crimes militares, os quais foram tipificados no Código Penal Militar, como também sobre a Organização, o Funcionamento e a Competência da Justiça Militar da União, os quais foram estabelecidos pela Lei nº 8.457/1992, alterada pela Lei nº 13.774/2018.

Em consequência, tendo sido o Acusado denunciado pela prática delituosa prevista no art. 312 do Código Penal Militar, consoante a dicção do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Estatuto Repressivo Castrense, c/c o artigo 30, inciso I-B da Lei de Organização Judiciária Militar - LOJM, compete a esta Justiça Especializada o processamento e o julgamento do Réu, o que foi levado a efeito pelo Juiz Federal da Justiça Militar, nos termos da novel alteração introduzida pela Lei nº 13.774/2018.

Nesses termos, transcreve-se o teor dos citados dispositivos legais:

> **Código Penal Militar**:
>
> 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; (Grifos nossos).

LOJM:

Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente:

(...)

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; (Grifo nosso).

O Plenário desta Corte Castrense consolidou o entendimento segundo o qual a competência da Justiça Militar da União é aferida quando ocorre a subsunção da conduta do agente "(...) militar ou civil – ao preceito penal incriminador, conforme tipificação estatuída no Código Penal Militar e, ainda, em consonância com os critérios definidores do ilícito caracterizando-o como de sua natureza castrense, nos termos estabelecidos legalmente (...)" (Apelação nº 27-09.2009.7.02.0102/SP, Relator: Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, DJe: 10/10/2012).

Assim, em que pese a contundência dos argumentos expendidos pelo Órgão defensivo em seu arrazoado, dando conta de que "(...) não foi atingido, diretamente, nenhum bem jurídico diretamente relacionado às funções típicas das Forças Armadas (artigo 142, "caput", da Constituição) (...)", uma vez que inexiste "(...) qualquer razão para a tutela dos valores da hierarquia ou disciplina (...)", a irresignação defensiva não merece prosperar, na esteira da reiterada jurisprudência desta Corte Castrense:

Habeas Corpus nº 178-34.2015.7.00.0000 (DJe: 15/09/2015)

Relator: Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Ementa: HABEAS CORPUS. FALSIDADE. CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

A Constituição Federal atribui à União a competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (artigo 31, inciso VI).

No contexto dessa competência, o Comando do Exército exerce atividades diversas de fiscalização e de controle de material bélico,

> destacadamente daqueles que se distinguem como de emprego militar e, portanto, de uso restrito das Forças Armadas (Lei Complementar nº 97/1999, Lei nº 10.826/2003, Decreto nº 3.665/2000 e Decreto nº 5.123/2004, que regulamenta a Lei nº 10.826/2003).
>
> À luz dessa resumida definição de competência, não é difícil concluir que essas atividades de fiscalização e de controle de material bélico – repita-se: notadamente de uso restrito – enquadram-se no espectro da destinação constitucional das Forças Armadas, conforme definido no artigo 142 da Carta Magna.
>
> *In casu*, os atos praticados pelo Paciente tinham como objeto a obtenção de um certificado de atirador/colecionador de produtos de uso controlado, cuja fiscalização é de responsabilidade do Comando do Exército, sendo certo, pois, que em jogo se encontravam a eficiência e a eficácia dessas atividades vinculadas à destinação constitucional dessa Força, o que, de *per si*, atrai a competência da Justiça Militar, nos termos do artigo 124 da Constituição Federal e do artigo 92, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar.
>
> Ordem denegada. Decisão unânime. (Grifos nossos).

Por outro lado, as alegações defensivas dando conta de que poderia ser aplicado ao caso concreto o mesmo entendimento consubstanciado no Enunciado Vinculante nº 36 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que "(...) tratando-se de atividades subsidiárias, ainda que desenvolvidas pelas Forças Armadas, a exemplo de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), não há que se falar em funções constitucionalmente vinculadas às Forças Armadas (...)", igualmente não merecem acolhida.

É que, no caso dos presentes autos, o ex-Cabo PM JEFFERSON DANIEL DA SILVA obteve o "Certificado de Registro para as atividades TIRO DESPORTIVO" expedido pelo Exército Brasileiro, utilizando-se, para tanto, de Declarações e Documentos cujos teores seriam ideologicamente falsos.

Ou seja, o "Certificado de Registro para as atividades TIRO DESPORTIVO" é documento idôneo e verdadeiro porquanto expedido pela Autoridade competente, *in casu*, o Exército Brasileiro. Todavia, a forma pela qual foi obtido o citado documento, esta sim, evidenciou o falso ideológico em detrimento da Administração Militar, circunstância tal que afasta qualquer comparação com o teor do Enunciado Vinculante, que assim dispõe:

> 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. (Grifo nosso).

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 de controle de armamentos sejam 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 tais condutas.

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) (...)".

Nesse contexto, o acolhimento da pretensão defensiva não prescindiria da demonstração de que o Acusado falsificou o próprio Certificado expedido pelo Exército ("Certificado de Registro para as atividades TIRO DESPORTIVO"). Ao revés, o Réu utilizou-se de documentos ideologicamente falsos para a obtenção do documento de que necessitava junto à Força Terrestre, circunstância que afasta o reconhecimento da aludida analogia.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por incompetência da Justiça Militar da União suscitada pela Defensoria Pública da União.

PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em Manifestação Judicial, a Defensoria Pública da União requereu, preliminarmente, a aplicação do "(...) Acordo de Não Persecução Penal, novidade legislativa presente no art. 28-A, do Código de Processo Penal (...)", argumentando, para tanto, que o Réu satisfaria os requisitos legais exigidos no citado dispositivo, pugnando, ao final, pela abertura de vista "(...) ao Ministério Público Militar para que se manifeste sobre a oferta do benefício.".

Não assiste razão à Defesa Pública.

O dispositivo citado assim estabelece:

> (...) Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:
>
> I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
>
> II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
>
> III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
>
> IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
>
> V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (...); (Grifo nosso).

O alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal, como se evidencia, está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob pena de violação ao Princípio da Especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense.

Somente a falta de um regramento específico possibilita a aplicação subsidiária da legislação comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles.

Na espécie, ao compulsar detidamente a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, evidencia-se a impossibilidade de extensão dos efeitos decorrentes da dicção do novel dispositivo ao processo penal militar, tratando-se, pois, de opção legislativa e não de uma suposta omissão como pretende fazer crer a Defesa Pública, circunstância que, por si só, obsta a pretensão defensiva de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal.

Por outro lado, apenas para argumentar, haja vista a inaplicabilidade do dispositivo apresentado nesta Preliminar, é importante ressaltar que, antes mesmo da entrada em vigor do citado instituto no Código de Processo Penal, o Conselho Nacional do Ministério Público já vinha adotando semelhante sistemática a partir da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, complementada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018.

Segundo o art. 18 do citado normativo:

> (...) o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente (...).

O § 1º do dispositivo citado, inclusive, descreve os casos em que não será aplicado o referido Acordo, a saber:

> (...) § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)
>
> I - for cabível a transação penal, nos termos da lei; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)
>
> II - o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)
>
> III - o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)
>
> IV - o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)
>
> V - o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)
>
> VI - a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

A leitura atenta dos citados dispositivos igualmente evidencia a sua não aplicabilidade no âmbito desta Justiça Especializada, bastando, para tanto, verificar que a transação penal, o valor mínimo do dano causado e a própria aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 não são contemplados no âmbito do Direito Penal Militar.

Além disso, conforme ressai do inciso VI acima descrito, quando o acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime não haverá a celebração do Acordo de Não Persecução Penal.

Portanto, ainda que se admitisse, por hipótese, tão somente, a aplicação do referido instituto de Não Persecução Penal, a própria redação do art. 28-A evidencia que não se trata de um direito subjetivo do réu, de sorte que, sendo uma faculdade do Ministério Público, a sua proposição deveria ter sido efetuada antes mesmo de ofertar a Denúncia, o que, no caso em exame, ocorreu no dia 30 de novembro de 2018, portanto, já sob a vigência da Resolução anteriormente citada.

Além disso, ainda considerando a hipótese de aplicação do Acordo no âmbito da Justiça Militar da União, o que não é viável conforme já esclarecido, ainda assim, no caso concreto, o Réu não satisfaz a condição básica descrita no art. 28-A do Código de Processo Penal, segundo a qual deveria ter "(...) o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal.".

É que, desde a fase inquisitorial, o Réu peremptoriamente tem negado os fatos narrados na Exordial Acusatória, ou seja, o Acusado, desde a investigação, não admitiu ter se passado por Policial Militar do Estado de São Paulo, sem que ostentasse essa condição, uma vez que foi excluído daquela corporação por razões disciplinares. Por tais razões, inclusive, foi denunciado pelo Órgão ministerial pela prática de falsidade ideológica no processo que ora se analisa.

Mais para além, a pretensão defensiva encontra óbice intransponível nos Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade previstos no art. 30 do Código de Processo Penal Militar. Vale dizer que, tal como no caso em análise, presentes os requisitos para a propositura da ação penal, a Denúncia foi oferecida pelo *Parquet* Castrense que dela não mais poderá abdicar.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Castrense:

> Apelação nº 0000001-97.2017.7.03.0103 (DJe: 16/05/2018)
>
> Relator: Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva
>
> APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESERÇÃO. ART. 187 DO CPM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONCESSÃO DE INDULTO. INTERESSE RECURSAL. CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. AUSÊNCIA DE

> DOLO. CRIME DE MERA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. ENUNCIADO Nº 3 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STM. APLICAÇÃO. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE.
>
> O reconhecimento de causa extintiva da punibilidade em virtude da concessão do indulto pelo Juízo *a quo* não inviabiliza a análise do Recurso de Apelação, haja vista que a tese defensiva, se acolhida, poderia resultar na absolvição do Acusado, sendo, portanto, mais benéfica ao Réu.
>
> O Ministério Público, enquanto titular da ação penal, nos termos do inciso I do artigo 129 da Constituição Federal, tem sua atuação regida pelo Princípio da Obrigatoriedade, segundo o qual a denúncia deve ser apresentada sempre que houver indícios suficientes da autoria e da materialidade delitivas, bem como pelo Princípio da Indisponibilidade, no sentido de que, oferecida a Peça Acusatória, torna-se inviável eventual desistência, transferindo-se, a partir de então, ao Poder Judiciário, a decisão sobre a causa. (...) Preliminar de nulidade não acolhida. Unanimidade. (Grifo nosso).

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União.

MÉRITO

Insurge-se a Defensoria Pública da União contra a Sentença prolatada pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 16 de setembro de 2019, que condenou o ex-Cabo PM JEFFERSON DANIEL DA SILVA à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 312 do Código Penal Militar, com o benefício do "sursis" pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em suas Razões, o Órgão de Defesa pugnou pela absolvição do Acusado "(...) ante a ausência de dolo (ou, ao menos, a sua comprovação, à luz da presunção de inocência), tampouco do especial fim de agir, ou, quando menos, pela dúvida razoável (...) por força do princípio *in dubio pro reo*, nos termos do artigo 439 alíneas 'b' e 'e', respectivamente, do Código de Processo Penal Militar (...)", argumentando para tanto que:

> (...) faz-se absolutamente necessária a demonstração de que o agente teve vontade livre e plena consciência da falsidade da declaração e também do especial fim de agir de "prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante".
>
> (...)

> A responsabilidade penal é sempre subjetiva, não admitindo qualquer exceção. Assim, apenas aquele que é comprovadamente o autor do crime pode ser condenado por sua prática, sendo necessário, ainda, verificar o elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa).
>
> Sem tal elemento subjetivo, não há tipicidade e, assim, não há crime.
>
> (...)
>
> Destarte, a moldura fática do presente caso é incompatível com a conduta livre e consciente exigida pelo tipo incriminador em questão. Ora, muito mais grave do que absolver um possível culpado é condenar um inocente. Considerando a presunção de inocência, erigida a norma fundamental pela CF de 1988, exsurge o *in dubio pro reo* (...).

Não assiste razão ao Órgão de Defesa, uma vez que foram comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade na conduta do Acusado.

Ao comentar o tipo penal no qual o Réu foi incursionado, Enio Luiz Rosseto afirma que (*Código Penal Militar Comentado*. *Parte Especial*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2012. p. 1.061):

> (...) Na falsidade ideológica o documento se apresenta perfeito em sua forma, porém seu conteúdo intelectual não é verdadeiro. O documento tem informações que não condizem com a verdade (...) não há rasura, emenda, acréscimo ou subtração de letra ou algarismo (...) não há a alteração física do documento (...).
>
> Na falsidade ideológica, falso é o conteúdo intelectual do documento, e não a sua estrutura material (...) (Grifos nossos).

O elemento subjetivo do tipo penal em comento é o "(...) dolo, ou seja, deve haver a vontade livre e consciente de praticar a falsidade ideológica no documento, mas com a intenção de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (...)" (Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger. *Manual de Direito Penal Militar*. Saraiva. 2. ed. 2012. São Paulo. p. 1.471).

In casu, embora o Acusado tenha declarado, em Juízo, que os fatos não ocorreram conforme descritos na Peça Acusatória, restam comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, pois os elementos de prova coligidos ao longo da instrução criminal permitem concluir que o Réu, objetivando a obtenção de Certificado expedido pelo Exército Brasileiro, informou ser "Policial Militar" quando, com efeito, já havia sido expulso da corporação a que pertencia, circunstância que caracteriza a alteração de verdade sobre fato juridicamente relevante do tipo descrito no art. 312 do Código Penal Militar.

Afinal, os autos revelam que, por intermédio de Portaria publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 11 de abril de 2017, assinada pelo

Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, foi aplicada a pena de expulsão daquela Corporação ao ex-Cabo PM JEFFERSON DANIEL DA SILVA, nos seguintes termos:

> (...) pena de expulsão: Ao Cb PM 974885-7 Jefferson Daniel da Silva, do SBPM/M, nos termos do Art. 24, à vista do que foi apurado nos autos do CD Nº CPM-009/23/16 (Proc. 91/16-CORREGPM), pelo cometimento de atos atentatórios à Instituição e ao Estado e desonrosos, consubstanciando transgressão disciplinar de natureza grave, prevista nº 2 do § 1º do Art. 12 e nos 11, 22 e 63 do parágrafo único do Art. 13 c/c os 1 e 3 do § 2º do Art. 12, tudo do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (LC 893/01) - (Decisão Final 117/330/17 - Adv. Dr. Welton Orlando Wohnrath - OAB/SP 216.701) (...). (Grifos nossos).

Ato contínuo, o Acusado apresentou diversas Declarações e documentos com a finalidade de obter o Certificado de Registro (CR) junto ao Exército Brasileiro, a saber:

1) Requerimento de 25 de abril de 2017:

> (...) Exmo Sr. Comandante da 2ª Região Militar, JEFFERSON DANIEL DA SILVA, (...) POLICIAL MILITAR, portador da carteira de identidade nº 25.719.925-1 - SSP/SP, BRASILEIRO, natural de SANTO ANDRÉ, (...), vem pelo presente requerer a V. Exª. a Concessão de Certificado de Registro para as atividades TIRO DESPORTIVO, de acordo com o Decreto nº 3.665, de 20 Nov 2000, e legislação complementar.
>
> Nestes termos,
>
> Pede Deferimento. (...). (Grifos nossos);

2) Declaração de Segurança do Acervo (DSA), de 25 de abril de 2017:

> (...) Eu, JEFFERSON DANIEL DA SILVA, nascido em 15/06/1977, (...) POLICIAL MILITAR, portador da carteira de identidade nº 25.719.925-1 - SSP/SP, BRASILEIRO, natural de SANTO ANDRÉ (...), DECLARO, para fim de CONCESSÃO, na categoria pessoa física ATIRADOR DESPORTIVO, que meu acervo/PCE será sempre mantido em local seguro. (...) (Grifos nossos);

3) Termo de Ciência, Compromisso e Responsabilidade, de 25 de abril de 2017:

> (...) Eu, JEFFERSON DANIEL DA SILVA, nascido em 15/06/1977 (...) POLICIAL MILITAR, portador da carteira de identidade nº 25.719.925-1 - SSP/SP, BRASILEIRO, natural de SANTO ANDRÉ, (...).
>
> DECLARO, para fim de CONCESSÃO de Certificado de Registro no Exército Brasileiro, na categoria pessoa física ATIRADOR DESPORTIVO, que os produtos controlados adquiridos serão de uso exclusivo para a atividade pleiteada e que tenho conhecimento técnico

para o exercício da atividade e ciência das obrigações inerentes, dos preceitos legais e regulamentares, particularmente:

1) Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento): Capítulo IV - Dos Crimes e das Penas (art. 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18); e

2) Decreto nº 3.665/00 (R-105 Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados):

Capítulo III - Irregularidades Cometidas no Trato com Produtos Controlados (Infrações, art. 238 e Faltas Graves, art. 239)

DECLARO, AINDA, que assumo o compromisso de aceitar, obedecer e cumprir as determinações legais, regulamentares e normativas e me subordinar à fiscalização do Exército e que assumo a responsabilidade de todo e qualquer ato e fato relativo à minha pessoa ou sobre os produtos controlados sob minha posse e guarda. (...). (Grifos nossos); e

4) Procuração, de 25 de abril de 2017:

(...) Eu, JEFFERSON DANIEL DA SILVA, nascido em 15/06/1977, filho de JOBERTO DA SILVA e TEREZA NUNES DANIEL, POLICIAL MILITAR, portador da carteira de identidade nº 25.719.925-1-SSP/SP, BRASILEIRO, natural de SANTO ANDRÉ, CPF nº 166.527.168/01, residente à RUA TIBAGI, 95 APTO. 1- VILA CURUÇA - SANTO ANDRÉ - CEP: 09170-100. por meio deste instrumento particular nomeio e constituo meu bastante procurador, a senhora MARIA APARECIDA DA SILVA (...) para representar-me junto ao Exército Brasileiro - Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados - Comando da 2ª Região Militar - SFPC/2 e sua Rede de Fiscalização de Produtos Controlados em todo o Estado de São Paulo, a fim de atender disposições legais contidas na legislação em vigor (...). (Grifos nossos);

Em todos os documentos citados, frise-se, datados de 25 de abril de 2017, o Acusado identificava-se como Policial Militar do Estado de São Paulo quando, a bem da verdade, já havia sido expulso da corporação 15 (quinze) dias antes, conforme publicação no Diário Oficial daquele Estado da Federação.

A propósito, no próprio Requerimento para concessão de "Certificado de Registro para as atividades TIRO DESPORTIVO", a Procuração outorgada à Despachante Sra. Maria Aparecida da Silva teve firma reconhecida pelo Cartório de Registro Civil de Santo André-SP no mesmo dia 25 de abril de 2017, ou seja, posteriormente ao ato de expulsão publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, sendo oportuno destacar que o próprio Acusado declarou em Juízo ter assinado "(...) a documentação do pedido protocolado (...)", e "(...) Perguntado (...) se a letra que preenche a data é a letra dele, disse que a letra é dele (...)".

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao fato de que, embora o Réu tenha afirmado em Juízo que entregou a documentação necessária para a obtenção do Certificado de Registro à Despachante "(...) no final de março do ano de 2017 (...)", antes, portanto, da sua expulsão da Corporação em 11 de abril de 2017, e que o pedido foi protocolado somente em 3 de maio de 2017, também declarou que, entre os documentos entregues à citada profissional (Sra. Maria Aparecida da Silva), estava a cópia do "(...) comprovante de residência, da funcional e de mais alguma coisa que não se recorda (...)".

Ocorre que o referido comprovante de residência que compôs o processo de solicitação do Certificado de Registro junto ao Exército Brasileiro foi acostado aos autos, dele sendo possível verificar que foi emitido em 19 de abril de 2017, portanto, em data posterior àquela alegada no depoimento do Réu colhido em Juízo, contradizendo-o, por via de consequência, não pairando dúvidas sobre o falso cometido, a despeito da alegação defensiva de que "(...) o acusado tenha entregue (sic) os documentos antes de ter conhecimento de sua expulsão da PM e que não tenha recebido orientação adequada, por parte da despachante (...)".

Nada obstante, independentemente da data em que foi protocolado o pedido de certificação no Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados do Exército Brasileiro, ainda assim caberia ao Acusado, conhecedor de sua nova situação perante a Polícia Militar do Estado de São Paulo, acautelar-se de fazer chegar a informação de sua expulsão daquela Corporação à Força Terrestre, seja por intermédio da sua Despachante, seja por ele mesmo.

Quanto à culpabilidade, tratando-se de "(...) juízo de valor (de reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o Direito)" (Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal:* parte geral*,* v. 2. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. p. 545), é reprovável a conduta de quem, deliberadamente, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, insere, em documento particular, informação falsa com o objetivo de fraudar processo de concessão de Certificado de Registro (CR).

Além disso, trata-se de agente imputável, com potencial consciência da ilicitude do fato, dele sendo exigida conduta diversa.

Conclui-se, portanto, que o Réu, conscientemente, praticou o delito de falsidade ideológica, previsto no art. 312 do CPM, na modalidade "inserir", não merecendo reparo a Sentença condenatória do Juízo de primeiro grau.

Em consequência, não merecem acolhida os argumentos defensivos tendentes à absolvição do Acusado "(...) ante a ausência de dolo (ou, ao menos, a sua comprovação, à luz da presunção de inocência), tampouco do

especial fim de agir, ou, quando menos, pela dúvida razoável (...) por força do princípio *in dubio pro reo*, nos termos do artigo 439 alíneas 'b' e 'e', respectivamente, do Código de Processo Penal Militar (...)".

Os autos revelam, inequivocamente, que o Réu alterou verdade sobre fato juridicamente relevante o informar ao Exército Brasileiro sobre a sua condição de Policial Militar do Estado de São Paulo para a obtenção do Certificado de Registro, quando já tinha conhecimento de que não mais pertencia àquela corporação por ter sido expulso.

Conforme salienta Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais. 2013. p. 415), o elemento subjetivo do tipo penal encartado no art. 312 do Código Penal Militar é o "(...) dolo, mas se exige o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de 'prejudicar direito, criar obrigação ou alterar verdade sobre fato juridicamente relevante' (...)".

O próprio *Parquet* Castrense ressaltou em suas Contrarrazões:

> (...) que ao apresentar-se como Policial Militar e juntar ao processo uma identidade funcional, Jefferson beneficiou-se de diversas prerrogativas concedidas aos militares nos processos administrativos no âmbito do SFPC-2, tais como a inexigibilidade de apresentação de certidões criminais, de laudo psicológico e de filiação a clube de tiro, tornando assim o processo muito mais célere e simplificado.

Por tais razões, não merece reparo a Sentença condenatória imposta ao Acusado.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade por incompetência da Justiça Militar, suscitada pela Defensoria Pública da União; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, de aplicação do acordo de não persecução penal. No mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 20 de fevereiro de 2020 – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 7001250-92.2019.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante: Matheus dos Santos Gomes.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. CRIME DE ENTORPECENTES. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DELITO DELINEADO E PROVADO.

Compete ao Conselho Permanente de Justiça julgar o Acusado que, ao tempo do crime, ostentava a condição de militar da ativa. Precedentes.

Preliminar de incompetência do Conselho Permanente de Justiça rejeitada por unanimidade.

A circunstância de o Acusado ter sido licenciado das fileiras do Exército a bem da disciplina não inviabiliza a sua condenação na esfera penal, ainda que pela mesma conduta; e isso porque as esferas administrativa e criminal são independentes, não se confundem, na medida em que, inclusive, subordinam-se a poderes decisórios distintos e buscam tutelar interesses da sociedade e do próprio Estado não necessariamente idênticos e situados em graus diferenciados em uma escala de relevância. *Bis in idem* não configurado.

Como assentado pelo Superior Tribunal Militar e pela própria Suprema Corte, a simples presença da substância entorpecente nos quartéis, em desacordo com as normas legais e regimentais, constitui bem mais do que delito de perigo para a saúde individual e coletiva, na medida em que põe em risco de morte não só os integrantes da Força, como também outras frações da sociedade, em face da própria natureza das atividades militares, com o impositivo uso de armamentos, inclusive pesados, e de outros petrechos com elevado poder de destruição. Ademais, notória também é a insegurança gerada pela presença e pelo uso de entorpecentes na Caserna, no que diz respeito à efetiva operacionalidade da tropa e à preservação da hierarquia e da disciplina. Não aplicação do princípio da insignificância.

> Delito delineado, configurado e provado em todas as suas elementares.
>
> No mérito, desprovimento do Apelo defensivo por unanimidade.

DECISÃO

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, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o feito. No mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo da Defesa, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, nos termos do voto do Relator Ministro Luis Carlos Gomes Mattos.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. O Ministro Alvaro Luiz Pinto não participou do julgamento. O Ministro José Coêlho Ferreira encontra-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 a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. (Extrato da Ata da Seção de Julgamento, 18/2/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação** interposta pelo ex-Sd Ex MATHEUS DOS SANTOS GOMES, tendo como alvo a **Sentença** do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª Circunscrição Judiciária Militar, de 10/10/2019, que o condenou à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no artigo 290 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, com a fixação do regime prisional inicialmente aberto e, afinal, com o direito de recorrer em liberdade.

Narra a **Denúncia**, *ipsis litteris*:

> No dia 15 de abril de 2019, durante revista por cão farejador no alojamento de cabos e soldados do Destacamento na cidade de Caracol-MS, foi indicada a existência de substância entorpecente nos pertences do denunciado, que acabou confirmando a posse durante sua prisão.
>
> Segundo consta no APF, primeiramente foi constatado pelo cão, cheiro de maconha dentro de um pote de suplemento. Depois, o próprio denunciado informou ter escondido 3 (três) sacolas plásticas pequenas com a droga dentro uma meia branca que estava guardada em seu saco VO,

> e mais 2 (duas) sacolas plásticas com a referida substância escondidas na grama, próximo à enfermaria do Destacamento.
>
> Indagado a respeito dos fatos, o Sd EB MATHEUS alegou ter adquirido as 5 (cinco) sacolas plásticas no Paraguai, e admitiu ter a intenção de utilizá-las durante a sua permanência no local.
>
> O material tóxico foi apreendido e submetido ao Laudo Definitivo n. 78387 (evento 26) – que revelou tratar-se de 48,25g de maconha, *Cannabis Sativa Linneu*, planta que possui entre seus constituintes o THC (tetraidrocanabinol), substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil, podendo causar dependência física e psíquica. Conforme consta no referido laudo, o THC e a planta *Cannabis sativa* estão inscritos na Portaria SVS/MS, nº 344/1998 e suas respectivas atualizações.
>
> Assim agindo, o denunciado incidiu na prática do crime militar previsto no art. 290, *caput*, c/c art. 70, II, "I", ambos do CPM, isso porque, sem qualquer autorização, e durante o serviço ao qual estava escalado (evento 16), guardou substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar, atentando contra a ordem e a disciplina militares, diante da repercussão negativa desse fato em sua unidade.
>
> Por todo o exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR seja recebida e autuada a presente exordial acusatória, com a citação do Sd MATHEUS DOS SANTOS GOMES, como incurso nas penas do artigo 290, *caput*, c/c art. 70, II, "I", ambos do CPM, para se ver processar e julgar, com final condenação, ouvindo-se as testemunhas a seguir arroladas. (Evento 1, item 1, do processo nº 7000109-59.2019.7.09.0009).

A **Exordial** encontra-se arrimada no **Auto de Prisão em Flagrante** e nos documentos que o complementam (Evento 1 *usque* 27 do Processo nº 7000071-47.2019.7.09.0009).

A **Denúncia** foi recebida em 27/6/2019 (Evento 1, item 2, do processo originário).

O **Acusado** foi citado (Evento 16, itens 1 e 2, do processo originário).

As **Testemunhas** do *Parquet* foram inquiridas: 1º Ten MATHEUS AUGUSTO BOLNES; Subten DIEGO CRUZ MARTINS; e 2º Sgt LUIS PAULO DRUM AZEVEDO (Eventos 21, 23 e 24, itens 1, 2 e 3, do processo originário).

A **Defesa** não arrolou testemunhas. Na mesma assentada, o **Acusado** foi qualificado e interrogado. Ao fim, as **Partes** declararam que nada tinham a requerer no prazo do art. 427 do CPPM (Eventos 22 e 24, itens 4 e 5, do processo originário).

A **Acusação** e a **Defesa** ofertaram as suas **Alegações Escritas** (Eventos 28 e 31 do processo originário).

O **Julgamento** foi realizado, com a prolação do *Decisum* condenatório por unanimidade de votos (Eventos 92, itens 1 e 2, e 96 do processo originário).

A **Sentença** foi lavrada (Eventos 103 e 106, item 1, do processo originário), tendo sido lida, assinada e publicada nos termos da pertinente **Ata** (Evento 106, item 2, do processo originário).

Tempestivamente, a **Defesa** ofertou o seu **Apelo** (Evento 111 do processo originário).

Em suas **Razões**, a **Defesa** sustenta que, *in casu*, ocorreu o *bis in idem*, uma vez que o **Acusado** foi punido duplamente, uma na seara administrativa, por ter sido excluído das fileiras do Exército a bem da disciplina e, outra, na órbita judiciária, ao ser condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão na vertente **Ação Penal Militar**. Nesse fio – **e sob o fundamento essencial de que o Acusado não pode ser penalizado duplamente pelo mesmo crime** –, pede a sua absolvição. De outra parte, sustenta que, *in casu*, deve ser aplicado o princípio da insignificância, não só em função da pequena quantidade de droga apreendida – **e, por isso, incapaz de lesionar o bem jurídico tutelado da saúde pública** –, como também em razão de a droga não ter sido usada em serviço ou repassada a outros – **o que não teria** "**manchado**" **ou colocado em risco a Organização Militar**. Pede, afinal e por essas razões, a absolvição do **Acusado** (Evento 1, item 4).

Em suas **Contrarrazões**, o **MPM** sustenta, de início, que não há que se falar em *bis in idem* na hipótese, uma vez que as reprimendas impostas ao **Acusado** ocorreram em instâncias diversas e independentes, ou seja, na seara administrativa e na órbita penal militar. Sustenta, ao depois, que o princípio da insignificância é inaplicável na espécie, uma vez que os bens jurídicos tutelados, no caso do art. 290 do CPM, avançam para além da saúde pública, alcançando outros de interesse vital para as Forças Armadas.

Ainda no fio, pondera que a quantidade da droga não era pequena e que, além disso, o **Acusado** a guardava em um quartel destacado e particularmente sensível. Pede, por derradeiro, que a **Sentença** seja integralmente mantida (Evento 1, item 5).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no **Parecer** da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. Arilma Cunha da Silva, manifesta-se pelo conhecimento e pela rejeição do **Apelo**.

É o Relatório.

VOTO

I - PRELIMINAR

Impende examinar a **preliminar** suscitada pela Defensoria Pública da União quando de sua intimação de colocação do **Processo** em mesa para julgamento, na qual argui a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o **Acusado** por ter este sido licenciado das fileiras do Exército e, por conta disso, ter reassumido a sua condição de Civil.

Em que pese o momento em que foi suscitada, a **preliminar** versa matéria de ordem pública e, por conta disso, deve ser conhecida e decidida.

A própria Lei nº 13.774 é claríssima, ao fixar, no art. 30, I-B, a competência do Juiz Federal da Justiça Militar para o julgamento de civis que pratiquem crimes militares, na conformidade dos incisos I e III do art. 9º do CPM, sem sequer aludir ao inciso II do mesmo artigo, que trata dos crimes praticados por militares em face de outros integrantes das Forças Armadas em atividade.

Ora, como forçosamente se conclui, o que pretendeu o legislador foi excluir da competência dos Conselhos de Justiça o julgamento de civis que cometem crimes militares, ou seja, daqueles que, ao tempo do crime, desfrutavam, efetivamente, dessa condição.

Nesses termos, *concessa maxima venia* dos que pensam diversamente, não há como ampliar a dicção do referido dispositivo para alcançar aqueles acusados que, no momento do delito, ostentavam a condição de militar em atividade, sob pena, inclusive, de excepcionalizar, sem qualquer razão de direito consistente, o consagrado princípio *tempus regit actum* e, nessa esteira, a própria figura do juiz natural.

E, renovada vênia, não se diga que o ***Acusado*** ex-militar – **isto é, o Acusado militar que, por qualquer motivo, deixou as Forças Armadas** – não estaria mais sujeito às regras da hierarquia e da disciplina, o que o igualaria ao civil autor de delito militar; e, nessa esteira, também não se diga que estaria justificado o seu julgamento pelo juiz togado, monocraticamente.

Ora – **além de, como visto, não se coadunar com a dicção restritiva do multicitado art. 30, I-B, da LOJM** – sem qualquer sentido se mostra esse argumento quando se leva em conta que, além da finalidade de retribuição e prevenção especial, a sanção penal busca também a prevenção geral, ou seja, sensibilizar as pessoas, **isto é, os militares que integram o universo do qual faz parte o agente**, quanto à nocividade e à reprovabilidade do crime, dissuadindo-as de vir a praticá-lo no porvir.

E isso não se desnatura por conta de o agente militar ter se tornado um civil, visto que, por óbvio, os traços do delito permanecem intocados no espírito de todos aqueles que conviveram com o ato do seu cometimento.

De dizer, inclusive, que essa interpretação do art. 30, I-B, da LOJM é a que se harmoniza com a motivação exposta pelo Superior Tribunal Militar no próprio PL nº 7.683/2014, *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, passará a julgar os civis que cometerem crime militar.

E, nessa esteira, não há de se dizer que o julgamento do ex-militar pelo Conselho o submeteria à situação não isonômica em relação aos réus de processos penais de outras jurisdições, até porque, à evidência, tanto não ultrapassa os limites das conjecturas, vale dizer, de algo que não se assenta em base real composta por precedentes concretos.

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar inclina-se firmemente no sentido da procedência desse entendimento, conforme denotam, à guisa de referência, os seguintes precedentes:

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE ABANDONO DE POSTO. ACUSADO CIVIL QUE, AO TEMPO DO CRIME, OSTENTAVA A CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA DO EXÉRCITO. LEI Nº 13.774/2018. COMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. Delito de Abandono de posto previsto no art. 195 do Código Penal Militar. Hipótese em que, ao tempo do crime, o Acusado ostentava a condição de militar da ativa do Exército. A Lei nº 13.774/2018, embora tenha provocado, por via oblíqua, significativa redução da competência dos Conselhos para julgar os réus submetidos à jurisdição da Justiça Militar, dela não retirou a de julgar aqueles que ao tempo do crime eram militares, independentemente de, empós, terem se tornado civis. Provimento do Recurso interposto pelo MPM para, cassando a Decisão hostilizada, reconhecer a competência do Conselho Permanente na espécie, determinando a baixa dos autos à instância de origem para o prosseguimento do feito. Decisão por maioria. (Recurso em Sentido Estrito nº 7000298-16.2019.7.00.0000, Relator Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, julgado em 16/5/2019).

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTE. ACUSADO CIVIL QUE, AO TEMPO DO CRIME, OSTENTAVA A CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA DO EXÉRCITO. LEI Nº 13.774/2018. COMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. Delito de Posse de Entorpecente previsto no art. 290 do Código

Penal Militar. Hipótese em que, ao tempo do crime, o Acusado ostentava a condição de militar da ativa do Exército. A Lei nº 13.774/2018, embora tenha provocado, por via oblíqua, significativa redução da competência dos Conselhos para julgar os réus submetidos à jurisdição da Justiça Militar, dela não retirou a de julgar aqueles que ao tempo do crime eram militares, independentemente de, empós, terem se tornado civis. Provimento do Recurso interposto pelo MPM para, cassando a Decisão hostilizada, reconhecer a competência do Conselho Permanente na espécie, determinando a baixa dos autos à instância de origem para o prosseguimento do feito. Decisão unânime. (Recurso em Sentido Estrito nº 7000430-73.2019.7.00.0000, Relator Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, julgado em 29/5/2019).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (RSE). AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO DA DECISÃO AO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. QUESTÃO MERITÓRIA. LEI 13.774/2018. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE EX-MILITARES PELA PRÁTICA DE DELITO CASTRENSE. ESCABINATO. FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA E AMPARADA NOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA. INTENÇÃO DO LEGISLADOR. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. INTERPRETAÇÃO EXTRAÍDA DA REDAÇÃO DO ART. 30, INCISO I-B, DA LEI 8.457/1992. DIREITO COMPARADO. PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. I - Conforme as reiteradas Decisões desta Corte, a nulidade suscitada pelo *Parquet* confunde-se com o mérito, uma vez que a questão de fundo é definir o órgão competente para o julgamento de ex-militares, e não aquele com atribuição para decidir, em 1º grau, a fixação da competência. Adoção do princípio da colegialidade. II - Historicamente, desde Roma antiga, o julgamento de integrantes das Forças Armadas pela prática de crimes militares foi designado aos superiores hierárquicos. Com a evolução da civilização ocidental, definiu-se como um dos principais modelos de composição dos órgãos julgadores o escabinato, o qual congrega o conhecimento jurídico de um Juiz togado à experiência dos Oficiais da caserna. III - A principal justificativa para a existência de uma Justiça Militar é a melhor proteção à hierarquia e à disciplina, constitucionalmente definidos como vetores da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem como legalmente previstos como bens jurídicos protegidos pelo Código Penal Militar (CPM) e pela legislação correlata. IV - Consequentemente, a alteração da regra da competência colegiada para o julgamento daqueles que praticaram fatos típicos militares, enquanto integrantes da caserna, ofende a *ratio essendi* da Justiça Militar da União. V - A Lei 13.774/2018 modificou a Lei de Organização Judiciária Militar da União (LOJM) – Lei 8.457/1992 – e estabeleceu a competência do Juiz Federal da Justiça Militar, de forma monocrática, para o julgamento de civis que pratiquem crimes militares. No entanto, não visou o legislador a modificação da regra para o processamento de ex-militares que cometeram delitos castrenses em atividade. Inteligência da Justificativa ao Projeto de Lei 7.683/2014. VI - Interpretação da nova redação do inciso I-B do art. 30 da LOJM, que

menciona expressamente os incisos I e III do art. 9º do CPM, e olvida propositadamente o inciso II, que dispõe acerca das situações de crimes praticados somente por militares. VII - Adoção do princípio *tempus regit actum*, o qual dispõe que a competência deve ser fixada na data do fato, sob pena possibilitar a criação de juízos de exceção, bem como a escolha do órgão julgador pelo acusado. Obediência à garantia do juiz natural. VIII - Fundamentação que encontra amparo no Direito Comparado, a exemplo do Chile, da Espanha e da Itália, que trazem previsão expressa no sentido de que a qualidade de militar é reconhecida na data do cometimento do crime. IX - Recurso conhecido e provido. Decisão majoritária. (Recurso em Sentido Estrito nº 7000331-60.2019.7.00.0000, Relator Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, julgado em 6/6/2019).

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 DOS ACUSADOS 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 dos Acusados 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. 6. Recurso conhecido e provido. Decisão por unanimidade. (Recurso em Sentido Estrito nº 7000413-37.2019.7.00.0000, Relator Min. Artur Vidigal de Oliveira, julgado em 11/6/2019).

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. DESERÇÃO. CRIME PRATICADO POR MILITAR DA ATIVA. LICENCIAMENTO DAS FORÇAS ARMADAS. LEI Nº 13.774/2018. COMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA PARA O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DO FATO DELITUOSO. PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. Se o acusado era militar da ativa quando consumou o crime militar, momento em que estava sujeito aos princípios da hierarquia e da disciplina, a perda da condição de militar durante a tramitação do processo não afasta a competência do escabinato para o processamento e o julgamento do ex-militar, sob pena de violação dos princípios do juiz natural e da segurança jurídica. A distribuição de competência contemplada pela Lei nº 13.774/2018, para julgar réus submetidos à jurisdição da Justiça Militar da União, não tem o condão de alterar, em favor do juiz singular, a competência dos Conselhos de Justiça para processar e julgar fato delituoso praticado por militar da ativa que, mesmo antes do recebimento da denúncia ou no curso do processo, perde a qualidade de militar, passando à condição de civil. Provimento do recurso ministerial, para, cassando a decisão recorrida, reconhecer a competência do Conselho Permanente de Justiça, determinando a baixa dos autos à instância de origem para o regular prosseguimento do feito. Decisão majoritária. (Recurso em Sentido Estrito nº 7000449-79.2019. 7.00.0000, Relator Min. Alvaro Luiz Pinto, julgado em 17/6/2019).

E, afinal, como marco definitivo do entendimento francamente dominante do Superior Tribunal Militar sobre a matéria, destaca-se o **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 7000425-51.2019.7.00.0000**, cuja ementa segue integralmente transcrita, *ipsis litteris*:

> EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO IRDR. INSTITUTO QUE SE ADÉQUA ÀS GARANTIAS INERENTES AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA ISONOMIA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS PROCESSOS. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DO IRDR. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 976, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). DESCABIMENTO. PRESSUPOSTOS PLENAMENTE RECONHECIDOS NA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DE TODOS OS PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU) SOBRE O TEMA. FACULTATIVIDADE. DECISÃO DO PLENÁRIO DA CORTE. ADMISSIBILIDADE. IRDR. NOTIFICAÇÃO DOS COMANDOS DAS FORÇAS ARMADAS, DO MINISTÉRIO DA DEFESA, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU), DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) E DOS JUÍZOS DAS AUDITORIAS DAS CIRCUNSCRIÇÕES JUDICIÁRIAS MILITARES. REQUERIMENTO DE INGRESSO COMO *AMICI CURIAE* REALIZADO PELA AGU E PELO CONSELHO SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL DA OAB DEFERIMENTO. ORIGEM. HIPÓTESES DE CABIMENTO. EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS. CONTROVÉRSIA SOBRE

QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. COMPROVAÇÃO NO CASO CONCRETO. JULGAMENTO DE MILITARES AO LONGO DA HISTÓRIA. SUBMISSÃO ÀS DECISÕES DE SUPERIORES HIERÁRQUICOS, POSTERIORMENTE ALIADA AO CONHECIMENTO DOS AUDITORES. PROTEÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA. JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA CASTRENSE. ALTERAÇÃO ADEQUADA À REALIDADE FÁTICA ATUAL. DISCUSSÃO. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR EX-MILITARES QUE COMETERAM DELITOS CASTRENSES EM ATIVIDADE. INTENÇÃO LEGISLATIVA. MENÇÃO AOS INCISOS I E III DO ART. 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO ACERCA DO INCISO II DO DISPOSITIVO. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. INTERPRETAÇÃO EXTRAÍDA DA REDAÇÃO DO ART. 30, INCISO I-B, DA LEI 8.457/1992. DIREITO COMPARADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS OFICIAIS DAS FORÇAS ARMADAS. CARGO PÚBLICO VITALÍCIO. ATUAÇÃO PAUTADA EM PRINCÍPIOS ÉTICOS. PREVISÃO ESTATUTÁRIA. ANALOGIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO. ALTERAÇÃO DO FORO PELA PROMOÇÃO DO MILITAR. SIMILARIDADE INEXISTENTE. MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA COLEGIADA. ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA. JUSTIÇA MILITAR EM TEMPO DE GUERRA. SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. CONCESSÃO DE GRAU HIERÁRQUICO AOS JUÍZES. PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (CPPM). ENUNCIADO DA 1ª JORNADA DE DIREITO MILITAR DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (ENAJUM). CUNHO ACADÊMICO. NÃO VINCULANTE. IRDR PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I - Preliminar de Inconstitucionalidade do IRDR: diante do aparente conflito entre a legalidade e a segurança jurídica, deve prevalecer a primazia da segurança jurídica, aliada à isonomia e à duração razoável dos processos. Preliminar rejeitada por unanimidade. II - Preliminar de Inadmissibilidade do IRDR: os requisitos previstos no inciso I do art. 976 do CPC foram analisados por ocasião da admissibilidade do Incidente nesta Corte. Presença de efetiva repetição de processos e de controvérsia sobre questão unicamente de direito. Preliminar rejeitada por unanimidade. III - O IRDR é instituto com inspiração no *Musterverfahren* alemão e no *Group Litigation Order* britânico. O procedimento está descrito no art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil. No caso concreto, os requisitos foram analisados por ocasião do Juízo de Admissibilidade do Incidente, no qual foi constatado o efetivo cumprimento dos dispositivos do

CPC. Na mesma oportunidade, decidiu-se pela suspensão apenas do caso paradigma, diante da necessidade do cumprimento dos princípios inerentes ao processo penal. Definiu-se, também, a viabilidade do Incidente na seara processual penal. Ressalte-se que, cientificados os Comandos das Forças Armadas, o Ministério da Defesa, a Advocacia-Geral da União, a Defensoria Pública da União, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os Juízos das 19 Auditorias das 12 Circunscrições Judiciárias Militares para prestar as informações entendidas cabíveis, requereram habilitação como *Amici Curiae* a AGU e o Conselho Seccional do Distrito Federal da OAB, pedidos deferidos pelo Ministro-Relator. IV - Desde os primórdios da Civilização ocidental, o cometimento de delitos por integrantes das Forças de Guerra eram julgados por oficiais de grau hierárquico superior ao do Acusado. Na Idade Moderna, Portugal e Espanha instituíram os Conselhos de Guerra, nos quais houve a formação do escabinato. Desde então, pouco se alterou quanto à estrutura dos órgãos de 1ª instância, composição também adotada no Brasil desde o Alvará de 1º.4.1808. V - A formação colegiada mista dos órgãos da Justiça Militar decorre da necessidade de eficiente proteção aos princípios da hierarquia e da disciplina. Alia-se a experiência da caserna dos oficiais ao conhecimento jurídico dos juízes togados. Proteção amparada pela Constituição Federal e ratificada pela doutrina militar nacional e estrangeira. Interpretação contrária gera ofensa à *ratio essendi* da Justiça Militar da União. VI - **Discussão referente ao julgamento de ex-militares que cometeram delitos castrenses na qualidade de integrantes da ativa das Forças Armadas. VII - A Lei 13.774/2018 modificou a Lei de Organização Judiciária Militar da União (LOJM) – Lei 8.457/1992 – e estabeleceu a competência do Juiz Federal da Justiça Militar, de forma monocrática, para o julgamento de civis que pratiquem crimes militares. No entanto, não visou o legislador à modificação da regra para o processamento de ex-militares que cometeram delitos castrenses em atividade.** Inteligência da Justificativa ao Projeto de Lei 7.683/2014. VIII - Interpretação da nova redação do inciso I-B do art. 30 da LOJM, que menciona expressamente os incisos I e III do art. 9º do CPM, e olvida propositadamente o inciso II, que dispõe acerca das situações de crimes praticados somente por militares. Inserção por analogia importaria em ativismo judicial, eis que não manifestada a vontade do legislador ordinário. IX - Adoção do princípio *tempus regit actum*, o qual dispõe que a competência deve ser fixada na data do fato, sob pena de possibilitar a criação de juízos de exceção, bem como a escolha do órgão julgador pelo acusado. Obediência à garantia do juiz natural. X - Fundamentação que encontra amparo no Direito Comparado, a exemplo de Chile, Espanha e Itália. No mesmo sentido há previsão nas Justiças Militares Estaduais. XI - Não há que se falar em violação ao Pacto

> de São José da Costa Rica ou à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Situações que envolvem civis que cometeram delitos castrenses nessa qualidade e não como integrantes das Forças Armadas. Distinção em relação ao caso vertente. XII – Assim como os magistrados togados, os Oficiais integrantes dos Conselhos de Justiça possuem vitaliciedade assegurada pela Constituição Federal. Na forma do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980), sua atuação é pautada em princípios éticos, entre os quais a justiça e a imparcialidade nas suas decisões. XIII - Descabida a analogia ao foro por prerrogativa de função e à remessa dos feitos ao 1º grau de jurisdição após o término do mandato parlamentar. A condição de militar não se amolda à ideia de cargo eletivo. Concepção de Justiça Especial para processar e julgar delitos castrenses que deve ser considerada. XIV - Sob o mesmo viés, é inviável a equiparação da alteração da competência pela promoção ao oficialato ou ao generalato. Manutenção da atribuição colegiada. Adequação do escabinato ao princípio da hierarquia. XV - Em que pese a competência monocrática dos Juízes Federais da Justiça Militar em tempo de guerra, cuida-se de situação extraordinária. Ademais, de acordo com o art. 710 do CPPM, eles serão comissionados em postos militares. XVI - O Enunciado 1 da 1ª Jornada de Direito Militar, organizada pela ENAJUM, tem cunho acadêmico e não possui qualquer efeito vinculante. XVII - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas procedente. Adoção da tese jurídica: "Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas.". Decisão unânime. (grifei).

Posto isso, rejeita-se a **Preliminar**.

II - MÉRITO

A materialidade está delineada e provada à saciedade, destacando-se, nesse sentido, o **Laudo de Exame Toxicológico** nº 78387, elaborado pelo Instituto de Análises Laboratoriais Forenses do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual consignou que a substância apreendida em poder do **Acusado** é *Cannabis Sativa Lineu*, popularmente denominada como "maconha", contendo, entre os seus componentes, o tetrahidrocanabinol-THC (Evento 26 do APF).

A autoria encontra-se igualmente desenhada e comprovada, salientando-se, a propósito, o que consta no **Termo de Apreensão** – **a indicar que a droga foi efetivamente encontrada em poder do Acusado** –, na substanciosa prova testemunhal representada pelos depoimentos em **Juízo** das testemunhas 1º Ten MATHEUS AUGUSTO BORGES, Subten DIOGO CRUZ MARTINS e Sgt LUÍS PAULO DRUM AZEVEDO – **a retratarem com detalhes as condições em que a "maconha" foi encontrada no armário do Réu** – e, finalmente, pela própria confissão deste na *persecutio in judicio* – **na qual reconheceu que o fato narrado na Denúncia é verdadeiro, chegando a**

detalhá-lo nos seus principais aspectos (Evento 24, itens 4 e 5 do processo originário).

O dolo que permeia o agir objetivo do **Acusado** de adentrar com a substância entorpecente no quartel e guardá-la em parte no seu armário e em parte em um esgoto da Organização Militar ressai, principalmente, do conteúdo do seu depoimento em **Juízo**, no qual deixou entrever que assim o fez sorrateiramente e às ocultas e, mais do que isso, de forma desimpedida e consciente (Evento 24, itens 4 e 5 do processo originário).

Por outro lado, nada do que diz a **Defesa** tem o condão de afastar a responsabilidade penal do **Acusado** na espécie.

Desse modo, em primeiro lugar, não há como acolher a tese defensiva, de que, *in casu*, teria ocorrido *bis in idem*, a justificar a pretendida absolvição do **Acusado**.

Cumpre reconhecer, no vértice, que, pelo mesmo fato, o **Acusado** foi licenciado das fileiras do Exército a bem da disciplina. Contudo, tanto não inviabiliza a **Sentença** condenatória que lhe foi imposta em 1º grau. E isso porque, como sabem todos, as esferas administrativa e criminal são independentes, não se confundem, na medida em que, inclusive, subordinam-se a poderes decisórios distintos e buscam tutelar interesses da sociedade e do próprio Estado não necessariamente idênticos e, à evidência, situados em graus diferenciados em uma escala de relevância.

Ainda nessa toada, ao depois, não cabe prestigiar a tese da **Defesa** de que, *in casu*, caberia a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que, em essência, pequena seria a quantidade de droga apreendida e que, ademais, o **Acusado** não a repassou a outro ou a outros militares e dela não fez uso "**enquanto tirava o seu turno no serviço militar**".

No ponto, cumpre salientar que, como assentado pelo Superior Tribunal Militar e pela própria Suprema Corte, a simples presença da substância entorpecente nos quartéis, em desacordo com as normas legais e regimentais, constitui bem mais do que delito de perigo para a saúde individual e coletiva, na medida em que põe em risco de morte não só os integrantes da Força, como também outras frações da sociedade, em face da própria natureza das atividades militares, com o impositivo uso de armamentos, inclusive pesados, e de outros petrechos com elevado poder de destruição. Ademais, notória também é a insegurança gerada pela presença e pelo uso de entorpecentes na Caserna, no que diz respeito à efetiva operacionalidade da tropa e à preservação da hierarquia e da disciplina.

Vale conferir, a propósito, o seguinte precedente do Excelso Pretório, sobretudo por expressar essa decisão proferida pelo seu Pleno e por trazer a lume notável magistério do seu **Relator**, o eminente Ministro Ayres Britto.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. 3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e

> regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. 4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia a dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – "às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar" (§ 1º do art. 143). 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de "relações de intrínseca subordinação". 6. No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis. 7. Ordem denegada. (**Habeas Corpus nº 103.684/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 21/10/2010.**)

Desse modo, como antes realçado, não se esgota a tutela do tipo previsto no art. 290 do CPM na preservação da saúde individual e coletiva, mas sim alcança outros bens jurídicos de capital importância para as Forças Armadas, quais sejam – **vale repetir** – a segurança dos seus integrantes e da coletividade, a efetividade de sua atuação no cumprimento de sua destinação

constitucional e a preservação dos seus pilares institucionais, vale dizer, a hierarquia e a disciplina.

Aliás, quanto a essa derradeira pretensão defensiva, bem ponderou a **Sentença** como segue, *ipsis litteris*:

> No aspecto da tipicidade material, já que a Defesa requereu aplicação do princípio da insignificância, temos que a guarda de psicotrópico (THC) em lugar sujeito à administração militar, em hipótese alguma, pode ser considerada penalmente insignificante, consoante jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores e reiteradamente tem decidido este Juízo em casos semelhantes.
>
> Isso porque além de tutelar a saúde pública, o tipo penal do art. 290 do CPM também protege a própria regularidade das Forças Armadas, ainda que de forma mediata.
>
> Vale dizer que as atividades desenvolvidas pelas Forças Armadas necessitam de integrantes aptos a poder atuar e cumprir sua relevante destinação constitucional, sendo certo que estão assentadas nos rígidos princípios da hierarquia e disciplina militares, os quais, indubitavelmente, foram lesados pela conduta do acusado.
>
> Ora, como resguardar a hierarquia e disciplina militares, bases das Forças Armadas, ou mesmo a segurança dos seus integrantes, com, por exemplo, um soldado armado sob efeito de substância psicotrópica? Como garantir a tranquilidade dentro dos quartéis se os seus integrantes não sabem quando o usuário poderá lançar mão da droga? Haveria respeito e confiança entre superior e subordinado sabendo-se que um deles é usuário de drogas?
>
> Uma simples reflexão quanto a tais questionamentos nos leva à conclusão de que a relação jurídica existente entre as instituições militares e os seus integrantes é manifestamente incompatível com a guarda de psicotrópico em seu interior, independentemente da sua quantidade, conforme consignado pelo eminente Ministro Ayres Brito, no HC nº 103.684, durante apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), da aplicação ou não do princípio da insignificância em caso semelhante ao destes autos:
>
>> "... a questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema <u>é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar</u>" (grifo nosso).
>
> Enfim, consoante resumiu o ilustre Ministro "... o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam".

Na esteira do quanto exposto, mostra-se como absolutamente proporcional e adequada a responsabilização do **Acusado** também na esfera penal, conforme bem ditou a **Sentença** *a quo*.

Quanto à pena, nada há a retocar, na medida em que dosada corretamente à luz das circunstâncias que adjetivam o fato e o próprio **Acusado**, além de estar em integral conformidade com a lei; e o mesmo cabe dizer quanto ao *sursis* e quanto ao regime prisional definido.

É o *quantum satis*.

Posto isso.

Nego provimento ao **Apelo** da **Defesa**, mantendo íntegra a **Sentença** hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o feito. No mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo da Defesa, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada.

Brasília, 18 de fevereiro de 2020 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 7001373-90.2019.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

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

Relator para o Acórdão: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Apelante: Tiago do Vale Ferreira.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Dr. José Maria da Rocha.

EMENTA

APELAÇÃO. DPU. CRIMES DE PREVARICAÇÃO E DE ABANDONO DE POSTO. PRELIMINARES DEFENSIVAS DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADAS POR UNANIMIDADE. PRELIMINARES DEFENSIVAS DE ATIPICIDADE DOS FATOS, DE NULIDADE ABSOLUTA DA DENÚNCIA, DA SENTENÇA E DE DESCLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS. CONHECIDAS POR DECISÃO DO PRESIDENTE DO STM. REJEITADAS. MÉRITO. TESES DEFENSIVAS DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROCEDENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABANDONO DO SERVIÇO DE RONDANTE. ELEVADA RESPONSABILIDADE FUNCIONAL. PREVARICAÇÃO EVIDENCIADA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DECISÃO POR MAIORIA.

1. A Denúncia que preenche os requisitos elencados no art. 77 do CPPM, em especial a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, não é inepta. Preliminar defensiva de inépcia da Denúncia rejeitada por unanimidade.

2. As Cortes Superiores estabelecem as diferenças entre a ausência de fundamentação e a motivação sucinta, hipótese esta perfeitamente admissível, pois o magistrado não necessita apreciar de maneira exauriente todos os argumentos aventados, bastando indicar as razões de decidir. Preliminar defensiva de nulidade da Sentença rejeitada por unanimidade.

3. Inexistindo qualquer ataque aos princípios constitucionais e sem a demonstração de prejuízo (concreto ou presumido), não se declara a nulidade de atos processuais. As preliminares defensivas de atipicidade dos fatos, de nulidade absoluta da Denúncia, da Sentença e de desclassificação das infrações penais foram conhecidas por Decisão do Ministro-Presidente do STM, consoante o art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM e, em seguida, rejeitadas.

4. A ordem dada à sentinela, militar subordinado, para contrariar normas da OM e, assim, satisfazer interesse estritamente

pessoal, sob o risco de comprometer a segurança da Organização Militar (OM), preenche as elementares previstas no art. 319 do CPM.

5. O crime de abandono de posto, previsto no art. 195 do CPM, abarca, como potenciais agentes, todos os militares escalados, verbalmente ou não, tais como os rancheiros, os enfermeiros, os padioleiros, os cavalariças, os plantões do alojamento e os componentes da guarda externa da Unidade. Com maior razão, em face do elevado nível de responsabilidade e de exemplo devido aos demais subordinados, também engloba os Superiores de Dia, os Oficiais de Dia e os rondantes de qualquer posto ou graduação. Enfim, alcança por completo os integrantes do serviço, tudo em sintonia com a tutela da Força de Reação, esta vocacionada à segurança orgânica da OM.

6. O serviço de rondante deve ser dedicado, integralmente, à segurança da OM, sendo que o agente, mesmo que por breve instante, não dispõe da renúncia dessa obrigação.

7. O rondante deve ocupar todo o tempo previsto para supervisionar a segurança da OM. Se os rondantes, no seu quarto de hora, fiscalizassem uma única vez os postos, os guardas conheceriam a rotina de cada um deles e encontrariam brechas para relaxar a segurança, tornando a OM vulnerável, em frontal ataque ao Plano de Segurança.

8. Se o rondante, ao invés de prosseguir na fiscalização dos postos, interromper as suas obrigações públicas para priorizar interesses privados, cometerá o crime previsto no art. 195 do CPM.

9. A interrupção criminosa da ronda, abstraindo-se a alta responsabilidade inerente às funções do Sargento, não difere muito do Soldado que, por exemplo, abandona o posto para dormir na viatura da garagem.

10. Os regulamentos consideram transgressão disciplinar as condutas menos gravosas, como as de abandonar as tarefas ou as missões cotidianas e de mero expediente, ou seja, sem qualquer correlação com a segurança diuturna dos quartéis, exercida pelo pessoal de serviço escalado e tutelada pelo art. 195 do CPM.

11. Sendo o art. 195 do CPM classificado como delito de perigo abstrato, a possiblidade de haver danos materiais e morais irreparáveis **independe do tempo que perdurou o abandono da ronda**.

12. Se a reprimenda relativa ao abandono de posto, ainda que ausente qualquer dano em concreto, estivesse restrita ao âmbito administrativo, a Justiça Militar da União, exatamente aquela criada para tutelar os serviços que as Forças Armadas

prestam à sociedade, exporia a intolerável risco os patrimônios humano e material da *ultima ratio* do Estado.

13. Não provimento do Apelo 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 unanimidade**, rejeitou a preliminar defensiva de inépcia da Denúncia; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar defensiva, de nulidade da Sentença, por ausência de fundamentação. Em seguida, consoante o disposto no art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, o Ministro-Presidente decidiu nos termos do voto do Relator Ministro William de Oliveira Barros, que conheceu e rejeitou as preliminares defensivas de atipicidade dos fatos, de nulidade absoluta da Denúncia, da Sentença e de desclassificação das infrações penais. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), Artur Vidigal de Oliveira, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino não conheciam das preliminares defensivas mencionadas. Prosseguindo, no mérito, **por maioria**, conheceu e negou provimento ao apelo interposto pela Defesa do ex-3º Sgt Ex Tiago do Vale Ferreira, para manter inalterada a Sentença condenatória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros William de Oliveira Barros (Relator), Lúcio Mário de Barros Góes e Francisco Joseli Parente Camelo conheciam e davam provimento parcial ao apelo defensivo para, reformando a Sentença guerreada, absolver o ex-3º Sgt Ex Tiago do Vale Ferreira do crime capitulado no art. 195 do CPM, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM, e mantinham na íntegra a condenação à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no crime capitulado no art. 319 do CPM, com ***sursis*** e, em caso de rejeição desse benefício ou de seu descumprimento, a fixação do regime prisional inicialmente aberto, nos termos fixados na Sentença. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho e Carlos Vuyk de Aquino davam provimento parcial ao recurso de Tiago do Vale Ferreira, para absolvê-lo do crime previsto no art. 319 (prevaricação) do CPM, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM, mantida sua condenação como incurso no delito do art. 195 (abandono de posto) do CPM, à pena de 3 (três) meses de detenção, com o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime prisional inicialmente aberto para eventual cumprimento da reprimenda. O Ministro José Coêlho Ferreira dava provimento ao apelo da Defesa para, reformando a sentença, absolver o Apelante dos crimes capitulados nos arts. 195 e 319, ambos do CPM, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM. Os

Ministros Artur Vidigal de Oliveira, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz negavam provimento ao Apelo defensivo e mantinham incólume a Sentença vergastada.

Relator para Acórdão Ministro Marco Antônio de Farias. Os Ministros William de Oliveira Barros (Relator) e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) farão votos vencidos. O Ministro José Coêlho Ferreira fará declaração de voto. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da Seção de Julgamento, 4/5/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação, interposto pela Defesa constituída do ex-3º Sgt Ex **TIAGO DO VALE FERREIRA**, em face da Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar – 3AUD3CJM, de 29 de outubro de 2019, a qual julgou procedente a denúncia ofertada em desfavor do nominado graduado, para condená-lo à pena de 9 (nove) meses de detenção, como incurso nas condutas de abandono de posto, tipificada no art. 195, e prevaricação, tipificada no art. 319, ambos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade.

Narra a denúncia ter o então 3º Sgt Ex **TIAGO DO VALE FERREIRA**, no dia 18 de março de 2018, no âmbito do 9º Batalhão Logístico (9º B Log), investido na função de rondante da hora e, durante o seu quarto de hora, de 00h00min às 2h, se dirigido até o Portão das Armas e determinado ao militar que se encontrava de sentinela, Sd EP Felipe **Lopes** Mayer, com intuito de satisfazer interesse pessoal e sem autorização superior, que permitisse a entrada de um veículo Modelo Spin, de cor escura, na referida OM, e não identificasse o(a) motorista, apurado, posteriormente, tratar-se da senhora Tatiane Pereira Fan, sogra do Oficial-de-Dia Asp Of Douglas Dorneles **Torbitz**. Afirma o Órgão acusatório ter a conduta do denunciado afrontado os deveres militares de hierarquia, de disciplina e do rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens no âmbito militar.

Conforme apurado na inquisa, o denunciado revelou aos Soldados **Nilson** Rogério Muller e **Helbert** de Brum de Lima que estava prestes a ter relações sexuais com Tatiane. Para tanto, exibiu a esses militares, por meio de mensagens postadas no aparelho celular, as conversas mantidas com a nominada senhora.

No momento da chegada do referido veículo, por volta das 00h30min, o denunciado nele embarcou e se dirigiu, juntamente com Tatiane, para o estacionamento da OM, onde permaneceram por cerca de uma hora. Essa

situação foi presenciada pelos Soldados **Nilson**, **Helbert** e **Lopes** e pelo Cb **Patrick**.

Quando da saída do veículo, o denunciado foi deixado no portão da Unidade e retomou o serviço para o qual estava escalado, marcando de forma apressada e em desconformidade com o tempo previsto nas normas do 9º B Log os pontos do itinerário de sua ronda. Consta, ainda, ter o denunciado se vangloriado para o Soldado **Lopes** e para o Cb **Gian** Busnelo Farina a prática do ato sexual mantido com Tatiane.

Por essas condutas, o ex-3º Sgt Ex **TIAGO DO VALE FERREIRA** foi denunciado como incurso nos arts. 319 e 195, c/c o art. 79, ambos do CPM (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 1, DENUNCIA1).

Em relação à suposta relação sexual mantida entre o acusado e a senhora Tatiane, comprovou-se, ainda na fase inquisitória, a sua inocorrência, apuração essa posteriormente arquivada a pedido do Ministério Público Militar.

A denúncia foi recebida em 26 de outubro de 2018 (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 1, REC_DENUNCIA2) e o acusado regularmente citado em 12 de novembro de 2018 (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 18, CERT2).

Foram ouvidas no dia 21 de novembro de 2018 as seguintes testemunhas arroladas pela acusação: Tatiane Pereira Fan, ouvida por videoconferência (evento 40, VÍDEOS 1 a 8); Ten Douglas Dorneles **Torbitz** (evento 40, VÍDEOS 9, 10 e 11); Cab Ex Patrick **Bitencourt** Melo (evento 40 VÍDEOS 11 (2min13seg), 12 e 13); Sd Ex Felipe **Lopes** Mayer (evento 40, VÍDEOS 13 e 14); Sd Ex **Nilson** Rogério Muller (evento 40, VIDEOS 14 (9min26seg) e 15); Sd Ex **Helbert** de Brum Lima (evento 40, VÍDEOS 16 e 17).

As testemunhas arroladas pela Defesa foram regularmente inquiridas na seguinte ordem, cujas declarações se encontram registradas em mídias audiovisuais: Ten Cel Roberto Morais **Brancalione** (evento 178, VÍDEOS 1 a 3 – obs. VÍDEO 1 apenas áudio a partir de 2min10seg); Cap Leonardo **Dalenogare**, ouvido por videoconferência (evento 127 VIDEOS 1 a 5); Cab Ex Luciano Addi **Bartsch** (evento 172, VÍDEOS 1 e 2); 1º Ten **Fabrício** Silveira Silva (evento 172, VIDEOS 3 a 6); Maj Ex Éder Andrade **Balconi** (evento 172, VÍDEOS 7 a 10); Ten Cel Ricardo Colpo **Gaier** da Rosa (evento 205, VIDEOS 1 e 2 (até 2min51seg).

O acusado foi regularmente qualificado e interrogado (evento 205, VÍDEOS 2 (a partir 2min54seg) e 3).

Foram juntados aos autos os seguintes documentos:

- Sindicância – evento 1 dos autos do IPM de nº 7000044-57.2018. 7.03.0303/RS;

- Folha de Alterações do acusado – evento 1 dos autos do IPM de nº 7000044-57.2018.7.03.0303/RS;

- Portaria de instauração de IPM – evento 1 dos autos do IPM de nº 7000044-57.2018.7.03.0303/RS;

- Croqui da área interna do 9º Batalhão Logístico – evento 1 dos autos do IPM de nº 7000044-57.2018.7.03.0303/RS, fl. 181;

- Escala de serviço para o dia 18 de março de 2018 – evento 15 dos autos do IPM de nº 7000044-57.2018.7.03.0303/RS, fl. 181;

- Atribuições do rondante da hora – evento 15 dos autos do IPM de nº 7000044-57.2018.7.03.0303/RS, fl. 181;

- Relatório do IPM – evento 1 dos autos do IPM de nº 7000044-57. 2018.7.03.0303/RS;

- Solução de IPM – evento 1 dos autos do IPM de nº 7000044-57. 2018.7.03.0303/RS;

- Decisão que acolhe o pleito ministerial para arquivar o feito em relação ao acusado pela prática delitiva de ato de libidinagem (art. 235 do CPM), com fulcro no art. 25 do CPPM – evento 28 dos autos do IPM de nº 7000044-57.2018.7.03.0303/RS;

- Distribuição e roteiro de rondas do 9º Batalhão Logístico, com a delimitação dos horários em que o acusado esteve nos postos de fiscalização do quartel – eventos 56, 90 e 129.

- Lista de civis que frequentaram um matrimônio realizado no interior do aquartelamento entre os dias 17 e 18 de março de 2018 – evento 90;

- Recebimento de Serviço (evento 118, ANEXO1); e

- Licenciamento do acusado a contar de 30 de novembro de 2018 (evento 90, OFIC1).

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM nada requereu (evento 209, MANIFESTACAO1). Todavia, o Magistrado, em 31 de julho de 2019, determinou às partes a apresentação de todas as argumentações de fato e de direito, em alegações escritas, na forma do precedente do Supremo Tribunal Federal no HC nº 93.076 e, após as respectivas manifestações, a conclusão dos autos para prolação de Sentença, nos termos do art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457/1992 – LOJM (evento 214, DESP1). Contudo, em 6 de setembro de 2019, em virtude da Decisão proferida por esta Corte na Petição nº 7000425-51.2109.7.00.0000 (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR), o Magistrado reconvocou o Colegiado *a quo* para prosseguir no processamento do feito (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 222). Os atos isolados praticados pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar foram ratificados em

audiência pelo Conselho Permanente de Justiça, em 23 de setembro de 2019 (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 243).

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar ratificou os termos constantes na inicial acusatória para condenar o acusado como incurso no art. 319, *caput*, e no art. 195, *caput*, ambos do CPM (evento 217, ALEGAÇÕES1). A Defesa pugnou pela improcedência da denúncia, para absolver o acusado (evento 220, ALEAGAÇÕES1).

No dia 25 de outubro de 2019, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por maioria (4x1), julgou procedente a denúncia para condenar o ex-3º Sgt Ex **TIAGO DO VALE FEREIRA** à pena de 9 (nove) meses de detenção, como incurso no art. 319 e no art. 195, ambos do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, com a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda e o direito de recorrer em liberdade. A divergência foi do Juiz Militar Cap Ex Luiz Alves Paz, o qual absolvia o acusado com fundamento no art. 72, inciso III, alínea "d", do CPM (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, Julgamento constante dos eventos 266, VIDEOS 1 A 9, e 267).

A Sentença foi lida e assinada em 29 de outubro de 2019 (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 265). As partes foram regularmente intimadas pelo sistema e-Proc no dia 4 de novembro de 2019 (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, eventos 272 e 274). Em 5 de novembro de 2019, a Defesa protocolizou recurso de apelação devidamente acompanhado das respectivas razões (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 275).

Em 18 de novembro de 2019, o sentenciado iniciou o cumprimento do período de prova do *sursis*, cuja fiscalização ficou a cargo do Juízo da 6ª CJM (APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303, evento 296).

Em suas razões, a Defesa, com emprego de argumentação exaustiva, de difícil entendimento e desconectada do contexto fático, argui preliminar atribuindo responsabilidade solidária ao 9º B Log, ao Ministério Público Militar e ao Juízo da 3AUD3CJM pela omissão em permitir a locação indevida de instalação interna da OM para realização de eventos particulares, cujos valores do empréstimo eram repassados em mãos aos militares, além de permitirem que a guarnição da mencionada OM fizesse uso de bebida alcoólica durante e após o expediente.

Atribui a responsabilidade à sentinela da hora Sd Ex **Lopes**, o qual permitiu a entrada do veículo, sem identificá-lo, atendendo a ordem manifestamente absurda e temerária, sem levar o fato ao conhecimento de seus superiores. Afirma que, mesmo durante a apuração dos fatos, tanto o Comando do 9º B Log quanto o Ministério Público Militar e o Juízo da 3AUD3CJM foram omissos em não apurar a conduta da sentinela da hora.

Em relação ao fato objeto do presente recurso, afirma não ter o Apelante praticado qualquer crime previsto na lei penal castrense, mas tão somente incorrido em transgressões disciplinares. Alega se tratar de sentença imotivada, a qual condenou o acusado desprovida de provas que evidenciem a materialidade dos delitos a ele imputados. Afirma que em situação anterior, ocorrida em 8 de março de 2017, o Comandante considerou o fato como transgressão disciplinar leve, por ter o Apelante deixado de realizar a ronda em serviço.

Aduz ter o militar permanecido durante todo o serviço, nos dias 17 e 18 de março de 2018, no interior da OM, e salienta inexistir norma proibitiva da entrada de civis no 9º B Log. Alega não existir norma que determine horário preciso para o registro da passagem pelo rondante nos pontos de itinerário. Finalmente, alega a demonstração da inexistência de qualquer vantagem ou proveito próprio pela prática do suposto crime de prevaricação.

Ao final, a Defesa reitera as alegações de nulidade da sentença em face da ausência de motivação para condenação, a fim de serem observados os princípios da imparcialidade, da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. No mérito, pugna pelo provimento do apelo, para reformar e sentença condenatória e absolver o acusado (Processo Principal, evento 1, 1APELAÇÃO).

Em contrarrazões, o Ministério Público Militar rebate a preliminar de nulidade e pugna pela sua improcedência.

Afirma estarem presentes as elementares dos delitos. Em relação à prevaricação, afirma que o Apelante era o superior hierárquico do Sd **Lopes**, ao qual emitiu ordem para permitir a entrada do veículo descrito na denúncia. Aduz não ser tal ordem manifestamente ilegal, dada a sua razoabilidade.

No tocante ao abandono, aduz que o fato de ter sido o Apelante punido anteriormente por conduta semelhante não traz implicações para a presente apuração, haja vista não se conhecer as circunstâncias em que o militar a teria cometido, sendo provável que, na ocasião, não se preencheram os elementos do tipo, razão pela qual o fato se restringiu à esfera disciplinar.

Ao final, postulou pelo conhecimento e desprovimento do apelo defensivo, para manter na íntegra a Sentença hostilizada (Processo principal, evento 1 3CONTRAZ).

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Vice-Procurador-Geral Dr. Roberto Coutinho, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo defensivo, para reformar a r. Sentença e absolver o Apelante das imputações constantes na denúncia, por atipicidade penal dos

fatos, os quais não ultrapassaram os limites da mera transgressão disciplinar (Processo principal, evento 6 PAREC MP).

Por despacho de 22 de abril de 2020, da lavra do Ministro-Presidente, foi deferido pedido de sustentação oral, nos termos do art. 6º, inciso XXIX-A, do RISTM, c/c os arts. 8º, 9º e 10 da Resolução nº 275, de 2 de abril de 2020, e com os incisos I e II do § 1º do art. 2º do Ato Normativo nº 414, que regulamenta as sessões de julgamento virtuais no Superior Tribunal Militar (Processo principal, evento 14).

Em 23 de abril de 2020, a Defesa atravessou nova petição a fim de ser oportunamente informada da data e do horário da reserva da "SALA DE VIDEOCONFERÊNCIA da 3ª AUDITORIA DA 3ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR / Santa Maria / RS para fins de que seja executada pelo Defensor a SUSTENTAÇÃO ORAL legalmente deferida com presteza, probidade, boa-fé, lealdade e eficiência pelo STM.". (Processo principal, evento 22).

A Secretaria Judiciária certificou, em 24 de abril de 2020, o seguinte fato, *in verbis*:

> (...) realizei contato telefônico com o Dr. JOSE MARIA DA ROCHA - OAB/RS nº 100.483 (telefone: 21-99563-5989) e lhe informei acerca do novo procedimento para a realização de sustentação oral nos julgamentos virtuais na Justiça Militar da União. Certifico, ainda, que encaminhei em seu e-mail (jrocha333@hotmail.com) cópias da Resolução nº 275 de 2/4/2020 e do Despacho de 22/04/2020 (evento 14). Disse-lhe, ainda, que se tivesse alguma dúvida na execução do procedimento, entrasse em contato com a equipe de suporte do e-Proc (61-3313-9144) para maiores esclarecimentos. Dou fé. (Processo principal, evento 26.)

Novamente, a Defesa, no dia 27 de abril de 2020, às 23h40min, ou seja, no último dia do prazo para juntar a mídia da sustentação oral, nos termos dos normativos citados, requereu a juntada da sustentação oral (Processo principal, evento 34).

Ocorre que a Secretaria Judiciária, no dia 28 de abril de 2020, certificou nos autos que, apesar do pedido formulado no evento 34, **não foi juntada aos autos** a sustentação oral como requerida (Processo principal, evento 35).

A Ministra-Revisora teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

O presente Recurso de Apelação satisfaz os requisitos de admissibilidade, logo, deve ser conhecido, processado e julgado.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA

A Defesa pugnou pela decretação da inépcia da exordial, porque, na sua ótica, em nenhum momento ela descreveu claramente os fatos criminosos, sendo deficiente e omissa.

Por ocasião do julgamento do Recurso de Apelação, a douta Ministra-Revisora, Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, assim se manifestou:

> (...) O pedido, igualmente, não pode prosperar.
>
> A inicial acusatória, com efeito, preencheu os requisitos elencados no art. 77 do CPPM, mormente "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias". Leiam-se trechos da peça pórtico:
>
>> No dia 18 de março de 2018, por volta das 00h30min, no interior do 9º Batalhão Logístico, organização militar sediada em Santiago/RS, o 3º Sgt Tiago do Vale Ferreira, investido na função de rondante da hora (escala – evento 15, doc. 29, fls. 215), dirigiu-se até o Portão das Armas daquela unidade militar e, lá chegando, determinou ao Sd EP Felipe Lopes Mayer, de ofício, com o intuito de satisfazer interesse pessoal, e sem autorização superior, que abrisse o portão das armas quando chegasse um veículo modelo Spin, de cor escura, e não identificasse o(a) motorista, conduta esta que afrontou os deveres militares de hierarquia, disciplina e rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens no âmbito militar (art. 31, incisos IV e V, da Lei nº 6.880/80, e DIEx nº 0042-S/2-9º B Log, evento 15, doc. 29, fls. 224-225).
>>
>> Segundo o apurado, durante a noite do serviço do dia 17 para o dia 18 de março de 2018, o 3º Sgt Vale disse ao Sd EV Nilson Rogério Muller e ao Sd EV Helbert de Brum de Lima que estava prestes a ter relações sexuais com uma civil dentro do aquartelamento, e que esta civil seria a sogra do então Oficial de Dia do Batalhão, o Asp Of Douglas Dorneles Torbitz. Na ocasião, o 3º Sgt Vale mostrou aos Soldados Nilson e Helbert, que estavam, respectivamente, nas posições de integrante da "força de reação" e de sentinela do Portão Norte, mensagens de celular que comprovariam a marcação do dito encontro (evento 1, doc. 4, fls. 43-44 e 45-46, e doc. 10, fls. 120-121 e 133-134).
>>
>> Com efeito, por volta da 0h30min do dia 18 de março de 2018, o 3º Sgt Vale, incumbido da função de rondante da hora, dirigiu-se até o Portão das Armas do 9º Batalhão Logístico. Lá chegando, e enquanto usava seu aparelho telefônico celular, determinou expressamente ao Sd EP Felipe Lopes Mayer que abrisse o portão das armas quando chegasse um veículo modelo Spin, de cor escura, e não identificasse o(a) motorista, o que aquele militar prontamente o fez, pois tal veículo chegou cerca de

cinco (5) minutos após a ordem recebida (evento 1, doc. 4, fls. 41-42, e doc. 10, fls. 123-124).

Na sequência, o 3º Sgt Vale, de livre e espontânea vontade, abandonou, sem ordem superior, o serviço de rondante para o qual havia sido designado, serviço cuja duração era de duas (2) horas, entre a 0h e as 2h do dia 18 de março de 2018 (evento 15, doc. 29, fls. 215 e 222-223), e embarcou na carona do dito veículo, rumando, juntamente com a motorista, posteriormente identificada como sendo a Sra. Tatiane Pereira Fan (evento 1, doc. 10, fls. 136-137), ao estacionamento da unidade militar, onde permaneceu por cerca de 1h (evento 1, doc. 4, fls. 41-42 e 43-44). Tal situação foi vista pelos Soldados Lopes, Nilson e Helbert, assim como pelo Cb EP Patrick Bitencourt Melo (evento 1, doc. 10, fls. 117-118 e 133-134, e evento 15, doc. 29, fls. 219-220 e 222-223).

Após o carro da civil ter saído do estacionamento em direção à rua, o denunciado, que foi deixado no portão das armas (pórtico), retomou o serviço para o qual estava escalado e marcou, de forma apressada e em desconformidade com o tempo previsto nas normas do 9º B Log (BI nº 92/2017, de 26 de maio de 2017 – evento 15, doc. 29, fl. 217), os pontos do itinerário da sua ronda (evento 1, doc. 4, fls. 45-46 e doc. 10, fl. 131).

Consta, ainda, que o denunciado, após os fatos, se vangloriou para o Soldado Lopes e para o Cb EP Gian Busnelo Farina de ter tido relação sexual com a civil Tatiane Pereira Fan no interior do aquartelamento (evento 1, doc. 4, fls. 41-42 e doc. 10, fl. 131), contudo, ouvidos, tanto o 3º Sgt Vale como a civil negaram terem praticado qualquer atividade de cunho sexual no período em que estiveram no estacionamento do 9º B Log.

Assim, o denunciado, com tais condutas, praticou os delitos previstos nos artigos 319 (prevaricação) e 195 (abandono de posto), na forma do art. 79 (concurso de crimes), todos do Código Penal Militar.

Vê-se, pois, que a peça inaugural narrou o fato com todas as circunstâncias imprescindíveis para o início da persecução penal, porquanto o denunciado fora acusado por conduta descrita especificamente, de forma que sua defesa restou realizada regularmente, em toda a instrução processual, inclusive propondo e sendo deferidos meios de prova, em estrita observância ao seu direito constitucional do contraditório e da ampla defesa. (...).

Nesses termos, em face da consistência dos fundamentos emitidos pela eminente Ministra, o Plenário do STM adotou-os, na íntegra, como razões para decidir.

Ex positis, rejeito a preliminar de inépcia da Denúncia.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

Novamente, por ocasião do julgamento do Recurso de Apelação, a eminente Ministra-Revisora, Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, assim frisou:

> (...) É exigência constitucional deverem, todas as decisões judiciais, ser motivadas, sob pena de nulidade, em obediência ao mandamento insculpido no art. 93, inciso IX, da Carta de 1988.
>
> À luz dos ditames magnos, a Sentença primeva condenou o réu à pena de 9 (nove) meses de detenção, como incurso nos crimes previstos nos arts. 195 (abandono de posto) e 319 (prevaricação), ambos do CPM, com fundamentação que procedeu à justa subsunção dos fatos à norma penal.
>
> Concernente às preliminares, a Decisão vergastada, com a devida argumentação, afastou todas as preliminares levantadas pela Defesa. Veja-se que, embora o tópico inicial do enfrentamento a quo tenha se referido a apenas uma preliminar (inépcia da denúncia), a leitura da fundamentação demonstrou terem sido duas as questões prévias tratadas: (i) a inépcia da exordial e (ii) a nulidade da denúncia por emprego de expressões genéricas e vagas.
>
> A fim de apontar a inexistência de afronta às balizas orientadoras do *due processo of law*, transcrevo, na íntegra, a argumentação do *Decisum*, no tocante a matéria preliminar:
>
>> Antes de avançar para a seara meritória, é crucial enfrentar a preliminar suscitada pela Defesa em sede de julgamento acerca da **inépcia da peça preambular**.
>>
>> A importância da observância dos requisitos legais estabelecidos na denúncia ocasiona reflexos imediatos ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, nos exatos termos do art. 5º, LV, do Texto Maior. Afinal de contas, a peça inaugural da persecução penal judicial tem o condão de delimitar o âmbito da acusação e, por conseguinte, assegurar à defesa a possibilidade de refutar as teses acusatórias lançadas pelo Estado-Administração no andamento da ação penal militar, sem que exista qualquer surpresa ao longo do arco procedimental.
>>
>> Em que pese o juízo positivo de admissibilidade da inicial acusatória tenha sido realizado no momento da publicação da decisão interlocutória simples de recebimento da exordial (evento 1 – documento 2), repise-se que presentes estão todos os requisitos legais para propiciar um julgamento com resolução do mérito.
>>
>> Como se vê, de forma escorreita, a denúncia expôs minuciosamente as práticas delitivas de abandono de posto e de prevaricação, com todos os seus pormenores, indicando o

acusado, bem como a Organização Militar prejudicada com tais comportamentos, tudo em sintonia com o estabelecido com os arts. 30 e 77, ambos do Código de Processo Penal Militar. Segundo aponta o Pretório Excelso "não é inepta a denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a sua defesa, demonstrando de forma clara o crime na sua totalidade e especificando a conduta ilícita por ela praticada".

Carece de plausibilidade jurídica a afirmação de que a denúncia é inepta (art. 3º, "a", do CPPM c/c o art. 395, I, do CPP), notadamente por ter a exordial esmiuçado os fatos criminosos e suas respectivas autorias, com a indicação das circunstâncias de tempo, lugar e *modus operandi*.

De tal arte, **o escabinato não vislumbra ter o Órgão Ministerial empregado expressões vagas, genéricas e imprecisas no instante em que cunhou as imputações criminosas em desfavor do acusado**. Não há que se falar em qualquer prejuízo à Defesa para o desempenho de seu mister. Tanto assim o é que o nobre causídico teve oportunidade de, além de juntar inúmeros documentos e jurisprudências no transcurso da ação penal militar, indicar 6 (seis) testemunhas de defesa e apresentar alegações finais com 37 (trinta e sete) laudas para contrapor-se à linha acusatória. (Grifos nossos).

Ressalte-se que as Cortes Superiores têm distinguido a ausência de fundamentação de motivação sucinta, hipótese perfeitamente admissível, pois o magistrado não tem o dever de apreciar de maneira exauriente todos os argumentos aventados, bastando, apenas, indicar as razões de decidir.

Nesse jaez, transcrevo Acórdãos que sinalizam a possibilidade de decisões com motivação mais concisa:

A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988. (HC nº 105.349-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 23/11/2010, Segunda Turma, DJe de 17/2/2011)

O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. (AI nº 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/6/2010, Plenário, DJe de 13/8/2010, com repercussão geral).

No mesmo sentido: AI nº 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 9/11/2010, Primeira Turma, DJe de 26/11/2010; AI nº 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 18/8/2009, Segunda Turma, DJe de 11/9/2009; AI nº 697.623-AgR-ED-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, julgado em 9/6/2009, Primeira Turma, DJe de

1º/7/2009; e AI nº 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/8/2003, Primeira Turma, DJ de 5/9/2003.

Registre-se que a orientação dos Tribunais Superiores, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, é no sentido de que o magistrado não está obrigado a enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes, mas somente aqueles capazes de infirmar a conclusão adotada.

A propósito, precedentes do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. **O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida**. 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal *decisum*. 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, DJe de 15/6/2016) (grifei).
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TESE DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a sanar ambiguidade, suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado, o que não ocorreu na hipótese. 2. **Tendo sido a controvérsia devidamente resolvida, sem qualquer resquício de omissão ou qualquer**

> **outro vício, não exsurge para o órgão julgador a obrigação de examinar os dispositivos constitucionais listados pelo Embargante, com o propósito de prequestioná-los, na medida em que a prestação jurisdicional foi apropriada e oportunamente prestada**. 3. A pretensão de rediscutir matéria devidamente abordada e decidida no acórdão embargado, consubstanciada na mera insatisfação com o resultado da demanda, é incabível na via dos embargos declaratórios. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1672654/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 1/10/2018) (grifei).
>
> Daí ser prescindível, entre outros, enfrentamento acerca das responsabilidades atribuídas ao 9º B Log, ao Ministério Público Militar e ao Juízo de primeiro grau, por não serem capazes, minimamente, de atacar a decisão condenatória. (...).

Assim, fruto dos sólidos fundamentos acostados pela douta Ministra-Revisora, o Plenário do STM colacionou-os como razões para decidir.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da Sentença por ausência de fundamentação.

PRELIMINARES DE ATIPICIDADE DOS FATOS, DE NULIDADE ABSOLUTA DA DENÚNCIA, DA SENTENÇA E DE DESCLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS

As preliminares defensivas de atipicidade dos fatos, de nulidade absoluta da Denúncia, da Sentença e de desclassificação das infrações penais foram conhecidas por Decisão do Ministro-Presidente do STM, consoante o art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, por ser a posição mais favorável à Defesa.

O Ministro-Relator, Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, sobre o tema, apresentou, com maestria, as seguintes considerações:

> (...) Em exaustiva e desordenada argumentação, a Defesa alega diversas nulidades, nominando-as de nulidade da sentença por ausência de motivação, de inépcia da inicial, de atipicidade da conduta, de desclassificação das infrações penais, de cerceamento de defesa, esta acrescida de prejuízos materiais e morais para o Apelante. A petição recursal requer um esforço descomunal para sua compreensão, pois o causídico mescla ditas preliminares com discussão de mérito. Inicia seus argumentos com fatos que não guardam qualquer relação com o processo, imputando à Organização Militar, ao Juízo da 3AUD3CJM e ao Órgão do MPM a responsabilidade pelo uso de bebidas alcoólicas por militares e civis no interior do 9º B Log, durante um evento (casamento) que ocorria no local.
>
> Em seguida, volta a falar sobre as mencionadas preliminares e alega estar a Sentença baseada em afirmações vagas trazidas pela denúncia, o que resultou na violação das garantias constitucionais da ampla defesa, do

> contraditório, da imparcialidade e da isonomia. Pede, ao final, a declaração de nulidade da Sentença, a fim de ser o ato renovado em juízo, com a observância das garantias apontadas.
>
> Carece de amparo sustentável o argumento da Defesa. A denúncia foi precisa ao descrever o contexto fático e suas circunstâncias, imputando ao então indiciado condutas certas e determinadas, com as descrições do local, do momento e do *modus operandi*, tudo de forma a atender aos requisitos constantes das alíneas do art. 77 do CPPM. A peça acusatória delimitou com suficiência o âmbito da *quaestio*, de forma a propiciar à Defesa o pleno exercício do contraditório.
>
> Vale acrescentar a observância de outras garantias processuais ao acusado. Como bem mencionou o Conselho Julgador: "o nobre causídico teve oportunidade de, além de juntar inúmeros documentos e jurisprudências no transcurso da ação penal militar, indicar 6 (seis) testemunhas de defesa e apresentar alegações finais com 37 (trinta e sete) laudas para contrapor-se à linha acusatória." (APM nº 7000100-90.2018. 7.03.0303, evento 265, fl. 4)
>
> Assim, não prosperam os argumentos defensivos de nulidade processual. Ao contrário, deve-se registrar o êxito do julgado proferido, em cuja instrução criminal os Magistrados e as partes desempenharam plenamente suas funções institucionais.
>
> Não vejo como considerar isoladamente as preliminares trazidas pela Defesa, até porque, volto a frisar, os argumentos se encontram expostos de forma prolixa, ora atacando a Sentença, ora a Denúncia, ora pontos relacionados à existência dos delitos em si. O que é indene de dúvida é que todas as preliminares, sejam de atipicidade, inépcia da inicial, desclassificação das infrações penais e cerceamento de defesa se inserem num contexto maior de nulidade da sentença, que não merecem acolhimento em face da regularidade constatada na tramitação do feito na instância *a quo*, desde a sua instauração até a prolação da decisão final de mérito.
>
> Inexistindo qualquer ataque a princípios constitucionais e sem a demonstração de prejuízo (concreto ou presumido), não se declara a nulidade de atos processuais. (...).

Diante do exposto, rejeito as preliminares de nulidade por ausência de amparo legal.

MÉRITO

Superadas as preliminares, e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

Acompanho parcialmente o Relator e a Revisora, porque, a meu juízo, o réu deve ser condenado por ambos os crimes praticados.

Nesse aspecto, as consistentes fundamentações, respectivamente, do nobre Relator para manter a condenação pelo crime de prevaricação, e da eminente Revisora, no tocante ao delito de abandono do serviço, integram, em sua totalidade, a minha livre convicção motivada.

Por isso, adianto que mantenho a Sentença condenatória, ou seja, com o cúmulo material resultante das práticas criminosas que foram, acertadamente, impostas ao réu.

No que concerne ao crime de prevaricação, o Voto do Relator transborda em argumentos para que a condenação seja mantida, pouco havendo a aduzir à sua rica fundamentação.

O agente deveria ter realizado, como rondante, a supervisão, o controle e a fiscalização dos postos da Guarda Externa e dos serviços internos da OM, nos termos do RISG.

Todavia, ao invés disso, o réu ordenou que uma sentinela, militar subordinado, deixasse adentrar, contrariando as normas da OM, a pessoa que seria o motivo para abandonar o serviço de ronda.

O interesse pessoal está comprovado no encontro particular com uma mulher em local não condizente com a ronda que lhe incumbia realizar, por cerca de uma hora.

O real motivo do encontro, como indutor do evento clandestino e estranho ao serviço, não afasta quaisquer dos crimes.

Visando "satisfazer interesse pessoal, deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício", estando de serviço.

Prosseguindo, evidencia-se que o rondante abandonou "o lugar de serviço que lhe foi designado", qual seja, o itinerário imposto pela OM, percorrendo, assim, também as elementares do tipo do art. 195 do CPM.

Some-se que o simples fato de o rondante ordenar que o veículo adentrasse a OM, sem ser revistado e identificado, já caracterizou o total abandono das ordens do serviço. Com esse agir, o 3º Sgt TIAGO DO VALE FERREIRA desprezou totalmente as regras de segurança, pondo a OM em perigo, justamente aquela que deveria fiscalizar.

Como o próprio Relatório destaca, o MPM assim apresentou as suas Contrarrazões:

> (...) Afirma estarem presentes as elementares dos delitos. Em relação à prevaricação, afirma que o Apelante **era o superior hierárquico**

> **do Sd Lopes**, ao qual emitiu uma ordem para permitir a entrada do veículo descrito na denúncia. (...).

Destoa da lógica da JMU que o agente deva ser absolvido do crime de abandono do posto porque estaria, enquanto permaneceu dentro do veículo da referida mulher, na distância das vistas do Corpo da Guarda, bem como já havia cumprido com a sua ronda, o que, à luz do RISG, **também não é verdade**.

Este Superior Tribunal, por diversas vezes, condenou agentes, como incursos no art. 195 do CPM, que não permaneceram à disposição da Força de Reação do quartel, pois os integrantes do serviço devem estar sempre voltados aos vetores públicos.

As decisões do STM estabelecem balizas de comportamento para as OM. Se fosse possível agir como o agente, então a conduta de receber, **intimamente**, parentes, cônjuges e amigos seria muito apreciada pelos integrantes de serviço, os quais, armados durante esses encontros, poriam em risco a segurança do quartel.

Mesmo que estivesse na distância da vista da Guarda, o 3º Sgt TIAGO DO VALE FERREIRA não poderia ter disposto do serviço conforme o seu interesse privado, pois o público sempre prevalece nesse contexto.

O referido militar não tem o direito subjetivo, nem o Plano de Segurança da OM pode tolerar, que o agente se encerre num veículo durante a sua ronda, deixando pairar toda a sorte de dúvidas sobre o acontecido em seu interior.

Aliás, há depoimentos de soldados no sentido de que o autor do crime se vangloriou de ter mantido relações sexuais naquela oportunidade. A relação sexual foi descartada, mas as referidas afirmações do agente para alguns soldados restaram comprovadas.

Logo, o presente abandono do serviço apresenta requintes de desprezo para com os demais componentes da Guarda do quartel, os quais eram soldados mais modernos. O agente lhes devia exemplo e correção durante tão importante dever público.

O criminoso não hesitou, durante o cometimento do delito, em promiscuir diferentes círculos militares, misturando assuntos sexuais com o grave abandono do posto.

Se fosse permitido abandonar a ronda, em contrariedade ao tempo estabelecido no RISG, então poderia um soldado, durante a sua missão de sentinela, manter contato social com uma mulher dentro de veículo particular sem caracterizar o abandono do serviço? Naturalmente que a resposta é negativa.

Independentemente do motivo do encontro, será que o agente, durante esse evento, ficou sempre pronto e composto para atender ao serviço ou apenas priorizou os seus próprios interesses? A presunção de que lhe faltavam condições de cumprir com o seu dever opera contra o agente, pois estava sob o seu completo domínio a construção do ato delituoso.

Sobre o mencionado abandono, do denso Voto da eminente Ministra-Revisora, inclusive com a transcrição de depoimentos muito contundentes, ainda destaco o seguinte trecho:

> (...) A escala de serviço do dia 17/3/2018 para o dia 18/3/2018 (...), por igual, comprovou que o agente estava de serviço na função de rondante da hora.
>
> Cabe ressaltar, ainda, consoante a Portaria nº 816/2003, que aprova o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1), que o "**rondante deve executar sua ronda, no mínimo em uma hora e meia, indo até os postos onde estão as sentinelas, (cinco postos de guardas; três reservas de armamentos, conferindo os lacres das portas; três alojamentos das Companhias, fazendo vistoria). Portanto, a ronda é móvel**".
>
> Por outro lado, os registros do ponto eletrônico do serviço do dia 17 para o dia 18/3/2018 (evento 43 do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303 e evento 90 da APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303) **confirmaram o abandono, por parte do agente e por aproximadamente 1 hora**, do serviço de rondante pelo qual foi regularmente escalado e investido.
>
> (...)
>
> Nesse contexto, inviável a pretendida absolvição por ausência de provas, porquanto, conforme analisado alhures, tanto a materialidade como a autoria restam suficientemente delineadas.
>
> De outra banda, salta aos olhos o elemento subjetivo do sujeito ativo, que, voluntaria e conscientemente, abandou o serviço de segurança ao quartel. **Tanto foi assim que a testemunha Tatiane Pereira Fan** (...) **confirmou ter ele lhe dado ciência, antes mesmo de se deslocar à OM, do fato de estar em efetivo serviço**. (...).

Nesse aspecto, a Sentença exarada pelo CPJEx provoca reflexões importantes. Observem-se trechos daquela pertinente Decisão:

> (...) O delito de abandono do lugar de serviço ocorre no exato instante em que **o agente militar deixa de exercer o mister para o qual foi designado, tornando vulnerável a vigilância da Unidade Militar**, pouco importando o lapso temporal dessa ausência.
>
> É digno de nota também ressaltar que o local de serviço deve ser interpretado como as dependências internas do estabelecimento militar.

Logo, **não é necessário que o agente ultrapasse os limites do aquartelamento para a *meta optata*, ou seja, basta para a consumação dessa espécie delitiva de que o agente abdique do serviço para qual estava previamente, ainda que permaneça na Organização Militar realizando atividade diversa**.

É óbvio que a conduta imputada ao acusado de abandonar o lugar de serviço não se dá em razão da conversa travada com a civil Tatiane (...) no interior do veículo dela, que se encontrava no estacionamento da Organização Militar, **mas sim pela vontade livre e consciente de renunciar o serviço de rondante por aproximadamente 1 hora, deixando desguarnecida a vigilância da Unidade Militar por esse instante**, com sérios riscos à segurança dos colegas de farda e aos equipamentos bélicos ali alojados.

Ora, o crime do artigo 195 do Código Penal Militar se concretiza quando o acusado, sem autorização de qualquer superior, resolve interromper, ilicitamente, o serviço para qual estava encarregado, carecendo de importância a finalidade do abandono e o caráter definitivo ou temporário desse afastamento.

De fato, a função de rondante da hora confere discricionariedade ao militar para que, no desempenho de um juízo de oportunidade e de conveniência, à luz do caso concreto em prol da segurança da Unidade Militar, escolha o melhor horário para checar determinados postos do quartel. **Todavia, não há que se confundir essa discricionariedade com a possibilidade de o acusado renunciar o serviço de rondante por aproximadamente 1 (uma) hora. Ao acusado não lhe foi conferida a opção entre agir e não agir pelo lapso temporal substancial de 1 hora, porquanto já estava previamente escalado para exercer tal tarefa no período compreendido entre 00h e 2h do dia 18 de março de 2018. Fere a lógica do razoável aceitar a tese defensiva de que o acusado pode se apartar do interesse público consubstanciado na segurança da Organização Militar por aproximadamente 1 hora para atender objetivo de cunho manifestamente particular.**

A distância temporal de aproximadamente 1 hora e 31 minutos entre o primeiro e o segundo postos de fiscalização nominados respectivamente de Pórtico do Batalhão e Portão Sul/Oficina de Armamento, segundo se depreende de documento emitido pela OM (evento 59), conjugada com as provas orais produzidas no processo criminal, **revelam indubitavelmente o abandono do serviço de rondante da hora pelo acusado na madrugada do dia 18 de março de 2018**.

(...), nas sábias lições do preclaro jurista Jorge César de Assis, "se o militar abandona seu posto ou lugar de serviço, não é necessário que o quartel seja invadido, ou o blindado roubado, a aeronave invadida, ou o estoque de remédios ou mantimentos de uma cidade em estado de calamidade pública saqueado, bastando que tal resultado seja possível para consumar o delito". **Outro não é o posicionamento do Superior**

> **Tribunal Militar que já sedimentou o entendimento de ser despiciendo a ocorrência de dano à Organização Militar para a caracterização do delito de abandono de posto** (...).

O presente caso justifica a importância da JMU, em face do cuidadoso exercício de sua competência especial.

A JMU tem o mister constitucional de detectar eventual ofensa perpetrada contra o Sistema Castrense. As Forças Armadas são a *ultima ratio* do Estado, logo a sua higidez interessa à Segurança e à Defesa da sociedade.

Para simplificar, abstraindo-se a alta responsabilidade, inerente às funções do Sargento, a conduta sob análise não difere muito daquela do Soldado que abandona o posto para dormir na viatura da garagem. O estacionamento da OM não era o local apropriado do rondante, muito menos para ficar, por tanto tempo, dentro de um carro com uma visitante.

O 3º Sgt TIAGO DO VALE FERREIRA, após ter emitido ordem à sentinela para liberar a entrada de uma viatura civil, cuja motorista era uma senhora, vangloriou-se, posteriormente, aos seus subordinados, de ter mantido relações sexuais dentro da OM, embora não tenham sido confirmadas. O segundo delito ficaria restrito à seara da transgressão disciplinar se tivesse interrompido a sua ação nesse momento, quando ultrajou os seus subordinados e a Instituição que nele confiou. Aliás, mesmo nesse quadro, em tese, o MPM poderia tê-lo denunciado por apologia ao crime – art. 156 do CPM –, considerando-se o delito previsto no art. 235 do CPM – atos libidinosos em área sob a Administração Militar.

Cabe à JMU, por sua reconhecida especialidade constitucional, adentrar em ponto crucial para o deslinde deste Processo. A questão, na verdade, justifica a experiência da Justiça Castrense, na qual os agentes, muitas vezes, mediante frágeis argumentos, não conseguem enuviar a realidade, tampouco afastar a gravidade de seus atos.

Como neste caso, pois o rondante, sendo superior às sentinelas, não encontrará qualquer corporativismo na JMU, senão a cobrança dos seus deveres e de suas obrigações.

Esse ponto crucial reside no fato de que o rondante deve ocupar todo o tempo previsto no RISG para supervisionar a segurança da OM. Até porque, se os rondantes, no seu quarto de hora, fiscalizassem uma única vez os postos, os guardas conheceriam a rotina de cada um deles e encontrariam brechas para relaxar a segurança, tornando a OM vulnerável. Noutras palavras, a ronda

"manjada" pelos soldados pouco ou nada serve para o fortalecimento do Plano de Segurança da OM.

Portanto, a ronda não se limita à realização do mais rápido giro pelos postos para que o seu executante aproveite, como se fosse um crédito pessoal, o tempo restante. Em sentido contrário, então a ronda prevista a pé poderia ser cumprida de moto, de carro ou a cavalo. Dessa forma ilícita, o Sargento rondante reduziria o intervalo imposto para a fiscalização dos postos, sobrando ainda mais folga para os interesses privados do infrator. Isso seria um verdadeiro desprezo ao interesse público.

Se em relação ao rondante, apenas porque não se retirou da OM, fosse possível relevar tão grave abandono do serviço, todas as decisões do STM, no tocante aos soldados que saíram do posto pelos mais diversos motivos, estariam em cheque.

No caso de absolvição, seria criado grande desnível no quadro da jurisprudência deste Tribunal Superior. Não se poderia enrijecer em relação aos soldados e, desproporcionalmente, relevar conduta semelhante praticada pelos mais antigos e graduados, os quais devem ser motivo de exemplo no bojo da segurança das OM.

O rondante é a sentinela móvel da OM. Logo, além de ser desempenhada por militar mais antigo, justamente porque fiscaliza a conduta dos demais guardas, o rondante estabelece a ligação entre os postos, tudo para fortalecer o elo da segurança do quartel.

Tanto assim, que várias OM possuem câmeras para controlar, entre outros aspectos, o cumprimento da ronda nos quesitos de qualidade e de duração (integralidade horária). Outras, sem esses recursos, disponibilizam pranchetas nos postos, as quais são assinadas pelo rondante, cada vez que fiscaliza o respectivo ponto sensível.

Naturalmente que, em regra, o rondante passará, conforme a duração prevista no RISG, duas ou três vezes em cada posto.

Destaca-se, também, que os delinquentes tentam descobrir os hábitos dos rondantes, para, conforme o grau de correção ou de desleixo deles, contextualizá-los para a consecução de seus objetivos criminosos. Quanto mais breve for a ronda, maior a chance de êxito de empreitadas delituosas.

Se a JMU não detectasse o completo mosaico envolto pelo crime, deixaria de justificar a sua própria importância no texto constitucional.

Por isso, o abandono do serviço praticado pelo autor, sob análise, resulta muito evidenciado e não pode prosperar, justamente porque o processo tramita perante a JMU.

Ora, **como sobrou tempo após o primeiro giro pelo quartel**, o rondante, ao invés de prosseguir na fiscalização dos postos, entendeu, criminosamente, que teria o direito de interromper as suas obrigações públicas, indo além, pois as abandonou por completo ao adentrar no veículo e, assim, priorizar interesses privados.

Para além, se os exemplos dantes ilustrados fossem bem comparados à situação dos autos, a responsabilidade decorrente do cargo exercido e o nefasto modelo de conduta para os subordinados seriam motivos para apenar o autor dos crimes em maior patamar.

Nesta importante vertente do Poder Judiciário, a tutela reclamada pelo art. 195 do CPM deve encontrar guarida, pois nenhum outro ramo restabeleceria tamanho prejuízo à segurança da sociedade.

A vivência na caserna e os doutos conhecimentos jurídicos dos juízes togados fornecem a valiosa contribuição pública e jurisdicional do escabinato.

Portanto, os fatos demonstram a presença das elementares do tipo para os crimes previstos nos arts. 195 e 319, ambos do CPM.

Ante o exposto, nego provimento ao Apelo defensivo, para manter incólume a Sentença vergastada.

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 rejeitar a preliminar defensiva de inépcia da Denúncia; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar defensiva, de nulidade da Sentença, por ausência de fundamentação. Em seguida, consoante o disposto no art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, o Ministro-Presidente decidiu, nos termos do voto do Relator Ministro William de Oliveira Barros, conhecer e rejeitar as preliminares defensivas de atipicidade dos fatos, de nulidade absoluta da Denúncia, da Sentença e de desclassificação das infrações penais. **No mérito**, **por maioria**, em conhecer e negar provimento ao apelo interposto pela Defesa do ex-3º Sgt Ex Tiago do Vale Ferreira, para manter inalterada a Sentença condenatória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 4 de maio de 2020 – Gen Ex Marco Antônio de Farias, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS
Apelação Nº 7001373-90.2019.7.00.0000

Apesar de superadas as preliminares de nulidade arguidas pela Defesa, cuja divergência se restringiu apenas ao juízo de admissibilidade e à análise individualizada dos apontados vícios, na forma explanada pela eminente Ministra-Revisora, prevaleceu o voto deste Relator, nos termos do art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, que contextualizou todas as arguições em uma única preliminar, haja vista a Defesa tê-las apresentado de forma prolixa, ora atacando a sentença, ora a denúncia, ora pontos relacionados à existência dos delitos em si. Considerei que todas as preliminares, sejam de atipicidade, inépcia da inicial, desclassificação das infrações penais e cerceamento de defesa se inserem num contexto maior de discussão da nulidade. Mesmo assim, indeferi tais arguições por constatar a regularidade na tramitação do feito, desde a sua instauração até a prolação da sentença de mérito.

No tocante ao mérito, a divergência se restringiu à caracterização do crime de abandono de posto. Na visão deste Relator, o fato descrito na inicial não encontra adequação típica formal no art. 195 do CPM. Conforme os depoimentos produzidos, o Apelante cumpriu suas atribuições de rondante, não obstante a interrupção para a conversa mantida com a senhora Tatiane no interior da OM. Vale dizer que, além de o ex-Sgt **VALE** não ter se ausentado da Organização Militar, esteve a todo tempo sob os olhares dos militares que se encontravam no portão da guarda, a uma distância aproximada de cem metros, em um estacionamento dentro da OM, conforme os depoimentos colhidos na instrução criminal.

Ressalta-se que a função de rondante abrange todo o interior da Organização Militar, pois o Apelante não tinha ponto fixo e determinado para o cumprimento de sua função. Daí emerge o entendimento de que esteve a todo tempo em seu local de serviço, mesmo no interior de um veículo estacionado na área interna da OM. Tão evidente a ausência de tipicidade, que a própria Administração Militar, em situação análoga, ocorrida em 8 de março de 2017, puniu o Apelante disciplinarmente por **deixar** de realizar a ronda no serviço. Observa-se que, no presente caso, o Apelante cumpriu de forma desleixada a missão que lhe fora designada, contudo não deixou de realizá-la, razão pela qual a conduta é ainda menos grave do que a anterior.

Sirvo-me dos argumentos do douto Vice-Procurador-Geral, Dr. Roberto Coutinho, *in verbis*:

> Ora, está evidente que o Apelante estava próximo e em local conhecido e, caso necessário, poderia ser acionado facilmente, pois não

> abandonou o local de serviço, de forma que implicasse diminuição da eficiência da guarda da Unidade, caracterizando a realização das rondas fora dos horários determinados mera transgressão disciplinar, sendo essa a razão pela qual os regulamentos disciplinares militares também tipificam tal conduta na seara administrativa.
>
> Não poderia a Sentença, como o fez, considerar o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1) como norma de extensão do delito de Abandono de Posto, pois se trata de norma administrativa do serviço, não integrando o tipo penal de Abandono de Posto. (Evento 6, 1-PAREC MP, fls. 3/4.)

Quanto à caracterização do delito e os conceitos de posto e local de serviço, perfilho o magistério de CÉLIO LOBÃO, o qual invoca a redação do anteprojeto do CPM de 1944, no seguinte teor: "não se considera abandono de posto o afastamento à distância que permita o exercício do dever de vigilância ou o cumprimento de ordem".

E prossegue o renomado autor:

> Acompanhando a tendência de nossas cortes castrenses, cabe ao juiz, no caso concreto, decidir se, apesar do afastamento, o militar mantém o local sob vigilância. Por outro lado, há determinadas situações em que a orientação supra não merece acolhida. É quando há necessidade de vigilância rigorosa, que não dispensa a presença do militar no posto ou no local designado, por exemplo, na vigilância de depósito de armamento, de combustível, de explosivo, etc., quando o afastamento do posto, por menor que seja o lapso de tempo ou o espaço físico, impossibilita pronta reação contra investida de delinquentes, direcionadas para esses locais.
>
> (...)
>
> Entendemos como posto o local fixo ou móvel, onde o militar exerce a função específica, geralmente de vigilância, de controle de passagem de pessoas ou de veículos, de segurança de estabelecimento militar ou de acampamento ou de outros bens móveis ou imóveis sob administração militar. O posto pode ser ocupado pelo sentinela ou por outro militar com atribuição diferente do sentinela, como de controlar, apenas, o trânsito de pessoas, de coisas, de veículos, em determinado sítio (...).
>
> Lugar de serviço, que não se confunde com posto, é o local mais ou menos amplo, onde o militar permanece no exercício de função militar específica.
>
> Enquanto o posto, fixo ou móvel, tem limites mais restritos, o lugar de serviço pode abranger todo o estabelecimento militar, o acampamento, o navio e até mesmo uma cidade ou uma região. (LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, 3ª edição, Brasília Jurídica, fls. 359 e 361.)

Ausentes as elementares do abandono de posto descritas na denúncia, tendo em vista o militar se encontrar a todo tempo no interior da Organização, na função de rondante e à vista e ao alcance de todos os militares que estavam de serviço. Assim, merece a Sentença ser reformada quanto a essa conduta.

Eis as razões pelas quais este Relator conhecia e dava provimento ao apelo defensivo, apenas em relação ao crime de abandono de posto, capitulado no art. 195, *caput*, do CPM, para, reformando a Sentença guerreada, absolver o ex-3º Sgt Ex **TIAGO DO VALE FERREIRA**, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM. Todavia, negava provimento ao recurso defensivo, para manter na íntegra a condenação à pena de 6 meses de detenção, como incurso no crime capitulado no art. 319 do CPM, com *sursis* e, em caso de rejeição desse benefício ou de seu descumprimento, a fixação do regime prisional inicialmente aberto, nos termos fixados na Sentença. Na ocasião, tive a honra de ser acompanhado pelos meus eminentes Pares Ministros Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES e Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO.

Superior Tribunal Militar, 7 de maio de 2020.

Ten Brig Ar William de Oliveira Barros
Ministro-Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 7001373-90.2019.7.00.0000

Votei vencida, divergindo de meus pares, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Apelação interposta por TIAGO DO VALE FERREIRA contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que o condenou à pena de 9 (nove) meses de detenção, como incurso nos crimes previstos nos arts. 195 (abandono de posto) e 319 (prevaricação), ambos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade.

O Apelo é tempestivo e interposto por parte legítima e devidamente interessada. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser parcialmente conhecido.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO

O Recorrente, além de suscitar as preliminares de inépcia da Denúncia e de ausência de fundamentação da Sentença, a seguir enfrentadas, arguiu a atipicidade dos fatos, a nulidade absoluta da Denúncia e da Sentença e a desclassificação das supostas infrações penais. Asseverou que "o saber jurídico

e experiência de Vossas Excelências dispensam discorrer sobre cada uma dessas preliminares que já foram devidamente debatidas uma a uma pelo Recorrente em suas Alegações Finais de defesa".

As preliminares não merecem conhecimento.

É que o pedido defensivo não esboçou qualquer fundamentação jurídica nesse sentido, apenas se limitando a mencionar os títulos das questões que entendeu serem necessárias de enfrentamento por esta Corte Superior. Vale dizer, olvidou-se o suscitante de arrazoar o porquê de tais nulidades do presente processo.

Também o Recurso, tal qual a petição inicial, deve conter a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de manutenção ou de reforma da decisão atacada e o próprio pedido derradeiro. Se, por um lado, não se pode considerar fundamentada a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, inciso I, do CPC), por outro, carecerá de fundamentação o recurso que tão somente pleitear a análise da lide sobre determinado aspecto, sem explicitação alguma de sua aplicabilidade ao caso.

Conquanto seja admissível doutrinária e jurisprudencialmente a técnica de motivação *per relationem*, a qual a fundamentação se dá por meio de transcrição ou de referência às alegações de uma das partes ou à decisão anterior do processo, a hipótese não comporta referências, seja porque sequer restaram transcritas nas Razões de Apelação, seja porque as Alegações Escritas não são uma peça organizadamente técnica, mas de difícil entendimento.

Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que consideram nulos julgamentos que se limitaram à fundamentação *aliunde*, sem sequer transcrevê-la, o que aqui se aplica por analogia:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. PRELIMINARES. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL. FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 216.659/SP, ressalvada compreensão pessoal, **decidiu que a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais**, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. **A Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais**. 3. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial defensivo, determinando o

> retorno dos autos à Corte de origem para que profira novo julgamento, como entender de direito, inclusive apreciando as preliminares arguidas no apelo defensivo. (EREsp 1384669/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/8/2019, DJe 2/9/2019) (Grifo nosso).
>
> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO BASTANTE. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA E ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL. NULIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. **É nulo, por falta de fundamentação, o acórdão de apelação que se limita a ratificar a sentença e adotar o parecer ministerial, <u>sem sequer transcrevê-los</u>, deixando de afastar as teses defensivas ou apresentar fundamento próprio**. 2. A jurisprudência tem admitido a chamada fundamentação *per relationem*, mas desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo nulo o acórdão que julgou apelação da defesa, determinar ao Tribunal de origem que refaça o julgamento. (HC 214.049/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/2/2015, DJe 10/3/2015) (Grifo nosso).

Constatada a ausência de fundamentação recursal, incide, por analogia, o enunciado sumular nº 284 do STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"). Inviável, pois, o conhecimento do Apelo nesses pontos.

Ademais, a atipicidade dos fatos e a desclassificação das infrações penais são matérias meritórias, sendo que aquela (atipicidade), por também ter sido pleiteada e fundamentada em outro tópico da petição recursal, naquele momento, será devidamente analisada.

Ex positis, não conheço das preliminares Defensivas de atipicidade dos fatos, de nulidade absoluta da Denúncia, da Sentença e de desclassificação das infrações penais.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA

A Defesa pugnou pela decretação da inépcia da exordial, porque em nenhum momento ela descreveu claramente os fatos criminosos, sendo deficiente e omissa.

O pedido, igualmente, não pode prosperar.

A inicial acusatória, com efeito, preencheu os requisitos elencados no art. 77 do CPPM, mormente "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias". Leiam-se trechos da peça pórtico:

No dia 18 de março de 2018, por volta das 00h30min, no interior do 9º Batalhão Logístico, organização militar sediada em Santiago/RS, o 3º Sgt Tiago do Vale Ferreira, investido na função de rondante da hora (escala – evento 15, doc. 29, fls. 215), dirigiu-se até o Portão das Armas daquela unidade militar e, lá chegando, determinou ao Sd EP Felipe Lopes Mayer, de ofício, com o intuito de satisfazer interesse pessoal, e sem autorização superior, que abrisse o portão das armas quando chegasse um veículo modelo Spin, de cor escura, e não identificasse o(a) motorista, conduta esta que afrontou os deveres militares de hierarquia, disciplina e rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens no âmbito militar (art. 31, incisos IV e V, da Lei nº 6.880/80, e DIEx nº 0042-S/2-9º B Log, evento 15, doc. 29, fls. 224-225).

Segundo o apurado, durante a noite do serviço do dia 17 para o dia 18 de março de 2018, o 3º Sgt Vale disse ao Sd EV Nilson Rogério Muller e ao Sd EV Helbert de Brum de Lima que estava prestes a ter relações sexuais com uma civil dentro do aquartelamento, e que esta civil seria a sogra do então Oficial de Dia do Batalhão, o Asp Of Douglas Dorneles Torbitz. Na ocasião, o 3º Sgt Vale mostrou aos Soldados Nilson e Helbert, que estavam, respectivamente, nas posições de integrante da "força de reação" e de sentinela do Portão Norte, mensagens de celular que comprovariam a marcação do dito encontro (evento 1, doc. 4, fls. 43-44 e 45-46, e doc. 10, fls. 120-121 e 133-134).

Com efeito, por volta da 0h30min do dia 18 de março de 2018, o 3º Sgt Vale, incumbido da função de rondante da hora, dirigiu-se até o Portão das Armas do 9º Batalhão Logístico. Lá chegando, e enquanto usava seu aparelho telefônico celular, determinou expressamente ao Sd EP Felipe Lopes Mayer que abrisse o portão das armas quando chegasse um veículo modelo Spin, de cor escura, e não identificasse o(a) motorista, o que aquele militar prontamente o fez, pois tal veículo chegou cerca de cinco (5) minutos após a ordem recebida (evento 1, doc. 4, fls. 41-42, e doc. 10, fls. 123-124).

Na sequência, o 3º Sgt Vale, de livre e espontânea vontade, abandonou, sem ordem superior, o serviço de rondante para o qual havia sido designado, serviço cuja duração era de duas (2) horas, entre a 0h e as 2h do dia 18 de março de 2018 (evento 15, doc. 29, fls. 215 e 222-223), e embarcou na carona do dito veículo, rumando, juntamente com a motorista, posteriormente identificada como sendo a Sra. Tatiane Pereira Fan (evento 1, doc. 10, fls. 136-137), ao estacionamento da unidade militar, onde permaneceu por cerca de 1h (evento 1, doc. 4, fls. 41-42 e 43-44). Tal situação foi vista pelos Soldados Lopes, Nilson e Helbert, assim como pelo Cb EP Patrick Bitencourt Melo (evento 1, doc. 10, fls. 117-118 e 133-134, e evento 15, doc. 29, fls. 219-220 e 222-223).

Após o carro da civil ter saído do estacionamento em direção à rua, o denunciado, que foi deixado no portão das armas (pórtico), retomou o serviço para o qual estava escalado e marcou, de forma apressada e em desconformidade com o tempo previsto nas normas do

> 9º B Log (BI nº 92/2017, de 26 de maio de 2017 – evento 15, doc. 29, fl. 217), os pontos do itinerário da sua ronda (evento 1, doc. 4, fls. 45-46 e doc. 10, fl. 131).
>
> Consta, ainda, que o denunciado, após os fatos, se vangloriou para o Soldado Lopes e para o Cb EP Gian Busnelo Farina de ter tido relação sexual com a civil Tatiane Pereira Fan no interior do aquartelamento (evento 1, doc. 4, fls. 41-42 e doc. 10, fl. 131), contudo, ouvidos, tanto o 3º Sgt Vale como a civil negaram terem praticado qualquer atividade de cunho sexual no período em que estiveram no estacionamento do 9º B Log.
>
> Assim, o denunciado, com tais condutas, praticou os delitos previstos nos artigos 319 (prevaricação) e 195 (abandono de posto), na forma do art. 79 (concurso de crimes), todos do Código Penal Militar.

Vê-se, pois, que a peça inaugural narrou o fato com todas as circunstâncias imprescindíveis para o início da persecução penal, porquanto o denunciado fora acusado por conduta descrita especificamente, de forma que sua defesa restou realizada regularmente, em toda a instrução processual, inclusive propondo e sendo deferidos meios de prova, em estrita observância ao seu direito constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Ex positis, rejeito a preliminar de inépcia da Denúncia.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

É exigência constitucional que todas as decisões judiciais sejam motivadas, sob pena de nulidade, em obediência ao mandamento insculpido no art. 93, inciso IX, da Carta de 1988.

À luz dos ditames magnos, a Sentença primeva condenou o réu à pena de 9 (nove) meses de detenção, como incurso nos crimes previstos nos arts. 195 (abandono de posto) e 319 (prevaricação), ambos do CPM, com fundamentação que procedeu à justa subsunção dos fatos à norma penal.

Concernente às preliminares, a Decisão vergastada, com a devida argumentação, afastou todas as preliminares levantadas pela Defesa. Veja-se que, embora o tópico inicial do enfrentamento *a quo* tenha se referido a apenas uma preliminar (inépcia da denúncia), a leitura da fundamentação demonstrou terem sido duas as questões prévias tratadas: (i) a inépcia da exordial e (ii) a nulidade da denúncia por emprego de expressões genéricas e vagas.

A fim de apontar a inexistência de afronta às balizas orientadoras do *due process of law*, transcrevo, na íntegra, a argumentação do *Decisum*, no tocante à matéria preliminar:

> Antes de avançar para a seara meritória, é crucial enfrentar a preliminar suscitada pela Defesa em sede de julgamento acerca da **inépcia da peça preambular**.

> A importância da observância dos requisitos legais estabelecidos na denúncia ocasiona reflexos imediatos ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, nos exatos termos do art. 5º, LV, do Texto Maior. Afinal de contas, a peça inaugural da persecução penal judicial tem o condão de delimitar o âmbito da acusação e, por conseguinte, assegurar à defesa a possibilidade de refutar as teses acusatórias lançadas pelo Estado-Administração no andamento da ação penal militar, sem que exista qualquer surpresa ao longo do arco procedimental.
>
> Em que pese o juízo positivo de admissibilidade da inicial acusatória tenha sido realizado no momento da publicação da decisão interlocutória simples de recebimento da exordial (evento 1 – documento 2), repise-se que presentes estão todos os requisitos legais para propiciar um julgamento com resolução do mérito.
>
> Como se vê, de forma escorreita, a denúncia expôs minuciosamente as práticas delitivas de abandono de posto e de prevaricação, com todos os seus pormenores, indicando o acusado, bem como a Organização Militar prejudicada com tais comportamentos, tudo em sintonia com o estabelecido com os arts. 30 e 77, ambos do Código de Processo Penal Militar. Segundo aponta o Pretório Excelso "não é inepta a denúncia que contém condição efetiva que autorize o denunciado a proferir adequadamente a sua defesa, demonstrando de forma clara o crime na sua totalidade e especificando a conduta ilícita por ela praticada".
>
> Carece de plausibilidade jurídica a afirmação de que a denúncia é inepta (art. 3º, "a", do CPPM c/c o art. 395, I, do CPP), notadamente por ter a exordial esmiuçado os fatos criminosos e suas respectivas autorias, com a indicação das circunstâncias de tempo, lugar e *modus operandi*.
>
> De tal arte, **o escabinato não vislumbra ter o Órgão Ministerial empregado expressões vagas, genéricas e imprecisas no instante em que cunhou as imputações criminosas em desfavor do acusado**. Não há que se falar em qualquer prejuízo à Defesa para o desempenho de seu mister. Tanto assim o é que o nobre causídico teve oportunidade de, além de juntar inúmeros documentos e jurisprudências no transcurso da ação penal militar, indicar 6 (seis) testemunhas de defesa e apresentar alegações finais com 37 (trinta e sete) laudas para contrapor-se à linha acusatória. (Grifos nossos).

Ressalte-se que as Cortes Superiores têm distinguido a ausência de fundamentação de motivação sucinta, hipótese perfeitamente admissível, pois o magistrado não tem o dever de apreciar, de maneira exauriente, todos os argumentos aventados, bastando, apenas, indicar as razões de decidir.

Nesse jaez, transcrevo Acórdãos que sinalizam a possibilidade de decisões com motivação mais concisa:

> A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988.

> (HC nº 105.349-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 23/11/2010, Segunda Turma, DJe de 17/2/2011).
>
> O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. (AI nº 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/6/2010, Plenário, DJe de 13/8/2010, com repercussão geral).

No mesmo sentido: AI nº 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 9/11/2010, Primeira Turma, DJe de 26/11/2010; AI nº 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 18/8/2009, Segunda Turma, DJe de 11/9/2009; AI nº 697.623-AgR-ED-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, julgado em 9/6/2009, Primeira Turma, DJe de 1º/7/2009; e AI nº 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/8/2003, Primeira Turma, DJ de 5/9/2003.

Registre-se que a orientação dos Tribunais Superiores, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, é no sentido de que o magistrado não está obrigado a enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes, mas somente aqueles capazes de infirmar a conclusão adotada.

A propósito, precedentes do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. **O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida**. 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal *decisum*. 5. Embargos de

> declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, DJe de 15/6/2016) (Grifo nosso).
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TESE DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a sanar ambiguidade, suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado, o que não ocorreu na hipótese. 2. **Tendo sido a controvérsia devidamente resolvida, sem qualquer resquício de omissão ou qualquer outro vício, não exsurge para o órgão julgador a obrigação de examinar os dispositivos constitucionais listados pelo Embargante, com o propósito de prequestioná-los, na medida em que a prestação jurisdicional foi apropriada e oportunamente prestada**. 3. A pretensão de rediscutir matéria devidamente abordada e decidida no acórdão embargado, consubstanciada na mera insatisfação com o resultado da demanda, é incabível na via dos embargos declaratórios. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1672654/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 1º/10/2018) (Grifo nosso).

Daí ser prescindível, entre outros, enfrentamento acerca das responsabilidades atribuídas ao 9º B Log, ao Ministério Público Militar e ao Juízo de primeiro grau por não serem capazes, minimamente, de atacar a decisão condenatória.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da Sentença por ausência de fundamentação.

MÉRITO

Cuida-se de Apelação interposta por TIAGO DO VALE FERREIRA contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que o condenou à pena de 9 (nove) meses de detenção, como incurso nos crimes previstos nos arts. 195 (abandono de posto) e 319 (prevaricação), ambos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade.

Parcial razão assiste ao recorrente.

Concernente ao delito previsto no art. 195 do CPM, a conduta do então 3º Sgt Ex TIAGO DO VALE FERREIRA é típica e antijurídica, e ele, culpável. A autoria e a materialidade delitivas restaram comprovadas nos autos, mormente em face dos seguintes elementos probatórios: a) Sindicância (evento 1, documentos 1/8, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); b) croqui da área

interna do 9º Batalhão Logístico (evento 1, documento 17, fl. 190, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); c) Relatório do IPM (evento 1, documento 17, fls. 193/195, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); d) Solução do IPM (evento 1, documento 18, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); e) escala de serviço para o dia 17/3/2018 (evento 15, documento 4, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); f) orientações acerca de ronda de serviço interno (evento 15, documento 4, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); g) atribuições do rondante da hora (evento 15, documento 4, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); h) Relatório de diligências complementares (evento 15, documentos 4/5, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); i) divisão de rondas do serviço do dia 17 para 18/3/2018 (evento 34, documento 2, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303); j) roteiro de rondas do serviço do dia 17 para 18/3/2018 (evento 34, documento 2, do IPM nº 7000044-57.2018. 7.03.0303); k) registros do ponto eletrônico do serviço do dia 17 para 18/3/2018 (evento 43 do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303 e evento 90 da APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303); l) depoimentos testemunhais e m) interrogatório do réu.

Neste (evento 205, vídeos 1/2), o acusado confessou ter abandonado o serviço, sem autorização, permanecendo cerca de uma hora fora de suas atribuições de vigilância ao quartel. Leia-se:

> (...) Juiz - o que aconteceu nesse dia?
>
> Réu – **Aconteceu que chegou a senhora lá e eu conversei com ela, só que já tava no meio da minha ronda, já tava no percurso da ronda, que foi em torno de 00h30, 00h20 por aí, era mais de 00h já. Aí a gente conversou e aí passou o tempo né**, só que depois dessa conversa que eu tive com ela, que até já teve umas testemunhas aqui que falou e também ela na videoconferência sobre o empréstimo que eu fiz pra ela, depois dessa conversa que eu tive com ela que requereu também, né? Eu não percebi esse tempo, conforme a conversa que a gente tava tendo. (...).
>
> Juiz – Quanto tempo o senhor ficou conversando com ela?
>
> Réu – Mais ou menos uma hora ali, 50 mim a 01 hora.
>
> Juiz – 50 a 01hora. O senhor ficou conversando com ela fora do veículo ou dentro do veículo?
>
> Réu – **Dentro do veículo, porque estava a reação toda ali embaixo, então ela tava com vergonha, aí eu entrei no carro, mas tava a reação toda ali, tava a reação do pessoal que fica ali**.
>
> Juiz – O carro foi deslocado para algum local?
>
> Réu – Não, foi o estacionamento dos civis. Isso, logo ao lado ali da reação (...). (Grifo nosso).

A prova testemunhal, outrossim, corroborou a prática delitiva. Vejamos:

Tatiane Pereira Fan (evento 40, vídeos 1/8):

> (...) MPM – No dia 17 de março de 2018, a senhora compareceu lá no 9º Batalhão Logístico? A senhora lembra desse dia?
>
> Testemunha – Sim.
>
> MPM – Lá em Santiago, né? O 9º Batalhão Logístico de Santiago. E, precisamente, a senhora pode nos resumir, assim, o que a senhora foi fazer lá naquele dia?
>
> Testemunha – É que teve outros fatores que aconteceram até eu ter que ir procurar o Sgt Valle. Eu tinha me mudado fazia poucos dias pra casa, aí tinham roubado a minha bolsa no dia da mudança com o dinheiro, no dia da mudança, atropelaram os gatos das crianças e o pouco de dinheiro que eu tinha pra passar aqueles dias, eu gastei com o veterinário. Aí minha afilhada e a minha comadre moram comigo, e a bebê adoeceu. Aí eu tentei com outras pessoas conseguir o dinheiro, porque não faz muito tempo que eu moro aqui, vai fazer três anos, eu não conheço muita gente e não tenho parente aqui. Aí eu conhecia o Tiago né. **Aí eu perguntei se ele não tinha dinheiro pra me emprestar e ele disse que tinha, só que ele tava de serviço, foi por isso que eu fui até o quartel**. (...).
>
> MPM – A senhora foi falar diretamente...
>
> Testemunha – Na verdade, eu só falei com o Tiago, porque quando eu cheguei, ele já tava na portaria, ele e outro soldado, só ele e outro rapaz que eu não sei o nome, aí eu entrei e ele ia me alcançar o dinheiro ali, aí eu perguntei se não dava pra me alcançar em outro lugar, porque eu fiquei com vergonha de pegar na frente do guri, ia saber o que o guri ia pensar, né? **E daí ele disse "não, dá pra gente descer ali no estacionamento", aí ele entrou no carro e a gente desceu realmente no estacionamento**. Mas eu falei só com o Tiago, nem falei com o outro rapaz que estava ali na entrada. (...).
>
> MPM – Aí ele entrou no carro e a senhora se dirigiu com o carro ao estacionamento do quartel?
>
> Testemunha – Isso. (...).
>
> MPM – E, nesse período aí, vocês ficaram conversando um pouco lá?
>
> Testemunha – Isso, eu peguei o dinheiro e expliquei pra ele, mostrei a receita pra ele, porque era uma sexta-feira à noite, eu até quis explicar, porque eu pensei assim vai que o cara pense, por mais que a gente seja amigo né, mas vai que ele pense que eu quero o dinheiro pra fazer festa ou alguma coisa. Então, expliquei e contei do atropelamento do gato, do roubo da minha bolsa, expliquei tudo pra ele e falei que ia pagar ele, até depois ele me mandou uma mensagem dizendo que nem precisava devolver o dinheiro, mas no que a Jéssica recebeu o seguro-desemprego, eu fui lá e entreguei o dinheiro pra ele, porque ele nem queria receber. (...).

Juiz – Durante a conversa que a senhora teve no interior do quartel com ele, em algum momento, o Tiago falou para a senhora que ele estava de serviço, que ele precisava cumprir algumas tarefas no quartel naquele momento?

Testemunha – **Que ele tava de serviço, eu sabia, porque ele ainda me disse na mensagem, quando eu perguntei pra ele na primeira vez que mandei a mensagem se ele não podia emprestar o dinheiro, aí eu contei que a nenê estava doente e que eu tava precisando, aí ele disse assim "não, eu até tenho o dinheiro, mas eu estou de serviço, se puder passar aqui no quartel e pegar", então em relação a isso, eu sabia que ele estava de serviço, mas eu não lembro de ele ter comentado comigo se ele estava fazendo ronda** (...). (Grifo nosso).

Cab Ex Patrick Bitencourt Melo (evento 40, vídeos 11/13):

(...) MPM – Daí você lembra quanto tempo ele ficou lá? Tu percebeu quando o carro saiu?

Testemunha – **Enquanto eu fiquei na permanência, ele não tinha saído de lá. Eu saí a 01h10 da manhã**.

MPM – 1h10?

Testemunha – Da manhã, e o carro não tinha saído, aí eu passei a permanência pro Cabo Busnelo e fui pra companhia (...). (Grifo nosso).

(...) MPM – Como que isso aconteceu? Esse período aconteceu mais ou menos entre as 00h e às 02h da manhã. Nesse horário, você estava no posto da guarda lá na frente?

Testemunha – Sim, senhor, estava no portão principal.

MPM – Como é que chama o portão que vocês ficam lá?

Testemunha – É o pórtico.

MPM – O pórtico. É lá que tem aquele trilho que levanta para os carros entrar?

Testemunha – Sim, senhor.

MPM – Normalmente, ele fica fechado?

Testemunha – Sim, senhor.

MPM – E ali só é um posto de guarda? Só tava você ali naquele horário?

Testemunha – Sim, senhor.

MPM – E, nesse dia, você se lembra quando o Sgt Valle lhe procurou pra avisar que ia chegar uma senhora lá num carro e que não era pra identificar ela?

Testemunha – Sim.

MPM – Ele chegou a lhe falar isso?

Testemunha – Sim, foi logo após que ele chegou lá em cima entre a meia-noite e meia, ele chegou lá em cima.

Juiz – Ele quem?

Testemunha – O Sargento Valle.

MPM – Lá em cima onde? Lá no seu posto?

Testemunha – Lá no posto.

MPM – E aí o que ele falou?

Testemunha – Ele falou que ia vir uma mulher com uma caminhoneta, ele relatou que ia chegar uma mulher com uma caminhoneta, que era pra mim não identificar, abrir a cancela, que ele ia estar esperando logo.

MPM – Nem pedir identidade? Deixar entrar?

Testemunha – É.

MPM – E aí, ele tava esperando um pouquinho? Você viu ele ali na frente?

Testemunha – Sim, senhor. (...).

Juiz – Quando chegou lá e chegou o veículo Spin né? A cancela tava aberta, tava fechada? Como é que estava a cancela?

Testemunha – Tava fechada.

Juiz – Por que o senhor abriu a cancela?

Testemunha – Porque eu recebi a ordem do rondante do dia.

Juiz – Quem que era o rondante e qual foi a ordem dada pelo rondante para o senhor abrir a cancela?

Testemunha – O rondante era o sargento do Valle.

Juiz – Por que ele falou para o senhor abrir a cancela?

Testemunha – Ele deu a ordem pra eu ir abrir a cancela, que não era pra eu identificar, e que ele estaria esperando lá embaixo (...).

Ten Douglas Dorneles Torbitz (evento 40, vídeos 9/11):

(...) Juiz – O sargento lhe procurou em algum momento pra lhe informar que, durante a ronda, estava conversando com a senhora Tatiane?

Testemunha – **Não me procurou em nenhum momento**. (...). (Grifo nosso).

A escala de serviço do dia 17/3/2018 para o dia 18/3/2018 (evento 15, documento 4, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303), por igual, comprovou que o agente estava de serviço na função de rondante da hora.

Cabe ressaltar, ainda, consoante a Portaria nº 816/2003, que aprova o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1), que o "rondante deve executar sua ronda, no mínimo em uma hora e meia, indo até os postos onde estão as sentinelas (cinco postos de guardas; três reservas de armamentos, conferindo os lacres das portas; três alojamentos das Companhias, fazendo vistoria). Portanto, a ronda é móvel".

Por outro lado, os registros do ponto eletrônico do serviço do dia 17 para o dia 18/3/2018 (evento 43 do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303 e evento 90 da APM nº 7000100-90.2018.7.03.0303) confirmaram o abandono, por parte do agente e por aproximadamente 1 (uma) hora, do serviço de rondante pelo qual foi regularmente escalado e investido.

Confira-se, mais uma vez, a prova testemunhal:

Ten Cel Ex Roberto Morais Brancalione (evento 178, vídeos 1/3):

> (...) MPM – A função do rondante, Coronel, só pra nós deixar claro e registrado, é uma função prevista no regulamento interno de serviços técnicos gerais, o RISG, certo?
>
> Testemunha – Positivo.
>
> MPM – E no que consiste essa função? Você poderia dizer pra gente exatamente?
>
> Testemunha – Consiste em uma determinação de horário sem que ele tem a obrigação de fazer a ronda, essa ronda normalmente é executada à noite, pode ser realizada durante o dia, de acordo com a determinação de unidade e avaliação do risco do comandante, do S2 e assim por diante. Essa ronda à noite, ela normalmente é dividida entre os sargentos da unidade, [inaudível], o sargento da guarda. (...).
>
> MPM – Agora, me diga um negócio, nesse período de ronda, é fato que não tem um período específico que ele tem que passar em certo horário, mas é dado a ele, é regular, é lícito, é permitido que ele abandone o serviço de ronda e fique, por exemplo, no alojamento? Fique, por exemplo, dentro de um veículo? Isso é permitido?
>
> Testemunha – Não.
>
> MPM – Então se ele ficar, por exemplo, dentro de um veículo durante parte do período de ronda dele, essa é uma atitude que deve ser repelida pelo direito castrense, pelas normas em gerais?
>
> Testemunha – Positivo, **no momento em que ele está dentro de um veículo, dentro de um alojamento, ele está deixando de passar dentro do itinerário de ronda**.
>
> MPM – De cumprir um dever de ofício dele?
>
> Testemunha – Tá deixando a segurança do aquartelamento em segundo plano. (...). (Grifo nossso).

Maj Ex Éder Andrade Balconi (evento 172, vídeos 7/10):

> Testemunha – (...) **O princípio do IPM e da sindicância foi baseado nesse roteiro de ronda. Observou-se que existia esse lapso muito grande entre a primeira passagem e a segunda e começou a se investigar o que realmente teria acontecido naquele período, que era o horário justamente da ronda do Sgt Valle**. Então, a partir dali, começou-se a investigar o que realmente aconteceu nesse horário e aí que chegaram a essa conclusão do período de tempo em que ele permaneceu no estacionamento do batalhão. (...). (Grifo nosso).

Nesse contexto, inviável a pretendida absolvição por ausência de provas, porquanto, conforme analisado alhures, tanto a materialidade como a autoria restam suficientemente delineadas.

De outra banda, salta aos olhos o elemento subjetivo do sujeito ativo, que, voluntária e conscientemente, abandonou o serviço de segurança ao quartel. Tanto foi assim que a testemunha Tatiane Pereira Fan (evento 40, vídeos 1/8) confirmou ter ele lhe dado ciência, antes mesmo de se deslocar à OM, do fato de estar em efetivo serviço.

A justificativa de cunho altruísta, se não ultrapassasse um período razoável de tempo, suficiente para que o agente tão só entregasse em mãos a quantia solicitada pela civil, poderia, por parte desta Revisora, ser reconhecida. Tal hipótese, contudo, não foi ventilada pelo acusado, que preferiu estender o "bate-papo" a retornar imediatamente à fiscalização dos postos de serviço.

O tipo penal do art. 195 do CPM abrange duas condutas distintas, quais sejam, (i) o abandono de posto ou lugar de serviço e (ii) o abandono de serviço. Trata-se de delito de mera conduta e instantâneo, sendo que o comportamento punível, frise-se, é afastar-se, definitiva ou temporariamente, sem ordem superior, do posto ou do lugar de serviço que lhe foi designado, bem como abandonar o serviço que lhe cumpria executar, antes de terminá-lo.

Classifica-se, ainda, como crime de perigo abstrato, dispensando a ocorrência de resultado naturalístico, uma vez que a mera conduta de afastar-se do posto ou do local de serviço ou abandonar o serviço de que era incumbido – deixando desfalcada a equipe escalada para aquele local/período – é suficiente para a consumação.

Leia-se Cícero Robson e Marcello Streifinger[24]:

> A expressão "antes de terminá-lo", usada no tipo penal, refere-se, tão somente, ao fato de que o turno ou mesmo a missão confiada ao autor ainda não findaram quando ele a abandonou, mesmo porque, se assim não fosse, inexistiria mácula aos bens jurídicos sob proteção; **errôneo, portanto, pare-nos o entendimento de que inexiste o delito**

[24] NEVES, Cícero Robson; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 936/938.

> **de abandono de posto, lugar de serviço ou ainda serviço quando o autor abandona a atividade sob exame e retorna antes do prazo final de seu turno ou prazo que lhe fora conferido para a realização do serviço**.
>
> Gostaríamos de lançar uma questão ainda não discutida, mas que, ante a possibilidade real de sua ocorrência, tem-nos preocupado de maneira ímpar. Cinge-se ela à investigação de ser ou não possível perpetrar o delito em apreço sem deixar o espaço físico que limita a atuação do agente. Para responder a essa indagação, **lembremo-nos, a princípio, que, embora o *nomen juris* do delito seja abandono de posto, a descrição típica possibilita três situações distintas: o abandono de posto, de lugar de serviço e de serviço. Obviamente, as duas primeiras possibilidades exigem o afastamento do sujeito ativo do espaço físico caracterizador do posto ou do lugar de serviço, sendo impossível perpetrar este delito sem que se deixe dito espaço. Por outra linha, <u>a terceira possibilidade, abandonar o serviço, não exige elemento espacial para sua configuração, razão por que entendemos possível a perpetração do delito sem que o militar deixe o espaço físico a ele destinado</u>**. (Grifo nosso).

In casu, o delito restou aperfeiçoado quando o militar, após iniciar o serviço de rondante, abandonou-o antes de seu término, mesmo que não tenha transpassado o portão principal da Unidade Castrense. Com efeito, sejam 50 (cinquenta) minutos de abandono, como sustenta o réu, seja cerca de 1 (uma) hora, como enfatizado pelo MPM, configuram-se tempo demasiadamente longo para fugir à obrigação de rondante, especialmente importante para a segurança da OM.

Nesse conspecto, tem-se posicionado este Tribunal Superior:

> EMENTA: APELAÇÃO. ABANDONO DE POSTO. IMPROVIMENTO. **O delito previsto no art. 195 do CPM se perfaz não só com a conduta de abandono do posto propriamente dito, <u>como também com a de deixar o lugar em que é desenvolvido o serviço</u>, vale dizer, o quartel ou qualquer área delimitada na ordem ou programação exarada pela autoridade militar. Tratando a hipótese versada nos autos de crime de perigo, a sua consumação independe de qualquer efetivo prejuízo para a Administração que possa ter ocorrido em razão da conduta incriminada**. Não desnatura a materialidade do crime a circunstância de não estarem definidos os exatos momentos em que o Acusado abandonou o serviço para fazer compras e em que definitivamente fugiu para a sua residência, vez que o delito em tela é instantâneo, perfazendo-se, pois, com o simples abandono do posto ou do local de serviço. Improvimento do Apelo da Defesa. Decisão unânime. (Apelação (FO) nº 2008.01.050856-2, Relator Ministro Renaldo Quintas Magioli, DJ de 27/6/2008). (Grifo nosso).
>
> Apelação. Defesa e Ministério Público Militar. Art. 195 do CPM. Sentinelas. Abandono de serviço. Estado de necessidade não comprovado.

Reforma da sentença absolutória. Prescrição. Extinção da Punibilidade. Provimento do apelo ministerial. **Militar que, escalado para o serviço de sentinela móvel, é encontrado no interior de seu veículo particular na companhia de outro militar, este sentinela fixa, condutas de ambos se amoldam ao tipo penal do art. 195 do CPM. O crime de abandono de posto ocorre quando o agente se afasta do local onde deveria permanecer, mas o aludido tipo penal traz como o núcleo, também, o abandono do serviço antes do seu término. Eventual dúvida quanto estar ou não o veículo do acusado nos limites do seu posto não justifica o decreto absolutório, dada a evidência de que se omitiu em relação ao dever de atenção e vigilância, que se espera do militar durante o serviço de sentinela**, o que impõe a reforma da sentença absolutória. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva superveniente ao Acórdão condenatório. Alegação de suposto problema de saúde ocorrido durante o serviço, no caso, não se presta a caracterizar o estado de necessidade exculpante, considerando que o acusado dispunha de outras alternativas, inclusive procedimentos regulamentares mais favoráveis a ele. Negado provimento ao Apelo da Defesa e provido o Apelo do Ministério Público Militar. Decisão unânime. (Apelação nº 0000014-97.2008.7.07.0007, Relator Ministro ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, DJ de 2/12/2009). (Grifo nosso).

EMENTA: Abandono de Posto. Dolo. Relevância penal. Estado de necessidade. Inexistência. Desprovimento. Hipótese em que o Acusado, ainda que regularmente escalado como de serviço, abandonou o quartel ao seu exclusivo alvedrio, quando, inclusive, poderia ter buscado permissão de seus superiores que se encontravam acessíveis no local. Ao revés do que sustenta a Defesa, clara é a presença do dolo a permear esse agir objetivo do Acusado. **Como é cediço, o Abandono de posto é crime de mera conduta, daí, pois, o seu elemento subjetivo consistir na voluntariedade consciente de, simplesmente, abandonar o serviço para o qual estava escalado. Delito de perigo abstrato, cujo perfazimento prescinde da ocorrência de qualquer resultado danoso e concreto para a Organização Militar**. A conduta descrita nos autos reveste-se de inescondível relevância penal, o que, por extensão lógica, torna impossível tratá-la exclusivamente na órbita administrativa, mesmo que em homenagem ao princípio da fragmentariedade. *In casu*, descabe prestigiar a tese de que o agir do Réu deu-se sob o manto exculpante do estado de necessidade ou, como alegado mais precisamente, de inexigibilidade de conduta diversa. Desprovimento do Apelo defensivo. (Apelação nº 269-52.2010. 7.01.0201, Relator Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, DJe de 8/2/2013). (Grifo nosso).

EMENTA: APELAÇÃO. ART. 195 DO CPM. ABANDONO DE POSTO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DOSIMETRIA. ART. 69 DO CPM. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROVIMENTO. UNÂNIME. DEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO CARACTERIZAÇÃO NA AUTORIZAÇÃO DE SUPERIOR. PROVIMENTO.

> UNÂNIME. Segundo considera a doutrina, o crime de abandono de posto é delito instantâneo, de mera conduta e de perigo abstrato, cuja consumação ocorre no momento em que o agente se afasta do local onde deveria permanecer; traz, também, como elemento constitutivo do tipo, o abandono do serviço para o qual estava escalado, antes de seu término, sem autorização ou ordem de superior. Quanto ao elemento da tipicidade, deve-se a conduta humana e voluntária absorver perfeitamente o fato material e suas elementares descritas no tipo penal. Existindo autorização ou ordem de superior, para que o militar se ausente do posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, não há tipicidade. Recurso defensivo provido. Decisão unânime. (Apelação nº 7000117-83.2017.7.00.0000, Relator Ministro JOSÉ BARROSO FILHO, DJe de 17/9/2018). (Grifo nosso).

Cabe ressaltar que, em virtude do abandono do serviço, existiu clara possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado – segurança da unidade –, na medida em que a violação da norma deixou em estado de perigo a guarnição castrense, que, a qualquer momento, poderia necessitar do militar, especialmente porque mais capacitado que os soldados para atuar em situações estressantes.

De fato, o pessoal que compõe a escala de serviço, independente das atribuições de cada um, representa o efetivo de segurança da Organização Castrense e deve estar pronto para os casos emergenciais, tais como ataques às instalações ou situações que necessitem do imediato emprego externo dos militares.

O agir adotado por parte do acusado deveria ter tomado norte diverso do empreendido *in casu*. Afinal, o sacrifício da segurança militar somente se justifica diante de um quadro de premente necessidade, o que aqui, nem de longe, restou configurado.

Considero, ainda, pertinente a seguinte fundamentação adotada pelo Juízo de primeiro grau:

> É digno de nota também ressaltar que o local de serviço deve ser interpretado como as dependências internas do estabelecimento militar. Logo, não é necessário que o agente ultrapasse os limites do aquartelamento para a *meta optata*, ou seja, basta para a consumação dessa espécie delitiva de que o agente abdique do serviço para qual estava previamente, ainda que permaneça na Organização Militar realizando atividade diversa.
>
> É óbvio que a conduta imputada ao acusado de abandonar o lugar de serviço não se dá em razão da conversa travada com a civil Tatiane Pereira Fan no interior do veículo dela, que se encontrava no estacionamento da Organização Militar, mas sim pela vontade livre e consciente de renunciar o serviço de rondante por aproximadamente 1 hora, deixando desguarnecida a vigilância da Unidade Militar por esse instante,

> com sérios riscos à segurança dos colegas de farda e aos equipamentos bélicos ali alojados. Ora, o crime do artigo 195 do Código Penal Militar se concretiza quando o acusado, sem autorização de qualquer superior, resolve interromper, ilicitamente, o serviço para qual estava encarregado, carecendo de importância a finalidade do abandono e o caráter definitivo ou temporário desse afastamento.
>
> De fato, a função de rondante da hora confere discricionariedade ao militar para que, no desempenho de um juízo de oportunidade e de conveniência, à luz do caso concreto em prol da segurança da Unidade Militar, escolha o melhor horário para checar determinados postos do quartel. Todavia, não há que se confundir essa discricionariedade com a possibilidade de o acusado renunciar o serviço de rondante por aproximadamente 1 (uma) hora. Ao acusado não lhe foi conferida a opção entre agir e não agir pelo lapso temporal substancial de 1 hora, porquanto já estava previamente escalado para exercer tal tarefa no período compreendido entre 00h e 2h do dia 18 de março de 2018. Fere a lógica do razoável aceitar a tese defensiva de que o acusado pode se apartar do interesse público consubstanciado na segurança da Organização Militar por aproximadamente 1 hora para atender objetivo de cunho manifestamente particular.
>
> A distância temporal de aproximadamente 1 hora e 31 minutos entre o primeiro e o segundo postos de fiscalização nominados respectivamente de Pórtico do Batalhão e Portão Sul/Oficina de Armamento, segundo se depreende de documento emitido pela OM (evento 59), conjugada com as provas orais produzidas no processo criminal, revelam indubitavelmente o abandono do serviço de rondante da hora pelo acusado na madrugada do dia 18 de março de 2018.

Destarte, o então 3º Sgt Ex TIAGO DO VALE FERREIRA deliberou cometer o crime de abandono de posto por livre arbítrio e sem amparo em qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade, razão pela qual deve ser mantida a condenação.

Com relação ao crime do art. 319 do CPM, melhor sorte assiste ao recorrente.

O simples fato de o sujeito ativo introduzir a civil na Unidade Militar não caracteriza o delito de prevaricação por ausência da elementar "ato de ofício". Com efeito, não fazia parte de suas atribuições a identificação de civis estranhos à OM; para tanto, havia o pessoal de serviço especialmente designado para o ato.

Nesse sentido, as informações prestadas pelo Chefe da 2ª Seção/9º B Log, por meio do DIEx nº 0042 – S/2-9º B Log (evento 15, documento 4, do IPM nº 7000044-57.2018.7.03.0303), deram conta de que "o público civil autorizado, motorizado ou não, possui, como único acesso de entrada e saída

do interior deste aquartelamento, o Portão Principal (Portão das Armas)", sendo que, nessa entrada, existe um "Posto de Sentinela desarmado, cuja função é identificar de maneira sumária as pessoas que adentram ao 9º B Log" e "é responsável por orientar o público civil a deslocar-se através da alameda de acesso até o Corpo da Guarda do 9º B Log, localizado no Pórtico Central, adjacente ao estacionamento do Batalhão, onde os mesmos serão identificados e seu acesso devidamente registrado".

A corroborar a atipicidade da conduta, leciona Enio Luiz Rossetto[25], *verbis*:

> Ato de ofício é o ato que o militar deve praticar em razão dos deveres funcionais. Nélson Hungria conceitua o ato de ofício como "todo e qualquer ato em que se exterioriza o exercício da função ou do cargo", que compreende o ato administrativo ou judicial.
>
> **Logo, não há falar no crime se o ato procrastinado pelo agente ou omitido não era de sua alçada de atribuição ou competência. Se o ato não for da esfera de sua competência, não haverá o crime de prevaricação. Na "hipótese de o ato omitido ou retardado não se inserir no âmbito da competência ou atribuição do funcionário, não se pode falar em prevaricação, já que esta pressupõe a 'infidelidade na obrigação funcional e plena parcialidade no seu desempenho"**.
>
> Ex.: não se considerou prevaricação no ato do soldado que deixava o preso sair para fazer serviço fora da cadeia, por ser essa a função do carcereiro ou do superior hierárquico. (Grifo nosso).

Ressalte-se que o DIEx nº 0042 - S/2-9º B Log sequer apontou qualquer normativa que estabelecesse orientações e procedimentos gerais de identificação de civis. Além de não ter imputado nenhuma atribuição de identificação ao Graduado rondante, o DIEx, obviamente, não tem o condão de estabelecer obrigações inerentes ao cargo militar, que, tão somente, podem ser definidas em legislação ou em regulamentação específica.

A respeito, dispõe o Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880/1980:

> **Art. 20. Cargo militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo.**
>
> § 1º O cargo militar, a que se refere este artigo, é o que se encontra especificado nos Quadros de Efetivo ou Tabelas de Lotação das Forças Armadas ou previsto, caracterizado ou definido como tal em outras disposições legais.
>
> **§ 2º As obrigações inerentes ao cargo militar devem ser compatíveis com o correspondente grau hierárquico e definidas em legislação ou regulamentação específicas**. (Grifo nosso).

---

[25] ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1088.

Por derradeiro, adoto, como razão de decidir, os seguintes trechos do Parecer ministerial, elaborado pelo Dr. Roberto Coutinho, Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar, *verbis*:

> No que diz respeito ao suposto delito de Prevaricação, temos uma previsão legal que protege o bem jurídico "Administração Militar", o que difere diametralmente dos delitos que atingem o bem jurídico "Serviço Militar e Dever Militar" e, portanto, tal imputação não faz o menor sentido.
>
> Ademais, estamos tratando de uma conduta comissiva, ou seja, introduzir terceiro em organização militar, ainda que através de ordem que retire o impedimento. Ou seja, o delito só seria possível na elementar típica "praticá-lo".
>
> É a própria Sentença que assevera a necessidade de complemento da norma penal em branco:
>
> > (...)
> >
> > Cuida-se de uma espécie de autocorrupção, vez que o agente estatal se deixa levar por alguma indevida vantagem que almeja para si, malferindo, em decorrência disso, os seus deveres funcionais. Tal delito pode ser cometido de 3 maneiras: a) retardando ato de ofício; b) deixando de praticar ato de ofício; c) praticando o ato de ofício de forma ilegal.
> >
> > Dessa última possibilidade de cometer o delito, qual seja, de praticar ato de ofício contra expressa disposição de lei, nota-se que estamos diante de uma norma penal em branco em sentido *lato*, vez que a complementação do preceito primário necessita da existência de outra lei.
> >
> > (...)
> >
> > Ao determinar que a sentinela do Portão das Armas (Soldado Lopes) não cumprisse a ordem por todos militares da OM conhecida (DIEx nº 0042-S/2-9º BLog) no sentido de proceder a identificação sumária da Sra. Tatiane no Portão das Armas em plena madrugada do dia 18 de março de 2018, o acusado descumpriu com os deveres militares, de hierarquia, disciplina e rigoroso cumprimento das obrigações no âmbito militar, regras expressamente delineadas no Estatuto dos Militares, com o intuito de satisfazer interesse pessoal, qual seja, obter uma conversa íntima com a sra. Tatiane no interior do aquartelamento durante o seu mister de rondante da hora.
> >
> > (...)
>
> Com a devida vênia, o Estatuto dos Mlitares não traz norma específica de complemento ao delito de Prevaricação e a DIEX nº 0042-S/2-9º B Log não constitui "lei" em sentido estrito. Daí porque tal temerária construção da Sentença não aponta a suposta norma legal ínsita no Estatuto dos Militares que complementaria o disposto no artigo 319 do CPM.

> A expressão típica "praticá-lo contra expressa disposição de lei" deve ser interpretada como lei em sentido formal, emanada de órgão legislativo com competência para tal, até porque a lei penal é de iniciativa da União, conforme dispõe o inciso I do artigo 22 da Constituição Federal, e é competência do Congresso Nacional para legislar sobre a matéria, não podendo qualquer autoridade pública estender tal amplitude, nem mesmo o próprio Presidente da República, através de Media Provisória, por exemplo, face à proibição, ínsita na alínea "b" do inciso I do § 1º do artigo 62 da Lei Maior.
>
> Tal interpretação é de fácil cognição quando observamos o disposto no artigo 324 do CPM, pois, quando o legislador quer fazer distinção entre lei, regulamento e instrução, o faz expressamente:
>
>> Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar:
>>
>> Pena - se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.
>
> Em outras palavras, "o intérprete não pode distinguir onde a lei não distingue", valoroso primado de direito.
>
> Interpretação diversa feriria o Princípio da Legalidade.

Tal como colocado, imperiosa a absolvição, com base no art. 439, alínea *b*, do CPPM, do delito de prevaricação por flagrante atipicidade da conduta, de sorte que, decotado o respectivo *quantum* da sanção privativa de liberdade, TIAGO DO VALE FERREIRA fica definitivamente condenado, como incurso no crime previsto no art. 195 (abandono de posto) do CPM, à pena de 3 (três) meses de detenção, mantido o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime prisional inicialmente aberto para eventual cumprimento da reprimenda.

Ante o exposto, votei pelo parcial conhecimento e pelo parcial provimento do recurso de TIAGO DO VALE FERREIRA, para absolvê-lo do crime previsto no art. 319 (prevaricação) do CPM, com fundamento no art. 439, alínea *b*, do CPPM, mantida sua condenação, como incurso no delito do art. 195 (abandono de posto) do CPM, à pena de 3 (três) meses de detenção, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime prisional inicialmente aberto para eventual cumprimento da reprimenda.

Superior Tribunal Militar, 7 de maio de 2020.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Apelação Nº 7001373-90.2019.7.00.0000

Os presentes autos subiram a esta Corte para apreciação e julgamento do recurso de apelação interposto pela Defesa constituída do ex-3º Sgt Ex TIAGO DO VALE FERREIRA, em face da Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, de 29 de outubro de 2019, que o condenou à pena de 9 meses de detenção, como incurso nas condutas de abandono de posto, tipificada no art. 195, e prevaricação, tipificada no art. 319, ambos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade.

2. Na verdade, votei acompanhando parcialmente os votos do Ministro-Relator e da Ministra-Revisora, destacando a divergência que fora estabelecida entre eles relativamente aos delitos praticados, em tese, pelo Apelante.

3. Em relação ao crime previsto no art. 195 do CPM, acompanhei o eminente Ministro-Relator, uma vez que os fatos narrados nos autos não revelam, por parte do réu, o abandono do serviço de rondante, já que o militar permaneceu no interior do quartel, no estacionamento, a alguns metros da guarita. O fato de ter recebido uma visita por alguns minutos não autoriza concluir que deixou de permanecer atento ao serviço de ronda, sendo certo que tal desídia deve ser analisada em procedimento administrativo e não na seara criminal.

4. Com relação ao crime capitulado no art. 319 do CPM, acompanhei a eminente Ministra-Revisora, tendo em vista a atipicidade da conduta, uma vez que o réu não praticou ato contra expressa disposição de lei, como requer o tipo do art. 319 do CPM, de modo que a mera infração às normas administrativas não podem ser usadas como complementar do crime de prevaricação, sob pena de darmos uma interpretação extensiva, violando o princípio da tipicidade penal.

Por essas razões, acompanhei parcialmente os votos do Ministro-Relator e da Ministra-Revisora, dando provimento ao apelo da Defesa para, reformando a sentença, absolver o ex-3º Sgt Ex TIAGO DO VALE FERREIRA dos crimes capitulados nos art. 195 e do art. 319, ambos do CPM, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 7 de maio de 2020.

José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

_____

Conselho de Justificação

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 7000186-47.2019.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Relatora para o Acórdão: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Requerente: Comandante do Exército.

Requerido: Rafael Lemos de Resende.

Advogado: Dr. Rafael Scherer Politano.

EMENTA

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES DEFENSIVAS. PRESCRIÇÃO. NULIDADE PELA CONCESSÃO DO INDULTO. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. ILEGITIMIDADE DA REMESSA PELO COMANDANTE DA FORÇA. REJEIÇÃO. MAIORIA. MÉRITO. NÃO PROVIMENTO. OFICIAL JUSTIFICADO. MAIORIA.

Nas hipóteses em que o processo é deflagrado por força do disposto no art. 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836/72, faz-se necessário o trânsito em julgado da condenação antes da submissão a Conselho, não podendo a contagem do prazo prescricional ser anterior ao pressuposto de instauração. Trânsito em julgado que ocorreu após o julgamento da Apelação (vida 2).

Preliminar de prescrição rejeitada à unanimidade.

O fato de a pena ter sido indultada não nulifica a instauração do Conselho. O indulto natalino extingue, tão somente, a pretensão executória, não atingindo os efeitos secundários da condenação (Súmula 631 do STJ).

Preliminar de nulidade rejeitada à unanimidade.

Preliminar de ilegalidade/ilegitimidade da remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força sem a presentação da AGU rejeitada por maioria.

Conselho de Justificação *sui generis* que trata de fatos ocorridos há mais de 11 (onze) anos, tendo o Oficial sido condenado pela prática de estelionato enquanto ocupava a função de Tesoureiro.

Além de devidamente comprovado que o Justificante assumiu a responsabilidade, colaborando com as investigações e restituindo todo o montante de pronto, restou evidente que não voltará a delinquir, uma vez que reconquistou a confiança de seus pares, demonstrando dedicação acima da média, fato atestado em inúmeros depoimentos, inclusive exercendo novas funções de confiança.

Demonstrado o atual comprometimento com o serviço militar e a capacidade de permanecer na ativa.

Denota-se despida de razoabilidade a anulação do primeiro Conselho de Justificação a que se submeteu o Oficial, sobretudo por ter-lhe sido favorável a conclusão do Relatório que o julgou capaz de permanecer nas fileiras do Exército com base na sua reabilitação.

A anulação do Conselho de Justificação deve ser acompanhada de fundamentação idônea para que não gere prejuízos ao Justificante. Se o primeiro Conselho instaurado seguiu seu rito próprio e não obteve êxito em demonstrar a incapacidade do Justificante, na ausência de argumentos para julgá-lo incapaz, não poderia ser anulado com vistas a gerar novas provas em seu malefício.

Conselho de Justificação não provido. Decisão majoritária.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar defensiva em que se requeria a decretação da Prescrição; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar defensiva, em que se apontava para a nulidade do presente Conselho, tendo em vista o fato de o Justificante ter recebido o indulto natalino nos autos da Ação Penal nº 28-95.2008. 7.03.0103, que tramitou no Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM. **No mérito**, consoante o art. 78 do RISTM, pediu **vista** a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, após o voto do Ministro Luis Carlos Gomes Mattos (Relator), que julgava o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende não justificado e, por isso, o declarava indigno do oficialato, determinando a perda de seu posto e patente, *ex vi* do art. 16, *caput*, e seu inciso I, da Lei nº 5.836/72. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor) acompanhava o voto do Ministro-Relator. Os Ministros José Coêlho Ferreira, José Barroso Filho e Francisco Joseli Parente

Camelo julgavam o Conselho de Justificação improcedente e o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende justificado das condutas descritas no libelo acusatório.

Os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Lúcio Mário de Barros Góes, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino aguardam o retorno de vista. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa, Dr. Rafael Scherer Politano, 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, 25/9/2019).

Prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão de 25 de setembro de 2019, após a rejeição, **por unanimidade**, da preliminar defensiva, de decretação de prescrição; após a rejeição, **por unanimidade**, da segunda preliminar defensiva, de nulidade do presente Conselho, tendo em vista o fato de o Justificante ter recebido o indulto natalino nos autos da Ação Penal nº 28-95.2008.7.03.0103, que tramitou no Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM, proferiu voto de vista a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, tendo arguido preliminar, para dar interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante do Exército, ao remeter os autos ao STM, fosse presentado pela Advocacia-Geral da União, e, em consequência, julgava extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, tendo o Tribunal, **por maioria**, rejeitado a preliminar. Na Sessão de 25 de setembro de 2019, prolatou voto de mérito o Ministro Luis Carlos Gomes Mattos (Relator), que julgava o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende não justificado, e declarava o militar indigno do oficialato, determinava a perda de seu posto e patente, ***ex vi*** do art. 16, ***caput***, e seu inciso I, da Lei nº 5.836/72, no que foi acompanhado do Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor). Proferiram votos também os Ministros José Coêlho Ferreira, José Barroso Filho e Francisco Joseli Parente Camelo, que julgavam o Conselho de Justificação improcedente e o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende justificado das condutas descritas no libelo acusatório. Na presente Sessão, proferiu voto de mérito a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que julgava o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende digno de permanecer no oficialato e, portanto, justificado. Em seguida, na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Os Ministros Alvaro Luiz Pinto, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino aguardam o retorno de vista. A Defesa será previamente intimada do retorno de vista para a sequência do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 12/12/2019).

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente a Dra. Arilma Cunha da Silva, representante do Ministério Público, prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão de 12 de dezembro de 2019, que dava sequência à Sessão de 25 de setembro de 2019, na qual o Plenário rejeitou, **por unanimidade**, a preliminar defensiva, de decretação de prescrição; após a rejeição, **por unanimidade**, da segunda preliminar defensiva, de nulidade do presente Conselho, tendo em vista o ato de o Justificante ter recebido o indulto natalino nos autos da Ação Penal nº 28-95.2008.7.03.0103, que tramitou no Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM. Em seguida, proferiu voto-vista a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, tendo arguido preliminar, para dar interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante do Exército, ao remeter os autos ao STM, fosse presentado pela Advocacia-Geral da União, e, em consequência, julgava extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Dando continuidade, o Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar. Na Sessão ora em andamento, prolatou voto de vista o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Em sequência, o Tribunal, **por maioria**, no mérito, julgou o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende digno de permanecer no oficialato e, portanto, justificado das condutas descritas no libelo acusatório, nos termos do voto-vista da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Os Ministros Luis Carlos Gomes Mattos (Relator), Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), Odilson Sampaio Benzi e Marco Antônio de Farias julgavam o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende não justificado, e declaravam o militar indigno do oficialato, determinando a perda de seu posto e patente, *ex vi* do art. 16, *caput*, e seu inciso I, da Lei nº 5.836/72.

Acompanharam o voto-vista da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Francisco Joseli Parente Camelo, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, em seu voto-vista, e Carlos Vuyk de Aquino. Relatora para Acórdão Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Luis Carlos Gomes Mattos (Relator) fará voto vencido. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 21/5/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de Conselho de Justificação instaurado pela Portaria nº 1727, de 15/10/2018 (fl. 4, vol. 1, evento 1), do Comandante do Exército, no qual figura como Justificante o Capitão RAFAEL LEMOS DE RESENDE.

O militar foi condenado na 1ª instância da Justiça Militar à pena de 2 (dois) anos de prisão, como incurso, por desclassificação, no art. 251, *caput*,

§ 3º, c/c os arts. 253 e 72, inciso III, alínea "d", todos do CPM, e art. 71, *caput*, do CP, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto. A Sentença condenatória foi objeto de recurso de Apelação, interposto pelo MPM e julgado nesta Corte em 16/2/2012.

Ao julgar o Apelo, esta Corte majorou a pena imposta para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Posteriormente, por força de Decisão proferida pelo STF, no Habeas Corpus nº 122.170/DF, esta Corte julgou, em 22/4/2015, a Apelação nº 28-95. 2008.7.03.0103 (vida 2), tendo, na ocasião, realizado nova dosimetria da pena e reduzido a sanção aplicada ao Justificante para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos os demais termos da Sentença condenatória recorrida.

Nos termos da Ata da Sessão Inicial (fls. 16 e 17), realizada em 23/10/2018, foram lidos e autuados os documentos que constituíram o ato de nomeação, o ato de afastamento do acusado de suas funções e obrigações, publicado em boletim de acesso restrito, bem como o Libelo Acusatório.

A peça inaugural imputou ao Justificante (fls. 14/15, vol. 1, evento 1):

> ter, em tese, infringido os preceitos da ética militar e dos deveres militares estabelecidos nos incisos I, II, IV, VII, XIII, XVI, XVII e XIX do art. 28 e incisos III, IV e V do art. 31, tudo da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, por ter sido condenado nos autos da Ação Penal nº 0000028-95.2008.7.03.0l03, que tramitou na 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar (3ª CJM), Porto Alegre-RS, à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão de, nos exatos termos da sentença condenatória:
>
>> Segundo restou provado, no período de julho de 2007 a setembro de 2008, o 1º Ten Rafael Mendes de Resende Bruno, servindo no 3º Regimento de Cavalaria de Guardas (Porto Alegre/RS), valendo-se do cargo de tesoureiro, apropriou-se de verbas públicas, destinadas ao pagamento de concessionárias de serviços públicos, obtendo, com isso, vantagem financeira ilícita, em prejuízo da Administração Militar. A autoria e a materialidade das condutas ilícitas imputadas aos Réus são inquestionáveis. Em todos esses procedimentos fraudulentos, o *modus operandi* sempre foi o mesmo, a saber:
>>
>> O 1º Ten Resende, como tesoureiro, utilizava os créditos excedentes disponíveis para pagamento das concessionárias públicas no esquema fraudulento, mediante a confecção de uma "Nota de Empenho" falsa, a qual era lançada a descrição de um serviço que não foi executado.
>>
>> As assinaturas de alguns integrantes da Administração Militar, necessárias ao trâmite do procedimento administrativo em questão, foram atestadas como tendo sido falsificadas pelo

primeiro Acusado (perícia da Polícia Federal - fls 294/315), no intuito de obter êxito em seu esquema fraudulento, visando à vantagem econômica indevida.

Apostas as assinaturas nos documentos necessários para o sucesso da fraude, o 1º Ten Resende lançava no SIAFI a liquidação do serviço, gerando ordem bancária em favor do fornecedor da Nota Fiscal, o segundo Denunciado.

Os CNPJ lançados nas notas de empenho falsificadas pertenciam a empresa do civil Alvarino Ferreira da Silva; o qual forneceu ao militar 18 (dezoito) notas fiscais "frias" das Empresas "Ferreira e Colombo" ou "Vale Distribuidora de Alimentos e Serviços Ltda", com a discriminação do serviço que nunca foi executado em favor do Regimento.

Os valores eram sacados por Alvarino, que os repassava diretamente ao 1º Ten Resende, descontando os tributos. Inexiste prova nos autos de obtenção de vantagem por parte do segundo Denunciado. Alegou que assim agiu em virtude de ter sido convencido pelo primeiro Denunciado de que a Organização Militar precisava desses valores para realizar serviços com fornecedores que estavam irregulares no SIAFI.

Como resultado da fraude, o primeiro Denunciado obteve em proveito o valor que, corrigido, resultou no montante de R$ 78.382,70 (setenta e oito mil, trezentos e oitenta e dois reais e setenta centavos), em prejuízo da Administração Militar. A perícia da 3ª ICFEx comprova os valores mencionados (fls.18/38).

O valor foi reconhecido como dívida pelo Acusado (fl. 237) que alegando estar arrependido, restituiu por meio de GRU, em 12 de setembro de 2008 (fl. 238).

b. tal situação – condenação por crime de natureza dolosa a pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos – se amolda à hipótese prevista no inciso IV do art. 22 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, o que impõe deliberar, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena, sobre a vossa capacidade, ou não, de permanecer no serviço ativo, consoante disposto com a alínea "c)" do § 12 do art. 12 da aludida Lei.

O Justificante apresentou Defesa Prévia, rol de testemunhas (fls. 30 a 50) e requereu a juntada dos documentos constantes às fls. 51/56.

Foram juntados outros documentos apresentados pelo Justificante às fls. 63/252: Alterações Funcionais, Ficha Cadastro do SICaPEx 2018, Perfil do desempenho do avaliado 2018, Resultados de avaliações somativa e formativa do Sistema de Gestão do Desempenho 2018, Perfil do Avaliado 2018 e Ficha Disciplinar Individual 2018.

Inquiridas as testemunhas na presença do Justificante e seu Defensor: Cel Cav Marco Antônio Diel (fls. 267/269); 2º Ten QAO Paulo de Moura Barra (fls. 280/281); Maj Luciano Araújo Vizzotto (fls. 282/284); Maj Guilherme Firpodal Ponte (fls. 307/309); Maj Luiz Felipe Carrett de Vasconcelos (fls. 310/311); 2º Ten Joelton Pereira Soares (fls. 351/352); Bruno Ketzer Osório (fls. 353/355); 1º Ten José Bonifácio Gonçalves Quintana (fls. 356/357); Cel Paulo Caetano Martins de Oliveira (fls. 361/363); 1º Ten Matheus da Silva Vivian Corrêa (fls. 364/365); Cel R1 Sérgio Ricardo Soares Arôca (fls. 369/370); Ten Cel Guilherme Schiffner (fls. 371/372); Cel R1 Alessandro Grimaldi de Soza (fls. 373/375); Tatiane de Fátima Meinhardt (fls. 384/385); Tiago Aguado Barcellos (fls. 386/387); Cap R1 Plínio de Souza Mafaldada (fls. 388/390); Ten Cel Cav Augusto Souza Coelho (fls. 431/433); Maj QMB Maurício Kothe (fls. 434/435); e 2º Ten Int Lucas da Silva de Lima (fls. 436/437).

Por Precatória, foram ouvidos: Cel Nicolas Jefferson de Oliveira Ramos (fls. 397/399); Maj Cav Maurício Gilberto Roman Ross (fls. 401/403); Cel Cav Fabiano Corrêa Lorenço de Lima (fls. 404/407); Maj Cav Luiz André Barbosa Minuzzi (fls. 445/446); Cel Cav Osiris Fernandes Júnior (fls. 452/454); Cel Cav R/1 Artur José Solon Neto (fls. 455/458); e Cel Int R1 Paulo Ricardo de Linhares Fábrica (fls. 461/463).

Por meio do Despacho constante à fl. 422, foi determinada a juntada, em autos apartados, do comprovante de ressarcimento do dano causado e da certidão de trânsito em julgado da redução da pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, entre outros documentos (fls. 424/426).

O Capitão RAFAEL LEMOS DE RESENDE foi qualificado e interrogado às fls. 472/482.

Foram apresentadas Alegações Finais às fls. 497/592.

Findada a fase instrutória, o Conselho deliberou, por maioria de votos, considerar o Cap RAFAEL RESENDE incapaz de permanecer na ativa (evento 1, docs. 27, 28 e 29).

Com a remessa do Relatório ao Comandante do Exército, por meio do Despacho Decisório nº 32/2019 (evento 1, doc. 31 - Solução), este concordou com a maioria dos membros do Conselho e considerou o Cap Ex RAFAEL RESENDE não justificado.

Ao acatar o julgamento do Conselho, o Comandante remeteu os autos a esta Corte, na forma do art. 13, inciso V, alínea "a", da Lei nº 5.836/72 (evento 1, doc. 31).

Já em trâmite nesta Casa, a Defesa do Capitão RESENDE arguiu preliminares de prescrição e de nulidade do Conselho em razão de ter o Justificante recebido o benefício do indulto natalino, causa extintiva da punibilidade.

Alegou que, após assumir seus erros e responsabilidades, o Justificante reconquistou a confiança de seus pares por meio de sua indubitável capacidade para o trabalho e demonstrou possuir valores caros ao Exército Brasileiro. Aduziu que o Capitão teve uma carreira irretocável ao longo dos últimos 10 (dez) anos, tendo recebido elogios e desempenhado funções administrativas como tesoureiro, fiscal administrativo e chefe da 4ª Seção. Reputou ter o Oficial sofrido injustiça, pois um 1º Conselho, instaurado para apurar os fatos ora objeto de apreciação, foi anulado "por critérios subjetivos, e não por critérios objetivos normativos". Destacou que o militar deixou de ser apenado com a perda da função pública na ação de improbidade administrativa a que respondeu na Justiça Federal e bradou pela declaração da capacidade do Justificante de permanecer no serviço ativo do Exército Brasileiro, *in verbis:*

> (...) ante todos os argumentos trazidos acerca de seu comportamento COLABORATIVO em todos os momentos, como a CONFISSÃO ESPONTÂNEA, REPARAÇÃO DO DANO, EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADES AOS DEMAIS AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO, FALAR A VERDADE, TRAZER TODAS AS PROVAS ANTES MESMO DA INSTAURAÇÃO DE QUALQUER PROCESSO OU PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO, (...) bem como ter, por uma DÉCADA INTEIRA, excelentes serviços prestados ao Exército em funções de alta confiança por parte dos Comandantes de Unidade; 5) ALTERNATIVAMENTE, caso Vossas Excelências entendam de forma diversa, com a consequente declaração de "INCAPAZ PARA O SERVIÇO ATIVO DAS FORÇAS ARMADAS", requer seja aplicada a pena de REFORMA nas formas do art. 16, inciso II, da Lei 5836/72. (evento 16).

A PGJM, em Parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Arilma Cunha da Silva, manifestou-se pela rejeição das preliminares arguidas e, no mérito, pela procedência do libelo acusatório para declarar o Justificante culpado e, por consequência, indigno do oficialato ou com ele incompatível, *ex vi* do art. 16, inciso I, c/c o art. 2º, inciso IV, todos da Lei nº 5.836/72 (evento 21).

Em Sessão de 25/9/2019, o presente feito foi levado a julgamento, tendo o Tribunal, por unanimidade, rejeitado as preliminares defensivas de prescrição e de nulidade do Conselho em razão de ter o Justificante sido beneficiado com o indulto natalino nos autos da Ação Penal nº 28-95.2008.7.03.0103. No mérito, o Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos (Relator), acompanhado do Revisor (Ministro Dr. Artur Vidigal), julgava o Cap Int Ex RAFAEL LEMOS DE RESENDE não justificado e o declarava indigno do oficialato, determinando a perda de seu posto e patente, *ex vi* do art. 16, *caput*, e seu inciso I, da Lei nº 5.836/72.

Pedi vista dos autos para melhor avaliar a capacidade do Justificante para permanecer na ativa e analisar mais detidamente os motivos que levaram à anulação do primeiro Conselho de Justificação.

Posteriormente, o Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz igualmente pediu vista dos autos, tendo o julgamento sido retomado na Sessão virtual de 18/5/2020 a 21/5/2020.

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

A Defesa arguiu preliminar de prescrição com fundamento no art. 18, parágrafo único, da Lei nº 5.836/72, tendo vista a pena aplicada, de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, ensejar o prazo prescricional de 4 (quatro) anos.

Para tanto, aduziu que o trânsito em julgado da Sentença condenatória teria se dado em 11/3/2014, e a instauração do presente Conselho em 18/10/2018, ou seja, após findado o período de 4 (quatro) anos.

Todavia, o trânsito em julgado da condenação ocorreu em 10/8/2015, somente após o julgamento da Apelação nº 28-95.2008.7.03.0103, com vida 2. Houve, de fato, uma certificação, em 11/3/2014, do trânsito em julgado da condenação do Justificante, com a rejeição dos Embargos Infringentes opostos pela Defesa em face do Acórdão proferido no primeiro julgamento da Apelação nº 28-95.2008.7.03.0103.

Naquela ocasião, a Corte majorou a pena para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, não se tratando, ainda, da mencionada sanção de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses utilizada pela Defesa para o cálculo do lapso prescricional.

Ocorre que a Defesa impetrou no STF o Habeas Corpus nº 122.170/DF, cujo julgamento resultou na concessão parcial da ordem para que esta Corte Castrense procedesse "a nova dosimetria da pena com a aplicação da minorante prevista no art. 240, §§ 1º e 2º, c/c art. 253 do Código Penal Militar, mediante fundamentação idônea do redutor fixado".

Somente após o julgamento da Apelação nº 28- 95.2008.7.03.0103 (vida 2), a dosimetria alcançou o patamar de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão. O referido Acórdão transitou em julgado em 10/8/2015.

Dessa forma, não há que falar, na espécie, em incidência da prescrição, com fundamento no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 5.836/72, haja vista que não se passaram mais de 4 (quatro) anos entre o trânsito em julgado do Acórdão (ocorrido em 10/8/2015) – que tornou o apenamento definitivo em

1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e tomada como parâmetro pela Defesa para arguir a prescrição – e a instauração do presente Conselho (em 18/10/2018).

Com relação ao segundo argumento defensivo, de que se passaram mais de 6 (seis) anos entre as datas dos fatos, ocorridos em 2007 e 2008, e a instauração do presente Conselho, em 18/10/2018, melhor sorte não lhe socorre.

O próprio art. 18 da Lei nº 5.836/72, citado pela Defesa, estabelece em seu parágrafo único: "Art. 18. Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta lei. Parágrafo único**. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos**." (Grifos nossos).

In casu, o Oficial fora submetido a Conselho de Justificação por força do inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72, em face do cometimento de ilícito penal cuja pena não ultrapassou 2 (dois) anos. Necessário, portanto, o trânsito em julgado da condenação para a devida instauração do Conselho, não podendo a contagem do prazo prescricional se iniciar antes do pressuposto de instauração.

Nesse sentido, leia-se o seguinte julgado:

> MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. ATO SUBMETIDO A CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRESCRIÇÃO ENTRE O FATO E A INSTAURAÇÃO. MPM COMO SUJEITO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR *AB INITIO* O DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRESCRIÇÃO REGULADA PELO ART. 18, *CAPUT*, DA LEI 5.836/72. ATOS RESTRITOS À SEARA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO ESTABELECIDA NO ART. 18, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 5.836/72. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PENA *IN CONCRETO*. VINCULAÇÃO AO ART. 2º, IV, DA LEI 5.836/72. AUSÊNCIA DE FATOS LÍQUIDOS E CERTOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM. DECISÃO POR UNANIMIDADE. A análise dos dispositivos da Lei nº 5.836/72 revela que a *mens legis* atribuiu ao Estado/Administração Militar o prazo de 6 (seis) anos para instaurar o Conselho de Justificação (CJ), contados da data em que ocorreram os fatos ensejadores de sua abertura. Sendo parte, o notável múnus constitucional do MPM não o libera de demonstrar a presença das condições especiais da Ação Mandamental, incluído o direito líquido e certo (DLC), o qual deve ser comprovado, de plano, por qualquer impetrante. Em relação à terminologia empregada pela Constituição, todo direito, se existente, mostra-se líquido e certo. À luz da doutrina, os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*. A prescrição de 6 (seis) anos, prevista no art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836/72, restringe-se a atos administrativos. Conforme o princípio da individualização da pena, o art. 18, parágrafo único, da Lei nº 5.836/72 deve ser interpretado com base na reprimenda *in concreto*. Esse

> dispositivo apenas faz sentido no tocante à pena definitiva, a qual, transitada em julgado, serve, na forma de outro fato gerador, de amparo legal à instauração de eventual CJ, sem significar o indesejável *bis in idem* – art. 2º, IV, da Lei nº 5.836/72. Logo, estando os fatos alegados submetidos à condição futura e incerta – a dúvida sobre o que acontecerá no tocante à pena e à prescrição – inexiste DLC. Em palavras mais precisas, não há fatos líquidos e certos. Denegação do *mandamus*. Decisão por unanimidade. (grifo nosso) (MS nº 200-92.2015.7.00.0000, Rel. Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 19/11/2015).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de prescrição arguida pela Defesa.

PRELIMINAR DE NULIDADE DIANTE DA CONCESSÃO DO INDULTO

Em segunda preliminar, a Defesa alegou nulidade do presente Conselho, tendo em vista o Justificante ter sido beneficiado com o indulto natalino nos autos da Ação Penal nº 28-95.2008.7.03.0103, que tramitou no Juízo da 1ª Auditoria da 3º CJM. Para tanto, argumentou que o indulto teria o mesmo efeito de uma absolvição.

Razão não lhe assiste.

Apesar de constituir uma causa extintiva da punibilidade, o indulto consiste na renúncia, por parte do Estado, do direito de punir. Ele extingue, tão somente, a obrigatoriedade do cumprimento da sanção imposta, e não exclui a condenação em si.

Difere, desse modo, da prescrição, que apaga todos os efeitos da Sentença condenatória. No caso do indulto, somente os efeitos primários são extintos, permanecendo os secundários, sejam estes penais ou extrapenais.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 631, que estabelece: "O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.".

Destarte, o fato de a pena ter sido indultada não nulifica a instauração do Conselho.

Outrossim, de acordo com o art. 7º, § 1º, c/c o art. 8º, § 1º, inc. II, ambos da Resolução nº 121 do CNJ, a certidão judicial criminal será negativa nos casos em que "a pena já tiver sido extinta ou cumprida", "salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei (art. 202 da Lei nº 7.210, de 1984)".

Dessa forma, o fato de o Tribunal ter expedido certidão de nada consta não consiste em demonstração de que todos os efeitos da condenação teriam sido apagados.

Ex positis, rejeito a segunda preliminar defensiva.

ILEGALIDADE/ILEGITIMIDADE DA REMESSA DOS AUTOS AO STM PELO COMANDANTE DA FORÇA SEM A PRESENTAÇÃO DA AGU

O Tribunal, por maioria, rejeitou a presente preliminar, por mim arguida.

Suscitei, de ofício, questão não mencionada pela Defesa que prejudicaria, a meu ver, a análise meritória.

No entanto, restei vencida. Trata-se da ilegitimidade da remessa dos autos ao STM, pelo Comandante da Força, sem a presentação da Advocacia-Geral da União.

Já nos anos de 1992/1993, o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em artigo intitulado "Do Conselho de Justificação e da Representação por Indignidade", publicado na Revista do Superior Tribunal Militar, v. 14/15, p. 167-183, elucidava:

> (...) os oficiais das Forças Armadas e das PMs e CBs, só perdem seu posto e patente, ou seja, são excluídos do serviço público, por força de sentença judiciária, isto equivale a dizer que são funcionários públicos vitalícios. Não são apenas "estáveis" no serviço público, pois se assim fossem poderiam ser demitidos (que é uma punição) apenas em virtude de processo administrativo (ver art. 41 da CF). Tal não acontece com os vitalícios (...).
>
> (...)
>
> Na verdade, como veremos, uma sentença judiciária não penal é apta a demitir um vitalício. O que se exige é que só o Judiciário em jurisdição contenciosa possa assim proceder.
>
> (...)
>
> Realmente o Conselho de Justificação, a partir do momento em que é submetido ao Superior Tribunal Militar, perde o caráter de processo administrativo.
>
> A primeira razão, e a mais óbvia, é que o Tribunal, que é do Poder Judiciário, não julga processo administrativo, a não ser os relativos a assuntos de seu interesse, *interna corporis*. Mas quando assim procede não emite sentença com força de coisa julgada, porque estará agindo como um mero colegiado administrativo.
>
> (...)
>
> Por óbvio, o Processo Administrativo só é válido para a Administração, jamais para o Judiciário. Como dito, o Poder Judiciário pode julgar administrativamente seus próprios funcionários, e comumente o faz, mas jamais poderá julgar, administrativamente, funcionários de outros Poderes, sob pena de invasão inconstitucional da competência dos outros dois Poderes do Estado.

> O simples fato de o Conselho de Justificação versar sobre matéria de Direito Administrativo não transforma o seu processamento no Superior Tribunal Militar em Processo Administrativo. Questões de Direito Administrativo todos os dias são julgadas na Justiça Federal, mas isto não retira a natureza dos processos judiciais.
>
> (...)
>
> Interessante notar que o Excelso Pretório entende que a Representação por Indignidade possui natureza de processo pelo simples fato de haver uma representação do Chefe do Ministério Público Militar. Os arestos não justificam porque a Representação tem o condão de transformar um "processo administrativo" em judicial, talvez seja porque nesse caso surja uma lide.
>
> Mas é de se observar que no Conselho de Justificação também existe uma lide, aliás idêntica a existente na Representação. Há um conflito de interesse entre a União Federal que deseja se ver livre de um funcionário vitalício e só pode fazê-lo através de sentença judiciária como visto, e o detentor da patente que deseja mantê-la. (...).
>
> Acertado que o Processo de Conselho de Justificação perante o E. Superior Tribunal Militar não é administrativo e sim judicial, que termina com uma sentença de mérito (processo de conhecimento) (...).

Assiste razão ao ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Inicialmente, teço considerações a propósito das diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

Consoante José dos Santos Carvalho Filho:

> No processo judicial, a relação é trilateral, porque além do Estado-Juiz, a quem as partes solicitam a tutela jurisdicional, nela figuram também a parte autora e a parte ré. No processo administrativo, a relação é bilateral, porque, quando há conflito, de um lado está o particular e de outro o Estado, a este incumbindo decidir a questão; o Estado é parte e juiz. Por fim, o processo judicial vai culminar numa decisão que pode tornar-se imodificável e definitiva, ao passo que no processo administrativo as decisões ainda poderão ser hostilizadas no Poder Judiciário.[26]

Acerca do direito de recorrer ao Judiciário, especialmente no que concerne ao processo disciplinar, explicita o supracitado autor:

> De tudo o que demonstramos, parece claro que tais cuidados são exigíveis para permitir, de forma clara, o exercício de um dos mais importantes direitos fundamentais, qual seja, o de recorrer ao Judiciário para controle da legalidade dos atos administrativos.
>
> Na verdade, esse controle é essencial para garantir a observância do princípio da legalidade, portanto ninguém desconhece que alguns

[26] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1024.

> efeitos oriundos de decisão do processo disciplinar são extremamente gravosos. O arbítrio de alguns administradores pode acarretar irreversíveis prejuízos ao servidor. Essa é a razão por que, atualmente, cresce a tendência de reduzir o espaço impenetrável de averiguação dos elementos fáticos e jurídicos exercida pelo Poder Judiciário, sobretudo porque nos feitos administrativos não é exigida a imparcialidade própria dos julgadores de litígios. Ampliar a perscrutação do juiz no processo administrativo é assegurar maior garantia de legalidade aos acusados, e é nesse sentido que se encontra o sentimento atual de controle judicial. Nessa investigação – como acentuam os estudiosos – devem ser apreciados todos os elementos do ato punitivo, especialmente a motivação conducente ao desfecho sancionatório.
>
> O controle de legalidade, todavia, deve observar a sequência normal das instâncias do Judiciário, não sendo permitida a supressão de nenhum grau de jurisdição. Desse modo, é incabível a interposição de recurso extraordinário contra qualquer decisão de caráter administrativo, uma vez que inexiste causa decidida em última ou única instância por órgão do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, o que, de resto, é exigido no art. 102, III, da CF.[27]

Ora, se o Conselho de Justificação se tratasse de mero processo administrativo, o servidor militar sucumbente poderia socorrer-se para buscar uma revisão, agora judicial, da decisão proferida.

Nesse sentido, caberia ação ordinária contra o ato administrativo, a ser julgada pelo Juiz Federal.

Todavia, isso não ocorre na prática.

O STM – órgão estranho ao Poder Executivo – emana uma decisão final e não impugnável, uma vez que o STF entende descaber o Recurso Extraordinário diante da natureza administrativa da decisão deste Tribunal. Dessa forma, os direitos e as garantias fundamentais do Justificante, porventura violados, quedam-se desprotegidos. Pelo que vislumbro a necessidade de se judicializar a demanda.

E não poderia ser diferente. A Carta Magna, ao dispor que o oficial só perderá o posto e a patente por decisão de tribunal militar de caráter permanente, visou amplificar a garantia do militar de maior posto e patente e, por consequência, detentor de maiores deveres para com a pátria, não autorizando demissão arbitrária pela via administrativa. A sistemática atual deturpa o sentido da Carta Política, com resultado diametralmente reverso: o oficial é julgado em uma única instância judicial (art. 14 da Lei nº 5.836/72), e tem somente uma chance de se defender, enquanto a praça que for licenciada ou excluída pode recorrer ao Judiciário e esgotar todos os graus de jurisdição.

---

[27] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 1052.

À evidência, não se pode confundir a natureza da matéria com a natureza do processo. A matéria é administrativa, sem sombra de dúvidas, contudo o processo, nesta Casa de Justiça, é judicial.

Aqui não se está a tratar de questões *interna corporis* do Tribunal, cuida-se, sim, de competência prevista na Constituição da República para julgar se a conduta de oficial deve acarretar a perda do posto e da patente. Entendimento inverso equivaleria a admitir-se, como enfatizou a Defesa, que um tribunal julgue administrativamente funcionários não só de outro órgão, como de outro Poder; uma violação expressa ao princípio da separação dos poderes, porquanto as Forças Armadas integram a Administração Direta do Executivo Federal.

Sem sombra de dúvidas, está-se diante de violação expressa ao princípio da separação dos poderes, jamais ponderada por este Plenário desde a promulgação da Carta de 1988, porquanto as Forças Armadas integram a Administração Direta do Executivo Federal. Ora, o objetivo máximo da teoria da tripartição das funções executiva, legislativa e judiciária é combater o Estado absolutista. Para tanto, evita-se a concentração do atuar estatal, distribuindo-o, sem prejuízo, da existência das funções atípicas de cada Poder, desde que previstas na Carta Magna.

Há, portanto, de descriminar-se as atribuições, exercidas com independência e autonomia, sendo vedado o exercício de atuar estranho à natureza de cada qual, ou seja, veda-se que um único Poder possa legislar, aplicar a lei ao caso concreto e ainda julgar eventual litígio.

A propósito, leia-se decisão do Pretório Excelso:

> EMENTA: (...) O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - **A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal**. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida

> uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - **O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional**. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. (...) (MS 23452, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/9/1999, DJ de 12/5/2000). (Grifei.)

Como decorrência lógica da teoria tripartite, exsurge o princípio da indelegabilidade de funções. Segundo ele, o poder estatal somente poderá exercer a atribuição do outro se expressamente autorizado pela Constituição ou quando o Constituinte primogênito delegar a determinação da função. Na primeira hipótese, dá-se a existência de funções atípicas; na segunda, a delegação propriamente dita, podendo ser citado, como exemplo, a lei delegada, elaborada pelo Presidente da República, mediante autorização expressa do Congresso Nacional.

A indelegabilidade, por óbvio, é a regra e, ante a ausência de previsão magna, vedado está ao Poder Executivo julgar seus agentes públicos – aí incluídos os militares. Daí que o processo, nesta Corte Castrense, não pode ser meramente administrativo, e sim judicial de natureza administrativa, sob pena de ofensa à separação dos poderes e à indelegabilidade de funções típicas.

Para além, o julgamento neste Tribunal, em nenhuma hipótese, poderia ser considerado atributo atípico do Poder Judiciário, por encerrar *numerus clausus* previstos no art. 96, inciso I, da Constituição. São eles: o legislativo (elaboração do regimento interno dos tribunais) e o executivo (concessão de férias, afastamentos, licenças aos magistrados etc.), nunca judicante, em razão da inafastabilidade da jurisdição. Dito de outro modo, ao Judiciário vedado está o exercício da função jurisdicional atípica conferida ao Executivo (aquela atribuição de julgar os processos e os recursos administrativos), faceta da interpenetração das funções estatais, mas que não exclui posterior pronunciamento da magistratura.

Por decorrência, a natureza do processo, mesmo o administrativo, reclama seja o feito judicial, sob pena de conspurcar o dogma da separação dos poderes.

Consequentemente, intentada a ação, hão de ser observados todos os pressupostos norteadores do processo, entre os quais estão os requisitos de validade subjetivos concernentes à capacidade postulatória e à capacidade de estar em juízo.

Acerca do primeiro, leia-se excerto doutrinário de Ada Pellegrini Grinover[28]:

> A doutrina falava inicialmente em requisitos sem os quais não chega sequer a construir-se a própria relação processual (sem cogitar de sua validade). Depois evoluiu para a ideia de que não se trata de constatação de pura existência da relação processual, mas da regularidade desta perante o direito: sem os pressupostos ela pode nascer, mas será inválida (...).
>
> Assim sendo, são pressupostos processuais: a) uma demanda regularmente formulada (CPC, art. 2º; CPP, art. 24); b) **a capacidade de quem a formula**; c) a investidura do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz. A doutrina mais autorizada sintetiza esses requisitos nesta fórmula: uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, **por uma entidade capaz de ser parte em juízo**.
>
> A exposição acima corresponde à tendência mais restritiva entre as que a doutrina apresenta sobre os pressupostos processuais. Mas há, inclusive na doutrina brasileira, uma tendência oposta, ou seja, no sentido de ampliar demasiadamente o elenco dos pressupostos. Segundo essa tendência, eles se classificariam em: I - objetivos; II - subjetivos. (...) Os subjetivos seriam: a) referentes ao juiz (...); b) referentes às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo, **capacidade postulatória**).
>
> Os pressupostos processuais inserem-se entre os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional. Uma sentença de mérito só poderá ser proferida (não importando ainda se favorável ou desfavorável) se estiverem presentes esses requisitos gerais. (grifei).

Sobre a temática, explicita Fredie Didier:

> Por fim, o último "pressuposto processual" relacionado às partes: a capacidade postulatória ou postulacional (*ius postulandi*).
>
> (...)
>
> Alguns atos processuais, porém, além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a

[28] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 321-322.

> sua realização válida. É como se a capacidade, requisito indispensável à prática dos atos jurídicos, fosse bipartida: a) capacidade processual; b) capacidade técnica. A essa capacidade técnica dá-se o nome de capacidade postulatória. Frise-se: há atos processuais que não exigem a capacidade técnica, (por exemplo, o ato de testemunhar e o ato de indicar bens à penhora); a capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência).
>
> A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os defensores públicos e os membros do Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não advogadas, como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), das causas trabalhistas e do *habeas corpus*.
>
> (...)
>
> As pessoas não advogadas precisam, portanto, integrar a sua incapacidade postulatória, nomeando um representante judicial: o advogado.
>
> (...)
>
> Em suma, a falta de capacidade postulatória é caso de nulidade do ato. O caso é regulado pelo art. 4º do EOAB: "São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas". O caso é de invalidade, pois ser advogado é requisito para a prática do ato – todo requisito de validade é um dado que tem de ser coevo à formação do ato jurídico para que ele possa produzir os efeitos pretendidos.
>
> A falta de capacidade postulatória do autor implica extinção do processo se não for sanada (...)[29].

Nem se diga que o art. 13 da Lei do Conselho de Justificação excepcionou a regra, tal como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis ou do próprio *habeas corpus,* nos quais resta dispensado o exercício do *jus postulandi* por intermédio de advogado. Em nenhum momento, a lei prevê que o Comandante da Força tenha capacidade postulatória perante o STM, apenas dispõe que acatará, ou não, o julgamento pelo Conselho, por meio de despacho que encerra a fase administrativa.

Ademais, relevante mencionar que as partes no bojo do processo devem praticar atos processuais e, para tanto, necessitam ostentar *legitimatio ad processum*. A incapacidade das pessoas físicas é solucionada pelos institutos da representação e da assistência; e a das pessoas jurídicas, por sua vez, pelos institutos da representação e da presentação.

---

[29] DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. v.1. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 335-336.

Agregue-se a inovação da *ratio* inscrita no art. 131 da Constituição Federal promulgada em 1988, da qual se extrai caber à Advocacia-Geral da União representar a União judicial ou extrajudicialmente.

Concretizando o dispositivo, estatui a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 – a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – *in verbis:*

> Art. 1º A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.
>
> Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Nas palavras de Luiz Fux[30], *in verbis:*

> A advocacia pública demonstra a necessidade de o Estado *lato sensu* ter seu direito de defesa respeitado em juízo, a partir da capacidade postulatória de seu respectivo procurador, seja no âmbito da União, dos estados ou dos municípios.

No tocante às pessoas jurídicas de direito público, também dispõe o art. 75 do novo Código de Processo Civil:

> Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
>
> I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;
>
> II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;
>
> III - o Município, por seu prefeito ou procurador;
>
> IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar;
>
> (...).

Sem embargo de a Constituição e o Códex Processual terem utilizado a expressão "representa" e "representados", a doutrina é praticamente unânime em acolher diferenciação realizada por Pontes de Miranda no sentido de que, quando a parte estiver em juízo, por meio de seu órgão, inexistirá propriamente representação, e, sim, **presentação**. Sendo assim, a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, a autarquia e a fundação pública serão presentados em juízo pelas pessoas indicadas no dispositivo.

A União, então, é presentada pela Advocacia-Geral da União, e, somente diante da presentação, adquirirá a capacidade de estar em juízo e praticar atos processuais, do contrário, ausente estará o pressuposto de validade do processo.

Não bastasse, o art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72 prevê, ainda, a **remessa** dos autos a este Tribunal.

---

[30] FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 264.

Ora, a mera remessa nem de longe assemelha-se à petição inicial.

Saliento que, se apta, é ela requisito objetivo intrínseco de validade[31] processual. Isso porque, sendo o ato inaugural da relação jurídica instrumental, a exordial deve preencher requisitos formais imprescindíveis ao ato de demandar. Inobservados, é causa de inépcia, a teor do art. 330 do NCPC.

Note-se que as partes, o pedido e a causa de pedir caracterizam os elementos da ação. É exigência do art. 319, incisos III e IV, do CPC a indicação, na petição inicial, dos fundamentos jurídicos do pedido e do pedido com as suas especificações, sem o que inábil juridicamente a peça pórtico devido à ausência de limites objetivos ao processo, situação flagrantemente prejudicial ao direito de defesa da parte contrária.

In casu, sequer encontra-se presente, nos autos, petição inicial. Ao Libelo Acusatório iniciado na fase administrativa, não se lhe pode emprestar o caráter de peça inaugural da fase judicial, até porque, como visto, a acusação, no âmbito administrativo, fora firmada pelos membros do Conselho que, por igual, não dispõem de capacidade postulacional.

Em última análise, sequer, está-se a tratar de desrespeito ao pressuposto processual de validade da petição inicial apta; é mais grave: se inexistente a inicial, inexistente a própria demanda, por ser ela requisito de existência. Carente a provocação do legítimo interessado por meio do ato de demandar, não há processo.

Nesse ponto, assevera Fredie Didier:[32]

> O terceiro pressuposto processual é a existência de demanda, que nesse caso deve ser compreendida como continente (o ato de pedir) e não como conteúdo (aquilo que se pede).
>
> O ato de pedir é necessário para a instauração do processo – é o seu fato jurídico. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o autor dá origem ao processo (art. 312 do CPC); a sua demanda delimita a prestação jurisdicional, que tem o pedido e a causa de pedir como os elementos do seu objeto litigioso. Se o ato inicial não trouxer pedido (art. 330, I, c/c § 1º, I, do CPC), o caso é de extinção do processo por inadmissibilidade do procedimento, em razão de defeito do ato inicial.

E leciona Daniel Amorim, *in verbis*:[33]

> (...) a jurisdição é inerte, somente se movimentando quando provocada pelo interessado.
>
> O direito de ação, essencialmente abstrato, é materializado pelo ato de demandar, que significa provocar a jurisdição por meio do

[31] DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.* p. 342.
[32] DIDIER Jr., Fredie. *Idem.* p. 318.
[33] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 111.

> processo. Nesse sentido, cabe ao interessado demandar, e, sendo o direito de ação um direito disponível, independentemente da natureza jurídica do direito material que fundamentará a pretensão do autor, é indispensável que esse ato de provocação seja realizado pelo sujeito que afirma ser titular de um direito material violado ou ameaçado.
>
> A relação jurídica processual começa de forma linear, envolvendo o demandante e o juiz, complementando-se com a citação válida do réu, mas tudo isso dependerá num primeiro momento da existência da demanda. Trata-se, portanto, de pressuposto processual de existência do processo, porque sem a provocação do interessado por meio do ato de demandar a relação jurídica processual de direito processual nem mesmo chegará a existir.

Por tudo isso, para a instauração da lide nesta ou em qualquer outra Corte judicial, a União deve obrigatoriamente oferecer a peça pórtico e ser presentada por quem de direito: a Advocacia-Geral da União.

Para facilitar o raciocínio, pondere-se a seguinte situação: um soldado buscando a reintegração judicial na Força perante a Justiça Federal ordinária, por meio da anulação do ato administrativo de licenciamento.

Por óbvio, a demanda terá como parte ré a União.

In specie, dá-se o inverso. Aqui, a União é a parte autora, e não pode demitir oficial por ato administrativo puro e simples; há de fazê-lo judicialmente, por intermédio de decisão do tribunal militar de caráter permanente: o STM.

Por se tratar de situação excepcional, vários são os entendimentos sobre o caráter híbrido ou *sui generis* do processo oriundo do Conselho de Justificação. Sem embargo, nenhum deles autoriza violações ao princípio da tripartição dos poderes, aos direitos e às garantias fundamentais, tampouco a negativa de vigência da LC 73/1993. Mister coadunar a Lei nº 5.836/72 à positividade vigente no ordenamento jurídico nacional, e não dar a ela exegese isolada da normatividade pátria; pior, vulneradora da Constituição Federal.

Afinal, nada impede que o hermeneuta assim proceda, à vista de o próprio art. 17 da mencionada Lei prescrever aplicar-se "subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar", e este, por seu turno (art. 3º, alínea "e", do CPPM), admitir a analogia nos casos omissos, a justificar o socorro do Código de Processo Civil.

Compreensão diversa afronta flagrantemente a missão e o papel constitucional da AGU, a igualdade entre os litigantes, a imparcialidade do magistrado e o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto a estes últimos, releva frisar que, a despeito de na fase administrativa ser assegurado ao militar a produção probatória, no âmbito desta Corte Castrense, tem-se por subtraída qualquer possibilidade de produção de

provas, inclusive a oitiva do sujeito em Juízo, em total afronta ao postulado do devido processo legal.

A propósito, assevera Ronaldo João Roth:[34]

> Na fase judicial os autos seguem ao Judiciário (STM), onde é aberto vista ao justificante para simples manifestação por escrito em sua defesa (art. 15). Logo, a despeito da lei não permitir ao justificante a produção de provas (oral, documental, perícias ou diligências), em inequívoca violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o Judiciário julga a matéria disciplinar, sem processo, ao arrepio da CF.
>
> Nesse passo, a lei do CJ impõe ao Poder Judiciário julgar matéria cuja prova foi produzida no âmbito administrativo (Executivo) e não perante o Juiz natural (Judiciário). A situação é incompatível e insustentável, vilipendiando princípios (art. 2º), direitos e garantias fundamentais da CF (art. 5º, LIII, LV).

Tal como colocado, imperiosa a interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante, ao remeter os autos ao STM, faça-o por intermédio da Advocacia-Geral da União, presentante legal da União, que deverá ajuizar corretamente a ação para perda de posto e patente do oficial com base no Conselho de Justificação, observando-se os arts. 319 e 320 do CPC.

Ante o exposto, votei vencida para dar interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante do Exército, ao remeter os autos ao STM, seja presentado pela Advocacia-Geral da União e, em consequência, julgar extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

O Tribunal, no entanto, por maioria, rejeitou a presente preliminar, arguida de ofício.

MÉRITO

Cuida-se de Conselho de Justificação *sui generis* em se tratando de fatos ocorridos há mais de 11 (onze) anos, tendo o Capitão RAFAEL RESENDE sido condenado pela prática de estelionato cometido enquanto ocupava a função de Tesoureiro no 3º Regimento de Cavalaria de Guarda (3º RCG), em Porto Alegre/RS.

Discute-se a sua capacidade de permanecer no serviço ativo do Exército, tendo em vista continuar exercendo funções de confiança, além de ter demonstrado arrependimento e colaborado com as investigações.

---

[34] ROTH, Ronaldo João. A Incompatibilidade da Lei do Conselho de Justificação (Lei Federal nº 5.836/72) diante da Constituição Federal. *Jus Militaris*.

Defende o Justificante que, se automática fosse a aplicação da perda do posto e da patente, não seria necessário julgamento por um Tribunal de Honra com vistas a analisar sua capacidade de permanecer ou não na ativa.

Assiste-lhe razão.

O oficial das Forças Armadas, para perder o posto e a patente, tem o direito constitucionalmente assegurado de ser julgado por tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou tribunal especial, em tempo de guerra (art. 142, inciso VI, da CF). Decorre da exegese de tal mandamento que o julgamento dos feitos oriundos do Conselho de Justificação não pode resultar da mera aplicação irrefletida da perda do posto nos casos de condenação criminal, relegando o trabalho desta Corte a uma simples formalidade. Muito pelo contrário, tem o Oficial o direito de ter as nuances de seu caso devidamente analisadas, sob pena de se malferir a finalidade almejada pelo constituinte originário.

In specie, verificou-se que o Capitão RAFAEL RESENDE investiu-se de profundo arrependimento e passou a colaborar voluntariamente com as investigações, como se observa da análise de vários depoimentos, a exemplo do que compilou o próprio Conselho em seu Relatório (fls. 2/10, doc. 29, evento 1), *in verbis:*

> Inquirição do Cel Cav MARCO ANTÔNIO DIEL (fls. 267 e 268): (...) que houve uma colaboração do 1º Ten Resende com a investigação dos fatos, dizendo que o Justificante naturalmente assumiu a responsabilidade; afirmou que na época dos fatos o então 1º Ten Resende era um oficial comprometido com suas funções militares, tanto é que foi uma grande surpresa para todos os oficiais o ocorrido; afirmou que o Justificante mostrou-se bastante arrependido dos fatos, percebendo nas palavras e no comportamento o manifesto arrependimento do Justificante à época.
>
> 2) Inquirição do 2º Ten QAO PAULO SERGIO DE MOURA BARRA (fls. 280 e 281): (...) declarou ter plena confiança no trabalho do Cap Resende, dizendo que o Justificante é bastante comprometido, permanecendo muitas vezes trabalhando até depois do fim do expediente; disse ainda que pelo convívio de trabalho com o Justificante, este demonstrou ser uma pessoa honrada, excelente profissional e muito competente em suas atribuições; (...)
>
> 3) Inquirição do Maj Cav LUCIANO ARAÚJO VIZZOTTO (fls. 282 e 283): (...) que percebeu que o Justificante era um dos militares mais comprometidos do Batalhão, cumpria muito bem suas missões, não deixava transparecer nenhuma falha de caráter (...) disse que, como S Cmt, confia plenamente no Cap Resende, tanto que a função que o Justificante ocupava no 8º B Log, antes de ser afastado por conta do Conselho, era de Fiscal Administrativo; (...).

6) Inquirição do 2º Ten JOELTON PEREIRA SOARES (fls. 351 e 352): (...) que o Justificante é um profissional dedicado, correto em suas atitudes, chegando a ser considerado "Caxias"; disse que o Cmdo da OM confiava no trabalho do Cap Resende; disse que não percebeu nenhum ponto negativo em quase uma década que serviu com o Justificante; disse que o Justificante modificou sua imagem negativa com o passar do tempo, desde quando foi transferido para o 8º B Log, através do trabalho e a seriedade.

(...)

13) Inquirição do Cel Rl ALESSANDRO GRIMALDI DE SOUZA (fls. 373 a 375): (...) disse que mais de uma vez chegou a conversar pessoalmente com o então 1º Ten Resende sobre os fatos, (...), como Cmt queria resgatar o oficial, orientando-o para que ele pudesse ter um comportamento adequado e ver seu arrependimento, (...) disse que o Justificante apresentava um comportamento responsável, preocupado tanto com a instrução como no serviço, parecendo demonstrar arrependimento e querendo demonstrar correção e dignidade em seus atos, na época o Justificante era um tenente positivo e que se destacava sobre os demais; (...) sendo um oficial sem retoque durante seu Cmdo; disse que percebia uma superioridade no desempenho das tarefas do Justificante no comparativo com oficiais da mesma turma de formação, sendo marcante este fato; (...)

15) Inquirição do Sr. TIAGO AGUADO DE BARCELLOS (fl s. 386 e 387): para situar seu conhecimento dos fatos, esclareceu que conheceu o Cap Resende em 2010 (...) disse que no período em que serviu com o Justificante não havia desconfiança em relação ao Justificante do depoente ou de outros militares, tanto que quando assumiu o almoxarifado, o Ten Resende já era o Tesoureiro da OM; disse que, em 2010, o Ten Resende era a referência a nível de comando de tropa que o depoente levou para São Luiz Gonzaga, e quando retornou ao 8º B Log em 2013, recebeu a orientação da função de almoxarife do Ten Resende, sendo este também uma referência pelo conhecimento técnico.

(...)

18) Inquirição do Maj Cav MAURÍCIO GILBERTO ROMAN ROSS (fls. 401 a 403): (...) que acredita que o fato de ele ter confessado a autoria de toda a fraude preservou os demais militares que participavam da administração; disse que o Ten Resende contribuiu para que os fatos fossem devidamente esclarecidos.

19) Inquirição do Cel Cav FABIANO CORRÊA LOURENÇO DE LIMA (fls. 404 a 407): (...) afirmou que confiava no Ten Resende e que acredita que este se arrependeu; disse que o Ten Resende se mostrou totalmente comprometido com as missões impostas pelas funções por ele exercidas, destacando-se positivamente pelo seu trabalho; disse que durante seu comando o Ten Resende demonstrou valores de lealdade, franqueza, resiliência e coragem moral; (...).

> 20) Inquirição do Ten Cel Cav AUGUSTO SOUZA COELHO (fls. 431 a 433): (...) disse que o desempenho do então 1º Ten Resende quando foi seu subordinado, principalmente na questão ética e profissional, foi muito bem, tanto no campo pessoal como no profissional, surpreendendo a maneira como o Justificante superou o fato; disse que a reação dos demais oficiais da OM no período do fato foi inicialmente bastante negativa, mas superada rapidamente, cerca de duas semanas ninguém mais falava do assunto (...) destacou que o desempenho do então Ten Resende antes e depois do fato era e continuou sendo excepcional, não havendo muita alteração, e em relação ao fato demonstrou verbalmente seu arrependimento; (...) que o Justificante não tentou se justificar ou desviar do assunto, assumindo suas responsabilidades e que iria resolver o assunto (...).
>
> (...)
>
> 25) Inquirição do Cel Cav ARTUR JOSÉ SOLON NETO (fls. 455 a 458): na função de Cmt do 3º RCG na época dos fatos ocorridos, afirmou que o Justificante confessou os fatos; disse que, após um telefonema que recebeu da DGO, questionando sobre mudança da destinação de crédito, solicitou a antecipação da inspeção da 3ª ICFEx; afirmou que sua assinatura foi falsificada e o Justificante assumiu a autoria dessa falsificação; (...) disse que após o conhecimento dos fatos, o Justificante foi afastado de suas funções no rol dos responsáveis, foi comunicado o escalão superior e aberto um IPM para investigação e apuração da veracidade dos fatos; disse que o Justificante confessou todos os fatos cometidos (...); disse que acredita que o Ten Resende se arrependeu de seus atos.
>
> 26) Inquirição do Cel Int R/1 PAULO RICARDO DE UNHARES FÁBRICA (fls. 461 a 463): (...) disse que se recorda do comparecimento do então Ten Resende, sozinho, no seu PC, porém não se recorda se o mesmo levou os PDRs e se confessou todas as fraudes praticadas; disse que lembra ter recomendado ao então 1º Ten Resende que confessasse e assumisse as responsabilidades dos seus atos; afirmou que o então 1º Ten Resende rapidamente se prontificou a realizar o ressarcimento.

Seu valor para a Força pode ser confirmado no depoimento do Cel R1 Alessandro Grimaldi de Souza (anteriormente transcrito, item 13), que informou que **o Cmt queria resgatar o oficial**, orientando-o para que ele pudesse ter um comportamento adequado.

Não bastasse, exerceu funções de extrema confiança mesmo após o cometimento do ilícito (fls. 2/10, doc. 29, evento 1):

> 2) Inquirição do 2º Ten QAO PAULO SERGIO DE MOURA BARRA (fls. 280 e 281): para situar seu conhecimento dos fatos, esclareceu que conheceu o então 1º Ten Resende em 2016, quando foi transferido para o 8º B Log, assumindo a função de encarregado de material da CCAp, e **o Justificante respondia pela função de fiscal administrativo**;
>
> (...)

> 4) Inquirição do Maj Int GUILHERME FIRPO DAL PONTE (fls. 307 a 309): (...) que o Ten Resende, **após os fatos, retornou a função de Tesoureiro no ano de 2013**, no 8º B Log, desempenhando de maneira exemplar a sua função (...).
>
> 9) Inquirição do Cel PAULO CAETANO MARTINS DE OLIVEIRA (fls. 361 a 363): (...) disse que **durante seu Cmdo, nos anos de 2014 e 2015, o Justificante exerceu inicialmente a função de Tesoureiro, depois chefe do Programa de Excelência Gerencial (PEG) e posteriormente adjunto da 4ª seção; disse que não havia desconfiança do fato se repetir no Cmdo do depoente**;
>
> 21) Inquirição do Maj QMB MAURÍCIO KOTHE (fls. 434 e 435): (...) **que não havia desconfiança com o Justificante no período em que serviram juntos, sendo que o Justificante assumiu funções de Cmt SU, Tesoureiro, Adj S4 e S4, funções estas muito importantes dentro do Btl e sem nenhuma desconfiança por parte do Cmdo, dos demais oficiais e de seus subordinados;** (...) disse que no período de sete anos em que serviu no 8º B Log, **passaram-se quatro comandantes e que os mesmos confiavam no trabalho do Justificante;** disse que o Justificante sempre trabalhou com bastante afinco, desempenhando muito bem seu papel nas funções a qual ocupou, complementando que não se recorda de o Justificante haver sido chamado a atenção por alguma falha do seu trabalho; disse que **durante todo o período em que trabalhou com o Justificante, profissionalmente o mesmo sempre se portou de maneira ilibada e que não possui conhecimento de nada que desabone sua conduta ética e moral.**
>
> 22) Inquirição do 2º Ten Int LUCAS DA SILVA DE LIMA (fls. 436 e 437): (...) disse que os subordinados do Cap Resende demonstram que confiam nele.

Portanto, restou evidente que o Justificante reconquistou a confiança de seus pares e demonstrou, por meio desses 11 (onze) anos de dedicação acima da média, que não voltará a delinquir, primando em alcançar uma postura correta, ilibada e irretocável, inclusive ao lidar com o processo a que se submeteu, seja não protelando, seja assumindo a responsabilidade pelos fatos e colaborando com as investigações, seja restituindo todo o montante de pronto e cumprindo a pena que lhe fora imposta.

Outrossim, todos os depoimentos revelam que, em caso de perda do posto e da patente, o serviço ativo do Exército estará perdendo, por igual, um profissional destacado, sendo que, como bem memorou a Defesa, a Força custeará as despesas com a pensão, sem a contraprestação dos excelentes serviços por ele executados. O próprio Justificante declara que poderia viver tranquilamente da pensão a ser paga à sua família para firmar, ao revés, o desejo de continuar a trabalhar por pura vocação e seu atual comprometimento com o serviço militar.

Por sua vez, a Sentença proferida na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 5083765-78.2014.4.04.7100/RS, a qual respondeu o Justificante perante a 2ª Vara Federal de Porto Alegre, deixou de aplicar a sanção de perda da função pública, sob os seguintes fundamentos (fl. 1 do Apenso 100, evento 1):

> Sopesando todos os aspectos acima levantados, em observância à proporcionalidade que deve orientar a aplicação das sanções pela improbidade, deixo de aplicar ao militar a pena de perda da função pública, por considerá-la desmedida em face das circunstâncias do caso.
>
> Entendo que caso seja aplicada essa pena, a mais drástica entre as previstas na lei de regência da improbidade administrativa, toda a conduta colaborativa do réu e todo o seu pronto esforço para mitigar as consequências dos seus atos e repor o prejuízo causado será ignorado, o que implicaria o abandono ao princípio da proporcionalidade que deve orientar a aplicação da pena.

O TRF da 4ª Região, julgando a Apelação Cível nº 5083765-78.2014.7.04.7100/RS, entendeu que:

> Por derradeiro, em favor de RAFAEL LEMOS DE RESENDE BRUNO deve ser avaliada a sua vida pregressa e seu histórico funcional. Segundo termos postos na sentença, o militar possui "inúmeros apontamentos elogiosos, referências ao comportamento exemplar, condecorações e designações para o exercício de funções de confiança que constam dos seus assentamentos militares, que dizem respeito a períodos anteriores e posteriores aos fatos que levaram à propositura desta ação."
>
> (...)
>
> Em relação ao pedido de reforma da sentença para aplicação da pena de perda do cargo público de Oficial do Exército (patente de 1º Tenente), apesar da relevância dos argumentos aviados no recurso do Ministério Público Federal, ponderando as circunstâncias do caso concreto – notadamente a confissão, a imediata reparação do dano e o histórico funcional do agente – penso ser inadequada a adoção de providência tão drástica. Ademais, na hipótese em exame, pontuo que a manutenção do agente no serviço público agrega eficácia ao cumprimento da pena de multa civil, pois permite que o condenado se mantenha economicamente ativo e possa fazer frente aos seus compromissos financeiros. (fls. 11/12 do Apenso 101, evento 1).

E negou provimento ao Recurso defensivo, mas deu provimento parcial ao Apelo do MPF para aumentar a multa civil cominada de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para R$ 100.000,00 (cem mil reais) (fl. 13 do Apenso 101, evento 1).

Destarte, além da devolução de cerca de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) referentes ao montante obtido ilicitamente, o Cap RAFAEL LEMOS DE

RESENDE foi condenado ao pagamento de uma multa de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Apesar de condená-lo a tal pena pecuniária, a Justiça Federal entendeu, com base nas circunstâncias do caso concreto, que a sanção de perda do cargo público seria desproporcional e desnecessária.

Ademais, outro ponto questionado, durante a Sessão de Julgamento já nesta Corte, refere-se à ausência de explicação razoável para a anulação do primeiro Conselho de Justificação a que se submeteu o Cap RAFAEL RESENDE.

Na Ata da Sessão Inicial (fls. 17/18, vol. 1, evento 1), o Defensor sustentou que: "será pleiteado judicialmente a nulidade da reabertura do Conselho, não em demérito ao presente Conselho, mas decorrente da decisão do Cmt EB em anular o primeiro Conselho por critérios subjetivos e interpretativos, **sem que houvesse qualquer nulidade efetiva** para que tal ato administrativo fosse praticado. Informou ao presente Conselho, por uma questão de lealdade processual."

Já causa estranheza o Despacho Decisório nº 197/2015 ser de 6/10/2015 (fl. 3 do Apenso 46, evento 1) e a Portaria nº 743-RES, de instauração do Conselho, somente de 28/6/2016. De toda sorte, o primeiro procedimento findou-se pelo Despacho Decisório nº 142/2017 (Apensos 101 e 102), em 3 de julho de 2017, ou seja, após 1 (um) ano de oitivas e diligências.

O segundo Conselho teve início em outubro de 2018 e Solução em fevereiro de 2019, sendo este mais abreviado do que o primeiro, ao menos temporalmente.

Concordo com o entendimento do Ministro Dr. Artur Vidigal de que a palavra final acerca do julgamento do Conselho em sua primeira fase é do Comandante, independentemente de terem seus membros votado favoravelmente ao Justificante. Nos termos da Lei nº 5.836/72:

> **Art. 13**. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, **aceitando ou não seu julgamento** e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina: (...). (Grifo nosso.)

Todavia, é bem verdade, também, que o Conselho julga o Justificante, antes de submeter sua decisão ao crivo do Comandante da Força, como sinaliza o art. 13 e detalha o art. 12 da mencionada Lei, *verbis:*

> **Art. 12.** Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.
>
> **§ 1º O relatório**, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, **deve julgar se o justificante**:
>
> **a)** é, ou não, culpado da acusação que lhe foi feita; ou

(...)

c) no caso do item IV, do artigo 2º, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar, está, ou não, incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

§ 2º A deliberação do Conselho de Justificação é tomada por maioria de votos de seus membros.

§ 3º Quando houver voto vencido é facultada sua justificação por escrito.

§ 4º Elaborado o relatório, com um termo de encerramento, o Conselho de Justificação remete o processo ao Ministro Militar respectivo, através da autoridade nomeante, se for o caso. (Grifos nossos).

Existe, portanto, um julgamento, um *decisum* proferido pelo Conselho, que serve de subsídio para a decisão final do Comandante, o qual pode aceitá-lo ou não, nos exatos termos do art. 13 da Lei nº 5.836/72 ("**aceitando ou não seu julgamento**").

Caso concorde com os fundamentos utilizados pelo Conselho, poderá ratificá-los. Ao revés, em caso de discordância, deve motivar seu ato. *In casu,* o Comandante do Exército não concordou nem discordou.

Tão somente anulou todo o procedimento, utilizando-se dos seguintes argumentos:

3. No mérito:

(...)

i. **a respeito da observância, pelo Conselho, dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa**, insculpidos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, registra-se que **foi permitido ao Justificante o acompanhamento de todas as etapas** do processo, estando presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, sendo-lhe facultada vista e cópia dos autos, contestação, por escrito, do Libelo Acusatório e a apresentação de quesitos às diligências realizadas por intermédio de carta precatória;

j. ademais, após a conclusão da instrução do feito, foi oportunizado ao acusado e ao seu defensor ter vista dos autos e apresentar alegações finais, antes da decisão do Conselho, com a aplicação subsidiária dos art. 427 e 428 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), hipótese prevista no art. 17 da Lei nº 5.836/72, **o que lhe garantiu, efetivamente, amplas possibilidades de defesa**;

(...)

l. **as provas testemunhais produzidas no curso do procedimento dão conta do arrependimento posterior do justificante, de seu desempenho profissional e de sua capacidade de trabalho, todavia, o**

mandamento legal prescreve a consideração dos "preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar" para a aferição da capacidade do oficial de permanecer na ativa, sendo o arrependimento após o crime um dos 10 (dez) preceitos a serem apreciados, conforme art. 69, do Código Penal Militar (CPM);

m. assim, da análise acurada de todas as peças que compõem o presente Conselho, **verifica-se a carência de diligências para o esclarecimento e confirmação da capacidade, ou não, de permanência do Acusado no serviço ativo**, colimando confrontar os elementos colhidos com os preceitos dos valores, da ética e do dever militar, consoante o estatuído nos art. 27, 28 e 31 da Lei nº 6.880/1980;

n. a retrocitada deficiência processual macula, de forma irremediável, o procedimento administrativo em questão, porquanto não foram trazidos aos autos elementos suficientes que sirvam de supedâneo seguro à tomada de decisão pela autoridade nomeante;

Para, logo a seguir, concluir, *verbis:*

4. Conclusão:

Tendo em vista a deficiência processual verificada no procedimento administrativo em tela, **mormente no que diz respeito à falta de diligências que permitam aferir a capacidade**, ou não, de o Justificante permanecer no serviço ativo, **bem como visando proporcionar-lhe a possibilidade da mais ampla defesa**, princípio prestigiado pela Carta Magna de 1988, dou o seguinte

DESPACHO

a. **ANULO o referido Conselho de Justificação, desde o início, em decorrência da supracitada deficiência processual,** consistente na produção de provas inaptas a possibilitar sobre a deliberação estabelecida com o art. 12, § 1º, alínea "c" da Lei nº 5.836, de 5 DEZ 1972, e, consequentemente a decisão desta Autoridade Nomeante.

b. **DETERMINO que o 1º Ten** Int (021647734-9) **RAFAEL** LEMOS DE RESENDE **seja submetido a novo Conselho de Justificação, *ex officio*, assegurando o direito ao contraditório e à ampla defesa**, **a fim de avaliar se, como militar de carreira e** diante da condenação que lhe foi imposta pelo Superior Tribunal Militar, conforme Acórdão lavrado nos autos da Apelação (2) nº 28-95.2008.7.03.0103/STM, **e considerando os preceitos de aplicação da pena** previstos no Código Penal Militar**, está, ou não, incapaz de permanecer na ativa.** (Despacho Decisório nº 142/2017, fl. 18 do Apenso 101 e fl. 1 do Apenso 102, evento 1).

In casu, o Comandante não anulou o Conselho para proporcionar ao Justificante melhores condições de defesa, mas, sim, para buscar elementos que firmassem ou não sua incapacidade **com fundamento nos preceitos do art. 69 do CPM, o que não foi o foco do Conselho, que buscou verificar sua capacidade atual de permanecer na ativa, e não demonstrar se o modo**

como agiu, as circunstâncias do crime (gravidade, intensidade do dolo, extensão do dano, meios empregados, modo de execução, motivos determinantes, circunstâncias de tempo e lugar etc.) atestariam sua capacidade de permanecer como militar.

Isso porque o art. 12 da Lei nº 5.836/72 estabelece:

> **Art. 12.** Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.
>
> **§ 1º O relatório**, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, **deve julgar se o justificante**:
>
> **(...)**
>
> **c)** no caso do item IV, do artigo 2º, **levados em consideração os preceitos de aplicação da pena** previstos no Código Penal Militar, está, ou não, incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

Ocorre que o primeiro Conselho de Justificação julgou o militar capaz de permanecer nas fileiras do Exército com base na sua reabilitação e, apesar desse quadro favorável, o Comandante optou por anular um procedimento sem vícios, com vistas a perseguir possível motivação que viria a prejudicá-lo.

Não estou aqui em meu voto a buscar recriminar a atitude do Comandante, mas, sim, a defender o direito de o Justificante não sofrer injustamente por uma anulação com motivação inidônea (não era caso de nulidade), que nitidamente lhe causou prejuízos. Ora, se o Conselho seguiu seu rito próprio e não obteve êxito em demonstrar a incapacidade do Justificante, na ausência de argumentos para julgá-lo incapaz, deveria o Comandante justificá-lo, e não anular o processo com vistas a gerar novas provas em seu malefício. Seria o mesmo que um magistrado, ao final de um feito que não reuniu elementos probatórios suficientes, ao invés de absolver o acusado pelo *in dubio pro reo,* criar uma causa de nulidade e retomar todo o procedimento para que fossem esclarecidas as circunstâncias do crime e verificar novamente a culpabilidade do réu, concedendo a ele o direito à ampla defesa, com vistas a "não prejudicá-lo".

Apesar de o Conselho de Justificação ser um processo especial, de cunho eminentemente discricionário da Administração Castrense, as decisões devem conter motivação idônea.

O primeiro Conselho instaurado concluiu, *in verbis*:

> (...) as oitivas do Cel GRIMALDI, do Cel ARÔCA e do Cel LOURENÇO, últimos comandantes do 1º Ten RESENDE no 8º B Log, foram decisivas na decisão final deste Tribunal. Esses comandantes atestaram a confiabilidade do militar e declararam que o mesmo possui condições de prosseguir na carreira. (fl. 11 do Apenso 45, evento 1.)

b) CONSIDERANDO que a apreciação da conduta do Oficial, de 2008 até a presente data, isto é, depois de haver cometido os atos que deram origem a este CJ e ter sido movimentado para o 8º B Log, aponta para desempenho profissional de excepcional qualidade, demonstração de arrependimento, evidenciação de atributos como dedicação, zelo e responsabilidade, respeito e capacidade de trabalho;

c) CONSIDERANDO que nos períodos que se seguiram à sua prática criminosa, o justificante foi bem avaliado por seus comandantes, por parte de seus pares e por seus subordinados do 8º B Log, em face da conduta profissional que passou a adotar no exercício de suas funções naquele Batalhão Logístico;

d) CONSIDERANDO que 4 (quatro) das 25 (vinte e cinco) testemunhas cujos depoimentos foram tomados no transcurso dos trabalhos conduzidos por este Tribunal de Honra declararam expressamente que o Ten RESENDE não tem condições de prosseguir na vida castrense;

e) CONSIDERANDO que 16 (dezesseis) das 25 (vinte e cinco) testemunhas ouvidas durante a instrução dos autos do presente CJ declararam que creem no arrependimento do Ten RESENDE, ou que o Ten RESENDE tem condições de prosseguir na condição de Oficial do Exército Brasileiro;

f) CONSIDERANDO, que os fatos não apresentaram repercussão na mídia que viesse a macular a imagem da Instituição;

h) CONSIDERANDO que o Conselho não teve por objetivo a realização de um novo julgamento, tampouco levantar provas exauridas no decorrer do processo, eximindo-se de adentrar nos aspectos criminais para os quais já haviam sido adotadas as medidas pertinentes à apuração e à apreciação, e sim estudar as condições que dizem respeito à Justificação dos argumentos coletados durante a vigência do Conselho, nos termos legais em vigor;

(...)

Ainda, conforme a letra *c*, do § 1º do Art. 12º da mesma Lei, "o Conselho de Justificação deve julgar se o Justificante está, ou não, incapaz de permanecer na ativa", sendo este o alvo precípuo a nortear os trabalhos do Conselho;

Verifica-se, à luz das alterações do militar, que o ato ensejador da condenação constituiu-se em fato isolado, ocorrido na sua carreira, observando-se, também, nos testemunhos colhidos o consenso geral positivo a respeito do valor profissional do Justificante no decorrer de sua vida militar.

i) CONSIDERANDO as suas folhas de alterações, particularmente quanto ao aspecto referências elogiosas, fica notório que, desde os tempos de formação na AMAN, o Justificante demonstrou tratar-se de um militar possuidor de todos os atributos necessários ao oficialato, conforme reiteradas observações feitas por seus antigos comandantes. Mesmo após

> ocorrência dos fatos, e no desenrolar do processo que redundou na condenação, sua conduta manteve-se correta.
>
> (...)
>
> k) CONSIDERANDO que o 1º Ten RESENDE assumiu toda a culpa, tendo juntado documentos que atestam a inquestionabilidade da autoria e materialidade dos fatos, isentando outros militares e um civil envolvido.
>
> l) CONSIDERANDO, finalmente, as oitivas colhidas durante o processo, precisamente do Cel R/1 SÉRGIO ARÔCA, do Cel GRIMALDI, ex-Comandantes, e do Cel LOURENÇO, atual Comandante do 8º B Log, OM onde serve o Justificante, depreende-se que a sua conduta militar foi pautada pela correção, disciplina, competência profissional e dedicação à profissão.
>
> RESOLVE o Conselho de Justificação, por maioria, que o 1º Ten RAFAEL LEMOS DE RESENDE, NÃO ESTÁ INCAPAZ DE PERMANECER NA ATIVA (...). (fls. 12/14 do Apenso 45, evento 1.)

Fato é que não houve mudança de cenário de um Conselho para o outro. Ambos tomaram por base os depoimentos das testemunhas para concluir, em ambos os casos, que o Justificante teria se arrependido e que "a personalidade do réu é correta e adequada aos preceitos éticos e morais de um militar" (fl. 3 do doc. 29 - RELT, evento 1), não obstante o segundo Conselho tenha dado um desfecho distinto.

Não foram procedidas diligências diferenciadas com o intuito de suprir "a **falta de diligências que permitam aferir a capacidade**, ou não, de o Justificante permanecer no serviço ativo" com base na análise das circunstâncias do art. 69 do CPM, como determinou o Despacho Decisório que anulou o primeiro feito.

Consta, inclusive do referido despacho (no primeiro Conselho), que o procedimento administrativo transcorreu de 28/6/2016 a 9/6/2017, ou seja, pelo prazo de 1 (um) ano, sendo concedidas 9 (nove) prorrogações "em face das relevantes razões apresentadas pelo Colegiado, **no sentido de serem procedidas diligências** e demais atos para o esclarecimento dos fatos".

Foram novamente inquiridas as 25 (vinte e cinco) testemunhas, sendo 15 (quinze) arroladas pelo Conselho e 10 (dez) pela Defesa.

A diferença entre os dois procedimentos residiu na conclusão do Relatório, que se baseou unicamente na análise do fato pretérito e utilizou-se dos elementos que envolveram a prática delituosa (art. 69 do CPM), que já constavam anteriormente dos autos (cópia do processo criminal).

Apesar de elogiar bastante o Justificante e seu advogado, o Conselho forçou uma análise que não tinha sido realizada em desfavor do Justificante anteriormente para, assim, subsidiar o decisório do Comandante, sendo que não se tratava de um caso de anulação.

E assim fundamentou o *novel* Relatório:

> 1) considerando que os preceitos da personalidade do réu, maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, antecedentes do réu e atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu após o crime são favoráveis ao Justificante;
>
> 2) considerando que os preceitos da gravidade do crime praticado, intensidade do dolo, meios empregados, modo de execução, motivos determinantes e circunstâncias de tempo e lugar são desfavoráveis ao Justificante e, nestes aspectos, complementando que o entendimento deste colegiado é que o crime praticado é incompatível com a profissão militar, pois fere os rígidos padrões éticos da carreira militar, contrariando o compromisso constante art. 32 do Estatuto dos Militares, que todo cidadão ao ingressar em uma das Forças Armadas presta o compromisso de honra, no qual afirma a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares, manifestando a sua firme disposição de bem cumpri-los;
>
> (...)
>
> Este colegiado resolve considerar o Cap Int RAFAEL LEMOS DE RESENDE, Idt nº 021647734-9, servindo no 8º Batalhão Logístico (82 B Log), Porto Alegre-RS, INCAPAZ por maioria dos votos de permanecer na ativa do Exército Brasileiro em relação aos fatos e atos que lhe são imputados no Libelo Acusatório. (doc. 29 - RELT, evento 1).

Apesar de sopesar como favoráveis a personalidade, os antecedentes, a atitude de arrependimento do réu após o crime e mesmo concluir que "o dano causado foi basicamente para a vida e a carreira do Justificante", julgou o Justificado incapaz de permanecer na ativa em razão da existência de outras circunstâncias desfavoráveis (gravidade do crime praticado, intensidade do dolo, meios empregados, modo de execução, motivos determinantes e circunstâncias de tempo e lugar). Estas, em realidade, além de já constarem dos autos quando da análise pelo primeiro Conselho – eis que remetem à execução do crime propriamente dito e aos motivos pelos quais o réu restou condenado criminalmente –, encontram amparo na simples justificativa de que, por cometer o crime, "infringiu diversos preceitos da ética militar e dos deveres militares". Tal decorrência é lógica, pois quem comete um crime, por óbvio, infringe a ética, a moral e os bons costumes.

Ocorre que o Conselho é um procedimento que visa justamente a não aplicação automática da perda do posto e da patente, mas, sim, dar ao Justificante uma chance de demostrar sua capacidade de se manter na Força, o que se verificou, *in casu,* e restou muito bem delineado na conclusão do primeiro procedimento.

Não é porque o art. 12, § 1º, alínea "c", determina que sejam "**levados em consideração os preceitos de aplicação da pena** previstos no Código Penal Militar", que a existência de circunstâncias desfavoráveis da prática

delituosa delimite o julgador. Ao revés, "levar em consideração" significa sopesar. E, *in specie,* há muitos outros elementos a diferenciar o presente caso dos demais e a atestar a capacidade de o Capitão RAFAEL RESENDE permanecer na ativa.

Esta Corte já decidiu pela manutenção de militar no serviço ativo por entender tratar-se de caso isolado na carreira. Transcrevo o seguinte precedente:

> REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/ INCOMPATIBILIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. REJEIÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 5.836/72. REFORMA. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar descreve minuciosamente a conduta e o crime pelo qual o Representado foi condenado no Superior Tribunal Militar. A Defesa, devidamente citada, apresentou suas razões escritas. O contraditório e a ampla defesa foram inequivocamente respeitados. Preliminar rejeitada à unanimidade. O processo em que o Representado foi condenado trata-se de caso isolado que não deve ensejar a declaração de indignidade do Oficial com mais de trinta e seis anos de bons serviços prestados ao Exército. Representado inapto a permanecer na atividade, impondo-se a sua reforma. Aplicação subsidiária do art. 16, inciso II, c/c o art. 2º, inciso I, alínea "c", ambos da Lei nº 5.836/72. Representação procedente para declarar a reforma do representado. Decisão por Maioria. (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 0000091-54.2010.7.00.0000. Relator(a): Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. Data de Julgamento: 29/5/2014, Data de Publicação: 9/10/2014).

No caso acima transcrito, tratava-se de um Ten Cel condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses em razão da prática do crime de peculato. Consta do Acórdão ter o STM, nos Embargos, consignado que o Representado "detentor do poder de fiscalização, articulou-se com a esposa para a consecução de fins proibidos em direito. Ajustaram entre si um instrumental perverso, violador das regras de licitação, para investir contra os cofres públicos, efetuando o repasse do numerário correspondente à obra contratada, sem finalizá-la por completo". Dessa forma, por 3 (três) vezes, o Coronel direcionou procedimentos licitatórios no âmbito do Colégio Militar de Porto Alegre e desviou recursos públicos em favor da empresa da própria esposa. Não obstante sua condenação por esta Corte, o Tribunal aplicou-lhe tão somente a pena de reforma, entendendo que era um bom militar, com mais de 36 (trinta e seis) anos de serviço, cuidando-se de um episódio isolado em sua vida.

Reforço que não se está a julgar se o Capitão do Exército é culpado ou não pelos fatos. Veja-se que não é o caso da alínea "a" do § 1º do art. 12 da Lei nº 5.836/72.

Portanto, o Despacho nº 142/2017 foi absolutamente parcial e prejudicial à Defesa do Justificante. Se o Conselho de Justificação concluiu que

estaria o Capitão RAFAEL LEMOS Justificado e julgado **capaz de permanecer na ativa**, como pode o Comandante afirmar, em seguida, que deveria anular todo o procedimento em benefício do Capitão, para melhor proporcionar-lhe a ampla defesa, por falta de diligências que permitissem **aferir sua capacidade de permanecer no serviço ativo**, sendo que o próprio Conselho firmou o contrário?

Tal como exposto, não vislumbro fundamento para que o Oficial perca seu posto e patente ou seja reformado.

E vou além, se o objetivo da instauração do Conselho de Justificação foi garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como dar-lhes efetividade se, desde o início, o destino do Justificante já estaria traçado? É o que transparece no Relatório do Conselho, que destaca todos os méritos de um excelente profissional, sua conduta e carreira ilibadas, para ao final sopesar tão somente as circunstâncias do crime em seu desfavor com vistas a cumprir o que fora estabelecido no Despacho Decisório nº 142/2017, que criou causa de nulidade inexistente, em prejuízo do Justificante.

Voto, pois, pela improcedência do Conselho, para considerar o Cap Int Ex RAFAEL LEMOS DE RESENDE digno de permanecer no oficialato e, portanto, justificado das condutas descritas no libelo acusatório.

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 rejeitar a preliminar defensiva de decretação de prescrição; **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar defensiva, de nulidade do presente Conselho, tendo em vista o fato de o Justificante ter recebido o indulto natalino nos autos da Ação Penal nº 28-95.2008.7.03.0103, que tramitou no Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM; **por maioria**, em rejeitar a preliminar, arguida de ofício pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, para dar interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante do Exército, ao remeter os autos ao STM, fosse presentado pela Advocacia-Geral da União, e, em consequência, julgar extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. No mérito, o Tribunal, **por maioria**, julgou o Cap Int Ex Rafael Lemos de Resende digno de permanecer no oficialato e, portanto, justificado das condutas descritas no libelo acusatório, nos termos do voto-vista da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Brasília, 21 de maio de 2020 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS
Conselho de Justificação Nº 7000186-47.2019.7.00.0000

Divergi da maioria dos meus pares por entender que o Cap Int Ex RAFAEL LEMOS DE RESENDE deve ser julgado ***não justificado*** pelas razões expostas a seguir.

O delito de estelionato pelo qual o ***Justificante*** restou condenado foi praticado entre os meses de julho de 2007 e setembro de 2008, durante o período em que esse servia no 3º Regimento de Cavalaria de Guarda em Porto Alegre/RS e exercia as funções de Tesoureiro.

Segundo restou apurado e provado, o ***Justificante***, valendo-se do cargo que exercia, apropriou-se de verbas públicas, destinadas ao pagamento de concessionárias de serviços públicos, obtendo, com isso, vantagem financeira ilícita, em prejuízo da Administração Militar.

Adiante, verifica-se o que disse o ***Relator*** da ***Apelação*** nº 28-95.2008. 7.03.0103 acerca do *modus operandi* do ***Justificante***:

> Em todos esses procedimentos fraudulentos, o *modus operandi* sempre foi o mesmo, a saber:
>
> O 1º Ten Resende, como tesoureiro, utilizava os créditos excedentes disponíveis para pagamento das concessionárias públicas no esquema fraudulento, mediante a confecção de uma "Nota de Empenho" falsa, a qual era lançada a descrição de um serviço que não foi executado.
>
> As assinaturas de alguns agentes da Administração Militar, necessárias ao trâmite do procedimento administrativo em questão, foram atestadas como tendo sido falsificadas pelo primeiro Acusado (perícia da Polícia Federal - fls. 294/315), no intuito de obter êxito em seu esquema fraudulento, visando à vantagem econômica indevida.
>
> Apostas as assinaturas nos documentos necessários para o sucesso da fraude, o 1º Ten Resende lançava no SIAFI a liquidação do serviço, gerando ordem bancária em favor do fornecedor da Nota Fiscal, o segundo Denunciado.
>
> Os CNPJ lançados nas notas de empenho falsificadas pertenciam a empresas do civil Alvarindo Ferreira da Silva; o qual forneceu ao militar 18 (dezoito) notas fiscais "frias" das Empresas "Ferreira e Colombo" ou "Vale Distribuidora de Alimentos e Serviços Ltda", com a discriminação do serviço que nunca foi executado em favor do Regimento.
>
> Os valores eram sacados por Alvarindo, que os repassava diretamente ao 1º Ten Resende, descontando os tributos. Inexiste prova nos autos de obtenção de vantagem por parte do segundo Denunciado. Alegou que assim agiu em virtude de ter sido convencido pelo primeiro

> Denunciado de que a Organização Militar precisava desses valores para realizar serviços com fornecedores que estavam irregulares no SIAFI.
>
> Como resultado da fraude, o primeiro Denunciado obteve em proveito próprio o valor que, corrigido, resultou no montante de R$78.382,70 (setenta e oito mil, trezentos e oitenta e dois reais e setenta centavos), em prejuízo da Administração Militar. A perícia da 3ª ICFEx comprova os valores mencionados (fls. 18/38).
>
> O valor foi reconhecido como dívida pelo primeiro Acusado (fl. 237) que, alegando estar arrependido, restituiu o numerário por meio de GRU em 12 de setembro de 2008 (fl. 238).

Por oportuno, saliente-se que, apesar dos recursos que sobrevieram ao julgamento da referida ***Apelação***, todos acarretaram apenas a modificação na dosimetria da pena, que, recorde-se, restou finalmente fixada no patamar de 1 ano e 4 meses de reclusão.

Apresentados os fatos, passa-se à análise das condutas perpetradas pelo ***Justificante*** sob o enfoque do que constitui relevante ao julgamento em sede de Conselho de Justificação.

Em primeiro lugar, salta aos olhos o fato de o ***Justificante*** ter se valido da facilidade que a função de Tesoureiro acarretava para a prática delitiva.

Nessa seara, verifica-se que o ***Justificante*** traiu a confiança que lhe foi depositada pelos seus superiores hierárquicos ao designá-lo para a aludida função de agente responsável pela boa aplicação e administração de recursos públicos.

Em passo seguinte, destaca-se que as condutas perpetradas pelo ***Justificante*** poderiam ter ensejado, além de prejuízo para a Administração Militar, danos aos colegas de farda que tiveram suas assinaturas falsificadas, entre esses o próprio Comandante da OM em que servia.

Adiante, chama a atenção o fato de o ***Justificante*** ter perpetrado a fraude por 18 vezes ao longo de um período superior a um ano. A referida constatação leva à inarredável conclusão de que o Cap RAFAEL não agiu de modo impensado, sem oportunidade de avaliar a gravidade da sua conduta e as eventuais consequências de seus atos.

Outro ponto relevante a ser considerado é a motivação do delito. Em seu interrogatório no presente ***Conselho*** (fls. 472 a 482), o ***Justificante*** afirmou:

> que não houve um planejamento do erro, que tem uma maneira de trabalhar, estudando muito aquilo que é o seu material de trabalho, que estudando o SIAFI descobriu a existência de alguns furos no sistema, que poderia ter usado todo esse conhecimento para o bem, mas decidiu usá-lo para o mau, sendo necessário apenas algumas assinaturas e um fornecedor, sendo assim essa situação se apresentou como sendo um

> desafio ou consequência da imaturidade do Resende de dez anos atrás, sendo assim, esse desafio foi testar o sistema perdurando por alguns meses, vindo a ocorrer cinco vezes em processos de cerca de 3 a 5 mil reais, não se recordando exatamente, disse ainda que não planejou, tanto é que solicitou transferência por interesse próprio para a guarnição de São Paulo, caso fosse algo pensado e planejado não seria necessário sair da guarnição de Porto Alegre; perguntado quando decidiu realizar os empenhos falsos e sacar o recurso, respondeu que, conforme resposta anterior, não houve uma data de decisão, foi testando o sistema aos poucos, no ano de 2007, que decidiu progredir com os desafios; perguntado qual foi a motivação para cometer o crime, respondeu que não houve a motivação financeira, tanto é que de pronto os valores foram ressarcidos, que os empréstimos foram necessários para pagar valor superior ao recebido, devido a diferença de impostos e taxação de juros, que por conta dos empréstimos teve que se adequar, devolvendo o apartamento e deixando os móveis em depósito para morar no quartel, que permaneceu com o mesmo carro, adquirido no ano de 2006, até os dias atuais, que caso fosse por situação financeira, não haveria devolvido os recursos naquele momento, aguardando essa imposição pelo processo; que passou a buscar usar o seu conhecimento para solucionar problemas após esse ocorrido, tanto é que seus Cmt declararam confiar em seu trabalho, pois seu trabalho não deixa furos, que nunca foi de gastar muito, que sempre poupou e controlou suas finanças, tanto que até 2010 conseguiu resolver seus problemas financeiros, possibilitando comprar um apartamento financiado em 2013, que solicitou a abertura do sigilo bancário, deixando claro que a motivação não foi financeira; (...).

Observa-se, da leitura do seu depoimento, que o ***Justificante*** não passava por problemas financeiros nem vivenciava qualquer situação de desespero que, embora não justificasse, explicasse a sua atitude. Ao revés, a justificativa apresentada foi o "*desafio*" de testar o SIAFI.

Além da banalidade da justificativa apresentada, resta patente o fato de que, se o ***Justificante*** obteve êxito já no primeiro teste, não existe lógica em se prosseguir realizando mais tantos outros testes, utilizando-se do mesmo *modus operandi*.

Não passa despercebido, ainda, o valor obtido com as fraudes, cujo montante, acrescido de juros e correção monetária até agosto de 2008, chega a R$ 78.382,70 (setenta e oito mil, trezentos e oitenta e dois reais e setenta centavos).

À luz dessas considerações, já é possível afirmar que, *in casu*, o ***Justificante*** não reúne mais as condições necessárias para permanecer na ativa. É que, como bem fundamentou a ***Decisão*** tomada na seara administrativa, o ***Justificante*** infringiu o Estatuto dos Militares, cujos incisos I, II, III, IV, VI, VII, XII, XIII, XVI e XIX do artigo 28 e incisos I, II, III, IV e V do artigo 31 versam sobre a ética e sobre os deveres dos militares.

Conforme dispõe o acima referido Estatuto dos Militares, o ***sentimento do dever***, o ***pundonor militar*** e o ***decoro de classe*** impõem ***– não como uma faculdade, mas como uma inafastável obrigação legal –***, a cada integrante das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensível, com observância de rígidos preceitos da ética militar, entre os quais se inscrevem, ***com realce***, vários dos acima citados dispositivos, quais sejam: ***II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo; IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço; XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular; XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar; XIX - zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer os preceitos da ética militar.***

A afirmação defensiva, confirmada por diversos depoimentos testemunhais, de que, depois do crime, ao longo de mais de 10 anos, até os dias atuas, o ***Justificante*** encontra-se exercendo suas funções de maneira exemplar e normal não tem o condão de amenizar as graves condutas praticadas por ele.

Ademais, é bem verdade que o ***Justificante*** confessou a autoria do delito, antes mesmo da instauração do ***IPM***, "durante a Auditoria do Órgão de Controle interno, em reunião com o Comandante da Organização Militar e outros oficias afetos à área financeira".

Entretanto, restou evidenciado no processo que, apesar de o ***Justificante*** ter confessado o crime e chamado para si toda a responsabilidade pelos fatos, tal atitude não foi tomada ao acaso. A partir dos depoimentos constantes do presente ***Conselho***, se extrai que a confissão do ***Justificante*** ocorreu por provocação, tendo em vista a descoberta de irregularidades. Nesse sentido apontam os depoimentos das seguintes ***Testemunhas***: Ten Cel Cav AUGUSTO SOUZA COELHO às fls. 431 a 433; Maj Cav LUIZ ANDRÉ BARBOSA MINUZZI às fls. 445 e 446; Cel Cav R/1 ARTUR JOSÉ SOLON NETO às fls. 455 a 458; Cel Int R1 PAULO RICARDO DE LINHARES FÁBRICA às fls. 461 a 463.

Por outro lado, não se negue que a colaboração do ***Justificante*** facilitou e encurtou o caminho para que se chegasse à elucidação completa do crime. Entretanto, nem esse fato nem a pronta devolução da quantia subtraída constituem elementos capazes de elidir as circunstâncias em que o delito foi praticado, ainda mais levando-se em conta a sua motivação e a reiteração da conduta, praticada por várias vezes ao longo de mais de um ano. Os referidos elementos pesam sobremaneira no julgamento feito sob o enfoque de um Conselho de Justificação.

E, apesar de se reconhecer as agruras pelas quais o ***Justificante*** passou, tendo este, inclusive, segundo a ***Defesa***, respondido a processo pelo crime de improbidade administrativa na Justiça Federal, com imposição de gravosa pena pecuniária, essas questões são alheias ao âmbito de análise do Conselho, instalado com o único e claro objetivo de apurar a capacidade de o Oficial permanecer na Ativa.

Por fim, vale frisar que os preceitos da ética militar impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensível.

Assim conclui-se pela impossibilidade de o Cap Int Ex RAFAEL ser considerado ***Justificado***.

É o bastante.

Posto isso.

Julgo o Cap Int Ex RAFAEL LEMOS DE RESENDE ***não justificado*** e, por isso, o declaro indigno do oficialato, determinando a perda de seu posto e patente, *ex vi* do art. 16, *caput*, e seu inciso I, da Lei nº 5.836/72.

Superior Tribunal Militar, 21 de maio de 2020.

Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos
Ministro-Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Conselho de Justificação Nº 7000186-47.2019.7.00.0000

Iniciado o Julgamento do **Conselho de Justificação 7000186-47.2019.7.00.0000** na Sessão Plenária de 25.9.2019, este Egrégio Tribunal rejeitou as preliminares defensivas por unanimidade. O eminente Ministro-Relator General de Exército Luis Carlos Gomes de Mattos, acompanhado pelo Revisor Dr. Artur Vidigal de Oliveira, julgou o Oficial como não justificado e o declarava indigno para o oficialato. Os eminentes Ministros Dr. José Coêlho Ferreira, Dr. José Barroso Filho e Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo julgaram o Cap Rafael Lemos de Resende justificado das condutas descritas no Libelo Acusatório. A insigne Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, após os referidos Votos, pediu *Vista* dos autos.

Em prosseguimento ao julgamento interrompido na Sessão de 25.9.2019, a eminente Ministra proferiu *Voto-Vista*, no qual arguiu questão preliminar relativa à necessidade de presentação pela Advocacia-Geral da União no que diz respeito à remessa dos autos de Conselho de Justificação a este Superior Tribunal Militar.

Tal preliminar foi rejeitada por maioria. No mérito, a ilustre Ministra julgou o militar digno de permanecer no oficialato e, portanto, justificado.

Naquela ocasião considerei que os autos mereciam uma análise mais acurada, razão pela qual pedi *Vista*.

Cuida-se de Processo oriundo de **Conselho de Justificação** encaminhado a este Superior Tribunal Militar (STM) pelo Chefe de Gabinete do Comandante do Exército, em cumprimento ao previsto no art. 13, inciso V, alínea "b", da Lei 5.836, de 5.12.1972.

O referido Conselho foi nomeado pela Portaria 1.727, de 15.10.2018, expedida pelo Exmo. Senhor Comandante do Exército, a que foi submetido *ex officio* o Capitão (Cap) do Serviço de Intendência Rafael Lemos de Resende, por ter sido condenado à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em decorrência da prática de crime de natureza dolosa, com base no art. 2º, inciso IV, da Lei 5.836, de 1972.

Nos termos do art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição da República, o art. 120, inciso III, da Lei 6.880, de 9.12.1980, e o art. 157 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, o Conselho de Justificação preenche as condições da ação e os pressupostos processuais, portanto deve ser recebido e processado.

Antes de adentrar na análise relativa ao mérito deste Conselho, cumpre apresentar alguns dados históricos acerca do tema.

Em artigo de minha autoria intitulado *"O Conselho de Justificação no Direito Militar Brasileiro"* tive a oportunidade de tecer considerações sobre as suas origens históricas (*In* Direito militar: história e doutrina: artigos inéditos. Florianópolis: AMAJME, 2002. p. 129-139).

Na ocasião destaquei que o Conselho de Justificação, conhecido também como *Tribunal de Honra*, possui raízes europeias. Juristas de renome consideram, no entanto, que o modelo brasileiro difere de outros existentes no Direito comparado, por sua índole liberal e privilegiadora da defesa.

Aponta-se como referência inicial o Conselho de Guerra, com caráter justificativo e julgador, constante da Ordenança Francesa de 25.3.1765, que dispunha sobre a conduta de oficiais que obrigatoriamente deveriam ser submetidos a esse julgamento. Tal norma também constou das Ordenanças de 1776 e de 1º.1.1876. A medida aparece no Código de Justiça Militar para o Exército de Mar da França, promulgado em 1851, o qual estabelecia a convocação de Conselhos de Guerra para a justificação de Oficiais.

Na época do Brasil Colônia, registra-se iniciativa legislativa com previsão de baixa do posto dos Oficiais e a perda do soldo – Alvará de 23.4.1790. No entanto, o marco inicial dessa modalidade de julgamento é encontrado na Lei 260, de 1º.12.1841. Esse texto legal pode ser considerado o precursor do atual Conselho de Justificação. A jurisdicionalização desse processo foi alcançada pela Lei 648, de 18.8.1852, e pelo Decreto 1.631, de

18.8.1855, que a regulamentou, e decorre da atuação do Marquês de Caxias quando ocupava a Pasta da Guerra.

O Conselho passou a ter rito próprio e conferiu atribuições ao Oficial presidente, interrogante e escrivão, e ao seu término deveria ser remetido ao Conselho Supremo Militar – hoje Superior Tribunal Militar, que se pronunciava por meio de parecer, após, o processo retornava à Secretaria da Guerra para decisão.

Com o advento da República e a transformação do *Conselho Supremo Militar e de Justiça* no *Supremo Tribunal Militar* – nomenclatura que conservou até a Constituição Federal de 1934, quando passou a denominar-se *Superior Tribunal Militar*.

A Assembleia Constituinte autorizou a Corte que elaborasse um código de processo para a Justiça Militar, promulgado por ato do STM, o *Regulamento Processual Criminal Militar de 1895*, vigente até a década de 1920.

Desse Código constou expressamente o direito de o militar se justificar, mediante solicitação de instauração de processo por meio de *Conselho de Investigação e de Guerra* para defender-se de acusações que lhe fossem arguidas oficialmente.

O Código de Organização Judiciária e Processo Militar de 30.10.1920 aboliu o direito concedido aos militares de solicitarem Conselho de Justificação, que somente voltou a figurar no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto 4.651, de 17.1.1923, posteriormente regulamentado nos artigos 330 a 342 do Código de Justiça Militar de 1926 – Decreto 17.231, de 26.2.1926.

O *Conselho de Justificação* adquiriu a feição moderna por meio da Lei 5.300, de 29.6.1967, e é tratado atualmente na Lei 5.836, de 5.12.1972. A referida norma prevê que, se o Comandante da Força Singular entender que o Oficial não foi considerado justificado, nas hipóteses previstas nos incisos I, III e V do art. 2º da Lei ou, pelo crime previsto no inciso IV do mesmo dispositivo, tenha sido julgado incapaz de permanecer na ativa ou inatividade, deverá remeter os autos ao Superior Tribunal Militar diante da previsão do art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição da República, a qual apenas admite a perda do posto e da patente de Oficiais por decisão judicial.

Recebidos os autos nesta Corte Castrense, o processamento é previsto no art. 157 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. Caberá a este Tribunal castrense considerar o Oficial *justificado* ou, caso contrário, o declarará *indigno* ou *incompatível* com o oficialato, ou determinará a sua *reforma*, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

No caso em análise, o Justificante foi submetido a Conselho por se enquadrar no disposto no inciso IV do art. 2º da Lei 5.836, de 1972:

> Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das forças armadas:
>
> .....
>
> IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou (...).

O Libelo Acusatório imputou ao Justificante a infringência, em tese, dos preceitos da ética e dos deveres militares estabelecidos nos incisos I, II, IV, VII, XIII, XVI, XVII e XIX do art. 28 e incisos III, IV, V do art. 31, todos da Lei 6.880, de 1980, por ter sido condenado em Ação Penal Militar à pena privativa de liberdade de 1 ano e 4 meses de reclusão pela prática dos crimes de *peculato* e *falsificação de documento*. O trânsito em julgado da Sentença ocorreu em 10.8.2015.

Os preceitos da *ética militar* estão previstos no art. 28 do Estatuto dos Militares nos seguintes termos:

> Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:
>
> I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;
>
> II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;
>
> III - respeitar a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;
>
> V - ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados;
>
> VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;
>
> VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço;
>
> VIII - praticar a camaradagem e desenvolver, permanentemente, o espírito de cooperação;
>
> IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;
>
> X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa de qualquer natureza;

XI - acatar as autoridades civis;

XII - cumprir seus deveres de cidadão;

XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;

XIV - observar as normas da boa educação;

XV - garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar;

XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar;

XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;

XVIII - abster-se, na inatividade, do uso das designações hierárquicas:

a) em atividades político-partidárias;

b) em atividades comerciais;

c) em atividades industriais;

d) para discutir ou provocar discussões pela imprensa a respeito de assuntos políticos ou militares, excetuando-se os de natureza exclusivamente técnica, se devidamente autorizado; e

e) no exercício de cargo ou função de natureza civil, mesmo que seja da Administração Pública; e

XIX - zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar.

Os *deveres militares*, por sua vez, estão indicados no art. 31 da mesma norma:

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos Símbolos Nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

Guillermo Federico Hegel traduzia a *ética* como "o conceito de liberdade convertido num mundo existente e de natureza da consciência de si mesma". Portanto, é uma liberdade consciente e individual de adaptação aos deveres das relações às quais pertence. Para ser ético é preciso que o caráter reflita a virtude, entendida como a honestidade em um ponto médio, ou seja, a aplicação e a obediência de regras ou valores institucionais de modo ponderado, nem de forma exagerada nem de forma rasa. (*In* Filosofia del Derecho. 5. ed. Buenos Aires: Editora Claridad, 1968, p. 148 e 153-154).

A meta da conduta ética é dada pela valoração do bem tutelado, que reveste um dever social ou moral, cujo cumprimento gera uma virtude. Miguel Reale, em brilhante obra sobre a filosofia do direito, detalha o bem ético como as regras ou normas que postulam um comportamento:

> O certo é que o bem ético implica sempre "medida", ou seja, regras ou normas, postulando um sentido de comportamento, com possibilidade de livre escolha por parte dos obrigados, exatamente pelo caráter de dever ser e não de necessidade física [ter que ser] de seus imperativos. (In *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 389).

O sentimento do *dever*, por sua vez, é conceituado no *Vade-Mecum* de Cerimonial Militar do Exército - Valores, Deveres e Ética Militares [VM 10], nos seguintes termos:

> [...] refere-se ao exercício, com autoridade e eficiência, das funções que lhe couberem em decorrência do cargo, ao cumprimento das leis, regulamentos e ordens e à dedicação integral ao serviço.

Nos dizeres do Capelão Militar Joaquim Luís Cupertino ao citar Alfred de Vigny *in* Servidão e Grandeza Militares:

> 2) Sentimento da Honra e do Dever
>
> [...] Proceder com honra é cumprir os compromissos tomados ainda mesmo à custa dos maiores sacrifícios; é ser leal e justo; ser firme, sincero e correcto nas suas opiniões; ter caráter; respeitar os direitos alheios, as disposições legais, é, numa palavra, cumprir! [...]
>
> Honra e dever andam associadas sempre, porque não pode proceder com honra quem não cumpre seu dever. Por isso escreveu A. Vigny: "A honra é a poesia do dever". O rei de França. Francisco I, embora perdendo a batalha de Pavia (1525), ferido e prisioneiro dos espanhóis, escreveu a sua mãe: "Tudo se perdeu, menos a honra!". Walter Scott diria mais tarde: "Embora percamos todos os bens, conservamos imaculada a honra.
>
> "Proceder com honra" e "cumprir o dever" são duas ideias fundamentais na vida dum militar, porque isso significa ter "valor militar", isto é: integra na sua personalidade o patriotismo, a lealdade, a disciplina, a probidade, a generosidade, a coragem, a bravura, a abnegação, a constância, a resignação e a competência profissional; encara fria e

> serenamente as situações mais difíceis, sofre com resignação e paciência as fadigas e privações de sua vida profissional, possui conhecimentos técnicos necessários e afronta impavidamente os perigos com desprezo da própria vida. Por isso, se a disciplina é a força principal dos exércitos, o valor é o fator decisivo da vitória, o que exige, fundamentadamente, um verdadeiro e puro sentimento da honra e do dever. (In *Deontologia Militar*. Lisboa: Serviços Gráficos da Academia Militar, Reedição 1985. v/6- v/7).

Sabe-se que a vida castrense impõe uma rigorosa observância das normas estabelecidas nos regulamentos disciplinares que pairam sobre os militares, que atuam como a base de sustentação das Forças Armadas representadas na *hierarquia* e na *disciplina*. O Oficial deve pautar o seu comportamento pessoal e profissional nesses alicerces.

Nesse contexto, o Conselho de Justificação destina-se a apurar conduta de extrema lesividade às Forças Armadas e a declaração da incompatibilidade ou da indignidade para com o oficialato trata-se de medida excepcionalíssima.

Diferente da esfera penal militar, em que não se deve levar em conta no momento de incriminar simplesmente uma qualidade extrínseca do indivíduo, o julgamento de natureza moral *pode* e *deve* considerar sua aptidão para o oficialato, por meio da análise da conduta do militar diante dos preceitos da ética e do dever castrenses, além da preservação de valores tidos como essenciais para a Instituição.

Da análise dos autos verifica-se que o Comandante do Exército decidiu considerar o Justificante *incapaz* de permanecer na ativa, uma vez que os atos demeritórios atribuídos ao Oficial evidenciaram condutas que afetaram gravemente os preceitos da ética e do dever militar. Tal Decisão se baseou em Relatório apresentado pelo Conselho de Justificação que, por maioria, considerou o militar incapaz de permanecer na ativa do Exército Brasileiro em relação aos fatos e atos imputados no Libelo Acusatório.

Contudo, da leitura detida das Folhas de Alterações acostadas aos autos, nota-se que, desde sua matrícula na Escola Preparatória de Cadetes do Exército – ocorrida em 1999 – até o ano de 2007, o Justificante não apresentou problemas nas Unidades em que serviu. Foi Cadete exemplar, com diversas Referências Elogiosas constantes de seus assentamentos.

Após o cometimento do delito, o Oficial foi transferido de Organização Militar e, conforme se verifica das oitivas de cinco ex-Comandantes do Justificante como Testemunhas, todos abonaram a sua conduta ilibada, exaltaram a qualidade do seu trabalho e reforçaram a confiança no referido militar.

No período que se seguiu ao cometimento do delito, o militar, além de se mostrar arrependido e assumir postura colaborativa com as investigações

procedidas, demonstrou, por meio de seu comportamento, avaliações e atribuições funcionais, estar plenamente ajustado aos parâmetros éticos, morais e disciplinares exigidos pela Instituição castrense, como um homem probo no exercício das suas funções. As Folhas de Alterações do Oficial atestam retidão de sua conduta e o constante preparo profissional para desempenhar suas funções, conforme demonstram os Certificados nelas transcritos.

Cumpre destacar que a missão conferida ao Oficial das Forças Armadas é de elevada importância, pois "é preparado, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção", daí decorre, como bem observou o ilustre doutrinador Jorge César de Assis, a necessidade de ser o exemplo, o guia e o condutor de seus comandados, *in verbis*:

> Natural, portanto, que o oficial deva ser líder de seus comandados, servir de exemplo e modelo a ser seguido já que a Constituição e as Leis cercam o exercício de sua de prerrogativas essenciais e dignificantes.
>
> [...]
>
> Todas estas prerrogativas entretanto têm um alto preço que a maioria consegue pagar, a dignidade de oficial, sendo que é a própria Constituição Federal e as leis específicas que estabelecem, em determinados casos, a declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato com a consequente declaração da perda do posto e da patente, àqueles que vários motivos descumpriram seu dever, traindo a confiança em si depositada pela Nação, pelos Estados ou pelo Distrito Federal. (In *Direito Militar*. Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 85-95).

Nesse contexto, restou demonstrado nos autos a plena recuperação do militar depois de cumprida a pena, bem como não se verifica atualmente o comprometimento da relação com seus subordinados que, ao serem ouvidos nos autos deste Conselho de Justificação, destacaram a excelência do trabalho desempenhado pelo Justificante, bem como seu comprometimento e dedicação.

Dito isso, importante destacar que não se discute aqui a condenação penal já transitada em julgado, faz-se necessário assinalar que esse fato por si não induz a declaração da indignidade ou da incompatibilidade para com o oficialato.

Consigno que a conduta do Justificante é, sem dúvida, reprovável, tanto que foi condenado criminalmente e respondeu a *Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa* perante a Justiça Federal, por meio da qual lhe foi aplicada pena de multa civil de alto valor (cem mil reais). Todavia, não restou comprovado que tal deslize tenha maculado sua conduta profissional ou ofendido a imagem e reputação do Comando do Exército. Ao contrário, há nos autos farta prova documental de que o Justificante tem se mostrado excelente militar, integrado às regras da caserna e cumpridor dos seus deveres.

Assim, em reconhecimento à independência das instâncias penal e ético-administrativa, não merece prosperar este Conselho de Justificação.

O ilustre Ministro-Relator, em seu aprofundado voto, mediante análise das circunstâncias que envolveram o cometimento do crime, concluiu pela impossibilidade de o Capitão Rafael Lemos de Resende ser considerado justificado e a decorrente perda do seu posto e patente, por indignidade do Oficialato.

No entanto, com o devido respeito, divirjo daquele entendimento, de modo a seguir integralmente os termos do irretocável Voto-Vista procedido pela eminente Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que abordou de maneira primorosa importantes aspectos relacionados ao deslinde da questão.

Destaco aqui alguns pontos importantes do referido Voto-Vista. De início, considero adequada a premissa de que o julgamento do Conselho de Justificação não pode resultar de mera aplicação irrefletida da perda do posto nos casos de condenação criminal, o que, de fato, relegaria o trabalho desta Corte a uma mera formalidade. Devem ser analisadas de forma ampla as diversas nuances relacionadas ao caso.

Ademais, considero adequado o destaque dado ao fato de o Justificante ter assumido funções de extrema confiança após o cometimento do ilícito, como, por exemplo, Fiscal Administrativo, Tesoureiro e Chefe da 4ª Seção.

Ainda, concordo com a análise procedida no sentido de que a conclusão fundada restritivamente nas circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do Código Penal Militar, relativas à prática delituosa, na intenção de atender ao disposto no art. 12, § 1º, alínea "c", da Lei 5.836, de 1972, leva ao inadequado entendimento de que as circunstâncias relacionadas ao cometimento do crime pelo qual o Justificante foi condenado por si só são suficientes para indicar incapacidade ou indignidade para o oficialato.

Na verdade, o dispositivo indica que tais circunstâncias devem ser *sopesadas* e outros aspectos devem ser considerados para levar a eventual perda do posto, de modo a evitar que o cometimento do crime que, por óbvio infringe diversos preceitos da ética e dos deveres militares, seja suficiente para tanto. Tal como apontado pela ilustre Ministra, o "Conselho é um procedimento que visa justamente a não aplicação automática da perda do posto e da patente, mas, sim, dar ao Justificante uma chance de demonstrar sua capacidade de se manter na Força".

Não se pode olvidar toda uma carreira proba e ilibada, a despeito de comportamento isolado que a maculou.

Diante da análise procedida nos autos deste Conselho de Justificação, acompanhei o *Voto-Vista* proferido pela insigne Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e concordei com o entendimento acerca da inexistência de fundamento para que o Cap Ex Rafael Lemos de Resende perca seu posto ou seja reformado.

Votei, pois, pela improcedência deste Conselho de Justificação e permanência do Capitão Rafael Lemos de Resende no serviço ativo do Exército Brasileiro.

Superior Tribunal Militar, 21 de maio de 2020.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro do STM

_____

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 7000519-96.2019.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

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

Requerente: Força Aérea Brasileira.

Requerido: Ricardo Meirelles de Oliveira.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. SEGUNDO-TENENTE MÉDICO REFORMADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ATO DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. MOTIVAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DE 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO IMPOSTA AO JUSTIFICANTE. PREVISÃO. ART. 2º, INCISO IV, DA LEI Nº 5.836/72. DIREITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA REMESSA DOS AUTOS DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. DETERMINAÇÃO. COMANDANTE DA AERONÁUTICA. AUSÊNCIA. REPRESENTAÇÃO AGU. REGRAS DE LEGITIMIDADE PROCESSUAL. AFASTAMENTO. CPC. APLICAÇÃO. LEI Nº 5.839/72. REJEIÇÃO. MAIORIA. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SESSÃO SECRETA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO JULGAMENTO IMPARCIAL. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE E INTIMIDADE DO JUSTIFICANTE. ART. 12 DA LEI Nº 5.836/72. REJEIÇÃO. MAIORIA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE OITIVA DO JUSTIFICANTE EM JUÍZO. FALTA DE AMPARO LEGAL. REJEIÇÃO. MAIORIA. MÉRITO. INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO. INCAPACIDADE DO OFICIAL. PERMANÊNCIA NA SITUAÇÃO DE INATIVIDADE. RECEBIMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA DURANTE QUASE 3 (TRÊS) DÉCADAS. CONDUTA INCOMPATÍVEL COM O SENTIMENTO DE DEVER MILITAR, O PUNDONOR MILITAR, A ÉTICA E O DECORO DA CLASSE. PENALIDADE DE PERDA DE POSTO E PATENTE DO JUSTIFICANTE. DECISÃO UNÂNIME.

Rejeita-se preliminar defensiva de nulidade da Portaria de instauração do Conselho de Justificação, por ausência de motivação e cerceamento de defesa, quando o ato deflagrador estiver alicerçado em condenação do justificante à pena até 2 (dois) anos de reclusão, transitada em julgado, a teor do art. 2º, inciso IV,

da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, e forem respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, consubstanciados nas ações do justificante de recebimento do Libelo Acusatório, acompanhamento da inquirição de testemunhas, interrogatório e apresentação de razões escritas ao Conselho de Justificação, em conformidade com os trâmites previstos na Lei nº 5.836/72. Preliminar rejeitada por unanimidade.

Por tratar-se de processo de natureza administrativa, não se aplicam as regras referentes à legitimidade previstas no Código de Processo Civil ao Conselho de Justificação, que dispõe de rito próprio, previsto na Lei nº 5.839/72. Assim, a determinação do Comandante da Aeronáutica de remessa dispensa a representação processual por representante da Advocacia-Geral da União, conforme o art. 13, inciso V, da lei de regência da matéria.

Precedentes do STF e STM. Preliminar rejeitada por maioria. A sessão secreta tem respaldo legal no art. 12 da Lei nº 5.836/72, que se encontra em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio. A confidencialidade desse ato justifica-se na preservação da dignidade e da intimidade do justificante, em conformidade com o art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal de 1988. Ademais, a deliberação reservada restringe-se tão somente à confecção do Relatório, nos termos do art. 12 da Lei nº 5.836/72, que não constitui ato decisório ante o seu caráter meramente opinativo. Precedente do STM.

Preliminar rejeitada por maioria.

O momento oportuno para a oitiva do justificante deve ocorrer durante a fase administrativa, portanto sua audiência, na atual fase processual, perante esta Corte Castrense Superior, não encontra assento na legislação de regência (arts. 15 e 16 da Lei nº 5.836/72). Precedente do STM. Preliminar rejeitada por maioria.

Reputa-se não justificado o Oficial Médico que recebeu indevidamente auxílio-invalidez, por aproximadamente 30 (trinta) anos, enquanto era remunerado pela prática da medicina, em instituições públicas e privadas, em total menoscabo às declarações apresentadas à Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica, nas quais negava o exercício de qualquer atividade laboral assalariada, em frontal contrariedade ao sentimento de dever militar, à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe e, portanto, incompatível de permanecer na situação em que se encontra na inatividade por ser indigno do oficialato.

Ordenada a perda de posto e patente do justificante nos termos do disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836/72.

Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente a Dr. Edmar Jorge de Almeida, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar aventada pela Defesa, de nulidade da Portaria nº R-2/GC1, de 27 de março de 2019; **por maioria**, rejeitou a segunda preliminar defensiva, de nulidade da remessa do Conselho de Justificação ao STM sem a representação da AGU, aventada pela Defesa, contra o voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), que acolhia a preliminar e, por consequência, julgava extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Na sequência, **por maioria**, rejeitou a terceira preliminar defensiva, de nulidade da sessão secreta realizada pelo Conselho de Justificação. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) e José Coêlho Ferreira acolhiam a preliminar para declarar revogados os arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal, e declaravam a nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto. Prosseguindo, o Tribunal, **por maioria**, consoante o voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, e na conformidade do disposto no art. 5º, § 5º, da Resolução/STM nº 275, de 2/4/2020, com a redação dada pela Resolução/STM nº 277, de 7/4/2020, rejeitou o quarto argumento defensivo analisado em sede de preliminar, de direito de o justificante ser ouvido em juízo, contra o voto da Ministra Revisora, que convertia o julgamento em diligência, nos termos do art. 82 do RISTM, para que o Justificante fosse ouvido neste Superior Tribunal, ***ex vi*** do art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos. No mérito, **por unanimidade**, julgou procedentes as imputações contidas no Libelo Acusatório que gerou o presente Conselho de Justificação, para declarar o 2º Ten Refm Ricardo Meirelles de Oliveira não justificado e incapaz de permanecer na situação em que se encontra na inatividade, por ser indigno com o oficialato, pelo que determinou sua perda de posto e patente, nos termos do disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, na forma do voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Carlos Vuyk de Aquino. A Ministra Revisora fará voto vencido quanto à matéria preliminar. O Ministro Alvaro Luiz

Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 14/5/2020).

RELATÓRIO

Consta dos autos que o presente Conselho de Justificação foi instaurado por meio da R-2/GC1[35], de 27 de março de 2019, posteriormente convertida na Portaria nº R-4/GC1[36], de 9 de abril de 2019, do Exmº Sr. Comandante da Aeronáutica, no qual figura como justificante o 2º Ten Refm RICARDO MEIRELLES DE OLIVEIRA.

O libelo acusatório relata as seguintes imputações[37], a saber:

> [...] 3. Ter exercido atividades laborativas remuneradas, públicas e privadas, até no ano de 2015, após ter sido reformado pela Força Aérea Brasileira, em 23 de março de 1988, em contraposição à incapacidade definitiva para o serviço ativo, causa geradora do benefício previdenciário auferido, nos termos do art. 106, inciso II, c/c art. 108, inciso V, ambos da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares);
>
> 4. Ter apresentado falsas declarações à Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica, quanto ao não exercício de atividade(s) remunerada(s), violando o disposto nas Leis nº 5.787, de 1972, e 8.237, de 1991, além da Medida Provisória nº 2.215-10, de 2001, regulada pelo Decreto nº 4.307, de 2002;
>
> 5. Ter recebido remuneração do Serviço de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica a título de auxílio-invalidez, a despeito de apresentar plenas condições de manter suas atividades, como demonstra o exercício de atividades laborativas *a posteriori*, conforme autos do Processo nº 67000.010740/20 18-62 e Apelação nº 7000090-66.2018.7.00.000 já mencionados;
>
> 6. Ter induzido e mantido a administração militar em erro, não comunicando, em nenhum momento, o exercício de outra atividade remunerada cumulativa com o auxílio-invalidez, consoante determinavam as legislações na época da reforma e as subsequentes, auferido vantagem ilícita em prejuízo da Administração Militar no valor de R$ 4.603.378,60 (quatro milhões, seiscentos e três mil, trezentos e setenta e oito reais e sessenta centavos), considerando os pagamentos de 29/04/1998 até 29/04/2016, conforme citado no Acórdão da Apelação em comento;
>
> 7. Ter incorrido no crime de estelionato previsto no art. 251, *caput*, do Código Penal Militar, por decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Militar; e
>
> 8. Ter se conduzido de modo que prejudique o sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe, em violação a preceitos

[35] Evento 1, 2-VOLUME, fl. 5.
[36] Evento 1, 3-VOLUME, fl. 16.
[37] Evento 1, 3-VOLUME, fls. 40/41.

> da ética militar expressos no art. 28 bem como de deveres militares previstos no art. 31 da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares).

Em 17 de abril de 2019, a Sra. Presidente do Conselho de Justificação – Maj Int CARLA ALESSANDRA CARDOZO PISETE –, por meio de Despacho, designou o dia 26 seguinte, às 10 horas, nas dependências do Centro de Aquisições Específicas, localizado na Ilha do Governador/RJ, para a apresentação do justificante, a fim de receber o Libelo Acusatório, assegurados seus amplos direitos de defesa.

Na qualidade de testemunha, prestaram declarações a Sra. ALESSANDRA DAVID SULIANO e a Sra. ANNA LUCIA LOPES RODRIGUES (Evento 1, 4-VOLUME, fls. 2/3 e 17/18).

Em suas razões de Defesa (Evento 1, 4-VOLUME, fls. 34/35), o ora justificante manifestou-se, por escrito, oportunidade na qual aduziu que:

> O justificante é pessoa já de idade avançada e já contribuiu a vida inteira com a previdência. Assim, tem o direito de continuar recebendo seus proventos de militar inativo. Pelo erro cometido já foi punido pela justiça, inclusive com devolução do que teria recebido indevidamente, valores que vêm sendo descontados mensalmente em seu Bilhete de Pagamento. Importante esclarecer que o valor recebido com o benefício não foi de R$ 4.603.378,60 conforme consta no libelo. Na verdade foram apenas cerca de duzentos mil reais.
>
> O justificante conforme dito alhures está cumprindo sua pena e restituindo ao erário o benefício recebido.

Os atos de qualificação e interrogatório do Justificante ocorreram em 6 de maio de 2019 (Evento 1, 4-VOLUME, fls. 110/111).

Em 8 de maio de 2019, o Conselho de Justificação, por unanimidade, julgou o 2º Ten Refm RICARDO MEIRELLES DE OLIVEIRA culpado das acusações que lhe foram feitas, por ter violado o disposto no art. 28, incisos I, IV, XVI, e no art. 31, incisos III e V, todos da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), considerando-o "[...] incapaz de permanecer na situação em que se encontra na inatividade [...]" (Evento 1, 5-RELT, fls. 1/7).

É a conclusão do Conselho, *in verbis*:

> CONSIDERANDO ter exercido atividades laborativas remuneradas, públicas e privadas, até no ano de 2015, após ter sido reformado pela Força Aérea Brasileira, em 23 de março de 1988, em contraposição à incapacidade definitiva para o serviço ativo. Causa geradora do benefício previdenciário auferido, nos termos do art. 106, inciso II, c/c o art. 108, inciso V, ambos da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares), **violou, portanto, o preceito da ética militar** expresso nos incisos I, IV e XVI do art. 28 da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares);

CONSIDERANDO ter apresentado falsas declarações à Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica, quanto ao não exercício de atividade(s) remunerada(s), violando o disposto nas Leis nº 5.787, de 1972, revogada pela lei 8.237, de 1991, posteriormente revogada pela Medida Provisória nº 2.215-10, de 2001, regulada pelo Decreto nº 4.307, de 2002, **violou, também, o preceito da ética militar** expresso no inciso I do art. 28 da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares);

CONSIDERANDO ter recebido remuneração do Serviço de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica a título de auxílio-invalidez, a despeito de apresentar plenas condições de manter suas atividades, como demonstra o exercício de atividades laborativas *a posteriori*, **violou, portanto, o preceito do dever militar** previsto no inciso III do art. 31 da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares);

CONSIDERANDO ter induzido e mantido a administração militar em erro, não comunicando, em nenhum momento, o exercício de outra atividade remunerada cumulativa com o auxílio-invalidez, consoante determinavam as legislações na época da reforma e as subsequentes (Leis nº 5.787, de 1972, e 8.237, de 1991, além da Medida Provisória nº 2.215-10, de 2001, regulada pelo Decreto nº 4.307, de 2002), auferido vantagem ilícita em prejuízo da Administração Militar no valor de R$ 4.603.378.60 (quatro milhões, seiscentos e três mil, trezentos e setenta e oito reais e sessenta centavos), considerando os pagamentos de 29/04/1998 até 29/04/2016, conforme citado no Acórdão da Apelação em comento, **violou, portanto, os preceitos da ética militar** expresso nos incisos I, IV e XVI do art. 28 **e os preceitos dos deveres militares** previstos nos incisos III e V do art. 31, ambos da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares);

CONSIDERANDO ter incorrido no crime de estelionato previsto no art. 251, *caput*, do Código Penal Militar, e condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, por decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Militar, **violou, portanto, preceitos da ética militar** expressos no art. 28 **bem como de deveres militares** previstos no art. 31, ambos da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares); e

CONSIDERANDO ter se conduzido de modo que prejudique o sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe, em **violação a preceitos da ética militar** expressos no art. 28 **bem como de deveres militares** previstos no art. 31 da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares).

RESOLVE O CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO, por unanimidade em JULGAR o justificante 2º Ten Refm RICARDO MEIRELLES DE OLIVEIRA, de acordo com a letra *c* do § 1º do art. 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, **incapaz de permanecer na situação em que se encontra na inatividade**, uma vez que as provas apresentadas nos autos não foram suficientes para afastar a acusação, determinando que, lavrado

> o competente termo de encerramento, seja o presente processo encaminhado ao Sr. Comandante da Aeronáutica, para fins de Direito. (Grifo nosso.)

O Comandante da Aeronáutica, por Despacho[38], homologou o julgamento do Conselho de Justificação e remeteu os autos a este Egrégio Tribunal Castrense, nos termos do art. 13, inciso V, e do art. 14, ambos da Lei nº 5.836/72.

Em Despacho exarado no evento 7, determinei a abertura de vista ao justificante para que se manifestasse, por intermédio de seu Advogado ou da Defensoria Pública da União, na forma dos artigos 158 do RISTM e 15 da Lei nº 5.836/72.

Em Manifestação Escrita (evento 25), a DPU requereu ao Ministro-Relator o sobrestamento do feito em razão de ainda haver pendência de julgamento sobre a validade de punições disciplinares imputadas ao Justificante. Também, pleiteou a oitiva do Justificante, antes da inclusão do feito em mesa para julgamento. Em caso de indeferimento de algum desses pedidos, solicitou a intimação da DPU para eventual interposição de Agravo Interno.

Ademais, arguiu preliminar de nulidade do ato de instauração do Conselho de Justificação, por ausência de motivação. Suscitou inconstitucionalidade da sessão secreta por violação dos princípios da publicidade, da ampla defesa, do contraditório e o do julgamento imparcial. Aventou, ainda, preliminar de nulidade da remessa dos autos do Conselho de Justificação pelo Comandante da Aeronáutica ao STM, sem a devida representação da AGU.

Requereu, também, a revogação do art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981, que dispõe sobre o serviço de assistência religiosa nas Forças Armadas, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

No mérito, perseguiu a insubsistência do libelo acusatório ante os atestados médicos apresentados pela Defesa.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer (evento 28) subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, opinou pela rejeição das preliminares defensivas e, no mérito, que:

> [...] seja o Justificante julgado culpado de procedimento incorreto no desempenho do cargo, de ter tido conduta irregular e da prática de atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, declarando-o incapaz de permanecer na situação em que se encontra na inatividade, de acordo com o art. 12, § 1º, "c", da Lei nº 5.836/1972.

É o Relatório.

---

[38] (Evento 1, 6-SOLUÇÂO).

VOTO

Inicialmente, a nobre Defensoria Pública da União inova o trâmite legal ao requerer a este Ministro-Relator que decida monocraticamente a respeito do sobrestamento do feito em razão de ainda haver pendência de julgamento sobre a validade de punições disciplinares imputadas ao justificante, bem como que determine a oitiva do Justificante, antes da inclusão do feito em mesa para julgamento. Em caso de indeferimento, solicitou a intimação da DPU para eventual interposição de Agravo Interno.

No tocante ao pedido de sobrestamento do feito em razão de ainda haver pendência de julgamento sobre a validade de punições disciplinares imputadas ao justificante, percebe-se que a DPU utilizou-se de modelo que não condiz com os fatos apreciados, uma vez que não há nos autos notícias das alegadas transgressões.

O requerimento de oitiva do Justificante, antes da inclusão do feito em mesa para julgamento, será apreciado em sede de preliminar.

Referente ao pleito de intimação, no caso de indeferimento monocrático do pedido de oitiva do justificante por esta Corte, para interposição de eventual Agravo Interno, não há previsão legal que possa subsidiar esse pedido, haja vista que o Conselho de Justificação tem natureza de processo administrativo e segue regramento específico, o qual não contempla a hipótese recursal requerida pela Defesa.

Outro ponto que não merece ser apreciado por esta Corte é o pedido defensivo de revogação do art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.923/81, sob o argumento que não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, haja vista que esta norma dispõe sobre o serviço de assistência religiosa nas Forças Armadas, uma matéria completamente alheia aos fatos sob exame no presente Conselho de Justificação.

I- PRELIMINAR DE NULIDADE DO ATO DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO, POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E POR CERCEAMENTO DE DEFESA:

Submeto à apreciação desta Corte preliminar defensiva de nulidade da Portaria de instauração do Conselho de Justificação sob o argumento de não existir motivação para esse ato administrativo que determinou a deflagração do presente Conselho de Justificação e por cerceamento de defesa.

No que tange à presente questão, essencialmente decisiva ao conhecimento ou não do recurso, referente a ausência de motivação para a instauração do presente Conselho de Justificação, labora em equívoco a defesa, visto que a Portaria nº R-2/GC1, de 27 de março de 2019, expedida pelo Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica, teve como suporte o art. 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836/72, que assim apregoa:

> Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou *ex officio* o oficial das forças armadas:
>
> [...]
>
> IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; [...].

Portanto, considerando que a sentença condenatória que impôs ao justificante a pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, nos autos da Ação Penal nº 7000090-66.2018.7.00.0000, já transitou em julgado, em associação com dito art. 2º, inciso IV, da lei que rege a matéria, encontram-se preenchidos os requisitos legais aptos a ensejar a instauração do presente Conselho de Justificação.

Referente a tese defensiva de cerceamento de defesa, verifico que não houve qualquer violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o Justificante recebeu o Libelo Acusatório e foi devidamente intimado para acompanhar a inquirição de testemunhas. Além disso, foi interrogado e apresentou suas razões escritas ao Conselho de Justificação, tudo em conformidade com os trâmites previstos na Lei nº 5.836/72.

Ademais, a DPU, em sua Manifestação Judicial (evento 25), não delineou com precisão em qual momento ocorreu o suposto cerceamento de defesa.

Ante o exposto, rejeito a preliminar, aventada pela Defesa, de nulidade da Portaria nº R-2/GC1, de 27 de março de 2019.

II- PRELIMINAR DE NULIDADE DA REMESSA DOS AUTOS DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO SEM A REPRESENTAÇÃO DA AGU:

Passo agora a apreciar a preliminar defensiva de nulidade da remessa dos autos do Conselho de Justificação pelo Comandante da Aeronáutica a esta Corte, sem a representação da Advocacia-Geral da União.

Em seu arrazoado, a Defesa busca a aplicação das regras dos arts. 282 e 283 do antigo CPC[39], assim a petição deveria estar subscrita por um representante da AGU, sob o argumento de que o Conselho de Justificação tem natureza de processo administrativo somente no âmbito das Forças Armadas, quando aforado no STM sua índole transcende para a de processo civil.

Melhor sorte não socorre a Defesa. Vejamos.

A Defesa requer a aplicação dos arts. 282 e 283 do antigo CPC, entretanto os preceitos normativos invocados pela DPU foram expressamente revogados pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que estabeleceu o Novo Código de Processo Civil.

Ademais, o Conselho de Justificação tem natureza administrativa e lei específica, sendo inviável seguir o trâmite processual pleiteado pela DPU, a saber, com representação por integrante da AGU, ante a existência de processo especial com rito próprio destinado a julgar a incapacidade de oficial das FFAA para permanecer na ativa ou incapaz de permanecer na situação de inatividade, que, conforme o art. 13 da Lei nº 5.836/72, será remetido a esta Corte, por intermédio do Comandante da respectiva Força.

O Pretório Excelso já confirmou a natureza administrativa do Conselho de Justificação conforme o julgamento do Recurso Extraordinário nº 318.469/DF, de relatoria do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no Diário de Justiça em 5 de abril de 2002, assim ementado:

> EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: natureza administrativa da decisão do STM que, em Conselho de Justificação, decreta a perda de posto e de patente, por indignidade e incompatibilidade com o oficialato (L. 5.836/72, art. 16, I): precedentes da Corte.

E, mais recente, da relatoria do eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, *in litteris*:

> Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INOVAÇÃO NAS RAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. OFICIAL DA AERONÁUTICA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI 5.836/1972. ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, PELO COMANDANTE DA AERONÁUTICA, ANTES DA PUBLICAÇÃO DA

[39] Art. 282. A petição inicial indicará:
I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
IV - o pedido, com as suas especificações;
V - o valor da causa;
VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
VII - o requerimento para a citação do réu.
Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

> SUA DECISÃO, AO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, PARA JULGAMENTO. POSSIBILIDADE.
>
> I. O recorrente não pode, nesse momento processual, deduzir matéria estranha aos argumentos arrolados na inicial do mandado de segurança.
>
> **II. O órgão competente para julgar o processo administrativo denominado Conselho de Justificação, no caso, é o Superior Tribunal Militar, conforme arts. 13, V, a, e 14 da Lei 5.836/1972, não havendo previsão legal de recurso contra o despacho do Comandante da Aeronáutica que aceita o julgamento do Conselho de Justificação (comissão processante) e determina a remessa do processo àquela Corte Militar.**
>
> III. O art. 15 da Lei 5.836/1972 garante ao oficial das Forças Armadas o direito à ampla defesa e ao contraditório antes do julgamento do processo administrativo (Conselho de Justificação) pelo Superior Tribunal Militar.
>
> IV. Não se aplica ao caso o Decreto 76.322/1975 tampouco as Leis 6.880/1980 e 9.784/1999, uma vez que a Lei 5.836/1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, é específica.
>
> V. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (STF - RMS nº 32.645/DF. Segunda Turma. Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Publicado no DJe em 7 de maio de 2014.) (Nossos grifos.)

Ainda nesse sentido, esta Corte julgou o Conselho de Justificação nº 26-83.2015.7.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, conforme o fragmento da ementa a seguir:

> CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI Nº 5.836/72. PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO SUSCITADAS PELA DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. JUSTIFICADO. DECISÃO DE MÉRITO. UNANIMIDADE.
>
> [...]
>
> 2. Preliminar de ilegalidade na remessa dos autos do Conselho de Justificação pelo Comandante do Exército ao STM sem representação da AGU. Em se tratando de processo de natureza administrativa, não há que se falar em legitimidade consoante as regras do Código de Processo Civil. O processo oriundo do Conselho de Justificação segue rito processual próprio, previsto na Lei nº 5.839/72, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e em pleno vigor. Preliminar rejeitada à unanimidade [...].
>
> (Conselho de Justificação nº 26-83.2015.7.00.0000. Relator Min. Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA. Publicado no DJe em 18 de dezembro de 2015.)

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da remessa do Conselho de Justificação ao STM sem a representação da AGU, aventada pela Defesa.

III- PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SESSÃO SECRETA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO JULGAMENTO IMPARCIAL:

A terceira preliminar suscitada pela Defesa refere-se à nulidade da sessão secreta realizada pelo Conselho de Justificação, com fundamento nos princípios da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, do julgamento imparcial, do devido processo legal, a teor do art. 5º, incisos LIV, LV e LX, e do art. 93, inciso IX, da CF/88 e dos arts. 8º, 10 e 11, item I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Novamente, não assiste razão à Defesa.

A sessão secreta tem respaldo legal no art. 12 da Lei nº 5.836/72, que se encontra em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio. A confidencialidade desse ato justifica-se na preservação da dignidade do justificante. Além disso, os direitos de defesa do justificante foram amplamente respeitados.

Consta da Ata da 1ª Sessão do Conselho de Justificação, realizada em 26 de abril de 2019 (evento 1, arq. 3, p. 42), que:

> [...] **presentes** todos os membros do Conselho de Justificação, **o justificante 2º Ten Refm RICARDO MEIRELLES DE OLIVEIRA** e as testemunhas designadas para acompanharem a entrega do Libelo Acusatório ao justificante, Cap Int PRISCILA DOS SANTOS HOLANDA e da Cap Int LAILA SOARES SILVA, abriu a Sra. Presidente a sessão, às 10h, tendo sido lidos e autuados os documentos que constituíram o ato de nomeação do Conselho; **fornecido ao justificante o Libelo Acusatório, onde estão contidos, com minúcias, o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados**, em cujas cópias, juntadas aos autos, passou recibo datado; [...]. (Grifos nossos).

Conforme a Ata da 2ª Sessão do Conselho de Justificação (evento 1, arq. 4, p. 31), o 2º Ten Refm RICARDO MEIRELLES DE OLIVEIRA presenciou a inquirição das testemunhas que foram inquiridas sobre os fatos a ele imputados.

O justificante apresentou sua Defesa Escrita (evento 1, arq. 4, p. 33/35), assim como, em 6 de maio de 2019, ele foi devidamente qualificado e interrogado, a teor da Ata da 3ª Sessão do Conselho de Justificação (evento 1, arq. 4, p. 38).

Como se observa, os atos instrutórios do Conselho de Justificação foram realizados com a presença física do justificante.

É evidente que, em se tratando de procedimentos que envolviam um Oficial, não seria recomendada a presença de praças e subalternos, objetivando preservar os princípios de hierarquia e de disciplina, e

resguardar o direito de privacidade do referido Oficial perante os demais subordinados, que poderiam tomar conhecimento de fatos desabonadores, relacionados a sua pessoa.

Observou-se, no caso, a regra contida no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal de 1988, que tem a seguinte redação:

> 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:
>
> [...]
>
> LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...].

Durante a sessão secreta[40], a deliberação do órgão julgador restringiu-se tão somente à confecção do Relatório, nos termos do art. 12 da Lei nº 5.836/72, que não constitui ato decisório ante o seu caráter meramente opinativo.

Esta Corte já debateu o tema, conforme o julgamento do Conselho de Justificação nº 185-26.2015.7.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, publicado no DJe em 1º de outubro de 2018, oportunidade na qual, por maioria, foi rejeitada preliminar defensiva de nulidade da deliberação do Conselho de Justificação em sessão secreta sob o argumento de que "[...] a Sessão reservada busca confeccionar o relatório sobre o que foi apurado, discutido e decidido, publicamente, na presença obrigatória do Justificante [...]".

No caso dos presentes autos, o único ato praticado, com força de decisão administrativa, foi a homologação do Conselho de Justificação pelo Exmº Senhor Comandante da Aeronáutica, constante do Despacho juntado aos autos no evento 1 (arq. 6).

Ante o exposto, rejeito a preliminar defensiva de nulidade da sessão secreta realizada pelo Conselho de Justificação.

IV- PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE OITIVA DO JUSTIFICANTE EM JUÍZO:

Por derradeiro, trago à tona o pedido defensivo de oitiva do justificante, por esta Corte, analisado em sede de preliminar. Fundamenta seu pedido com arrimo nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, no art. 8º, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica e no art. 14, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

---

[40] Evento 1, arq. 5, p. 1.

Conforme dito alhures, o Conselho de Justificação tem natureza de processo especial administrativo e regramento próprio esculpido nos ditames da Lei nº 5.836/72, a qual não contempla a possibilidade de oitiva do justificante perante esta Corte Castrense Superior.

Em que pesem os combativos esforços da DPU, no sentido de possibilitar ao justificante a apresentação pessoal de sua versão dos fatos e razões que determinaram o seu comportamento, verifica-se que, durante a fase administrativa, o justificante foi devidamente qualificado, interrogado, assim como apresentou suas razões escritas, em conformidade com os arts. 7º e 9º da Lei nº 5.836/72.

Portanto, torna-se inoportuna nova oitiva, mormente quando os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal foram efetivamente respeitados.

Outrossim, o rito a ser adotado em feitos dessa natureza encontra-se disciplinado nos arts. 15 e 16 da Lei nº 5.836/72, e, também, nos arts. 157 *usque* 161 do Regimento Interno do STM. Não há, nesses dispositivos legais, qualquer previsão no sentido de o justificante ser ouvido novamente.

Esse, também, é o entendimento unânime da Corte, conforme o julgamento do Conselho de Justificação nº 26-83, de relatoria do eminente Ministro CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, publicado no Dje em 18 de dezembro de 2015, quando restou assentado que "[...] O Conselho de Justificação tem natureza de processo administrativo e segue regramento específico, no qual não existe a previsão de oitiva do Justificante por órgão judicial."

Ante o exposto, rejeito o argumento defensivo, analisado em sede de preliminar, de direito de o justificante ser ouvido em juízo.

V- DO MÉRITO:

Como é cediço, a carreira das Armas exige do militar muito mais do que se demanda, em geral, do cidadão comum. A ética militar, segundo o Estatuto dos Militares, tem por base o conjunto de regras padronizadas, nas quais há a exigência de o militar pautar seu comportamento de acordo com o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

O sentimento do dever refere-se ao exercício do cargo e das funções que lhe forem atribuídas, em obediência ao estrito cumprimento das leis, dos regulamentos e das ordens recebidas.

A honra pessoal diz respeito à sua conduta, como pessoa e como cidadão do povo, o que não deixa de ser, angariando o respeito no seio da

comunidade ou do grupo social, o que o torna digno de respeito de apreço de seus superiores. Como corolário, o pundonor militar está ligado, intrinsecamente, ao indivíduo, em relação à sua honra pessoal.

O decoro da classe, por derradeiro, guarda relação com os valores morais e sociais que a instituição deve merecer da sociedade, em decorrência dos valores militares acima elencados.

No caso vertente, a permanência do justificante, como militar reformado, torna-se altamente prejudicial ao estamento militar.

Analisando, cuidadosamente, os fatos constantes dos autos, observa-se, nas entrelinhas, que o justificante tenta passar a imagem de uma pessoa profundamente mal instruída no tocante ao recebimento do auxílio-invalidez cumulado com a prática laboral remunerada.

Aduziu que questionara, informalmente, aos atendentes da Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica (PIPAR) sobre como poderia regularizar o conflito entre ser beneficiário do auxílio-invalidez e estar em condições de trabalhar. Na oportunidade, foi informado que eles não sabiam como proceder.

Ao ser interrogado[41], declarou o justificante, naquela ocasião, de relevante:

> [...] que lembra de ter assinado apenas uma declaração e que não lembra exatamente o ano, mas acredita ter sido após o ano de 2000, e **que questionava à Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica (PIPAR) quanto à possibilidade de normalizar sua situação de invalidez, reportando, informalmente, que apresentava condições de trabalho, no momento em que realizava suas apresentações anuais no mês de aniversário, entretanto disse receber respostas, dos atendentes da PIPAR de que não sabiam como proceder.** Por fim, ressaltou que não foi ele quem pediu a reforma por invalidez, mas sim a própria administração, considerando o parecer à época da Junta de Saúde.
>
> Acrescentou, ainda, que acredita ter retornado do tratamento médico no exterior já na condição de reformado pela Força Aérea; perguntado por que exerceu, até o ano de 2015, outras atividades remuneradas cumulativas com o auxílio invalidez, uma vez que a reforma do militar por invalidez é incompatível com o exercício de qualquer outra fonte de renda, **respondeu por possuir outra profissão, a de médico, não ficaria ocioso; perguntado por que não se apresentou no Comando da Aeronáutica como apto para o trabalho, já que apresentava condições de trabalhar para outros órgãos, conforme**

[41] Evento 1, 4-VOLUME, fls. 110/111.

> **explícito nos autos do Processo, respondeu que as pessoas que o atenderam na PIPAR, quando surgiu a necessidade de assinar declaração de que não exercia atividade remunerada, não sabiam como normalizar a sua situação, quando questionado como poderia ser feita o cancelamento do auxílio invalidez**; perguntado por que manteve a administração militar em erro, não comunicando, em nenhum momento, o exercício de outra atividade remunerada cumulativa com o auxílio-invalidez, consoante determinavam as legislações na época da reforma e as subsequentes, **respondeu que desconhecia as determinações das legislações**; perguntado quando deixou de receber o auxílio invalidez e como isso ocorreu, respondeu que recebeu um comunicado da PIPAR, questionando o recebimento indevido do auxílio-invalidez. Desta forma, se apresentou à PIPAR a fim de adquirir instrução para normalizar sua situação. Foi agendada uma nova inspeção de saúde, realizada por uma médica, na qual após uma breve anamnese, recebeu alta médica; perguntado se tem fatos a alegar ou provas que justifiquem a sua inocência, respondeu que já está sendo descontado há mais de um ano, em seu contracheque, os recebimentos indevidos referentes ao auxílio invalidez. (Grifo nosso.)

Percebe-se que essas justificativas não são suficientes para explicar o fato de um Oficial Médico, reformado em 23 de março de 1988, ter recebido o auxílio-invalidez até 2015, enquanto exercia a medicina em instituições públicas e privadas, em total descompasso com as declarações apresentadas à Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica referentes ao não exercício de atividade remunerada.

No tocante à tese defensiva de insubsistência do Libelo Acusatório sob o argumento de que todas as condutas do justificante foram amparadas por atestados médicos, verifico que não há nos autos tais documentos.

Nessa quadra, já é possível dar contorno ao caso. Trata-se, de mais nada, de uma conduta que foge à ética, ao dever militar, à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe. Seu agir durante todos esses anos, induzindo em erro a administração militar, não é algo a ser cultivado, mas, sim, a ser reprovado como fruto de uma conduta que fere a imagem das FFAA perante a sociedade.

Assim, reputa-se não justificado e, portanto, incompatível a permanência do 2º Ten Refm RICARDO MEIRELLES DE OLIVEIRA na situação de inatividade da Força Aérea Brasileira, em razão de ter sido beneficiário do auxílio-invalidez por aproximadamente 30 (trinta) anos, enquanto recebia remuneração pela prática da medicina em instituições públicas e privadas, em total menoscabo às declarações apresentadas à Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica.

Em suma, o referido Oficial conduziu-se, por quase 3 (três) décadas, em frontal contrariedade ao sentimento de dever militar, à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe.

Ante o exposto, declaro o 2º Ten Refm RICARDO MEIRELLES DE OLIVEIRA não justificado e incapaz de permanecer na situação em que se encontra na inatividade, por ser indigno com o oficialato, pelo que determino sua perda de posto e patente, nos termos do disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar aventada pela Defesa, de nulidade da Portaria nº R-2/GC1, de 27 de março de 2019; **por maioria**, em rejeitar a segunda preliminar defensiva, de nulidade da remessa do Conselho de Justificação ao STM sem a representação da AGU, aventada pela Defesa, contra o voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), que acolhia a preliminar e, por consequência, julgava extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Na sequência, **por maioria**, em rejeitar a terceira preliminar defensiva, de nulidade da sessão secreta realizada pelo Conselho de Justificação. Prosseguindo, o Tribunal, **por maioria**, consoante o voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, e na conformidade do disposto no art. 5º, § 5º, da Resolução/STM nº 275, de 2/4/2020, com a redação dada pela Resolução/STM nº 277, de 7/4/2020, rejeitou o quarto argumento defensivo analisado em sede de preliminar, de direito de o justificante ser ouvido em juízo. No mérito, **por unanimidade**, em julgar procedentes as imputações contidas no Libelo Acusatório que gerou o presente Conselho de Justificação, para declarar o 2º Ten Refm Ricardo Meirelles de Oliveira não justificado e incapaz de permanecer na situação em que se encontra na inatividade, por ser indigno com o oficialato, pelo que determinou sua perda de posto e patente, nos termos do disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Brasília, 14 de maio de 2020 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Conselho de Justificação Nº 7000519-96.2019.7.00.0000

Votei vencida, divergindo da douta maioria, no tocante às preliminares abaixo aduzidas, pelos motivos que passo a expor.

PRELIMINARES

NULIDADE DE TODOS OS ATOS A PARTIR DA "SESSÃO SECRETA" DE DELIBERAÇÃO

A Defesa suscitou a revogação do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei nº 5.836/72[42], por ofensa aos princípios constitucionais da publicidade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, bem como ofensa aos arts. 8º, 10 e 11, item I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a consequente nulidade de todos os atos da sessão secreta de deliberação do Conselho de Justificação.

No tocante ao julgamento do Conselho de Justificação nº 2019/039-06679, entendo ter havido a revogação, pela Constituição Federal, dos dispositivos acima nomeados.

Abusiva é a norma que priva o cidadão ou o seu advogado de participar de sessão de julgamento em processo a que responde, por revelar incontestável desrespeito às garantias constitucionais e odioso retrocesso jurídico, que aniquila postulados revestidos de petrealidade.

Certo é que a positividade máxima, ao sistematizar os direitos fundamentais, resguardou os ideais difundidos pelo regime democrático[43].

Impõe o Diploma Republicano a observância dos axiomas magnos, insculpidos no art. 5º, de eficácia imediata e de aplicabilidade direta, vedado à lei infraconstitucional afastar-se das diretrizes garantidoras do processo justo e eficaz.

---

[42] Art. 9º, § 1º: "o Justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à **sessão secreta de deliberação** do relatório".
Art. 12: "Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a **deliberar, em sessão secreta**, sobre o relatório a ser redigido".

[43] Relevante é o pensamento de Biscaretti di Ruffia: "Nos Estados de democracia clássica – tanto de tendência laica como católica – a doutrina política dominante vê na pessoa humana o fator prevalente. E os múltiplos grupos sociais (entre eles o Estado), espontaneamente produzidos ou artificialmente criados pelo homem, não devem ter outra missão senão a de funcionar no interesse daqueles que os compõem, secundando, portanto, as respectivas vontades individuais e facilitando o livre e natural desenvolvimento, até que não lese os iguais direitos de seus semelhantes". *In* DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional* (Instituições de Direito Público). Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 522/523.

O conceito atual de Estado de Direito estabelece institutos jurídicos aptos a assegurar o *due process of law*. Salutar que o poder estatal, nomeadamente no exercício do *munus* judicial, observe e faça observar o acervo jurídico civilizatório conferido aos homens, já que atentar contra ele vicia os atos e as decisões prolatadas, devendo ser banidas condutas intervencionistas tendentes a paralisar ou a restringir o alcance de suas disposições.

Nesse contexto, com o fito de evitarem-se práticas atentatórias ao republicanismo cívico e ao democratismo, mormente, na seara processual penal, a Constituição Federal assegura, no art. 5º, incisos LIV e LV, o devido processo legal, consubstanciado na ampla defesa e no contraditório, nas garantias de igualdade entre os litigantes, na imparcialidade do magistrado, na publicidade dos atos judiciais, na fundamentação das decisões, entre outras.

A legislação ordinária, ao acatá-las, há de respeitar a eficácia almejada, não estabelecendo limitações desmotivadas e desnecessárias constrições aos direitos individuais.

Daí, são inadmissíveis julgamentos secretos, não expostos às luzes do Direito. O sigilo somente é concebível em fase inquisitorial e, tão somente, para angariar o mínimo lastro probatório, já que, inclusive aí, as informações não podem ser sonegadas ao indiciado.

Na espécie vertente, inexistem motivos idôneos aptos a embasar a ausência de publicidade no julgamento de um Conselho de Justificação. Trata-se de fase final, na qual todas as provas já restaram colhidas, sendo vedada a inovação.

Relembro, a publicidade é a regra em todos os atos judiciais, excepcionando-se quando se intenta salvaguardar a ordem pública ou o interesse íntimo dos litigantes. Não é o caso.

In specie, a legislação regulamentadora do Conselho de Justificação não buscou resguardar a intimidade do Justificante ou o interesse social. Ela simplesmente retirou-lhe o direito de participar de julgamento no qual figurava como parte acusada, subtraindo-lhe a plenitude da defesa sem qualquer justificativa.

Por certo, descabe à legislação ordinária instituir o sigilo desarrazoado ou proibir o acesso das partes aos atos realizados, em respeito à igualdade das partes litigantes, escopo garantidor da aplicabilidade e da constante evolução dos direitos, nomeadamente, os fundamentais, alcançados pela sociedade.

Nesse conspecto, às normas subalternas é vedado prever distinções desautorizadas pela Constituição.

Em se tratando dos militares, quando a Carta da República objetivou distingui-los, seja para conferir ou suprimir garantias, manifestou-se taxativamente, a fim de obstar dúvidas ou interpretações equivocadas.

Para além, a publicidade dos atos públicos – e as sentenças judiciais ou decisões administrativas o são – é um poderoso aliado da sociedade no controle da atuação das autoridades no que tange à moralidade e à lisura dos procedimentos adotados.

Nesse contexto, óbvio é o interesse geral, e não somente o do justificante, porquanto o decisório atinge tanto a parte quanto a sociedade, em especial, as Forças Armadas.

Nem se argumente ter o Conselho de Justificação natureza administrativa, pelo que afastados estariam os postulados inerentes à judicialização; a uma, pelo seu caráter híbrido anteriormente ressaltado, a emprestar-lhe natureza judicialiforme; a duas, porque o Processo Administrativo Disciplinar encontra-se sob o jugo das garantias constitucionais que abrigam o devido processo.

Agregue-se, outrossim, a ideia da proporcionalidade como necessidade intrínseca ao bom funcionamento do regime político.

Verdadeiro *principium* ordenador, a proporcionalidade, a despeito de não vir explicitada, textualmente, na *Lex* Pátria, não impede que se lhe atribua vigência e eficácia, face ao disposto pelo § 2º do art. 5º, segundo o qual:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.

Assim, reconhecer a validade jurídica de julgamentos secretos, até em sede de processo administrativo, amesquinha a Carta Cidadã e nega eficácia ao seu *espiritu*. É inaceitável que lei infraconstitucional restrinja direitos e garantias maiores, pois, ao revés de comprimi-los, buscou o Constituinte Originário reforçá-los em sua imperatividade e alargar-lhes a influência no ordenamento normativo.

Em suma, é impossível juridicamente desabrigar do escudo protetivo da Norma *Normarum* o militar submetido a Conselho de Justificação, uma vez que o atuar disciplinatório da Administração Pública submete-se aos valores garantistas norteadores do direito penal, bem assim aos cânones de regência referentes à atuação persecutória do Poder Estatal.

Nessa toada, propedêutica seria a intervenção do STF, guardião da Lei Maior, que não pode se furtar, sob a alegação da discricionariedade administrativa, de valorar questões que vulneram e fulminam garantias constitucionais fundamentalizadas.

Concluo a preliminar afirmando que os procedimentos administrativos punitivos e judiciais ostentam feição vinculada, cingidos que estão aos parâmetros superiores que comandam a atividade do Poder Público. A medida ideal de justiça nos Conselhos de Justificação, por suposto, há de resguardar a moralidade administrativa tão cara ao *ethos* castrense, porém sem olvidar as garantias mínimas do cidadão.

Em face de tais considerações, declaro revogados os arts. 9º, § 1º, e 12, da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal e manifesto-me pela declaração de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto.

ILEGITIMIDADE/ILEGALIDADE DA REMESSA DOS AUTOS AO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO PELO COMANDANTE DA AERONÁUTICA AO STM SEM A DEVIDA REPRESENTAÇÃO DA AGU

A Defensoria Pública da União, às fls. 185/215, arguiu a ilegitimidade da remessa dos autos ao STM, pelo Comandante da Força, sem a representação da Advocacia-Geral da União.

Destacou que todo processo judicial possui pressupostos para sua constituição e desenvolvimento válido e regular, entre os quais a provocação da jurisdição, de observância inafastável. Do contrário, haveria ofensa ao princípio garantista da inércia.

Aduziu que, após a fase administrativa, os autos foram remetidos ao STM por despacho do Comandante da Aeronáutica, e não por via de ação, sem a observância dos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC [atuais arts. 319 e 320 do CPC de 2015].

Alegou que a remessa ao STM pelo Comandante da Força, prevista no art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72 (Lei do Conselho de Justificação), deve seguir o que preconiza o CPC, à vista de não se poder admitir que, ao ser aforado neste Tribunal, o processo mantenha-se no âmbito administrativo. Dessa forma, a petição inicial deveria ser subscrita pela Advocacia-Geral da União, em representação judicial da União.

Ponderou, ainda, *in verbis:*

> Não é o fato de (...) a matéria *sub judice* ter natureza de direito administrativo que o processo judicial terá a mesma natureza. Tal conclusão leva ao entendimento de violação ao princípio da separação dos poderes, admitindo-se que um tribunal judicial julgue administrativamente funcionários de outro poder.
>
> É preciso ter consideração de que este processo tem que assumir o caráter de processo civil. Trata-se de lide extrapenal. (...)
>
> Ao pretender a representação da União devidamente feita pela AGU o que se quer é que o acusador esteja adequadamente representado em Juízo. (fl. 208).

Nesse norte, asseverou que o princípio da paridade não restou observado e, muito embora tal tese pareça desfavorecer a defesa, ocorre o contrário. Explicou que o fato de a conclusão do Comandante não ser sustentada pela AGU junto ao STM imbricaria em inconstitucionalidade, uma vez que a atuação do órgão tem suporte magno, vislumbrando-se, nos autos, a ilegitimidade "*ad causam*" do Comandante em representar contra o Justificante perante o Poder Judiciário. Nesses termos, pediu a anulação da remessa do feito a esta Corte, a fim de que o Conselho venha regularmente ajuizado por intermédio da Advocacia-Geral da União, minutando a Representação do Comandante da Aeronáutica.

Tal tese não é inovação da Defesa. Já nos anos de 1992/1993, o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em artigo intitulado "Do Conselho de Justificação e da Representação por Indignidade", publicado na Revista do Superior Tribunal Militar, v. 14/15, p. 167-183, elucidava:

> (...) os oficiais das Forças Armadas e das PMs e CBs, só perdem seu posto e patente, ou seja, são excluídos do serviço público, por força de sentença judiciária, isto equivale a dizer que são funcionários públicos vitalícios. Não são apenas "estáveis" no serviço público, pois se assim fossem poderiam ser demitidos (que é uma punição) apenas em virtude de processo administrativo (ver art. 41 da CF). Tal não acontece com os vitalícios
>
> (...).
>
> Na verdade, como veremos, uma sentença judiciária não penal é apta a demitir um vitalício. O que se exige é que só o Judiciário em jurisdição contenciosa possa assim proceder.
>
> (...)
>
> Realmente o Conselho de Justificação, a partir do momento em que é submetido ao Superior Tribunal Militar, perde o caráter de processo administrativo.
>
> A primeira razão, e a mais óbvia, é que o Tribunal, que é do Poder Judiciário, não julga processo administrativo, a não ser os relativos a assuntos de seu interesse, *interna corporis*. Mas quando assim procede não emite sentença com força de coisa julgada, porque estará agindo como um mero colegiado administrativo.
>
> (...)
>
> Por óbvio, o Processo Administrativo só é válido para a Administração, jamais para o Judiciário. Como dito, o Poder Judiciário pode julgar administrativamente seus próprios funcionários, e comumente o faz, mas jamais poderá julgar, administrativamente, funcionários de outros Poderes, sob pena de invasão inconstitucional da competência dos outros dois Poderes do Estado.

> O simples fato de o Conselho de Justificação versar sobre matéria de Direito Administrativo não transforma o seu processamento no Superior Tribunal Militar em Processo Administrativo. Questões de Direito Administrativo todos os dias são julgadas na Justiça Federal, mas isto não retira a natureza dos processos judiciais.
>
> (...)
>
> Interessante notar que o Excelso Pretório entende que a Representação por Indignidade possui natureza de processo pelo simples fato de haver uma representação do Chefe do Ministério Público Militar. Os arestos não justificam porque a Representação tem o condão de transformar um "processo administrativo" em judicial, talvez seja porque nesse caso surja uma lide.
>
> Mas é de se observar que no Conselho de Justificação também existe uma lide, aliás idêntica a existente na Representação. Há um conflito de interesse entre a União Federal que deseja se ver livre de um funcionário vitalício e só pode fazê-lo através de sentença judiciária como visto, e o detentor da patente que deseja mantê-la. (...).
>
> Acertado que o Processo de Conselho de Justificação perante o E. Superior Tribunal Militar não é administrativo e sim judicial, que determina com uma sentença de mérito (processo de conhecimento) (...).

De minha parte, coaduno com o entendimento acima esposado e arguido, nestes autos, pela Defesa.

Inicialmente, teço considerações a propósito das diferenças entre o processo judicial e o administrativo.

Consoante José dos Santos Carvalho Filho:

> No processo judicial, a relação é trilateral, porque além do Estado-Juiz, a quem as partes solicitam a tutela jurisdicional, nela figuram também a parte autora e a parte ré. No processo administrativo, a relação é bilateral, porque, quando há conflito, de um lado está o particular e de outro o Estado, a este incumbindo decidir a questão; o Estado é parte e juiz. Por fim, o processo judicial vai culminar numa decisão que pode tornar-se imodificável e definitiva, ao passo que no processo administrativo as decisões ainda poderão ser hostilizadas no Poder Judiciário.[44]

Acerca do direito de recorrer ao Judiciário, especialmente no que concerne ao processo disciplinar, explicita o supracitado autor:

> De tudo o que demonstramos, parece claro que tais cuidados são exigíveis para permitir, de forma clara, o exercício de um dos mais importantes direitos fundamentais, qual seja, o de recorrer ao Judiciário para controle da legalidade dos atos administrativos.
>
> Na verdade, esse controle é essencial para garantir a observância do princípio da legalidade, portanto ninguém desconhece que alguns

[44] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 1024.

> efeitos oriundos de decisão do processo disciplinar são extremamente gravosos. O arbítrio de alguns administradores pode acarretar irreversíveis prejuízos ao servidor. Essa é a razão por que, atualmente, cresce a tendência de reduzir o espaço impenetrável de averiguação dos elementos fáticos e jurídicos exercida pelo Poder Judiciário, sobretudo porque nos feitos administrativos não é exigida a imparcialidade própria dos julgadores de litígios. Ampliar a perscrutação do juiz no processo administrativo é assegurar maior garantia de legalidade aos acusados, e é nesse sentido que se encontra o sentimento atual de controle judicial. Nessa investigação – como acentuam os estudiosos – devem ser apreciados todos os elementos do ato punitivo, especialmente a motivação conducente ao desfecho sancionatório.
>
> O controle de legalidade, todavia, deve observar a sequência normal das instâncias do Judiciário, não sendo permitida a supressão de nenhum grau de jurisdição. Desse modo, é incabível a interposição de recurso extraordinário contra qualquer decisão de caráter administrativo, uma vez que inexiste causa decidida em última ou única instância por órgão do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, o que, de resto, é exigido no art. 102, III, da CF.[45]

Ora, se o Conselho de Justificação se tratasse de mero processo administrativo, o servidor militar sucumbente poderia socorrer-se para buscar uma revisão, agora judicial, da decisão proferida.

Nesse sentido, caberia ação ordinária contra o ato administrativo, a ser julgada pelo Juiz Federal.

Todavia, isso não ocorre na prática.

O STM – órgão estranho ao Poder Executivo – emana uma decisão final e não impugnável, uma vez que o STF entende descaber o Recurso Extraordinário diante da natureza administrativa da decisão deste Tribunal. Dessa forma, os direitos e as garantias fundamentais do Justificante, porventura violados, quedam-se desprotegidos. Pelo que vislumbro a necessidade de se judicializar a demanda.

E não poderia ser diferente. A Carta Magna, ao dispor que o oficial só perderá o posto e a patente por decisão de tribunal militar de caráter permanente, visou amplificar a garantia do militar de maior posto e patente e, por consequência, detentor de maiores deveres para com a pátria, não autorizando demissão arbitrária pela via administrativa. A sistemática atual deturpa o sentido da Carta Política, com resultado diametralmente reverso: o oficial é julgado em uma única instância judicial (art. 14 da Lei nº 5.836/72), e tem somente uma chance de se defender, enquanto a praça que for licenciada ou excluída pode recorrer ao Judiciário e esgotar todos os graus de jurisdição.

---

[45] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 1052.

À evidência, não se pode confundir a natureza da matéria com a natureza do processo. A matéria é administrativa, sem sombra de dúvidas, contudo o processo, nesta Casa de Justiça, é judicial.

Aqui não se está a tratar de questões *interna corporis* do Tribunal, cuida-se, sim, de competência prevista na Constituição da República para julgar se a conduta de oficial deve acarretar a perda do posto e da patente. Entendimento inverso equivaleria a admitir-se, como enfatizou a Defesa, que um tribunal julgue administrativamente funcionários não só de outro órgão, como de outro Poder; uma violação expressa ao princípio da separação dos poderes, porquanto as Forças Armadas integram a Administração Direta do Executivo Federal.

Sem sombra de dúvidas, está-se diante de violação expressa ao princípio da separação dos poderes, jamais ponderada por este Plenário desde a promulgação da Carta de 1988, porquanto as Forças Armadas integram a Administração Direta do Executivo Federal. Ora, o objetivo máximo da teoria da tripartição das funções executiva, legislativa e judiciária é combater o Estado absolutista. Para tanto, evita-se a concentração do atuar estatal, distribuindo-o, sem prejuízo, da existência das funções atípicas de cada Poder, desde que previstas na Carta Magna.

Há, portanto, de discriminar-se as atribuições, exercidas com independência e autonomia, sendo vedado o exercício de atuar estranho à natureza de cada qual, ou seja, veda-se que um único Poder possa legislar, aplicar a lei ao caso concreto e ainda julgar eventual litígio.

A propósito, leia-se decisão do Pretório Excelso:

> EMENTA: (...) O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - **A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal**. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida

> uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - **O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional**. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. (...) (MS 23452, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/9/1999, DJ de 12/5/2000). (Grifo nosso).

Como decorrência lógica da teoria tripartite, exsurge o princípio da indelegabilidade de funções. Segundo ele, o poder estatal somente poderá exercer a atribuição do outro se expressamente autorizado pela Constituição ou quando o Constituinte primogênito delegar a determinação da função. Na primeira hipótese, dá-se a existência de funções atípicas; na segunda, a delegação propriamente dita, podendo ser citado, como exemplo, a lei delegada, elaborada pelo Presidente da República, mediante autorização expressa do Congresso Nacional.

A indelegabilidade, por óbvio, é a regra e, ante a ausência de previsão magna, vedado está ao Poder Executivo julgar seus agentes públicos – aí incluídos os militares. Daí que o processo, nesta Corte Castrense, não pode ser meramente administrativo, e sim judicial de natureza administrativa, sob pena de ofensa à separação dos poderes e à indelegabilidade de funções típicas.

Para além, o julgamento neste Tribunal, em nenhuma hipótese, poderia ser considerado atributo atípico do Poder Judiciário por encerrar *numerus clausus* previstos no art. 96, inciso I, da Constituição. São eles: o legislativo (elaboração do regimento interno dos tribunais) e o executivo (concessão de férias, afastamentos, licenças aos magistrados etc.), nunca judicante, em razão da inafastabilidade da jurisdição. Dito de outro modo, ao Judiciário vedado está o exercício da função jurisdicional atípica conferida ao Executivo (aquela atribuição de julgar os processos e os recursos administrativos), faceta da interpenetração das funções estatais, mas que não exclui posterior pronunciamento da magistratura.

Por decorrência, a natureza do processo, mesmo o administrativo, reclama seja o feito judicial, sob pena de conspurcar o dogma da separação dos poderes.

Consequentemente, intentada a ação, hão de ser observados todos os pressupostos norteadores do processo, entre os quais estão os requisitos de validade subjetivos concernentes à capacidade postulatória e à capacidade de estar em juízo.

Acerca do primeiro, leia-se excerto doutrinário de Ada Pellegrini Grinover[46]:

> A doutrina falava inicialmente em requisitos sem os quais não chega sequer a construir-se a própria relação processual (sem cogitar de sua validade). Depois evoluiu para a ideia de que não se trata de constatação de pura existência da relação processual, mas da regularidade desta perante o direito: sem os pressupostos ela pode nascer, mas será inválida (...).
>
> Assim sendo, são pressupostos processuais: a) uma demanda regularmente formulada (CPC, art. 2º; CPP, art. 24); b) **a capacidade de quem a formula**; c) a investidura do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz. A doutrina mais autorizada sintetiza esses requisitos nesta fórmula: uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, **por uma entidade capaz de ser parte em juízo**.
>
> A exposição acima corresponde à tendência mais restritiva entre as que a doutrina apresenta sobre os pressupostos processuais. Mas há, inclusive na doutrina brasileira, uma tendência oposta, ou seja, no sentido de ampliar demasiadamente o elenco dos pressupostos. Segundo essa tendência, eles se classificariam em: I - objetivos; II - subjetivos. (...) Os subjetivos seriam: a) referentes ao juiz (...); b) referentes às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo, **capacidade postulatória**).
>
> Os pressupostos processuais inserem-se entre os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional. Uma sentença de mérito só poderá ser proferida (não importando ainda se favorável ou desfavorável) se estiverem presentes esses requisitos gerais. (Grifo nosso).

Sobre a temática, explicita Fredie Didier:

> Por fim, o último "pressuposto processual" relacionado às partes: a capacidade postulatória ou postulacional (*ius postulandi*).
>
> (...)
>
> Alguns atos processuais, porém, além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a

[46] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 321-322.

> sua realização válida. É como se a capacidade, requisito indispensável à prática dos atos jurídicos, fosse bipartida: a) capacidade processual; b) capacidade técnica. A essa capacidade técnica dá-se o nome de capacidade postulatória. Frise-se: há atos processuais que não exigem a capacidade técnica, (por exemplo, o ato de testemunhar e o ato de indicar bens à penhora); a capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência). A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os defensores públicos e os membros do Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não advogadas, como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), das causas trabalhistas e do habeas corpus.
>
> (...)
>
> As pessoas não advogadas precisam, portanto, integrar a sua incapacidade postulatória, nomeando um representante judicial: o advogado.
>
> (...)
>
> Em suma, a falta de capacidade postulatória é caso de nulidade do ato. O caso é regulado pelo art. 4º do EOAB: "São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas". O caso é de invalidade, pois ser advogado é requisito para a prática do ato – todo requisito de validade é um dado que tem de ser coevo à formação do ato jurídico para que ele possa produzir os efeitos pretendidos.
>
> A falta de capacidade postulatória do autor implica extinção do processo se não for sanada (...)[47].

Nem se diga que o art. 13 da Lei do Conselho de Justificação excepcionou a regra, tal como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis ou do próprio habeas corpus, nos quais resta dispensado o exercício do *jus postulandi* por intermédio de advogado. Em nenhum momento, a lei prevê que o Comandante tenha capacidade postulatória perante o STM, apenas dispõe que acatará, ou não, o julgamento pelo Conselho, por meio de despacho que encerra a fase administrativa.

Ademais, é relevante mencionar que as partes no bojo do processo devem praticar atos processuais e, para tanto, necessitam ostentar *legitimatio ad processum*. A incapacidade das pessoas físicas é solucionada pelos institutos da representação e da assistência; e a das pessoas jurídicas, por sua vez, pelos institutos da representação e da presentação.

---

[47] DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. v.1. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 335-336.

Agregue-se a inovação da *ratio* inscrita no art. 131 da Constituição Federal promulgada em 1988, da qual se extrai caber à Advocacia-Geral da União representar a União judicial ou extrajudicialmente.

Concretizando o dispositivo, estatui a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 – a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – *in verbis:*

> Art. 1º A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.
>
> Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Nas palavras de Luiz Fux[48], *in verbis:*

> A advocacia pública demonstra a necessidade de o Estado lato sensu ter seu direito de defesa respeitado em juízo, a partir da capacidade postulatória de seu respectivo procurador, seja no âmbito da União, dos estados ou dos municípios.

No tocante às pessoas jurídicas de direito público, também dispõe o art. 75 do novo Código de Processo Civil:

> Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
>
> I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;
>
> II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;
>
> III - o Município, por seu prefeito ou procurador;
>
> IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar;
>
> (...).

Sem embargo de a Constituição e o *Códex* Processual terem utilizado a expressão "representa" e "representados", a doutrina é praticamente unânime em acolher diferenciação realizada por Pontes de Miranda no sentido de que, quando a parte estiver em juízo, por meio de seu órgão, inexistirá propriamente representação, e sim, **presentação**. Sendo assim, a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, a autarquia e a fundação pública serão presentados em juízo pelas pessoas indicadas no dispositivo.

A União, então, é presentada pela Advocacia-Geral da União, e, somente diante da presentação, adquirirá a capacidade de estar em juízo e praticar atos processuais, do contrário, ausente estará o pressuposto de validade do processo.

---

[48] FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 264.

Não bastasse, o art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72 prevê, ainda, a **remessa** dos autos a este Tribunal. Ora, a mera remessa, nem de longe, assemelha-se à petição inicial.

Saliento que, se apta, é ela requisito objetivo intrínseco de validade[49] processual. Isso porque, sendo o ato inaugural da relação jurídica instrumental, a exordial deve preencher requisitos formais imprescindíveis ao ato de demandar. Inobservados, é causa de inépcia, a teor do art. 330 do NCPC.

Note-se que as partes, o pedido e a causa de pedir caracterizam os elementos da ação. É exigência do art. 319, III e IV, do CPC a indicação, na petição inicial, dos fundamentos jurídicos do pedido e do pedido com as suas especificações, sem o que inábil juridicamente a peça pórtico devido à ausência de limites objetivos ao processo, situação flagrantemente prejudicial ao direito de defesa da parte contrária.

In casu, sequer encontra-se presente, nos autos, petição inicial. Ao Libelo Acusatório iniciado na fase administrativa, não se lhe pode emprestar o caráter de peça inaugural da fase judicial, até porque, como visto, a acusação, no âmbito administrativo, fora firmada pelo Presidente do Conselho, que, por igual, não dispõe de capacidade postulacional.

Em última análise, sequer está a tratar-se de desrespeito ao pressuposto processual de validade da petição inicial apta; é mais grave: se inexistente a inicial, inexistente a própria demanda por ser ela requisito de existência. Carente a provocação do legítimo interessado por meio do ato de demandar, não há processo.

Nesse ponto, assevera Fredie Didier:[50]

> O terceiro pressuposto processual é a existência de demanda, que nesse caso deve ser compreendida como continente (o ato de pedir) e não como conteúdo (aquilo que se pede).
>
> O ato de pedir é necessário para a instauração do processo – é o seu fato jurídico. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o autor dá origem ao processo (art. 312 do CPC); a sua demanda delimita a prestação jurisdicional, que tem o pedido e a causa de pedir como os elementos do seu objeto litigioso. Se o ato inicial não trouxer pedido (art. 330, I, c/c § 1º, I, do CPC), o caso é de extinção do processo por inadmissibilidade do procedimento, em razão de defeito do ato inicial.

E leciona Daniel Amorim, *in verbis*:[51]

> (...) a jurisdição é inerte, somente se movimentando quando provocada pelo interessado. O direito de ação, essencialmente abstrato, é

[49] DIDIER Jr., Fredie. *Idem*. p. 342.
[50] DIDIER Jr., Fredie. *Idem*. p. 318
[51] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 111.

> materializado pelo ato de demandar, que significa provocar a jurisdição por meio do processo. Nesse sentido, cabe ao interessado demandar, e, sendo o direito de ação um direito disponível, independentemente da natureza jurídica do direito material que fundamentará a pretensão do autor, é indispensável que esse ato de provocação seja realizado pelo sujeito que afirma ser titular de um direito material violado ou ameaçado.
>
> A relação jurídica processual começa de forma linear, envolvendo o demandante e o juiz, complementando-se com a citação válida do réu, mas tudo isso dependerá num primeiro momento da existência da demanda. Trata-se, portanto, de pressuposto processual de existência do processo, porque sem a provocação do interessado por meio do ato de demandar a relação jurídica processual de direito processual nem mesmo chegará a existir.

Por tudo isso, para a instauração da lide nesta ou em qualquer outra Corte judicial, a União deve obrigatoriamente oferecer a peça pórtico e ser presentada por quem de direito: a Advocacia-Geral da União.

Para facilitar o raciocínio, pondere-se a seguinte situação: um soldado buscando a reintegração judicial na Força perante a Justiça Federal ordinária por meio da anulação do ato administrativo de licenciamento. Por óbvio, a demanda terá como parte ré a União.

In specie, dá-se o inverso. Aqui, a União é a parte autora, e não pode demitir oficial por ato administrativo puro e simples; há de fazê-lo judicialmente por intermédio de decisão do tribunal militar de caráter permanente: o STM.

Por se tratar de situação excepcional, vários são os entendimentos sobre o caráter híbrido ou *sui generis* do processo oriundo do Conselho de Justificação. Sem embargo, nenhum deles autoriza violações ao princípio da tripartição dos poderes, aos direitos e às garantias fundamentais, tampouco a negativa de vigência da LC 73/1993. Mister coadunar a Lei nº 5.836/72 à positividade vigente no ordenamento jurídico nacional, e não dar a ela exegese isolada da normatividade pátria; pior, vulneradora da Constituição Federal.

Afinal, nada impede que o hermeneuta assim proceda, à vista de o próprio art. 17 da mencionada lei prescrever aplicar-se "subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar", e este, por seu turno (art. 3º, "e", do CPPM), admitir a analogia nos casos omissos, a justificar o socorro do Código de Processo Civil.

Compreensão diversa afronta flagrantemente a missão e o papel constitucional da AGU, a igualdade entre os litigantes, a imparcialidade do magistrado e o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto a estes últimos, releva frisar que, a despeito de na fase administrativa ser assegurado ao militar a produção probatória, no âmbito desta

Corte Castrense, tem-se por subtraída qualquer possibilidade de produção de provas, inclusive a oitiva do sujeito em Juízo, em total afronta ao postulado do devido processo legal.

A propósito, assevera Ronaldo João Roth[52]:

> Na fase judicial os autos seguem ao Judiciário (STM), onde é aberto vista ao justificante para simples manifestação por escrito em sua defesa (art. 15). Logo, a despeito da lei não permitir ao justificante a produção de provas (oral, documental, perícias ou diligências), em inequívoca violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o Judiciário julga a matéria disciplinar, sem processo, ao arrepio da CF.
>
> Nesse passo, a lei do CJ impõe ao Poder Judiciário julgar matéria cuja prova foi produzida no âmbito administrativo (Executivo) e não perante o Juiz natural (Judiciário). A situação é incompatível e insustentável, vilipendiando princípios (art. 2º), direitos e garantias fundamentais da CF (art. 5º, LIII, LV).

Tal como colocado, é imperiosa a interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante, ao remeter os autos ao STM, faça-o por intermédio da Advocacia-Geral da União, presentante legal da União, que deverá ajuizar corretamente a ação para perda de posto e patente do oficial com base no Conselho de Justificação, observando-se os arts. 319 e 320 do CPC.

Ante o exposto, dou interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante da Aeronáutica, ao remeter os autos ao STM, seja presentado pela Advocacia-Geral da União. Por consequência, acolho a preliminar e julgo extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

DIREITO DE O JUSTIFICANTE SER OUVIDO EM JUÍZO

A Defesa sustentou a garantia de o Justificante ser ouvido em Juízo, *ex vi* do art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Impende consignar tratar-se o Conselho de Justificação de procedimento com regramento específico, no qual a oitiva do Justificante realiza-se na fase administrativa, inexistindo previsão legal ou regimental para novo interrogatório quando da sua tramitação perante a Corte Castrense.

---

[52] ROTH, Ronaldo João. A Incompatibilidade da Lei do Conselho de Justificação (Lei Federal nº 5.836/72) diante da Constituição Federal. *Jus Militaris*.

Já sustentei, em ocasião diversa, ser desnecessária a oitiva do militar neste Tribunal Superior, à vista da existência de elementos suficientes ao julgamento de mérito do Conselho.

Entretanto, revendo a questão, até mesmo a fim de suprir a falha na autodefesa do militar, entendo que o regramento estrangeiro se impõe, mormente após ser dada à regra exógena o *status* de superlegal pelo STF.

Segundo o dispositivo em epígrafe (Pacto de São José da Costa Rica):

> Art. 8º Garantias judiciais
>
> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Conforme bem pontuou a Defesa, o tratado de direitos humanos superpõe-se à norma infraconstitucional. É assim que venho me posicionando invariavelmente nesta Corte após exegese da Suprema Corte sobre o tema.

A oitiva do militar pelos Oficiais que compõem o Conselho de Justificação na fase administrativa não supre o direito de ser ouvido, com as devidas garantias, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei.

Como afirmado alhures – na 3ª preliminar –, infere-se que a atividade sancionatória da estatalidade baliza-se acorde os cânones do Direito Penal Constitucional, a despeito de o crime diferenciar-se da infração administrativa. Contudo, sem embargo da distinção ontológica, inolvidável que, tanto no ilícito criminal, quanto no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação sancionadora, razão pela qual o sistema democrático recomenda a incidência das prerrogativas criminais aos agentes públicos infratores.

O próprio Supremo Tribunal Federal assentou tal entendimento, conforme se extrai do MS nº 20.999, de relatoria do Min. Celso de Mello:

> (...) A NOVA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INSTITUIU, EM FAVOR DOS INDICIADOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO, A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA, COM OS MEIOS E RECURSOS A ELA INERENTES (ART. 5º, LV). O LEGISLADOR CONSTITUINTE CONSAGROU, EM NORMA FUNDAMENTAL, UM DIREITO DO SERVIDOR PÚBLICO OPONÍVEL AO PODER ESTATAL. A EXPLÍCITA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DESSA GARANTIA DE ORDEM JURÍDICA, NA ESFERA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR, REPRESENTA UM FATOR DE CLARA LIMITAÇÃO DOS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE CORRESPONDENTE

INTENSIFICAÇÃO DO GRAU DE PROTEÇÃO JURISDICIONAL DISPENSADA AOS DIREITOS DOS AGENTES PUBLICOS.

Ademais, a oitiva do Justificante perante esta Casa de Justiça em momento algum traria qualquer prejuízo para o processo. Ao revés, "enriqueceria a sua instrução e forneceria mais elementos de convicção para fundamentar a decisão a ser proferida por esse distinto Superior Tribunal Militar", como bem pontuou a DPU (fl. 212).

Em face do exposto, voto pela conversão do julgamento em diligência, nos termos do art. 82 do RISTM, para que o Justificante seja ouvido neste Superior Tribunal, *ex vi* do art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Superior Tribunal Militar, 14 de maio de 2020.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

_____

Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 7001245-70.2019.7.00.0000

Relator: Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Paciente: Fabrício de Sá Jerônimo.

Advogado: José Osmar Coelho Pereira Pinto.

Impetrado: Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da Auditoria da 6ª CJM – Justiça Militar da União – Salvador.

EMENTA

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA POR CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. INOCORRÊNCIA. SANÇÃO DISCIPLINAR APLICADA A INFERIOR HIERÁRQUICO EM ESTRITO CUMPRIMENTO DO REGULAMENTO DA FORÇA. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CRIME. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO POR MAIORIA.

A propositura da ação penal somente é admissível diante da presença de lastro probatório mínimo a demonstrar a existência do crime, sem a qual inexistirá justa causa para a persecução, pois não há se falar em indícios de autoria de fato delituoso sem a certeza da sua materialidade.

O ato do Paciente de impor sanção disciplinar de impedimento a inferior hierárquico, por 2 (dois) dias, prevista no Regulamento Disciplinar da Marinha, resultante de procedimento administrativo disciplinar, no qual foram exercidas a ampla defesa e o contraditório, não se confunde com a conduta típica, prevista no art. 4º, alínea *"a"*, da revogada Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

Ordem concedida. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente a Dra. Hermínia Célia Raymundo, representante do Ministério Público, na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro José Barroso Filho, após o voto do Relator Ministro William de Oliveira Barros, que conhecia do ***writ*** e concedia a Ordem para trancar a Ação Penal nº 7000034-13.2019.7.06.0006, por manifesta falta de justa causa, e o fazia com fundamento nas alíneas "c" e "g" do art. 467 do Código de Processo Penal Militar, combinado com o art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, ***ex vi*** do art. 3º, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino anteciparam seus votos acompanhando o Ministro-Relator. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi aguardam o retorno de vista.

Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 13/2/2020).

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, prosseguindo no julgamento interrompido na sessão de 13 de fevereiro de 2020, após o retorno de vista do Ministro José Barroso Filho, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, conheceu do ***writ*** e concedeu a Ordem para trancar a Ação Penal nº 7000034-13.2019.7.06.0006, por manifesta falta de justa causa, com fundamento nas alíneas "c" e "g" do art. 467 do Código de Processo Penal Militar, combinado com o art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, ***ex vi*** do art. 3º, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar, nos termos do voto do Relator Ministro William de Oliveira Barros. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino conheciam do presente ***writ*** e, preliminarmente, de ofício, declaravam a nulidade do presente processo, desde o recebimento da Denúncia, por atipicidade da conduta imputada ao Réu e incidência da regra gravada no art. 467, alíneas "c" e "g", c/c o art. 500, inciso III, alínea "a", ambos do CPPM; e concediam ***Habeas Corpus***, de ofício, com fundamento nos arts. 470, ***in fine***, c/c o art. 467, alíneas "c" e "g", anulando o presente Feito ***ab initio***, sem renovação, com espeque na parte final do art. 477, tudo do CPPM, determinando seu arquivamento.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Carlos Augusto de Sousa e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Os votos dos Ministros Alvaro Luiz Pinto e Carlos Augusto de Sousa foram computados na forma do art. 78, § 6º, do RISTM. O Ministro José Barroso Filho fará declaração de voto. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 14/5/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, impetrado pelo Advogado Constituído Dr. José Osmar Coelho Pereira Pinto (OAB/BA nº 34.174), em favor do Capitão-Tenente **FABRÍCIO DE SÁ JERÔNIMO**, réu nos autos da Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006, em trâmite na 6ª CJM, como incurso no artigo 4º, alínea *"a"*, c/c o artigo 6º, § 3º, alíneas *"a"* e *"b"*, ambos da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, Lei de Abuso de Autoridade.

Pede o Impetrante o trancamento da Ação Penal alegando, em síntese: a) ausência de justa causa; b) inexistência de prova do fato delituoso imputado ao Paciente; c) atipicidade da conduta por não constar da denúncia o elemento subjetivo do tipo penal; e d) a revogação da Lei nº 4.898, de 1965.

Quanto à alegada revogação, entende que a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, nova Lei de Abuso de Autoridade, que, à época desta impetração, encontrava-se em período de vacância até janeiro de 2020, aboliu o tipo penal em questão. Logo, no dia 23 de março de 2020, data designada para o julgamento do feito, a lei já terá entrado em vigor e revogado a Lei nº 4.898, de 1965.

Narra a peça inicial, em síntese, ter o Paciente, em 22 de setembro de 2017, durante a realização de Audiência Disciplinar, valendo-se das suas prerrogativas hierárquicas, obrigado o seu subordinado, Marinheiro Luan Nunes Correia, a responder às perguntas por ele formuladas, a despeito de o ofendido ter manifestado o direito de permanecer calado.

Na sequência, ordenou e executou medida privativa de liberdade contra o subordinado, aplicando-lhe pena disciplinar de impedimento, por 2 (dois) dias, prevista no Regulamento Disciplinar da Marinha.

No dia 12 de novembro de 2019, vieram aos autos as informações da autoridade indigitada coatora, por meio das quais apresenta o trâmite da Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006, que se encontra conclusa para julgamento, com data designada para o dia 23 de março de 2020 (Evento 151 - Processo Originário - Ação Penal nº 7000034-13.2019.7.06.0006).

Instado a manifestar-se, o *Custos Legis*, por seu Subprocurador-Geral Dr. Clauro Roberto de Bortolli, refutou a tese defensiva de *abolitio criminis,* asseverando que a conduta imputada ao Paciente continuará tipificada na nova Lei de Abuso de Autoridade.

Aduziu que questões relacionadas ao mérito da ação penal não comportam admissão na estreita via do Habeas Corpus. Reconheceu a possibilidade de manejo do *writ* para trancar ação penal. Todavia, destacou que, para tanto, faz-se necessário que a atipicidade da conduta seja flagrante, ou evidente qualquer outra situação que aponte para a ausência de justa causa, hipóteses essas não presentes no caso (Evento 11 - 1-PAREC_MP).

É o Relatório.

VOTO

O presente pedido merece ser conhecido por atender aos requisitos de admissibilidade.

Pleiteia o Impetrante o trancamento da Ação Penal alegando falta de justa causa para que o Paciente figure como denunciado na relação processual, fundamentado nas provas produzidas no Inquérito Policial Militar e em Juízo.

A suposta falta de justa causa está caracterizada, segundo o Impetrante, pela inexistência de prova apta a suscitar dúvida razoável de ter o Paciente agido com abuso de autoridade. Acrescenta que tanto a denúncia como a alegação final do Ministério Público Militar não apontam, de forma clara, concreta e inequívoca o elemento subjetivo necessário para configuração do delito de abuso de autoridade.

Pois bem. De início, importante observar que o trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, consiste em medida excepcional que somente se viabiliza quando, **de plano**, fica revelada a falta de justa causa para seu prosseguimento. Falta de justa causa essa que pode ser caracterizada ante a atipicidade do fato, a inexistência de elementos mínimos que corroborem a autoria e a materialidade delitivas, ou a extinção da punibilidade.

Todavia, se, de um lado, o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, por outro lado, **a ausência de suporte probatório mínimo, quando perceptível logo à primeira vista a inexistência de prova da materialidade e de indícios de autoria,** caracteriza a chamada falta de justa causa, podendo ensejar o trancamento da ação penal proposta.

Conforme entendimento doutrinário, a presença de justa causa para a propositura da ação tem como finalidade evitar que denúncias ou queixas

infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar, levando-se em conta que o simples fato de uma pessoa ser acusada, sob o aspecto moral, social e psicológico, torna a ação penal um fardo pesadíssimo a ser por ela suportado (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As condições da ação penal*, publicado em 21 de agosto de 2018. Disponível em: http://badaroadvogados.com.br/20-062-17-as-condicoes-da-acao-penal.html. Acesso em: 4 de fev. 2020).

Focado nos danos causados pela ação penal, o Supremo Tribunal Federal já advertiu sobre a *necessidade de haver prudência e rigor tanto daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais como daqueles que podem decidir sobre o seu curso*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS.
>
> 1 - A técnica da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes.
>
> **2 - Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito**.
>
> **3 - Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso**.
>
> 4 - **Ordem deferida**, por maioria, para trancar a ação penal. (STF – HC 84409/SP, Relator p/o Acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 14/12/2004, Segunda Turma.). (Sem grifo no original).

Não é demais lembrar que o Código de Processo Penal Militar não cita expressamente a falta de justa causa entre as hipóteses de não recebimento da denúncia, diferentemente do Código de Processo Penal Comum que, no inciso III do art. 395, o faz. Todavia, sabemos que a legislação processual penal comum é perfeitamente aplicável, de forma subsidiária, ao processo penal militar, por força do art. 3º, alínea *"a"*, do Código de Processo Penal Militar.

Além disso, o legislador castrense contempla as hipóteses da falta de justa causa e da indevida submissão do cidadão a processo criminal, por atipicidade da conduta, como atos abusivos e passíveis de correção por meio do remédio heroico, conforme se verifica no art. 467, alíneas *"c"* e *"g"*, do CPPM.

Especificamente no que se refere a dois elementos caracterizadores da justa causa, quais sejam, a autoria e a materialidade, obviamente não se pode exigir, desde o início da ação penal, o mesmo lastro probatório que é exigido para a prolação da sentença final. Contudo, em relação a esses dois elementos, tanto a doutrina como a jurisprudência atribuem pesos diferentes para a propositura da ação.

Quanto à autoria delitiva, não se exige a certeza para a caracterização da justa causa, bastando que os elementos informativos colhidos na fase de investigação preliminar possibilitem um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor dos delitos. Por sua vez, em relação à existência do crime, **ou da materialidade**, para que haja justa causa, e, consequentemente, o recebimento da denúncia, **exige-se a certeza da existência do crime**.

Para Afrânio Silva Jardim, a ação só é viável quando baseada em um mínimo de prova: "Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, **existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade**. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal" (JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 42). (Sem grifo no original.)

Esta Corte vem ressaltando, entre outros argumentos para denegar a ordem de trancamento de ação penal, que a ação se justifica **quando calcada em prova de fato que, em tese, caracterize crime**. A propósito, o seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. UNANIMIDADE.
>
> **O trancamento de ação penal é medida excepcional**, **que somente se apresenta juridicamente possível na via estreita do habeas corpus quando se verificar, de forma clara e incontroversa, a ausência de justa causa hábil à sua instauração**, consubstanciada na constatação, *prima facie*, de atipicidade da conduta, de incidência de causa excludente de culpabilidade, **de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.**
>
> O Habeas Corpus não constitui instrumento processual adequado ao exame da procedência ou da improcedência da acusação formulada pelo Órgão ministerial, pois são vedadas incursões

> em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, hipótese somente admissível após o encerramento da instrução criminal em respeito ao Princípio do Devido Processo Legal.
>
> Eventuais alegações quanto ao suposto direito da Paciente ao benefício da pensão civil deixada pelo seu falecido pai, por reversão, deverão ser invocadas no âmbito da instrução processual, onde será possível aferir os motivos pelos quais a Marinha do Brasil não reconheceu a qualidade de beneficiária da Paciente. Ordem denegada. Unanimidade. (STM. HABEAS CORPUS Nº 244-43.2017.7.00.0000, Relator Ministro Ten Brig Ar CLEONILSON NICÁCIO SILVA, j. 18/12/2017) (grifos nossos).

Justamente, partindo da compreensão de que a propositura da ação penal requer a materialidade do fato, o trancamento da Ação Penal nº 7000034-13.2019.7.06.0006, em trâmite na 6ª CJM, na qual figura como réu o ora Paciente, constitui medida imperativa.

O Código de Processo Penal Militar, no art. 77, exige, entre os requisitos da denúncia, "**a exposição do fato criminoso**, **com todas as suas circunstâncias"** (alínea e) e **"as razões de convicção ou presunção da delinquência"** (alínea *f*). A ausência desses requisitos acarreta o não recebimento da denúncia por força do art. 78 do CPPM.

No caso, a denúncia imputou ao Paciente fato que, em tese, caracterizaria o crime de abuso de autoridade na modalidade "**ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder**", previsto no art. 4º, alínea *"a"*, c/c o § 3º, alínea *"b"*, do art. 6º da Lei nº 4.898, de 1965.

Narra a denúncia que, *in verbis*:

> (...) Consta nos inclusos Autos de IPM que, em 22 de setembro de 2017, o ora Denunciado – FABRÍCIO DE SÁ JERÔNIMO, Capitão-Tenente, à época dos fatos, na condição de Comandante do Navio Patrulha Guaratuba (NpaGuaratuba) durante a realização de uma Audiência, prevista em procedimento administrativo disciplinar, do Comando da Marinha, praticou o ato previsto na alínea a), artigo 4º, da Lei nº 4.898, de 09/12/1965 c/c o artigo 9º, inciso II, alínea a), do CPM, contra o seu subordinado o Marinheiro – Luan Nunes Correia, segundo se passa a expor.
>
> Naquele dia durante a realização de Audiência Disciplinar com o Comandante do NpaGuaratuba o Marinheiro Luan Nunes Correia, segundo as testemunhas presentes, durante a sua DEFESA ORAL, mesmo após ter solicitado o direito a permanecer calado, teve o seu silêncio cassado pelo seu comandante, o qual usando das suas prerrogativas hierárquicas obrigou o seu subordinado a responder as suas perguntas

formuladas; sendo que posteriormente o ora Denunciado ordenou e executou medida privativa de liberdade, aplicando ao seu subordinado a pena disciplinar de impedimento, por 2 (dois) dias, prevista no Regulamento Disciplinar da Marinha.

(...)

E, como assim procedendo, tenha o Denunciado incorrido no artigo 4º, alínea a) c/c o artigo 6º, § 3º, alíneas a), b), ambos da Lei nº 4.895/65, o Órgão Ministerial requer, após o recebimento e autuação da presente, seja o referido Acusado citado, para que se veja processar, até final condenação, cumulativamente, nas penas de multa e detenção (...)".

Vejamos o que dispõe a Lei nº 4.898/1965, *in verbis*:

(…) Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

(…)

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

(...)

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;

b) detenção por dez dias a seis meses; (Sem grifos no original).

No caso, **de uma simples leitura da denúncia**, verifica-se que não há descrição, acompanhada de prova, do elemento subjetivo para caracterizar o crime, que somente se dá na forma dolosa. O dolo tem que abranger a consciência por parte da autoridade de que está cometendo o abuso, de que está agindo com arbitrariedade, despotismo ou tirania, o que, em momento algum, foi demonstrado pela acusação.

E, no caso, não restou demonstrado que o Capitão-Tenente FABRÍCIO DE SÁ JERÔNIMO agiu, de forma autoritária, **contra a lei, faltando assim o elemento subjetivo, indispensável à configuração do crime de abuso de autoridade**.

Isso porque não se pode confundir o abuso de autoridade com a conduta do Paciente que, no exercício de suas funções como Comandante de um navio da Marinha do Brasil e, na justa intenção de cumprir seu dever, exige do seu subordinado que preste esclarecimentos relacionados aos fatos, objetos de apuração da Audiência Disciplinar ocorrida em 22 de setembro de

2017, na qual se apuravam contravenções disciplinares praticadas por um militar da sua tripulação.

A referida audiência visava à apuração de duas partes contra o Mar Luan Nunes Correia; uma, por ter sido negligente como paioleiro, ao deixar vencer o prazo de validade de gêneros alimentícios e, a outra, por não avisar aos seus superiores sobre sua inscrição no concurso para ingresso no quadro do Corpo de Bombeiros do Estado da Bahia.

Da apuração, resultou a imposição da pena disciplinar de repreensão pela negligência na realização de suas atividades e da sanção de 2 (dois) dias de impedimento por não ter comunicado aos superiores a sua inscrição no concurso.

Ou seja, o que se evidencia nos autos é que tanto a deflagração do procedimento administrativo disciplinar como a imposição da sanção se deram em estrita observância das normas estabelecidas no Regulamento Disciplinar da Marinha, Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, em observância às formalidades legais, e sem abuso de poder, circunstâncias essas que não preenchem as elementares do abuso de autoridade, descritas no art. 4º da Lei nº 4.898/1965, conforme citado na denúncia.

O Regulamento considera como contravenção disciplinar a conduta de ser o militar "negligente no desempenho da incumbência ou serviço que lhe foi confiado" (item 47 do art. 7º) e "deixar de cumprir ou de fazer cumprir, quando isso lhe competir, qualquer prescrição ou ordem regulamentar" (item 28 do art. 7º).

E exige que as contravenções sejam punidas com penas disciplinares (art. 13), entre as quais constam a de repreensão e a de impedimento de até 30 (trinta) dias, no caso de Marinheiros (itens 1 e 2 da alínea "f" do art. 14).

O Regulamento atribui, entre outras autoridades, ao Comandante de Navios a competência para impor penas disciplinares (art. 19), não **admitindo qualquer margem de discricionariedade quanto à possibilidade de aplicar ou não a pena.** Pelo contrário, exige que o faça, sob pena de a autoridade incorrer em contravenção disciplinar por "deixar de punir o subalterno que cometer contravenção, ou de promover sua punição pela autoridade competente" (item 27 do art. 7º).

Além disso, no caso da sanção disciplinar de impedimento, o militar a cumpre em área livre da Unidade, sem prejuízo dos serviços. Não obstante o militar tenha que permanecer no recinto da Unidade, por óbvio, não pode essa sanção ser comparada à privação da liberdade, exercida com abuso de autoridade, conduta típica prevista na alínea "*a*" do art. 4º da Lei nº 4.898/65,

que, via de regra, dá-se em cárcere. Como se não bastasse, há de se reconhecer que o aquartelamento constitui prática comum à vida na caserna.

De todas as evidências colhidas na fase inquisitiva, pode-se verificar a ausência de infração penal na conduta do Paciente, o qual, na qualidade de Comandante do Navio, ao interpelar o Mar Luan sobre as irregularidades que chegaram ao seu conhecimento, fê-lo com intento preliminar de esclarecimento dos fatos. Essa afirmação encontra amparo na conclusão do Encarregado do IPM, que, categoricamente, afirmou não haver o cometimento de infração disciplinar praticada pelo Capitão-Tenente Fabrício Jerônimo e, ainda, "... que o fato, conforme apurado, não constituiu ilícito penal, previsto no art. 350 do CP e art. 222 e 223 do CPM, bem como não **constituiu abuso de autoridade**, previsto na alínea 'a' do art. 4º da Lei nº 4.898/65" (IPM nº 7000071-74.2018.7.06.0006, evento 14, IP RELAT). Salienta ter sido o referido IPM instaurado por iniciativa do Ministério Público Militar após o Mar Luan, suposto ofendido, fazer uma denúncia ao Ministério Público Federal.

No Inquérito Policial Militar, o próprio Mar Luan declarou que as perguntas formuladas pelo Comandante não eram incriminadoras, em que pese ter declarado que invocou o seu direito de permanecer calado. Ou seja, as perguntas não eram hábeis a produzir provas contra o marinheiro, que é a principal razão de o texto constitucional assegurar ao investigado/sindicado o direito ao silêncio.

Suas declarações deixam claro que, ainda que o Paciente possa ter lhe solicitado esclarecimentos, essa exigência não gerou qualquer comprometimento do seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Essa afirmação se sustenta pelas declarações prestadas pelo 2º Ten Luiz Carlos Rodrigues da Silva, na fase inquisitória, de não ter o Paciente obrigado o suposto ofendido a responder às perguntas formuladas com objetivo apenas de compreensão dos fatos objeto da audiência. Asseverou, ainda, não ter o Paciente, em nenhum momento, ameaçado o Marinheiro Luan com imposição de pena disciplinar caso não respondesse às indagações (IPM, Evento14 IP RELAT1).

Igualmente, tem-se o depoimento do 2º SG Damião Marcos Mendes Lima, no sentido de atestar categoricamente que o ofendido não foi obrigado a responder às perguntas (IPM, Evento14 IP RELAT1).

Já o Capitão-Tenente Fabrício Jerônimo, ora Paciente, tanto no Inquérito Policial Militar como em Juízo, declarou que não obrigou o marinheiro a falar, até porque, falando ou não, existiam elementos para punir ou não, sendo desnecessário obrigá-lo a se manifestar na audiência.

De fato, se o Paciente tinha plena consciência, na condição de Comandante, do poder de punir o Mar Luan em face das provas produzidas no

procedimento disciplinar, cabe indagar por qual razão agiria com a intenção de praticar abuso de autoridade.

Em reforço a tal entendimento, cabe noticiar que o Mar Luan Nunes Correia ajuizou, perante a Justiça Federal, Ação Ordinária – Processo nº 1006171-52.2018.4.01.3300, em trâmite na 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária da Bahia, **com o objetivo de anular a sanção disciplinar de 2 (dois) dias de impedimento, bem como obter o pagamento de indenização por danos morais.**

Entre outros argumentos, alegou que "não foram respeitadas as garantias constitucionais: contraditório, ampla defesa e devido processo legal, além da prática de abuso pela Autoridade Militar que conduziu o processo.".

Sabe-se que as decisões proferidas pela Justiça Federal não vinculam as decisões desta Corte acerca de matéria penal, entretanto, oportuno mencionar que, por sentença, de 25 de novembro de 2019, a Juíza Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, em 25 de novembro de 2019, **não reconheceu qualquer ilegalidade no processo administrativo disciplinar, que resultou na punição do então autor, nem ofensa ao contraditório e à ampla defesa**.

Entre os seus argumentos para indeferir o pedido de indenização por danos morais, a Juíza asseverou que "(...) não foi possível definir qualquer ato da Administração Militar em afronta direta à legalidade ou ainda que tenha condições para provocar danos, de natureza moral, ao Autor, inclusive pela disciplina e hierarquia própria do regime do servidor militar (...)".

Quanto à alegada coação pela Autoridade Militar, embora não tenha adentrado ao mérito da questão, por não se tratar de matéria de sua competência, a Juíza ressaltou que **"(...) seu reconhecimento deve observar um alicerce subsistente e não apenas alegação (...)".**

Dessa forma, por entender que o Capitão-Tenente Fabrício Jerônimo julgou a transgressão disciplinar cometida pelo Mar Luan Nunes Correia em conformidade com as normas vigentes na esfera administrativa militar, em obediência às formalidades legais, portanto, não havendo se falar em rigor excessivo, muito menos em abuso de autoridade, o trancamento da ação penal é medida que se impõe ao presente caso.

Para finalizar, esta Corte, em recente julgado, concedeu a Ordem para trancar ação penal militar ante a inexistência de lastro probatório capaz de constituir a situação apontada como crime, bem como a não evidência de dolo específico necessário à configuração da conduta. Vejamos:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. INCONFORMISMO DA DEFESA. PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DO FEITO. INDEFERIMENTO. PRELIMINAR DE NÃO

> CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. NO MÉRITO, ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. ORDEM CONCEDIDA.
>
> A defesa requereu, em caráter liminar, a suspensão do curso da Ação Penal Militar até o julgamento do *Writ*, em razão de considerar presentes os requisitos autorizadores da medida, no que foi indeferido.
>
> A Procuradoria-Geral da Justiça Militar suscitou preliminar de não conhecimento, no que foi rejeitada por este Tribunal, o qual decidiu pelo conhecimento integral do Habeas Corpus, a fim de que fosse examinada toda a matéria pleiteada. Decisão por unanimidade.
>
> A defesa pediu o trancamento da Ação Penal Militar, por falta de justa causa, tendo em vista que o paciente estava sendo processado por fato que não constituía crime, com fundamento nas alíneas "c" e "g" do art. 467 do Código de Processo Penal Militar.
>
> "In tela", **não ficou claro que o paciente teve a intenção deliberada para causar dano ao erário ou prejuízo aos cofres públicos, tampouco restou evidente a existência de provas robustas, demonstrando que o referido oficial agiu em comunhão de esforços, com outros militares, para se locupletar** financeiramente, motivo pelo qual a Ação Penal merece ser trancada.
>
> Habeas Corpus conhecido. Ordem concedida. Decisão por maioria. (STM - HC nº 7000992-82.2019.7.00.0000, Relator p/ o Acórdão Ministro Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI, j. em 10/12/2019.). (Sem grifo no original).

Diante do exposto, conheço do *writ* e concedo a Ordem para trancar a Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006, por manifesta falta de justa causa, tendo em vista a inexistência do crime imputado ao Paciente, e o faço com fundamento nas alíneas "c" e "g" do art. 467 do Código de Processo Penal Militar, combinado com o art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, *ex vi* do art. 3º, alínea *"a"*, do Código de Processo Penal Militar.

Vistos, discutidos e relatados 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**, em conhecer do *writ* e conceder *a* Ordem para trancar a Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006, por manifesta falta de justa causa, com fundamento nas alíneas "c" e "g" do art. 467 do Código de Processo Penal Militar, combinado com o art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, *ex vi* do art. 3º, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 14 de maio de 2020 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO
Habeas Corpus Nº 7001245-70.2019.7.00.0000

EMENTA: HABEAS CORPUS. LEI Nº 4.898/1965. COMANDANTE DENUNCIADO POR ABUSO DE AUTORIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR PARTE DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA COMANDANTE DE FRAÇÃO MILITAR. CUMPRIMENTO DEVER LEGAL EM APLICAR SANÇÃO DISCIPLINAR A SUBORDINADO, INFRATOR DA DISCIPLINA OU DA HIERARQUIA MILITAR. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL MILITAR. CONCESSÃO ORDEM, POR MAIORIA.

I. A Denúncia oferecida contra o Comandante militar que, no cumprimento de seu dever legal, aplica uma sanção disciplinar a um subordinado, infrator da disciplina ou da hierarquia militar, constituiu precedente altamente nocivo; apto, se disseminado perante os quartéis, a comprometer a higidez dos bens jurídicos de natureza constitucional sobre os quais se estruturam as Forças Armadas – Hierarquia e Disciplina.

II. A Decisão de receber uma Denúncia equivocada, colocando um oficial na situação de *sub judice*, compromete invariavelmente interesses profissionais do Acusado. Irá representar mais um injusto gravame na carreira do Comandante, obrigado a responder pela prática de suposta conduta penal.

III. No trancamento da Ação Penal Militar, sem julgamento do mérito, serão eliminados apenas os seus efeitos processuais, o que não possibilita depois a promoção em ressarcimento de preterição (art. 60, § 1º, da Lei nº 6.880/1980); impedimento de natureza administrativa formado por ausência de previsão legal (art. 18 da Lei nº 5.821/1972, *que dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas* e *dá outras providências*).

IV. A Exordial narrou ter o Paciente, durante uma audiência de avaliação disciplinar de conduta, obrigado seu subordinado responder às perguntas por ele formuladas, a despeito de o Ofendido ter manifestado o direito de permanecer calado.

V. A Magistrada recebeu a Denúncia oferecida pelo MPM, em desfavor do Oficial, quanto à imputação do crime de abuso de autoridade, previsto no art. 4º, alínea *a*, c/c o art. 6º, § 3º, alíneas *a* e *b*, ambos da Lei nº 4.898/1965. Os bens jurídicos tutelados pela lei de abuso de autoridade são os direitos e as garantias fundamentais, são aqueles garantidos pela Carta Magna. Além do dolo, é exigida a finalidade específica. O elemento subjetivo reside na intenção livre de abusar, de agir com arbitrariedade.

VI. Inexistência de elementos aptos para lastrear a instauração de persecução penal contra o Oficial, como incurso nas sanções do art. 4º, alínea *a*, c/c o art. 6º, § 3º, alíneas *a* e *b*, ambos da Lei nº 4.898/1965, pois a conduta exposta na Exordial acusatória não alcançou a necessária "legitimidade da acusação". Na Denúncia não ficou demonstrada, nem mesmo em tese, a vontade livre do Denunciado, conscientemente dirigida para a prática de abusar, de agir com arbitrariedade.

VII. A Denúncia deveria ter sido rejeitada pelo Juízo da Auditoria da 6ª CJM, nos termos do art. 78, alínea *a,* c/c o art. 77, alíneas e e *f*, ambos do CPPM, em razão de o fato narrado não constituir crime. Inexistem dúvidas de que o Oficial estivesse desenvolvendo um ato legal, no cumprimento de seu dever de aplicar sanção disciplinar a um subordinado infrator da disciplina, adstrito aos seus deveres de Comandante de uma fração militar, como comprovam os autos.

VIII. A Denúncia para ser recebida, além de atender aos requisitos previstos no art. 77 do CPPM, particularmente, "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", e "as razões de convicção ou presunção da delinquência" (alíneas e e *f*), deve ostentar provas da "materialidade do fato", que, em tese, configure crime de competência da Justiça militar e "indícios de autoria" (art. 30 do CPPM).

IX. A Denúncia foi frágil quanto à necessidade de se ostentar provas da "materialidade do fato", que, em tese, configure crime de competência da Justiça militar, à luz do disposto no art. 30 do CPPM. *A materialidade do fato é prova da existência do fato, mas, ainda assim, não é prova da existência de crime*.

X. Os resultados obtidos no curso da fase inquisitorial foram olvidados; aparentemente, a Denúncia ficou restrita, tão somente, na exposição do suposto fato criminoso, a valoração das provas testemunhais fornecidas pela oitiva de 2 (duas) praças, insuficientes e contraditórias em relação a das demais testemunhas, para sustentar a imputação de prática criminosa.

XI. Na Denúncia não ficou demonstrada, nem mesmo em tese, a vontade livre do Denunciado, conscientemente dirigida para a prática de abusar, de agir com arbitrariedade. Ausente, na espécie, o elemento subjetivo do tipo essencial à configuração da conduta ilícita imputada ao militar denunciado, como deve deixar claro a Denúncia, "na exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", *ex vi* do art. 30, alínea e, do CPPM.

XII. A jurisprudência desta Corte castrense entende constituir nulidade absoluta a ausência de descrição fática e do elemento subjetivo do tipo na Denúncia, por afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. Precedentes.

XIII. Por ocasião do recebimento da Denúncia exige-se somente um mero juízo de prelibação adstrito aos elementos indiciários. Consoante a doutrina e a jurisprudência, há evidentes limites na aplicação do preceito do *in dubio pro societate,* pois, ao revés, o zelo indiscriminado poderá causar lesão a direitos fundamentais do cidadão, assentes no ordenamento constitucional.

XIV. Faz-se imprescindível que o juiz verifique, quando da decisão de recebimento da Denúncia, se estão presentes: provas mínimas da existência de indícios de autoria e existência do delito; e respeito ao princípio da proporcionalidade que reclama uma adequada avaliação do custo-benefício, quanto a real e séria lesão ao bem jurídico, a justificar a pretensão de punição estatal como *ultima ratio* para a defesa social. A Denúncia deverá exibir um *fumus*, um mínimo de plausibilidade de que, se recebida, haverá um juízo de condenação, **pois o processo em si mesmo já corresponde a uma sanção**.

XV. Preliminar suscitada, de ofício, de nulidade do Feito por atipicidade da conduta imputada ao ora Paciente; impunha-se a anulação de todo o processo a partir do recebimento da Denúncia, por inépcia formal, uma vez que não preencheu requisitos descritos no art. 77 do CPPM e ser evidente a atipicidade da conduta imputada ao Réu.

XVI. *In casu*, a Corte acompanhou voto do Ministro-Relator e concedeu a Ordem para trancar a Ação Penal Militar por manifesta falta de justa causa, com fundamento nas alíneas *c* e *g* do art. 467 do CPPM, combinado com o art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal comum, *ex vi* do art. 3º, alínea *a*, do CPPM. Decisão por maioria.

I. INTRODUÇÃO

O presente pedido de vista foi formulado na Sessão de Julgamento, em 13 de fevereiro de 2020, consoante o disposto no art. 78 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), após a prolação do voto do Relator Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

O ilustre Ministro-Relator conheceu do pedido e concedeu a Ordem, para trancar a Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006 por manifesta falta de justa causa, com fundamento nas alíneas *c* e *g* do art. 467 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), combinado com o art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal comum, *ex vi* do art. 3º, alínea *a*, do CPPM.

Os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino anteciparam seus votos, acompanhando o Ministro-Relator. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi aguardam o retorno do pedido

de vista. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento.

Pedi vista do presente feito com o intuito de melhor examinar o insólito porquê de se trancar uma Ação Penal Militar, cuja instrução criminal se encontra finda e em vias de ser julgada.

Após o exame dos fatos e das questões de direito postas, verifiquei que, preliminarmente, de ofício, impõe-se a anulação de todo o processo a partir do recebimento da Denúncia, por inépcia formal, uma vez que não preenche requisitos descritos no art. 77 do CPPM e ser evidente a atipicidade da conduta imputada ao Réu.

No presente caso, no qual exsurge a atipicidade da conduta imputada ao militar, ***penso que a declaração da nulidade deveria ter primazia em relação ao possível trancamento do feito***.

Apenas o trancamento da presente Ação Penal Militar, como nos apresentou o primoroso Voto do Ministro-Relator, por inépcia material, no que concerne à plausibilidade jurídica da ação proposta, isto é, à ausência de justa causa (de dados probatórios mínimos), seria insuficiente no sentido de se possibilitar uma Decisão de direito, que entendo como sendo mais justa, fato este da maior relevância, principalmente, em relação à situação profissional particular do Paciente, que não pode ser olvidado.

A Decisão de anulação de todo o processo a partir do recebimento da Denúncia seria mais adequada ao pleito do ora Paciente, pelo fato de apagar todos os efeitos da Ação Penal Militar, examinados a seguir, como matéria preliminar.

Afinal, foi inegável que a Decisão da douta Magistrada, ao receber uma Denúncia equivocada, repercutiu diretamente nos interesses profissionais do Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo, uma vez que, conforme noticiaram os autos, em Petição protocolada pela Defesa em 12/3/2020 (Evento 27 e-Proc), o fato de se encontrar na situação de *sub judice* fez com que viesse a ser impedido de concorrer à promoção ao posto de Capitão de Corveta, juntamente com os demais integrantes de sua turma de formação militar.

Acresceu-se a isso o fato de que, em se trancando a presente Ação Penal Militar, sem julgamento do mérito, tão somente, serão eliminados os seus efeitos processuais; o que, em última análise, irá representar mais um gravame na carreira militar desse jovem Comandante, obrigado a responder, em tese, pela prática de suposta conduta penal.

Isso decorre de impedimento de natureza administrativa formado, pois ***o trancamento da ação penal não possibilita a promoção em ressarcimento de preterição***, prevista no art. 60, § 1º, da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), por ausência de previsão legal no dispositivo contido no art. 18 da

Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, *que dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas e dá outras providências*.

> Art. 18. O oficial será ressarcido da preterição desde que seja reconhecido o seu direito à promoção, quando: a) tiver solução favorável a recurso interposto; b) cessar sua situação de prisioneiro de guerra, desaparecido ou extraviado; c) **for absolvido ou impronunciado no processo a que estiver respondendo**; d) for justificado em Conselho de Justificação; ou e) tiver sido prejudicado por comprovado erro administrativo. (Grifo nosso).

Conquanto exista parecer emitido, recentemente, a respeito desse tema, pela Advocacia-Geral da União, ainda assim, entendo que o seu valor normativo seja insuficiente para sustentar qualquer outro entendimento divergente da disposição normativa de natureza legal, ficando sempre adstrito a intelecção do intérprete da *quaestio*.

II. SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de Habeas Corpus, impetrado pelo Dr. José Osmar Coelho Pereira Pinto, advogado constituído, em favor do Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo, réu nos autos da Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006, em trâmite na Auditoria da 6ª CJM.

O Impetrante postulou o trancamento da Ação Penal alegando, em síntese: a) *ausência de justa causa*; b) *inexistência de prova do fato delituoso imputado ao Paciente*; c) *atipicidade da conduta por não constar da denúncia o elemento subjetivo do tipo penal*; e d) *revogação da Lei nº 4.898, de 1965*.

Segundo desvelou a Exordial acusatória (Evento 27, - DENÚNCIA1), em 6 de fevereiro de 2019, o Órgão Ministerial ofereceu a Denúncia contra o Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo, como incurso no art. 4º, alínea *a*, c/c o art. 6º, § 3º, alíneas *a* e *b*, ambos da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, Lei de Abuso de Autoridade. A Exordial foi recebida no dia 25 do mesmo mês (Evento 30, DEC1 e-Proc).

A Exordial narrou ter o Paciente, em 22 de setembro de 2017, durante uma audiência de avaliação disciplinar de conduta, obrigado seu subordinado Luan Nunes Correia, marinheiro, a responder às perguntas por ele formuladas, a despeito de o Ofendido ter manifestado o direito de permanecer calado.

Após, aplicou ao infrator a sanção disciplinar de impedimento, por 2 (dois) dias, por violação ao art. 7º, item 28, do Regulamento Disciplinar da Marinha – *Decreto nº 88.545/1983, alterado pelo Decreto 1.011, de 22 de dezembro de 1993*, *in verbis*: "**deixar de cumprir ou de fazer cumprir, quando isso lhe competir, qualquer prescrição ou ordem regulamentar**.".

A Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da Auditoria da 6ª CJM apresentou, em 12 de novembro de 2019, os dados essenciais à instrução do

presente *writ,* relativos aos trâmites processuais realizados nos autos da Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006, na qual o ora Paciente figura como réu.

O Inquérito Policial Militar, que deu origem à Ação Penal Militar nº 7000034-13.2019.7.06.0006, foi instaurado por meio da Portaria nº 14/2018/JUR/PJM/BA, de 21/5/2018NF (Evento 4, fl. 5 do IPM), de iniciativa do Membro do Ministério Público Militar.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do ilustre Dr. Clauro Roberto de Bortolli, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, opinou refutando a tese defensiva de *abolitio criminis,* asseverando que a conduta imputada ao Paciente continuará tipificada na nova Lei de Abuso de Autoridade.

Aduziu que as questões relacionadas ao mérito da ação penal não comportam admissão na estreita via do habeas corpus. Reconheceu a possibilidade de se trancar ação penal. Todavia, destacou que, para tanto, faz-se necessário que a atipicidade da conduta seja flagrante, ou evidente qualquer outra situação que aponte para a ausência de justa causa, hipóteses essas não presentes no caso (Evento 11, 1-PAREC_MP).

É o breve Relatório.

III. FUNDAMENTOS

O presente *writ* atende aos requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecido.

Preliminar, suscitada de ofício, de nulidade do Feito por atipicidade da conduta imputada ao ora Paciente

O processo ao qual foi submetido o Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo deveria ter sido declarado nulo, impondo-se a manifestação desta Corte, para reconhecer a nulidade do feito desde o ato processual de recebimento da Denúncia.

Em sede de preliminar, pretendi apreciar apenas a inexistência de provas e a atipicidade da conduta imputada ao Réu, considerando que a avaliação da justa causa seria atinente ao exame do mérito da *quaestio*. Já o pleito pela revogação da Lei nº 4.898, de 1965, não foi apreciado, por carecer de previsão legal e contrariar entendimento prevalente da jurisprudência.

Inicialmente, de ofício, foi suscitada matéria preliminar prejudicial ao exame do mérito, relativa à nulidade do presente Feito, por atipicidade da conduta imputada ao Réu, em razão do exposto no art. 467, alíneas *c* e *g,* c/c o art. 500, inciso III, alínea *a,* ambos do CPPM.

O exame dos autos formou a convicção de que a Denúncia deveria ter sido rejeitada pelo Juízo da Auditoria da 6ª CJM, nos termos do art. 78, alínea

a, c/c o art. 77, alíneas e e *f*, ambos do CPPM, em razão de o fato narrado não constituir crime.

Dessa forma, evidenciada a ilegalidade de figurar o Paciente como Réu no presente processo, impôs-se a anulação do feito, desde o recebimento da Denúncia, sem renovação, determinando-se o arquivamento dos autos.

A Denúncia para ser recebida, além de atender aos requisitos previstos no art. 77 do CPPM, particularmente, "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias" e "as razões de convicção ou presunção da delinquência" (alíneas e e f), deve ostentar provas da "materialidade do fato", que, em tese, configure crime de competência da Justiça militar e "indícios de autoria" (art. 30 do CPPM).

Tais exigências fundamentaram-se na necessidade de se precisar, com grande capacidade de percepção, os limites da imputação, não apenas autorizando o exercício da ampla defesa, como também viabilizando a aplicação da lei pelo órgão julgador.

A douta Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da Auditoria da 6ª CJM, entendendo estarem preenchidos os pressupostos formais e observadas as condições para a propositura da ação, recebeu a Denúncia oferecida pelo MPM, em desfavor do Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo, quanto à imputação do crime de abuso de autoridade, previsto no art. 4º, alínea *a*, c/c o art. 6º, § 3º, alíneas *a* e *b*, ambos da Lei nº 4.898/1965.

Contextualizando o quadro fático com o descrito na Exordial, tem-se presente que a Denúncia apresentada contra um Comandante militar, no cumprimento de seu dever legal de aplicar uma sanção disciplinar a um subordinado, infrator da disciplina ou da hierarquia militar, ***constituiu um precedente altamente nocivo; apto, se disseminado perante os quartéis, a comprometer a higidez dos bens jurídicos de natureza constitucional sobre os quais se estruturam as Forças Armadas.***

A Carta Magna de 1988 estabelece que as Forças Armadas são organizações formadas com base na hierarquia e na disciplina. Não obstante tais princípios sejam objeto de estudo e de aplicação para toda a Administração Pública, merecem destaque no que se refere às Instituições Militares[53]. Tal realce reflete a importância exercida por tais princípios na formação do regime jurídico a que as organizações militares e os seus integrantes estão sujeitos.

---

[53] A expressão "hierarquia e disciplina" é utilizada somente por duas vezes no texto constitucional, no artigo 42, quando se refere às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, e no artigo 142, ao se referir às Forças Armadas.

Convém ser ressaltado que os vínculos hierárquicos não se encerram nas próprias organizações militares, havendo expressa disposição constitucional sobre o comando dessas Instituições pelos Chefes do Poder Executivo Federal (art. 142, *caput)* e Estadual (art. 144, § 6º)[54].

Nesse particular, define o *caput* do artigo 14 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980) que "a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico".

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu consagrado *Curso de Direito Administrativo,* define hierarquia como "o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, por meio de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno", e continua afirmando que "os poderes do hierarca conferem-lhe uma contínua e permanente autoridade sobre toda atividade administrativa dos subordinados".

Já a disciplina pode ser definida como "o exato cumprimento dos deveres de cada um, em todos os escalões de comando e em todos os graus da hierarquia", ou então, "disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo"[55].

Portanto, os conceitos de hierarquia e de disciplina não se confundem, sendo princípios afins, que se complementam e procuram estruturar uma base firme e coesa, a fim de que os objetivos traçados pela Lei Maior para as Instituições Militares sejam atingidos, em face do interesse social na busca dos objetivos maiores do Estado Brasileiro.

Nesse contexto, observou-se que a defesa desses valores organizacionais deve ser uma preocupação constante. Para tanto, existem 2 (dois) níveis integrados de proteção: o sistema disciplinar criado pelos regulamentos disciplinares e a legislação penal militar, encabeçada pelo Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) e pelo Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969).

Em tese, podemos dizer que os ataques menores a tais valores estão sujeitos a sanções regulamentares, enquanto as lesões maiores estão sujeitas a sanções nos 2 (dois) níveis (administrativo e penal militar), devendo a

[54] MORAES, Reynaldo Zychan de. *Os crimes militares e o inquérito policial militar:* uma visão prática. São Paulo: Livraria Científica Ernesto Reichmann, 2003. p. 25.
[55] Estatuto dos Militares, artigo 14.

caracterização do crime militar ser estabelecida por respeito ao Princípio da Tipicidade Penal.[56]

Por óbvio, os regulamentos disciplinares militares podem impor uma variada gama de sanções administrativas, inclusive aquelas que acarretem restrição à liberdade de locomoção, em face do permissivo encontrado na parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988[57].

Outro ponto que deve ser destacado é o marcante papel que o legislador dispensou ao *Parquet* em sua atuação perante a Justiça Castrense. ***Para tanto, cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas***[58].

In casu, inexistem dúvidas de que o Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo estivesse desenvolvendo um ato legal, no cumprimento de seu dever de aplicar uma sanção disciplinar a um subordinado, infrator da disciplina ou da hierarquia militar, adstrito aos seus deveres de Comandante de uma fração militar.

Os resultados obtidos no curso da fase inquisitorial foram olvidados e, aparentemente, a Denúncia ficou restrita, tão somente, na exposição do suposto fato criminoso, a valoração das provas testemunhais fornecidas pela oitiva de 2 (duas) praças, **insuficientes e contraditórias em relação a das demais testemunhas, para sustentar a imputação de prática criminosa.**

É como se depreende, quando se compulsa o relatório do Encarregado e a decorrente solução dada à Inquisa; são instrumentos aptos a propiciar a verossimilhança em relação aos legítimos fatos.

Nesse sentido, em extensa peça, o Capitão de Corveta Danilo Pereira de Bezerra, Encarregado do Inquérito, expôs, de forma meticulosa, a verdadeira essência dos fatos apurados na fase inquisitorial. Vejamos, em síntese, o ocorrido:

> O IPM foi instaurado pela Portaria nº 11/ComGptPatNavL, de 2 de outubro de 2018, em cumprimento à requisição do Procurador de Justiça Militar, da cidade de Salvador, Estado da Bahia, de acordo com o Ofício no 268/18/PJM/BA, de 18 de setembro de 2018, a fim de apurar suposto abuso de autoridade do Capitão Tenente Fabrício de Sá Jerônimo, ex-Comandante do NPaGuaratuba, em processo administrativo disciplinar que culminou no cerceamento da liberdade do Marinheiro 16.0046.04 Luan Nunes Correia, de acordo com a Manifestação no 20170081757 ao MPF.

---

[56] MORAES, Reynaldo Zychan de. *Os crimes militares e o inquérito policial militar:* uma visão prática. São Paulo: Livraria Científica Ernesto Reichmann, 2003. p. 25-29.

[57] Artigo 5º, inciso 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."

[58] Art. 55 do CPPM.

A MB é uma instituição nacional permanente e regular, organizada com base na hierarquia e na disciplina, conforme o disposto no art. 142 da CF/88, e por isso, cabe a todos os seus membros cumprir o estabelecido no art. 4-1-1 da OGSA- Decreto nº 95.480/87.

Adicionalmente, cabe a figura do COMANDANTE, de acordo com o art. 5-2-3, do OGSA, as seguintes atribuições dentre outras:

- Manter, com vigor, a disciplina e os princípios de autoridade e subordinação;

- Cumprir e fazer cumprir a legislação em vigor;

- Impor penas disciplinares, nos termos da legislação em vigor; (Grifo nosso).

- Tomar as providências ao ter conhecimento de qualquer ocorrência que possam prejudicar o serviço, o resultado da missão em que estiver engajado ou os interesses nacionais; e

- Orientar os subordinados em sua conduta militar e civil, quando por eles procurados, e bem assim quando julgar conveniente fazê-lo para o próprio bem de cada um.

Sendo assim, o Marinheiro 16.0046.04 LUAN NUNES CORREIA, por suas ações contrárias às obrigações e aos deveres militares estatuídos nos regulamentos e normas que fundamentam as Organizações Militares, foi notificado em dois momentos distintos, por meio das respectivas Partes de Ocorrência, quanto ao cometimento de contravenções disciplinares dispostas no art. 7º do RDM - Decreto nº 88.545/83 e, devido a isso, deu-se à instauração do respectivo processo administrativo disciplinar, finalizado com o julgamento do Comandante em AUDIÊNCIA DISCIPLINAR ocorrida em 22 de setembro de 2017.

Como consequência, as ocorrências conforme apuradas, constituem provas indiciárias do cometimento de contravenções disciplinares, devido à existência de fatos típicos e ilícitos caracterizados pela NEGLIGÊNCIA e DESOBEDIÊNCIA de prescrição regulamentar, praticados pelo Marinheiro LUAN (agente culpável), fazendo um paralelo com o CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME TRIPARTIDO.

Nesse contexto, fica claro quem cometeu as contravenções disciplinares, quando, onde, como e quais normas foram violadas, e assim sendo, não se fazia mais necessário a realização um procedimento administrativo sumário (SINDICÂNCIA), incluindo aí as oitivas das testemunhas de defesa para apurar maiores esclarecimentos, ou a realização de um procedimento administrativo investigatório (IPM), por não haver o cometimento de crime militar e, por isso, tais procedimentos de INSTRUÇÃO foram suprimidos do processo disciplinar aplicado ao Marinheiro 16.0046.04 LUAN NUNES CORREIA. Assim, e por não haver mais a necessidade de se fazer uma dilação probatória, não foram ouvidas as Testemunhas de Defesa arroladas pelo Marinheiro LUAN nas duas Defesas Técnicas redigidas pelo militar.

> Permaneceu, porém, o direito a defesa e ao contraditório, de acordo com a declaração do Marinheiro (subitem 4.4 do presente relatório), onde o mesmo afirma que lhe foi dado o direito de apresentar DEFESA TÉCNICA (ampla defesa), bem como, o direito de realizar a sua DEFESA ORAL reduzida a termo (contraditório). (grifo nosso)
>
> Cabe ressaltar ainda que, na Marinha, a AUDIÊNCIA DISCIPLINAR consiste no julgamento da Contravenção Disciplinar e Imposição da Pena num processo singelo e sumaríssimo, regido pelo princípio da INFORMALIDADE, no qual não cabe procedimento de INSTRUÇÃO, a não ser que haja o surgimento de dúvidas em tomo do ocorrido, conforme estabelecido no § 3º do art. 26 do RDM. Como fase preliminar à audiência do Comandante, é dada ao militar contraventor a primeira oportunidade de se manifestar acerca do fato que lhe está sendo imputado, por meio de uma defesa escrita. Durante a audiência é dada ao militar a segunda oportunidade para se manifestar em sua defesa, no entanto de forma oral.
>
> > "Art. 26, § 3º - Quando houver necessidade de maiores esclarecimentos sobre a contravenção, a autoridade mandará proceder a sindicância ou, se houver indício de crime, a inquérito, de acordo com as normas e prazos legais. (Alterado pelo Decreto no 1.011, de 22 de dezembro de 1993)." (RDM)
>
> Diante do exposto, e atendido o contido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, e por não haver omissão de formalidade, conforme previsto no inciso IV, art. 500 do CPPM, não houve ilegalidade que enseje a nulidade do respectivo processo administrativo disciplinar até aqui.

Como se depreende dos fatos expostos no Relatório do IPM, no curso do procedimento investigatório, em nenhum momento foi descurado do cumprimento das formalidades legais. Do mesmo modo, também assim ocorreu no desenvolvimento da Audiência Disciplinar, como pode ser verificado a seguir:

> Sendo o Capitão-Tenente Fabrício de Sá Jerônimo, o COMANDANTE, isto é, um militar com a atribuição de manter, com vigor, a disciplina e os princípios de autoridade e subordinação, conforme disposto no art. 5-2-3 da OGSA, coube ao mesmo realizar a Audiência Disciplinar do Marinheiro 16.0046.04 LUAN NUNES CORREIA pelo cometimento de suas contravenções disciplinares, a fim de cumprir seu dever legal estipulado em leis, regulamentos e decretos.
>
> Para tal, fazia-se necessário ouvir o Marinheiro 16.0046.04 LUAN NUNES CORREIA, pois nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor, conforme o disposto no art. 26 do RDM, bem como, para garantir o seu direito ao contraditório, ou seja, o seu direito a manifestar-se sobre os fatos que lhe foram imputados, de acordo com o disposto no inciso LV, art. 5º da Constituição Federal.

> "Art. 26 - Nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor e serem devidamente apurados os fatos." (RDM)

Além disso, é nesse momento de ouvir o contraventor, no qual o Comandante tem a oportunidade de apreciar alguns elementos essenciais existentes em uma contravenção disciplinar, à luz do art. 69 do CPM, são eles: suas CIRCUNSTÂNCIAS; a CULPABILIDADE, onde serão analisados alguns quesitos, tais como: a reprovação castrense, sua imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e a possibilidade de agir conforme o regulamento; GRAVIDADE DA CONTRAVENÇÃO; a PERSONALIDADE DO CONTRAVENTOR; MAIOR OU MENOR EXTENSÃO DO DANO OU PERIGO DE DANO; MOTIVOS; ANTECEDENTES DO CONTRAVENTOR e SUA ATITUDE DE ARREPENDIMENTO, para só então produzir o seu juízo de valor sobre os fatos analisados e, consequentemente, estabelecer uma pena-base, em atendimento ao princípio da PROPORCIONALIDADE do processo administrativo, que veda a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Por isso que, tal direito ao CONTRADITÓRIO se reveste de grande importância dentro de uma audiência disciplinar, dada a natureza prevista no RDM.

O julgamento resultante da audiência disciplinar se refletiu em uma decisão justa, onde a punição não se converteu em um instrumento de opressão nem se traduziu em um exercício arbitrário do poder.

Por infringir o item 47, art. 7º do RDM, ser negligente no desempenho do serviço que lhe foi confiado, o Marinheiro 16.0046.04 LUAN NUNES CORREIA foi punido com uma REPREENSÃO e não houve o cerceamento da liberdade do Marinheiro.

A pena de REPREENSÃO é a menor pena aplicável a um contraventor e consiste, apenas, em ser lançado nos assentamentos do militar o fato ocorrido sem qualquer implicação em sua liberdade de locomoção.

E, por infringir o item 28, art. 7º do RDM, deixar de cumprir, quando lhe competir, qualquer prescrição regulamentar, o Marinheiro 16.0046.04 LUAN NUNES CORREIA foi punido com dois dias de IMPEDIMENTO, um dia acima da previsão mínima, contida no art. 14 do RDM.

Por fim, o Encarregado da Inquisa concluiu que, por ordenar medida privativa da liberdade individual do Marinheiro Luan Nunes Correia no exercício de seu julgamento como Comandante, com os poderes que lhe confere o art. 5-2-3 da OGSA, qual seja, impor penas disciplinares, nos termos da legislação em vigor para o resguardo do respeito à hierarquia e disciplina no âmbito castrense, com as devidas formalidades legais, **não houve cometimento de abuso de autoridade por parte do Capitão-Tenente JERÔNIMO, em consonância com a alínea *a*, art. 4 da Lei nº 4.898/65.** (Grifo nosso).

No tocante à realização das oitivas das testemunhas de Acusação e de Defesa, objeto material da consequente imputação da prática do delito de abuso de autoridade, as conclusões foram frágeis quanto a uma suposta autoria da prática da conduta ilícita, segundo se extrai de fragmentos do IPM, e verifica-se o seguinte:

> Para as Testemunhas: Suboficial SENIVAL POSSIDÔNIO DOS SANTOS (oitivas dos subitens 4.1 e 4.10 do presente relatório e Primeiro-Sargento ANDRESON LUIZ ALVES DA SILVA (oitiva do subitem 4.7 do presente relatório), o Comandante, Capitão-Tenente JERÔNIMO, OBRIGOU o Marinheiro LUAN a responder as perguntas formuladas.
>
> O Ofendido: Marinheiro LUAN NUNES CORREIA, em sua oitiva (subitem 4.4 do presente relatório), declarou que lhe foi dado o DIREITO de apresentar a Defesa Técnica e de realizar sua Defesa Oral e que foi OBRIGADO a responder as perguntas do Comandante.
>
> A Testemunha: Segundo-Tenente LUIZ CARLOS RODRIGUES DA SILVA, em sua oitiva (subitem 4.6 do presente relatório), declarou que o Comandante, Capitão-Tenente JERÔNIMO, NÃO OBRIGOU o Marinheiro LUAN a responder as perguntas formuladas e nem ameaçou com outra contravenção disciplinar caso não falasse.
>
> A Testemunha Segundo-Sargento DAMIÃO MARCOS MENDES LIMA, em sua primeira oitiva na sede da PJM/BA (subitem 4.2 do presente relatório), mostrou-se confuso em suas declarações e não definiu se o Comandante, Capitão-Tenente JERÔNIMO, **OBRIGOU** ou **NÃO OBRIGOU** o Marinheiro LUAN a responder as perguntas formuladas, e, por isso, foi chamado mais duas vezes para ser inquirido (subitens 4.8 e 4.11 do presente relatório). Em suas novas declarações, confirmou que o Comandante, Capitão-Tenente JERÔNIMO, **NÃO OBRIGOU** o Marinheiro LUAN a responder as perguntas formuladas e, além disso, declarou que o Comandante leu para o Marinheiro sobre os seus direitos: o de ser assistido por advogado e o de permanecer em silêncio.
>
> O Investigado: Capitão-Tenente FABRÍCIO DE SÁ JERÔNIMO, em suas oitivas (subitens 4.3 e 4.9 do presente relatório), declarou que foi dado ao Marinheiro LUAN o direito a AMPLA DEFESA e ao CONTRADITÓRIO; que sabia sobre o direito ao silêncio do Marinheiro LUAN; que **DEFERIU** o pedido do Marinheiro LUAN ao silêncio e **NÃO O COAGIU;** e que em hipótese alguma agiu com dolo ou vontade de cometer qualquer abuso de poder.
>
> Por fim, a Testemunha: Capitão-Tenente JHONNY AGUIAR FELIN, em sua oitiva (subitem 4.5 do presente relatório), declarou que não **RECORDAVA** se o Marinheiro LUAN tinha solicitado permissão para permanecer em silêncio, bem como, se o Capitão-Tenente JERÔNIMO tinha obrigado o Marinheiro a falar.
>
> **E pelo exposto, verificam-se muitas contradições as quais geram dúvidas quanto à prática ou não, pelo Capitão-Tenente**

> **JERÔNIMO, de algum desrespeito ao Direito Constitucional do Marinheiro LUAN em permanecer em silêncio, o que traz à tona o conceito do BENEFÍCIO DA DÚVIDA (condição da inexistência de uma certeza sobre a culpabilidade de alguém). Sendo assim, pela falta de provas contundentes e/ou certeza sobre a culpabilidade do Comandante, Capitão-Tenente JERÔNIMO, presumisse a sua inocência quanto o cometimento do Abuso de Poder.** (Grifo nosso).

Da mesma forma, a Denúncia foi frágil quanto à necessidade de se ostentar provas da "materialidade do fato", que, em tese, configure crime de competência da Justiça militar, à luz do disposto no art. 30 do CPPM. ***A materialidade do fato é prova da existência do fato, mas, ainda assim, não é prova da existência de crime.***

No caso, a simples constatação da suposta materialidade do fato não seria suficiente para uma condenação criminal, se este fato não for típico, antijurídico, culpável e punível, se a autoria não está determinada, se não houver provas suficientes para tanto, se não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal ou existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena. Falta ainda provar:

a) que o réu cometeu o fato (autoria);

b) que o fato constitui uma infração penal (antijuridicidade);

c) que a conduta do réu se enquadra perfeitamente na descrição contida em um dos artigos de lei penal (tipicidade);

d) que esta conduta é punível (punibilidade);

e) que o réu agiu dolosa ou culposamente (culpabilidade);

f) que existem provas suficientes para a condenação do acusado;

g) que não existe a favor do réu nenhuma circunstância que exclua o crime ou o isente de pena.

Portanto, como se verificou nos autos, a prova material e os indícios de autoria, colacionados ao procedimento investigatório da conduta do Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo, *não apresentam elementos concretos que justifiquem a intervenção penal por suposta prática de crime de abuso de autoridade*.

Segundo a dicção da conduta ilícita prevista na Lei nº 4.898/1965 – "Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.".

No caso, o vício incidiu sobre 2 (duas) hipóteses: a) **O infrator executa uma medida privativa de liberdade sem as formalidades legais**; ou b) **Quando a prisão é executada com abuso de poder**.

Abuso de autoridade é conceituado como o ato humano de se prevalecer de cargos para fazer valer vontades particulares. No caso do agente público, ele atua contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública.

Constitui-se o "abuso de autoridade" quando uma autoridade, no uso de suas funções, pratica qualquer atentado contra a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício do culto religioso, a liberdade de associação, os direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto, o direito de reunião, a incolumidade física do indivíduo e aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (incluído pela Lei nº 6.657, de 5 de junho de 1979).

O bem jurídico tutelado pela lei de abuso de autoridade são os direitos e as garantias fundamentais, são aqueles garantidos pela Carta Magna, seja a liberdade de culto, o direito de ir e vir, compreende toda a garantia de que o cidadão possa gozar e desfrutar, sem ser perturbado ou ameaçado.

Quanto à liberdade de locomoção, entende-se que ninguém será privado do direito de ir e vir, sem motivo legal, nem preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo em casos de transgressão disciplinar ou de crime militar propriamente dito.

Sujeito ativo é a autoridade pública para fins penais. Portanto, trata-se de crime funcional, próprio, praticado por funcionário público que exerça cargo de autoridade. No art. 5º da lei:

> Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Esses crimes só são punidos na forma dolosa. Não existe abuso de autoridade culposo. O Acusado deve estar consciente de que está cometendo o abuso. Segundo a descrição normativa, além do dolo, é exigida a finalidade específica. **O elemento subjetivo reside na intenção livre de abusar, de agir com arbitrariedade**. Desse modo, se a autoridade, na justa intenção de cumprir seu dever e proteger o interesse público, acaba cometendo algum excesso (que seria um excesso culposo), o ato é ilegal, **mas não há crime de abuso de autoridade** (FONSECA, Antonio Cezar Lima. ***Abuso de Autoridade, Comentários e jurisprudência***. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 87).

A propósito de tais considerações doutrinárias, relativas à teoria do delito de abuso de autoridade, bem pontuou o douto Impetrante em sua

Petição, *no tocante aos aspectos fáticos, tanto no decorrer da Inquisa, como durante o desenvolvimento da instrução criminal, in verbis*:

> (...) O referido IPM se deu por iniciativa do MPM, após o marinheiro fazer uma denúncia do MPF contra o capitão, bem como ter entrado com uma ação anulatória da infração disciplinar cumulado com pedido de dano moral na Justiça Federal.
>
> Recebida a denúncia, foi feita a devida instrução processual, onde as testemunhas que foram ouvidas no IPM também foram ouvidas na Ação, mantendo-se a divergência e antagonismo das versões.
>
> No interrogatório o Capitão deixou bem claro que não obrigou o marinheiro a falar, até mesmo porque o marinheiro falando ou ficando em silêncio com o que foi apurado ele tinha elementos para punir ou não, logo, sendo desnecessário obrigar o marinheiro a falar.
>
> (...)
>
> Cabe ficar bem claro que a sanção imposta não foi de prisão e sim impedimento, a denúncia não demonstra onde o paciente teria agido com o elemento subjetivo exigido pela lei de abuso de autoridade, ou seja, quando o paciente agiu de forma arbitraria a extrapolar ou sancionar de forma inexistente no ordenamento.
>
> É cediço, e assim proclamado reiteradamente o Supremo Tribunal Federal, não ser apta a denúncia que deixa "de descrever dados de fato necessários à configuração do elemento subjetivo do tipo (...)" (Cf. STF, HC 84.161/RJ, REL. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 19/8/2005). No mesmo sentido: STF, HC 98.631/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO.
>
> Desse modo, a ação constitutiva de abuso de autoridade há de ser perpetrada com a especial finalidade do despotismo, tirania, arbitrariedade, como indica o *nomen juris* do crime, o que em momento algum foi demonstrado pela acusação.
>
> Não restou comprovado em nenhum momento que o Paciente agiu de forma autoritária, em desconformidade com a lei, razão pela qual **é evidente que faltou no presente caso o elemento subjetivo, indispensável à configuração do crime de abuso de autoridade.** (Grifo nosso).

Acordes com tais argumentos, as indagações do ilustre Ministro-Relator do presente feito em seu primoroso Voto, do qual extraí as seguintes considerações:

> De fato, se o Paciente tinha plena consciência, na condição de Comandante, do poder de punir o Mar Luan em face das provas produzidas no procedimento disciplinar, cabe indagar por qual razão agiria com a intenção de praticar abuso de autoridade?
>
> Em reforço a tal entendimento, cabe noticiar que o Mar Luan Nunes Correia ajuizou, perante a Justiça Federal, Ação Ordinária -

> Processo nº 1006171-52.2018.4.01.3300, em trâmite na 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária da Bahia), **com o objetivo de anular a sanção disciplinar de 2 (dois) dias de impedimento, bem como obter o pagamento de indenização por danos morais.**
>
> Entre outros argumentos, alegou que "não foram respeitadas as garantias constitucionais: contraditório, ampla defesa e devido processo legal, além da prática de abuso pela Autoridade Militar que conduziu o processo.".
>
> Sabe-se que as decisões proferidas pela Justiça Federal não vinculam as decisões desta Corte acerca de matéria penal, entretanto, oportuno mencionar que, por sentença, de 25 de novembro de 2019, a Juíza Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, em 25 de novembro de 2019, **não reconheceu qualquer ilegalidade no processo administrativo disciplinar, que resultou na punição do então autor, nem ofensa ao contraditório e à ampla defesa**.
>
> Entre os seus argumentos para indeferir o pedido de indenização por danos morais, a Juíza asseverou que "(...) não foi possível definir qualquer ato da Administração Militar em afronta direta à legalidade ou ainda que tenha condições para provocar danos, de natureza moral, ao Autor, inclusive pela disciplina e hierarquia própria do regime do servidor militar (...)". (Grifo nosso).

Consoante os argumentos defensivos, cabe assinalar, como totalmente ausente, na espécie, o elemento subjetivo do tipo essencial à configuração da conduta ilícita imputada ao militar denunciado, como deve deixar claro a Denúncia, "na exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", *ex vi* do art. 30, alínea e, do CPPM.

Por óbvio, na Denúncia não restou demonstrada, nem mesmo em tese, a vontade livre do ora Paciente, conscientemente dirigida para a prática de abusar, de agir com arbitrariedade.

A jurisprudência desta Corte castrense entende constituir nulidade absoluta a ausência de descrição fática e do elemento subjetivo do tipo na Denúncia, por afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, como se verifica nos seguintes precedentes:

> **EMENTA**: APELAÇÃO. DEFESA DATIVA. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PREVARICAÇÃO. ART. 319 DO CPM**. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL ARGUIDA DE OFÍCIO. ACOLHIMENTO. DENÚNCIA DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO FÁTICA E DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO**. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. UNANIMIDADE. O crime de prevaricação descrito no art. 319 do CPM pressupõe a vontade de retardar, omitir ou praticar ilegitimamente o ato de ofício. O elemento

> subjetivo do referido tipo penal reside no intuito de satisfazer o interesse ou sentimento pessoal. **A Denúncia deficiente ou omissa, que não descreve claramente os fatos nem demonstra o elemento subjetivo do tipo penal incursionador, padece de nulidade absoluta por afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa**. Acolhida preliminar suscitada de ofício, para declarar a nulidade da Denúncia, determinar o trancamento da ação penal militar, e conceder, de ofício, a ordem de habeas corpus para tornar sem efeito a Sentença condenatória. Unânime. **Apelação nº 0000021-72.2013.7.01.0301**. Relator: CLEONILSON NICÁCIO SILVA - Julgado em 28/8/2014. (grifo nosso).
>
> **EMENTA**: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CONCUSSÃO. ART. 305 DO CPM. RECURSO MINISTERIAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. **EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DA LEI ADJETIVA CASTRENSE**. Denunciados que, em tese, exigiam vantagem indevida em esquema de distribuição de tíquetes de controle de caminhões-pipa. Denúncia rejeitada em primeira instância sob o fundamento de que não se observou a descrição formal, concreta e explícita acerca do tipo de vantagem indevidamente exigida pelos denunciados. Recurso Ministerial interposto com fundamento na alínea "d" do permissivo art. 516 do CPPM, pretendendo o recebimento da Exordial. **A Denúncia carece do detalhamento concreto dos elementos descritivos dos fatos típicos, não preenchendo os requisitos do art. 77 da Lei Adjetiva Castrense**. Não há descrição do tipo de coação, de exigência ou de extorsão de valor, de ticket ou de qualquer bem material. Além disso, não narra a espécie de vantagem indevida, em tese, negociada, e não há fatos constitutivos de crime de que se possam defender os Recorridos. Ademais, compulsando os autos, não se verifica a exigência de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, por parte dos Denunciados, para alterar a distribuição de água entre os membros da comunidade açoitada pela seca na região. Não há indícios de que a água tenha sido desviada. Ausência de provas de que os caminhões-pipa a distribuíram ou que regressaram vazios aos pontos de reabastecimento. Ausência de descrição de elementos do tipo do art. 305 do CPM que apontem a vantagem indevidamente exigida pelos Denunciados. Negado provimento ao Recurso. Unânime. (**Recurso em Sentido Estrito nº 0000034-85.2014. 7.10.0010**. Relator: MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS - Julgado em 27/11/2014) (Grifo nosso).

Finalmente, como se depreende, em cognição sumária, os fatos narrados nestes autos não guardaram correlação direta com a conduta ilícita imputada ao denunciado, não estando aptos a validar a formação de um quadro probatório.

Nesse sentido, a Denúncia deveria ter sido rejeitada pela Magistrada por não exibir um *fumus*, um mínimo de plausibilidade de que, se recebida,

haveria um juízo de condenação, **pois o processo em si mesmo já correspondeu a uma sanção**.

Depreendeu-se, portanto, a inexistência de elementos aptos para lastrear a instauração de persecução penal contra o **Cap Ten Fabrício de Sá Jerônimo**, como incurso nas sanções do art. 4º, alínea *a*, c/c o art. 6º, § 3º, alíneas *a* e *b*, ambos da Lei nº 4.898/1965, pois a conduta exposta na Exordial acusatória não alcançou a necessária "legitimidade da acusação".

Como é de sabença geral, por ocasião do recebimento da Denúncia, exigiu-se tão somente um mero juízo de prelibação adstrito aos elementos indiciários. Evidentemente, não se exige prova plena como também exame aprofundado e valorativo dos elementos contidos nos autos, sendo suficientes aqueles que tornam verossímil a imputação (RT 545/461, 552/352), "pois o órgão jurisdicional deveria aferir apenas a existência de provas preliminares suficientes (justa causa)"[59].

Já no momento da propositura da ação penal, não se exigiu a certeza, apenas indícios, pois deve prevalecer o juízo de *in dubio pro societate,* segundo dicção do art. 30 do CPPM.

Segundo tal brocardo jurídico, nessa fase, havendo dúvida, a peça acusatória deve ser recebida (*pro societate)*. **Entretanto, no presente caso, a situação mereceu uma interpretação atenta quanto ao real alcance dos fatos**.

Segundo preconizam a doutrina e, particularmente, a jurisprudência, há evidentes limites na aplicação do preceito do *in dubio pro societate,* pois, ao revés, o zelo indiscriminado poderia causar lesão a direitos fundamentais do cidadão, assentes no ordenamento constitucional.

A dignidade da pessoa humana e a liberdade individual, constituindo-se em aspectos fundamentais da República Federativa do Brasil, devem encontrar uma realização efetiva, real, material no âmbito do direito processual penal.

Por outro lado, a liberdade individual é um direito fundamental prevalecente quando contrastado com o poder punitivo do Estado, como se depreende do "sistema constitucional". A simples instauração de um processo penal gera consequências graves para a liberdade e até, como foi afirmado no início, **para a carreira do réu militar**.

Por isso, fundamentado nessa concepção constitucional, entendeu-se que não apenas seriam necessárias provas preliminares para o exercício da ação penal, mas também deveria haver um juízo de probabilidade de condenação efetiva.

---

[59] PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual Penal*: teoria, crítica e práxis. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Editora Impetus, p. 243.

Não importa que a legislação infraconstitucional não tenha previsto claramente a primeira, e, expressamente, a segunda condição. Não se trata de uma questão meramente intelectiva, cognitiva, no sentido de extraírem as referidas condições do ordenamento jurídico.

Perdeu-se a conta dos inúmeros casos, no cotidiano forense, em que os autos do inquérito policial continham versões diametralmente opostas e igualmente confiáveis, sem qualquer critério que permitisse optar por essa ou aquela. Seguramente, esse impasse entre as 2 (duas) versões nunca poderia ser solucionado.

A instauração de um processo penal seria apenas uma repetição da situação já existente na fase inquisitorial, com as 2 (duas) versões se opondo, como no presente caso, no tocante às oitivas das testemunhas. A dúvida permaneceria e, ao final, beneficiaria o réu, acarretando a absolvição.

Por que, então, submeter o suposto agente do fato ao constrangimento, à humilhação de um processo penal? Por que esperar todo o trâmite procedimental? Por que, ainda que houvesse uma absolvição liminar, ter que acusar a pessoa já se sabendo que seria absolvida? Apenas para não demolir construções teórico-abstratas, distanciadas da dura realidade social que um processo penal impõe à pessoa acusada?

Afinal, não se diga que uma pessoa prefira responder a um processo penal para obter uma sentença absolutória. Isso é falácia. Uma pessoa honesta prefere não ser denunciada, não ter que passar pelo constrangimento causado por um processo penal condenatório, numa evidência de que sequer havia provas que permitissem uma denúncia.

Nesse sentido, cito os precedentes deste Tribunal:

> **EMENTA**: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. **OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL**. Caracterizou-se ser procedente o pleito do Impetrante com o fito de trancar a Ação Penal. **A ausência de provas de ilicitude na conduta da Acusada extinguiu o presente processo por se tratar de verdadeiro constrangimento ilegal a continuidade do feito processual penal militar, por ausência de justa causa para a persecução criminal.**
>
> A doutrina ensina a respeito da justa causa que o exercício da ação penal deve subordinar-se aos requisitos persecutórios a ela inerentes. Nessa linha de raciocínio, haverá falta de justa causa para o ajuizamento da ação penal quando o fato increpado ao denunciado for atípico, quando sua conduta não tiver moldura na norma penal sancionatória, permitindo seu trancamento.
>
> O trancamento de ação penal, por falta de justa causa ou por inépcia da denúncia, na via estreita do habeas corpus, somente será viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios

de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (RHC 94821/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 6.4.2010).

Ocorrência de constrangimento ilegal, em razão da ausência de justa causa para a persecução criminal. Ordem concedida. Decisão unânime. (Habeas Corpus nº 0000072-77.2012.7.00.0000. Relator: RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO - Julgado em 12/6/2012.) (Grifo nosso).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PECULATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXAME DE PROVA. JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. A denúncia, para que não seja considerada inepta deve obedecer aos requisitos do art. 77 do CPPM, respondendo, quanto à exposição do fato criminoso, às sete questões do injusto, a fim de dar subsídios para que se exerça a ampla defesa. **Constrangimento configurado haja vista que a peça pórtico-acusatória explicita de forma obscura as condutas dos denunciados, imputando-lhes conduta que não constitui crime, sob a classificação jurídica de peculato**. O exame da prova, a fim de perquirir a justa causa para ação penal, é possível na via estreita do *writ*, desde que não seja realizado de maneira aprofundada. O inquérito policial militar, ao mesmo tempo em que serve para colher subsídios para a propositura da ação penal, tem função de filtro, a fim de que não sejam oferecidas denúncias infundadas. Investigação criminal preliminar que não traz elementos de convicção a demonstrar quer a existência de dano patrimonial à administração militar, quer a prática de crime pelos denunciados, gestores do Hospital de Guarnição de Tabatinga. Trancamento de ação penal determinado sem prejuízo da abertura de novo IPM caso surjam novas provas. Ordem extensiva a todos os denunciados. Decisão unânime. (Habeas Corpus nº 0000030-91.2013. 7.00.0000. Relator: MARCOS MARTINS TORRES - Julgado em 21/3/2013) (Grifo nosso).

O processo é o instrumento por meio do qual o Estado exerce a jurisdição, sendo fundamental, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, que seja cercado de garantias aos indivíduos e de limites ao Estado, em especial no sistema penal. O conjunto de limites, impostos ao Estado, no exercício da jurisdição, é essencial, ante sua absoluta e evidente supremacia em relação aos indivíduos (LIMA FILHO, Moacyr Pitta. *Princípio do Juiz Natural* in *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: Edições JusPODIVM. p. 512).

Para evitar a propositura de lides temerárias, que ofendem o *status dignitatis* do indivíduo, faz-se imprescindível que verifique o juiz, quando da decisão de recebimento da Denúncia, se estão presentes: provas mínimas da existência de indícios de autoria e existência do delito; respeito ao princípio da proporcionalidade que reclama uma adequada avaliação do custo-benefício, na real e séria lesão ao bem jurídico, a justificar a pretensão de punição estatal como *ultima ratio* para a defesa social.

Ante o exposto, conheci do presente *writ* e, preliminarmente, de ofício, declarei a nulidade do presente feito, desde o recebimento da Denúncia, por atipicidade da conduta imputada ao Réu, e incidência da regra gravada no art. 467, alíneas *c* e *g*, c/c o art. 500, inciso III, alínea *a*, ambos do CPPM; concedi Habeas Corpus, de ofício, com fundamento no art. 470, *in fine,* c/c o art. 467, alíneas *c* e *g*, anulando o presente Feito *ab initio*, sem renovação, com espeque na parte final do art. 477, tudo do CPPM, determinando seu arquivamento.

Superior Tribunal Militar, 14 de maio de 2020.

Dr. José Barroso Filho
Ministro do STM

_____

Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7001252-62.2019.7.00.0000

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorrido: Admys Francisco de Sousa Gomes, civil.

Advogado: Dr. Rafael de Deus Garcia.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM. TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CABÍVEL.

A interposição de recursos manifestamente incabíveis não obsta a formação da coisa julgada, seja para fins de decretação da prescrição da pretensão punitiva, seja como marco inicial de contagem da prescrição da pretensão executória.

Recurso Ministerial conhecido e não provido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, presente o Dr. Antônio Pereira Duarte, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, para manter a Decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira.

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, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de

Farias e Carlos Vuyk de Aquino. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participou do julgamento. Ausência justificada do Ministro José Barroso Filho. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Antônio Pereira Duarte, e o Advogado da Defesa, Dr. Rafael de Deus Garcia. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 4/2/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, com fulcro no art. 516, alínea "j", do CPPM, contra a Decisão proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, nos autos da Ação Penal Militar nº 3-46.2016.7.11.0211/DF, que declarou extinta a punibilidade do Civil ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES pela ocorrência da prescrição da pretensão executória.

Consta nos autos que, em 11 de julho de 2016, o Civil ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 11ª CJM, por unanimidade, à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no art. 299 do CPM (desacato), sendo-lhe concedido o direito de apelar em liberdade, o regime prisional inicialmente aberto e o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos (evento 1 do processo originário - VOLUME1, fls. 88/97).

A Sentença condenatória foi lida e publicada em 13 de julho de 2016 (evento 1 do processo originário - VOLUME1, fl. 98).

Irresignadas com a condenação, ambas as partes interpuseram Recursos de Apelação pleiteando a absolvição. Esta Corte, em Sessão de 2 de fevereiro de 2017, por unanimidade, rejeitou a preliminar defensiva de nulidade da sessão de julgamento e, no mérito, também por unanimidade, **negou provimento aos Apelos para manter a condenação imposta na Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos**. O Acórdão, por mim relatado, teve a seguinte ementa (evento 1 do processo originário - VOLUME2, fls. 50/63):

> APELAÇÃO. MPM. DEFESA. DESACATO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO. DOLO CARACTERIZADO. 1. Não caracteriza nulidade do julgamento, por ofensa ao Princípio da Correlação ou por excesso de linguagem do Juiz, quando os fundamentos expostos na Sentença estão em estrita consonância com as provas produzidas nos autos e com o pedido contido na Denúncia. 2. Resta caracterizado o dolo, elemento subjetivo do tipo, quando o Réu se refere à autoridade militar utilizando termo desrespeitoso, com a clara intenção de menosprezar sua função militar. Preliminar de nulidade do julgamento rejeitada. Decisão unânime. Recursos conhecidos e não providos. Decisão unânime. (Apelação nº 3-46.2016.7.11.0211. Relator Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 2/2/2017, Data de Publicação: 10/2/2017).

A Defesa do Apenado opôs **Embargos de Declaração**, aos quais, em 23 de fevereiro de 2017, neguei seguimento monocraticamente, por entender serem manifestamente incabíveis, e os declarei protelatórios (evento 1 do processo originário - VOLUME2, fls. 76/80). A referida **Decisão foi publicada em 6 de março de 2017** (evento 1 do processo originário - VOLUME2, fl. 82).

Ainda irresignada, a Defesa interpôs **Recurso Extraordinário** requerendo a nulidade da condenação imposta pela JMU ao Acusado. No entanto, em 20 de abril de 2017, o então Ministro-Presidente desta Corte Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA negou seguimento ao pleito defensivo, por ser **manifestamente incabível** (evento 1 do processo originário - VOLUME2, fls. 150/153). A Decisão foi publicada em 25 de abril de 2017 (evento 1 do processo originário - VOLUME2, fl. 160).

Contra essa Decisão denegatória, a Defesa, em 8 de maio de 2017, interpôs **Agravo em Recurso Extraordinário**, ao qual foi **negado seguimento** pelo Ministro GILMAR MENDES em 26 de abril de 2019 (evento 1 do processo originário - VOLUME3, fl. 61).

Por fim, a Defesa interpôs **Agravo Regimental** perante o STF, a que, em sessão virtual de 21 a 27 de junho de 2019, a 2ª Turma da Corte Suprema **negou seguimento**, tendo em vista o não cabimento de Recurso Extraordinário contra Decisão monocrática proferida pelo STM (evento 1 do processo originário - VOLUME3, fls. 62/67). **O Acórdão então prolatado transitou em julgado em 20 de agosto de 2019** (evento 1 do processo originário - VOLUME3, fl. 68).

Em 28 de agosto de 2019, a Defesa apresentou petição requerendo a declaração da prescrição da pretensão punitiva e, subsidiariamente, da pretensão executória (evento 4 do processo originário).

O MPM se manifestou pelo indeferimento do pedido defensivo (evento 10 do processo originário).

Em 17 de setembro de 2019, o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM Dr. FREDERICO MAGNO DE MELO VERAS declarou extinta a punibilidade do Civil ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES pela ocorrência da prescrição da pretensão executória. Argumentou, para tanto, o seguinte (evento 12 do processo originário):

> Conforme jurisprudência predominante, o recurso extraordinário, quando declarado inadmissível, como no caso em comento, não obsta a formação de coisa julgada. Nessa hipótese, a data do trânsito em julgado para fins de prescrição deve retroagir para o momento em que se encerrou o prazo legal para a interposição do recurso não admitido. No presente caso, o RE foi interposto em 20/03/2017, data que deve ser considerada para fins de prescrição da pretensão punitiva. Logo, como a sentença foi prolatada em 11 de julho de 2016, não houve o transcurso

> do prazo de dois anos entre esses dois marcos, e, consequentemente, não se operou a prescrição na referida modalidade.
>
> (...)
>
> De outro lado, tendo o trânsito em julgado para fins de prescrição da pretensão punitiva ocorrido em 20 de março de 2017, deve esse marco ser também considerado para fins da prescrição da pretensão executória, tendo em vista que o MPM poderia ter ajuizado pedido de início da execução provisória, mas não o fez. Como é cediço, desde o julgamento do HC 126292/SP, em 17/02/2016, o STF permite a execução da pena após a prolação de acordo condenatório em 2º grau de jurisdição.
>
> Nesse contexto, é descabida a alegação do *parquet* de que somente em 20 de agosto de 2019 o acórdão se tornou exequível, tendo em vista que o sentenciado não pode ter em seu desfavor dois marcos distintos de prescrição. Logo, ou se considera a data do trânsito em julgado como 20/03/17 (data de interposição do RE declarado inadmissível) ou como 20/08/2019 (evento 1, doc. 3, fl. 68).
>
> Dessa forma, verificando-se que o trânsito em julgado ocorreu em 20/03/17 e a pena em concreto foi fixada em 6 (seis) meses de detenção, houve o transcurso de mais de dois anos entre o trânsito e julgado e a data do requerimento defensivo, em 28/08/2019, ocorrendo a prescrição da pretensão executória, conforme arts. 125, VII, c/c o 126, ambos do CPM.

Intimado em 29 de setembro de 2019 (evento 17 do processo originário), o representante do Ministério Público Militar interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito, tempestivamente, no dia 3 de outubro subsequente (evento18 do processo originário).

Em suas Razões recursais (evento 1 - 1-RAZRECUR), o *Parquet* Militar pleiteia a reforma da supracitada Decisão, "de modo que seja reconhecida a inocorrência de qualquer prescrição, determinando seja autuado e tenha regular prosseguimento o processo de execução penal (PEP) nos termos do art. 588 e seguintes, do CPPM". Argumenta, para tanto, que a Sentença condenatória não era exequível e que a Decisão recorrida fez confusão entre a formação da coisa julgada para fins de decretação da prescrição da pretensão punitiva e o trânsito em julgado como marco inicial de contagem da prescrição da pretensão executória. Para o MPM, é possível a adoção de dois marcos distintos; caso contrário, a Defesa seria beneficiada pela própria torpeza ao interpor sucessivos recursos incabíveis.

Em Contrarrazões (evento 1 - 2-CONTRAZ), a Defesa do Apenado pugna pela manutenção da Decisão hostilizada. Nesse sentido, afirma que "havia a possibilidade de determinação da execução provisória da suspensão condicional da pena do réu após a inadmissão do RE na origem, o que, no entanto, não ocorreu, por inobservância e inércia do MPM". Ademais, sustenta

que o Acusado tinha razões justas para buscar a tutela jurisdicional na Corte Suprema, não podendo ser responsabilizado pela demora no julgamento dos recursos e pela ausência de pedido de execução da pena após condenação em segunda instância. Subsidiariamente, pleiteou o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

O Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM manteve a Decisão ora atacada e determinou a subida dos autos a esta Corte (evento 29 do processo originário).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI, opina pelo conhecimento e provimento do presente Recurso, "com a reforma da decisão de 1º Grau, reconhecendo-se a não ocorrência da extinção da punibilidade do condenado Admys Francisco de Sousa Gomes, pela inocorrência da prescrição da pretensão executória estatal, cujo corolário lógico é a plena possibilidade de execução da pena de 06 (seis) meses de detenção que lhe foi imposta, pela prática do crime de desacato a militar (art. 299 do CPM)" (evento 8).

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, devendo, pois, ser conhecido.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, com fulcro no art. 516, alínea "j", do CPPM, contra a Decisão proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, nos autos da Ação Penal Militar nº 3-46.2016.7.11.0211, que declarou extinta a punibilidade do Civil ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES pela ocorrência da prescrição da pretensão executória.

Em suas Razões recursais (evento 1 - 1-RAZRECUR), o MPM sustenta a não ocorrência de qualquer prescrição. Nesse sentido, afirma que a Sentença condenatória não era exequível e que a formação da coisa julgada para fins de decretação da prescrição da pretensão punitiva não se confunde com o trânsito em julgado como marco inicial de contagem da prescrição da pretensão executória. Argumenta ser possível a adoção de dois marcos distintos, de modo a evitar que a Defesa seja beneficiada pela própria torpeza ao interpor sucessivos recursos incabíveis.

Quanto ao tema, cumpre destacar que o Código Penal Militar estabelece, em razão do art. 124 do CPM, que são duas as espécies de prescrição: a da ação penal (prescrição da pretensão punitiva) e a da execução da pena (prescrição da pretensão executória ou da condenação).

A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, extinguindo o direito de punir do Estado. Uma vez reconhecida,

apaga todos os efeitos de eventual sentença condenatória já proferida, principais ou secundários, penais ou extrapenais. Essa condenação não servirá como pressuposto da reincidência, nem como mau antecedente. Além disso, não constituirá título executivo no juízo cível.

Já a prescrição da pretensão executória ocorre posteriormente ao trânsito em julgado, impedindo o Estado de executar a punição imposta na Sentença definitiva. A Sentença condenatória não é rescindida; extingue-se somente a pena, subsistindo a condenação e todos os seus efeitos secundários, penais e extrapenais. Assim, uma vez reconhecida essa espécie de prescrição, a condenação não deixa de funcionar como pressuposto da reincidência, nem de caracterizar antecedente negativo ou de servir como título executivo no campo civil.

Passemos, então, a analisar a ocorrência de cada uma dessas prescrições no caso ora em análise.

Como se sabe, de acordo com o Código Penal Militar, a prescrição da ação penal opera-se em 2 (dois) anos se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano (art. 125, inciso VII).

No presente caso, cumpre relembrar que o Recorrido, maior de 21 anos na data do delito (evento 1 do processo originário - VOLUME1, fls. 2 e 49/51), foi condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção como incurso no delito previsto no art. 299 do CPM, o que implicaria a extinção da punibilidade pela prescrição no prazo de 2 (dois) anos.

Assim, tendo em vista que a última causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva ocorreu quando da publicação da Sentença condenatória (13 de julho de 2016), o escoamento do lapso prescricional dar-se-ia em 14 de julho de 2018.

Ocorre que, como é cediço, a prescrição da pretensão punitiva somente se opera se não houver o trânsito em julgado da condenação. Cumpre-nos, então, averiguar o momento em que ocorreu o trânsito em julgado.

Entendo que o juízo de admissibilidade é meramente declaratório, já que a análise quanto à existência dos requisitos necessários à apreciação do mérito da causa retroage à época da interposição do recurso. Noutras palavras, ao não conhecer de um recurso por manifesto não cabimento, o Judiciário está apenas declarando uma situação preexistente.

Dessa forma, pode-se concluir que **a interposição de recursos manifestamente incabíveis não obsta a formação da coisa julgada**. Uma vez não conhecido um recurso por manifesto não cabimento, ocorre a retroação da data do trânsito em julgado, passando este a operar-se no momento em que escoar o lapso temporal para interposição do recurso cabível.

É isso o que se extrai da jurisprudência do STF, *in verbis*:

> EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA - DECISÃO RESCINDENDA ALEGADAMENTE FUNDADA EM ERRO DE FATO (CPC, ART. 485, IX) - FINSOCIAL - MAJORAÇÃO - ENQUADRAMENTO DAS EMPRESAS AUTORAS COMO EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇO - **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS - INAPTIDÃO PARA INTERROMPER OU PARA SUSPENDER A FLUÊNCIA DO PRAZO RECURSAL** - DECURSO DO BIÊNIO DECADENCIAL - PEDIDO NÃO CONHECIDO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O direito à rescisão da sentença de mérito (ou do acórdão), qualquer que seja o fundamento da ação rescisória, extingue-se após consumado o prazo decadencial de 02 (dois) anos, cujo termo inicial passa a fluir da data do trânsito em julgado do acórdão ou do ato sentencial. - O caráter preclusivo e extintivo do prazo decadencial, dentro do qual deve ser promovido o ajuizamento oportuno da ação rescisória, impede, uma vez consumado "in albis" esse lapso de ordem temporal, que se impugne a "res judicata", eis que, "Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa soberanamente julgada (...)" (José Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 3/250, item n. 696, 9ª ed., 1987, Saraiva - grifei). Jurisprudência. - **O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que recursos declarados inadmissíveis, sobre os quais incidiu juízo de incognoscibilidade, não impedem nem obstam a formação da coisa julgada**, a significar, portanto, que a interposição de recurso de que não se conheceu, por haver sido considerado incabível, não tem o condão de projetar, no tempo, a data de início da contagem do biênio decadencial a que se refere o art. 495 do Código de Processo Civil. Precedentes. (Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 2.337/DF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro CELSO DE MELLO. Julgado em 20/3/2013. Publicado no DJe de 30/4/2013) (Grifos nossos).

No mesmo sentido, são os seguintes julgados: Recurso Extraordinário nº 444.816/RS, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma (julgado em 29/5/2012); Habeas Corpus nº 86.125/SP, de relatoria da Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma (julgado em 16/8/2005); Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 723.590/RS, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOSWSKI, Segunda Turma (julgado em 29/10/2013).

No caso ora em análise, verifica-se que, ao ser intimada da Decisão monocrática proferida em sede de Embargos de Declaração, a Defesa interpôs Recurso Extraordinário **manifestamente incabível**.

No entanto, uma vez que, como visto, esse recurso **não impede a formação da coisa julgada**, tem-se que o trânsito em julgado da condenação imposta ao Recorrido operou-se após o transcurso do prazo que a Defesa teria para interpor recurso contra a Decisão monocrática proferida em sede de Embargos de Declaração.

Assim, uma vez que a referida Decisão monocrática foi publicada em 6 de março de 2017 (evento 1 do processo originário - VOLUME2, fl. 82) e que – nos termos do art. 118, § 1º, do RISTM, c/c o art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 – a Defesa possuía 30 (trinta) dias para oferecer o recurso cabível (Agravo Interno), conclui-se que esse prazo escoou em **6 de abril de 2017**. Nesse momento, **diante da não oposição de qualquer recurso cabível, houve a formação da coisa julgada**.

Portanto, uma vez que houve o trânsito em julgado antes de decorrido o lapso prescricional de 2 (dois) anos a partir da publicação da Sentença condenatória (que seria em 14 de julho de 2018), não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva no presente caso.

Quanto à **prescrição da pretensão executória**, é bom relembrar que seu cálculo tem início a partir do trânsito em julgado. Surge então a controvérsia sobre qual seria esse termo inicial, ou seja, sobre qual data se consideraria a ocorrência do trânsito em julgado para fins de contagem da prescrição da pretensão executória.

Não se ignora que, no caso ora em tela, o STF certificou que, em 20 de agosto de 2019, ocorreu o trânsito em julgado do Acórdão prolatado em Agravo Regimental (evento 1 do processo originário - VOLUME3, fl. 68). No entanto, não se pode olvidar que, como visto, os Recursos interpostos após a Decisão monocrática proferida em Embargos de Declaração (quais sejam: Recurso Extraordinário, Agravo em Recurso Extraordinário e Agravo Regimental) eram todos manifestamente incabíveis, de modo que não obstaram a formação da coisa julgada, ocorrida em 6 de abril de 2017.

Entendo que, além de representar o trânsito em julgado para fins de decretação da prescrição da pretensão punitiva, essa data (6 de abril de 2017) também representa o trânsito em julgado como marco inicial de contagem da prescrição da pretensão executória.

Caso contrário, ou seja, caso se entenda que a prescrição da pretensão executória ocorreu em 20 de agosto de 2019 (quando o STF certificou o trânsito em julgado do Agravo Regimental), haveria um período de vácuo no qual não correria qualquer prescrição. Isso quer dizer que entre 6 de abril de 2017 (quando se esgotou o prazo recursal sem a interposição de qualquer recurso cabível) e 20 de agosto de 2019 não estaria correndo nem a prescrição da pretensão punitiva, nem a prescrição da pretensão executória. **Nesse período, o réu estaria totalmente à mercê da inércia estatal, o que é de todo inaceitável!**

Não é dado ao julgador, em uma tentativa desesperada de evitar a ocorrência da prescrição, adotar, para cada espécie de prescrição, um entendimento diferente quanto ao trânsito em julgado. Com efeito, a prescrição, por ser matéria de direito penal, deve ser interpretada de maneira

não prejudicial ao réu. Como bem salientou a Decisão recorrida, **"o sentenciado não pode ter em seu desfavor dois marcos distintos de prescrição"**.

No presente caso, uma vez que, em 6 de abril de 2017, escoou o prazo recursal sem a interposição de recurso cabível, operou-se, nessa data, **para todos os efeitos**, a formação da coisa julgada, inclusive para fins de cálculo da prescrição da pretensão executória.

Cumpre ressaltar que, diferentemente do que foi alegado pelo MPM em seu Apelo, **a Sentença poderia ter sido executada** desde então, uma vez que, à época (desde o julgamento do Habeas Corpus nº 126292/SP, em 17 de fevereiro de 2016), prevalecia o entendimento do STF no sentido de permitir a execução da pena logo após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau de jurisdição[60].

Não obstante essa exequibilidade, o Estado se manteve inerte no presente caso, passando mais de 2 (dois) anos sem dar início à execução da pena. Não lhe compete agora ancorar-se na jurisprudência da Corte Suprema a fim de tentar "corrigir" sua desídia do passado.

E não se diga, como pretende convencer o MPM, que o Réu será beneficiado por sua própria torpeza caso o Judiciário, ao fixar o trânsito em julgado para fins de prescrição da pretensão executória, desconsidere os Recursos defensivos incabíveis. Afinal, **foi o Estado que se mostrou inerte** ao deixar de executar uma condenação exequível e ao demorar quase dois anos para julgar o Agravo interposto contra a Decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário.

Portanto, andou bem o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM ao declarar extinta a punibilidade do Civil ADMYS FRANCISCO DE SOUSA GOMES pela ocorrência da prescrição da pretensão executória. Isso não significa, repito, a rescisão da condenação, que subsiste com todos os seus efeitos secundários. O que há é apenas a extinção da pena.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e não provimento do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar para manter a Decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do

---

[60] A alteração da jurisprudência do STF ocorreu apenas em 7 de novembro de 2019, quando, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, o Plenário da Corte Suprema decidiu que o cumprimento da pena depende do esgotamento de todas as possibilidades de recurso.

Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, para manter a Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 4 de fevereiro de 2020 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

_____

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7001347-92.2019.7.00.0000

Relator: Min. José Coêlho Ferreira.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorridos: Yan Barbosa Venturi, Luiz Henrique Jacob Malta, Lucínio Castelo de Assumção, Gustavo Luís Ramos Tosta, Daniel Andrade da Silva, Caio Gumiero de Oliveira, Abner de Paulo Alves Silva.

Advogados: Dr. Tadeu Fraga de Andrade e Dr. Valdenir Ferreira de Andrade Junior.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. SUPOSTA PRÁTICA DE AMEAÇA, DESACATO E DESOBEDIÊNCIA POR POLICIAIS MILITARES CONTRA MILITARES DO EXÉRCITO. OPERAÇÃO "GLO". CONCURSO DE PESSOAS. PRESENÇA DE OFICIAL DA RESERVA DA POLÍCIA MILITAR ENTRE OS DENUNCIADOS. ATUAÇÃO MONOCRÁTICA DE JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR. PEDIDO MINISTERIAL DE DESCONTITUIÇÃO DA DECISÃO DO JUÍZO *A QUO*. POLICIAL MILITAR. APLICAÇÃO DA LEI PENAL CASTRENSE. PRERROGATIVA DE POSTO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

I - Esta Corte Castrense já firmou o entendimento de que os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não podem ser considerados como civis, para fins de aplicação da Lei Penal Militar.

II - As condutas supostamente praticadas pelos policiais militares do Espírito Santo, durante operação de Garantia da Lei e da Ordem, contra os militares do Exército Brasileiro enquadram-se como crimes militares cujo processamento e julgamento são de competência da Justiça Militar da União, por terem atingido diretamente a ordem administrativa militar federal.

III - O Conselho de Justiça é o órgão competente para processar e julgar casos que envolvam atos que causem ofensas a militares no exercício de sua função.

IV - A prerrogativa de posto garantida aos oficiais estende-se àqueles em situação de inatividade, conforme previsto no art. 13 do Código Penal Militar, devendo ser convocado o Conselho Especial de Justiça para o processamento e o julgamento do feito.

V - Garante-se, por simetria, a prerrogativa de posto aos militares estaduais nesta Justiça Especializada, exceto nos crimes em que houver concurso com civis, ocasião em que será realizado o julgamento monocrático pelo Juiz Federal da JMU, em obediência à novel Lei nº 13.774/2018.

VI - Recurso provido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Giovanni Rattacaso, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento ao recurso Ministerial, para desconstituir a Decisão hostilizada, fixando a competência do Conselho Especial de Justiça para o Exército da 4ª Auditoria da 1ª CJM para processar e julgar a Ação Penal Militar nº 7001019-69.2018.7.01.0001, nos termos do voto do Relator Ministro José Coêlho Ferreira.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento. Ausência justificada dos Ministros Alvaro Luiz Pinto, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 27/2/2020).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar contra a Decisão proferida pela Exma. Sra. Juíza Federal da Justiça Militar da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7001019-69.2018.7.01.0001, que deixou de convocar o Conselho Especial de Justiça, passando a atuar na referida Ação Penal Militar, monocraticamente, em obediência à nova redação da Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018).

2. O MPM ofereceu denúncia em face do Capitão R/1 da PMEES Lucínio Castelo de Assumção, do Sargento R/1 da PMEES Daniel Andrade da Silva, do Soldado da PMEES Caio Gumieiro de Oliveira, do Soldado da PMEES Gustavo Luís Ramos Tosta, do Soldado da PMEES Abner de Paulo Alves Silva, do Soldado da PMEES Luiz Henrique Jacob Malta e do Soldado da PMEES Yan Barbosa Venturi por supostamente terem praticado os crimes previstos nos artigos 223, parágrafo único, e 301 c/c 9º, inciso III, alínea "d", e 299 c/c 9º, inciso I, 2ª parte, na forma do artigo 53, todos do Código Penal Militar. (Evento 1, doc. 1, do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001).

3. Narra a Exordial Acusatória que os supostos fatos ocorreram da seguinte forma:

> (...) Consta dos autos que, no dia 3 de fevereiro de 2017, iniciou-se uma manifestação em frente à 2ª Companhia do 6º Batalhão de Polícia

Militar do Estado do Espírito Santo, sediado no Bairro Feu Rosa - Serra/ES, promovida por algumas mulheres, que se intitulavam esposas e familiares de policiais militares. Esta manifestação bloqueou o portão de entrada e saída dos veículos do batalhão, ocasionando, assim, a retenção das viaturas no interior do pátio da referida Organização Policial Militar e consequentemente o prejuízo para o policiamento ostensivo local.

O movimento espalhou-se, por todas as Unidades da Grande Vitória e do interior do Estado, consistindo na ocupação dos acessos às Unidades Policiais Militares por familiares e simpatizantes de policiais militares, que passaram a impedir a saída de policiais militares e de viaturas, ocasionando prejuízo para o policiamento ostensivo e grave insegurança para a população capixaba.

Diante do gravíssimo quadro de insegurança pública no Estado do Espírito Santo, o Exmo. Sr. Presidente da República, por meio do Decreto de 6 de fevereiro de 2017, alterado pelo Decreto de 22 de fevereiro de 2017, autorizou o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem no Estado do Espírito Santo, no período de 6 de fevereiro a 8 de março de 2017.

Assim, na madrugada do dia 7 de fevereiro de 2017, um grupo de militares do Exército foi acionado para conter eventuais atos de violência por parte da população, desobstruir vias e restabelecer a ordem na região do Quartel do Comando Geral da Polícia Militar Capixaba, cuja entrada principal, situada na Avenida Maruípe, encontrava-se ocupada por esposas e familiares de policiais militar.

Enquanto os militares do Exército tentavam reestabelecer a ordem e fazer um cordão de isolamento, os denunciados, em trajes civis e deixando transparecer que portavam armas de fogo, de forma dolosa, livre, consciente e em concurso de pessoas, ignoraram o cordão de isolamento, gritando as seguintes expressões: "vai ter problema" e "não cumpra ordem ilegal não, entendeu!?".

Em seguida, o denunciado Lucínio Castelo de Assumção, acompanhado de perto pelo denunciado Daniel Andrade da Silva, aproximou-se do 3º Sargento do Exército Higor Uchôa de Brito de Souza e do Soldado Romário Mendes Pinto e, de forma dolosa, livre, consciente e em concurso de pessoas, com o dedo em riste e em voz alta, em manifesto menosprezo aos militares do Exército, disse o seguinte: "**Vocês receberam ordem para tirar as mulheres daqui. Vocês vão ser são nossos, parceiros, hein?! Vai ter problema! Nós somos parceiros, não somos? Mas estamos defendendo nossos familiares, Nós saímos lá do quarto batalhão para ver isso aí. Não cumpra ordem ilegal não, entendeu?**".

Também aproximaram-se dos militares do Exército os denunciados Caio Gumiero e Oliveira e Gustavo Luís Ramos Tostas, enquanto os denunciados Abner de Paulo Alves Silva, Luiz Henrique Jacob Malta e Yan Barbosa Venturi, um pouco mais afastados, aderindo e "dando

> cobertura" à conduta de Lucínio Castelo de Assumção e de Daniel Andrade da Silva.
>
> Toda a ação delituosa foi filmada por equipe jornalística do "ES NO AR", sendo os vídeos juntados no evento 22. (...).

4. A denúncia foi recebida em 12 de novembro de 2018, oportunidade em que designou data para inquirição de testemunhas do MPM e desde já não convocou o Conselho de Justiça para o processamento e o julgamento do feito (Evento 1, doc. 2, do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001).

5. Inconformado, o *Parquet* impugnou a decisão de recebimento da denúncia, requerendo a determinação de sorteio do Conselho Especial de Justiça para o Exército para processar e julgar os denunciados, tendo em vista que o réu Lucínio Castelo de Assumção ostenta o posto de Capitão da Reserva da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo (Evento 1, doc. 3, do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001).

6. À época, diante da iminente alteração da Lei Orgânica da Justiça Militar da União (LOJMU), o juízo deixou de apreciar o requerimento do MPM, visto que a matéria a ser sancionada traria efeitos diretos sobre o pleito em questão (Evento 4 do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001).

7. Considerando as alterações trazidas pela Lei nº 13.774/18, o Órgão Ministerial apresentou nova manifestação, na qual ratificou o pleito anteriormente realizado, argumentando que, embora exista jurisprudência da Suprema Corte no sentido de considerar os integrantes das Forças Auxiliares como civis em caso de crime militar praticado contra os bens e os interesses das Forças Armadas, tal entendimento não possui o condão de afastar as prerrogativas processuais inerentes aos Oficiais das Forças Auxiliares, ainda que julgados pela Justiça Militar da União.

8. Além disso, acrescentou que a legislação, ao utilizar, genericamente, a expressão "oficiais", não restringiu seu alcance aos Oficiais das Forças Armadas quanto ao julgamento pelo Conselho Especial de Justiça, incluindo, portanto, os Oficiais das Forças Auxiliares (Evento 45 do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001).

9. Diante do referido pleito, a Juíza Federal da JMU ratificou a competência monocrática para o processamento e o julgamento do feito, com fulcro no art. 30, inciso I-B, da Lei nº 13.774/2018, bem como no art. 144, § 6º, da Constituição Federal de 1988, por entender que a Polícia Militar dos Estados é força auxiliar do Exército, não integrando as Forças Federais e que seus componentes são considerados civis para os efeitos da aplicação da lei

penal militar nesta Justiça Especializada (Evento 47 do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001).

10. Irresignado, o MPM interpôs o presente Recurso, com o intuito de reformar o *decisum* hostilizado e, baseando-se nos mesmos argumentos, fixar a competência do Conselho Especial de Justiça para o Exército, a fim de processar e julgar os denunciados, em razão da presença do Capitão R/1 da PMEES Lucínio Castelo de Assumção entre os denunciados, com fundamento no art. 27, inciso I, da Lei nº 8.457/92 (Evento 1, doc. 1).

11. Intimada para apresentar Contrarrazões, a Defesa pugnou pela manutenção da decisão recorrida (Evento 1, doc. 2).

12. Em observância ao juízo de retratação, previsto no art. 520 do CPPM, o Juiz Federal Substituto da 4ª Auditoria da 1ª CJM manteve a decisão ora recorrida (Evento 1, doc. 4).

13. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar da União, por meio do Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI, manifesta-se pelo conhecimento e pelo provimento do presente Recurso em Sentido Estrito (Evento 7).

É o Relatório.

VOTO

Verifico que a parte é legítima para recorrer, o recurso é cabível e adequado à espécie e foi tempestivamente interposto pelo recorrente, haja vista que a intimação eletrônica foi confirmada pelo MPM em 24/4/2019 (Evento 49 do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001) e o Recurso interposto em 25/4/2019 (Evento 50 do Processo nº 7001019-69.2018.7.01.0001). Portanto, conheço do recurso, uma vez que estão preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos para sua admissibilidade.

2. O Ministério Público Militar interpôs o presente Recurso com o intuito de ver reformada a Decisão da Juíza Federal da 4ª Auditoria da 1ª CJM que determinou o processamento e o julgamento do feito perante o juízo monocrático, sob o argumento de que os policiais militares são considerados como civis para efeitos de aplicação da legislação penal militar na Justiça Castrense.

3. No mérito, assiste razão ao *Parquet*.

4. É importante pontuar que os crimes supostamente cometidos pelos ora denunciados deram-se durante operação de Garantia da Lei e da Ordem, decretada com o intuito de restabelecer a segurança pública na cidade de Serra/ES, devido às manifestações realizadas por familiares de policiais militares

cujas ações de bloqueio do portão de entrada e saída dos veículos do 6º Batalhão de Polícia ocasionaram a retenção dos veículos no interior daquela Organização Policial Militar, prejudicando o policiamento ostensivo da cidade.

5. Inicialmente, é fundamental esclarecer a natureza jurídica dos agentes envolvidos, isto é, se devem ou não ser considerados como civis para o julgamento nesta Justiça Especializada.

6. Como bem pontuado pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar em seu Parecer, esta Corte já firmou o entendimento, em sede de Recurso em Sentido Estrito, que os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não podem ser considerados como civis, para fins de aplicação da Lei Penal Militar, o que corrobora com a tese de que a decisão ora recorrida merece ser reparada, conforme julgamento a seguir ementado:

> EMENTA: RECURSO INOMINADO. CRIME PRATICADO POR OFICIAL DO EXÉRCITO BRASILEIRO EM FACE DE POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REQUERIMENTO DE DECLARAÇÃO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. REJEIÇÃO PELO JUÍZO DE 1º GRAU. IRRESIGNAÇÃO DO *PARQUET* DAS ARMAS. CRIME PRATICADO EM HORÁRIO DE FOLGA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. DESPROVIMENTO. **I – Nos termos do art. 42 da Constituição Federal (CF), os integrantes das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares (PM/CBMs) são militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios. A eles são aplicadas as disposição do art. 142, §§ 2º e 3º, da Carta Magna. Portanto, não podem ser classificados, para efeitos de aplicação da Lei Penal Militar, como civis.**
>
> **II - Por meio de interpretação conforme, o art. 22 do Código Penal Militar (CPM) deve ser analisado no sentido da inclusão dos militares estaduais no âmbito da incidência da norma, sob pena de ser declarado parcialmente não recepcionado pela CF**.
>
> III - Ao integrante das Forças Armadas que pratique condutas típicas, ainda que em atividade particular, deve ser aplicado o CPM, desde que a situação se amolde a uma das hipóteses previstas no art. 9º, I e II, do mesmo Código.
>
> IV - Uma vez que foi supostamente praticado crime por militar federal em face de integrante de corporação estadual, ainda que em horário de folga, o fato deve ser considerado delito castrense, eis que enquadrado no art. 9º, II, "a", da Lei Penal Militar.
>
> V - Violação de bens jurídicos da esfera de proteção estadual e federal – hierarquia e disciplina. Recorrido submetido à jurisdição da Justiça Militar da União. Manutenção da competência da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM).
>
> VI - Recurso conhecido e desprovido. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 7000726-32.

2018.7.00.0000. Relator para o Acórdão: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 21/5/2019, Data de Publicação: 14/6/2019.) (Grifo nosso).

7. Posto isso, passamos ao tema relacionado à caracterização de crime militar e à competência para julgar tais crimes.

8. Muito embora a divergência trazida pelo *Parquet* no presente Recurso não seja acerca da fixação da competência para julgar os crimes militares, é indispensável trazer à baila os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, *in verbis*:

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.
>
> (...).

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, bem como pelos crimes previstos na legislação penal comum (crime militar por extensão – Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017).

10. No presente caso, de um lado, temos um grupo de militares do Exército Brasileiro, de serviço nos arredores do Quartel do Comando-Geral da Polícia Militar, acionados para restabelecer a ordem naquele local, representando, pois, a Administração Militar. E do outro, um grupo de 7 (sete) policiais militares, composto por um Capitão da Reserva Remunerada, por um Sargento da Reserva Remunerada e por cinco soldados, todos em trajes civis, portando armas de fogo, ignorando o cordão de isolamento e praticando condutas atentatórias aos militares e, consequentemente, à Administração Militar.

11. Dito isso, é certo que as condutas empreendidas pelos policiais militares enquadram-se como crimes militares, expressamente previstos na legislação penal militar, cujo processamento e julgamento deve ser atribuído à autoridade judiciária militar, mais precisamente à Justiça Militar da União,

tendo em vista que atingiram diretamente a ordem administrativa militar federal.

12. Não obstante o Órgão Ministerial traga jurisprudência da Suprema Corte atinente ao assunto, não há como comparar, pois, no caso em apreço, têm-se policiais militares, que não se encontravam no cumprimento de suas atribuições legais, praticando condutas em ofensa a militares federais a serviço do Exército Brasileiro, o que permite o perfeito enquadramento no que diz respeito à imputação de crime militar a ser julgado na JMU.

13. Ultrapassada a questão, não havendo dúvidas acerca da competência da JMU para o julgamento do presente caso, passa-se ao estabelecimento do órgão competente para julgar os militares em apreço.

14. Como é sabido, a Lei nº 8.457/92 estabelece que o julgamento na primeira instância da JMU deve ser realizado pelos Conselhos de Justiça ou pelo Juiz Federal, monocraticamente, a saber:

> **Da Competência dos Conselhos de Justiça**
>
> 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 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)
>
> (...)
>
> **Da Competência do Juiz Federal da Justiça Militar**
>
> Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente:
>
> (...)
>
> 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)
>
> (...).

15. Nesse sentido, aduz o MPM que, embora os militares estaduais devam ser considerados como civis para a configuração de crimes militares de competência da JMU, tal entendimento não teria o condão de afastar as prerrogativas processuais inerentes aos Oficiais das Forças Auxiliares, mesmo quando julgados pela JMU.

16. Como exemplo, traz ao debate o fato de a legislação processual penal militar garantir a prisão especial aos Oficiais das Forças Armadas e aos das Forças Auxiliares, conforme o disposto no art. 242, alínea "f", do Código de Processo Penal Militar, *in litteris*:

> Art. 242. Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível:
>
> (...)
>
> f) os oficiais das Fôrças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados;
>
> (...).

17. Diante disso, entende que o legislador, ao tratar de forma genérica a expressão "oficial" no art. 27 da LOJMU, não restringindo seu alcance aos Oficiais das Forças Armadas, quis fixar a competência do Conselho Especial de Justiça para julgar os Oficiais das Forças Auxiliares, sejam da ativa, da reserva ou da reforma, excetuados os oficiais-generais, por força de previsão expressa.

18. Em virtude do exposto, reconhece ser equivocada a decisão do juízo *a quo* que deixou de convocar o Conselho Especial de Justiça para julgar os policiais militares, ante a presença de um oficial dentre os agentes denunciados, passando a atuar monocraticamente no feito.

19. Cabe salientar que esta Corte Castrense já decidiu que o Conselho de Justiça é órgão competente para processar e julgar casos que envolvam atos que causem ofensas a militares no exercício de sua função, conforme ementa de julgamento a seguir transcrita:

> APELAÇÕES. DEFESA E MPM. PRELIMINARES DE NULIDADE NÃO CONHECIDAS. **AMEAÇA, DESACATO**, LESÃO LEVE E **DESOBEDIÊNCIA**. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.
>
> **1. O Conselho Permanente de Justiça é competente para processar e julgar os casos que envolvam atos contra militar no exercício de função inerente ao seu cargo, nos termos dos incisos I e III, alíneas "b" e "d", do art. 9º do CPM.**
>
> 2. Por expressa vedação legal, inaplicáveis, no âmbito da Justiça Militar da União, as disposições constantes na Lei nº 9.099/95, mesmo em relação a acusado civil.
>
> 3. Não há nulidade do processo penal militar, em face do contido nos arts. 7º e 13 da Comissão Americana de Direitos Humanos, quando, no âmbito processual penal militar, são observados, respeitados e cumpridos todos os preceitos legais constitucionais, bem como as Leis

> Penal e Processual Penal Castrense, sendo assegurado o direito de defesa aos Réus.
>
> 4. **Comete o crime de desacato quando é clara a vontade do Réu em menosprezar e humilhar militares de efetivo serviço**.
>
> 5. A lesão corporal configura-se por ser um delito material, de comportamento e resultado, aperfeiçoando-se no momento em que há a real ofensa à integridade física do ofendido. A materialidade do crime deve ser cabalmente provada por meio de exame de corpo de delito.
>
> 6. Os crimes de desobediência e de ameaça poderão ser absorvidos pelo crime de desacato, quando demonstrado nos autos ter ocorrido uma sucessão de condutas com a existência de um nexo de dependência. Assim, pelo Princípio da Consunção, o crime fim absorverá o crime meio.
>
> 7. **O crime de ameaça empreendida por um Soldado da Polícia Militar, endereçada ao pessoal de efetivo de serviço, não se resumindo apenas em ações verbais e gestos, mas também pelo emprego de sua arma de fogo, traduz a possibilidade real de uma intimidação**. Preliminares de nulidade da Ação Penal rejeitadas à unanimidade. Preliminar de aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 rejeitada. Decisão majoritária. Apelo Defensivo rejeitado à unanimidade. Apelo Ministerial parcialmente provido. Decisão Majoritária. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000017-15.2011.7.01.0201. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 3/12/2014, Data de Publicação: 11/2/2015.) (Grifo nosso).

20. No julgamento supramencionado, estávamos diante de situação semelhante, a saber, crimes de desacato, desobediência e ameaça cometidos por um Soldado da Polícia Militar do Rio de Janeiro, fora das suas atribuições legais, contra um militar do Exército Brasileiro no exercício legal de suas atribuições.

21. Naquela ocasião, a Defesa buscou a declaração de incompetência da Justiça Militar da União, tendo sido rejeitada por esta Corte a preliminar ora arguida e fixada a competência do Conselho Permanente de Justiça para o processamento e o julgamento do feito.

22. Destarte, em observância à prerrogativa de posto garantida aos oficiais, o que se estende àqueles em situação de inatividade, nos termos do art. 13 do CPM, há de se afirmar que é necessário o sorteio do Conselho Especial de Justiça para o presente caso, tendo em vista a presença do Capitão da Reserva Remunerada Lucínio Castelo de Assumção entre os denunciados. Nesse mesmo sentido, assevera Célio Lobão:

> Na Justiça Militar federal a prerrogativa do posto estende-se ao oficial da reserva ou reformado. Será processado e julgado, nos crimes militares, por Conselho Especial, composto por oficiais da mesma Arma e

> de posto superior, ou na falta, do mesmo posto, independente de antiguidade. (...) Quanto à Justiça Militar estadual, a exemplo da Justiça Militar federal, a prerrogativa de posto estende-se ao oficial na inatividade. (LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. São Paulo: Ed. Método, 2009.).

23. Ora, se a prerrogativa de posto também é garantida aos militares estaduais a serem processados e julgados na Justiça Militar estadual, por simetria, o mesmo deve ocorrer nesta Justiça Especializada, excetuados os crimes em que houver concurso com civis, conforme a inovação trazida com a vigência da Lei nº 13.774/2018, oportunidade em que haverá o julgamento monocrático pelo Juiz Federal da JMU.

24. Dessa forma, por entender que os militares estaduais não devem ser considerados como civis para aplicação da legislação penal militar e que, no presente caso, todos os denunciados são policiais militares, não havendo nenhum civil que concorreu para a prática da suposta empreitada criminosa, a decisão proferida pela Juíza Federal da JMU merece ser reformada, convocando-se o Conselho Especial de Justiça para o Exército para atuar no feito.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e pelo provimento do recurso Ministerial para desconstituir a Decisão hostilizada, fixando a competência do Conselho Especial de Justiça para o Exército da 4ª Auditoria da 1ª CJM para processar e julgar a Ação Penal Militar nº 7001019-69.2018.7.01.0001.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e dar provimento ao Recurso ministerial, para desconstituir a Decisão hostilizada, fixando a competência do Conselho Especial de Justiça para o Exército da 4ª Auditoria da 1ª CJM para processar e julgar a Ação Penal Militar nº 7001019-69.2018. 7.01.0001.

Brasília, 27 de fevereiro de 2020 – José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

Índice de Assunto

A

Abandono de cargo, 92

Acordo de não persecução penal

analogia, 74-80

aplicação

crime militar, 59-62, 65-66, 79-80

civil, 80

constitucionalidade, 57

definição, 53, 61

história, 52

jurisprudência, 64-66, 80, 340-341

legislação, 52

comparação, 53-57

requisitos, 53, 59

Administração militar

crime contra, 22-23

Agravo interno

desacato, 149-156

Apelação

abandono de posto, 380-426

crime de traição ("Caso Margarida"), 117-143
denúncia, 119
investigação, 119
notícia do crime, 119
pena, 119-121
relatório, 120
sentença, 120-121
deserção, 177-281
estelionato
previdenciário, 159-176
falsidade ideológica, 340-362
homicídio
tentativa, 309-339
lesão corporal
grave, 282-308
prevaricação, 380-426
tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, 363-379

Atenuação da pena
crime comum, 25

B

Baldino, Emílio
apelação, 118-143

C

Código penal militar
aplicação, 66

Código de processo penal militar
aplicação, 76-78
código de processo penal
aplicação, 75
requisitos, 78-79, 107-108

interpretação extensiva
análise de viabilidade, 107
interpretação literal, 107
Conselho de Disciplina
competência, 92
Conselho de Guerra
competência, 93
Conselho de Justiça
competência, 62-63
Conselho de Justificação
estelionato, 429-478
previdenciário, 479-512
Constituição Federal de 1988
competência privativa, 57, 425
controle de constitucionalidade, 194, 204, 206
Forças Armadas, 26, 28, 191, 211, 217, 377
Justiça Militar, 28, 64, 218
competência, 99, 340, 352, 567
Justiça Militar Estadual
competência, 75
serviço militar obrigatório, 245
Crime militar
abandono de posto, 236, 278, 380-426
acordo de não persecução penal
aplicação
crítica, 58-59, 61, 63, 74-75
analogia *in bonam partem*, 79
defensor
nomeação de, 60
desacato, 149-156, 552, 555, 561, 570-571

desclassificação, 35
deserção, 87-114, 120, 177-281, 356, 371
ação penal, 92, 111
condição de prosseguibilidade
crítica, 108
cumprimento da pena, 111
de praça sem estabilidade
consumação
efeito, 97
processo, 96-97, 104, 106, 111
crítica, 106-107
requisito, 88
jurisprudência, 98, 100
definição, 91
jurisprudência, 90, 98, 102-103, 105, 108-109
processo e julgamento
competência, 97-98
história, 95-100
tipicidade, 92
tipificação, 91
legislação
história, 88, 90-96
requisitos, 90-91
estelionato, 36, 159-160, 162, 164, 166-167, 170-171, 173-174, 176, 429-478, 482, 484, 520
previdenciário, 159-176, 479-512, 520-521
falsidade ideológica, 41-42, 46, 64-65, 70, 340-362, 525
homicídio, 71, 198, 282-283, 287, 289, 295, 298, 300
tentativa, 309-339
insubmissão, 89, 94-95, 190, 216, 231, 241, 273

lesão corporal, 571

grave, 282-308

por extensão

definição, 59, 65

prevaricação, 62-63, 70, 380-426, 543

regra da continuidade delitiva, 73

suspensão condicional do processo, 61, 79

tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, 23, 312, 324, 363-379

transação penal, 61, 79

Crime impropriamente militar

definição, 65

D

Direito penal militar

característica, 72

E

Emendatio Libelli

aplicação, 37, 40, 47

concessão, 35, 38

exceção, 37-38

definição, 33

requerimento prévio, 31

F

Força Expedicionária Brasileira (FEB), 117-122

Forças Armadas

princípio da disciplina, 21, 25

princípio da hierarquia, 21, 25

respeito popular, 24

H

Habeas Corpus

abuso de autoridade, 515-548

Hirschmann, Margarida

apelação, 118-143

J

Justiça Militar

competência, 97

Justiça Militar da União

atuação

Segunda Guerra Mundial (1939-1945), 118-120

características, 23, 63, 117

competência, 21-22, 27

ampliação da, 27

emendatio libelli

aplicação prejudicial ao acusado, 41-46

história, 117, 471

organização

Segunda Guerra Mundial (1939-1945), 118

processo e julgamento de civil, 26, 28-29, 58-59, 63, 93, 100, 151, 159-176, 178, 229-233, 248, 270, 278, 282-308, 309-339, 347, 351, 368, 570

réu revel

processo, 76

L

Lei Anticrime

aspectos jurídicos, 60-61

Legislação penal militar

aplicação, 26

Legislação processual penal militar

análise comparativa, 75-78

M

Magistrado da justiça militar
competência, 47
Militar
licenciamento, 110
Ministério Público Militar
aditamento da denúncia, 46-47
Mutatio libelli
direito penal militar
aplicação, 34

P

Princípio
da ampla defesa, 45, 457
da congruência *ver* Princípio da correlação da sentença
da consubstanciação, 32, 34
da cooperação, 44
da correlação da sentença, 32, 34
inobservância, 33
da dignidade da pessoa humana, 112-113
da eficiência, 42-43
da especialidade, 64, 73-74, 77-78
da indisponibilidade da ação penal, 111
da insignificância
jurisprudência, 363
da instrumentalização do processo, 47
da nação das armas, 89
do contraditório, 33, 45, 457
do devido processo legal, 33, 113, 149, 155
do livre convencimento motivado, 43
Processo penal militar
emendatio libelli, 45

R

Rádio AuriVerde, 119

Recurso em Sentido Estrito

Conselho Especial de Justiça

competência, 561-572

prescrição da pretensão executória, 551-560

Réu revel

processo, 76

S

Sentença

prolação, 36

Serviço militar obrigatório, 89

Superior Tribunal Militar

história, 471

jurisprudência, 100, 101, 108-109, 176, 520-521, 552

súmula, 5, 35, 104, 106, 186, 189-190, 248

Sursis, 61, 231-232

T

Tipo penal diverso, 33

V

Violação à ampla defesa, 33

Impressão e acabamento:
Seção de Editoração e de Revisão do Superior Tribunal Militar

---

Formato: 17 x 26 cm
Papel do miolo: Sulfite 75g/m²
Papel da capa: Supremo 250g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT
Número de páginas: 582
Acabamento: lombada quadrada colada com capa flexível